



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av veimarkeringsarbeid. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets "egenkapital er positiv".

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2016 i sak 2016/53

Klager: Visafo AS

Innklaget: Vegdirektoratet / Rogaland fylkeskommune / Hordaland fylkeskommune / Sogn- og Fjordane fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region vest kunngjorde 21. desember 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av veimarkeringsarbeid på vegne av Vegdirektoratet, Rogaland fylkeskommune, Hordaland fylkeskommune og Sogn- og Fjordane fylkeskommune (heretter i felleskap innklagede). Anskaffelsen er kunngjort i henhold til forskriften del I og III. Tilbudsfrist var 9. februar 2016. Kunngjøringen gjaldt to kontrakter, en for oppmerking med termoplast og en for oppmerking med vannbasert maling.
- (2) Kontrakten ville tildeles tilbudet med laveste pris.
- (3) I konkurransegrunnlaget B2 punkt 1 ble det innledningsvis sagt følgende om kvalifikasjonskravene i konkurransen:

"Generelt kreves at tilbyder er kvalifisert for å utføre de arbeider det gis tilbud på. Tilbyder skal ha nødvendig kompetanse og erfaring, både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt.

Opplysninger om tilbyder skal gis i svarskjema i kapittel E2. Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig.

Vi gjør oppmerksom på at byggherren kan innhente opplysninger fra Brønnøysund-registrene og fra oppgitte referanser. Dersom det er gitt opplysninger som er grovt feilaktige, kan dette medføre avvisning, jf. forskrift om offentlige anskaffelser (foa) § 11-10 (2) g og § 20-12 (2) g.

Opplysningene blir skjønnsmessig vurdert. Byggherren vil også legge vekt på opplysninger fra egne evalueringer av tilbyder.

Tilbyder som ikke tilfredsstiller byggherrens krav til kvalifikasjoner vil bli avvist, jf. foa

§ 8-4 og § 17-4. Hvert enkelt krav må tilfredsstilles. Hvert krav som ikke tilfredsstilles vil medføre at tilbyder avvises.

Grunnlaget for byggherrens vurderinger av om krav er oppfylt er den dokumentasjon som følger med tilbudet. Manglende eller utilstrekkelig dokumentasjon på ett eller flere kriterier kan medføre at tilbudet blir avvist."

- (4) De konkrete kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget B2 punkt 4. Et av kvalifikasjonskravene var knyttet til tilbydernes egenkapital:

"4.3 Økonomisk situasjon

4.3.1 Egenkapital. Soliditet

Det kreves at tilbyders egenkapital er positiv. Dersom tilbyder er arbeidsfellesskap (leverandørgruppe), gjelder kravet for hver av deltakerne.

Dokumentasjonskrav:

Dokumentasjon av egenkapital skal følge tilbud. Jf. kapittel E2, punkt 4.3.1, skjema E2 – 4.3.1.

Dokumentasjon av eventuelle vesentlige endringer i tilbyders egenkapital og soliditet i forhold til siste revisorbekreftede regnskap skal følge tilbud."

- (5) I konkurransegrunnlaget kapittel E2, punkt 4.3.1 var dokumentasjonskravene nærmere angitt:

"4.3.1 Egenkapital. Soliditet

Egenkapital og totalkapital tas fra siste innberettede regnskap. Det tas ikke med egenkapital og totalkapital fra konsern-, mor- eller datterselskaper.

Skjema E2-4.3.1

Egenkapital	År:	
Totalkapital	År:	

Dersom det er vesentlige endringer i tilbyders egenkapital ved tilbudsfrist, skal dokumentasjon av dette også vedlegges her."

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud om kontrakten for oppmerking med vannbasert maling, herunder fra Visafo AS (klager) og Cleanosol AS (valgte leverandør).
- (7) På tilbudstidspunktet var de siste innberettede regnskapene fra 2014. I valgte leverandørs tilbud var det opplyst at egenkapitalen i dette regnskapet var 3 013 000 kroner, og at totalkapitalen var 35 417 000 kroner. Det var ikke tatt inn andre opplysninger eller dokumentasjon vedrørende kvalifikasjonskravet i tilbudet.
- (8) Ved brev av 29. februar 2016 ble meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.

- (9) Ved brev av 10. mars 2016 ble innklagede oppfordret av klager til å avklare valgte leverandørs økonomiske situasjon på tilbudstidspunktet. Innklagede fulgte klagers anmodning Ved e-post til valgte leverandør av 17. mars 2016 opplyste innklagede at det var mottatt en klage hvor det var anført at valgte leverandør ikke oppfylte det aktuelle kvalifikasjonskravet, og det ble bedt om en redegjørelse for eventuelle endringer av egenkapitalen i selskapet. Et utdrag av denne e-posten gjengis her:

"I deres tilbud var det oppgitt positiv egenkapital for 2014. Trenden har imidlertid vert nedadgående de senere år, og i følge revisorberetningen var likviditeten anstrengt i 2014. På bakgrunn av opplysninger i klagen om at Cleanosol as skal ha lidt ytterligere tap i 2015, ber vi dere om å gi utdypende opplysninger vedrørende egenkapitalen. Vi er klar over at fristen for innsending av reviderte regnskaper til Brønnøysundregistrene ikke er passert, men dersom dere kunne oversende f. eks.

- en utskrift fra balansen fra det foreløpige regnskapet for 2015*
- eventuelt også balansen for sist avsluttede regnskapsmåned*
- en redegjørelse for eventuelle endringer i egenkapital."*

- (10) Valgte leverandør svarte på henvendelsen ved e-post samme dag:

"Som den foreløpige vedlagte balansen viser har Cleanosol AS foreløpig en negativ egenkapital pr 31. desember 2015. Vi gjør oppmerksom på at dette er en foreløpig balanse for Cleanosol AS som kan bli endret. I desember 2015 solgte Cleanosol AS ut produksjonsvirksomheten sin til et nytt aksjeselskap i konsernet. I den forbindelse er det tatt en del ekstraordinære kostnader som påvirker resultatet. Endelig regnskap for 2015 er ikke klart da det arbeides med nye skatteposisjoner og andre selskapsrettslige ting i forbindelse med utskillelsen av produksjonsvirksomheten som vil påvirke resultatet.

Vårt morselskap, AB Geveko, har pr 31. desember ytt lån til Cleanosol AS, stort kr 30 MNOK. Når det endelige regnskapet for 2015 for Cleanosol AS er klart vil hele eller deler av dette lånet bli konvertert til egenkapital hvis nødvendig, se vedlagt mail fra konsernsjef i AB Geveko, for å gi Cleanosol AS positiv og nødvendig egenkapital slik at vi ikke driver i strid med aksjeloven. En slik konvertering gjør også at egenkapitalsituasjonen i Cleanosol AS ikke har/vil endre seg vesentlig fra 2014."

- (11) Den foreløpige balansen vedlagt e-posten viste en negativ egenkapital på 18 808 678 kroner, og en totalkapital (sum eiendeler) på 38 097 575 kroner. Den største gjeldsposten i den foreløpige balansen var "[g]eld til kredittinstitusjoner" og var på 31 557 359 kroner. Av den vedlagte e-posten fra konsernsjef Göran Eklund i AB Geveko, fremgikk følgende:

"Sigbjörn,

Då jag är ledig, ber jag dig vidarebefordra detta mejl till den det berör på Statens Vejvesen:

KONVENTERING AV LÅN TIL EGENKAPITAL

Cleanosol AS foreløpige regnskap for 2015 viser negativ egenkapital.

For å ha tilfredsstillende egenkapital i Cleanosol AS fremover og en egenkapital som tilfredsstiller kravene i aksjeloven vil hele eller deler av lånet som Cleanosol AS har i konsernets cashpoolordning bli konvertert til egenkapital når det endelige regnskapet for 2015 er klart.

*Göran Eklund
CEO AB Geveko*

Skickat från min iPhone"

- (12) Klager ble ved brev 18. mars 2016 informert om at de supplerende opplysningene hadde blitt vurdert, og at de innklagede fremdeles hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (13) Kontrakt mellom de innklagede og valgte leverandør ble inngått 29. mars 2016.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. april 2016.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. august 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets *"egenkapital er positiv"*.
- (17) Valgte leverandørs redegjørelse bekrefter at selskapet hadde negativ egenkapital per 31. desember 2015. Det fremgår ikke forhold av redegjørelsen som gjør at det er sannsynlighetsovervekt for at situasjonen var annerledes verken på tilbudstidspunktet eller på tidspunktet da de innklagede vurderte de supplerende opplysningene fra valgte leverandør. Likviditeten i form av konsernlånet som tilbyder skal ha mottatt, kan ikke anses relevant i relasjon til kriteriet om positiv egenkapital. Opplysningene fra AB Geveko om en mulig fremtidig konvertering av gjeld kan ikke ha tilbakevirkende betydning for vurderingen av om valgte leverandørs egenkapital er positiv. En eventuell konvertering av gjeld etter 18. mars 2016 vil ikke få betydning for regnskapet per 31. desember 2015. Konverteringen vil heller ikke få betydning for den regnskapsmessige egenkapitalen før konverteringen er besluttet i selskapets generalforsamling. Det er ikke noe i uttalelsen fra AB Geveko som tilsier at konverteringsmuligheten var en ubetinget og ensidig rett for tilbyder. Ifølge konkurransegrunnlaget gjaldt kravet til egenkapital uansett tilbyderen isolert sett, og det er opplyst *"[d]et tas ikke med egenkapital og totalkapital fra konsern-, mor eller datterselskap"*. Innklagede kunne under alle omstendigheter ikke bygge sin vurdering på e-posten fra Göran Eklund. Det fremgår av e-posten at den eventuelle konverteringen av lån til egenkapital er i sammenheng med gjeld i en cashpoolordning, og valgte leverandørs største gjeldspost er oppført som *"gjeld til kredittinstitusjoner"*. Endringer i konsernkontoordninger krever i alminnelighet bankens samtykke.
- (18) Innklagede hadde også plikt til å avvise valgte leverandør i medhold av forskriften § 20-12 (2) bokstav g og loven § 5, som følge av at valgte leverandør har gitt grovt misvisende

eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i tilbudet. Det fremgår uttrykkelig av konkurransegrunnlaget at tilbyderne skulle legge ved dokumentasjon av eventuelle vesentlige endringer i egenkapitalen. En endring til negativ egenkapital er åpenbart vesentlig. Opplysningene som var gitt i tilbudet var dermed grovt misvisende. Det må anses å være sannsynlighetsovervekt for at valgte leverandør bevisst unnlot å dokumentere endringene i egenkapitalen for å unngå en eventuell avvisning.

- (19) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har ikke brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets *"egenkapital er positiv"*. Valgte leverandør dokumenterte positiv egenkapital fra siste innberettede regnskap, og oppfylte dermed kvalifikasjonskravet ved tilbudsfristens utløp. De supplerende opplysningene fra valgte leverandør rokker ikke ved den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen. For alle praktiske formål hadde valgte leverandør en egenkapitalsituasjon som var positiv.
- (21) Det midlertidige utkastet til balanse per 31. desember 2015 viste en "foreløpig" negativ egenkapital. Valgte leverandør opplyste at dette skyldtes en intern selskapsrettslig prosess som resulterte i ekstraordinære kostnader. Samtidig ble det opplyst at valgte leverandør per 31. desember 2015 hadde mottatt et betydelig konsernlån som ville bli konvertert til egenkapital dersom det er nødvendig for å tilfredsstille kravene i aksjeloven. Det er fremlagt en erklæring fra morselskapet AB Geveco, som bekrefter dette. Det er også opplyst at konverteringen av konsernlånet til egenkapital vil resultere i at den regnskapsførte egenkapitalen for 2015 ikke vil endre seg vesentlig fra regnskapet i 2014. Lånet ble mottatt i desember 2015, og valgte leverandør hadde dermed råderett over midlene før tilbudsfristens utløp.
- (22) Innklagede har ikke brutt forskriften § 20-12 (2) bokstav g og loven § 5, ved ikke å avvise valgte leverandør. Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet også da de supplerende opplysningene ble tatt i betraktning. Følgelig er det ikke gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger, slik klager hevder. Uansett hjemler § 20-12 (2) bokstav g en avvisningsrett, og ikke en plikt.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder to kontrakter om veimarkeringsarbeid, og er kunngjort i medhold av kunngjøringsskjemaet for forskriften del III. 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.
- (24) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets *"egenkapital er positiv"*.
- (25) For å dokumentere oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet ble det i konkurransegrunnlaget bedt om at tilbyderne opplyste om *"[e]genkapital og total kapital [...] fra siste innberettede regnskap"*. I tillegg ble det bedt om at tilbyderne dokumenterte

"eventuelle vesentlige endringer i tilbyders egenkapital og soliditet i forhold til siste revisorbekreftede regnskap".

- (26) I årsregnskapet for 2014 var valgte leverandørs egenkapital positiv. Som det fremgår av avsnitt 10 og 11 foran, ble det innhentet supplerende opplysninger om valgte leverandørs egenkapitalsituasjon hvor valgte leverandør oversendte en foreløpig balanse for regnskapsåret 2015. Den foreløpige balansen viste en negativ egenkapital på 18 808 678 kroner, av en total kapital på 38 097 575 kroner.
- (27) Kvalifikasjonskravet var at egenkapitalen skulle være positiv. I lys av dette forstår klagenemnda dokumentasjonskravet slik at i hvert fall endringer som førte til at egenkapitalen var negativ ved tilbudsfristens utløp, utgjorde en vesentlig endring som tilbydereren måtte opplyse om.
- (28) Valgte leverandør oppgav at årsaken til den negative egenkapitalen var at selskapet hadde solgt ut produksjonsvirksomheten sin til et nytt aksjeselskap i konsernet. I denne forbindelse var det tatt en del ekstraordinære kostnader, og det ble arbeidet med nye skatteposisjoner før endelig regnskap for 2015 ble klart. Valgte leverandør forklarte også at selskapet har mottatt et lån fra morselskapet i forbindelse med disse endringene i selskapet.
- (29) Kvalifikasjonskravet er som tidligere nevnt formulert som et krav til at selskapets *"egenkapital er positiv"*. Egenkapital defineres gjerne som den delen av et selskaps verdi som ikke er finansiert med gjeld, og i balanseregnskapet er egenkapitalen differansen mellom selskapets eiendeler og gjeld. Negativ egenkapital foreligger når gjelden overstiger selskapets eiendeler.
- (30) Kvalifikasjonskravet legger etter sin ordlyd ikke opp til noen skjønnsmessige vurderinger fra oppdragsgivers side. Klagenemnda utelukker ikke at innklagedes vurdering av foreløpig regnskapsinformasjon etter omstendighetene kan gi grunnlag for et visst skjønn med hensyn til å vurdere betydningen av opplysningene. På bakgrunn av at det var oppstilt et uttrykkelig krav til at egenkapitalen skulle være positiv, er det imidlertid klart at rammene for en slik skjønnsutøvelse må være svært begrenset.
- (31) Under saksforberedelsen for klagenemnda har innklagede da også opplyst at den foreløpige balansen for 2015 viste en foreløpig negativ egenkapital. Avgjørende for vurderingen av valgte leverandørs kvalifikasjoner er da om det foreligger grunnlag for likevel å anse kvalifikasjonskravet oppfylt.
- (32) I vurderingen av kvalifikasjonskravet bemerker klagenemnda at det ikke er relevant at selskapet var tilført 30 millioner kroner i lån. Egenkapitalen i selskapet endres ikke ved alminnelige lånetilskudd.
- (33) I e-posten fra konsernsjefen i AB Geveko opplyses det om følgende:

"For å ha tilfredsstillende egenkapital i Cleanosol AS fremover og en egenkapital som tilfredsstiller kravene i aksjeloven vil hele eller deler av lånet som Cleanosol AS har i konsernets cashpoolordning bli konvertert til egenkapital når det endelige regnskapet for 2015 er klart."
- (34) Forskriften § 17-8 (5) angir at *"[d]ersom leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om, kan*

leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet." Klagenemnda forstår EU-domstolens avgjørelse i sak C-218/11 dithen at bestemmelsen ikke er anvendelig i et tilfelle som dette, og at e-posten må vurderes ut fra bestemmelsen om dokumentasjon for rådighet av et annet foretaks ressurser i § 17-8 (2).

- (35) Etter klagenemndas syn ga ikke e-posten tilstrekkelig dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det fremgår ikke av e-posten hvor stor del av lånet som ville bli konvertert. Det at egenkapitalen skal være *"tilfredsstillende"* og at valgte leverandør skal ha en egenkapital som *"tilfredsstiller kravene i aksjeloven"*, innebærer ikke uten videre at selskapet vil ha positiv egenkapital etter konverteringen. Ved vurderinger etter aksjeloven § 3-4 skal det foretas en helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare av egenkapitalen. Etter det klagenemnda er kjent med, utelukker ikke aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital at egenkapitalen kan være negativ.
- (36) Uten at det har vært avgjørende for klagenemndas vurdering, legger klagenemnda også til at innklagedes anmodning om fremleggelse av supplerende informasjon ga valgte leverandør en klar foranledning til å gi et klart og entydig svar på hvorfor valgte leverandør mente å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (37) Etter dette har klagenemnda kommet til at e-posten fra konsernsjefen i AB Geveko ikke ga tilstrekkelig dokumentasjon for at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet.
- (38) Innklagede har på denne bakgrunn brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets *"egenkapital er positiv"*.
- (39) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at selskapets *"egenkapital er positiv"*.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk