



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Dokumentasjons-/kvalifikasjonskrav. Avvisning av leverandør.

Innklagede har gjennomført en konkurranse for inngåelse av en rammeavtale om sommervedlikehold av kommunale veier og plasser i Åsnes kommune etter forskriften del I. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å gi klager anledning til å kommentere eller supplere opplysningene som lå til grunn for vurderingen av om kravet til økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten var oppfylt. Klagenemnda hadde ikke forutsetning for å vurdere om det forelå grunnlag for å avvise klager.

Klagenemndas avgjørelse 11. juli 2018 i sak 2017/108

Klager: Nyen Maskin AS

Innklaget: Åsnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Åsnes kommune (innklagede) inviterte 17. mars 2017 til en konkurranse for inngåelse av en rammeavtale om sommervedlikehold av kommunale veier og plasser i Åsnes kommune. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år. Innklagede ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.1 gjennomføre konkurransen som en begrenset anbudskonkurranse. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.10 angitt til 6. april 2017.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 3.3. ble det stilt følgende krav til leverandørens økonomiske og finansielle stilling:

Krav	Dokumentasjonskrav
Leverandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten	• Leverandøren må kunne stille bankgaranti i henhold til kontraktsbestemmelsene (NS)

- (3) Bilag 3 til konkurransegrunnlaget inneholdt et registreringsskjema som tilbyderne skulle fylle ut. I skjemaet skulle det oppgis hvilken bankforbindelse tilbyderen hadde, og gjennom hvilken aktør tilbyderen ville kunne stille bankgaranti.
- (4) Det var angitt i bilag 4 at kontrakt ville bli basert på Byggblankett 8406 «Formular for kontrakt om bygge- og anleggsarbeider».
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Nyen Maskin AS og Engelsrud Anlegg AS.

- (6) Ved brev av 6. april 2017 informerte innklagede om at kontrakt ville bli inngått med Nyen Maskin AS (klager). Begrunnelsen for tildelingen var at klager hadde laveste pris, og at kontrollregning ikke avdekket avvik i tilbudet. I tilbudsdokumentet var det opplyst at bankgaranti ville kunne stilles av Nyens faste bankforbindelse, DnB, men noen slik garanti var ikke innhentet.
- (7) Kjell H. Nyen, far av eier og driver av Nyen Maskin AS tilbød seg i brev av 27. april 2017 å stille kausjon for garantibeløpet i henhold til kontrakten.
- (8) Etter å ha innhentet klagers resultatregnskap og balanseregnskap for perioden 2012-2015 fra purehelp.no, valgte innklagede i brev av 28. april 2017 å avvise klager. Det ble gitt følgende begrunnelse for avvisningen:

«Bankgaranti ihht. Krav i konkurransegrunnlaget kap. 3.3 er ikke mottatt.

Med henvisning til entreprenørens økonomiske stilling/kapasitet inneholder tilbudet vesentlige avvik fra krav satt i kap. 3.3 i konkurransegrunnlaget.

Med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 9-5 (1) a) avvises tilbudet fra Nyen Maskin as.»

- (9) I brev av 5. mai 2017 ble det opplyst om at «[k]ommunen vil (...) innlede kontraktsforhandlinger med nest laveste tilbyder som er Engelsrud anlegg AS».
- (10) Kontrakt mellom innklagede og Engelsrud Anlegg AS (valgte leverandør) ble inngått 8. mai 2017.
- (11) Innklagede gav en ytterligere begrunnelse for avvisningen av klager ved brev av 19. mai 2017:

«Begrunnelsen for å avvise deres tilbud ligger i konkurransegrunnlagets kap 3.3, leverandørens økonomiske og finansielle stilling. Her er det satt krav til at leverandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten. Det er kun den som vinner konkurransen som blir vurdert i hht dette kapitlet. Kontraktens varighet er to år og sett opp mot leverandørens svake regnskap forn 2012 vurderte vi det slik at konkurransegrunnlagets krav til økonomisk og finansielle stilling var grunnlag for avvisning av tilbudet, jfr FOA § 9.5 (1) a).

Bankgaranti var ikke avgjørende ved avvisning av tilbud. Det vises for øvrig til kommunens brev av 28.04.2017.

Kontrakt er inngått med nest laveste tilbyder.»

- (12) Denne begrunnelsen ble også gjentatt i brev til klager av 16. juni 2017.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. august 2017.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. juli 2018.

Anførsler:***Klager har i det vesentlige anført:***

- (15) Klagers tilbud ble urettmessig avvist. Klager tok ikke forbehold om at det ikke kunne stilles bankgaranti i henhold til kontraktsbestemmelsene. Det var ingen andre krav til dokumentasjon på økonomisk og finansiell stilling, og kvalifikasjonskravet var dermed oppfylt ved at klager kunne stille bankgaranti etter kontraktsinngåelse.
- (16) Det ble ikke bedt om dokumentasjon på regnskapstall i konkurransegrunnlaget, og innklagede har derfor ikke hjemmel til å legge vekt på regnskapstallene ved avvisningen av tilbudet. Regnskapstallene er dessuten fra flere år siden, og det ble ikke gitt mulighet til å kommentere tallene eller legge frem nyere tall.
- (17) Det var ikke sannsynliggjort at klager kom til å misligholde kontrakten. Tilbudet kunne heller ikke avvises på dette grunnlaget.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Klager oppfylte ikke kravet om «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget*», og klager skulle derfor avvises fra å delta i konkurransen. Dette er viktig kommunal infrastruktur hvor sikkerhet for kontinuitet i leveransen er avgjørende.
- (19) Bankgaranti var ikke avgjørende ved avvisningen av klager.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om sommervedlikehold av kommunale veier og plasser, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsen er i anskaffelsesprotokollen angitt å ha en estimert verdi på 1 050 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften § 5-1.
- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen uten å ha hjemmel for dette.
- (22) Det gjelder ingen uttrykkelige regler om avvisning for så vidt gjelder anskaffelser som følger forskriften del I. Det grunnleggende kravet om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 kan likevel innebære at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt med en leverandør som ikke oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som ikke oppfyller krav satt i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende blir om oppdragsgiver har gjort en saklig og forsvarlig vurdering av om kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (23) Klager ble avvist fordi innklagede, under henvisning til klagers regnskapstall for årene 2012 til 2015, vurderte det slik at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten*». I den forbindelse ble det også nevnt at det ikke var fremlagt bankgaranti.
- (24) Klager fremholder for det første at kvalifikasjonskravet ikke åpnet for å legge vekt på regnskapstall i vurderingen av om kravet var oppfylt.

- (25) Det følger av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 4 at vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt må skje i samsvar med opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget.
- (26) Kvalifikasjonskravet spør etter «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten*». Kvalifikasjonskravet om nødvendig økonomisk kapasitet må være oppfylt ved inngivelsen av tilbud. Dette kravet skulle dokumenteres oppfylt ved å kunne stille bankgaranti i henhold til kontraktsbestemmelsene. I tilbudet opplyste som nevnt klager at bankgaranti ville kunne innhentes, og avvisningsbeslutningen ble – naturlig nok – fattet før avtaleinngåelse.
- (27) Spørsmålet for nemnda er dermed om konkurransegrunnlaget, der det kreves «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget*», åpner for å vurdere om kravet er oppfylt ut fra et bredere perspektiv, herunder å legge vekt på tilgjengelige regnskaper fra de siste årene.
- (28) Etter nemndas oppfatning må utgangspunktet være at oppdragsgiver forholder seg til de dokumentasjonskrav som er satt i konkurransegrunnlaget. Der det er aktuelt å basere vurderingen også på andre opplysninger, må leverandøren gis anledning å kommentere disse.
- (29) Det dokumentasjonskravet som er satt er, ikke minst når det ses i lys av koblingen til NS 8406, temmelig uegnet. Dersom kvalifikasjonskravet «*økonomisk kapasitet til å gjennomføre oppdraget*» skal ha noen realitet, må det etter nemndas oppfatning være anledning til å basere vurderingen også på andre opplysninger, herunder regnskapstall fra de siste årene. Slike regnskapstall vil imidlertid, der de som i det foreliggende tilfellet er innhentet fra offentlig tilgjengelig registre, ikke gi et fullstendig bilde av situasjonen ved tilbudsfristens utløp. Det er for så vidt betegnende at innklagede, i 2017, baserte avvisningsbeslutningen på regnskapstall for 2012 til 2015.
- (30) Nemnda er derfor enig med klager når det fremholdes at innklagede burde gitt klager anledning til å kommentere regnskapstallene, og også gitt mulighet til å fremlegge nyere tall.
- (31) Regnskapstallene fra perioden 2012-2015 viser en jevn negativ tendens. Klager har en voksende gjeld (2,9 millioner kroner i 2015) og voksende negativ egenkapital (-2,4 millioner kroner i 2015). Innklagede har betegnet tallene som «*svake*». Nemnda forstår innklagede slik at de svake regnskapstallene taler for seg selv, og at det derfor ikke var nødvendig med en inngående begrunnelse for avvisningen.
- (32) Regnskapstall gir normalt nok informasjon til å vurdere om et selskap har «*økonomisk kapasitet*». Når oppdragsgiver velger å basere vurderingen på opplysninger som ikke omfattes av dokumentasjonskravet, tilsier imidlertid de grunnleggende prinsippene vist til i loven § 4 at leverandøren gis anledning til å kommentere og eventuelt supplere de opplysningene oppdragsgiver vil basere sin vurdering på.
- (33) Nemnda finner etter dette at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene nevnt i loven § 4 ved ikke å gi klager anledning til å kommentere eller supplere de opplysningene avvisningsvurderingen ble gjort på grunnlag av. Slik saken er opplyst for klagenemnda, har nemnda ikke foranledning til å ta stilling til om klager tilfredsstilte kvalifikasjonskravet knyttet til økonomisk kapasitet eller ikke.

- (34) Slik saken er opplyst, har derfor nemnda heller ikke grunnlag for å konstatere at konkurransen kunne fått et annet utfall dersom klager hadde blitt gitt anledning til å kommentere regnskapstallene. Følgelig er det ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Åsnes kommune har brutt de grunnleggende prinsippene nevnt i loven § 4 ved ikke å gi klager anledning til å kommentere eller supplere de opplysningene avvisningsvurderingen ble gjort på grunnlag av.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk