



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av en lettriveenteprise. Klager anførte at kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet var ulovlig. Klager viste blant annet til at kvalifikasjonsvurderingen ikke kunne delegeres til andre enn oppdragsgiver og at kravet ikke var objektivt og etterprøvbart. Videre viste klager til at det ikke var angitt konkrete krav for hva som skal til for å oppnå konkurrating B. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. mai 2024 i sak 2023/0853

Klager: Totalriv AS

Innklaget: Nordre Follo kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Wenche Sædal og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

Nordre Follo kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. august 2023 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av en lettriveenteprise som skulle omfatte riving og fjerning av inventar og bygningsmateriale ved Bjørkås sykehjem. Tilbudsfrist var 8. september 2023.

- (1) I konkurransegrunnlaget var det stilt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne oppfylle kontrakten. Det kreves at leverandøren har konkurrating tilsvarende B (moderat konkurstrisiko) fra Proff Forvalt (Proff AS) eller bedre. Dokumentasjonskrav: Oppdragsgiver vil bruke Proff Forvalt (Proff AS) til å vurdere oppfyllelse av kravet. Leverandør trenger derfor ikke å sende dokumentasjon på dette. Dersom leverandøren velger å støtte seg på morselskap for å oppfylle kravet skal det vedlegges en morselskapsgaranti. Oppdragsgiver vil da bruke Proff Forvalt til å vurdere morselskapets konkurrating. Dersom leverandøren (f.eks. nyetablerte firmaer) av saklig grunn ikke er konkurratet i Proff Forvalt, ber vi leverandøren om å legge ved annen dokumentasjon som oppdragsgiver anses som egnet. Dette kan f.eks. være virksomhetens årsregnskap eller utdrag fra disse, bankerklæringer eller ansvarsforsikringsbevis, ref. FOA §16.4.»

- (2) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra NRC Kept AS, Lid Ventilasjon AS, Øst Riv AS og Totalriv AS (heretter *klager*).
- (3) Klager ble avvist fra konkurransen 13. september 2023 under henvisning til at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Innklagede hadde innhentet konkurrating (firmarapport) fra Proff Forvalt AS som ga resultatet «C

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Høy risiko». I kommentar til konkurreringen fremgikk det at selskapets likviditet ble vurdert til svak, mens inntjeningen og soliditet ble vurdert til god. Videre fremgikk det at modellen for konkurreringen baserer seg på «regnskapstall, aksjonærer/eiere, roller og styreinformasjon, panteheftelser, betalingsanmerkninger med mer».

- (4) Klager påklagde avvisningen 14. september 2023. I klagen viste klager til en kredittvurdering klager selv hadde innhentet fra Experian AS hvor sannsynligheten for at klager ville gå konkurs ble vurdert til 0,09 prosent.
- (5) Innklagede avviste klagen og opprettholdt avvisningen 14. september 2023.
- (6) Innklagede tildelte kontrakt til NCR Kept AS (heretter *valgte leverandør*) 15. september 2023.
- (7) Klager påklagde tildelingen 25. september 2023. Innklagede avviste klagen samme dag og henviste til behandlingen av klagen over avvisningen.
- (8) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. september 2023.
- (9) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 4. oktober 2023.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. april 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Kvalifikasjonskravet om økonomisk kapasitet er i strid med regelverket. Kvalifikasjonskravet er ikke objektivt og etterprøvbart. Det er ikke angitt konkrete krav for hva som skal til for å oppnå konkurrering B fra Proff Forvalt. Dette er et krav som ikke kan delegeres vekk fra kommunen. I tillegg er det ikke gitt noen alternative måter å oppfylle kravet på.
- (12) Kvalifikasjonskravet er i strid med forskriftens bestemmelser om at det ikke kan utpekes en enkelt leverandør eller et enkelt produkt i en anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig. Kravet er tydelig og klart formulert. Kvalifikasjonskravet setter ikke usaklige begrensninger for konkurransen da det er relevant og nødvendig krav for gjennomføringen av kontrakten. Det ligger innenfor oppdragsgivers frie skjønn å velge konkurrering fra Proff Forvalt som den primære dokumentasjonen for oppfyllelse av kravet.
- (14) Forskriftens § 8-5 (3) gjelder ikke kvalifikasjonskrav og kan ikke anvendes analogisk. Det vil være krevende å ivareta likebehandlingsprinsippet ved vurderingen av kredittvurderinger fra ulike forskjellige selskaper og basert på forskjellige grunnlag.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en letriveentepreise som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Kontrakten inngått med

valgte leverandør har en verdi på 2 821 061 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (16) Spørsmålet for klagenemnda er om kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig.
- (17) Det følger av forskriften § 8-7 at oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. I motsetning til del III er det for anskaffelser som følger forskriften del II ikke gitt regler for hvilke krav som kan stilles knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Etter forskriften § 16-3 (1) bokstav b følger det at innklagede kan stille krav til regnskapets balanse dersom innklagede spesifiserer «*gjennomsiktige, objektive og ikke-diskriminerende metoder og kriterier i anskaffelsesdokumentene for hvordan dette vil bli vurdert*». Tilsvarende regulering er ikke gitt i forskriften del II.
- (18) Kvalifikasjonskravene skal etter § 8-7 (2) ha «*tilknytning til og stå i forhold til leveransen og være relevante*» for å sikre at leverandøren er kvalifisert til å utføre kontrakten. Videre følger det av § 8-7 (3) at kvalifikasjonskravet skal angis sammen med et tilhørende dokumentasjonskrav i anskaffelsesdokumentene.
- (19) Det følger av de grunnleggende prinsippene i loven § 4 at kvalifikasjonskravene må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at alle rimelig opplyste og påpasselige leverandører kan forstå rekkevidden av kravene og fortolke dem på samme måte, jf. eksempelvis HR-2022-1964-A avsnitt 50, og C-368/10 Max Havelaar.
- (20) For at kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet skal være lovlig, må derfor klarhets-, og relevanskravet være oppfylt.
- (21) Klager har ikke bestridt at kvalifikasjonskravet er relevant og står i forhold til leveransen. Slik klagenemnda forstår klagers anførsel, mener klager for det første at kravet er ulovlig da det ikke angir hvilke konkrete forhold som skal til for å få konkurstrating «B» eller bedre. Kvalifikasjonskravet er dermed ikke objektivt eller etterprøvbart.
- (22) Slik kvalifikasjonskravet er utformet, gir det potensielle leverandører den nøyaktige terskelen for oppfyllelse av kravet. Potensielle leverandører kunne enkelt selv innhente konkurstrating fra Proff Forvalt for å finne ut om de var kvalifiserte. Klagenemnda vurderer at klarhetskravet ikke innebærer at innklagede måtte angi hvilke konkrete forhold som ligger til grunn for å oppnå konkurstrating «B» eller bedre og at kravet er tilstrekkelig klart utformet.
- (23) Kvalifikasjonskravet legger opp til at kvalifisering alene beror på om innhentet dokumentasjon viser at terskelen i kravet er møtt. Av firmarapporten fremgår også hva som er bakgrunnen for at klager oppnådde karakteren «C Høy risiko». Kravet legger dermed ikke opp til en skjønnsmessig vurdering, og klager kan ikke høres med at kravet ikke er objektivt og etterprøvbart.
- (24) Klager har videre i sin anførsel påpekt at kvalifikasjonskravet er ulovlig da det ikke åpner for alternativ dokumentasjon og legger opp til at vurderingen skal foretas av noen andre enn innklagede.

- (25) I motsetning til del III er det i forskriften del II ikke gitt uttrykkelige regler om dokumentasjon. De grunnleggende prinsippene i loven § 4 setter imidlertid begrensninger på hvilke dokumentasjonskrav som kan stilles. Blant annet innebærer likebehandlingsprinsippet at det ikke kan stilles dokumentasjonskrav som er diskriminerende.
- (26) Innklagede har regulert leverandørenes adgang til å inngi alternativ dokumentasjon i anskaffelsesdokumentene. Det følger av dokumentasjonskravet at dersom leverandøren av saklig grunn ikke er konkursratet kan leverandøren levere annen dokumentasjon som årsregnskap, bankerklæringer eller ansvarsforsikringsbevis. Etter klagenemndas oppfatning sikrer dokumentasjonskravet likebehandling, ved at det tas utgangspunkt i dokumentasjon fra samme kredittselskap og åpner for at blant annet nyetablerte leverandører kan levere alternativ dokumentasjon og delta i konkurransen. Nemnda kan ikke se at de grunnleggende prinsippene tilsier at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gå lengre i å tillate alternativ dokumentasjon.
- (27) Det er uttrykkelig fastslått i anskaffelsesforskriften § 16-4 bokstav f at kredittvurderinger kan brukes som dokumentasjonskrav for del III-anskaffelser. Dette innebærer at oppdragsgivere etter del III lovlig kan basere kvalifikasjonsvurderingen på vurderinger gjort av en tredjepart. Det er følgelig ikke i strid med regelverket at kvalifikasjonskravet legger opp til at innklagede skal basere kvalifikasjonsvurderingen på kredittrating gjort av Proff Forvalt.
- (28) Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet er i strid med forskriftens bestemmelser om at det ikke kan utpekes en enkelt leverandør eller et enkelt produkt i en anskaffelse kan klart ikke føre frem. Bestemmelsen det vises til er anskaffelsesforskriften § 8-5 (3). Bestemmelsen regulerer kravspesifikasjonene og ikke kvalifikasjonskrav. Det er videre ikke stilt krav om «*bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller en bestemt opprinnelse eller produksjon*» i kvalifikasjonskravet.
- (29) Klagenemnda er etter dette kommet til at kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig.
- (30) Klager har ikke direkte anført av avvisningen av klager var i strid med regelverket. Klagenemnda kan uansett ikke se at en slik anførsel kan føre frem da innhentet kredittvurdering viser at kvalifikasjonskravet ikke var oppfylt. Klager var heller ikke i en situasjon der de etter kvalifikasjonskravet kunne levere alternativ dokumentasjon.

Konklusjon:

Nordre Follo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur