



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale for grave- og maskintjenester. Klagenemnda kom til at kvalifikasjonskravet satt til økonomisk og finansiell kapasitet var lovlig. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. november 2023 i sak 2023/0590

Klager: Bulldozer Maskinlag Entreprenør AS

Innklaget: Vestall AS

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Vestall AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. februar 2023 en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale for grave- og maskintjenester. Kontrakten hadde en anslått samlet verdi (inkludert opsjoner) på 102 millioner kroner. Tilbudsfristen var 8. mars 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5, var det gitt informasjon om hvordan leverandørene skulle besvare kvalifikasjonskravene:

«Hvert enkelt kvalifikasjonskrav må oppfylles for at tilbyder skal kunne delta i konkurransen. Tilbydere som ikke oppfyller ett eller flere av kvalifikasjonskravene, vil bli avvist.

Opplysninger om tilbyder skal gis slik som angitt. Det er viktig for bedømmelsen at opplysningene og dokumentasjonen er korrekt og fullstendig.

Grunnlaget for oppdragsgivers vurderinger av om krav er oppfylt er den dokumentasjonen som følger med forespørselen om deltakelse i konkurransen. Oppdragsgiver kan i tillegg velge å innhente opplysninger fra offentlig tilgjengelig registre og kilder.

Manglende eller utilstrekkelig dokumentasjon på ett eller flere krav kan medføre at leverandøren blir avvist.

(...)»

- (3) Klagesaken gjelder innklagedes bedømmelse av leverandørens oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til «*Tilbyderens finansielle og økonomiske kapasitet*». Kravet fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 4.8:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Krav	Dokumentasjonskrav
Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne utføre kontrakten.	Kredittvurdering som baserer seg på siste kjente regnskapstall. Vurderingen skal være utført av kredittopplysningsvirksomhet som har konsesjon til å drive slik virksomhet. (Vurderingen skal ikke være eldre enn 3 mnd)
Dette tilsvarer en kredittrating på A eller tilsvarende	- Oppdragsgiver tar forbehold om selv å innhente ytterligere kredittrating eller annen økonomisk informasjon som bl.a. årsregnskap med noter, styrets årsberetning - Offentlig bestemt årsregnskap for de siste 2 regnskapsår. - Bekreftelse fra en kredittinstitusjon om garanti for kontraktsbeløpet, pkt 6.1. i avtaledokumentet. - Skatteattest for merverdiavgift og skatt iht FOA § 7-2, ikke eldre enn 3 mnd. - Dersom tilbydereren mener at dette ikke gir et korrekt bilde av dennes økonomiske kapasitet kan dette redegjøres for, eventuelt ved å supplere med nyere kredittvurdering/-rating utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon.

- (4) Innen tilbudsfristen 8. mars 2023 hadde fem leverandører levert tilbud: Brekken Anlegg as, Bulldozer Maskinlag Entreprenør (heretter *klager*), Ottar Bergesen & Sønner AS (heretter *valgte leverandør*), Røkenes Maskin AS, og Staven Grus AS.
- (5) For å dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet, leverte klager en kredittvurdering, gjennomført av selskapet «Creditsafe», den 27. februar 2023. Kredittvurderingen til klager var 65, som ga karakteren «B». I tillegg til kredittvurderingen, leverte klager årsregnskap, firma-, skatteattest og bekreftelse på garantibeløp.
- (6) Klager ble avvist 28. mars 2023 ettersom de ikke hadde fremvist kredittrating med karakteren «A, eller tilsvarende».
- (7) Avvisningen ble påklaget 31. mars 2023, men innklagede fastholdt sine standpunkt i brev av 11. april 2023. Den 12. april 2023 begjærte klager midlertidig forføyning. I forføyningssaken dokumenterte innklagede blant annet en beskrivelse fra Dun & Bradstreet om hva kredittrating er, herunder hva som legges til grunn i vurderingen, og hva vurderingene. Det fremgikk blant annet:

«Kredittratingen eller kredittscore, viser hvilken risiko du tar når du handler med et foretak. Omvendt kan du naturligvis bruke kredittratingen for å signalisere at du er en trygg forretningspartner for dine kunder og leverandører.»

- (8) Domstolen avsa kjennelse 15. mai 2023. Begjæringen ble ikke tatt til følge.
- (9) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 25. mai 2023.
- (10) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. august 2023.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et kvalifikasjonskrav om kredittrating på «A eller tilsvarende». Kravet er ikke tilstrekkelig klart, tydelig og presist. Kravet er heller ikke relevant i henhold til anskaffelsesforskriften § 16-3. Kvalifikasjonskravet er derfor ulovlig.
- (13) Klager anfører at de uansett oppfyller kvalifikasjonskravet, ettersom de har levert regnskap, skatteattest og bekreftelse på garantibeløp. Dette viser at de har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet. I tillegg tilsvare klagers kredittrating B, en kredittrating på A hos andre kredittselskap. Grunnen til dette er at Creditsafe benytter en strengere skala enn eksempelvis Dun & Bradstreet.
- (14) Likebehandlingsprinsippet er brutt ved at valgte leverandør på samme vis som klager ikke hadde levert en kredittvurdering som viste karakteren «A».
- (15) Valgte leverandør skulle også ha vært avvist siden de leverte en kredittscore på 738, og ikke kredittrating A.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) På grunn av tingrettens kjennelse må klagenemnda avvise saken som uhensiktsmessig for behandling etter forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.
- (17) Innklagede pliktet å avvise klager ettersom de leverte en kredittrating på B, istedenfor A. Dokumentasjonen har klager selv valgt å legge frem, og kredittratingen var dårligere enn det var stilt krav om.
- (18) Kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig, da det er både tilstrekkelig klart og relevant. Kravet til kredittrating på A eller tilsvarende var klart beskrevet i konkurransegrunnlaget. Klagers kredittrating var B, og det er ikke tvil om at klager måtte ha forstått at karakteren B ikke tilsvarte kredittrating A.

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 anskaffelse av maskin- og gravetjenester. Anskaffelsens verdi er estimert til 102 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forsyningsforskriften del II, jf. forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (20) Klagenemnda tar først stilling til om klagen skal avvises som følge av at samme spørsmål er behandlet av tingretten i forbindelse med forføyningssaken.
- (21) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 tredje ledd at dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved «dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at spørsmålet tidligere har vært behandlet som ledd i en forføyningssak, er imidlertid ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. En slik forutgående domstolsbehandling kan imidlertid tilsi at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9. Dette kan eksempelvis være tilfelle dersom forføyningssaken er avgjort på grunnlag av muntlige forhandlinger med umiddelbar bevisførsel, og spørsmålet ikke kan belyses tilstrekkelig med skriftlig saksbehandling, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse 2019/491 avsnitt 39.
- (22) I den forutgående forføyningssaken var prosessen skriftlig. Klagenemnda kan derfor ikke se avgjørende holdepunkter for at klagen skal avvises.
- (23) Spørsmålet for klagenemnda er om kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet er lovlig.
- (24) Det vises til forsyningsforordningen § 12-1 (2), som bestemmer at forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforordningen*) § 16-3 (1) gjelder tilsvarende, jf. anskaffelsesforordningen § 16-1. Av anskaffelsesforordningen § 16-3 (1) følger det at oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav som er «relevante» for å sikre at leverandøren har den økonomiske og finansielle kapasiteten til å utføre kontrakten.
- (25) Kvalifikasjonskrav må også utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at alle rimelig opplyste og påpasselige tilbydere kan forstå den nøyaktige rekkevidden av kravene og fortolke dem på samme måte, jf. eksempelvis HR-2022-1964-A avsnitt 50, og C-368/10 Max Havelaar.
- (26) For at kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet skal være lovlig, må derfor klarhets-, og relevanskravet være oppfylt. Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt klarhetskravet er oppfylt.
- (27) Kvalifikasjonskravet var formulert slik: «*Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne utføre kontrakten. Dette tilsvarer en kredittrating på A eller tilsvarende.*». Det korresponderende dokumentasjonskravet var blant annet en kredittvurdering fra en kredittopplysningsvirksomhet. Leverandørene kunne også redegjøre for sin økonomiske situasjon, eventuelt tilby nyere kredittvurdering dersom øvrig dokumentasjon ikke ga et korrekt bilde av leverandørens økonomiske situasjon.
- (28) Det følger av ordlyden at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet, dersom leverandørene har en kredittrating på A, eller tilsvarende. Formuleringen «... *eller tilsvarende*», åpner for at kredittinstitusjoner som bruker andre skalaer, eksempelvis numeriske, også kan oppfylle kvalifikasjonskravet, såfremt kredittvurderingen innholdsmessig tilsvarer karakteren A.
- (29) Klagenemnda har på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at kvalifikasjonskravet var tilstrekkelig klart angitt.

- (30) Det neste spørsmålet er hvorvidt kvalifikasjonskravet var relevant for vurderingen av leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet.
- (31) Kredittvurderinger er faglig baserte prognoser som basert på sannsynlighetsbetraktninger angir hvilken risiko man tar når man handler med et foretak. Risikoprognosen baseres på en rekke kriterier, som alle er relevante for å skape et bilde av foretakets økonomiske kapasitet, se forskrift av 20. mai 2022 nr. 883 om behandling av opplysninger i kredittopplysningsvirksomhet (*kredittopplysningsforskriften*) § 3.
- (32) Det er videre uttrykkelig fastslått i anskaffelsesforskriften § 16-4 bokstav f – som gjelder tilsvarende for forsyningsforskriften – at kredittvurderinger kan brukes som dokumentasjonskrav. Det er ingenting i veien for å samtidig angi dokumentasjonskravet som et kvalifikasjonskrav.
- (33) Klagenemnda har derfor kommet til at kravet om kredittrating er relevant for vurderingen av leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet.
- (34) Klagenemnda kan heller ikke se at kvalifikasjonskravet er ulovlig fordi det strider mot likebehandlingsprinsippet. Selv om innklagede ikke fastslo hvilket kredittselskap som skulle utstede kredittratingen, kunne alle leverandørene som ville delta i konkurransen, bestemme selv hvilket kredittselskap de ville bruke.
- (35) Kvalifikasjonskravet var dermed lovlig.
- (36) Klager har anført at selskapet uansett oppfyller kvalifikasjonskravet, da deres kredittrating er basert på en strengere skala enn de øvrige leverandørene. Klager har i den forbindelse vist til at deres selskap ville oppnådd kredittrating A, dersom de hadde fått kredittvurdering av eksempelvis Dun & Bradstreet. Ifølge klager er dermed deres B, tilsvarende kredittrating A.
- (37) Det følger av forsyningsforskriften § 19-3 (2) at det er klager som har risikoen for at tilbudet tilfredsstiller kravene i konkurransegrunnlaget. Kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og ut fra den dokumentasjonen som er innlevert på det tidspunktet.
- (38) Kvalifikasjonskravet stilte krav om kredittrating A, eller tilsvarende. En naturlig språklig forståelse av karakteren A, er at karakteren B – som er en lavere karakter – ikke er tilstrekkelig for å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (39) Klagenemnda leser ikke formuleringen «... eller tilsvarende» som at kravet nødvendigvis stenger for at andre kredittselskap sine vurderingsskalaer kan oppfylle kvalifikasjonskravet. Det er på det rene at Dun & Bradstreet benytter andre karakterer enn Creditsafe. Dette kan isolert tilsi at klagers kredittrating B, ikke innholdsmessig tilsvarer en B hos Dun & Bradstreet.
- (40) Klager har imidlertid ikke levert dokumentasjon som bidro til å klargjøre hvorvidt kredittratingen B utgjorde en A hos andre kredittselskap. Dokumentasjonskravet åpnet for dette, men klager benyttet seg ikke av muligheten til det. Hvorvidt klager eventuelt kunne ha oppnådd karakteren A hos andre kredittselskap, er dermed ikke relevant for kvalifikasjonsvurderingen.
- (41) Klager oppfylte dermed ikke kvalifikasjonskravet.

- (42) Innklagede var dermed forpliktet til å avvise klager fra konkurransen, jf. forsyningsforskriften § 20-2 (1) bokstav a.
- (43) Klager har anført at valgte leverandør også skulle ha vært avvist fordi de leverte en kredittscore på 738, og ikke kredittrating A.
- (44) Klagenemnda viser til at innklagede fikk bekreftet av kredittvurderingsselskapet Experian, at kredittscore på 738 tilsvarte kredittrating A. Valgte leverandør oppfylte dermed kravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Klager gis ikke medhold i anførselen sin.

Konklusjon:

Vestall AS har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Bulldozer Maskinlag Entreprenør AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur