



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elevtransport med buss. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget». En anførsel om at innklagede hadde brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarhet førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. november 2018 i sak 2017/120

Klager: Arnor E. Jenssen Turbusstransport AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (innklagede) kunngjorde 15. mars 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av elevtransport med buss. Anskaffelsens verdi ble estimert til 6 millioner kroner. Tilbudsfrist var 20. april 2017.
- (2) Kontrakten var delt inn i to delkontrakter. Delkontrakt 1a gjaldt strekningen Hasle – Brynseng, og delkontrakt 1b gjaldt strekningen Ruseløkka – Vollebakk. Denne saken gjelder delkontrakt 1b.
- (3) Kontrakten skulle ha en varighet på ett år, med opsjon på forlengelse for skoleårene 2018/19 og 2019/20. Det var angitt i konkurransegrunnlaget at kontrakten ville løpe fra 1. juli 2017 til 30. juni 2018.
- (4) Kontrakt ville tildeles tilbudet som hadde den laveste prisen, basert på «Pris per buss per dag og totalt».
- (5) Om kvalifikasjonskravene var det innledningsvis blant annet angitt:

«Det skal kun sendes inn egenerklæringsskjema som dokumentasjon på kvalifikasjonskravene i første omgang. Øvrig dokumentasjon på kvalifikasjonskravene vil kun bli innhentet fra vinner. Leverandørens kvalifikasjoner vil bli vurdert ut fra innlevert egenerklæringsskjema, og eventuell dokumentasjon. Det er kun leverandører som er funnet kvalifisert som vil få sine tilbud evaluert.

Egenerklæringsskjemaet er foreløpig dokumentasjon for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, at det ikke foreligger grunner for avvisning og at leverandøren oppfyller eventuelle utvelgelseskriterier. Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
Nettside: www.kofa.no

konkurransen be leverandøren levere alle eller deler av dokumentasjonsbevisene dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte. [...]»

- (6) I tilknytning til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner var det blant annet stilt følgende kvalifikasjonskrav:

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<ul style="list-style-type: none"><i>Tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget.</i>	<ul style="list-style-type: none"><i>Beskrivelse av leverandørens kapasitet, type buss/busser som vil bli benyttet.</i>

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud på begge delkontraktene, fra Arnor E. Jussen Turbusstransport AS (klager) og OsloBuss AS (valgte leverandør).
- (8) I ESPD-skjemaet tilknyttet tilbudet på delkontrakt 1b erklærte valgte leverandør at de angitte kvalifikasjonskravene var oppfylt. I tilbudet var det angitt at alle leverandørens turbusser er av samme fabrikat, og at tre av bussene har universell utforming. I tillegg var det angitt at valgte leverandør kun ville benytte busser i Euroklasse 6 med AdBlue tilsetning for å optimalisere utslippsnivåene. Det var også opplyst at alle bussene har løpende serviceavtale med Norsk Scania AS, og det var gitt en forklaring om rutine for kontroll og oppbevaring av bussenes dekk. I valgte leverandørs løsningsforslag var det angitt setekapasitet og antall busser som var planlagt brukt i oppdraget.
- (9) I tilbudet for delkontrakt 1a hadde valgte leverandør i tillegg inntatt en tabell som spesifikt angav hvilke busser som ville benyttes, med informasjon om merke, registreringsnummer, årsmodell og antall sitteplasser. En slik tabell var ikke en del av tilbudet på delkontrakt 1b.
- (10) Ved brev av 25. april 2017 ble klager tildelt delkontrakt 1a, mens valgte leverandør ble tildelt delkontrakt 1b. Den første tildelingen ble omgjort ved brev av 4. mai 2017, hvoretter også delkontrakt 1a ble tildelt valgte leverandør. Omgjøringen var begrunnet med at innklagede ved en feil hadde oversett at valgte leverandør hadde levert tilbud på delkontrakt 1a.
- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen for delkontrakt 1b den 8. mai 2017, med den begrunnelse at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget*». Klager begrunnet dette med at valgte leverandørs tilbud på delkontrakt 1b manglet oversikt over hvilke busser som ville brukes, og at klager ikke kunne se at valgte leverandør hadde disse bussene.
- (12) Innklagede henvendte seg til valgte leverandør ved e-post av 8. mai 2018. Det ble henvist til klagen på tildelingsbeslutningen, og valgte leverandør ble bedt om å sende en ytterligere redegjørelse for leverandørens kapasitet, med antall ansatte og antall busser totalt.

- (13) Valgte leverandør besvarte innklagedes henvendelse ved e-post av 10. mai 2017:

«Hei Andreas!

Under utarbeidelsen av nevnte tilbud gjorde OsloBuss nødvendige forberedelser om vi skulle komme i den situasjon å bli tildelt begge kjøreoppdragene.

Busskapasitet

Om OsloBuss skulle bli tildelt begge oppdragene ville det utlyse en situasjon hvor eksisterende kapasitet ikke vil kunne oppfattes som tilstrekkelig.

Vi hadde derfor tidlig samtaler med vår bussleverandør, Scania, om muligheter for rask supplering av eksisterende kapasitet. En bekreftelse på at dette løses ved innkjøp av nye busser med Euro6-motorer følger vedlagt. Antallet som vil være nødvendig vil bli avklart i løpet av 14 dager fra i dag. OsloBuss vil kunne få levert inntil 5 nye busser med til sammen nær 300 sitteplasser før 1. August. Disse bussene befinner seg allerede hos en av Scantias forhandlere i Europa.

Sjåførkapasitet

Per i dag disponerer OsloBuss 17 faste sjåfører + 24 tilkallingssjåfører.

Denne styrken vil bli styrket i løpet av sommeren om det skulle vise seg nødvendig.

På bakgrunn av det ovennevnte mener vi at Oslobuss helt klart vil ha den nødvendige kapasiteten til å gjennomføre oppdraget.

Vi imøteser en bekreftelse på at kontraktstildelingen er endelig slik at vi kan iverksette bestilling av nødvendig antall busser.»

- (14) Som vedlegg til e-posten fulgte en bekreftelse fra Norsk Scania AS, datert 9. mai 2017, om at valgte leverandør ville kunne få levert fem nye busser ferdig registrerte og klare for bruk innen 1. august 2017.
- (15) I e-post av 24. mai 2017 viste innklagede til en telefonsamtale med valgte leverandør, og ba om skriftlig bekreftelse på at valgte leverandør ville ha tilgjengelig bussmaterieell til å levere i henhold til kontrakt innen kontraktstart 1. juli 2017. Valgte leverandør sendte en bekreftelse i tråd med dette i brev datert 24. mai 2017. Som vedlegg til denne e-posten fulgte en bekreftelse fra Norsk Scania AS, datert 24. mai 2017, om at valgte leverandør ville kunne få levert fem nye busser ferdig registrerte og klare for bruk innen 1. juli 2017.
- (16) Klager begjærte midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelse 31. mai 2017. I kjennelse av 28. juni 2017 kom Oslo byfogdembete til at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt.
- (17) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 29. juni 2017. Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. august 2017.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. november 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om "[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget" for delkontrakt 1b.

- (20) Innklagede har foretatt en ulovlig avklaring som har medført en forbedring av valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 23-5 (2). Innklagede skulle etter sin kontroll av opplysningene i ESPD-skjemaet lagt til grunn at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til kapasitet. På tidspunktet for tilbudsinngivelsen hadde valgte leverandør mottatt muntlig tilsagn fra deres leverandør, Norsk Scania AS, om at de ville kunne supplere med fem nye Scania busser innen 1. august 2017. Etter en muntlig forespørsel fra kommunen, ble dette i ettertid endret slik at valgte leverandør ville ha tilgjengelig busser fra Norsk Scania AS per kontraktsoppstart 1. juli 2017.
- (21) Innklagede har også brutt forhandlingsforbudet i konkurransen, jf. forskriften § 23-6 (3).
- (22) Innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarhet, ved at innklagede ikke har ført protokoll/notat fra telefonsamtalen med valgte leverandør i forkant av bekreftelsen på at leverandøren kunne supplere med fem busser også innen kontraktsoppstart 1. juli 2017.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) Innklagede vurderte det i utgangspunktet slik at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet "[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget" for delkontrakt 1b. I denne konkurransen er det ikke stilt konkrete krav til dokumentasjon av oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og innklagede foretok en saklig og forsvarlig vurdering av om kravet var oppfylt. Se også byfogdembetes vurdering på dette punktet.
- (25) På bakgrunn av klagers henvendelser til innklagede, hvor det ble stilt spørsmål om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet, oppstod behovet for å foreta de aktuelle avklaringene. Det er foretatt lovlige avklaringer i medhold av forskriften § 23-5, og forhandlingsforbudet er ikke brutt. Det forelå således heller ingen plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a.
- (26) Svaret fra valgte leverandør tilkjennegir at beskrivelsen leverandøren gav i forbindelse med tilbudsinngivelsen er riktig. Svaret var imidlertid beheftet med det som for innklagede fremstod som en feil – nemlig at valgte leverandør bekreftet kapasitet per oppstart for kjøring av bussene – ikke for selve kontraktsoppstarten slik den er definert i kontrakten. Også dette forholdet hadde innklagede adgang til å avklare i medhold av forskriften § 23-5 (1). Valgte leverandør gav en bekreftelse på at bussene vil være klare til kontraktsoppstart 1. juli 2017.
- (27) Innklagede bestrider at kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 er brutt ved at innklagede ikke har ført notat/protokoll av telefonsamtalen mellom innklagede og valgte leverandør. I foreliggende sak er alle vesentlige forhold som har hatt betydning for konkurransen skriftliggjort i tilstrekkelig grad. Telefonsamtalen er også referert til i e-postkorrespondansen med valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder elevtransport med buss, som er en tjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til 6 millioner kroner. 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 og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (29) Oslo byfogdembete avsa kjennelse om samme saksforhold 28. juni 2017, hvor byfogdembetet kom til at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt. Det at en klage tidligere har vært vurdert av en domstol som ledd i prøvingen av en begjæring om midlertidig forføyning er ikke hinder for at nemnda behandler saken, jf. forutsetningsvis forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (3) og blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/30 premiss (43). Selv om det etter omstendighetene kan stille seg slik at en slik forutgående domstolsbehandling gjør saken, eller deler av den, uhensiktsmessig for behandling i nemnda, kan nemnda ikke se at det er tilfellet her.
- (30) Spørsmålet i saken er om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «*[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget*» for delkontrakt 1b, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 24-2 (1) bokstav a.
- (31) Klagenemnda bemerker innledningsvis at selv om det oftest er slik at kvalifikasjonskravene forutsettes bedømt på bakgrunn av de kvalifikasjonene som leverandørene har dokumentert at foreligger på tilbudstidspunktet, jf. for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2018/30 premiss (51) med videre henvisninger, så beror tidspunktet for bedømmelsen på en tolkning av det aktuelle konkurransegrunnlaget. Ønsket om å legge til rette for størst mulig konkurranse kan tilsi at en oppdragsgiver åpner for at et kvalifikasjonskrav først må være oppfylt på et senere tidspunkt, typisk ved kontraktsperiodens påbegynnelse. For kvalifikasjonskrav vedrørende leverandørens kapasitet til å utføre et oppdrag som det foreliggende, vil det kunne være tilstrekkelig om leverandøren i tilbudet, eventuelt på forespørsel fra oppdragsgiver, kan sannsynliggjøre at man ved kontraktsperiodens påbegynnelse vil råde over et tilstrekkelig antall busser. Selv om det ikke fremgikk uttrykkelig av konkurransegrunnlaget i vår sak at det var tilstrekkelig at dette kvalifikasjonskravet var oppfylt ved kontraktsperiodens start, er det etter nemndas syn naturlig å legge en slik forståelse til grunn. Slik nemnda forstår det, har da også begge de to leverandørene som inngav tilbud, klager og valgte leverandør, forstått konkurransegrunnlaget på denne måten. Innklagede har for øvrig bekreftet at det også var slik konkurransegrunnlaget var ment.
- (32) Spørsmålet er etter dette om valgte leverandør har sannsynliggjort at selskapet ved kontraktsperiodens påbegynnelse vil råde over et tilstrekkelig antall busser til å utføre oppdraget.
- (33) Leverandørene skulle levere utfylt ESPD-skjema sammen med tilbudet, som en foreløpig bekreftelse på at kvalifikasjonskravene var oppfylt, jf. forskriften § 17-1 (2). I valgte leverandørs ESPD-skjema svarte leverandøren bekreftende på at alle kvalifikasjonskravene var oppfylt.
- (34) Selv om det ikke var påkrevd, inneholdt valgte leverandørs tilbud også en besvarelse av kvalifikasjonskravet. For delkontrakt 1b ble det opplyst at tre av bussene som ville bli

brukt hadde universell utforming. Det var angitt at alle turbussene til valgte leverandør var av samme fabrikat, og at bussene hadde løpende serviceavtale med Norsk Scania AS. Det var også angitt at det i kontrakten utelukkende ville benyttes busser i Euroklasse 6 med AdBlue tilsetning for å minimere utslippsnivåene. Det var også gitt opplysninger om leverandørens avtale med en lokal dekkforhandler, og rutinene for kontroll av dekkene. I motsetning til det som var tilfellet for delkontrakt 1a, var det imidlertid ikke angitt hvilke busser som ville benyttes.

- (35) Valgte leverandørs tilbud knyttet til delkontrakt 1b gav altså ikke informasjon som viste at leverandøren hadde, eller innen kontraktsperiodens påbegynnelse ville ha skaffet seg, det antallet busser (kapasitet) som er nødvendig. Heller ikke leverandørens løsningsforslag, som bygger på at det er behov for syv busser for å utføre oppdraget, viser at leverandøren ville ha disse bussene tilgjengelig ved kontraktsperiodens påbegynnelse.
- (36) Som klager påpeker, kunne innklagede derfor ikke legge til grunn at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig kapasitet, utelukkende ut fra de opplysningene som fremgikk av tilbudet.
- (37) I konkurransen var det imidlertid lagt opp til at oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene først skulle dokumenteres på forespørsel fra innklagede, slik innklagede senere gjorde. Dette er også i tråd med forskriftens ordning, jf. forskriften § 17-1 (5).
- (38) Av e-post datert 10. mai 2017 fremgår det at valgte leverandør under utarbeidelsen av sitt tilbud gjorde nødvendige forberedelser for det tilfelle at man skulle bli tildelt begge kjøreoppdragene, herunder hadde samtaler med bussleverandøren Norsk Scania AS om muligheter for rask levering av nye busser. At skriftlig bekreftelse på dette først ble innhentet i ettertid, da innklagede etterspurte det, er etter nemdas syn i samsvar med regelverket.
- (39) I den nevnte e-posten av 10. mai 2017 opplyste valgte leverandør at man ville skaffe tilstrekkelig kapasitet ved å kjøpe inn fem nye busser fra Norsk Scania AS. Det var også vedlagt en bekreftelse fra Norsk Scania AS, datert 9. mai 2017, hvor det fremgikk at dersom det ble bestilt fem nye busser innen 14 dager, ville disse kunne leveres ferdig registrerte og klare for bruk *«innen 1. august 2017»*.
- (40) I en ny e-post av 24. mai 2017, etter å ha blitt kontaktet av innklagede, bekreftet valgte leverandør at bussene ville være klare til bruk innen tidspunktet for kontraktsoppstart, 1. juli 2017. Valgte leverandør la også ved et nytt brev fra Norsk Scania AS, datert samme dag, hvor det ble bekreftet at disse bussene kunne leveres ferdig registrert og klare til bruk innen 1. juli 2017.
- (41) Det følger av forskriften § 23-5 (1) at oppdragsgiveren kan *«be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler»*. En slik ettersending eller avklaring kan imidlertid ikke medføre at tilbudet *«forbedres»*, jf. forskriften § 23-5 (2).
- (42) Det klager først og fremst har anført som grunnlag for at avklaringen er ulovlig, er at den bekreftede leveransdatoen ble endret fra 1. august til 1. juli. Nemnda er ikke enig i at dette representerer en ulovlig avklaring. Som alt nevnt hadde valgte leverandør allerede

under utarbeidelsen av sitt tilbud gjort nødvendige forberedelser for det tilfelle at man skulle bli tildelt begge kjøreoppdragene, herunder samtaler med bussleverandøren Norsk Scania AS om muligheter for rask levering av nye busser. Det valgte leverandør skulle dokumentere i e-posten 10. mai 2017, var at det var riktig, som opplyst i ESPD-skjemaet, at man ved kontraktperiodens påbegynnelse ville oppfylle kvalifikasjonskriteriene. Av e-posten fremgår det også at det nødvendige antall nye busser «*befinner seg allerede hos en av Scantias forhandlere i Europa*». Når vedlegget opplyste at de nye bussene først ville være klare til bruk én måned etter kontraktperiodens påbegynnelse, er det nærliggende å oppfatte dette som en ren feil, slik innklagede også gjorde. Slik nemnda ser det, skapte opplysningene i vedlegget til e-posten 10. mai en uklarhet som lovlig kunne avklares i medhold av forskriften § 23-5 (1). Det er ikke snakk om noen etterfølgende forbedring av valgte leverandørs tilbud, som isolert sett var helt klart på at man oppfylte kvalifikasjonskriteriene.

- (43) Nemnda har etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt forskriften § 23-5 ved innhenting av dokumentasjon på at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om «*[t]ilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å utføre oppdraget*». Innklagede har dermed heller ikke brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør.
- (44) Klager anfører imidlertid også at innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet, ved at innklagede ikke har ført protokoll fra telefonsamtalen med valgte leverandør i forkant av bekreftelsen på at leverandøren kunne supplere med fem busser innen kontraktoppstart 1. juli 2017.
- (45) Av forskriften § 7-1 (1) fremgår at «*[o]ppdragsgiveren skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen*». Bestemmelsens tredje ledd angir at vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll.
- (46) Innklagede viste til telefonsamtalen i etterfølgende e-postkorrespondanse med valgte leverandør, og fikk skriftlig bekreftet at valgte leverandør ville ha busser tilgjengelig innen kontraktoppstart. Dette må anses tilstrekkelig for å oppfylle kravene i forskriften § 7-1. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk