



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Tidspunkt for oppfyllelse av krav til ytelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om drift av fylkesvegferjesambandene Hareid – Sulesund og Sykkylven – Magerholm. Klager fikk ikke medhold i sin anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at tilbudt reservefartøy hadde vesentlige avvik fra kravene til universell utforming i kravspesifikasjonen.

Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2019 i sak 2017/168

Klager: Norled AS

Innklaget: Møre og Romsdal fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Møre og Romsdal fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 7. juni 2016 en konkurranse med forhandling om drift av fylkesvegferjesambandene Hareid – Sulesund fra 1. januar 2019 – 31. desember 2030 og Sykkylven – Magerholm fra 1. januar 2020 – 31. desember 2030. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlaget satt til 12. desember 2016.
- (2) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at Statens vegvesen gjennomførte konkurransen på vegne av innklagede og at «*Møre og Romsdal fylkeskommune under merkevaren FRAM planlegger, bestiller og samordner kollektivtrafikken i Møre og Romsdal.*» Leverandørene ble også gjort oppmerksom på at «*Innlevering av tilbud regnes som søknad om løyve for drift av sambanda Hareid - Sulesund og Sykkylven – Magerholm.*»
- (3) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Pris*» og «*Miljøbelastning fra drift av «Sulapakken»*», som talte henholdsvis 80 og 20 prosent. Sistnevnte kriterium var inndelt i underkriteriene «*Energibruk*» som talte 7,5 prosent, «*CO2 utslipp*» som talte 7,5 prosent og «*NOx utslipp*» som talte 5 prosent.
- (4) I konkurransegrunnlaget kapittel 8 (*Kravspesifikasjon*), fremgikk det at «*Oppdragsgivers krav til Oppdraget er beskrevet i Kontraktens kapittel 2-7 med tilhørende vedlegg.*»
- (5) I kontrakten kapittel 3 (*Krav til fartøy*) under punkt 3.1.1 stod blant annet følgende:

«Det stilles krav til tre hovedfartøy på ferjesambandet Hareid-Sulesund og to hovedfartøy på ferjesambandet Sykkylven-Magerholm. Samtlige hovedfartøy som skal trafikkere ferjesambandene skal være nybygg fra oppstart. På strekningen Hareid-Sulesund gis operatør mulighet til å benytte overgangsfartøy i perioden 01.01.2019 - 30.09.2019 [...].»

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

FartøYTEKniske data for tilbudt materiell skal oppgis i Vedlegg 3.1 «FartøYsspesifikasjon», ett skjema for hvert fartøy, inkludert reservefartøy og eventuelle overgangsfartøy på Hareid-Sulesund.

GA-planer skal legges ved tilbudet.

Operatør skal senest 12 måneder før oppstart fremlegge dokumentasjon som verifiserer samtlige fartøy som skal benyttes på sambandene, og at disse samsvarer med opplysninger gitt i Vedlegg 3.1 «FartøYsspesifikasjon».

Oppdragsgiver skal godkjenne eventuelle fartøysbytter i løpet av kontraktperioden [...]».

- (6) I kontrakten kapittel 3.3 (Krav til reservemateriell) ble det opplyst at «Reservefartøy skal ikke ha byggeår, etter skipsregisteret, tidligere enn 2009. Kontrakten skal som minimum ha ett reservefartøy. Der annet ikke er spesifisert skal alle reservefartøy tilfredsstille de krav som er stilt til hovedfartøyet.

Et hovedfartøy kan ikke erstattes av reservefartøy for en tidsperiode som overstiger 21 dager pr. kalenderår, med mindre materiellet oppfyller alle minstekrav som er stilt til hovedfartøyet i konkurransegrunnlaget. [...]

Operatør skal senest 6 måneder før oppstart kunne fremlegge dokumentasjon på at de disponerer reservefartøy som minimum oppfyller alle kravene til reservefartøy. [...]»

- (7) Det var i kontrakten punkt 3.3 oppstilt som «minimumskrav» at reservefartøy skulle ha en transportkapasitet på 120 personbiler, 10 vogntog og 299 passasjerer inkludert mannskap.
- (8) I kontrakten punkt 3.1.9 (Universell utforming) var det stilt en rekke andre krav til fartøyene. Under «Generelt» ble blant annet følgende krav stilt:

- «Bredden på ferdelsareal fra biloppstilling til heis/toalett og fra heis til salong og fra salong til evakueringsstasjon skal være minimum 1,2 m. Det må være snuareal/møteareal i tilknytning til smale gangsoner.
- Fri bredde (lysåpning): Primær kommunikasjonsvei gjennom ferjen samt adkomst til alle ferjens passasjerfasiliteter skal ha en fri bredde (lysåpning) på minimum 1,2 meter, for enkelte passasjer som for eksempel dører kan en fri bredde (lysåpning) på 1 meter tillates dersom dette på forhånd er godkjent av oppdragsgiver.»

- (9) Under «Veifinning» var ett av kravene at:

- «Utvendig gangsoner skal være jevne og sklisikre og lette å gå og trille på. Gangsone skal være minimum 1,2 m brede. Det må være snuareal/møteareal i tilknytning gangsonene for alle.»

- (10) Blant kravene til «Toalett» var:

- «Ferjen skal ha toalett tilpasset funksjonshemmede. For disse toalettene gjelder følgende presiseringer ut over MSC/Circ.735:

- a. *Størrelse og planløsning skal være slik at det er fri gulvplass til en snusirkel med diameter på minimum 1,5 m foran toalett og minimum 0,9 m fri gulvplass på begge sider av toalettet.*
 - b. *Det skal være fri bredde på 0,9 m fram til fri plass på begge sider av toalett. [...]*
 - d. *I tillegg gjelder: [...]*
- iii. *Fronten på toalettet må minimum bygge 85 cm ut fra bakvegg.»*

(11) Det var i siste avsnitt i punkt 3.1.9 (*Universell utforming*) opplyst at:

«Operatør skal dokumentere at samtlige hovedfartøy og reservefartøy tilfredsstiller kravene til universell utforming. Dette skal bekreftes av uavhengig 3. part, godkjent av Oppdragsgiver. Slik dokumentasjon skal foreligge innen fartøyet settes inn i ruteproduksjon.»

(12) Kontrakten punkt 3.4 omtalte også bruk av overgangsfartøy for fylkesvegferjesambandet Hareid-Sulesund. Operatøren ble her gitt mulighet til å benytte overgangsfartøy i perioden 1.1.2019 - 30.9.2019. Så fremt ikke annet var spesifisert, skulle overgangsfartøy tilfredsstille de krav som var stilt til hovedfartøyet. Enkelte avvikende krav var deretter spesifisert.

(13) I kontrakten punkt 6.2 (*Dokumentasjon for universell utforming*) var det gjentatt at dokumentasjon på universell utforming skulle foreligge innen fartøyet ble satt inn i ruteproduksjon:

«Operatør skal dokumentere at krav til universell utforming er i henhold til krav i kontakten jf. pkt. 3.1.9. Dette skal bekreftes av uavhengig 3. part, godkjent av Oppdragsgiver. Slik dokumentasjon skal foreligge innen fartøyet settes inn i ruteproduksjon.»

(14) Kontrakten punkt 6.1 (*Prosjektplan*) opplyste at «Operatør skal innen 12 måneder før kontraktsoppstart:

- *fremlegge dokumentasjon på hvilke hovedfartøy, reservefartøy og eventuelle overgangsfartøy som skal benyttes i sambandet, og at disse samsvarer med tilbudet. Oppdatert GA-plan skal innleveres som en del av denne dokumentasjon.»*

(15) I kontrakten punkt 7.1 (*Ferjekaier*) stod det: «[...] Samtlige ferjer som skal trafikkere sambandet skal være tilpasset ferjekaien. Ingen deler av ferjen skal således komme i konflikt med ferjekaiens konstruksjoner. Dette skal dokumenteres av GA-tegninger som legges ved tilbudet.»

(16) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud, herunder fra Norled AS (heretter klager) og Fjord1 ASA (heretter valgte leverandør). I tilbudsbrevet krysset valgte leverandør av for at «Tilbyder bekrefter med dette at tilbudet ikke inneholder forbehold til krav stilt i Konkurransgrunnlag/Kontrakt inklusive alle bilag og vedlegg.»

- (17) Det er opplyst at valgte leverandør tilbød ett reservefartøy for 2019 og et annet for den resterende perioden fra 2020. Vedlagt tilbudet fulgte en GA-plan og en fartøysspesifikasjon for de tilbudte reservefartøyene.
- (18) Tildelingsbeslutning ble oversendt klager 13. mars 2017. Det fremgikk i brevet at klagers tilbud ble rangert som nummer to i konkurransen. Etter en samlet vurdering av tildelingskriteriene hadde klagers tilbud oppnådd totalt 99,10 poeng, mens valgte leverandørs tilbud totalt hadde oppnådd 99,62 poeng.
- (19) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 21. mars 2017 med påstand om omgjøring av tildelingsbeslutningen grunnet vesentlige avvik i valgte leverandørs tilbud.
- (20) På denne bakgrunn sendte valgte leverandør kommentarer til innklagede i brev av 27. mars 2017. Valgte leverandør kommenterte blant annet kravene til universell utforming og skrev at:

«Fjord1 bekrefter at Fjord1s tilbudte reservefartøy vil oppfylle kravene ovenfor og samtidig oppfylle minstekravene til transportkapasitet. Det vil foreligge det nødvendige ferdselsareal, snuareal/møteareal, fri bredde (lysåpning) og gangsoner med snuareal/møteareal uten at det går på bekostning av antall [personbiler] og [vogntog]. Tilsvarende vil kravene til utforming av toalett være oppfylt. Den inngitte GA-planen står etter Fjord1s mening ikke i motstrid til dette, men skal som påpekt heller ikke på dette tidspunkt dokumentere alle innvendige løsninger og krav til universell utforming. [...]

Vi forutsetter at FRAM ikke forventer at Fjord1 skal fremlegge dokumentasjon på kravene til universell utforming på dette tidspunktet, og ber om umiddelbar tilbakemelding dersom FRAM mot formodning skulle ha et annet standpunkt slik at spørsmålet om dette kan avklares.»

- (21) Innklagede avslo deretter klagen og opprettholdt tildelingen i brev datert 3. april 2017, blant annet med følgende begrunnelse:

«[...] Med unntak for kravet om kompatibilitet med kaianlegg vurderes altså ikke innkomne GA-planer under konkurransen. For øvrig må opplysningene i mottatte tilbud om oppfyllelse av alle krav legges til grunn, uten nærmere dokumentasjon på evalueringstidspunktet. Konkurranses grunnlaget kan altså ikke forstås slik at innfrielse av minstekrav til universell utforming og transportkapasitet skal være dokumentert innen tilbudsfristen.

Fjord1 har, gjennom sitt tilbud, angitt at de vil oppfylle samtlige krav stilt i anbudsdokumentene. Det er ikke tatt forbehold på noe punkt, heller ikke vedrørende kravene til universell utforming, kapasitet, aksellast for sidehusdekk eller fristillelse av fartøyer fra andre kontrakter.

Eventuelle begrensninger i tilgjengelighet, eller behov for endringer i fartøy frem til oppstart, er Fjord1 sin risiko. Fjord1 skal ved oppstart av ruteproduksjon levere i samsvar med de kvalitative forpliktelser som fremgår av tilbudet. Fjord1 kan altså ikke, med henvisning til GA-plan vedlagt tilbudet, påberope seg å ha adgang til å benytte reservefartøyer med spesifikasjoner som avviker fra angitte krav til universell utforming, kapasitet eller aksellast på sidehusdekk. Det er for øvrig relativt lang tid til oppstart av

ruteproduksjon, slik at Fjord1 i denne perioden vil kunne gjøre eventuelle nødvendige tilpasninger av fartøy.»

- (22) Den 6. april 2017 begjærte klager midlertidig forføyning for Romsdal tingrett. Begjæringen ble i tingrettens kjennelse av 2. mai 2017 ikke tatt til følge.
- (23) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 12. mai 2017.
- (24) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2017.
- (25) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. februar 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å etterprøve hvorvidt valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen til tross for klar oppfordring til dette.
- (27) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav d og bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Reservefartøyene valgte leverandør tilbød oppfylte ikke konkurransegrunnlagets minimumskrav til universell utforming. Avvikene var dermed vesentlige og tilbudet skulle vært avvist.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Klagen må anses uhensiktsmessig for behandling fordi den klart ikke føre frem, jf. klagenemndsforordningen § 9. Spørsmålene reist i klagen, er prøvd i sak om midlertidig forføyning for tingretten. Når det skal vurderes om klagen klart ikke kan føre frem, vil det være naturlig å se hen til tingrettens vurdering av de aktuelle spørsmålene i forføyningssaken, særlig fordi kjennelsen er avsagt etter muntlige forhandlinger med umiddelbar bevisførsel og den opplysning av saken det innebærer.
- (29) For det tilfellet at klagen behandles anføres det at innklagede foretok de nødvendige vurderinger og undersøkelser av valgte leverandørs tilbud, og la korrekt til grunn at dette ikke kunne avvises. Dokumentasjon for oppfyllelse av kravene til universell utforming skulle foreligge først innen fartøyet settes inn i ruteproduksjon, og GA-planer skulle kun benyttes til å vurdere skipets tilpasning til kaistruktur.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drift av fylkesvegferjesambandene Hareid – Sulesund og Sykkylven – Magerholm som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. Valgte leverandørs tilbud var imidlertid priset til ca. 2,6 milliarder kroner. Konkurransen ble kunngjort med CPV-kodene 60610000 «*Fergetransport*», 60600000 «*Sjøtransport*» og 63721300 «*Drift av sjøveier*». Klagenemnda legger til grunn at tjenesten er en uprioritert tjeneste. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (5).

- (31) Klagenemnda bemerker at saken tidligere har vært gjenstand for behandling i tingretten i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. En slik forutgående behandling av saken i domstolene vil etter omstendighetene kunne gjøre saken, eller deler av den, uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda etter klagenemndsforskriften § 9, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sak 2017/163 premiss 51, og sak 2017/114, premiss 37. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at så er tilfellet i foreliggende sak.

Avvisning av tilbud

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at de tilbudte reservefartøyene ikke oppfylte kravspesifikasjonens krav til universell utforming.
- (33) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav e at et tilbud «skal» avvises når «*det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*».
- (34) Spørsmålet om valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik etter denne bestemmelsen beror i første rekke på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjoner.
- (35) Konkurransegrunnlaget var i denne saken lagt opp slik at leverandørene skulle «*senest 12 måneder før oppstart fremlegge dokumentasjon som verifiserer samtlige fartøy som skal benyttes på sambandene, og at disse samsvarer med opplysninger gitt i Vedlegg 3.1 «Fartøysspesifikasjon», jf. kontrakten punkt 3.1.1. For reservefartøy skulle leverandørene «senest 6 måneder før oppstart kunne fremlegge dokumentasjon på at de disponerer reservefartøy som minimum oppfyller alle kravene til reservefartøy», jf. kontrakten punkt 3.3. Dokumentasjon for at kravene til universell utforming var oppfylt, skulle først foreligge «innen fartøyet settes inn i ruteproduksjon», jf. kontrakten punkt 3.1.9 og 6.2.*
- (36) I valgte leverandørs tilbud er det opplyst at dette ikke inneholder noen forbehold eller avvik. Så vidt nemnda forstår er tilbudet for øvrig lagt opp i tråd med det konkurransegrunnlaget foreskrev. Klager har imidlertid fremholdt at det ut fra valgte leverandørs «*General Arrangement plan*» for reservefartøyene og utfylte fartøysspesifikasjoner kan utledes at valgte leverandørs tilbud reelt sett inneholder avvik.
- (37) Slik klagenemnda forstår det, består en «*General Arrangement plan*» av én eller flere tekniske tegninger som skal vise den overordnede sammenstillingen av en gjenstand, i dette tilfellet et reservefartøy. GA-planene for de to reservefartøyene i valgte leverandørs tilbud, inneholdt tekniske tegninger med en rekke mål, herunder eksempelvis følgende «*Main dimensions*»: «*Length over all*», «*Length on main deck*», «*Length between pp*», «*Breadth moulded*», «*Breadth over all*» og «*Design draught*».
- (38) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at dokumentasjon for oppfyllelse av kravene til universell utforming skulle foreligge senest innen fartøyet settes inn i ruteproduksjon. Leverandørene har dermed ikke levert inn tilbud og dokumentasjon, herunder fartøysspesifikasjoner, med intensjon om at disse skulle dokumentere krav til universell utforming.

- (39) Med dette som bakgrunn kan nemnda vanskelig se at valgte leverandørs tilbud med rimelighet kan forstås slik at det inneholder et avvik eller et forbehold.
- (40) Klager har imidlertid fremholdt at valgte leverandørs tilbudte reservefartøy reelt sett verken oppfyller eller vil kunne oppfylle de krav som er stilt, og at innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør på grunnlag av dette. Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket ved ikke å undersøke om valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik.
- (41) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel må kunne stole på opplysninger gitt i et tilbud, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning til kontroll, jf. eksempelvis sak 2016/194, premiss 28. Oppdragsgivers interesser vil som utgangspunkt være beskyttet av reglene om misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, og de øvrige tilbydernes interesser av forbudet mot vesentlige endringer, jf. for eksempel sak 2016/160, premiss 21.
- (42) En oppdragsgivers sanksjonsmuligheter ved et eventuelt kontraktsbrudd, gir imidlertid ikke oppdragsgiver påskudd til å unnlate å følge opp en klar og konkret henvendelse fra en konkurrerende leverandør om potensielle vesentlige avvik fra krav til ytelsen, se til sammenligning klagenemndas sak 2016/194, premiss 31. I den saken gav imidlertid også selve tilbudet holdepunkter for at kravene ikke var oppfylt. Det er ikke tilfellet her. I foreliggende sak legger også konkurransegrunnlaget opp til at det først senere enn ved tildelingen skal dokumenteres at konkurransegrunnlagets krav er oppfylt.
- (43) I klagen av 21. mars 2017 mottok innklagede blant annet påstander om at reservefartøyene i valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra kravene til universell utforming. Klagers påstander bygget på valgte leverandørs GA-planer og utfylte fartøysspesifikasjoner.
- (44) På bakgrunn av denne klagen henvendte valgte leverandør seg til innklagede, og forsikret om at alle kravene i kravspesifikasjonen, herunder kravene til universell utforming, ville bli oppfylt. Det ble gitt uttrykk for at den innleverte GA-planen heller ikke sto i et motsetningsforhold til dette.
- (45) Slik saken er opplyst, kan nemnda ikke se at innklagede i denne situasjonen hadde plikt til å gjøre ytterligere undersøkelser. Følgelig kan heller ikke klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e, føre frem.

Konklusjon:

Møre og Romsdal fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn

Dokumentet er godkjent elektronisk