



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for leie av fartøy til prøvetaking på fiskebruk. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i en situasjon der det forelå en spesiell foranledning til kontroll av valgte leverandørs tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. juli 2022 i sak 2022/616

Klager: Falkungen AS

Innklaget: Havforskningsinstituttet

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Havforskningsinstituttet (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. september 2021 en åpen anbudskonkurranse for leie av fartøy til prøvetaking på fiskebruk. Anskaffelsens verdi inkludert opsjoner var estimert til 12 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. oktober 2021.
- (2) Anskaffelsen var beskrevet på følgende måte i kunngjøringen:

«Havforskningsinstituttet skal gjennomføre biologisk prøvetaking av landet fangst fra andre båter ved fiskebruk på kyststrekningen Varanger - Helgeland.

Oppdragsgiver ønsker å leie et fartøy som kan manøvreres stødig på kyststrekningen og lett inntil fiskebruk i trange havner. Fartøyet må derfor etter vår erfaring være på ca. 18-25 meter og med en transittfart på minst 9 knop.

Fartøyet skal benyttes til å gå fra fiskebruk til fiskebruk i området fra Varanger til Helgeland. Fartøyet skal være et transportmiddel mellom fiskebrukene på den aktuelle strekningen, være en base med innkvartering under aktiviteten, samt at deler av arbeidet blir gjennomført om bord.

De fleste toktene vil ha Tromsø som start/slutthavn, men flere turer per år vil ha Bodø eller Svolvær som start/slutthavn. Se nærmere i konkurransegrunnlaget vedlagt.»

- (3) Avtalen omfattet 180 toktdøgn per år i 2 år, fra 1. januar 2022 til 31. desember 2023. Det var inkludert opsjon på ytterligere 14 toktdøgn per år, og opsjon på forlengelse av avtalen med 2 år.
- (4) Det var oppstilt som krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Tillatelse til kontroll

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

For varer eller tjenester som er kompliserte, eller som unntaksvis skal benyttes til et spesielt formål: Vil leverandøren tillate, at det foretas kontroll av leverandørens produksjonskapasitet eller tekniske kapasitet og, hvor det er nødvendig, av de undersøkelses- og forskningsfasiliteter som leverandøren råder over, og av kvalitetskontrolltiltak? Kontrollen skal foretas av oppdragsgiveren eller oppdragsgiver kan overlate det til et kompetent offentlige organ i den staten leverandøren er etablert.»

- (5) I konkurransegrunnlaget kapittel 4 om «Gjennomføring av konkurransen» punkt 4.7 om «Forbehold/avvik fra leverandør» var det opplyst at «[d]et er adgang til å ta forbehold eller ha avvik, dersom de ikke er vesentlige. Tilbud som inneholder vesentlige forbehold/avvik fra anskaffelsesdokumentene vil bli avvist.». Som eksempel på vesentlige forbehold/avvik var det blant annet opplistet «[o]mfattende forbehold/avvik til fastsatte kontraktsvilkår» og «[f]orbehold og/eller avvik som ikke lar seg kostnadsberegne.»

- (6) I punkt 4.13 om «HMS» var det opplyst følgende:

«Ivaretagelse av HMS-krav fastsatt av Rederiavdelingen. Oppdragsgivers rederi avdeling er ISO 9001 og ISO 14001 sertifisert og jobber kontinuerlig med å forbedre kvaliteten på våre tjenester og redusert utslipp til miljø. Leverandører til Oppdragsgiver forventes å bidra i dette arbeidet. Dokumentasjonskrav:

1) Gyldig Fartssertifikat/Fartøyinstruks for fiske- og fangstfartøy utstedt av Sjøfartsdirektoratet for aktuelt fartsområde.

2) Bekreftelse på at kontraktens bilag 1 «HMS-bestemmelser» er lest og akseptert.

Gjelder også for eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten.»

- (7) I konkurransegrunnlaget kapittel 6 var kravspesifikasjonen oppgitt. Det var spesifisert følgende:

«Med krav menes absolutte krav som stilles til produktet. Dette er også kjent som kravspesifikasjon eller teknisk spesifisering.

Oppdragsgiver har spesifisert krav til de varer og/eller tjenester som skal anskaffes. De oppgitte kravene er minstekrav, og bør følgelig oppfylles. Om et krav ikke oppfylles kan avvisningsbestemmelsene i regelverket komme til anvendelse.

Spesifikasjonen fremgår av matrisene, og hvert enkelt punkt må svares ut i Mercellportalen.»

- (8) Det fremgikk at kravene skulle dokumenteres i form av skriftlig redegjørelse, teknisk dokumentasjon og tegninger (GA i A4 format) for fartøy og utstyr.

- (9) Under punkt 6.1 «Krav til Fartøy og besetning» var det i punkt 1.1 «Teknisk tilstand» stilt følgende krav:

«Fartøyet skal ha dokumentert godt vedlikeholdt skrog, maskineri og dekksutrustning og tilfredsstillende alle myndighetskrav til fartøy av denne størrelsen.»

- (10) I konkurransegrunnlaget kapittel 8 «*Krav til tilbudet*» punkt 8.1 om «*Dokumenter som skal innleveres*» var det opplyst at for kvalifikasjonskrav, punkt 5, skulle følgende dokumentasjon legges ved tilbudet:

«Det elektroniske egenerklæringsskjemaet (ESPD) leveres inn via Merccell. Dokumentasjon på oppfyllelse av HMS-krav i hht pkt 5.2. Signert eksemplar av vedlegg 1, bilag 1 - HMS-bestemmelser vedlegges.»

Kopi av gyldig Fartssertifikat/Fartøyinstruks for fiske- og fangstfartøy utstedt av Sjøfartsdirektoratet for aktuelt fartsområde vedlegges.»

- (11) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører, herunder fra Falkungen AS (heretter *klager*) og Kvalskjær AS.
- (12) Kvalskjær AS tilbød fartøyet MS Gamle Kvalstein. I «*Fartssertifikat for lasteskip og lektere*» utstedt av Sjøfartsdirektoratet, med hjemmel i lov av 16. februar 2007 nr. 9 om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven) med tilhørende forskrifter, var det oppført at MS Gamle Kvalstein var inspisert og godkjent som «*Fritidsfartøy*». Sertifikatet var gyldig til 30. juni 2022.
- (13) Innklagede tildelte kontrakt til Kvalskjær AS (heretter *valgte leverandør*) 8. oktober 2021. Klager ble rangert som nummer to.
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 26. oktober 2021.
- (15) Innklagede hevet kontrakten med valgte leverandør 23. februar 2022 som følge av at det forelå en vesentlig mangel i klagers kontraktsforpliktelser. Det ble vist til at fartøyets manglende fartssertifikat for næringsvirksomhet medførte at formålet med kontrakten faller bort og tjenesten ikke kunne gjennomføres. Det var videre uklart om eller når valgte leverandør kunne rette mangelen.
- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. april 2022.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. juni 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt. Det foreligger ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og et økonomisk tap.
- (19) Fritidsfartøy kan ikke uten videre drive med næringsrelatert virksomhet og det er ulovlig å benytte dette skipet til det oppdraget anskaffelsen legger opp til. Dette burde blitt avdekket av oppdragsgiver og reaksjonen burde enten være å etterlyse ytterligere dokumentasjon på at fartøyet faktisk kunne brukes til næring, eller rederiet burde vært diskvalifisert fra konkurransen med en avvisning. Begge alternativene ville ført til at klager hadde vunnet konkurransen.
- (20) Innklagedes manglende avvisning av valgte leverandør gir klager rett på erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede anmoder om at klagen avvises da den kun omhandler erstatning for positiv kontraktsinteresse. Klagenemnda har ikke kompetanse til å gå utenfor partenes påstander, og kan således ikke ta stilling til annet enn spørsmålet om erstatning ettersom klagers påstand er begrenset til dette.
- (22) Klagen gjaldt kun erstatning for positiv kontraktsinteresse. Klager har endret sin påstand til brudd på anskaffelsesregelverket i etterfølgende prosesskriv. Klagefristen for brudd på anskaffelsesregelverket er utløpt.
- (23) Innklagede bestrider at det var grunnlag for å avvise valgte leverandør som følge av vesentlig avvik eller manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Manglende oppfyllelse av kontraktskrav på tilbudstidspunktet medfører ikke avvisningsplikt.
- (24) Det var ikke oppstilt noen kvalifikasjonskrav i konkurransen som gjaldt fartssertifikat. Manglende levering av fartssertifikat, eller mangler ved innlevert fartssertifikat, ville derfor heller ikke utgjøre grunnlag for avvisning som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget er oppdragsgivers risiko.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder leie av fartøy med mannskap, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 12 millioner 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (26) Innklagede har anført at klagen skal avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9. Innklagede viser til at klagen kun omhandler erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- (27) Klagenemnda for offentlige anskaffelser behandler klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforordningen § 6. Videre følger det av klagenemndsforordningen § 12 tredje ledd, at klagenemnda ikke kan gå utenfor partenes anførsler og påstander. Klagers anførsel om erstatning bygger på anførte brudd på anskaffelsesregelverket. Klagenemnda kan følgelig behandle saken. Nemnda er på samme grunnlag heller ikke enig med innklagede i at klager har kommet med en etterfølgende endring av sine anførsler og påstander.
- (28) Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd. Kontrakt ble inngått 26. oktober 2021. Klagen ble fremsatt for klagenemnda 6. april 2022. Klagen er rettidig.
- (29) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (30) Det følger av forordningen § 24-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*».

- (31) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver ved å akseptere tilbudet ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til anskaffelsesdokumentene. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget.
- (32) Klager har for det første vist til at valgte leverandør ikke oppfylte konkurransegrunnlaget punkt 4.13 «HMS», da det fremgikk av tilbudet at fartøyet var sertifisert som fritidsfartøy, slik at det er ulovlig å benytte skipet til oppdraget anskaffelsen legger opp til.
- (33) I denne saken er konkurransegrunnlagets krav til helse, miljø og sikkerhet utformet som kontraktsvilkår. Det var dermed ikke lagt opp til å evaluere kravet på tildelingstidspunktet. Det er ikke et krav om å oppstille dokumentasjonskrav for kontraktsvilkår. I utgangspunktet er det tilstrekkelig at en kontraktsforpliktelse er oppfylt ved oppstart av kontrakt, og det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten.
- (34) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at dokumentasjon på oppfyllelse av dette kontraktsvilkåret skulle vedlegges tilbudet. Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at det tilbudte fartøyet MS Gamle Kvalstein i «*Fartssertifikat for lasteskip og lektere*» var godkjent som «*Fritidsfartøy*».
- (35) Fartssertifikatet til valgte leverandør viser derfor at fartøyet ikke oppfyller dokumentasjonskravet.
- (36) Når oppdragsgiver har valgt å oppstille et krav om dokumentasjon for oppfyllelse av kontraktsvilkår, og innlevert dokumentasjon viser at kravet ikke er oppfylt, innebærer kravet til likebehandling og forutberegnelighet at oppdragsgiver må undersøke forholdet for å forsikre seg om at kravet vil være oppfylt under kontraktsoppfyllelsen.
- (37) Kravet til sertifisering for fiske- og fangstfartøy, og dokumentasjon for dette, er grunnleggende for leverandørens evne til å kunne tilby det som oppdragsgiver etterspør i konkurransen. Det foreligger derfor etter nemndas oppfatning opplysninger i valgte leverandørs tilbud som gir innklagede spesiell foranledning til kontroll. Klagenemnda har derfor kommet til at innklagede har brutt prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 ved å ikke foreta ytterligere undersøkelser i denne situasjonen. Slik saken er belyst av partene har nemnda ikke forutsetninger for å mene noe om hva oppdragsgivers undersøkelser ville ledet til med hensyn til oppfyllelse av kontraktskravet. Dersom leverandøren hadde sannsynliggjort at kontraktskravet til sertifisering for fiske- og fangstfartøy ville bli oppfylt før oppstart av kontrakten, ville det heller ikke vært grunnlag for avvisning ut fra antasert mislighold.
- (38) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonens krav til fartøyets tekniske stand.
- (39) I kravspesifikasjonen var det oppgitt at fartøyet skulle «*ha dokumentert godt vedlikeholdt skrog, maskineri og dekkutrustning og tilfredsstillende alle myndighetskrav til fartøy av denne størrelsen*».
- (40) Klager har underbygget sin anførsel med at valgte leverandørs tilbudte fartøy MS Gamle Kvalstein ikke hadde godkjente sertifikater for denne type oppdrag.

- (41) Slik klagenemnda forstår kravet er det stilt til fartøyets generelle tekniske stand. Det faktum at skipet var sertifisert som fritidsfartøy sier derfor i seg selv ikke noe om oppfyllelsen av kravet. Klager har ikke fremmet andre argument som støtter anførselen.
- (42) Klagers anførsel fører ikke frem.
- (43) Bruddet som klagenemnda har konstatert over, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Havforskningsinstituttet har brutt anskaffelsesloven § 4 ved å ikke foreta ytterligere undersøkelser i en situasjon hvor det forelå en spesiell foranledning til kontroll av valgte leverandørs tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk