



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for skyssbåttjenester. Klager anførte at innklagede pliktet å avlyse konkurransen, fordi det ikke var stilt dokumentasjonskrav for tildelingskriteriet «Miljø». Dette kunne ifølge klager ha påvirket utfallet av konkurransen for klager og medført at potensielle leverandører har avstått fra å levere tilbud. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. oktober 2023 i sak 2023/0521

Klager: Christian Gaard Bygdetun AS

Innklaget: Ørsta kommune

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Ørsta kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. mars 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for skyssbåttjenester på Hjørundfjorden. Tilbudsfrist var 1. mai 2023.
- (2) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 70 prosent) og «Miljø» (vektet 30 prosent).
- (3) Tildelingskriteriet «Miljø» hadde følgende utforming:
- (4) «*Orientering: Drivstofforbruk l/nm ved marsjart 20 knop skal oppgjevast for fartøyet med passasjersertifikat som vert nytta til organisert skuleskyss og skyss bestilt av kommunal skule og barnehage, jf. punkt 7.4.3. Dersom leverandøren har fleire fartøy med passasjersertifikat som skal nyttast til nemnte oppdrag i avtalen, skal leverandøren oppgje verdi for fartøyet med mest drivstofforbruk l/nm.*

*Evaluering: Det vert nytta lineær metode for poengtildeling. Formel for utrekning av poeng: $10 - 10 * (\text{tilboden l/nm} - \text{beste tilbod}) / \text{beste tilbod}$.*

Tilbod som har dobbelt så stort utslepp som beste tilbod - eller meir - vert tildelt 0 poeng.

a. Leverandør skal oppgje forbruk l/nm for marsjart 20 knop for fartøy med passasjersertifikat»

- (5) Innklagede stilte ikke dokumentasjonskrav for tildelingskriteriet «Miljø» utover leverandørenes egne angivelser.
- (6) Innklagede mottok tre tilbud, inkludert to tilbud fra Christian Gaard Bygdetun AS (heretter *klager*). Klager oppga et drivstofforbruk på hhv. 3,5 og 5,8 l/nm i sine to tilbud.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Hjørundfjord Fjordservice AS oppgav i sitt tilbud et drivstofforbruk på 5 l/nm. Hjørundfjord Fjordservice AS hadde en evalueringspris på 6,4 millioner kroner, mens klagers to tilbud hadde evalueringspriser på 9,2 millioner kroner og 10,72 millioner kroner.

- (7) Rammeavtalen ble tildelt Hjørundfjord Fjordservice AS (heretter *valgte leverandør*) i tildelingsbrev av 12. mai 2003. Valgte leverandør fikk i evalueringen under tildelingskriteriene 8,71 poeng, mens klagers tilbud fikk 5,28 og 4,97 poeng. Valgte leverandør fikk toppscore på pris med 7 vektete poeng, og 1,71 vektete poeng på miljø.
- (8) Klager påklaget tildelingen 23. mai 2023, og anførte at valgte leverandørs opplyste drivstofforbruk på 5 l/nm ikke var realistisk. Klager hadde vært i kontakt med båtbyggere av samme type fartøy som valgte leverandør hadde tilbudt, og rederi av samme type fartøy med digitale måleinstrumenter om bord. Ingen kom i nærheten av forbruket som valgte leverandør hadde oppgitt. Klager viste også til at det var kritikkverdig at innklagede ikke stilte dokumentasjonskrav for tildelingskriteriet «Miljø» utover leverandørens egne angivelser.
- (9) Innklagede opplyste 19. juni 2023 om at klagen ikke ble tatt til følge. Valgte leverandør hadde i forbindelse med klagen bekreftet at de stod inne for forbruket som ble angitt i tilbudet, og at dette var basert på egne erfaringstall.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. juli 2023. Innklagede har utsatt kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse, og saken har derfor vært prioritert for nemnda.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. september 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt forskriften § 18-1 (9), ved ikke å stille krav om dokumentasjon knyttet til tildelingskriteriet «Miljø» som kan underbygge valgte leverandørs påstander i tilbudet. Innklagede har dermed benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Det er en nærliggende mulighet for at feilen har påvirket resultatet av konkurransen, og det foreligger avlysningsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det foreligger ikke plikt til å avlyse konkurransen. Innklagede erkjenner at det var oppstilt et utilstrekkelig krav til dokumentasjon for drivstofforbruk. Klager har ikke bevist at dette har fått betydning for utfallet av anskaffelsen for klager, eller at det har medført at potensielle leverandører har avstått fra å levere tilbud. Valgte leverandør ville ha vunnet konkurransen, selv med 0 poeng på miljø.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en rammeavtale for skyssbåttjenester på Hjørundfjorden, som er en tjenesteanskaffelse. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (15) Innklagede har erkjent at det ikke var stilt et tilstrekkelig dokumentasjonskrav til miljøkriteriet. Spørsmålet for klagenemnda er om denne feilen medfører avlysningsplikt.
- (16) Det følger av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, at oppdragsgiver har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det er begått en feil som ikke kan rettes opp på annen måte enn avlysning, og det kan påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eller at feilen kan ha virket inn på deltagelsen i konkurransen. Det vises til HR-2019-1801-A premiss 85, EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) premiss 95, og EU-domstolens saker T-345/03 premiss 149 og T-50/05 premiss 61.
- (17) Feilen innklagede har gjort i konkurransen, er å oppstille et utilstrekkelig dokumentasjonskrav for tildelingskriteriet «Miljø». Dokumentasjonskravene skal gjøre at tildelingskriteriene er mulig å etterprøve på en objektiv måte for oppdragsgiver, jf. direktiv 2014/24 artikkel 67 (4). Et tildelingskriterium uten dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten, se HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen) premiss 90 med videre henvisninger til EU-domstolens avgjørelse i sak C-448/01 Wienstrom.
- (18) At det ikke var oppstilt et tilstrekkelig dokumentasjonskrav, er en feil som ikke kan rettes på annen måte enn avlysning slik saken nå står.
- (19) Spørsmålet for klagenemnda er om det kan påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått, eller at feilen kan ha virket inn på deltagelsen i konkurransen.
- (20) Innklagede har anført at klager ikke har rettslig interesse i å få vurdert spørsmålet om avlysning i den grad pretensjonen knytter seg til at en feil i konkurransedokumentene kan ha ført til at andre leverandører har avstått fra å levere tilbud. Klagenemnda kan ikke se at det i vurderingen av om klager har rettslig klageinteresse i denne saken, er grunnlag for å sondre mellom hvilken type innvirkning som er pretendert. Klager har anført avlysningsplikt, og har rettslig klageinteresse i å få dette spørsmålet vurdert.
- (21) Slik Eidsivating lagmannsrett formulerer det i LE-2011-40623 *Air Liquide Norway*, er spørsmålet om det er «en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha hatt betydning». En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen er ikke tilstrekkelig, se klagenemndas sak 2021/351 premiss 43. Det er likevel ikke nødvendig for klager å bevise at feilen har fått betydning, det er tilstrekkelig at feilen *kan* ha fått betydning for klager, og det skal ikke stilles for strenge beviskrav til påvisning av feilens mulige betydning.
- (22) Partene er imidlertid uenige om det nærmere innhold i innvirkningskravet, og hva som hadde vært utfallet dersom feilen ikke hadde blitt begått.
- (23) Klager anfører at feilen innebærer at kommunen gikk fra en konkurranse hvor valg av tilbud skulle skje på bakgrunn av «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet» til en ren priskonkurranse, og at konkurransen kunne fått et annet utfall dersom

konkurransen hadde blitt kunngjort med pris som eneste tildelingskriterium. Klager har underbygget sin anførsel ved å vise til HR-2019-1801-A Fosen-Linjen.

- (24) Klager har vist til at deres dyreste tilbud forutsatte investeringer i ny båt som er mer drivstoffvennlig og at denne også skulle oppgraderes med en ny motorpakke til cirka 3 millioner kroner. Dersom konkurransen var utlyst som en ren priskonkurranse, ville klager heller tilbudt en eldre og rimeligere båt med en lite drivstoffvennlig motor. Klager har videre anført at feilen kan ha påvirket deltakerinteressen i konkurransen. Det er vist til at en rekke hurtigbåtredere kunne ha oppfylt kravet om stasjonering av båt nær Hjørundfjorden, og at det derfor kan tenkes at flere aktører ville ha vært interessert dersom tilbudene skulle evalueres kun på pris.
- (25) Innklagede mener derimot at vurderingstemaet er om det ville ha deltatt andre tilbydere, eller om klager ville ha inngitt et annet tilbud, dersom det var oppstilt et mer tilstrekkelig dokumentasjonskrav.
- (26) Klagenemnda bemerker innledningsvis at Høyesteretts konkrete vurderinger i Fosen-Linjen-saken ikke synes å være direkte overførbare til denne saken. I Fosen-Linjen-saken var det tilbudt fartøy som ennå ikke var ferdig prosjektert, og opplysninger om drivstoffforbruk måtte da baseres på tegninger, vurderinger og beregninger.
- (27) I denne saken er det derimot bare tilbudt eksisterende båter, og slik klagenemnda forstår det, hadde det vært mulig og forholdsvis enkelt å oppstille et lovlig dokumentasjonskrav som muliggjorde en objektiv etterprøving. Etter nemndas syn fremstår det derfor som mer nærliggende at innklagede, dersom feilen ikke hadde blitt begått, ville bedt om dokumentasjon som gjorde det mulig å kontrollere de opplysningene leverandørene har gitt i tilbudet om fartøyets drivstofforbruk.
- (28) Vurderingstemaet blir følgelig etter nemndas syn om det ville ha deltatt andre leverandører, eller om leverandørene ville ha inngitt andre tilbud, dersom det var oppstilt et mer tilstrekkelig dokumentasjonskrav. At det mangelfulle dokumentasjonskravet har hatt en slik innvirkning på konkurransen, er det klager som må påvise, jf. Air Liquide Norway-kjennelsen.
- (29) Klagers argumentasjon bygger på en forutsetning om at feilen har ført til at konkurransen endres til en priskonkurranse. De forholdene klager viser til synliggjør derimot ikke at klager ville ha levert et annet tilbud dersom det var stilt et mer tilstrekkelig dokumentasjonskrav knyttet til miljøkriteriet.
- (30) Klager har også vist til at valgte leverandør har oppgitt et urealistisk lavt drivstofforbruk, og at en mer effektiv kontroll av om dette stemmer, kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at det er riktig og viser til den store prisforskjellen mellom tilbudene, som innebærer at valgte leverandør ville ha vunnet konkurransen selv uten uttelling på miljøkriteriet.
- (31) Som nevnt er klagenemnda ikke enig i at innvirkningskravet skal vurderes ut fra at konkurransen ville gått over til en ren priskonkurranse. Det avgjørende er om deltakerinteressen ville vært større dersom det forelå et tilstrekkelig dokumentasjonskrav for miljøkriteriet. At flere båter kunne oppfylt stasjoneringskravet ved en ren priskonkurranse, synliggjør ikke at disse ville ha inngitt tilbud om det var oppstilt et lovlig dokumentasjonskrav til miljøkriteriet.

(32) Klager har dermed ikke påvist at det foreligger en nærliggende faktisk mulighet for at det ville deltatt andre leverandører, eller at leverandørene ville inngitt andre tilbud, dersom det var oppstilt et lovlig dokumentasjonskrav.

(33) Feilen innklagede har gjort, fører dermed ikke til avlysningsplikt, jf. loven § 4.

Konklusjon:

Ørsta kommune har ikke brutt regelverket ved ikke å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur