



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rutetransport i sambandet Stavanger – Byøyene – Usken/Hommersåk. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 11-14 (1) ved at tildelingsmeddelelsen ikke viser at innklagedes valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. september 2010 i sak 2009/276

Klager: L. Rødne & Sønner AS

Innklaget: Rogaland Kollektivtrafikk FKF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Forutberegnelighet og likebehandling. Begrunnelse. Klagefrist.

Bakgrunn:

(1) Rogaland Kollektivtrafikk FKF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. oktober 2009 en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av rutetransport i sambandet Stavanger – Byøyene – Usken/Hommersåk. Anskaffelsens verdi var anslått til 120 – 180 MNK.

(2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Lovgrunnlaget" hitsettes følgende:

"Konkurransen gjennomføres iht. Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402. For denne anskaffelsen gjelder forskriftens del I og del II.

Valgt anskaffelsesprosedyre er "åpen konkurranse med forhandlinger". Denne konkurranseformen innebærer at alle har adgang til å innlevere tilbud og at de innleverte tilbud skal være gjenstand for forhandlinger."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "Vedståelsesfrist" var det stilt krav om at "[t]ilbyder skal vedstå seg tilbudet i 90 dager fra tilbudsfristen".

(4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 5.8 "Virksomhetsoverdragelse" refereres:

"I henhold til endring av yrkestransportforskriften § 8 med ikrafttredelse 1. september 2009 kommer reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven (AML) kap. 16 til anvendelse."

(5) I konkurransegrunnlaget punkt 6.7 "Del D Fremdrift" heter det blant annet:

"Tilbyder skal bekrefte at oppstart av rutekjøringen vil skje 1. januar 2010.

Tilbyder skal angi en fremdrifts- /milepælsplan gjeldende fra kontraktssignering og minimum frem til oppstart av Rutekjøringen. Dvs. at eventuelle viktige milepæler etter oppstart også skal være inkludert i planen. Dette kan f. eks. være innføring av nytt båtmateriell og lignende.

Fremdriftsplanen skal angi hovedmilepæler og eventuelt spesifisere Oppdragsgivers ansvar for aktiviteter og/eller godkjenningssområder.

Som følge av at tiden frem til oppstart er kort, gis det mulighet til å tilby fartøy som ikke oppfyller de ordinære minstekravene til fartøy beskrevet i del B pkt. 4.1 og 4.4 i en innledende periode som maksimalt strekker seg til 1. januar 2011.

Dersom tilbyder benytter denne muligheten, skal tilbudet inneholde en dokumentasjon av at de minstekrav til fartøy som er beskrevet i del B pkt 6 blir oppfylt.

Tilbyder skal angi fra hvilket tidspunkt de ordinære kravene til fartøy vil bli oppfylt (dato for innsettelse av nytt materiell). Tilbud som ikke oppfyller de ordinære minstekravene til fartøy i del B pkt 4.1 og 4.4 senest innen 1. januar 2011, vil bli avvist.

Hvis dato for innsettelse av nytt materiell ikke blir overholdt, vil Utøver bli ilagt dagbøter i henhold til Del A Generelle kontraktsvilkår, pkt 18.2."

- (6) Det ble opplyst følgende om tildelingskriteriene i punkt 7 "KRITERIER FOR TILDELING AV KONTRAKT":

"Rogaland Kollektivtrafikk vil velge det tilbudet som etter en samlet vurdering er det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Nedenstående kriterier vil bli lagt til grunn ved valg av tilbud. Kriteriene er oppført i prioritert rekkefølge.

Det vil bli gjennomført en selvstendig evaluering av eventuelle alternative tilbud, jf pkt 6.9.

*Pris
[...]*

*Kvalitet
[...] I evalueringen vil kvalitet på fartøyene bli vurdert samlet og ikke enkeltvis.[...]*

Som følge av at tiden frem til oppstart er kort, har oppdragsgiver redusert kravene i ytelsen den første fasen av kontraktsforholdet, jf. del B – Leveransebeskrivelse. For perioden frem til 1. januar 2011, vil det dessuten bli lagt noe vekt på en eventuell overoppfylling av kravene (positive avvik). For påfølgende del av konkurranseperioden (inklusive opsjonsperiodene) vil eventuelle kvalitetsforskjeller bli vektlagt på ordinær måte."

- (7) Som vedlegg 1 til konkurransegrunnlagets vedlegg "Del A Generelle Kontraktsvilkår" fulgte opplysninger om virksomhetsoverdragelse fra Tide Sjø AS. I skjematisk oversikt ble det gitt opplysninger om personellets stilling, alder, ansiennitet, brutto lønn inklusiv

kostgodtgjørelse og skiftordning. Om arbeidsvilkår var det angitt "lokal fastlønnsavtale" eller "lokal lønnsavtale". Videre ble det opplyst om pensjons- og personskadeforsikringer for seilende personell.

- (8) I konkurransegrunnlaget vedlegg "Del B – Leveransebeskrivelse m/vedlegg" punkt 5.1 "Generelt" heter det blant annet følgende:

"Reservefartøy som blir satt inn i sambandet ved driftsavbrudd for den ordinære båten, skal tilfredsstillende følgende minimumskrav:

- *Passasjersertifikat for fartsområde 2 etter "gammel" farvannsbeskrivelse i "Den norske Skipsskontrolls Regler".*
- *Servicefart skal være slik at gjeldende rutetabell for de forskjellige Rutene overholdes.*
- *Bagasje må kunne oppbevares under tak.*
- *Eksosutløpene skal være arrangert på en slik måte at risikoen for eksos/eksosluft i passasjerfasiliteter normalt ikke forekommer*
- *Alle oppholdsarealer for passasjerer skal være røykfrie*
- *Reisende skal kunne betale reisen med både bankkort og kontanter om bord i fartøyene.*
- *Fartøyene skal ha klasse etter Den norske Skipsskontrolls Regler.*
- *Universell utforming i henhold til vedlegg 4*
- *Fartøyene skal tilfredsstillende krav gitt i Den norske Skipsskontrolls Regler for angjeldende fartsområde.*
- *Passasjerkapasitet skal være minst 72 pax.*

Det skal tas hensyn til alle kjente sikkerhetskrav fra sjøfartsdirektoratet og/eller Den norske Skipsskontroll herunder alle kjente EU-direktiv som gjelder eller kommer til å gjelde for angjeldende fartsområde. Krav som er kjent ved tilbudsinnlevering og som blir gjort gjeldende i kontraktsperioden, er utøvers risiko og ansvar i hele kontraktsperioden."

- (9) Fra konkurransegrunnlaget vedlegg "Del B – Leveransebeskrivelse m/vedlegg" punkt 6 "OVERGANGSKRAV I FORBINDELSE MED LEVERANSE AV TILBUDT FARTØY" hitsettes følgende:

"Følgende minimumskrav kan fravikes inntil tilbudte fartøy settes inn:

- *Kapasitet jfr. pkt. 4.4 – skal ikke være mindre enn 50 pax i Rute 1 og 72 pax i rute 2.*
- *Passasjerkapasitet reservefartøy jfr. Pkt. 5.1 – skal ikke være mindre enn 50 pax.*
- *Alder jfr pkt 4.1*
- *Det aksepteres avvik ift Universell utforming, jf. Del B leveransebeskrivelse pkt 4.1, så lenge avvikene ikke er vesentlige."*

- (10) Innen fristen innkom to tilbud fra L. Rødne & Sønner AS (heretter kalt klager) og eksisterende leverandør Tide Sjø AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (11) Fra valgte leverandørs reviderte tilbud, datert 19. november 2009, hitsettes:

"Særskilte krav til fartøyene i de forskjellige rutene

Rute 1 Stavanger – Byøyene

Ruten tilbys betjent av MS "Fjordsol" ombygget til 97 pass. "Fjordsol" er en katamaran bygget i karbonfiber levert fra Brdr. Aa i 2005.

Fartøyet tilfredsstiller alle krav stilt i konkurransegrunnlaget og vil være godkjent for fartsområde 3. Båten vil tilfredsstille alle krav til universell utforming og fremstå som en "minitrilling".

Rute 2 Stavanger – Usken / Hommersåk

Tide Sjø tilbyr ruten betjent av MS "Fjord Molde" 97 pass. katamaran bygget i karbonfiber levert av Brdr. Aa i 2005. Fartøyet tilfredsstiller alle krav stilt i konkurransegrunnlaget og vil være godkjent for fartsområde 5. Båten vil tilfredsstille alle krav til universell utforming.

5. Reservefartøy

*Reservefartøy som blir satt inn i sambandet ved driftsavbrudd for de ordinære båtene vil tilfredsstille pkt. 5.1 i Del B Leveransebeskrivelse m/vedlegg. **Hovedreservefartøy vil være MS "Tidecruise".***

Ved årlige kontroller, planlagte reparasjoner og lignende vil utøver sikre at det er erstatningsbåt i rutene før den ordinære båten tas ut av sambandet. Utøver vil skaffe til veie reservefartøy som har en passasjerkapasitet på minst 72. pax. og for øvrig i pkt. 5.1."

- (12) Fra forhandlingsprotokollen, datert 24. november 2009, refereres:

"Rødne vurderer risikotillegget på 300 000 kr som er lagt på prisen i forbindelse med usikkerhet omkring virksomhetsoverdragelse."

- (13) Av meddelelse om tildeling ved brev 3. desember 2009 fremgikk følgende:

"Rogaland Kollektivtrafikk FKF har på bakgrunn av innkomne tilbud valgt det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på kriterier angitt i konkurransegrunnlaget.

På denne bakgrunn har Rogaland Kollektivtrafikk, ved styret, den 3. desember 2009 besluttet å tildele kontrakt til Tide Sjø AS.

Siste frist for leverandører til å klage over beslutning er satt til 14. desember 2009."

- (14) Etter anmodning fra klager oversendte innklagede "Evalueringsrapport" som vedlegg til e-posten 4. desember 2009. Fra rapporten hitsettes:

3.3.2 Oppsummering pris

Evalueringen av tildelingskriteriet pris fremgår av vedlagte tabell. Av tabellen følger at de ulike tilbud har fått følgende poeng:

Tide Sjø	9,00 poeng
Rødne (basistilbud)	6,42 poeng
Rødne (alt tilbud 1)	6,68 poeng
Rødne (alt tilbud 2)	6,42 poeng

[...]

3.3.2 Kvalitet og funksjonalitet

Tide Sjø:

Tilbudte fartøy vil være under ombygging frem til 1. juni 2010. Fram til 1. juni 2010, vil rutene bli utført med TideCruise og Fjord Molde/Fjordsol. Kapasiteten vil i denne perioden være på 147 pax og 97 pax som er over minimumskravet. Fjordsol og Fjord Molde vil etter ombygging ha passasjersalong på hele hoveddekket på samme måte som dagens "Trillinger" som benyttes i Ryfylkebassenget. I forbindelse med inspeksjon av Fjord Molde, merket vi mye støy og vibrasjoner bak i fartøyet før det nådde full hastighet. Fjord Molde virker "baktung" i forhold til Fjordsol og ligger dypere i sjøen bak. Dette betyr at motorene arbeider tungt og skaper derav støy og vibrasjoner før den kommer opp i hastighet. Dette ble tatt opp med Tide Sjø under siste forhandlingsmøte. Tide Sjø sa da at rutehastigheten i Byøyene ville være mindre enn i Ålesund hvor fartøyet går i rute pr. i dag. Dette vil da bety at den støy og vibrasjon vi merket oss under inspeksjonen, vil være mer fremtredende i Byøyene enn i Ålesund. Tide Sjø vil støyisolere motorrommet i forbindelse med ombyggingen av skipet. Dette vil forbedre den sjenerende støyen, men vibrasjonen vil ikke bli påvirket.

Hvordan Fjordsol vil bli med hensyn til støy og vibrasjoner etter ombygging, er vanskelig å si, men den vil ligge dypere i sjøen bak på grunn av overbygging av dekket og en får også tyngde fra passasjerer bak når det er mange reisende. Fjordsol har imidlertid motorene lenger frem enn på Fjord Molde, og vil derfor ikke bli like baktung som Fjord Molde.

Frem til ferdig ombygging, vil det bare være en landgang bak som kan benyttes av rullestolbrukere. Landgang over baug vil ikke kunne benyttes. Da i land- og ombordstigning ikke kan skje over baug, vil terminaltiden bli noe lengre for Fjord Molde inntil den er ombygd. Begge fartøyene vil ha elektroniske destinasjonsskilt.

Tide Sjø tilbyr også sporadisk supplering ved festivaler utfartsdager for skoler og barnehager uten tilleggskostnader for Kolumbus.

Tilbudte fartøy er ikke godkjent i forhold til kommende sikkerhetskrav (Lekkstabilitet) og eventuelle ombygginger må bekostes av Kolumbus. Tide Sjø har bekreftet overfor Kolumbus at det pr. i dag kun er krav om dobbel bunn som er tilfredsstilt i forhold til disse kommende sikkerhetskravene.

Tide Sjø sier ingenting spesielt om reservefartøy i perioden når fast tilbudte fartøy ombygges.

Rødne:

Rødne vil sette inn permanente fartøy 1. januar 2010, men på grunn av eventuelt gjenstående arbeider i forhold til universell utforming, garanterer ikke Rødne fartøyene ferdig før 1. februar 2010. Alle fartøyene vil ha om bord- og ilandstigning over baug fra og med 1. januar 2010, og dermed kort terminaltid. Begge fartøyene har også baugpropell.

Tilbudte fartøy har romslig og luftig salong som medvirker til en god opplevd komfort for passasjerene. Fartøyene har heller ikke noen sjenerende vibrasjoner og støy i passasjersalong.

Rødne tilbyr også elektroniske skiltkasser samt kapasitet på 97 + 130 pax som er over minimumskravene.

Rødne tilbyr en optimalisert bruk av fartøyene uten ekstrakostnader for Kolumbus. Det vil si at de vil sette inn fartøyet med mest kapasitet der behovet er størst som ved festivaler i Stavanger samt når store skoleklasser skal på tur for eksempel til Lindøy.

Rødnes fartøyer er godkjente i henhold til kjente krav når det gjelder kommende sikkerhetskrav (Lekkstabilitet).

Rødne tilbyr fast reservemateriell fra oppstart 1. januar 2010.

3.3.3 System for vedlikehold av fartøy

Tide Sjø har elektronisk system for vedlikehold som tar hensyn til erfaringer og rederiets egne anbefalinger og leverandørenes spesifikasjoner. Systemet gir beskjed når deler og komponenter bør ettersees, vedlikeholdes og/eller skiftes. Tide Sjø har ikke eget verksted eller beredskap for reparasjoner hvis noe skulle hende, Tide Sjø er avhengig av ledig kapasitet på eksterne verksteder.

Rødne baserer sitt vedlikehold på manuelle systemer, egne erfaringer og leverandørenes spesifikasjoner. Manuelt vedlikeholdssystem vurderes ikke som signifikant dårligere enn elektronisk vedlikeholdssystem. Rødne har egen base med verksted og reservedeler på Sjernerøy. Verkstedet har 24/7 beredskap. Rom gjør det mulig å foreta reparasjoner meget raskt hvis nødvendig.

3.3.4 Opplegg ved forsinkelser og reservemateriell

Tide Sjø baserer seg på å benytte ledig kapasitet i egen flåte. For kortere tidsrom vil de også benytte fartøy i kontrakt som har liggetid i Stavanger. Ved behov for reservekapasitet utover dette, er de avhengig av å få reservemateriell fra andre fylker eller samarbeidspartnere i Ryfylke. Tide Sjø vil fortrinnsvis benytte Tidecruise som reservefartøy. Dette fartøyet tilfredsstiller alle minimumskrav. Tilbudet fra Tide Sjø sier ikke noe spesielt om hvordan de eventuelt vil løse en situasjon der det kreves bruk av reservemateriell mens fast tilbudte fartøy er under ombygging.

Rødne vil benytte Rygercruise som fast reservefartøy, og eventuelt ta fartøyet ut av oppdrag for å sette det inn i Byøyene. Ellers har Rødne flere fartøyer som er døgnbemannet som kan settes inn inntil Rygercruise fristilles fra oppdrag.

3.3.5 Miljøeffekter

Begge tilbyderne stiller med fartøy med motorer og utstyr som gir samme miljøeffektene i alle tilbudene. Det vil si at alle tilbudene inneholder optimaliserte fremdriftsanlegg som gir gode miljøeffekter.

Begge tilbyderne er medlemmer av NOx-fondet og begge tilbyderne søker å bli sertifisert som "Miljøfyrtårn".

Alle tilbudene gis karakter 7. At de ikke oppnår karakter 9 er at det er enda litt å gå på når det gjelder utslippsreducerende tiltak samt manglende sertifisering som "Miljøfyrtårn".

3.3.6 Oppsummering kvalitet

Av vedlagte tabell følger at de ulike tilbud har fått følgende poeng:

<i>Tide Sjø</i>	<i>4,89 poeng</i>
<i>Rødne (basistilbud)</i>	<i>8,15 poeng</i>
<i>Rødne (alt tilbud 1)</i>	<i>6,45 poeng</i>
<i>Rødne (alt tilbud 2)</i>	<i>6,15 poeng</i>

3.4 Fremdrift

3.4.1 Vurdering

Tide Sjø sitt tilbud med Fjordsol og FjordMolde blir ikke klart ved oppstart 1. januar 2010. I perioden 1. januar til medio april skal Tidecruise erstatte Fjordsol mens denne er inne til ombygging. På samme måte skal Tidecruise erstatte FjordMolde når denne er inne til ombygging, fortrinnsvis i perioden april/mai. Tide Sjø garanterer i tilbudet sitt at fartøyene er klare innen 1. juni 2010. Tide Sjø vil altså først oppfylle de ordinære kravene i konkurransegrunnlaget fra og med 1. juni 2010.

Begge Rødne sine fartøy tilfredsstiller de ordinære kravene i konkurransegrunnlaget fra og med 1. februar 2010.

Begge tilbyderne har levert en prosjektplan som gir god beskrivelse av aktivitetene i perioden fra kontraktsinngåelse til oppstart av rutekjøringen.

3.4.2 Oppsummering fremdrift

Av vedlagte tabell følger at de ulike tilbudene har fått følgende poeng:

<i>Tide Sjø</i>	<i>5,25 poeng</i>
<i>Rødne (basistilbud)</i>	<i>8,25 poeng</i>
<i>Rødne (alt tilbud 1)</i>	<i>8,25 poeng</i>
<i>Rødne (alt tilbud 2)</i>	<i>8,25 poeng</i>

4 KONKLUSJON

Basert på ovenstående vurderinger, gir sammenstillingen av poengene følgende rangering av tilbudene:

<i>1. Tide Sjø</i>	<i>7,39 poeng</i>
<i>2. Rødne (basistilbud)</i>	<i>7,12 poeng</i>
<i>3. Rødne (alt tilbud 1)</i>	<i>6,77 poeng</i>

Tide Sjø AS sitt basistilbud er således det mest økonomisk fordelaktige."

- (15) Vedlagt evalueringsrapporten var også vedlegg 1 om tilbydernes oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og en sammenstilling av evalueringen. Sistnevnte var fremstilt i en matrise der evalueringen av kvalitet var delt inn i kvalitet/funksjonalitet, vedlikehold, beredskapsopplegg med mer og miljøeffekter for underpunktene år 2010, årene 2011-2018 og samlet kvalitet. Evalueringen av pris fremsto i sladdet format.
- (16) Klager fremmet begjæring om midlertidig forføyning ved Stavanger tingrett 1. desember 2009.
- (17) Tildelingen ble påklaget ved klagers brev 14. desember 2009.

"Det klages herved både på gjennomføringen av konkurransen og tildelingen som har funnet sted. Etter Rødnes syn foreligger det så mange og eklatante tilsidesettelser av regelverket for offentlige anskaffelser, god forretningsskikk og forskrift om anbud i lokal rutetransport at konkurransen må avlyses. Skulle konkurransen likevel ikke avlyses må uansett kontraktsinngåelse avventes til Rødne har fått nødvendig begrunnelse for tildelingsbeslutningen, rimelig klagefrist, og saken er behandlet i KOFA. Etter Rødnes syn er det dessuten mye som taler for at Rødne er den rettmessige vinneren av konkurransen, tenkt de begåtte feil borte."

- (18) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 15. desember 2009.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 15. desember 2009.
- (20) Ved innklagedes brev 22. desember 2009 ble klage på tildeling ikke tatt til følge.
- (21) Forføyningssaken ble hevet ved kjennelse 22. desember 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Kontraktsoppstart

- (22) Klager anfører at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling ved innklagedes valg om å gjennomføre konkurransen med svært korte tidsrom mellom kontraktsinngåelse og oppstart av kontraktskjøring, noe som har vært til fordel for eksisterende og valgte leverandør.

Vedståelsesfrist

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at vedståelsesfristen på 90 dager strekker seg ut over fastsatt tidspunkt for oppstart av kontraktskjøringen. Etter klagers oppfatning skapte dette usikkerhet for tilbyderne i forhold til hvordan tilbyder skal forholde seg til kravene om oppstart 1. januar 2010.

Virksomhetsoverdragelse

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å opplyse om lønns- og arbeidsvilkår hos eksisterende leverandør. Eksisterende leverandør hadde da et vesentlig konkurransefortrinn og vant konkurransen.

Anskaffelsesprosedyre

- (25) Klager anfører at innklagede har benyttet feil regelverk ved valg av konkurranseform. Etter klagers oppfatning er forskrift om anbud i lokal rutetransport å anse som lex specialis, og går dermed foran anskaffelsesforskriften ved motstrid.

Begrunnelse

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 om kravet til etterprøvbarhet og forskriften § 13-3, jf. forskriften § 11-14 (1), ved at begrunnelsen for poenggivningen er mangelfull.

Klagefrist

- (27) Klager anfører at innklagede har fastsatt en for kort klagefrist og dermed brutt forskriften § 13-3 (1).

Avvisning av valgte leverandør

- (28) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, idet tilbudet ikke angav et konkret reservefartøy og bruk av rett konkurranseform ville ført til at avklaringen krenket forhandlingsforbudet.

Innklagedes anførsler:

Kontraktsoppstart

- (29) Innklagede avviser påstanden om at det foreligger forskjellsbehandling til fordel for valgte leverandør. Det vises til at innklagede har redusert kvalitetskravene til rutekjøringen det første året for å avhjelpe den korte perioden mellom kontraktsinngåelse og kontraktsoppstart. Innklagede aksepterte med andre ord at det kunne bli en periode på inntil et år med midlertidig rutekjøring. For at denne perioden ikke skulle bli unødvendig lang, ble eventuell overoppfylling av kravene og tilbudt tidspunkt for innføring av permanent utstyr angitt som tildelingskriterier. Klager valgte å tilbyd materiell med relativt høy kvalitet, noe innklagede også premierte i tildelingsevalueringen.

Vedståelsesfristen

- (30) Innklagede avviser påstanden om at konkurransegrunnlaget punkt 4.5 om vedståelsesfrist er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Det forhold at innklagede benyttet 90 dager som standard vedståelsesfrist, og at fristen utløp etter kontraktsoppstart, kan ikke ha skapt usikkerhet eller manglende forutberegnelighet.

Virksomhetsoverdragelse

- (31) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved ikke å oversende klager kopi av lokal fastlønnsavtale med tilhørende utregninger av lønn, kostgodtgjørelse, timer, skift, ferie og feriepenger med mer. Innklagede la til grunn at den informasjon som eksisterende leverandør hadde gitt og som var vedlagt konkurransegrunnlaget var overensstemmende med hva innklagede hadde rett til å kreve

etter yrkestransportlova § 8. Innklagede anmodet derfor ikke eksisterende leverandør om å oversende fastlønnsavtalene slik klager ba om.

Anskaffelsesprosedyre

- (32) Innklagede avviser påstanden om feil konkurranseform. Det vises til at den aktuelle kontrakten ikke utelukkende gjelder tildeling av løyve, men også en kontrakt om å levere tjenester mot et vederlag. En slik gjensidig bebyrdende avtale må følge reglene i anskaffelsesforskriften, jf. §§ 1-3, jf. 4-1 bokstav a. Dette er også presisert i Ot. prp. nr 60 (2008-2009) punkt 3.1.

Begrunnelse

- (33) Innklagede avviser påstanden om at klagefristen var for kort og at begrunnelsen for tildelingen var mangelfull. Det vises til meddelelse om tildeling ved brev 3. desember 2009. Dagen etter, 4. desember 2009, fikk klager oversendt evalueringsrapporten med sladdede priser. Evalueringsrapporten inneholdt redegjørelse for innklagedes vurdering av tilbydernes kvalifikasjoner og en evaluering av tilbudene i forhold til angitte tildelingskriterier. Dette tilfredsstiller de krav forskriften oppstiller til begrunnelse i § 11-14.

Klagefrist

- (34) Innklagede anfører at det var fastsatt klagefrist til 14. desember 2009, altså 10 dagers frist, noe som må anses som tilstrekkelig lang frist.

Avvisning av valgte leverandør

- (35) Innklagede avviser påstanden om at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist. Det vises til at leverandøren i sitt tilbud har uttalt at selskapet fortrinnsvis vil benytte Tidecruise som reservefartøy. Leverandøren har ikke angitt et spesifikt reservefartøy til bruk i perioden når Fjordsol og Fjord Molde ombygges, men har basert tilbudet på at det vil bli benyttet andre fartøy som oppfyller avtalens krav. Innklagede har dermed lagt til grunn at tilbudet oppfyller konkurransegrunnlagets minimumskrav. Tilbudet ble vurdert som mindre gunstig på dette punkt enn tilbudet fra klager.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Klagen er rettidig.

Anskaffelsesprosedyre

- (37) Klager har anført at det er forskrift 26. mars 2003 nr 400 om anbud i lokal rutetransport som kommer til anvendelse ved motstrid og at innklagede dermed plikter å gjennomføre anskaffelsen i tråd med reglene for åpen anbudskonkurranse.
- (38) Innklagede har vist til at kontrakten ikke utelukkende gjelder tildeling av løyve, men også levering av tjeneste mot et vederlag, såkalt "tjenestekontrakt". Det foreligger da heller ikke en tjenestekonsesjonskontrakt etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav j, jf. forskriften § 4-1 bokstav e. Klagers anførsel underbygger derfor ikke at innklagede har anvendt regelverket om offentlige anskaffelser uriktig.

- (39) Anskaffelsen gjelder kontrakt vedrørende båttransport som er en uprioritert tjeneste etter forskrift vedlegg 6, kategori (19), og følger forskriften del I og II, jf. forskriften § 2-1 (5). Nemnda kan etter dette ikke finne grunnlag for at yrkestransportforskriften kommer til anvendelse i foreliggende anskaffelse, og det foreligger heller ikke motstrid slik klager feilaktig har lagt til grunn.
- (40) Det følger av forskriften § 5-1 at konkurranse med forhandling er en av de tillatte anskaffelsesprosedyrene etter forskriften del II. Klagers anførsel om at innklagede ikke hadde anledning til å forhandle med tilbyderne kan dermed ikke føre frem.

Virksomhetsoverdragelse

- (41) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved ikke å opplyse om lønns- og arbeidsvilkårene til eksisterende leverandørs seilende personell.
- (42) Om plikten til å utjevne fordeler som tilkommer eksisterende leverandør har nemnda i sak 2009/90 uttalt følgende:

"(22) De grunnleggende kravene nedfelt i lovens § 5 innebærer blant annet at oppdragsgiver er forpliktet til å likebehandle alle leverandører gjennom hele anskaffelsesprosessen. Kravet til likebehandling medfører at oppdragsgiver har en aktivitetsplikt i forhold til å utjevne eventuelle fordeler en leverandør måtte ha ut fra sitt forhold til oppdragsgiveren, slik at alle leverandørene stiller mest mulig likt i konkurransen, jf. blant annet avgjørelse fra EF-domstolen – Retten i Første Instans - T-345/03 premiss (60) og (61), og klagenemndas uttalelse i sak 2004/46 premiss (52) og (53).

(23) Fra sak T-345/03 premiss (73) følger imidlertid at oppdragsgiver ikke har plikt til å utjevne enhver forskjell. Det følger videre av premiss (75) og (76) at det ved vurderingen av omfanget av oppdragsgivers plikt til å utjevne slike forskjeller, må skje en avveining av de berørte interesser. Oppdragsgiver har bare plikt til å utjevne forskjeller "... i det omfang det i teknisk henseende er enkelt at foreta en sådan udligning, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke innebærer en tilsidesettelse af den eksisterende kontrahents [...] rettigheter."

- (43) I sak E-2/95 (Eidesund) la EFTA-domstolen til grunn at skifte av leverandør til innvalgt ny leverandør må gjennomføres etter reglene om virksomhetsoverdragelse, jf. også EU-domstolen i C-13/95 (Ayse Süzen). Det vil si at valgte leverandør kan bli forpliktet til å overta arbeidstakere fra tidligere leverandør av tjenesten. De rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt virksomhetsoverdragelsen finner sted, vil dermed bli videreført til valgte leverandør, jf. lov 17. juni 2005 nr 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. § 16-2 (1), jf. også Rt. 2010 s. 330 vedrørende skifte av leverandør av bakketjenester ved Bardufoss lufthavn.
- (44) Dersom eksisterende arbeidsavtale og arbeidsforhold ikke er gjort kjent for tilbyderne i konkurransegrunnlaget, innebærer dette ikke bare et brudd på kravet til likebehandling i loven § 5, jf. sak 2009/90 med videre henvisninger, men også et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ettersom det ikke er mulig for tilbyderen å fastsette pris på tjenesten.

- (45) Som vedlegg 1 til konkurransegrunnlagets vedlegg "*Del A Generelle kontraktsvilkår*" fulgte opplysninger om virksomhetsoverdragelse fra eksisterende leverandør. I skjematisk oversikt ble det gitt opplysninger om personellet stilling, alder, ansiennitet, brutto lønn inklusiv kostgodtgjørelse og skiftordning. Om arbeidsvilkår var det angitt "*lokal fastlønnsavtale*" eller "*lokal lønnsavtale*". Videre ble det opplyst om pensjons- og personskadeforsikringer.
- (46) På bakgrunn av overnevnte er nemnda kommet til at det forelå tilstrekkelig med opplysninger om arbeidsforhold hos eksisterende leverandør til at eventuelle fordeler valgte leverandør måtte ha anses utjevnet. Opplysningene gjorde det videre mulig for tilbyderne til å prise tjenesten uten å måtte innta forbehold. Klagers anførsel kan således ikke føre frem.

Avvisning av valgte leverandør

- (47) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, idet tilbudet ikke angav et konkret reservefartøy.
- (48) I konkurransegrunnlaget "*Del B – Leveransebeskrivelse m/vedlegg*" punkt 5.1 "*Generelt*" var det oppstilt en rekke minstekrav til reservefartøyet. Det fremkommer dog ikke krav om at reservefartøyet skal beskrives eller individualiseres. Klagers anførsel kan da ikke føre frem.

Vedståelsesfrist

- (49) Klager har anført at kravet om 90 dagers vedståelsesfrist i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 sammenholdt med kravet til kontraktsoppstart 1. januar 2010 i konkurransegrunnlaget punkt skapte usikkerhet, noe som innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (50) Nemnda er ikke enig i dette. Vedståelsesfrist og tidspunkt for kontraktsoppstart er vidt ulike begrep hvor førstnevnte gjelder gyldighet av inngitt tilbud og sistnevnte igangsettelsesdato for utøvelse av tjenesten.
- (51) Vedståelsesfrist og tidspunkt for kontraktsoppstart er også inntatt på ulike steder i konkurransegrunnlaget, henholdsvis punkt 5.1 "*Vedståelsesfrist*" og punkt 6.7 "*Del D Fremdrift*". Nemnda kan derfor vanskelig se at innklagede kan lastes for klagers forvirring. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Kontraktsoppstart

- (52) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved at det er for kort tid fra kontraktsinngåelse 15. desember 2009 til kontraktsoppstart 1. januar 2010, noe som favoriserer eksisterende og valgte leverandør.
- (53) Det eksisterer for oppdragsgivere en plikt til å utjevne de fordeler eksisterende leverandør slik gjengitt i (premiss 42).
- (54) Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 6 "*OVERGANGSKRAV I FORBINDELSE MED LEVERANSE AV TILBUDT FARTØY*" og punkt 6.7 "*Del D Fremdrift*" at tilbyderne har mulighet til å fravike minstekravene som stilles til fartøy i overgangsperiode, maksimalt ett år.

- (55) Etter nemndas oppfatning må aksept av avvik fra minstekravene i en overgangsperiode anses som tilstrekkelig til at plikten til å utjevne fordeler anses oppfylt. Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Begrunnelse og klagefrist

- (56) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 11-14 (1) ved at begrunnelsen var mangelfull hva gjaldt poenggivning. Klager har videre anført at innklagede har brutt forskriften § 13-3 ved at klagefristen var for kort.
- (57) Det følger av forskriften § 11-14 (1) at *"[o]ppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling [...] skal innholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har en saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*.
- (58) I forskriften § 13-3 (1) heter det blant annet at *"oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås"*.
- (59) I meddelelse om tildeling ved brev 3. desember 2009 var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet var valgt på bakgrunn av kriteriene i konkurransegrunnlaget. Videre var det angitt navn på valgte leverandør og klagefrist. Nemnda finner det ikke tvilsomt at slik tildelingsmeddelelse ikke tilfredsstiller forskriftens krav. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 11-14 (1) ved å gi klager en begrunnelse for valg av leverandør som ikke viser at innklagedes valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier.
- (60) Klagefrist skal etter forskriften § 13-3 (1) fremgå av meddelelse om tildeling av kontrakt. Imidlertid begynner fristen først å løpe fra det tidspunktet det er gitt en begrunnelse som gjør at leverandørene har tilstrekkelig informasjon til å avgjøre om tildelingen er i samsvar med regelverket, jf. Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2005-183161 og klagenemndas sak 2007/73 (premiss 24). Som det fremgår over, tilfredsstilte ikke meddelelsen om tildeling 3. desember 2009 kravet til begrunnelse i forskriften § 11-14 (1).
- (61) Vedlagt e-posten 4. desember 2009 fikk klager oversendt en svært detaljert evalueringsrapport. I rapporten ble evalueringen av hvert enkelt tildelingskriterium gjennomgått, og det ble trukket frem positive og negative aspekter ved både klagers og valgte leverandørs tilbud i forhold til hvert av tildelingskriteriene. Videre var det angitt hvilken score klager og valgte leverandør ble gitt. Evalueringsrapporten inneholdt således *"tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet"* til at klager kunne vurdere hvorvidt innklagedes evaluering var *"saklig og forsvarlig"*, og *"i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Klagefristen startet da å løpe 4. desember 2009 til 14. desember 2009, noe som tilsvarer en karenstid på 10 dager.
- (62) Klagefristens lengde reguleres ikke i forskriften, men det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64).
- (63) Nemnda legger dette til grunn også i den foreliggende sak. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Rogaland Kollektivtrafikk FKF har brutt forskriften § 11-14 (1) ved at tildelingsmeddelelsen ikke viser at innklagedes valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
27. september 2010



Jakob Wahl