



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for drift av bompengeanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 13-2 (2), tredje punktum ved på enkelte punkter ikke å ha foretatt en saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget". Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2009 i sak 2009/76

Klager: Vegamot AS

Innklaget: Atlanterhavstunnelen AS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Jakob Wahl og Per Christiansen

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Konkurransereform.

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen, Vegdirektoratet kunngjorde den 19. desember 2008, på vegne av Atlanterhavstunnelen AS (heretter kalt innklagede), en konkurranse med forhandling for anskaffelse av driftstjenester for innkreving av bompenger for prosjektet "Atlanterhavstunnelen", som er et ferjeavløsningsprosjekt mellom Averøy og Kristiansund kommune.

- (2) Av konkurransegrunnlagets pkt A.3 *Anskaffelsesprosedyre* fremgikk:

"[...] Konkurransen omfatter anskaffelse av en uprioritert tjeneste over EØS-/WTO-terskelverdi tjenestekategori 27.

Følgende anskaffelsesprosedyre legges til grunn: Konkurransereform med forhandling."

- (3) Fra konkurransegrunnlagets kap B, punkt B5 *Kriterier for valg av tilbud (tilbudsevaluering)*, hitsettes følgende:

"Ved vurderingen av det mest økonomisk fordelaktige tilbudet vil følgende tildelingskriterier bli lagt til grunn, med den oppgitte vektning av det enkelte kriterium:

- 1. Pris for gjennomføring av oppdraget (50 %)*
 - 2. Beskrivelse av gjennomføring av oppdraget (25 %)*
 - 3. Totalkompetanse (25 %)*
- (4) I konkurransegrunnlagets kap 5, punkt B5 Kriterier for valg av tilbud (tilbudsvurdering) var tildelingskriteriet *Beskrivelse av gjennomføring av oppdraget* beskrevet og utdypet på følgende måte:

"2. Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget

A) Beskrivelsens oppbygging (40 %)

Herunder vil oppdragsgiver vurdere: Innhold og struktur, forståelse av oppdraget, kreativitet i metodikk, løsningsvalg og angrepsmåter.

B) Fremdrift, ressurser og kapasitet (40 %)

Herunder vil oppdragsgiver vurdere: Planlagt ressursbruk på viktige aktiviteter, nøkkelpersoner samt andre medarbeideres tidsbruk og kapasitet i oppdraget, framdriftsplan, realisme i aktiviteter og milepæler.

C) Kvalitet i løsningsvalg (20 %)

Herunder vil oppdragsgiver vurdere: Opplegget for å ivareta miljøvennlige og varige løsninger inklusive arbeidsmiljø, opplegg for å finne løsninger som er økonomiske og praktiske å gjennomføre under normal drift."

- (5) Fra punkt C Kravspesifikasjon fremgår det i punkt C.1 Bakgrunn for/formålet med oppdraget følgende:

"Leveransens innhold

Drift av bomstasjoner:

- Bemanne bomstasjonene etter vedlagt bemanningsplan, se punkt C.2 Bemanningsplan og K-4.*

[...]

Krav til utførelse

Generelt

Alle krav i denne tabellen er absolutte og må derfor innfris. Det er ikke anledning å prise forbehold mot kravene.

Drift av bomstasjoner

[...]

Driftsselskapet skal levere følgende tjenester:

Nr	Ytelse	Anleggsspesifikk tilpasning	Aksept Ja/nei	Tilbyders kommentar
[K4]	Leverandøren skal bemanne bomstasjonen i henhold til vedlagt bemanningsbehov, se C.2 Bemanningsplan.			
[...]				

Annen kundeservice

Nr	Ytelse	Anleggsspesifikk tilpasning	Aksept Ja/nei	Tilbyders kommentar
[...]				
[K15]	Det skal opprettes et forhandlernett i tilknytning til bomstasjonen. Forhandlernettets skal yte følgende tjenester: A. Inngåelse av kontrakt B. Utlevering av operatørkort. C. Ta imot kontantbetaling for utsatt betaling	Forhandlerne forplikter seg å ha info på døra vedrørende servicestasjon.		

[...]

Styring og kvalitet

Oppgave- og organisasjonsbeskrivelse

Nr	Ytelse	Anleggsspesifikk tilpasning	Aksept Ja/nei	Tilbyders kommentar
[K 27]	Det skal foreligge en arbeidsbeskrivelse som basis for planlegging og oppfølging av driften. Et separat dokument som utarbeides umiddelbart etter tildelingen av kontrakten skal beskrive fasen frem til oppstart.			

	<i>Arbeidsbeskrivelsen skal inkludere:</i> <i>A. Opprettelse av driftsorganisasjon</i> <i>B. Hovedoppgaver og viktige milepæler</i> <i>C. Daglig drift av bompengesystemet</i> <i>D. Ansettelse og opplæring av personell</i> <i>E. Anskaffelse av all nødvendig maskinvare, programvare, nettverk og kommunikasjon i tide for forsvarlig installasjon og tilstrekkelig testing.</i> <i>Forholdet til underleverandør(er) skal være klart definert og arbeidsbeskrivelsen skal inkludere hvordan arbeidet er delt mellom de involverte parter.</i>			
[...]				

Tidsplan

Nr	Ytelse	Anleggsspesifikk tilpasning	Aksept Ja/nei	Tilbyders kommentar
[...]				
[K 30]	<i>Innen 2 uker etter at avtale er inngått skal driftsselskapet i samarbeid med oppdragsgivere utarbeide og legge fram endelig tidsplan som viser framdriften og med angivelse av tidsfrister for de ulike aktivitetene.</i>			

- (6) Fra punkt C *Kravspesifikasjon* fremgår det i punkt C.2 *Beskrivelse av oppdraget* følgende:

” Systemer og utstyr

[...]

Betalingsmåter

Følgende betalingsmåter er mulig ved bomstasjonen:

- *Operatørkort. Bruken av kortet betaler for passeringene i henhold til sin avtale med bompengeselskapet.[...]*

Driftsoperatør

Driftselskapet skal utføre hovedoppgavene knyttet til daglig drift:

- *Drift av hele bompengesystemet (overvåking, kvalitetsoppfølging, bruk av baksystem, etc.)*
- *Innkrevning av bompenger, tilleggsavgifter og gebyrer.*
- *Bemanning av bomstasjoner*
- *Oppfølging av utenlandsk inkasso gjennom firma i EPC*
- *Informasjon til publikum og klagebehandling.*

[...]

Bemanningsplan

Bomstasjonen skal være bemannet 24 timer i døgnet, alle dager, hele året og skal ha følgende fast bemanning:

[...]

Bomstasjonen vil være bemannet av minimum en person hele døgnet. Det skal i tillegg være en person til i hovedboden 6-22 på hverdager og 9-22 i helger. Man skal også ha en person i ekstra bod hverdager 14-18, i tillegg til mandager 7-12 og søndager 14-20. Denne bemanningsplanen er basert på et minimum, og gir 15 860 timer i året. I sommerhalvåret er det økt trafikk, og man må ha ekstra bemanning. Inkludert denne ekstra bemanningen vil timetallet i løpet av et år bli på ca 20 000."

- (7) Innenfor tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra 4 tilbydere, herunder fra klager og valgte leverandør (Bro- og Tunnelselskapet AS). Samtlige tilbud ble vurdert i tilbudsvurderingen.
- (8) Fra klagers tilbudsbesvarelse del 1 *Beskrivelse av drift og tidsplan* hitsettes følgende:

" 1 Innledning

[...]. Vegamot AS vil opprette de nødvendige garantier og forsikringer for prosjektet, iht. kravspesifikasjonen. [...]"

2.1 Forhandlernet

[...]. Vegamot AS ønsker å benytte bensinstasjoner i bomstasjonens nærområde som forhandlernetverk og vil kontakte for eksempel Statoil Bremsnes og Viadukten Autosenter AS dersom vi vinner anbudet. Ønsker bompengeselskapet ytterligere flere/andre forhandlere er vi åpne for forslag og vil kontakte disse. [...].

2.2 Bemanning av bomstasjonene/service og vedlikehold

Vegamot AS ønsker å engasjere Securitas AS for å ivareta bemanning av bomstasjonene. [...]

Vedlagt er også eksempel på Securitas' interne håndbok for ivaretagelse og kvalitetssikring av oppdraget 1-8- Vedlegg Rutinehåndbok 111 Securitas.

[...]

5 Arbeidsbeskrivelse og framdriftsplan

Vi viser til konkurransegrunnlagets krav 27 vedrørende arbeidsbeskrivelse og framdriftsplan. I henhold til det som er angitt, vil Vegamot umiddelbart etter avtaleinngåelse foreslå en overordnet arbeidsbeskrivelse og framdriftsplan som inkluderer hvordan arbeidet skal deles mellom de involverte parter. Den foreslåtte framdriftsplan vil være basis for en utvidet og mer detaljert arbeidsbeskrivelse og tidsplan både for fasen frem til videreføring og deretter for den daglige driften.”

- (9) I vedlegg 6 til klagers tilbudsbesvarelse del 1 *Beskrivelse av drift og tidsplan* var opplæringsplanen til Securitas vedlagt. Denne planen var rutinehåndbok 111 for Oslo-ringen, etter avtale som ble inngått den 8. august 2007 mellom Securitas AS og Oslo-ringen.
- (10) Forhandlingsmøte med klager ble avholdt den 25. februar 2009. Fra referatet fra forhandlingsmøtet den 25. februar 2009 hitsettes følgende:

” [...]. Denne anskaffelsen er tjenestekategori 27 uprioriterte tjenester. Det vil med andre ord si at vi kun er underlagt nasjonal forskrift, og man har da mulighet til å foreta ”kjøp etter forhandlinger”.

Atlanterhavstunnelen AS

Årsaken til at det er valgt et bompengesystem som har manuell betaling er at passasjerandelen er så høy at det ikke vil være aktuelt med AutoPASS.

Systemet er veldig likt Auto PASS, selv vom det er passasjerbetaling. Forskjell mellom dette systemet og AutoPASS er at operatørkortet (verdikortet) leses av på en kortleser, og ikke som for AutoPASS, hvor brikker blir lest av antenner.[...].

Gjennomgang av tilbud

Turnusplan for bemanning må utarbeides og sendes ifm revidert tilbud.

Forhandlernettnettverk

Vegamot AS må beskrive hvilke forhandlernettnettverk de skal benytte.

[...]"

- (11) Klager innleverte revidert tilbud den 4. mars 2009, hvorav det var vedlagt en egen bemannings-/skiftplan og oppdatert prisskjema. Fra det reviderte tilbudet hitsettes følgende:

" [...]. Som forhandlernettnettverk vil Vegamot AS ta sikte på å benytte Statoil Averøya og Viadukten Autosenter AS slik det fremkommer i vårt opprinnelige tilbudsbesvarelse kapittel 1.[...]."

- (12) Tilbudene ble evaluert av en evalueringsgruppe på vegne av Atlanterhavstunnelen AS, som henholdsvis bestod av 3 representanter fra Statens Vegvesen, Vegdirektoratet samt 1 representant fra Atlanterhavstunnelen AS. Evalueringsgruppen innstilte Bro- og Tunnelselskapet AS som leverandør i konkurransen. Fra *Evalueringsrapporten* datert 19. mars 2009 hitsettes følgende fra punkt 6.2.3 *Tildelingskriterier (kommentarer)* vedrørende evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet:

"2. Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget (25 %)

a) Beskrivelsens oppbygging (40 %)

Innhold og struktur: Bro- og Tunnelselskapet har levert et bra og oversiktlig tilbud og får topp karakter på dette punktet. Vegamot har levert et bra tilbud, men får trekk på 0,5 karakterpoeng fordi det er vist til et bemanningsopplegg som gjaldt for Oslo-ringen, og ikke lagt ved noe bemanningsopplegg for Atlanterhavstunnelen. (A)¹ hadde motbevisende forbehold i sitt tilbud og hadde ikke brukt prisskjemaet på riktig måte slik at de gav en annen pris enn hva som var tiltenkt i det opprinnelige tilbudet, og ble trukket 1 karakterpoeng på det. (B) ble trukket 1,5 karakterpoeng ettersom deres tilbud manglet innholdsfortegnelse, og var generelt veldig uoversiktlig.

Forståelse av oppdraget: 1 forhandlingsmøtene fikk alle tilbyderne i oppdrag å lage ett eksempel på en turnusplan, og alle tilbyderne fikk trekk på 0,5 karakterpoeng pga at deres foreslåtte turnusplaner ikke tok hensyn til kasseoppgjør ved skiftets slutt. Vegamot fikk i tillegg trekk på 0,5 karakterpoeng pga deres manglende beskrivelse av ett forhandlernettnettverk.

Kreativitet og metodikk: Alle tilbyderne ble vurdert likt på dette punktet, og fikk topp karakter.

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr 2. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parantes.

Løsningsvalg: (A) refererte flere steder i sitt tilbud til AutoPASS- brikker og får 0,5 karakterpoeng trekk for dette, ellers hadde tilbyderne bra løsningsvalg.

Angrepsmåter: Vegamot beskriver en verdikortløsning i stedet for løsningen med operatørkort (hvor pengene ikke ligger lagret på selve kortet) som er valgt for Atlanterhavstunnelen, og får 1 karakterpoeng i trekk for dette. De andre tilbyderne får topp karakter på dette punktet.

b) Fremdrift, ressurser og kapasitet (40 %)

Planlagt ressursbruk på viktige aktiviteter: Dette er bra for alle tilbyderne.

Nøkkelpersoner samt andre medarbeideres tidsbruk og kapasitet i oppdraget: Bro- og Tunnelselskapet og Vegamot er vurdert som bra på dette punktet. (A) har blitt trukket 0,5 karakterpoeng fordi driften er litt dårlig beskrevet i tilbudet og planen for ressurser i tilbudet er for et annet bompengeselskap enn Atlanterhavstunnelen. AS. (B) får trekk på 1 karakterpoeng ettersom deres tilbud manglet CV-er på flere nøkkelpersoner.

Fremdriftsplan: Bro- og Tunnelselskapet og (A) hadde bra fremdriftsplaner og får topp karakter på dette punktet. Vegamot hadde ingen konkret fremdriftsplan, men hadde gitt en kort beskrivelse, og får dermed trekk på 1 karakterpoeng pga dette. (B) hadde ingen fremdriftsplan og blir dermed trukket 1 karakterpoeng.

Realisme i aktiviteter og milepæler: Vegamot og (B) får trekk på 1 karakterpoeng pga manglende beskrivelse av aktivitetene og milepælene, mens (A) blir trukket 0,5 karakterpoeng fordi planlagt kontraktsinngåelse er kort tid før oppstart. Bro- og Tunnelselskapet får topp karakter på dette punktet.

c) Kvalitet i løsningsvalg (20 %)

Opplegg for å ivareta miljøvennlige og varige løsninger inklusive arbeidsmiljø:

Alle tilbydere er blitt vurdert som bra på dette punktet og får topp karakter.

Opplegg for å finne løsninger som er økonomiske og praktiske og gjennomføre under normal drift: Alle tilbydere er blitt vurdert som bra på dette punktet og får topp karakter. [...]"

- (13) I brev av 31. mars 2009 til tilbyderne meddelte innklagede at Bro- og Tunnelselskapet AS er innstilt som leverandør for driftstjenester for Atlanterhavstunnelen AS. Klagers tilbud ble vurdert som det nest beste tilbudet. Fra innstillingen hitsettes følgende:

”Begrunnelse for valg

[...]

2. Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget (25 %)

Bro- og tunnelselskapet AS leverte et godt og oversiktlig tilbud med grundige beskrivelser av hvordan de vil løse oppdraget. Det har også levert en bra fremdriftsplan med en god beskrivelse av aktivitetene og milepælene. Vegamot AS leverte et bra tilbud, men mangler detaljerte beskrivelser når det gjelder bemanningsopplegg, forhandlernettnettverk, operatørkortløsning og fremdriftsplan. (A) leverte et greit og oversiktlig tilbud med en bra fremdriftsplan, men driften var litt dårlig beskrevet og de henviste til en AutoPASS- løsning. Tilbudet til (B) var relativt rotete og uoversiktlig utformet, men de hadde bra beskrivelse av sine løsninger. De manglet en detaljert fremdriftsplan og en detaljert beskrivelse av aktiviteter og milepæler.

I de foreslåtte skiftplanene har ingen av tilbyderne tatt hensyn til kasseoppgjør ved skiftets slutt. [...]

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 3. april 2009. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 18. mai 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Mangelfull evaluering av tildelingskriteriet ”Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget”

- (15) Klager anfører prinsipalt at innklagede har foretatt en feilvurdering av tildelingskriteriet *”Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget”* ved at karaktersetningen av fem underpunkter til dette tildelingskriteriet virker tilfeldig.

- (16) I følge klager er disse underpunktene enten ikke presisert i konkurransegrunnlaget slik at de ikke kan hensyntas etter forskriften § 22-2, eller så bygger innklagedes vurdering på feilaktige opplysninger. Det opplyses at klager ikke fikk tilbakemelding på forhandlingsmøtet om at disse fem underpunktene var mangelfulle. Klager bemerker følgende til de fem underpunktene:

Bemanningsopplegg

- (17) Det er uklart hva innklagede sikter til i innstillingen med *”Bemanningsopplegg”*, men det antas å være bemanningsplan. Krav om bemanningsplan følger av konkurransegrunnlaget C1 punkt K 4 med videre henvisning til C2. Klager viser til at det i punkt K 4 ikke er krav til et spesifikt vedlegg med bemanningsplan. Klager hevder å ha beskrevet grundig hvordan bemanningen, som leveres fra Securitas, skal foregå. I

tilbudets del 1 er opplæringsplanen (vedlegg 6), rutinehåndboken (vedlegg 8) og relevante godkjenninger og kvalitetssystemer (vedlegg 4) for Securitas vedlagt. Securitas skulle også stå for bemanning av tilbudet til valgte leverandør på de samme vilkår, og det kan følgelig ikke være grunnlag for å skille mellom leverandørene.

Forhandlernettsverk

- (18) Klager viser til at krav om forhandlernettsverk ikke er angitt i tildelingskriteriene i B5, og at det ikke er stilt krav om intensjonsavtaler med mulige forhandlere. I følge klager er forhandlernettsverket grundig beskrevet i tilbudets del 1, punkt 2.1. Opplæringsplan og informasjonsmateriell til forhandlernettsverket fremgår i tilbudets del 1, vedlegg 7.

Operatørkortløsning

- (19) Klager viser til at det ikke er stilt krav til operatørkortløsning i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon i C1 og heller ikke i tildelingskriteriene i B5. Det vises til at "Operatørkort" er kort nevnt under C2, underpunkt betalingsmåter, men at det ikke er oppfordret til å gi noen form for beskrivelse av verdikortsystemet. Manglende beskrivelse av operatørkortløsningen kan ikke vektlegges i negativ retning for klager.

Fremdriftsplan

- (20) I følge klager er det ikke bedt om dokument for fremdriftsplan. Av konkurransegrunnlaget C1 punkt K 27 følger at det skal foreligge "arbeidsbeskrivelse" som basis for planlegging og oppfølging av driften, og det skal utarbeides et separat dokument etter at kontrakt er tildelt. I punkt K 30 fremgår det at endelig tidsplan og fremdriftsplan skal fremlegges 2 uker etter at avtale er inngått. I tilbudet del 1, punkt 5, s 10 fremgår det at klager har tolket kravet om fremdriftsplan som et krav om etterfølgende utarbeidelse. Dersom dette er et krav som kan tolkes som et krav om eget dokument kalt fremdriftsplan som skulle vedlegges tilbudet, er ikke dette tilstrekkelig formulert, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/74. Uansett vises det til at det er gitt en fyldig beskrivelse som viser hvordan planlegging og oppfølging av drift er tenkt gjennomført.

Kassaoppgjør ved skiftes slutt

- (21) I følge klager er det korrekt at de foreslåtte skiftplaner ikke tar høyde for kasseoppgjør ved skiftets slutt, når det gjelder vaktskifte som finner sted kl 2300 hver ukedag. Klager aksepteres å bli trukket for dette punkt, så lenge punktet likebehandles.

Ulovlig tildelingskriterium

- (22) Subsidiært anføres at tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføring av oppdraget" er så generelt sammensatt ved bruken av underkriteriene at det strider mot grunnprinsippene om forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og objektivitet i loven § 5 (3) og (4).

- (23) Det vises til at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud og oppfylle de grunnleggende kravene i loven § 5. Tildelingskriteriene skal dermed ikke utformes slik at det gir uttrykk for en vurdering som er overlatt til oppdragsgiverens frie skjønn. I følge klager er kriteriene så generelle at oppdragsgiver i realiteten står fritt til å velge ønsket tilbyder. I tillegg har klager kommet med følgende særbemerkninger:

Bruk av "Herunder vil oppdragsgiver vurdere"

- (24) Klager viser til at begrepet "herunder" er benyttet ved underkriteriene til tildelingskriteriets punkt 2, noe som åpner opp for at flere andre ikke identifiserbare forhold enn de angitte i konkurransegrunnlaget kan vektlegges ved vurderingen. Klager viser til at en bruk av "(...) andre lignende omstendigheter" i juridisk litteratur normalt er antatt å ikke oppfylle klarhetskravet i § 5.

Bruk av underkriteriet "Beskrivelsens oppbygging"

- (25) Klager viser til at underkriteriet "Beskrivelsens oppbygging" vektlegges med 40 % innenfor kriteriet "Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget". I følge klager har dette ikke noen sammenheng med hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig. Det avgjørende må være hva tilbudet inneholder, ikke dets strukturelle oppbygging. Underkriteriet 2A til tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføring av oppdraget" kan ikke vektlegges i evalueringen, jf forskriften § 22-2.

Bruk av underpunktet "Kreativitet i metodikk, løsningsvalg og angrepsmåter" til underkriteriet "Beskrivelsens oppbygging"

- (26) Som underpunkt til underkriteriet 2A er dette i følge klager angitt på en måte som gjør det umulig å forstå hvilke konkrete aspekter innklagede ønsker å premiere, og hvordan ulike kreative innspill eventuelt skal vektes i forhold til hverandre.

Bruk av underpunktet "Planlagt ressursbruk på viktige aktiviteter" til underkriteriet "Beskrivelsens oppbygging"

- (27) Klager viser til at det ikke er definert hva som er "viktig", og kriteriet fremstår dermed som lite etterprøvbart. Det er umulig å forstå hvilke konkrete aspekter innklagede ønsker å premiere. Kriteriet kan følgelig ikke vektlegges i evalueringen, jf forskriften § 22-2.

Ulovlig gjennomføring av konkurranse med forhandlinger

- (28) Klager anfører at oppdragsgiver ikke lovlig kunne gjennomføre en konkurranse med forhandling i medhold av forskriften § 14-1 (3), jf §§ 14-3. I følge klager er det ikke sannsynliggjort i konkurransegrunnlaget at noen av de alternative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Konkurransereformen er åpen anbudskonkurranse, hvor det foreligger et forhandlingsforbud. Forhandlingene antas å ha påvirket valget av leverandør og senket de oppnådde prisene.

Erstatning

- (29) Det bes om at nemnda uttaler seg om vilkårene for å kreve erstatning er tilstede.

Innklagedes anførsler:

Mangelfull evaluering av tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"

- (30) Innklagede bestrider at det er foretatt en feilvurdering av klagers tilbud vedrørende tildelingskriteriet *"Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"*. Beskrivelsen i konkurransegrunnlaget ga leverandørene god mulighet til å besvare sine tilbud i henhold til de forhold som innklagede var ute etter.
- (31) I følge innklagede er de angitte tildelingskriterier sammen med den utdypende beskrivelsen både lovlige og hensiktsmessige tildelingskriterier i den aktuelle konkurransen. Vurderingen av tilbudene på grunnlag av det enkelte tildelingskriterium, anføres å være godt redegjort for i innklagedes innstilling i brev av 31. mars 2009 og de nærmere vurderinger i evalueringsrapporten punkt 6.3.2.

Ulovlig tildelingskriterium

- (32) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet *"Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"* er så generelt sammensatt at det strider mot grunnprinsippene som anført av klager. For øvrig viser innklagede til bemerkningene knyttet til punktet om *"Mangelfull evaluering av tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"*", gjengitt i premiss (30) ovenfor.

Ulovlig gjennomføring av konkurranse med forhandlinger

- (33) Innklagede viser til at anskaffelsen i konkurransegrunnlaget kap. A punkt. A.3 Anskaffelsesprosedyre ble oppgitt å gjelde en uprioritert tjeneste over EØS-terskelverdi i tjenestekategori 27. Det vises i tillegg til at klagenemnda i sak 2008/21 premiss (39) indirekte har lagt til grunn at slike driftstjenester er en uprioritert tjeneste. Etter dette følger aktuelle anskaffelse forskriften del II, hvor konkurranse med forhandling er en alternativ prosedyre til åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (35) Klager har fremsatt en rekke anførsler i saken. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til anførselen vedrørende valg av anskaffelsesprosedyre.

Bruk av konkurranse med forhandling

- (36) Klager anfører at oppdragsgiver ikke lovlig kunne gjennomføre en konkurranse med forhandling i medhold av forskriften § 14-1 (3), jf §§ 14-3. I følge klager er det ikke sannsynliggjort i konkurransegrunnlaget at noen av de alternative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Konkurransformen er da etter klagers oppfatning åpen anbudskonkurranse, hvor det foreligger et forhandlingsforbud. Forhandlingene antas å ha påvirket valget av leverandør og senket de oppnådde prisene
- (37) Anskaffelsen er kunngjort som en konkurranse med forhandling. Det følger av konkurransegrunnlagets punkt A3 *Anskaffelsesprosedyre* at "*Konkurransen omfatter anskaffelse av en uprioritert tjeneste over EØS-/WTO- terskelverdiene, tjenestekategori 27*".
- (38) Etter klagenemndas oppfatning må det legges til grunn at anskaffelse av driftstjenester til et bompengeanlegg er en uprioritert tjeneste i tjenestekategori 27, "*andre tjenester*", jf. forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402, vedlegg 6 nr. (27). Tilsvarende ble lagt til grunn i klagenemndas sak 2008/21 premiss (39). Anskaffelsen omfattes da av forskriften del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 femte ledd og 2-2.
- (39) Av forskriften § 5-1 følger det at innklagede fritt kan velge å benytte konkurranse med forhandling. Klagers anførsel på dette punktet fører derfor ikke frem. For ordens skyld opplyses det at nemnda i den videre drøftelsen har lagt til grunn at klagers henvisning til forskriften § 22-2 (2) skulle ha vært forskriften § 13-2 (2). Da bestemmelsene er identiske har dette imidlertid ingen realitetsbetydning.

Mangelfull evaluering av tildelingskriteriet "Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"

- (40) Klager anfører prinsipalt at innklagede har foretatt en feilevaluering av tildelingskriteriet "*Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget*". Slik klagenemnda oppfatter klager begrunnes dette prinsipalt med at det under tildelingskriteriet er vurdert fem forskjellige forhold. Klager mener det ikke var presisert i konkurransegrunnlaget at disse forhold ville bli hensyntatt. Klager mener da at det ikke var lovlig å vektlegge disse forhold, jf forskriften § 13-2 (2), 3.punktum. Subsidiært anføres det at klager har redegjort tilfredsstillende for forholdene, slik at innklagedes poengtrekk av klager må bygge på feil faktum. Det er opplyst av klager at det ikke ble gitt tilbakemelding fra innklagede på forhandlingsmøtet om at disse fem forholdene var mangelfullt besvart av klager.
- (41) Av forskriften § 13-2 (2), 3. punktum fremgår det at "*Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget*". Ved evalueringen av tilbudene basert på tildelingskriteriene skal innklagede ut i fra kravet til forutberegnlighet i loven § 5 kun ta hensyn til forhold som naturlig faller inn under de fastsatte tildelingskriteriene. Dersom det er fastsatt underkriterier, eller på annen måte presisert hvilke forhold som skal ha betydning ved evalueringen av det enkelte kriterium, vil innklagede være bundet av dette, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/16. For øvrig har innklagede ved tildelingsevalueringen et relativt vidt

innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnutøvelsen har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt bygd på riktig faktum, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/51, 2008/170 og 2007/140 premiss 28.

- (42) Klagenemnda vil i det følgende foreta en separat vurdering av de fem forholdene som klager har påpekt:

Bemanningsopplegg

- (43) Klager har opplyst at det prinsipalt er uklart hva innklagede sikter til i innstillingen av 25. mars 2009 med "*Bemanningsopplegg*", men antar det er bemanningsplan. Klagenemnda forstår det dermed slik at klager finner at innklagede ikke har etterspurt "*Bemanningsopplegg*" i tildelingskriteriet og at dette da ikke kunne hensyntas.
- (44) Det er på det rene at bemanningsplan var et absolutt krav til hva tilbudene skulle inneholde, jf. kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget C1 punkt. K4 med videre henvisning til C2. Det er videre på det rene at innklagede har vurdert klagers bemanningsopplegg under underkriteriet "*Beskrivelsens oppbygging*" til tildelingskriteriet "*Beskrivelse av gjennomføring av oppdraget*", jf. rapporten til evalueringsgruppen under vurderingstemaet "*Innhold og struktur*" til dette underkriteriet, hvor det fremgår at innklagede har hensyntatt følgende: "*Vegamot har levert et bra tilbud, men får trekk på 0,5 karakterpoeng fordi det er vist til et bemanningsopplegg som gjaldt for Oslo-ringen, og ikke lagt ved noe bemanningsopplegg for Atlanterhavstunnelen*". Innklagede har videre i sin innstilling av 31. mars 2009 tilknyttet evalueringen av aktuelle underkriterium vist til at klager mangler detaljerte beskrivelser når det gjelder bemanningsopplegg.
- (45) "*Bemanningsopplegg*" er definert i kravspesifikasjonen som et absolutt krav til tilbyderne. Innklagede har ikke gitt uttrykk for at det var ment å stille krav til leverandørene om "*Bemanningsopplegg*" ut over det som er angitt som minstekrav. Når innklagede likevel har vurdert dette forhold ved tildelingen, må det anses i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, jf. forskriften § 13-2 (2), 3. punktum.

Forhandlernettsverk

- (46) Klager har vist til at krav om forhandlernettsverk ikke er angitt i tildelingskriteriene i konkurransegrunnlagets punkt B5, og at det heller ikke er stilt krav om intensjonsavtaler med mulige forhandlere. I følge klager er forhandlernettsverket grundig beskrevet i tilbudets del 1, punkt 2.1. Klagenemnda forstår det dermed slik at klager prinsipalt mener at innklagede ikke har opplyst at det ville bli lagt vekt på "*Forhandlernettsverk*" ved evalueringen av tildelingskriteriet og at dette da ikke kan hensyntas.
- (47) I kravspesifikasjonen punkt. K15 er det stilt krav til at det skal opprettes et forhandlernetts i tilknytning til bomstasjonen. Innklagede har i sin innstilling av 31. mars 2009 vist til at klager mangler detaljerte beskrivelser vedrørende forhandlernettsverk i

forbindelse med underpunktet *"Forståelse av oppdraget"* til underkriteriet *"Beskrivelsens oppbygging"* under tildelingskriteriet *"Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget"*.

- (48) Etter nemndas oppfatning anses det for å være naturlig å ta hensyn til hvordan klager vil benytte sitt *"Forhandlernettsverk"* som et vurderingstema under *"Forståelse av oppdraget"*. Dette sees med bakgrunn i at det er stilt krav til *"Forhandlernettsverk"* i kravspesifikasjonen, og det ikke er unaturlig at tilbyderne blir evaluert på den nærmere detaljerte beskrivelsen i forbindelse med hvordan oppdraget forstås utført. Klagers prinsipale anførsel på dette punktet fører ikke frem.
- (49) Klagers subsidiære påstand er at *"Forhandlernettsverk"* er grundig beskrevet i selskapets tilbud, slik at vurderingen til innklagede bygger på feilaktige opplysninger.
- (50) I referatet fra forhandlingsmøtet den 25. februar 2009, fremgår det at klager ble bedt om å beskrive hvilke forhandlernettsverk klager skal benytte. Klager opplyste i sitt reviderte tilbud av 4. mars 2009 følgende: *"Som forhandlernettsverk vil Vegamot AS ta sikte på å benytte Nettbuss Møre sitt kontor samt Securitas sitt kontor i Kristiansund. Ved en eventuell virksomhetsoverdragelse vil man vurdere å benytte MRF sitt kontor"*.
- (51) Etter klagenemndas oppfatning har klager her kun beskrevet hvilket forhandlernettsverk man har intensjon om å kontakte uten at det er lagt ved dokumentasjon som viser at man faktisk har et forhandlernettsverk. Dokumentasjon vedrørende *"Forhandlernettsverk"* anses dermed ikke for å være gjort til en del av klagers tilbud. Tilsvarende inntrykk har klagenemnda av de uttalelser klager har gitt om dette i sitt opprinnelige tilbud. På denne bakgrunn finner nemnda at innklage har foretatt en saklig og forsvarlig vurdering ved å gjøre et trekk i klagers tilbud på dette punktet i evalueringen. Klagers subsidiære anførsel fører ikke frem.

Operatørkortløsning

- (52) Klager viser til at det ikke er stilt krav til operatørkortløsning i konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon i C1 og heller ikke i tildelingskriteriene i B5. Det vises til at *"Operatørkort"* så vidt er nevnt under C2, underpunkt betalingsmåter, men at klager ikke er oppfordret til å gi noen form for beskrivelse av operatørkortløsningssystemet. Klagers prinsipale påstand er, slik nemnda forstår det, at innklagede ikke kunne hensynta dette forholdet i evaluering av tildelingskriteriene.
- (53) Av innklagedes evalueringsrapport av 19. mars 2008 under underpunktet *"Kreativitet i metodikk, løsningsvalg og angrepsmåter"* til underkriteriet *"Beskrivelsens oppbygging"* fremgår det at klager er blitt trukket 1 karakterpoeng ved evalueringen *"for å ha beskrevet en verdikortløsning i stedet for løsningen med operatørkort (hvor pengene ikke ligger lagret på selve kortet) som er valgt for Atlanterhavstunnelen"*. Innklagede har videre i sin innstilling datert 31. mars 2009 tilknyttet evalueringen av aktuelle underkriterium vist til at klager mangler detaljerte beskrivelser når det gjelder operatørkortløsning.

- (54) Det er på det rene at det ikke var stilt noe krav om at tilbyderne skulle gi noen nærmere beskrivelse av sine operatørkort/eventuelle verdikortløsninger. Slik klagenemnda ser det, fremstår det da ikke som forutberegnelig at manglende nærmere beskrivelse av dette skulle gi trekk ved tildelingsevalueringen av underpunktet *"Kreativitet i metodikk, løsningsvalg og angrepsmåter"*. Innklagedes poengtrekk av klagers tilbud på dette punkt må derfor anses i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, jf. forskriften § 13-2 (2), 3. punkt. For øvrig kan også nevnes at begrepet *"operatørkortløsning"* verken er nevnt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Fremdriftsplan

- (55) I følge klager har ikke innklagede bedt om dokument for fremdriftsplan. Klagers prinsipale anførsel er slik nemnda oppfatter det, at manglende fremdriftsplan ikke kan hensyntas ved tildelingsevalueringen.
- (56) Det følger direkte av konkurransegrunnlagets punkt B.5 at *"Fremdriftsplan"* er et eget underpunkt under underkriteriet *"Fremdrift, ressurser og kapasitet"*. Basert på dette må det etter nemndas oppfatning ha vært fullt forutberegnlig for klager at en slik plan, eventuelt unnlattelsen av å innlevere en slik plan, ville bli vektlagt under dette underpunktet. Klagers prinsipale anførsel på dette punktet fører ikke frem.
- (57) Klagers subsidiære påstand er at det er gitt en fyldig arbeidsbeskrivelse som viser hvordan planlegging og oppfølging av drift er tenkt gjennomført, slik at vurderingen til innklagede bygger på feilaktige opplysninger
- (58) Av klagers tilbudsbeskrivelse kapittel 1, punkt 5 *Arbeidsbeskrivelse og framdriftsplan* følger det at klager vil foreslå *"en overordnet arbeidsbeskrivelse og framdriftsplan som inkluderer hvordan arbeidet skal deles mellom de involverte parter. Den foreslåtte framdriftsplanen vil være basis for en utvidet og mer detaljert arbeidsbeskrivelse og tidsplan både for fasen frem til videreføring og deretter for den daglige driften"*. Klager har vist til kravspesifikasjonen punkt K 27 om arbeidsbeskrivelse og punkt K 30, hvor det følger at endelig tidsplan og fremdriftsplan skal fremlegges 2 uker etter at avtale er inngått. Fra evalueringsrapporten under underpunktet *"Fremdriftsplan"* siteres: *"Vegamot AS hadde ingen konkret fremdriftsplan, men hadde gitt en kort beskrivelse, og får dermed trekk på 1 karakterpoeng pga dette."* I innstillingen til innklagede av 31. mars 2009, fremgår at klager mangler en detaljert beskrivelse av fremdriftsplan.
- (59) Slik klagenemnda oppfatter det, må det ha vært forutberegnlig for klager at det måtte inngis en relativt detaljert fremdriftsplan sammen med tilbudet, selv om den endelige planen først skulle fremlegges 2 uker etter kontraktsinngåelse. De uttalelsene klager har gitt kan ikke anses tilfredsstillende i så måte, og nemnda kan da heller ikke se at det poengtrekket klager her er gitt kan anses usaklig eller bygd på feil faktum. Klagers subsidiære anførsel fører derfor ikke frem.

Kasseoppgjør ved skiftes slutt

- (60) I følge klager er det korrekt at selskapets foreslåtte skiftplaner ikke tar høyde for kasseoppgjør ved skiftets slutt, når det gjelder vaktskifte som finner sted kl 2300 hver ukedag. Klager aksepterer å bli trukket for dette punkt, så lenge punktet likebehandles.
- (61) Det følger av evalueringsrapporten at alle tilbydere fikk et trekk på 0,5 karakterpoeng, som følge av at ingen av selskapenes foreslåtte turnusplaner tok hensyn til kasseoppgjør ved skiftets slutt, jf evalueringen under underpunktet "*Innhold og struktur*" til underkriteriet "*Beskrivelsens oppbygging*".
- (62) Klagenemnda finner på det grunnlag at innklagede har behandlet alle tilbyderne likt, og derigjennom at evalueringen til innklagede på dette punktet anses for å være forsvarlig og saklig. Klagers anførsel på dette punktet fører ikke frem.

Erstatning

- (63) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndforskriften § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

Atlanterhavstunnelen AS har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 13-2 (2), tredje punktum ved på enkelte punkter ikke å ha foretatt en saklig og forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "*Beskrivelse av gjennomføringen av oppdraget*".

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

30.november 2009


Per Christiansen