



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Haavind AS
Att. Marianne H. Dragsten
Postboks 359 Sentrum
0101 Oslo

Deres referanse
1484867/2

Vår referanse
2010/128

Dato
08.03.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 26. april 2010 vedrørende anskaffelse av kollektivtransport med buss. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Troms fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. september 2009 en åpen anbudskonkurranse over EØS-terskelverdi vedrørende anskaffelse av kollektivtransport med buss i to ulike regionsruter i Troms fylke. Tilbudsfristen var 14. desember 2009 klokken 12.00.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 3.1 *"Generelt om kvalifikasjonskrav"* fremkom det at kvalifikasjonskravene skulle sikre at leverandørene var i stand til å kunne oppfylle forpliktelsene i kontrakten.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 ble det stilt tre krav til *"Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner"*. Fra underpunkt 3.5.1. *"Kvalifikasjonskrav"* hitsettes følgende:
"1. Det stilles krav om erfaring fra persontransport for privat og/eller offentlig virksomhet.
2. Det stilles krav om god miljøpolitikk.
3. Det stilles krav til god gjennomføringsevne"
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5.2 *"Dokumentasjon av erfaring fra tilsvarende oppdrag"* fremkom det at tilbyderne skulle vedlegge *"en liste over leveranser de siste tre år"*. Videre fremkom følgende:
"Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å kontakte oppgitte referanser, og å vektlegge den nærmere beskrivelse som gis av kontaktpersonen, ved evalueringen av

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

tilbyderens kvalifikasjoner. Dersom dette gjøres vil det bli ført protokoller som dokumenterer kontakt og de vurderinger som er foretatt på grunnlag av dette."

- (5) I punkt 3.5.4 *"Dokumentasjon av god gjennomføringsevne"* fremkom det at *"Det kreves god gjennomføringsevne. Tilbyder må godtgjøre at han er i stand til å starte oppdraget på angitt dato for oppstart"*. Dette skulle dokumenteres gjennom 21 dokumentasjonskrav, hvorav 20 dokumentasjonskrav var aktuelle i den foreliggende sak.
- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 *"Tildelingskriterium"* var det angitt at kontrakten skulle tildeles den leverandøren som tilbød den laveste prisen.
- (7) Kontraktsvilkårene var angitt i konkurransegrunnlagets vedlegg C *"Spesielle kontraktsvilkår"*. I punkt 1 *"Kontraktsprinsipper"* fremkom det at:
"Kontrakten mellom oppdragsgiver og operatør baseres på hovedprinsippene i en bruttokontrakt, der trafikkinntekter, reklameinntekter og eventuelle andre inntekter tilfaller oppdragsiver og der operatør godtgjøres for sine kostnader ved å utføre den spesifiserte leveransen. Med basis i en incitamentordning vil imidlertid deler av billettinntektene tilfalle operatør, se pkt. 5".
- (8) Vedlegg C *"Spesielle kontraktsvilkår"* beskrev underpunkt 5 *"Incitamentordning"* en ordning som gikk ut på at operatøren ville motta en andel av de årlige billettinntektene. Disse varierte fra 6 prosent til 30 prosent av billettinntektene, avhengig av rutestrekning og billettype. Under punkt 6 *"Bonus- og gebyrordninger"* fremkom det at oppdragsgiver kunne tilkjenne bonus eller ilegge gebyr avhengig av punktlighet.
- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fem tilbud. Disse var blant annet fra Cominor AS (heretter kalt klager), Bussring AS og Torghatten Holding AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) I valgte leverandørs tilbud av 9. desember 2009 opplyses det at den vedlagte dokumentasjonen er i henhold til kravene i konkurransegrunnlaget. Vedlagt tilbudet var en attest fra Nordland fylkeskommune, hvor det ble bekreftet at valgte leverandør hadde kontrakt med Nordland fylkeskommune vedrørende drifting av buss på Sør-Helgeland og omfanget av denne kontrakten. I tillegg fremkom det at:
"Nordland fylkeskommune har et godt samarbeid med Torghatten Holding AS og selskapet har utført produksjon på en tilfredsstillende måte."
- (11) Vedlagt Bussring AS' tilbudsbrief av 14. desember 2009 var det en liste over lignende utførte oppdrag. Innklagede har opplyst sekretariatet om at fra denne listen ble kontaktpersonene hos StatoilHydro og Riksteateret kontaktet per telefon, men at det ikke ble ført referat fra disse samtalen.
- (12) Innklagede sendte en e-post til Nordland fylkeskommune 5. februar 2010 med spørsmål knyttet til valgte leverandørs kontrakt med Nordland fylkeskommune. Kontraktens innhold/omfang ble bekreftet av Nordland fylkeskommune i e-post samme dag.
- (13) I et evalueringsnotat av 3. mars 2010 fremkommer det at Bussring AS ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av 7 av 20 aktuelle dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet *"Tekniske og faglige kvalifikasjoner"*. Innklagede vurderte det som mest kritisk med tanke på gjennomføringsevnen at dokumentasjonskravene *"e) Foreløpig fremdrifts- og prosjektplan"* og *"f) Rutiner for rekruttering og opplæring av personell"* ikke fullt ut var oppfylt, og det ble blant annet vist til at det var blitt foretatt en virksomhetsoverdragelse. Det ble også vektlagt at den dokumentasjonen som forelå

gjennomgående var så svak at innklagede anså det som en risiko for at selskapet ikke kunne gjennomføre kontrakten. I den forbindelse ble det også sett hen til at kontrakten ville medføre en omsetningsøkning på over 100 %, og at selskapet ikke hadde fremlagt dokumentasjon for at det forelå organisatorisk kapasitet eller kompetanse til å gjennomføre en slik produksjonsvekst. Fra vurderingen av innlevert dokumentasjon for Bussring AS hitsettes kravene som ikke var ansett oppfylt:

”

	Dokumentasjonskrav	Innlevert dokumentasjon	Oppdragsgivers vurdering av innlevert dokumentasjon
[...]			
3.5.4	<i>Det kreves god gjennomføringsevne. Dette skal dokumenteres ved:</i>		
a)	<i>Beskrivelse av hvor stor del av oppdraget som eventuelt vil bli utført av underoperatører og i så fall hvilke(n) underoperatør som er valgt. Det skal angis hvilke ruter og strekninger som den enkelte underoperatør skal utføre.</i>	<i>Det er opplyst at ”Det er på nåværende tidspunkt ikke tatt stilling til bruk av underleverandører i anbudene.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Begrunnelsen er at dok.kravet innebærer at tilbyderne må ta stilling til om del av arbeidet vil bli utført av underoperatører.</i>
[...]			
e)	<i>Foreløpig fremdrifts- og prosjektplan jfr. kap. 11 i vedlegg A. Dette vil bl.a. bestå av en tabellmessig fremdriftsplan med oversikt over de ulike aktiviteter og skriftlig forklaring til gjennomføring.</i>	<i>Tabell lagt ved.</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke gis noen skriftlig forklaring til gjennomføring av punktene som er opplistet i punkt 11.2 i Vedlegg A, og som prosjektplanen minimum skal dekke.</i>
f)	<i>Rutiner for rekruttering og opplæring av personell.</i>	<i>Kort beskrivelse: I tillegg til virksomhetsoverdragelse: NAV, annonsering. Arbeide for å øke andelen faglærte.</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at rutiner for opplæring av personell ikke omtales. I tilknytning til opplæring av personell gis det kun uttrykk for en målsetting.</i>

<i>[...]</i>			
h)	<i>Prosedyrer for å ivareta regularitet samt opplegg ved forsinkelser og opplegg for reservemateriell.</i>	<i>Prosedyre på ½ A4-side fremlagt.</i>	<i>OK. Prosedyren inneholder imidlertid to faktiske feil: Det omtales avganger fra Harstad i regionpakken. Vi har ingen avganger fra Harstad i regionpakken. Det er videre omtale av forsinkelse på mer enn 5 minutter, mens vi har satt en grense ved 3 minutter. Rutine for øvrig tilfredsstillende.</i>
i)	<i>Beredskap og krisehåndtering, herunder opplæringsplaner av førerne, i tilfelle ulykker, brann mv.</i>	<i>Beredskapsplan på 13 A4-sider fremlagt.</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at plan for opplæring av sjåfører ikke omtales.</i>
j)	<i>Sjåførhåndbok jf. punkt 3.7 i Vedlegg A Kravspesifikasjon.</i>	<i>Sjåførhåndbok lagt ved.</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke finnes noe på intern opplæring og oppfølging på de punktene vi har stilt krav om.</i>
<i>[...]</i>			
t)	<i>Tilbyder skal legge fram en forpliktende plan for sammensetning av nye og brukte busser som skal settes inn i trafikk ved oppstart av kontrakten.</i>	<i>Opplyst at "Viser til vedlagte vognskjema med oversikt over brukt materiell som tenkes brukt i anbudet. I tillegg til dette kan det bli aktuelt med noen få brukte vogner. Øvrig materiell som skal benyttes ved rutestart er nytt."</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke er fremlagt en forpliktende plan.</i>
u)	<i>Vedlikeholds- og rengjøringsprogram for bussene.</i>	<i>Vedlikehold og rengjøringsprogram på 5 A4-sider fremlagt. I tillegg</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at det</i>

		opplyst at "Verksted har egne sjekklistene og programmer for vedlikehold av det tekniske."	ikke er fremlagt vedlikeholdsprogram som omfatter tekniske forhold ved bussene.
--	--	--	---

[...]

e) Foreløpig fremdrifts- og prosjektplan.

[...]

Bussring AS har ikke levert dokumentasjon som viser at de har oversikt over alle aktiviteter som skal gjennomføres, når disse må påbegynnes, og når de må være avsluttet. Vi kan ikke se ut fra dokumentasjonen at selskapet vil være klar til å starte opp slik som angitt ved oppstartsdata. Dette gjelder for eksempel kompleksitet i forhold til elektronisk billettering og ruteinformasjon i den enkelte buss.

[...]

f) Rutiner for rekruttering og opplæring av personell.

[...]

Rekruttering og opplæring av personell er et vesentlig moment i dokumentasjonskravene som er stilt til god gjennomføringsevne, og opplæring inngår som et element i flere av kravene (beredskapsplan, sjåførhåndbok og rutiner for rekruttering og opplæring). Vi finner ingenting om opplæring av personell i den innleverte dokumentasjonen fra Bussring AS.

Opplæring vil være sentralt bl.a. når det gjelder oppfyllelse av de kvalitetskrav vi som oppdragsgiver har stilt. Det er i første rekke det utøvende personell som til daglig har påvirkning av kvaliteten i utførelsen av oppdraget. Den bedriftsinterne opplæringen vil bl.a. bestå av gjennomgang av oppdragsgivers krav til gjennomføring, opplæring i bruk av billetteringsutstyr, takst- og ruteinformasjon, interne rutiner og prosedyrer iht. kvalitetssikringssystem og lignende.

Når det gjelder rutiner for rekruttering av personell, anses innlevert dokumentasjon for å være svak. Dette er ikke uten betydning med tanke på den mangel på sjåfører som er i bransjen. Metodene som er beskrevet knytter seg utelukkende til annonsering.

[...]

2.2. Dokumentasjonskrav som anses oppfylt

[...]

Selv om dokumentasjonskravene anses oppfylt på 13 av 20 punkter under dette kvalifikasjonskravet, anses oppfyllelsen på en rekke punkter for å være svak. Dokumentasjonen bidrar således kun i begrenset utstrekning å underbygge at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Dette gjelder punktene c), d), g), m), n), o), p), q) og s.

c) Beskrivelse av selskapets kvalitetssikringssystem.

[...]

For å vurdere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet for en leverandør uten erfaring med rutekjøring, er det viktig å få dokumentasjon som gjør oss trygge på at selskapet har rutiner og systemer på plass eller under utvikling, som sikrer at tjenesten blir utført med

den definerte kvalitet. Dokumentasjon av kvalitetssikringssystem er et viktig punkt i kvalifisering når det gjelder god gjennomføringsevne.

[...]

p) Beskrivelse av organisering for gjennomføring av oppdraget.

Dette dokumentasjonskravet anses oppfylt, men dokumentasjonen som er innlevert er svak. Vi må når vi vurderer denne dokumentasjonen ta utgangspunkt i at Bussring AS ikke har erfaring fra rutekjøring, og at det er en liten bedrift hvor daglig leder også er styreleder og eiere av bedriften. Dersom Bussring AS skulle få kontraktene det er tale om, vil omsetningen og aktiviteten øke med ca 120 % i forhold til regnskapet for 2008. I tillegg representerer rutekjøring en ny type aktivitet for selskapet som innebærer nye oppgaver og krav om ny kompetanse.

[...]

Det er ikke levert dokumentasjon som viser betraktninger rundt dagens kapasitet og kompetanse i relasjon til hva som trengs dersom tilbyder skulle få kontrakten. Er det for eksempel slik at den administrative kapasitet i bedriften ikke trenger å styrkes dersom man skulle få oppdraget? Det virker ikke sannsynlig at bedriften har ledig administrativ og operasjonell kapasitet til å håndtere oppdraget uten tilførsel av ny kapasitet.

Vi savner en beskrivelse av hvordan Bussring AS har tenkt å organisere gjennomføringen av oppdraget. De burde ha beskrevet hvilken ny kompetanse som kreves og hvordan denne skal skaffes. De burde ha reflektert litt rundt hvilke utfordringer oppdraget stiller til en liten operatør uten erfaring fra rutekjøring. De burde ha sagt noe om hvordan og hvor mye den administrative kapasitet bør økes for å løse oppdraget.

[...]

2.3 Samlet vurdering vedrørende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet god gjennomføringsevne

Kontraktene i første anbudsrunde (Nord-Troms og Regionruter) anses som de minst komplekse, og er også minst i omfang (antall rutekilometer) sammen med rutepakke 4 Senja. Oppdragsgiver har ikke stilt krav om erfaring fra rutekjøring. Det er vår vurdering at en tilbyder med erfaring fra persontransport med buss – men ikke nødvendigvis fra rutekjøring – kan ha grunnlag for å gjennomføre kontrakten. Det er likevel vesentlige forskjeller på rute- og turkjøring. Det er mer krevende å gå fra turvognkjøring til rutekjøring enn motsatt (de fleste som driver med rutekjøring har da også tilbud om turkjøring). En turvognoperatør trenger bl.a. bare å forholde seg til en definert og avgrenset kundegruppe. Det er offentlige verdier (åpne ruter) som skal forvaltes, og hvordan dette gjøres vil ha samfunnsmessige konsekvenser, og påvirke omdømmet til kollektivtrafikken og Troms fylkeskommune som oppdragsgiver i den forbindelse. Dette er noe av bakgrunnen for at vi har stilt 20 dokumentasjonskrav på kvalifikasjonskravet god gjennomføringsevne.

Kontraktens omfang er på nesten 2 millioner rutekilometer pr år (i tillegg kommer tomkjøring), og omfatter ca 40 busser og ca 50 sjåfører. Kontraktens verdi er på om lag 40,3 mill. kr pr år (med Bussring AS' pristilbud). I tillegg kommer bonusordinger på opptil 0,64 mill. pr år, og andel av billettinntektene på ca 2,2 mill. pr. år. Dette blir til sammen ca 43 mill. pr år, eller nesten 390 mill. kr over en 9- års periode (maks lengde for kontrakten). En så stor kontrakt stiller krav til god kontroll i alle ledd. Troms

fylkeskommune må forvisse seg om at offentlige midler og verdier blir forvaltet på en betryggende måte.

[...]

Dokumentasjonen er imidlertid gjennomgående så svak at vi har måttet foreta en grundig vurdering av innholdet i dokumentasjonen knyttet til oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, og dermed risikoen for at selskapet ikke er i stand til å gjennomføre kontraktene.

For Bussring AS vil kontrakten medføre en omsetningsøkning på over 100 %. Fremlagt dokumentasjon viser ikke at de har den organisatoriske kapasitet og kompetanse til å gjennomføre en slik produksjonsvekst, som i tillegg er mer komplisert enn turkjøring.

Innlevert dokumentasjon viser ikke oppfyllelse av kvalifikasjonskravet god gjennomføringsevne bl.a. når det gjelder organisering for gjennomføring av oppdraget, rekruttering og opplæring av personell, fremdriftsplan, og kvalitetssikringssystem. Dette er vesentlige elementer for å lykkes med oppdraget.”

- (14) Av anskaffelsesprotokollen, datert 8. mars 2010, fremkommer det at alle dokumentasjonskravene til kvalifikasjonskravet ”Tekniske og faglige kvalifikasjoner” ble vurdert ”OK” for klagers del. For valgte leverandør ble 5 av 20 aktuelle dokumentasjonskrav ansett som oppfylt, men det var vektlagt at Nordland fylkeskommune hadde gitt selskapet en ”god attest”. I det følgende gjengis vurderingen av de dokumentasjonskravene innklagede ikke anså som oppfylt for valgte leverandør:

”

	Dokumentasjonskrav	Innlevert dokumentasjon	Oppdragsgivers vurdering av innlevert dokumentasjon
[...]			
3.5.4	<i>Det kreves god gjennomføringsevne. Dette skal dokumenteres ved:</i>		
a)	<i>Beskrivelse av hvor stor del av oppdraget som eventuelt vil bli utført av underoperatører og i så fall hvilke(n) underoperatør som er valgt. Det skal angis hvilke ruter og strekninger som den enkelte underoperatør skal utføre.</i>	<i>Det er opplyst om at selskapet har ”forutsatt bruk av undertransportør i rutepakke 1, rute 465 Lattervika og rute 479 Uløy. Nærmere konkretisering av undertransportører vil bli gitt etter ev. kontraktsinngåelse”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke fullt ut oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke er opplyst hvilken/hvilke underoperatører som skal utføre de nevnte rutene.</i>
[...]			
e)	<i>Foreløpig fremdrifts- og prosjektplan jfr. kap. 11 i vedledd A.</i>	<i>Ikke vedlagt. Opplyst om at dette vil bli utarbeidet.</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke er fremlagt en</i>

	<i>Dette vil bl.a. bestå av en tabellmessig fremdriftsplan med oversikt over de ulike aktiviteter og skriftlig forklaring til gjennomføring.</i>		<i>foreløpig fremdrifts- og prosjektplan.</i>
f)	<i>Rutiner for rekruttering og opplæring av personell.</i>	<i>Opplyst at "Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, Kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse."</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
g)	<i>Beskrivelse av tilbyders trafikkledelse, herunder kommunikasjonsrutin er mellom trafikkcentralen og bussene samt mot andre selskapers trafikkcentraler. Beskrivelsen skal omfatte hvorvidt trafikkcentralen kan nå ledelsesrepresentante r for operatøren, samt åpningstidene for driftskontor og trafikkcentral.</i>	<i>Opplyst at "Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse."</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
h)	<i>Prosedyrer for å ivareta regularitet samt opplegg ved forsinkelser og opplegg for reservemateriell.</i>	<i>Opplyst at "Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet</i>

		<i>kontraktsinngåelse.”</i>	<i>ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
i)	<i>Beredskap og krisehåndtering, herunder opplæringsplaner av førerne, i tilfelle ulykker, brann mv.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
j)	<i>Sjåførhåndbok jf. punkt 3.7 i Vedlegg A Kravspesifikasjon.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
k)	<i>Rutiner for kundebehandling.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
l)	<i>Interne informasjonsrutiner, herunder informasjon til sjåfører.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at</i>

		<i>eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
m)	<i>Rutiner for gjennomføring av endringer i ruteproduksjonen.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
n)	<i>Rutiner for første linjes vedlikehold av billetteringsutstyret.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
o)	<i>Rutiner for innmelding av feil ved billetteringssystemet.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A, kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning. Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
p)	<i>Beskrivelse av organisering for gjennomføring av oppdraget.</i>	<i>Opplyst at ”Prosedyrer og rutiner som ikke allerede inngår i kvalitetssikringssystemet vil bli opprettet iht Vedlegg A,</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Dette gjelder selv om selskapets svar på dokumentasjonskravet i bokstav c) tas i betraktning.</i>

		<i>kravspesifikasjon etter eventuell kontraktsinngåelse.”</i>	<i>Begrunnelsen er at dokumentasjonskravet ikke besvares utover en erklæring, som ikke anses for å være tilstrekkelig.</i>
<i>[...]</i>			
<i>s)</i>	<i>Planer/prosedyrer for anskaffelse av nye busser, både før oppstart og i driftsperioden.</i>	<i>Opplyst at ”Vil bli beskrevet i fremdrifts- og prosjektplan (ref. pkt.e).”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke er fremlagt planer/prosedyrer.</i>
<i>[...]</i>			
<i>u)</i>	<i>Vedlikeholds- og rengjøringsprogram for bussene.</i>	<i>Opplyst at ”Vedlikeholdsprogram og rengjøringsprogram vil inngå i kvalitetssikringssystemet.”</i>	<i>Dok.kravet anses ikke oppfylt. Begrunnelsen er at det ikke er fremlagt program.</i>

[...]

Dokumentasjonskravene er satt for å dokumentere kvalifikasjonskravet ”god gjennomføringsevne”. Vi må spørre oss om Torghatten gjennom innlevert dokumentasjon tilfredsstiller kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne. Torghatten (konsernet) har lang erfaring med busstransport i rutetrafikk. Torghatten Holding AS har i dag kontrakt med Nordland fylkeskommune om drift av bussruter på Sør-Helgeland, en kontrakt de vant gjennom en åpen anbudskonkurranse. Kontrakten hadde oppstart 1.7.2007 og går over 7 år samt opsjon på ytterligere 3 år. Samlet årlig produksjon på inngåelsestidspunktet var 1.008.530 km. Både omfang og kompleksitet på denne kontrakten er sammenlignbar med rutepakke 1 Nord-Troms [...] De får god attest fra Nordland Fylkeskommune.

Til tross for at dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, har selskapet samlet innlevert dokumentasjon som tilsier at kvalifikasjonskravet er oppfylt.”

- (15) Innklagede utarbeidet et notat datert 15. mars 2010 vedrørende kontraktstildeling i konkurransen. Her fremkom det at valgte leverandør hadde tilbudt det laveste pristilbudet av de kvalifiserte tilbyderne, og ville bli innstilt som leverandør for oppdraget. Det fremkom videre at klager hadde det nest laveste pristilbudet av de kvalifiserte tilbyderne.
- (16) Klager ble ved brev 16. mars 2010 meddelt om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev av 25. mars 2010, og anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av dokumentasjonskrav tilhørende kvalifikasjonskravet ”god gjennomføringsevne”, og at klager skulle innstilles som vinner av konkurransen.

- (18) Innklagde opprettholdt tildelingsbeslutningen i brev av 9. april 2010, hvor det ble vist til at valgte leverandør etter en grundig vurdering samlet sett ble vurdert til å ha oppfylt foreliggende dokumentasjonskrav.
- (19) Klager sendte deretter brev til innklagede 15. april 2010 og informerte om at innklagedes beslutning ville bli klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Innklagede meddelte klager i brev av 16. april 2010 om at det ikke forelå brudd på regelverket.
- (20) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 22. april 2010.
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 26. april 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (22) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen i henhold til forskriften § 20-12 (1) bokstav a som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*god gjennomføringsevne*". Det vises til at valgte leverandør ikke har dokumentert at de krav som var stilt i tilknytning til dokumentasjonskravene til kvalifikasjonskravet var oppfylt, men kun har angitt at dokumentasjonskravene "*vil bli opprettet*" eller "*vil bli utarbeidet*" etter eventuell kontraktsinngåelse. Det er dermed ikke mulig for innklagede å vurdere om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Det vises også til at flere av dokumentasjonskravene som valgte leverandør ikke oppfyller er "*skal-krav*".

Kravet til likebehandling

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 i forbindelse med kvalifikasjonsvurderingen av valgte leverandør og Bussring AS. Det vises i den henseende til at Bussring AS ble avvist når 13 av 20 punkter vedrørende dokumentasjon på kvalifikasjonene var oppfylt, mens valgte leverandør ikke ble avvist til tross for at kun 5 av 20 punkter vedrørende dokumentasjon på kvalifikasjonene var oppfylt. Innklagede synes å ha basert sin avgjørelse på grunnlag av tidligere erfaringer med valgte leverandør. Imidlertid er det kun anledning til å vektlegge tidligere oppdrag ved ett av kvalifikasjonskravene som oppstilles, og innklagede kan ikke velge å se bort fra de øvrige kvalifikasjonskravene.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (24) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist. Det vises til at valgte leverandør har innlevert dokumentasjon som viser at kvalifikasjonskravet "*god gjennomføringsevne*" er oppfylt. Innklagede har foretatt en forsvarlig helhetsvurdering som utelukkende er basert på opplysninger som fremkommer i tilbudet til valgte leverandør. Foreliggende kvalifikasjonskrav innebærer at det må utvises et betydelig skjønn ved avgjørelsen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Som det fremkommer av anskaffelsesprotokollen, har innklagede lagt stor vekt på attesten fra Nordland fylkeskommune. Med utgangspunkt i denne attesten, har innklagede kontaktet Nordland fylkeskommune for å få opplyst enkelte faktiske opplysninger om bussrutene som

omfattes av den aktuelle kontrakten. Attesten dokumenterer at selskapet i flere år har utført en sammenlignbar tjeneste for Nordland fylkeskommune, at valgte leverandør og Nordland fylkeskommune har et *"god samarbeid"*, og at valgte leverandør utfører produksjonen på en *"tilfredsstillende måte"*, noe som er egnet til å vise at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*. Til sammenligning vil ikke beskrivelser av rutiner og lignende, som isolert sett oppfyller dokumentasjonskrav under kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*, i ethvert tilfelle gi grunnlag for en sikker formening om tilbyders evne til faktisk å gjennomføre den aktuelle produksjonen på en god måte.

Kravet til likebehandling

- (25) Innklagede bestrider at kravet til likebehandling i loven § 5 er brutt ved behandlingen av valgte leverandør og Bussring AS. Det vises til at en summering av antall dokumentasjonskrav, og hvor mange av disse som ikke er oppfylt, ikke vil være avgjørende i vurderingen som foretas av om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Dette illustreres for eksempel ved at flere av dokumentasjonskravene kunne vært formulert i et felles dokumentasjonskrav istedenfor mange enkeltkrav. Det er heller ikke slik at hvert av dokumentasjonskravene under kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"* har lik innbyrdes vekt.

Sekretariatets vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (27) Sekretariatet bemerker innledningsvis at anskaffelsen anses som en tjenestekontrakt, ikke en tjenestekonsesjonskontrakt, som følge av at den økonomiske risikoen for oppdraget er oppdragsgivers. Det vises i den forbindelse til at kontrakten følger bruttoprinsippet, som innebærer at risikoen for inntekter og utgifter forbundet med utførelsen av oppdraget tilfaller oppdragsgiver. Selv om det i tillegg til at leverandøren får oppgjør i henhold til sitt tilbud, foreligger incitamentordninger hvor leverandør også får en prosentandel av billettinntektene, bonusordninger ved punktlighet og gebyrordninger ved forsinkelser, anses dette i foreliggende sak for kun å ha karakter av å være kontraktsrettslige virkemidler for å sikre kvaliteten på utførelsen av tjenestekontrakten. Da anskaffelsen anses som en tjenestekontrakt, omfattes anskaffelsen av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (28) Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 5 kategori (2) *"Landtransport"*, og følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. § 2-2 (1).

Avvisning av valgte leverandør

- (29) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*. Dette som følge av at selskapet ikke har dokumentert at de krav som var stilt i tilknytning til dokumentasjonskravene til kvalifikasjonskravet, var oppfylt.
- (30) Av forskriften § 20-12 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*.

- (31) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn. I forhold til avvisningsplikten etter § 20-12 (1) bokstav a er det gjennom klagenemndas tidligere praksis lagt til grunn at kravet til oppfyllelse av dokumentasjonskravene ikke er like absolutt som kravet til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at vurderingstemaet derfor er om den aktuelle leverandøren på annen måte enn gjennom den etterspurte dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/128 premiss (84) og 2009/219 premiss (36). I klagenemndas sak 2010/2 premiss (24) med videre henvisninger, ble det presisert at *"Klagenemnda kan bare prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5. Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt skal skje på bakgrunn av de dokumentasjonskravene som er stilt i konkurransegrunnlaget"*.
- (32) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5.4 er det fastsatt omfattende dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*, hvorav 20 av disse kravene gjør seg gjeldende i herværende sak. Kvalifikasjonskravet skulle sikre at leverandørene var i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1. Videre var det i konkurransegrunnlaget punkt 3.5.2 oppstilt som et kvalifikasjonskrav at *"Det stilles krav om erfaring fra persontransport for privat og/eller offentlig virksomhet"*, med det tilhørende dokumentasjonskravet *"Dokumentasjon av erfaring fra tilsvarende oppdrag"*. Det ble videre presisert at innklagede forbeholdt seg retten til å kontakte oppgitte referanser, og at det da ville bli ført protokoll som dokumentasjon av kontakten og vurderingene.
- (33) I foreliggende sak oppfylte valgte leverandør kun 5 av 20 aktuelle dokumentasjonskrav for kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*. Innklagede avviste imidlertid ikke valgte leverandør fordi det etter en samlet helhetsvurdering, hvor det ble lagt avgjørende vekt på attesten og kontakten med Nordland fylkeskommune, ble vurdert slik at kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"* var oppfylt, jf. anskaffelsesprotokollen.
- (34) Slik sekretariatet ser det, er det avgjørende at leverandøren oppfyller de kvalifikasjonskrav som er satt for deltakelse i konkurransen. I foreliggende sak har innklagede lagt avgjørende vekt på at valgte leverandør fremla en attest som viste at selskapet allerede oppfylte en kontrakt som etter innklagedes skjønn var sammenlignbar med aktuelle utlyste kontrakt. Leverandøren har derfor i praksis vist at selskapet oppfyller den type kontrakt det her var tale om å inngå for innklagedes del. Sekretariatet viser i den forbindelse til at innklagede i konkurransegrunnlaget eksplisitt forbeholdt seg retten til å kontakte oppgitte referanser, og at det også er dokumentert i anskaffelsesprotokollen at dette er gjort i angjeldende sak. Det er dermed forutberegnlig at attesten ble vektlagt ved evalueringen av kvalifikasjonene. I klagenemndas sak 2009/127 premiss (37), ble det uttalt om bruken av innhentede referanser at *"Når slike referanser oppgis, kan det imidlertid etter nemndas syn ikke anses som uforutsigelig at de tekniske vurderinger knyttes an til de brukserfaringer tidligere kunder og egne brukere innen etaten har hatt med de konkurrerende maskiner."* Det er altså forutberegnlig at referanser brukes i en bredere vurdering av kvalifikasjonene til de leverandørene som ønsker å delta i konkurransen. Basert på dette, kan ikke sekretariatet se at det var uforsvarlig å legge til grunn at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet *"god gjennomføringsevne"*. Sekretariatet finner heller ikke at innklagedes vurdering fremstår som usaklig, vilkårlig, bygd på feil faktum eller på

annen måte i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper. Innklagede har etter dette på et forsvarlig grunnlag lagt til grunn at kvalifikasjonskravet var oppfylt, og valgte leverandør skulle dermed ikke avvises med hjemmel i forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Klagers anførsel kan følgelig ikke føre frem.

Kravet til likebehandling

- (35) Klager har videre anført at innklagede, ved å behandle Bussring AS og valgte leverandør forskjellig, har brutt kravet til likebehandling i loven § 5.
- (36) Det er på det rene at valgte leverandør kun oppfylte 5 av 20 aktuelle dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet "*god gjennomføringsevne*", og at Bussring AS ble avvist selv om 13 av 20 aktuelle dokumentasjonskrav var oppfylt. Sekretariatet har forståelse for at dette utad kan fremstå som en forskjellsbehandling. Spørsmålet for sekretariatet blir imidlertid om det foreligger forhold som tilsier at det var saklig å behandle valgte leverandør og Bussring AS forskjellig. Innklagede har i den sammenheng vist til at det ikke er antallet oppfylte dokumentasjonskrav som er avgjørende, men om tilbyderer samlet sett har dokumentert at kravet til "*god gjennomføringsevne*" er oppfylt. Valgte leverandør oppfylte dette kvalifikasjonskravet, noe innklagede primært begrunnet i attesten fra Nordland fylkeskommune som viste at valgte leverandør oppfylte en lignende kontrakt på en tilfredsstillende måte, jf. overstående konklusjon. Innklagede fant riktignok at Bussring AS oppfylte 13 dokumentasjonskrav. Imidlertid anså innklagede gjennomgående dokumentasjonen som svak, og det forelå derfor betydelige usikkerhetsmomenter angående om Bussring AS hadde tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre det aktuelle oppdraget. Det ble i den forbindelse særlig vist til at kontrakten innebar en økning av omsetning og aktivitet med mer enn 100 prosent, og at det ikke var dokumentert at selskapet hadde organisatorisk kapasitet eller kompetanse til å utføre oppdraget. Det var også nylig foretatt en virksomhetsoverdragelse, noe som underbygget usikkerhetsmomentene, jf. premiss (13). Det var heller ikke fremlagt dokumentasjon som viste at Bussring AS på noe tidspunkt hadde oppfylt/på vurderingstidspunktet oppfylte, en kontrakt tilsvarende den innklagede var i ferd med å inngå, slik tilfellet var for valgte leverandør. På bakgrunn av dette, kan ikke sekretariatet se at innklagedes skjønnsutøvelse i angjeldende sak kan anses som en usaklig forskjellsbehandling av valgte leverandør og Bussring AS. Innklagede anses således ikke for å ha brutt kravet til likebehandling i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke fram.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Mari Rund
førstekonsulent

Kopi til:
Troms fylkeskommune Postboks 6600

Mottakere:
Advokatfirmaet Haavind AS