



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

BAHR Bugge Arentz-Hansen & Rasmussen
Att. Helge Olav Bugge
Postboks 1524 Vika,
0117 OSLO

Deres referanse
#2555933/1

Vår referanse
2010/176

Dato
08.03.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 2. juni 2010 vedrørende anskaffelse av busstjenester i Halden, Moss og deler av Indre Østfold. 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) Østfold fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. januar 2010 en åpen anbudskonkurranse over EØS-terskelverdi vedrørende anskaffelse av lokale busstjenester i regionene Halden, Moss og deler av Indre Østfold. Kontrakten var delt inn i tre ruteområder, og det kunne inngis tilbud på ett eller flere av disse ruteområdene. Tilbudsfristen ble ved tilleggskunngjøring 17. februar 2010 forlenget fra 1. mars 2010 til 15. mars 2010 klokken 12.00.

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 "Anskaffelsesprosedyre" fremkom følgende vedrørende oppfyllelse utover minimumskrav:

"Alternative rutetilbud vil ikke bli vurdert, men oppfyllelse utover minimumskrav vedrørende universell utforming, gjennomsnittsalder på bussmateriell, miljø samt sikkerhetsrelaterte forhold innenfor skoleskyss med for eksempel økt kapasitet og setebelter mv vil vektlegges."

- (3) Fra konkurransegrunnlaget punkt 7 "Tildelingskriterier" hitsettes:

*"Ut fra kriteriene som er listet opp nedenfor, vil det **økonomisk mest fordelaktige** tilbudet bli valgt:*

Kriterie

vekt

- Pris og totalkostnad 80 %
- Oppfyllelse utover minimumskrav 20 %

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00
Faks: +47 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Oppfyllelse utover minimumskrav vedrørende universell utforming, lavere gjennomsnittsalder på bussmateriell, miljø samt sikkerhetsrelaterte forhold innenfor skoleskyss – herunder økt kapasitet og setebelter, mm.”

- (4) Kommersiell betingelser var angitt i vedlegg 4 til konkurransegrunnlaget. Under punkt 1.1 "Generelt" var det angitt at:

"Kontakten mellom oppdragsgiver og operatør baseres på at billettinntekter, reklameinntekter og eventuelle andre inntekter tilfaller oppdragsgiver og at operatør mottar en avtalt godtgjørelse for utførelsen av oppdraget."

- (5) I vedlegg 4 punkt 2.3 "Incitamentordning" var det angitt en ordning som innebar at 25 prosent av billettinntektene tilfalt operatør. Videre var det i punkt 3 "Gebyrer" angitt gebyrordning som følge av forskjellige kvalitetsavvik.

- (6) Innen tilbudsfristen utløp var det innkommet fire tilbud. Disse var blant annet fra Unibuss AS (heretter kalt klager) og Nettbuss Østfold AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) I åpningsprotokollen av 15. mars 2010 var det vedlagt et dokument kalt "Beregningsmåte for evaluering". I dette dokumentet var det først angitt hvilke underkriterier som skulle tillegges vekt ved evalueringen av tildelingskriteriet "oppfyllelse utover minimumskrav", deretter ble disse nærmere beskrevet. Videre var konkurransegrunnlagets minimumskrav gjengitt. Følgende hitsettes:

"→ Vi har vurdert 4 hovedelementer under "Oppfyllelse utover minimumskrav",

Lavere gjennomsnittsalder på bussmateriell – vekt 40 %. Nyere bussmateriell vurderes som vesentlig for økt komfort både for kunder og sjåfører, høyere driftssikkerhet og det gir samtidig en viktig markedseffekt ift å få flere passasjerer på bussen (synlighet/signaleffekt)

Sikkerhetsrelaterte forhold innenfor skoleskyss – vekt 10 %. Siden setebelter er tatt ut som tildelingskriterium er det først og fremst setekapasitet og opplæring som er sentralt, for eksempel opplæring på skolene i "bussvettregler" mv og kurs i blant annet "barneadferd" mv (tilsvarende opplæring er gjennomført i Østfold i regi av oppdragsgiver).

Universell utforming – vekt 25 %. Østfold er et pilotfylke for universell utforming og Østfold kollektivtrafikk har i tillegg prioritert økt tilgjengelighet (både personellmessig og økonomisk). Arbeidet videreføres og universelt bussmateriell er viktig i denne sammenhengen.

Miljø – vekt 25 %. Østfold fylkeskommune er et miljøfyrtårn og miljø skal vektlegges i alle anskaffelser. Fylkeskommunen er også pådriver for etablering av alternative drivstofftyper i Østfold (fyllestasjoner for gass mv) og gis tilskudd til blant annet gassbusser i Fredrikstad.

Lavere gjennomsnittsalder på bussmateriell – vekt 40 %

→ Gjennomsnittsalder er beregnet for alle bussene for hvert av årene i perioden 2011 – 2016 med utgangspunkt i busskjemaene og konkurransegrunnlaget vedlegg 2 Materiellbeskrivelse pkt 1.8.

[...]

→ Lavere gjennomsnittsalder er regnet i forhold til maksimalalder på 8 år, og skalert opp til en sammenlignbar skala med øvrige kriterier (0 – 100). Altså;

gjennomsnittsalder prosentvis lavere enn maksimalalder (lavere gjennomsnittsalder gir lavere prosentandel av maksimal poengverdi).

For eksempel vil et selskap som starter med kun nye busser og som ikke har noen utskifting i løpet av kontraksperioden få tilleggspoeng lik 25 % av maksimal poengverdi for dette punktet, mens et selskap som har gjennomsnitt på 4 år vil få et tillegg på 50 % av maksimal poengverdi.

Sikkerhetsrelaterte forhold innenfor skoleskyss – vekt 10 %

→ Setekapasitet utover minimumskrav for kategoriene Region og Distrikt (skolebarntransport) er vektlagt med 70 % (jf politisk fokus på sikkerhet og fylkestingets vedtak om sitteplasser for grunnskoleelevene) og øvrige forhold, for eksempel opplæring for elevene (bussvettregler mv) og for sjåfører (barneadfærd mv) er vektlagt med 30 %.

[...]

Universell utforming – vekt 25 %

→ Vektlegging utover minimumskrav for rullestolplasser med 25 %, Lavguly/laventrè med 35 %, Knelefunksjon med 20 % og Heis med 20 %. Beregningen er foretatt i forhold til maksimal mulig poengsum for materiell som inngår i tilbudet med fratrekk for minimumskrav i konkurransegrunnlaget. Maksverdi er beregnet for rullestolplass i alle bysser, lavguly/laventrè i bybusser, knelefunksjon i alle busser og heis i distrikts- og regionsbusser.

[...]

Miljø – vekt 25 %

→ Vektlegging utover minimumskrav av miljøsertifisering/EURO-klasse med 80 % og øvrige forhold som miljøsertifisering, biodrivstoff, dieselspareprogram mv med 20 %.

→ 1 miljøklasse bedre enn minstekrav teller 1 poeng mens 2 klasser teller 2 poeng.”

- (8) Klager ble ved e-post 6. mai 2010 meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør da dette tilbudet var det økonomisk mest fordelaktige. Vedlagt var også dokumentet kalt ”Beregningsmåte for evaluering”, som omtalt i premiss (7). Fra e-posten hitsettes følgende:

”Det er kun mindre forskjeller i ”pris og total kostnad” i tilbudene. Nettbuss Østfold AS har tilbudt nye busser i alle ruteområdene (med unntak for 2 busser i ruteområde 1) som har gitt vesentlig uttelling både for lavere gjennomsnittsalder, økt setekapasitet, universell utforming og miljøhensyn.

Vi velger å vedlegge deler av beregningsgrunnlaget for å gi en bedre forståelse av hvordan evalueringen har foregått. Vedleggene omfatter en detaljert forklaring til hvordan poengene er beregnet, selve poengskjema som gir grunnlag for verdien av tildelingskriteriet ”Oppfyllelse utover minimumskrav”, samt en oversikt over vår beregning av gjennomsnittsalder for bussmateriell for det enkelte selskap.”

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 18. mai 2010, hvor det ble fremmet innsigelser mot innklagedes tildelingsevaluering, samt at anbudspriser ved kombinasjoner av alle tre ruteområder ikke synes evaluert. Innklagede opprettholdt beslutningen ved brev 21. mai 2010, og følgende hitsettes:

”Ved evalueringen er det nødvendig å ha et enhetlig poengsystem, og dette er fastsatt i henhold til tidligere oversendte redegjørelse for beregningsmetode. Beregningsmetoden

er forutsigbar og gjør evalueringen av innkomne tilbud mulig ved at tilbudene da kan sammenlignes.

Som det fremgår av beregningsmetoden er det snakk om poengverdier, hvor en andel av denne relaterer seg til pris og totalkostnad, som har 80 % vekt, og oppfyllelse utover minimumskrav har 20 % vekt. Oppdragsgiver mener på denne bakgrunn at evalueringen er saklig og forutsigbar selv om man sikkert kan tenke seg forskjellige modeller.”

- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juni 2010.
- (11) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 3.juni 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved å ha foretatt en vilkårlig tildelingsevaluering. Det vises til at innklagede har foretatt en etterfølgende utvikling av tildelingskriteriene, herunder vekting av underkriteriene etter tilbudsfristen i strid med forsyningsforskriften § 11-1 (2). I følge klager skulle den detaljerte vektingen av underkriteriene fremgått av konkurransegrunnlaget, og skulle etter nevnte bestemmelse skjedd på forhånd.
- (13) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12. Vilårene for erstatning er oppfylt fordi klager ved korrekt forhåndsmeddelelse av de benyttede tildelingskriteriene ville ha vunnet konkurransen, og innklagede har dermed utvist en forsettelig og sterkt klanderverdig opptreden.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede anfører prinsipalt at klagen skal avvises som ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling etter klagenemndforskriften §§ 7 og 9. Det vises til at klager ikke har begrunnet sine påstander eller knyttet faktum til det anførte grunnlag, og at det derfor ikke er mulig å vite hvilke konkrete forhold klager mener er i strid med de anførte bestemmelser.
- (15) Innklagede anfører subsidiært at det ikke foreligger brudd på noen av bestemmelsene klager viser til. Det vises til at konkurransegrunnlaget er utformet i henhold til loven og forskriften. Ved tilbudsfristens utløp var det ikke blitt utarbeidet en mer detaljert evalueringsmodell enn det som fremkom av konkurransegrunnlaget. Beregningsmodellen som ble anvendt er forståelig og gjør det lett å se sammenhengen mellom kriteriet "Pris og totalkostnad" og "Oppfyllelse utover minstekrav".
- (16) Innklagede bestrider at det foreligger grunnlag for erstatning. Klagers anførsel om erstatning er påstander som ikke er knyttet opp mot faktiske eller rettslige forhold, og det er dermed ikke sannsynliggjort ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng eller økonomisk tap for verken negativ- eller positiv kontraktsinteresse.

Sekretariatets vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (2). Klagen er rettidig.

- (18) 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 fra innklagede i henhold til sitt tilbud, foreligger incitamentordninger hvor leverandør også får en prosentandel av billettinntektene, 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.
- (19) Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser vedlegg 5 nr. (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 del III, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. § 2-2 (1).

Vekting av underkriteriene til tildelingskriteriet "Oppfyllelse utover minstekrav" etter tilbudsfristens utløp

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 og forskriften § 3-1 ved evalueringen av tilbudene som følge av den etterfølgende utviklingen av underkriteriene til tildelingskriteriet "*Oppfyllelse utover minstekrav*", nærmere bestemt at det er i strid med anskaffelsesregelverket å vekte underkriteriene til et tildelingskriterium etter tilbudsfristens utløp. Anførselen gjelder et påstått brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og tas derfor til behandling.
- (21) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig av klagenemnda. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, samt om evalueringen er basert på konkurransegrunnlagets tildelingskriterier og riktig faktisk grunnlag, jf. klagenemndas sak 2009/192 premiss (28).
- (22) Klager har vist til at vektingen av underkriteriene i henhold til forsyningsforskriften § 11-1 (2) skulle vært gjort på forhånd. Da anskaffelsen reguleres av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del III er det imidlertid denne forskriftens § 22-2 som er riktig hjemmel. Av forskriften § 22-2 (2) følger det at "*Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjøringen [...] Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene.*"
- (23) Bestemmelsen angir at tildelingskriterienes vekt skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I henhold til klagenemndas praksis oppstiller imidlertid ikke regelverket noen plikt til å vekte underkriteriene til tildelingskriteriene, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/191 premiss (21), hvor det fremkommer at: "*Hvordan hvert av de oppgitte tildelingskriterier skal vurderes for rangering hører under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn så langt slike vurderinger ikke bryter med kunngjøringen og konkurransegrunnlagets opplysningsunderlag.*" I klagenemndas sak 2010/120 premiss (35) ble det også presisert at "*felleskapsretten ikke er til hinder for at oppdragsgiver tildeler vekt til underkriterier som er fastsatt på forhånd, forutsatt at dette ikke endrer kriteriene eller vektingen slik den er fastsatt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*".

- (24) I angjeldende sak fremkom det i konkurransegrunnlaget punkt 7 at "*Oppfyllelse utover minimumskrav*" var et tildelingskriterium, og at dette skulle vektes med 20 %. Videre var det under samme punkt gitt en nærmere beskrivelse av hvilke underkriterier som ville bli vektlagt. Også i konkurransegrunnlaget punkt 2.3 var denne informasjonen angitt. Et internt dokument, kalt "*Beregningsmåte for evaluering*", som slik sekretariatet oppfatter det, var utarbeidet i forbindelse med tilbudsfristens utløp, beskrev nærmere hvordan de angitte underkriteriene skulle vektlegges i tildelingsevalueringen. Dette dokumentet ble i etterkant av tildelingsevalueringen tilsendt klager, ved e-post av 6. mai 2010.
- (25) Basert på det overstående, er det klart at det i foreliggende sak ikke kan konstateres brudd på forskriften § 22-2 (2) ved at vektningen av underkriteriene ikke er angitt på forhånd. Slik sekretariatet ser det, er det heller ingenting som taler for at ikke alle tilbudene er blitt evaluert ut i fra de angitte tildelingskriteriene, med den nærmere beskrivelsen av underkriterienes vekt i dokumentet "*Beregningsmåte for evaluering*".
- (26) Etter dette, finner ikke sekretariatet holdepunkter for å fastslå at innklagedes tildelingsevaluering ikke var forsvarlig. Klagers anførsel fører ikke fram.

Erstatning

- (27) Basert på det resultat sekretariatet er kommet til ovenfor kan sekretariatet ikke se at det skulle være grunnlag for erstatning for klager for verken negativ eller positiv kontraktsinteresse.

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:
Bull & Co Advokatfirma ANS Postboks 2583 Solli

Mottakere:
BAHR Bugge Arentz-Hansen & Rasmussen