



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Bjerkan Stav ANS
Att. Ole Magnus Tronshart
Fjordgata 43
7010 TRONDHEIM

Deres referanse
120430210T01

Vår referanse
2010/204

Dato
30.09. 2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 1. juli 2010 vedrørende anskaffelse av drift av bompengeanlegg på E6 Trondheim – Stjørdal og E39 Øysand – Thamshamn. 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) Trøndelag Bomvegselskap AS og Bomvegselskapet E39 Øysand – Thamshamn AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. november 2009 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av drift av bompengeanlegg på E6 og E39. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 17. desember 2009 klokken 12. Innen tilbudsfristens utløp var det levert to tilbud. Disse var fra Vegamont AS (heretter kalt klager) og Bro og Tunnelselskapet AS (heretter kalt valgte leverandør). Den tilbudte totalprisen til klager var 39 100 295 kroner, og den tilbudte totalprisen til valgte leverandør var 39 121 735 kroner. Klager ble innstilt som leverandør i konkurransen. Den 25. mars 2010 begjærte valgte leverandør midlertidig forføyning overfor innklagede. I rettens kjennelse av 20. april 2010 fremkom det at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Ved brev av 29. april 2010 ble tilbyderne informert om at konkurransen var avlyst.
- (2) Innklagede kunngjorde så den 13. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift av bompengeanleggene på E6 og E39. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 11. juni 2010 klokken 12.00. I konkurransegrunnlaget punkt A.4 "Anskaffelsesprosedyre" fremkom det at:

"Konkurransen omfatter anskaffelse av en uprioritert tjeneste over EØS-/WTO-terskelverdiene, tjenestekategori 27."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt B.5 *"Kriterier for valg av tilbud (tilbudsvurdering)"* fremkom det at tildelingskriteriene var *"Pris"* og *"Kvalitet på den tilbudte tjeneste"*. Kriteriene ville vektes med henholdsvis 50-55 % og 45-50 %. Følgende beskrivelse var gitt av kriteriet *"Kvalitet på den tilbudte tjeneste"*:

"Kvalitet på tilbudt tjeneste"

<i>Ved evalueringen av kriteriet vil oppdragsgiver ta utgangspunkt i tilbudene, herunder tilbydernes beskrivelse av hvordan oppdraget skal løses. Det vises til konkurransegrunnlagets punkt C3 Krav til utførelse.</i>	45-50 %
---	---------

"

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt C.3 *"Krav til utførelse"* var det angitt en liste over forskjellige ytelser som måtte tilbys. Kravene var knyttet til blant annet drift av bompengeanleggene og kundeservice.
- (5) Både klager og valgte leverandør leverte tilbud innen tilbudsfristen utløp. I klagers tilbud var det oppgitt en tilbudspris på 25 551 500 kroner. I valgte leverandørs tilbud var det oppgitt en tilbudspris på 12 491 500 kroner. I valgte leverandørs tilbud var det videre angitt at:

"Totalt dekker tilbudets fire deler konkurransegrunnlagets krav til tilbudets form og innhold.

[...]

B&T har ingen forbehold mot konkurransegrunnlagets utkast til avtale mellom de respektive Bomselskap og Driftsselskap.

[...]

C.3 Krav til utførelse

Generelt

B&T er kjent med og kan bekrefte at alle krav i tabellen er dekket av det foreliggende tilbud uten forbehold. Tilbudsprisen dekker alle aktuelle krav."

- (6) Ved brev av 15. juni 2010 ba innklagede tilbyderne om en redegjørelse for de inngitte pristilbud. Brevene er tilnærmet likelydende. Fra brevet adressert til valgte leverandør hitsettes følgende:

"I samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser § 20-14 ber vi om en nærmere redegjørelse for prisen, og bakgrunnen for at prisen er betydelig redusert i forhold til prisnivået i den første konkurransen. Formålet med å be om en slik redegjørelse, er å få brakt klarhet i hvorfor tilbudet er unormalt lavt.

I redegjørelsen bes det om at Bro og tunnelselskapet AS gir svar på følgende spørsmål:

[...]

6) Hvordan vil Bro og tunnelselskapet AS sin økonomiske stilling, herunder driftsresultat og egenkapitalsituasjon påvirkes av prisen som er inngitt i nærværende konkurranse?"

(7) Fra valgte leverandørs brev til innklagede 21. juni 2010 gjengis følgende:

"6. Driftsresultat og egenkapitalsituasjonen vil ikke påvirkes av prisen inngitt i nærværende konkurranse."

(8) I et udatert dokument benevnt "Evaluering av tilbud i konkurranse om driftstjenester" var det angitt en evalueringsmatrise. Fra evalueringen av kriteriet "Kvalitet på den tilbudte tjeneste" hitsettes følgende:

"

<i>Bro og tunnelselskapet AS</i>				<i>Vegamot AS</i>		
	<i>Tilbud</i>	<i>Karakter</i>	<i>Vektet karakter</i>	<i>Tilbud</i>	<i>Karakter</i>	<i>Vektet karakter</i>
<i>[...]</i>						
<i>Kvalitet på tilbudte tjenester</i>	<i>Etter en samlet vurdering av tilbudets kvalitet har oppdragsgiver kommet til at Bro og tunnelselskapets tilbud skal gis en høy karakter. Det trekkes dog noe i forhold til lokalt ekspedisjonssted og kapasiteten som tilbys i forhold til personlig oppmøte. Dette er et forhold som etter konkurransegrunnlaget skal tillegges særlig</i>	<i>4,50</i>	<i>2,25</i>	<i>Etter en samlet vurdering av kvalitet på den tilbudte tjeneste har oppdragsgiver kommet til at Vegamots tilbud totalt sett fremstår som noe bedre enn Bro- og tunnelselskapet. Dog er enkelte av beskrivelsene som er gitt svært generelle og lite konkrete. For beskrivelsene som er gitt i tilknytning til K35 skiller tilbudet seg fra tilbudet fra Bro og tunnelselskapet ved at det er gitt en noe mangelfull beskrivelse av dokumenthåndteringssystemene og her må selskapet trekkes noe.</i>	<i>4,80</i>	<i>2,40</i>

	vekt i den samlede vurdering av kvalitet. Beskrivelsene er gjennomgående grundige og viser at selskapet har gode systemer for oppfølging av kontraktsforpliktelsene			Imidlertid viser selskapet at det har betydelige ressurser på lokalt ekspedisjonssted og har kapasitet til å betjene kunder i høylastperioder i forhold til personlig oppmøte. Dette skal motsatt tillegges særlig vekt. Etter en samlet vurdering gis karakteren 4,8		
--	--	--	--	--	--	--

"

- (9) Tilbyderne ble meddelt om valg av leverandør ved innklagedes brev av 23. juni 2010, hvorfra følgende gjengis:

"Etter en samlet vurdering basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er bomveiselsskapene innstilt på å inngå kontrakt med Bru- og Tunnelselskapet AS.

Vegamot AS er vurdert som noe bedre på kvalitet, mens Bru- og Tunnelselskapet AS er vurdert best på pris.

Vegamot AS hadde et samlet tilbud på kr. 22.393.425 og kr. 4.158.075 for drift av henholdsvis Trøndelag Bomveiselsskap AS og Bomvegselskapet E-39 Øysand – Thamshamn AS, mens Bru- og Tunnelselskapet AS tilbød henholdsvis kr. 10.483.100 og kr. 2.008.400. Dette er en betydelig forskjell, og også en betydelig nedgang i forhold til den tidligere og avlyste konkurransen.

Begge tilbyderne er vurdert opp mot forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 (2) c uten at man har funnet holdepunkter for å avvise en eller flere av tilbyderne.

Forskjellen i prisen ble derfor avgjørende i denne konkurransen."

- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 1. juli 2010.
- (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 7. juli 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet på den tilbudte tjeneste"

- (12) Klager anfører at innklagede har gitt valgte leverandørs tilbud for høy karakter ved evalueringen av kriteriet *"Kvalitet på den tilbudte tjeneste"*, og ved dette brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i loven § 5. Valgte leverandør har tilbudt en unormalt lav pris, og bekreftet i brev av 21. juni 2010 at

selskapets driftsresultat og egenkapitalsituasjon ikke ville påvirkes av den tilbudte prisen. Dette betyr at selskapet må drifte anlegget med den unormalt lave tilbudte prisen. Legges det til grunn samme antall årsverk og portoutgifter som for dagens leverandør, vil valgte leverandør ha et årlig tap på omkring 6 – 7 millioner kroner over en periode på 4 + 1 år. Et slikt tap er en uakseptabel belastning på en virksomhets økonomi, noe som innebærer at det er tjenestens kvalitet som vil påvirkes. Klager ble tildelt 4,80 poeng ved evalueringen av kriteriet, mens valgte leverandør ble tildelt 4,50 poeng. Dette avspeiler på ingen måte de dårligere driftsforhold som vil måtte bli konsekvensen av den lave prisen valgte leverandør har tilbudt, og innklagde synes ikke å ha vektlagt at den unormalt lave prisen vil påvirke tjenestens kvalitet.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (13) Klager anfører at innklagede pliktet å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at pristilbudet var unormalt lavt. Muligheten for å avvise et tilbud med utgangspunkt i unormalt lav pris er en kan-bestemmelse. Det følger imidlertid av FADs veileder til forskriften at oppdragsgivers skjønn ikke er ubegrenset; de grunnleggende prinsippene må overholdes. Valgte leverandørs pristilbud var omkring 1/3 av pristilbudet som ble inngitt i konkurransen kunngjort 4. november 2009, som inneholder en tilnærmet tilsvarende leveranse. Dette må på sikt føre til at driften endres med en dårligere kvalitet på tjenesten. Når tilbudsprisen medfører at kvaliteten åpenbart vil måtte bli dårligere, må valgte leverandørs tilbud avvises.

Innklagedes anførsler:

Evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet på den tilbudte tjeneste"

- (14) Innklagede bestrider at karakterfastsettelsen ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud er feil. Karakteren er i samsvar med konkurransegrunnlaget, og fastsatt ut fra oppdragsgivers skjønnsmessige vurdering av tjenesten som er beskrevet i tilbudet. Valgte leverandør har bekreftet at alle konkurransegrunnlagets krav er tilfredsstilt, og at det ikke er tatt forbehold. Det er ingen holdepunkter for at kontrakten vil misligholdes. Evalueringsmatrisen viser at innklagede har foretatt en komplett og saklig evaluering i samsvar med konkurransegrunnlaget og forskriften. Innklagede må forholde seg til det inngitte tilbud, og har ikke adgang til å spekulere i hvorvidt den fremtidige tjenesteleveransen vil være i samsvar med dette. Dersom det skulle åpnes for at oppdragsgivere ved evalueringen kunne vektlegge slike hypotetiske forhold, ville det gå sterkt ut over tilbyderens forutberegnelighet og rettssikkerhet.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (15) Innklagede bestrider at det foreligger avvisningsplikt for valgte leverandørs tilbud som følge av unormalt lavt tilbud. Avvisningsbestemmelsen i forskriften § 11-11 (2) bokstav c gir en fakultativ adgang til å avvise unormalt lave tilbud, dog kun i tilfeller hvor den lave prisen gir klare holdepunkter for at leverandøren ikke vil være i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. At bestemmelsen kun innebærer en avvisningsrett fremkommer klart av bestemmelsens ordlyd, veilederen, og en rekke KOFA-avgjørelser. I valgte leverandørs tilbud er det ikke tatt noen forbehold, og det er eksplisitt bekreftet at tilbudet tar høyde for alle konkurransegrunnlagets krav. Innklagede ba også om en redegjørelse for prisnivået på de inngitte tilbudene. Basert på svarbrevene, var det ingen holdepunkter for å avvise tilbudet.

Sekretariatets vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder drift av bompengeanlegg som er en tjenesteanskaffelse i kategori 27 *"Andre tjenester"*, jf. forskriften vedlegg 6. Anskaffelsens verdi er estimert til over EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens § 2-1 (1) og (5).

Evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet på den tilbudte tjeneste"

- (17) Det første spørsmålet for sekretariatet er om innklagedes skjønnsutøvelse ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Kvalitet på den tilbudte tjeneste"* var forsvarlig.
- (18) Oppdragsgiver har ved tildelingsevalueringen, herunder ved karaktersettingen, et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig, og i henhold til de angitte tildelingskriterier. Videre kan nemnda prøve om skjønnsutøvelsen samsvarer med de grunnleggende prinsippene i loven § 5, og om oppdragsgiver har lagt riktig faktum til grunn, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/137 premiss (20).
- (19) I konkurransegrunnlaget punkt B.5 var kriteriet *"Kvalitet på den tilbudte tjeneste"* beskrevet slik at det knyttet seg til *"tilbydernes beskrivelse av hvordan oppdraget skal løses. Det vises til konkurransegrunnlagets punkt C3 Krav til utførelse"*.
- (20) I valgte leverandørs tilbud var utførelsen av de forskjellige kravene beskrevet, og det var oppgitt at alle kravene i konkurransegrunnlaget punkt C3 var oppfylt. Videre var det opplyst at tilbudet totalt dekket konkurransegrunnlagets krav, og at det ikke var tatt noen forbehold.
- (21) Evalueringsmatrisen viser at innklagede foretok en konkret vurdering hvor tilbudene ble vurdert opp mot tildelingskriteriene.
- (22) Slik sekretariatet ser det, må det anses som fullt forsvarlig at innklagede la til grunn den aktuelle evalueringen og karaktersettingen når valgte leverandør hadde opplyst at tilbudet var i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, og at det ikke var tatt noen forbehold. Av kravene til forutberegnelighet og likebehandling, jf. loven § 5, følger det blant annet at innklagede som et klart utgangspunkt må legge til grunn de opplysninger som fremkommer i tilbudet, og ikke kan vektlegge en hypotetisk mulighet for at tjenestens kvalitet vil bli dårligere enn det som fremkommer av tilbudet. Sekretariatet finner etter dette ikke grunnlag for å fastslå at innklagedes tildelingsevaluering og karaktersetting under dette kriteriet ikke var forsvarlig. Klagers anførsel fører ikke fram.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (23) Det andre spørsmålet for sekretariatet er om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at det var tilbudt en unormalt lav pris.
- (24) Av forskriften § 11-11 (2) bokstav c følger det at et tilbud *"kan avvises når (...) tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 11-12"*.

- (25) I henhold til forskriften § 11-12 (1) må oppdragsgiver, dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, *"skriftlig kreve de opplysninger om tilbudets sammensetning som oppdragsgiver anser som relevante"* før tilbudet eventuelt avvises. I foreliggende sak ble tilbyderne forespurt om en redegjørelse for pristilbudet ved brev 15. juni 2010, men ingen av tilbudene ble avvist.
- (26) Bestemmelsen i forskriften § 11-11 (2) bokstav c gir oppdragsgiver en rett, men ingen plikt til å avvise tilbud som virker unormalt lave, jf. uttrykket *"kan"*. At avvisningsadgangen er fakultativ fremkommer også i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 168, og er også bekreftet i klagenemndas praksis, jf. sak 2008/143 premiss (35).
- (27) Sekretariatet finner på denne bakgrunn at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud i medhold av forskriften § 11-11 (2) bokstav c. Sekretariatet kan heller ikke se at det foreligger andre avvisningsregler i anskaffelsesregelverket som ga innklagede plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som unormalt lavt. Klagers anførsel fører ikke fram.
- (28) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Mari Rund
førstekonsulent

Kopi til:
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA Pb. 1150 Sentrum