



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt for rutegående persontransport i Vestfold. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å oppstille et for omfattende kontraktskrav om bankgaranti som sikkerhet for oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. oktober 2014 i sak 2013/106

Klager: Nobina Norge AS

Innklaget: Vestviken Kollektivtrafikk AS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Kontraktskrav om bankgaranti

Bakgrunn:

- (1) Vestviken Kollektivtrafikk AS (heretter innklagede) kunngjorde 13. juni 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kontrakt for rutegående persontransport i Vestfold. Angitt CPV kode var 60100000. Anskaffelsens omfang var angitt til 3,9 millioner rutekilometer. Kontraktens varighet var fra 1. juli 2014 til 30. juni 2022. Tilbudsfrist var opprinnelig 10. september 2013 men ble senere utsatt til 1. oktober 2013. Kontrakt skulle tildeles tilbudet med laveste pris.
- (2) Konkurransedokumentene bestod av dokumentene benevnt "*Konkurransesbetingelser*", "*Kontraktsbestemmelser*" og "*Kommersielle forhold*". Av dokumentet "*Konkurransesbetingelser*" fremgikk hva tilbyderne skulle vedlegge tilbudet. Bilag A.9 gjaldt bankgaranti. Tilbyder skulle vedlegge bekreftelse fra bank eller annen kredittinstitusjon etablert i Norge om at bankgaranti ville bli stilt.
- (3) Av dokumentet "*Kontraktsbestemmelser*", fremgikk det av punkt 11 at leverandørene for egen regning skulle stille sikkerhet i form av bankgaranti overfor oppdragsgiver for oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene. Sikkerheten skulle stilles som påkravsgaranti fra norsk bank eller annen norsk kredittinstitusjon og skulle tilsvare 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelsen ved kontraktsinngåelsen. Garantien skulle gjelde fra kontraktsinngåelsen til seks måneder etter avtalt utløpsdato for kontrakten. Oppdragsgiver skulle motta selve garantidokumentet senest fem virkedager før inngåelse av kontrakt.
- (4) Innklagede mottok flere spørsmål fra leverandører til konkurransedokumentene. Spørsmål 60 var stilt av Nobina Norge AS (heretter klager) og gjaldt blant annet om innklagede var villig til å senke kravet om garanti. Forespørselen ble ikke tatt til følge. Heller ikke en etterfølgende henvendelse om det samme ble tatt til følge.
- (5) Klager henvendte seg igjen til innklagede i brev av 6. september 2013, og påpekte at kravet om bankgaranti var i strid med regelverket og relevante EØS-rettslige prinsipper.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

Klager oppfordret innklagede til å fjerne kravet om norsk bankgaranti, og endre kontraktsbestemmelsene, slik at det ikke ble stilt krav om sikkerhetsstillelse, eventuelt at den ble begrenset.

- (6) I brev av 11. september 2013, redegjorde innklagede for at det ble foretatt noen endringer i vilkårene for konkurransen. Den første endringen var til konkurransebetingelsene om bankgaranti. Endringen gjaldt at garantien ikke var forbeholdt norske finansinstitusjoner. Den andre endringen gjaldt tekst til "*Kontraktsbestemmelsene*" punkt 11. Ny tekst var følgende:

"11.1 Utøver skal for egen regning stille sikkerhet (bankgaranti) overfor oppdragsgiver for oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, herunder evt. misligholdssanksjoner, forsinkelsesrenter og inndrivelsesomkostninger og skal tilsvare 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelse ved kontraktsinngåelse. Sikkerheten skal stilles som påkravsgaranti fra norsk eller utenlandsk bank eller kredittinstitusjon. Garantien skal i helhet være skrevet på norsk, inkludert hovedformular og betingelser. Det skal fremgå av garantien at den er underlagt norsk rett og at den anerkjenner Tønsberg tingrett som verneting.

11.2 Garantien skal gjelde fra kontraktsinngåelse til 90 dager etter avtalt utløpsdato for kontrakten.

(...)"

- (7) Fremdriftsplanen ble også endret, blant annet slik at vedståelsesfristen var 1. januar 2014.
- (8) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) i brev av 20. september 2013. På klagetidspunktet var klager eksisterende leverandør og vurderte å inngi tilbud. Det er i ettertid opplyst at klager ikke innga tilbud. Fem andre leverandører innga tilbud og kontrakt ble inngått med Tide Buss. Det er ikke opplyst når kontrakten ble inngått.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. oktober 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å stille krav i kontrakten om bankgaranti tilsvarende 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelsen ved kontraktsinngåelsen, og krav om at garantien skal gjelde i ca. ett år lenger enn kontraktens varighet. Kravet er uproporsjonalt, konkurransehemmende og diskriminerende, og dermed i strid med forskriften § 3-11 (2), jf. loven § 5 og forskriften § 3-1 (5).
- (11) Fordi kravet til bankgaranti er ulovlig, har innklagede plikt til å endre de ulovlige vilkårene ved å fjerne eller lempe kravet til sikkerhetsstillelse, samt korte ned på varigheten. Ettersom en slik endring vil representere en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, skulle innklagede ha avlyst konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (12) Kravet om bankgaranti er ikke konkurransebegrensende eller uproporsjonalt. Varigheten av garantien ble også endret slik at den ble begrenset til seks måneder etter avtalt

utløpsdato for kontrakten. Årsaken til kravet om lengden på garantien er at det kan oppstå et økonomisk etteroppgjør, eventuelt tvister om oppgjør og erstatning, selv om selve kjøringen under kontrakten opphører. Begrunnelsen for lengden på kravet er altså å beskytte oppdragsgivers økonomiske interesser, som er en saklig grunn. Bankgarantiens størrelse er valgt ut fra den økonomiske sikkerhet som innklagede har satt til denne kontrakten. Størrelsen samsvarer med dagens kontrakt med klager. Kravet er i tråd med det som kan kreves i slike transportkontrakter.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Konkurransen gjelder anskaffelse av kontrakt for rutegående persontransport i Vestfold som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 2, med CPV kode 60100000. Anskaffelsens omfang var estimert til 3,9 millioner rutekilometer. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Om klageinteresse

- (14) Klagen er rettidig. Klager hevder at det omstridte kontraktskravet har medvirket til at klager ikke har levert tilbud i konkurransen. Klager anses på denne bakgrunn å ha klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 og klagenemndas avgjørelser i sakene 2010/179 og 2011/248.

Hvorvidt kontraktskravet om bankgaranti er i strid med regelverket

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-11 (2), jf. loven § 5 og forskriften § 3-1 (5) ved å stille krav om bankgaranti tilsvarende 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelsen ved kontraktsinngåelsen og krav om varighet på omlag ett år lenger enn kontraktens varighet.
- (16) Ved utformingen av kontraktsvilkår utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves. Klagenemnda kan imidlertid vurdere hvorvidt innklagedes skjønnsutøvelse er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. forskriften § 3-1, og øvrige rammer for skjønnsutøvelsen som følger av regelverket.
- (17) Av forskriften § 3-11 (2) følger det at kontraktsvilkår ikke skal være i strid med EØS-avtalen. Dette innebærer blant annet at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Etter loven § 5 (2) følger det også at en anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse. Kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen slik at målet om konkurranse i det aktuelle markedet oppnås, jf. sak 2012/238 premiss (28). I dette ligger det at oppdragsgivere ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn nødvendig dersom dette unødige begrenser konkurransen.
- (18) Hvilke krav som oppdragsgiver velger å stille, er i utgangspunktet gjenstand for oppdragsgivers skjønn. Hva som vil være nødvendig for å sikre tilfredsstillende oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene, vil variere med anskaffelsens art og omfang. Kravene i loven og forskriften om å fremme konkurranse i anskaffelsesprosessen gjelder så langt det er mulig. Det er ikke tvilsomt at oppdragsgiver kan tenkes å ha et legitimt behov for å stille kontraktskrav som rent faktisk begrenser konkurransen i noen grad.

Oppdragsgivers behov må da veies mot kravet til konkurranse, se i denne forbindelse sak 2007/8 i premiss (37).

- (19) At innklagede har valgt å kreve bankgaranti som sikkerhet for kontraktsoppfyllelse og mislighold, og at garantien står lenger enn selve kontraktsperioden, er etter nemndas vurdering forsvarlig og saklig, isolert sett. Spørsmålet er om omfanget av sikkerhetsstillelsen, 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelse ved kontraktsinngåelse, og garantiens varighet på seks måneder etter avtalt utløpsdato, var saklig begrunnet og ikke unødig begrenset konkurransen.
- (20) Innklagede begrunnet størrelsen på garantien og varigheten av garantien med at det var i tråd med det som kan kreves i slike transportkontrakter, og at det var nødvendig for å beskytte innklagedes økonomiske interesser. Eksisterende kontrakt med klager inneholdt tilsvarende krav om sikkerhetsstillelse. Innklagede vurderte at slik sikkerhet også var nødvendig ved inngåelse av ny kontrakt. For nemnda fremstår det således som at omfanget av kravet var saklig begrunnet.
- (21) Det kom inn tilbud fra fem ulike leverandører. Det er ikke tvilsomt at det gir konkurranse om kontrakten. Når det i tillegg er lagt til grunn at kravet om bankgaranti og dets omfang var saklig, kan det ikke ha avgjørende betydning at klager rent faktisk valgte å ikke inngi tilbud med henvisning til at kravet om bankgaranti var for omfattende.
- (22) Under de konkrete omstendighetene var dermed kravet om bankgaranti og kravets omfang forsvarlig og i et rimelig forhold til transportkontrakten. Kravet begrenset heller ikke konkurransen unødig. Innklagedes skjønnsutøvelse er dermed i samsvar med det grunnleggende kravet om konkurranse i loven § 5 og øvrige rammer i forskriften § 3-11 (2), jf. loven § 5 og forskriften § 3-1 (5). Klagers anførsel har ikke ført frem.
- (23) Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Konklusjon:

Vestviken Kollektivtrafikk AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver