



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 5. Krav til ytelsen/teknisk spesifisering. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for kjøp av ambulansebåttjenester. I konkurransen ble det stilt krav om erfaring fra drift av «hurtigbåt». Klagenemnda fant at valgte leverandør ikke hadde dokumentert en slik erfaring, og at innklagede dermed hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Nemnda fant også at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra ufravikelige krav i konkurransegrunnlaget, og at innklagede dermed hadde brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 24. april 2018 i sak 2017/113

Klager: GulenSkyss AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl.

Bakgrunn:

(1) Helse Vest Innkjøp HF (nå Sykehusinnkjøp HF divisjon Vest, heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. juli 2016 en konkurranse med forhandling for kjøp av ambulansebåttjenester. Tjenesten skulle ifølge kunngjøringen punkt II.1.5) leveres til Helse Fonna HF i forbindelse med ambulansetransport og pasientreiser i Sunnhordalandsbassenget. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 2. september 2016.

(2) Om anskaffelsens formål og omfang ble det i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 sagt at:

«Oppdragsgiver ønsker tilbud på drift av ambulansebåt som skal brukes av Helse Fonna HF til ambulansetransport og pasientreiser i Sunnhordalandsbassenget.

Vi viser for øvrig til del 2 Vedlegg 2 – Kravspesifisering for utfyllende informasjon.»

(3) Av kravspesifikasjonen punkt 2.1 gikk det frem at anskaffelsen innebar ca. 1500 oppdrag i året.

(4) I kravspesifikasjonen punkt 3.1 og 3.2 ble det angitt noen «minstekrav» som «må oppfylles både for hovedfartøy og for driftsreserven». Dette gjaldt blant annet følgende krav:

«1. Fartøyet skal være godkjent og oppfylle alle krav gitt av sjøfartsdirektoratet.

[...]

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

3. Fartøyets lengde skal være mellom 19 og 24 meter.

[...]

5. Marsjfart må være minst 20 knop [...].

6. Fartøyet skal være sertifisert for 11 passasjerer».

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 ble det videre stilt ett krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Tilstrekkelig erfaring fra drift av hurtigbåt».

- (6) Det tilhørende dokumentasjonskravet var som følger:

«Tilbyderen skal vedlegge en liste over de viktigste leveransene eller utførte tjenester de siste 5 år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt og mottaker. Attester utstedt eller bekreftet av oppdragsgiver kan vedlegges.»

- (7) I løpet av konkurransen ble det stilt spørsmål om innklagedes definisjon av «hurtigbåt». Spørsmålet var knyttet til det nevnte kvalifikasjonskravet:

«Spørsmål 8: Det opplyses at fartøyet bør gå 20 knop. I forbindelse med tilstrekkelig kompetanse på hurtigbåt, hva definerer dere som hurtigbåt?»

- (8) Spørsmålet ble besvart av innklagede på følgende måte:

«Svar 8: Oppdragsgiver viser her til kravspesifikasjonens krav 5 som sier;

«Marsjfart må minst være 20 knop ...»

I korrespondanse med Sjøfartsdirektoratet før utlysning fikk Oppdragsgiver følgende definisjon av hurtigbåt:

«Hurtigbåt defineres som et fartøy som har passasjer- eller lasteskipssertifikat og oppnår en hastighet på over 20 knop».

- (9) Om avvik og forbehold ble det i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 sagt følgende:

«Dersom Tilbyder tar forbehold mot deler av konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudsbrevet, jfr. Del 1 Vedlegg 4. Det samme gjelder avvik. Eventuelle forbehold eller avvik skal være presise og entydige slik at oppdragsgiver kan vurdere disse uten kontakt med tilbyder. Forbehold mot konkurransegrunnlaget, herunder avtalevilkår og kravspesifikasjon, vil bli prissatt (som tillegg i tilbudssummen) i forbindelse med oppdragsgivers evaluering. Dersom forbeholdene eller avvikene ikke lar seg prissette eller er vesentlige vil dette føre til at tilbudet avvises.»

- (10) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 5.1 bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier:

- Totalkostnad (55 %) – herunder «faste og variable kostnader som er oppgitt i Del 2 Vedlegg 1 –Prisskjema»,

- Fartøyets utforming (35 %) – herunder «*ergonomi og brukervennlige løsninger*» og
 - Leveringssikkerhet (10 %) – herunder «*driftsavbrudd og driftsreserven*».
- (11) Innenfor tilbudsfristen kom det inn fire tilbud, hvorav ett ble avvist. De tre øvrige tilbudene var fra GulenSkyss AS (heretter klager), Skaarungen AS (heretter valgte leverandør) og Rødne Ambulanse AS (heretter Rødne).
- (12) Av valgte leverandørs tilbudsbrief fremgikk det at:
- «[...] Vi har ingen avvik eller forbehold i vårt tilbud.»*
- (13) Av tilbudet gikk det frem at marsjfarten på hovedfartøyet ville være 24 knop, og at fartøyet ville ha en lengde på 19 meter. Det fremgikk videre at fartøyet ville være sertifisert for minst 11 passasjerer.
- (14) Om valgte leverandørs reservefartøy sto det følgende:
- «Tilbyder planlegger å kjøpe inn en taxibåt som vil være egnet som reservebåt til tjenesten. Denne vil være i størrelsesorden 12-15 m, med passasjersalong som ved å fjerne stoler (ca. 1 time) kan gjøres om til ambulansebåt med bæreplass. Fart 15-25 knop».*
- (15) Vedrørende kvalifikasjonskravet om erfaring med drift av hurtigbåt, skrev valgte leverandør at man hadde innledet et samarbeid med Karlskrona Sjøtaxi AB (Karlskrona). Dette selskapet ble sagt å ha «*god praktisk erfaring med ambulanse- og taxibåttjenester*».
- (16) Vedlagt tilbudet lå en forpliktelseserklæring fra Karlskrona, og en kort beskrivelse av selskapet, herunder av selskapets erfaring med drift av taxi- og ambulansebåter. Vedlagt tilbudet fulgte også en liste over valgte leverandørs og Karlskronas viktigste leveranser de siste fem årene.
- (17) Av forpliktelseserklæringen gikk det frem at Karlskrona stilte som underleverandør/samarbeidspartner til klager, og at selskapet ville stille de nødvendige ressursene til disposisjon i det omfang det var nødvendig for å oppfylle klagers avtaleforpliktelser. Det ble presisert at dette gjaldt kravet om «*erfaring med drift av hurtigbåter*».
- (18) Under Karlskronas beskrivelse av sin virksomhet og erfaring, ble særlig ett oppdrag trukket frem. Dette var et ambulansebåtoppdrag i regi av Landstinget Blekinge, som varte fra 1. april 2015 til 31. mars 2016. Av listen over valgte leverandørs- og Karlskronas viktigste leveranser, gikk det frem at dette oppdraget hadde en verdi på 1 960 000 SEK.
- (19) Forhandlinger med tilbyderne ble gjennomført 29. og 30. september 2016. Reviderte tilbud ble levert 7. og 9. oktober 2016.
- (20) Ved brev datert 21. oktober 2016 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Klager ble rangert som nr. 2, og Rødne som nr. 3.
- (21) På tildelingskriteriene utforming og leveringssikkerhet, kom klager best ut. Klagers tilbud hadde imidlertid den høyeste prisen, og valgte leverandørs tilbud den laveste.

- (22) Både klager og Rødne leverte klager på tildelingsbeslutningen. Sistnevnte begjærte også midlertidig forføyning for Haugaland tingrett, med påstand om at valgte leverandør/valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Tingretten avsa kjennelse 17. januar 2017, hvor begjæringen ble forkastet.
- (23) Kontrakt mellom valgte leverandør og Helse Fonna HF ble inngått 24. januar 2017.
- (24) Ved brev datert 12. februar 2017 informerte valgte leverandør om at selskapet ikke var i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen:
- «Skaarungen AS varsler herved om at vi dessverre ikke ser oss i stand til å oppfylle våre forpliktelser i avtalen med Helse Fonna om drift av ambulansebåt i Sunnhordalandsbassenget. [...] Ledelsen i Skaarungen AS har derfor besluttet at selskapet trekker seg fra avtalen.»*
- (25) På bakgrunn av dette brevet kalte innklagede inn til et møte med valgte leverandør, som fant sted 20. februar 2017. Den 13. mars 2017 sendte innklagede deretter et brev til valgte leverandør, hvor det ble konkludert med at man *«ikke vil kreve at Skaarungen oppfyller kontrakten»*. Det ble presisert at man ville komme tilbake til et eventuelt erstatningskrav mot valgte leverandør.
- (26) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 24. juli 2017.
- (27) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. april 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (28) I konkurransen ble det stilt krav om erfaring fra drift av *«hurtigbåt»*. På direkte spørsmål om hva som lå i betegnelsen *«hurtigbåt»*, svarte innklagede at dette er et fartøy som har passasjer- eller lasteskipssertifikat og oppnår en hastighet på over 20 knop. Dette samsvarer også med kravspesifikasjonen. Valgte leverandør oppfylte ikke selv dette kravet. Underleverandøren Karlskrona Sjøtaxi AB har heller ikke dokumentert erfaring med drift av hurtigbåt i henhold til den nevnte definisjonen. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (29) Innklagede har under enhver omstendighet brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av avvik fra kravspesifikasjonens minstekrav om fartøyets lengde, marsjfart og passasjersertifikat, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Ordet *«hurtigbåt»* gir ikke anvisning på et krav om en bestemt fart, eller om passasjersertifikat. Det sentrale med kvalifikasjonskravet var å sikre seg en leverandør med tilstrekkelig erfaring fra båttrafikk. Valgte leverandør/Karlskrona Sjøtaxi AB oppfylte dette kravet. Det er derfor ikke riktig at valgte leverandør skulle ha vært avvist.
- (31) Det er heller ikke riktig at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Enkelte av opplysningene i valgte leverandørs utfylte kravspesifikasjon, står i et visst motsetningsforhold til andre opplysninger i tilbudet. Lest i sammenheng inneholder

tilbudet imidlertid ingen avvik bortsett fra kravet om fartøyets lengde, men dette avviket er ikke vesentlig.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 6 andre ledd. At kontrakten med valgte leverandør senere ble hevet, endrer ikke på dette.
- (33) Klagen er rettidig. Konkurransen er kunngjort 4. juli 2016 og gjelder ambulansebåtdrift, som er en uprioritert tjeneste i kategori 19 (Transport på vannvei). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (5).

Avvisning av valgte leverandør – kravet om «erfaring fra drift av hurtigbåt»

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (35) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *«ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen»*.
- (36) Ett av kravene i denne konkurransen, var at leverandørene hadde *«tilstrekkelig erfaring fra drift av hurtigbåt»*. Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfylte dette kravet.
- (37) Hva som utgjør *«tilstrekkelig»* erfaring, er et skjønnsmessig spørsmål som nemnda i begrenset grad kan overprøve rettslig. Klagers anførsel retter seg imidlertid først og fremst mot en tolkning av kvalifikasjonskravet, og da særlig betegnelsen *«hurtigbåt»*. Dette tolkningsspørsmålet kan klagenemnda prøve fullt ut, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/23 i premiss 26.
- (38) Ved tolkningen skal det tas utgangspunkt i hvordan det er naturlig for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder å forstå kravet, jf. den nevnte avgjørelsen i sak 2018/23 premiss 27-28, med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar).
- (39) Når det ble stilt spørsmål om hva som lå i kravet om erfaring fra drift av *«hurtigbåt»* valgte innklagede å vise til krav nr. 5 i kravspesifikasjonen, hvor det gikk frem at marsjfarten måtte være minst 20 knop. Innklagede svarte videre ved å vise til Sjøfartsdirektoratets definisjon av hurtigbåt, som lyder slik:

«Hurtigbåt defineres som et fartøy som har passasjer- eller lasteskipssertifikat og oppnår en hastighet på over 20 knop».
- (40) Disse presiseringene må likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2013/68 i premiss 27.
- (41) Innklagede har senere forklart at det sentrale var å sikre seg en leverandør med tilstrekkelig erfaring fra båttrafikk, og at det i betegnelsen *«hurtigbåt»* ikke lå noe krav om en bestemt fart eller sertifikat.

- (42) Denne forklaringen er imidlertid vanskelig å forene med det svaret som er gjengitt ovenfor. Dersom meningen var å stille et krav om erfaring fra båttrafikk, hadde innklagede en klar foranledning til å presisere dette i den nevnte runden med spørsmål og svar. Her valgte innklagede som nevnt i stedet å vise til kravspesifikasjonen og Sjøfartdirektoratets definisjon. Slik klagenemnda ser det, er det ikke tvilsomt at det med dette ble stilt krav om erfaring med drift av «hurtigbåt» i henhold til det kravet og den definisjonen som er angitt ovenfor. For en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder, må det ha fremstått slik at ikke erfaring fra drift av enhver type båt ville være relevant for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Det er i lys av denne forståelsen at man må vurdere om valgte leverandør skulle ha vært avvist fra konkurransen.
- (43) Det er enighet om at valgte leverandør ikke selv hadde den nødvendige erfaringen med drift av hurtigbåt. Av valgte leverandørs tilbud går det frem at man ville støtte seg på erfaringen til det svenske selskapet Karlskrona Sjøtaxi AB. Ved tilbudet ligger en forpliktelseserklæring fra dette selskapet, og en beskrivelse av selskapets erfaring.
- (44) Av beskrivelsen går det frem at erfaringen bygger på driften av Karlskronas tre registrerte båter: SjöBussen, SjöBjörn og SjöFart. Ut fra beskrivelsen er det ikke mulig å fastslå hvilke typer båter dette er. Det er heller ikke mulig å lese dette ut av listen over Karlskronas viktigste leveranser.
- (45) Slik klagenemnda ser det, ga besvarelsen i valgte leverandørs tilbud derfor ikke grunnlag for å konstatere at Karlskrona oppfylte det angitte kravet om erfaring med drift av «hurtigbåt».
- (46) I anledning klagesaken har klager for øvrig vært i kontakt med Transportstyrelsen, som blant annet administrerer det svenske fartøyregisteret. Av korrespondansen går det frem at de tre båtene til Karlskrona er en transportmotorbåt (med registreringsnummer SFC-5978), en taximotorbåt (SFC-8674) og en passasjermotorbåt (SFC-9847). Ingen av disse båtene har passasjersertifikat. Det er heller ikke opplyst at noen av båtene har en marsjfart på 20 knop eller mer.
- (47) Verken valgte leverandør eller underleverandøren Karlskrona har dermed dokumentert den påkrevde erfaringen med drift av «hurtigbåt». Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. § 11-10 (1) bokstav a.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud – avvik fra innklagedes «minstekrav»

- (48) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (49) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav e at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene [...]».
- (50) I kravspesifikasjonene ble det i denne konkurransen blant annet stilt følgende krav:
- Fartøyets lengde skal være mellom 19 og 24 meter.
 - Marsjfart må være minst 20 knop.
 - Fartøyet skal være sertifisert for 11 passasjerer.

- (51) Samtlige av disse kravene er beskrevet som «minstekrav» som tilbyderne «må» oppfylle. Det er videre presisert at dette gjelder «*både for hovedfartøy og for driftsreserven*».
- (52) Ordet «minstekrav» er nærliggende å forstå slik at det ikke åpner for avvik. For potensielle tilbydere er det altså naturlig å lese ordet slik, at tilbud som inneholder avvik fra disse kravene, vil bli avvist uten noen nærmere vurdering av avvikets størrelse og betydning. Ordet minstekrav bør derfor forbeholdes krav som oppdragsgiver faktisk har ment skal være ufravikelige, jf. klagenemndas sak 2013/139 premiss 30-31.
- (53) De ovennevnte kravene om lengde, fart og passasjersertifisering, må etter nemndas oppfatning forstås nettopp slik at de er ufravikelige. Den generelle bestemmelsen om forbehold og avvik i konkurransegrunnlaget punkt 2.5, endrer ikke på dette. I kravspesifikasjonen er det ingenting som indikerer at innklagede vil akseptere avvik fra de nevnte kravene. Innklagede er da «*bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory*», jf. Underrettens avgjørelse i T-40/01 (Scan Office Design) premiss 76.
- (54) Klager og innklagede er enige om at det tilbudte hovedfartøyet oppfylte kravspesifikasjonen. Spørsmålet er om reservefartøyet gjorde det.
- (55) Det fremgår av tilbudet at valgte leverandør planla å kjøpe inn en taxibåt som skulle benyttes som reservefartøy. Båten er angitt å skulle være «*i størrelsesorden 12-15 m*» og med en fart på «*15-25 knop*» Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at disse opplysningene gjelder valgte leverandørs reservefartøy. Klagenemnda finner ikke grunn til å legge vekt på at valgte leverandør, i tilbudsbrevet, skrev at tilbudet ikke inneholdt noen forbehold eller avvik. Slike generelle formuleringer fra tilbyderne fritar ikke oppdragsgiver fra å undersøke om tilbudet reelt sett inneholder avvik.
- (56) Opplysningene om valgte leverandørs reservefartøy viser at fartøyet inneholder avvik fra kravspesifikasjonene, med hensyn til både fart og størrelse. Som klager har påpekt, er det også uklart om fartøyet oppfyller for eksempel kravet om sertifisering for 11 passasjerer. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (57) Innklagede har etter dette brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør.

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk