



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Begrunnelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av skyssbåttjenester i Hjørundfjorden. Klagenemnda fant at tildelingskriteriet «andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget» var i strid med plikten til å angi tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (3) d) nr. 4. Dette ble også ansett som et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4. Nemnda fant videre at konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen. Klagers anførsel om begrunnelse ble av denne grunn ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 13. juni 2018 i sak 2017/119

Klager: Hjørundfjord Fjordservice AS

Innklaget: Ørsta kommune

Klagenemndas

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

Bakgrunn:

- (1) Ørsta kommune (heretter innklagede) kunngjorde 4. mai 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av skyssbåttjenester i Hjørundfjorden. Anskaffelsens verdi var estimert til 6 525 000 kroner inkl. opsjoner. Kontraktens varighet var angitt til 3 år med opsjon på forlengelse med inntil 2 + 1 år. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at «*[i]nnkjøpsprosedyren som er valt følger av forskrift om offentlige anskaffingar del I og III, jmf § 2-1 (4) og § 2-2 (1).*»
- (2) Det fremgikk av oppdragsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget punkt 2, at kommunen hadde tatt ansvar for å finansiere skyssbåt på Hjørundfjorden som et tilbud til fastboende, tilreisende og som beredskap i tilfeller vegstenging eller krisesituasjoner. Skyssstilbudet var beskrevet som et tilbud utenom og i tillegg til fergeruten på Hjørundfjorden.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3 «*Innhaldet i tenesta/avtalevilkår*» var de ulike strekningene skyssbåten skulle betjene angitt. Om skyssbåttjenesten fremgikk det at denne skulle «*vere fleksibel og levere og plukke opp kundar også frå andre stader langs fjorden så langt dette er forsvarleg og ikkje i konflikt med prioriterte signalrutar*». Skyssbåten skulle «*primært kunne bestillast etter behov i tidsrommet 06.00 – 24.00 (...)*».
- (4) Ut over dette inneholdt konkurransegrunnlaget en del regler for konkurransen, samt noen krav til tjenesten. Det ble eksempelvis stilt følgende «**Krav til fartøyet:**

Tilbydar skal nytte eit fartøy som tilfredstillar følgjande krav:

- *Fartøyet må oppfylle minstekrav som til ei kvar tid går fram av offentlege lover og reglar som gjeld for fartøyet og aktuell rutebart.*

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

- *Fartøyet skal ha gyldig passasjersertifikat for minst 15 personar, utstedt av Sjøfartsdirektoratet for det fartsområdet som ruta går i.*
- *Operatør skal ha gyldige forsikringar for den aktuelle trafikken.*
- *Fartøyet skal vere eigna til å trafikkere dei aktuelle kaiane/hentestadane.*
- *Det skal vere gode og trygge løysingar for å stige om bord og i land.*
- *Fartøyet skal ha innebygd passasjeropphaldsstad.*
- *Det skal vere plass til bagasje, smågoods og ski til passasjerane.*
- *Muleg å ta om bord ei bære med sikker inn- og utlasting».*

(5) Videre fremgikk det følgende «**Krav til utføring:**

- *Operatøren har ansvar for fartøy, mannskap, last og passasjerar under utøving av rutetrafikken og pliktar å halde forsikringar for dekning av moglege ansvarskrav.*
- *Tryggjeleiks- og redningsutstyr skal finnast om bord i tilstrekkelege tal, og i forskriftsmessig stand.*
- *Båtførar skal ha gyldige sertifikat.*
- *Operatøren er ansvarleg for at transporten vert gjennomført etter gjeldande lover og reglar.*
- *Rutefart ved fullasta båt skal normalt vere minst 15 knop.*
- *Operatør må sjølv syte for tilgang til drivstoff».*

(6) Konkurransgrunnlaget inneholdt også et punkt benevnt «**Innhaldet i tilbodet:**

Tilbodsskjema skal fyllast ut med:

1. *Firmanamn, adresse, organisasjonsnummer, dagleg leiar og kontaktperson*
2. *Samla pris*
3. *Opplisting over utfylte vedlegg*
4. *Eigenerklæring om avvik og atterhald*
5. *Stadfesting av vedståingsfrist*
6. *Underskrift*

Følgjande dokument skal leggst ved:

Vedlegg 1: Fartøyskjema, jf. tilbodsforespurnad vedlegg

Vedlegg 2: Eigenerklæring om tariff, jf. tilbodsforespurnad vedlegg

Vedlegg 3: Tilsegn frå bank om bankgaranti for ruteløyve

Vedlegg 4 Kopi av passasjersertifikat

Vedlegg 5: Attest for skatt og meirverdiavgift

Vedlegg 6: Stadfesting frå konkursregisteret

Vedlegg 7: Politiattest for dagleg leiar

Tilbydarar som ikkje leverer nemnte dokumentasjon, kan verte avvist».

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 6 bokstav e fremgikk det at «*Tildeling skjer til tilbydaren som har lavast pris (70%) og andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget (30%). [...]».*
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Christian Gaard Bygdetun AS (heretter valgte leverandør) og fra Hjørundfjord Fjordservice AS (heretter klager).
- (9) Av tildelingsmeddelelsen fremgikk det at «*[a]lle tre tilbydarane tilfredsstilte dei formelle krava i konkurransegrunnlaget, og vart såleis vurderte. For vurderingskriteriet kvalitet (30%) vart alle tre tilbydarane vurderte å ha om lag lik kvalitet på tilbodet (alle tre score 100/100). For vurderingskriteriet pris (70%) var det vesentlege skilnader, jmf opningsprotokoll. Etter ei vurdering blir tilbodet gitt Christian Gaard Bygdetun AS v/Daniel Storeide».*
- (10) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 23. juni 2017.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. august 2017.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. juni 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium. Tildelingskriteriet «*andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget*» henviser til hele konkurransegrunnlaget uten nærmere spesifikasjoner. Det er uklart hvilke «*andre kriterie*» som skal vektlegges, og tildelingskriteriet er dermed ikke utformet på en måte som gjør at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kan forstå det på samme måte. Konkurransen skulle ha vært avlyst som følge av denne feilen.
- (14) Innklagede har videre brutt begrunnelsesplikten i forskriften § 25-1 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse i tildelingsmeddelelsen for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Tildelingskriteriet «*andre kriterie*» oppfyller kravene til klarhet og forutberegnelighet og er i tråd med forskriften § 18-1.
- (16) Ved tildeling av kontrakt ble det gitt en begrunnelse i samsvar med forskriften § 25-1.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av skyssbåttjenester i Hjørundfjord. Anskaffelsens verdi er estimert til 6 525 000 kroner inkl. opsjoner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen av denne grunn forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlig tildelingskriterium

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium.
- (19) Konkurransen skulle som nevnt avgjøres på bakgrunn av pris, som hadde 70 % vekt, og *«andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget»*, som hadde 30 % vekt.
- (20) Sistnevnte kriterium oppfyller ifølge klager ikke de krav til klarhet som regelverket stiller.
- (21) Det følger av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 at leverandørene skal gjøres kjent med hvilke forhold som vil bli vektlagt i evalueringen. Tildelingskriteriene skal være angitt i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (3) d) nr 4, og skal være utformet slik at det er mulig for alle *«rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måte»*, jf. blant annet av EU-domstolens sak C-19/00 SIAC premiss 42. Oppdragsgiver har videre risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (5).
- (22) Tildelingskriteriet *«andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget»* henviser til konkurransegrunnlaget i sin helhet, og de kriterier som fremgår der. Hvorvidt tildelingskriteriet oppfyller regelverkets krav til klarhet, beror derfor på utformingen av de øvrige kriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. til sammenligning klagenemndas sak 2012/12 premiss (23).
- (23) Konkurransegrunnlaget inneholdt en rekke krav til tjenesten, som det er naturlig å forstå som minstekrav. I konkurransegrunnlaget var det også enkelte punkter som er mest naturlig å oppfatte som informasjon til tilbyderne. Det er ikke klart hvilke av disse punktene som tildelingskriteriet relaterer seg til. Bortsett fra enkelte formuleringer om at fartøyet skal være *«eigna»* til å trafikkere de aktuelle kaiene/hentestedene, og at det skal være *«gode og trygge løysingar»* for å stige om bord og i land, er det vanskelig å se hva som vil være gjenstand for en kvalitativ vurdering. Heller ikke konkurransegrunnlagets krav til hva tilbudet skulle inneholde, gir noe svar på dette.
- (24) Tildelingskriteriet *«andre kriterie som framgår av dette konkurransegrunnlaget»*, er så uklart at det må anses å foreligge brudd på plikten til å angi tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (3) d) nr. 4. Dette utgjør også brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4.
- (25) Det er nærliggende å gå ut fra at denne feilen har hatt betydning for utformingen av tilbudene. Konkurransen skulle følgelig vært avlyst, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsfskriften § 13. Nemnda tar på denne

bakgrunn ikke stilling til klagers anførsel om mangelfull begrunnelse for tildeling av kontrakt.

Konklusjon:

Ørsta kommune har bruttplikten til å angi tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 14-1 (3) d) nr. 4, ved å oppgi «*andre kriterie som fremgår av dette konkurransegrunnlaget*» som tildelingskriterium. Dette utgjør også et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 4.

Klagers anførsel om mangelfull begrunnelse, er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk