



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vesentlig endring av kontrakt.

Innklagede inngikk i 2020 en avtale om drift av to fergelinjer i Lyngensambandene, med oppstart 1. januar 2021. Klager anførte at valgte leverandørs fartøy ikke oppfyller konkurransens krav, og at innklagede har akseptert disse avvikene gjennom mangelfull kontraktsoppfølging. Dette utgjør ifølge klager en vesentlig endring av kontrakten, og dermed en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. oktober 2022 i sak 2022/548

Klager: Torghatten Nord AS

Innklaget: Troms og Finnmark Fylkeskommune v/Troms Fylkestrafikk

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus.

Bakgrunn:

- (1) Troms og Finnmark fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. oktober 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av fergedrift på fergelinje 190 (Lyngseidet-Olderdalen) og fergelinje 191 (Svendsby-Breivikeidet). Kontrakten hadde en tiltenkt varighet på ti år. Kontrakten omfattet også en opsjon med tre års varighet. Tilbudsfristen var 14. februar 2020.
- (2) Konkurranses grunnlaget besto blant annet av «*Prosedyreregler – Fergelinje*», «*Kontrakt*» med tilhørende «*Vedlegg 2 – krav til fartøy*», og «*Bilag 2.2 Krav til universell utforming*».
- (3) Av prosedyrereglens punkt 10.1 «*Kontraktstildeling*» fulgte det at «*Kontrakten tildeles til den tilbyder som leverer laveste pris.*» Det fulgte videre av punkt 10.2 at «*Oppdragsgiver ber om pris på kafedrift/restaurasjon. Kafedriften skal være en opsjon for Oppdragsgiver. Kostnadene vil være med i evalueringen. Informasjon om opsjonen benyttes gjøres ved tildeling av kontrakt.*».
- (4) Av kravene til fartøyet, under punkt 2.1 «*Generelt*», fremgikk følgende tabell som anga «*minimumskrav til transportkapasitet i sambandet/sambandene*»:

Navn på samband	Antall ferjer	PBE-kapasitet pr. ferje	VTE-kapasitet pr. ferje	Passasjersertifikat inkl. mannskap pr. ferje
Lyngseidet-Olderdalen	1	75	6	249
Svendsby-Breivikeidet	1	75	6	249
Reserveferge / B-ferge	1	50	5	199

- (5) Innholdet i tabellen ble forklart slik:

«Passasjertallet inkluderer mannskap.

Definisjon av PBE (personbilenhet): Lengde: 4,30 m, bredde: 1,85 m, vekt: 1,3 tonn, tyngdepunkt: 0,75 m over bildekk. Lengde- og breddemålene inkluderer ikke avstand mellom kjøretøy.

Definisjon av VTE (vogntogenhet): Lengde: 19,5 m, bredde: 2,60 m, tyngdepunkt: 2,2 m over bildekk. Lengde- og breddemålene inkluderer ikke avstand mellom kjøretøy. De to første vogntogene skal beregnes med vekt på 52,5 tonn, og øvrige med en vekt på 25 tonn.

Hengedekk og underdekk tillates ikke. Fast rampe for mindre kjøretøy tillates. Oppdragsgiver kan godta differensiert bemanningssertifikat tilpasset trafikksvake perioder.»

- (6) Av kravene til fartøyet, punkt 3.3 «Gjennomkjøringshøyder», fulgte kravene for nye og eksisterende fartøy. Kravene var presentert slik:

Nytt fartøy: *«Fri gjennomkjøringshøyde for personbiler skal være minimum 2,50 m. For lastebiler og vogntog skal fri gjennomkjøringshøyde være minimum 4,60 m.»*

Eksisterende fartøy: *«Fri gjennomkjøringshøyde for personbiler skal være minimum 2,50 m. For lastebiler og vogntog skal fri gjennomkjøringshøyde være minimum 4,50 m.»*

- (7) Av kravene til fartøyet, punkt 3.8 «Universell utforming», fulgte det at:

«Utforming av ferjer skal baseres på de samme krav og anbefalinger som gjelder for andre ledd i transportsystemet jf. N100 Veg- og gateutforming, V129 Universell utforming av veger og gater og V123 Kollektivtransport.

For nye fartøy skal følgende følges: Forskrift 1. juli 2014 nr. 1072 om bygging av skip § 7 eller Forskrift 28. mars 2000 nr. 305 om besiktelse, bygging og utrustning av passasjerskip i innenriks fart § 8D.

I tillegg gjelder krav til universell utforming i Bilag 2.2 – Krav til Universell utforming. Ved etablering av nye handikaptalett eller heis på eksisterende fartøy gjelder de samme presiseringer ut over MSC/Circ. 735 som for nytt fartøy.»

- (8) Av kravene til fartøyet, punkt 1.1.2 «Midlertidig materiell» fulgte det at «Oppdragsgiver kan godta at kontrakten starter opp og driftes av midlertidig materiell. Midlertidig materiell beskrevet i punkt 5.3 i dette vedlegget.»

- (9) Av punkt 5.3 «Krav til midlertidig materiell» fulgte det at «Operator kan benytte overgangsfartøy i perioden 01.01.2021-31.12.2022.

Overgangsfartøy skal som minimum ha samme kapasitet som hovedfartøy og tilfredsstillende øvrige krav som kravene til reservefartøy. (...)

Overgangsfartøy skal oppfylle kravene til universell utforming, beskrevet i bilag 2.2.»

- (10) Av bilag 2.2 fulgte «Krav til universell utforming», oppstilt i en tabell med ulike kravområder. Tabellen var inndelt i krav til nye og eksisterende fartøy, og ifølge forklaringen til tabellen var det «satt kryss for kravene som gjelder samband med hhv. over eller lik 20 minutters overfart og under 20 minutters overfart.» Av relevans for denne saken er følgende krav:

1.5: «Bredden på ferdselsareal fra biloppstilling til heis/toalett og fra heis til salong og fra salong til evakueringsstasjon skal være minimum 1,2 m. Det må være snuareal/møteareal i tilknytning til smale gangsoner.

1.6: Fri bredde (lysåpning): Primær kommunikasjonsvei gjennom ferjen samt adkomst til alle ferjens passasjerfasiliteter skal ha en fri bredde (lysåpning) på minimum 1,2 meter, for enkelte passasjerer som dører kan en fri bredde (lysåpning) på 1 meter tillates dersom dette på forhånd er godkjent av oppdragsgiver.

2.3: Gangsoner skal være minimum 1,2 m brede. Det må være snuareal/møteareal i tilknytning til gangsonene for alle.

2.6: Innendørs gangsoner etableres til viktige funksjoner som toalett, skranke ved billettbod, ruteinformasjon, kafé etc. Gangsonene skal markeres tydelig med visuell taktill kontrast i gulvbelegget.

6.1: Dører skal være lett å se og bruke. Dører i kommunikasjonsvei skal ha en fri bredde (lysåpning) på minimum 1 m.

7.1: Trapp skal være lett og sikker å gå i. Fri bredde (lysåpning) skal være minimum 1,2 m og fri høyde minimum 2,1 m.

7.2: Rekkverk skal monteres i 2 høyder på begge sider med overkant i henholdsvis 0,9 og 0,7 m over inntrinnets forkant, håndlist skal føres utover øverste og nederste trinn med avrundet avslutning (30 cm). Rekkverkene i trapperommene skal fungere som et ledende element, og må derfor være sammenhengende.

7.3: Det skal være farefelt (knotter) foran øverste trappetrinn og et oppmerksomhetsfelt foran (riller) nederste trinn i hele trappens bredde og med en dybde på 600mm. Feltene skal være taktillt og visuelt merket med luminanskontrast på minimum 0,8.

7.4: Trappeneser skal ha en kontrastmerking på minimum 30 mm og med en luminanskontrast på minimum 0,8.»

- (11) Ved spørsmål av 29. november 2019 ble det bedt om at innklagede definerte hvilke krav til universell utforming som gjaldt for sambandet Svendsby-Breivikeidet, og innklagede svarte 6. desember 2019 at det gjaldt «Krav som for overfart OVER 20 minutter.»

- (12) Samme dag ble det stilt spørsmål ved om «hengedekk/underdekk tillates i midlertidig periode», og innklagede svarte at «Hengedekk/underdekk tillates ikke.»
- (13) Ved spørsmål av 13. januar 2020, ble det påpekt at «I henhold til bilag 2.2 Universell utforming punkt 6.1 aksepteres dører med minimum 1 m bredde i kommunikasjonsvei, mens i punkt 1.6 står det at dører med fri bredde på 1 meter må godkjennes på forhånd av oppdragsgiver. Vi ber om at Oppdragsgiver bekrefter at dører med bredde på 1 meter aksepteres i henhold til punkt 6.1.»
- (14) Innklagede svarte 20. januar 2020 at «På nybygg skal det være 1,2 meter dørbredde, for eksisterende fartøy aksepteres det 1 meter dørbredde.»
- (15) Ved tilbudsfristens utløp forelå tilbud fra Fjord 1, Nordled AS og Torghatten Nord AS (heretter klager).
- (16) Vedlagt Norleds tilbud fulgte en fremdriftsplan der det fremgikk at Norled ville benytte fartøyene «MF Folgefonn» og «MF Folkestad» til fergestrekningen Svendsby-Breivikeidet, mens fartøyene «MF Høgsfjord» og «MF Ibestad» ville benyttes på fergestrekningen Lyngseidet-Olderdalen. Norled tilbød også fartøyene «MF Hordaland» og «MF Lauvstad» til «Stand by, B-route». Fremdriftsplanen ble illustrert slik:

Connection	Vessel	2021			2022		2023 +
		1	2	3	1	2	
Svendsby - Breivikeidet	Folgefonn						
	Folkestad						
Lyngseidet - Olderdalen	Høgsfjord						
	Ibestad						
Stand by, B-route	Hordaland						
	Lauvstad						

- (17) Videre fulgte det av fremdriftsplanen at:

«MF Folkestad frigjøres fra et annet samband ved slutten av 2020. Deretter følger installasjon av ny elektrisk fremdriftslinje samt ombygging for å tilfredsstille krav til universell utforming med mer. Dette forventes å være ferdig innen august 2021.

MF Ibestad (Lyngseidet – Olderdalen) og MF Lauvstad (det permanente reservefartøyet) er i drift i Vågsfjordkontrakten, der oppdragsgiveren ikke har bestemt om de vil utløse opsjon for året 2022 eller ikke, men uoffisielle signaler tilsier at 2021 vil være siste opsjonsår. Som planforutsetning er det derfor lagt opp til at den permanente reserven kommer tidlig i januar 2022 (ingen ombygging nødvendig) mens MF Ibestad forutsettes ombygget første halvår 2022. Dersom oppdragsgiveren velger å utøve opsjon for året 2022 vil perioden med Høgsfjord og midlertidig reserve forlenges til å gjelde hele 2022 og MF Folgefonn eller et annet høvelig fartøy vil kunne løse av MF Ibestad i Vågsfjorden slik at fergen frigjøres for ombygging før rutestart 1. jan 2022. Alle de tre midlertidige fartøyene vil bli frigitt fra eksisterende oppdrag på slutten av 2020. Ingen av disse trenger store tilpasninger før rutestart, men det kan nevnes at hengedekket på MF Hordaland vil bli fjernet på slutten av 2020.»

- (18) Ved tildelingsbrev av 24. mars 2020 ble kontrakten tildelt Norled AS (heretter *valgte leverandør*). Det fremgikk også her at innklagede valgte å benytte opsjon på kafedrift/restaurant, og at karenstiden utløp 3. april 2020.
- (19) Kontrakten med valgte leverandør ble inngått 22. april 2020, med oppstart 1. januar 2021 og en tiltenkt varighet til 30. april 2031.
- (20) Klager ba 26. juli 2020 om innsyn i valgte leverandørs tilbud, herunder innsyn i GA-planer (generalarrangementsplaner) og stuasjeplaner for de tilbudte fartøyene. Det ble gitt delvis innsyn, men klager opprettholdt sitt krav om innsyn 3. september 2020. Det fulgte blant annet av klagers brev at:

«Slik Torghatten vurderer det vil Norleds tilbudte fartøy måtte gjennomgå betydelige oppgraderinger for å tilfredsstille minimumskravene i konkurransegrunnlaget. I henhold til kontrakten, skal Norled medio mai ha fremlagt dokumentasjon som viser hvordan eksisterende fartøy vil fremstå etter ombygging. TFTs vidtgående sladding av etterspurt dokumentasjon, bidrar ikke til avklaring, men sår ytterligere tvil om at Norleds fartøy vil oppfylle kravene til kapasitet og universell utforming etter eventuell ombygging.

(...)

Videre gjøres oppmerksom på at FOA § 28-2 oppstiller forbud mot å foreta vesentlige endringer i inngått kontrakt. Slike endringer representerer i realiteten inngåelse av en ny kontrakt som ved manglende kunngjøring vil utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse og blant annet gi grunnlag for overtredelsesgebyr, jf. LOA § 12. I prinsippet er det ingen forskjell mellom manglende håndhevelse av kontrakt og en tilsvarende avtalt endring. Dersom TFT har fått forelagt og godtatt dokumentasjon fra Norled som viser at minimumskravene ikke er oppfylt, representerer det en vesentlig endring. Tilsvarende gjelder dersom Norled benytter avvikende fartøy under kontraktsutførelsen fra driftsoppstart i hhv. januar 2021 og 2023 uten at TFT følger opp og håndhever slik avvikende kontraktsoppfyllelse, jf. eksempelvis sak 2015/27 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA").»

- (21) Den 9. september 2021 svarte innklagede at det ikke var mottatt stuasjeplan for MF Folgefonn og MF Hordaland fra valgte leverandør, og derfor ikke kunne oversende disse. Innklagede opprettholdt sitt standpunkt om at deler av allerede mottatte stuasjeplaner inneholdt forretningshemmeligheter, og klager ble derfor ikke gitt innsyn i disse.
- (22) Den 6. oktober 2021 ga innklagede klager innsyn i et brev innklagede hadde mottatt av valgte leverandør 17. juni 2020. Brevet fra valgte leverandør var en søknad om å få benytte midlertidige reservefartøy i en gitt periode. Bakgrunnen for behovet var beskrevet slik:

«I vårt tilbud i anbudskonkurransen varslet Norled behov for å bruke midlertidige hovedfartøyer fra oppstart. Det var planen at MF Folgefonn og MF Høgsfjord skulle være disse fartøyene. I tilbudet varsles det også at MF Hordaland skal være reservefartøy til MF Lauvstad overtar etter avslutning av Vågsfjordkontrakten. Fartøysdokumentasjon for disse fergene ble levert som vedlegg til tilbudet.

Etter tilbudsinnlevering har store deler av verden blitt påvirket av Corona-pandemien. Dette har gjort at alle Norleds byggeprogrammer har fått utsatt leveringstid. Verftene

påberoper seg force majeure som følge av sykdommen. Tre fartøyer som er under bygging i Singapore for sambandet Vangsnes - Hella - Dragsvik i Sogn, hvor fergene Folgefonn og Høgsfjord er midlertidige fartøyer i dag, har fått leveringsdato i februar 2021 mot planlagt 1. desember 2020. På grunn av denne forsinkelsen vil Norled de første månedene i 2021 følgelig ha behov for fire midlertidige fartøyer, to i Sogn og to i Lyngen.

Norled planlegger nå at MF Høgsfjord og MF Hardingen blir midlertidige fartøyer i Lyngen fra oppstart rutekjøring. MF Hardingen vil være midlertidig for MF Folkestad som vil være ferdig ombygget for elektrisk drift i april 2021. MF Høgsfjord vil, som skissert i tilbudet, være midlertidig fartøy til MF Ibestad ankommer sambandet.

MF Hardingen er et stort og svært publikumsvennlig fartøy. Fergen har hengedekk og kommer følgelig i konflikt med Vedlegg 2 «Krav til fartøy» i kontrakten. Samtidig har fergen mulighet for å kjøre med hengedekket fast i nedre posisjon og det går an å argumentere for at et hengedekk som brukes slik kan betraktes som en «fast rampe for mindre kjøretøy» som det åpnes for i samme vedlegg. Med hengedekket fast posisjonert i nedre posisjon vil Hardingen fortsatt kunne laste 6 vogntog, men det vil gå tapt ca 5 PBE i hver ende relativt til stuasjeplanen for de bilene som normalt skulle stått under de løftede endene av hengedekket. Se vedlagt dokumentasjon for detaljer.

Norled bekrefter med dette at MF Hordaland skal være reservefartøy i kontrakten fra oppstart og vi anmoder om at oppdragsgiver kan akseptere et bytte av midlertidig fartøy slik at MF Hardingen kan være ett av disse fra oppstart.»

- (23) Ved e-post av 7. oktober 2020 svarte innklagede at man ga «dispensasjon fra kontaktens krav til gjennomføringshøyde og universell utforming slik at MF Hardingen kan benyttes som midlertidig fartøy i kontrakten i inntil fire måneder fra 1. januar 2021. TFT forutsetter at MF Hardingen tilfredsstiller kontraktens øvrige krav til fartøy. Videre er det en forutsetning for bruk av MF Hardingen som midlertidig fartøy at hengedekket er fast i nedre posisjon.»

- (24) Klager tok på nytt kontrakt med innklagede 19. februar 2021:

«Torghatten Nord AS («Torghatten») har helt fra tildelingen ment at Nordled sannsynligvis ikke vil kunne oppfylle flere av de absolutte kravene i konkurransegrunnlaget. (...)

Konkurransegrunnlaget i saken stilte strenge krav til fartøyenes egenskaper, blant annet til universell utforming. (...) Kravene som er stilt går betydelig utover det som har vært vanlig, og gjør det svært utfordrende å kunne oppfylle kravene med eldre fartøy – også om de ombygges.

I tilbudet oppga Norled hvilke fartøy som skal brukes i sambandet. Disse oppfylte ikke konkurransegrunnlagets krav på tilbudstidspunktet, og måtte derfor bygges om før de settes inn i sambandet. Etter Torghattens syn er det samtidig klart at fartøyene Norled skal benytte på sambandet ikke er egnet for ombygging på en måte som kan lede til at kontraktens krav oppfylles. Dette har Torghatten påpekt flere ganger i korrespondanse med TFT, herunder i brev av 3. september 2020. Basert på informasjonen i tilbudet, herunder tilbudte fartøy, måtte det videre være svært nærliggende for TFT at Norled ikke ville kunne oppfylle kontraktens krav. Dette gir TFT en undersøkelsesplikt, og om TFT

hadde gjort nødvendige undersøkelser ville tilbudet fra Norled sannsynligvis blitt avvist etter anskaffelsesforskriften § 20-8 (1) bokstav b.

Kontrakten startet opp 1. januar 2021. Fergestrekningene betjenes nå av to midlertidige fartøy. Ingen av fartøyene oppfyller kravene TFT stilte i konkurransegrunnlaget. Norled fikk høsten 2020 dispensasjon for å bruke MF Hardingen i en begrenset periode. Etter hva Torghatten er kjent med er det ikke gitt dispensasjon for MF Høgsfjord. Heller ikke dette fartøyet oppfyller kravene i konkurransegrunnlaget.

Utviklingen bekrefter Torghattens forventning allerede fra tildelingen; Norled innga tilbud med fartøy som ikke var i stand til å oppfylle de strenge kravene i konkurransegrunnlaget.

Den manglende avvisningen vil kunne gi Torghatten krav på positiv kontraktsinteresse. TFT er uansett forpliktet til å håndheve det løpende kontraktsbruddet som nå foreligger. Dersom dette ikke gjøres, vil det representere en vesentlig endring av kontrakten og en ulovlig direkteanskaffelse.»

- (25) Innklagede besvarte klagers brev 26. april 2021 og avviste at det ved evalueringen av tilbudene forelå forhold eller opplysninger i valgte leverandørs tilbud som ga spesiell foranledning til kontroll, og at det dermed ikke var rettslig grunnlag for å avvise tilbudet. Innklagede opplyste samtidig at man ville følge opp kontrakten med valgte leverandør, ved å undersøke om MF Høgsfjord oppfylte kontraktens krav. Det samme ville gjøres for MF Ibestad som har planlagt driftsoppstart i 2023.
- (26) Ved brev 4. juni 2021 gjorde klager gjeldende at det allerede på tilbudstidspunktet burde fremstått klart for innklagede at valgte leverandørs tilbudte fartøy måtte gjennomgå betydelige oppgraderinger for å tilfredsstille minimumskravene i konkurransegrunnlaget. Klager mente også at det var klart at slike oppgraderinger i praksis ville være svært vanskelig eller umulig å gjennomføre. Klager gjorde gjeldende at de manglende undersøkelsene var erstatningsbetingende og varslet søksmål.
- (27) Den 11. juni 2021 ble det gjennomført et møte mellom valgte leverandør og innklagede. Ved brev av 16. juni 2021 ba innklagede om valgte leverandørs syn på om MF Høgsfjord oppfyller kontraktens krav til fartøy og kravene til universell utforming, særlig punkt 1.5, 1.6, 2.3, 2.6 og 7. Innklagede ba samtidig om valgte leverandørs syn på om MF Ibestad ville oppfylle kravene til fartøy etter ombygging. Innklagede opplyste her at undersøkelsene man foretok, til dels var ledd i kontraktsoppfølging for å avdekke eventuelt mislighold, og dels foranlediget av klagers brev av 19. februar 2021 og søksmålsvarselet datert 4. juni 2021.
- (28) Dispensasjonen til bruk av MF Hardingen som midlertidig fartøy ble forlenget til 15. juni 2021.
- (29) Valgte leverandør besvarte innklagedes forespørsel ved brev av 24. juni 2021. I følge valgte leverandør hadde MF Høgsfjord «universelt utformet utvendig gangsone gjennom fartøyet, og alle dører i primære kommunikasjonsveier har 1 m lysåpning. Trappene det henvises til i brev av 16. juni 2021 er «kun for mannskap» og kravet på 1 m gjelder ikke for mannskapsinnredning. Det er ikke trapper i publikumsområdet.

Dør inn til 3 av 4 toalettrom er 1 m, og er en del av kommunikasjonsvei. Dør er inn i avlukker er 58-90 cm., men dette er ikke en del av kommunikasjons vei idet dette leder inn til et avgrenset lukket rom. Dør inn til toalettrom akterut BB er på 0,7 m, og dette vil bli nå bli stengt for de reisende.

Det er plassert et kjøretøy foran trappehus på det ene sidehusdekket, og kontrollmåling viser et avvik på 2 cm. Dette vil bli utbedret.»

- (30) Vedlagt dette brevet fulgte GA-tegninger for MF Høgsfjord som ifølge valgte leverandør viste at «krav til 75 PBE og 6 VTE er oppfylt», og at «området dedikert til reisende med nedsatt funksjonsevne er innenfor kontraktens bestemmelser». Videre fulgte en «Dørplan» og plan for fartøyet «etter ombygging».
- (31) Angående MF Ibestad skrev valgte leverandør at «Fartøyet har en PBE-kapasitet på 75 PBE og 6 VTE. Dette er dokumentert i vedlagte GA-planer. Det er sirklet inn punkter som skal utbedres for at fartøyet tilfredsstiller krav til universell utforming. Norled AS vil oversende endelig GA-plan når ombygging er ferdigstilt.»
- (32) Innklagede besvarte dette brevet i e-post av 29. juni og ba om en nærmere redegjørelse for hva valgte leverandør mente med «avlukker», og om det var «båser der WC er plassert, eller er det rom der passasjerer ikke skal ha adgang?» Valgte leverandør ble også bedt om å kommentere klagers påstander om at bredden på de innvendige gangsonene på babord og styrbord side av MF Høgsfjord er hhv. 94, 95, 97 og 101 cm. brede.
- (33) Valgte leverandør svarte samme dag at «Avlukke» er båser der WC er plassert.

Gangsoner på MF Høgsfjord er utvendig og tilfredsstiller kontraktens krav jfr pkt 1.5 og 1.6 i bilag 2.2 UU. De gangsoner det refereres til under er antakelig en gammel GA-tegning. Vi har byttet ut dørene under ombyggingen slik at dører i gangsoner nå skal være 100cm. De dører som ble byttet ut i gangsoner, som ikke var 100cm, er de som viste på tegning som var vedlagt forrige mail.»

- (34) Den 2. juli 2021 sendte innklagede følgende e-post til valgte leverandør:

«30. juni har oppdragsgiver gjort en varslet befaring av Høgsfjord. Det ble gjort målinger av dørbredden på fergen og i vedlagt PDF fremkommer de målinger som er gjort på Høgsfjord. Ber om at Norled kommenterer de målinger som viser at kravet til 1 meter dørbredde ikke er oppfylt.

Slik kontraktens krav til dørbredde er formulert gjelder kravet om 1 meter dørbredde også til dør inn til det Norled betegner som «avlukke». Ber om en redegjørelse om Norled har til hensikt å oppfylle kravet om 1 meter dørbredde på alle dører, også til «avlukke».

- (35) I e-post av 5. juli 2021 svarte valgte leverandør at:

«Pkt 6 i bilag 2.2 Universell utforming omhandler krav til dører. Kravet er minimum 1 meter i kommunikasjonsvei, og det er Norleds oppfatning at det er adkomst til passasjerfasiliteten toalettrom som skal være 1 meter. Det er ikke presisert at dør inn til selve toalettet/toalettene skal være 1 meter, dvs det er ikke presisert særskilte krav til enkelte dører utover HC-toaletter. (...)

Kommentarer til vedlagte GA-tegning.

Punkt 1 – Toalettene blir stengt for de reisende jfr tidligere svar fra Norled.

Punkt 2 – Dør inn til MES-stasjon er 1 meter. Dette er markert med X. Dør 90 cm kan stenges for kundene idet kravet til primær (utvendig) kommunikasjonsvei utvendig er ivarettatt.

Punkt 3 og 4 – Det er avvik mellom Norleds og TFFK målinger, og dette vil bli kontrollmålt. Evt avvik vil bli utbedret i september.

Punkt 5 – Dør inn til toalettrom er 1 meter

Punkt 6 – Dette er dør til trapp for mannskap.»

- (36) Innklagede og valgte leverandør gjennomførte et møte 7. juli 2021. I etterkant av møtet sendte innklagede følgende e-post til valgte leverandør:

«I etterkant av møte har vi kommet frem til at det er hensiktsmessig at Norled tar kontakt med Sjøfartsdirektoratet for å få en bekreftelse på forholdene til MES rommet dersom døren ble stengt.

I deres svar på punkt 6 har dere svart ut at dette er dør til trapp for mannskap. Vi ber om at Norled oppgir deres mål på passasjen ved det som er markert som MES. Selve døren fra salongen er 100 cm, men i likhet med på andre siden er det en slags passasje/gang frem til MES. Dersom det er riktig forstått at denne er under kravet i kontrakten, vil vel spørsmålet om avstengning også bli aktuelt på den siden?

Dersom dørene må åpnes i en nødsituasjon, og da vil utgjøre en primær kommunikasjonsvei (eller adgang til passasjerfasiliteter), kan det problematiseres om kontraktens krav vil være fullt ut oppfylt. Spørsmålet som må stilles til Sjøfartsdirektoratet er derfor om fartøyet vil oppfylle de offentligrettslige kravene dersom disse dørene/passasjene «tenkes vekk». Altså at dem blokkeres i sin helhet og aldri skal benyttes.

Videre skal dere be om at Sjøfartsdirektoratet også bekrefter at fartøyet oppfyller de offentligrettslige kravene selv om toalettet i punkt 1 avstenges.»

- (37) Valgte leverandør besvarte dette 8. juli 2021. Til det første avsnittet svarte valgte leverandør at «Vi har vurdert dette på nytt. Dør(området) er målt og sjekket i dag, og det er fullt mulig å utvide til 1 meter. Arbeidet med utbedring vil starte umiddelbart.»
- (38) Til det andre avsnittet svarte valgte leverandør at «Vårt poeng er at dør inn til evakueringsstasjon på både BB og SB tilfredsstiller krav på 1 meter lysåpning. Området/passasje målt til 90 cm er ikke en gang. Dette er et område tilknyttet evakueringsystemet.»
- (39) Til det tredje avsnittet svarte valgte leverandør at «Jfr. over, vi velger å utvide til 1 meter».
- (40) Til det fjerde avsnittet svarte valgte leverandør at «Vi har ikke kontaktet Sjøfartsdirektoratet, men viser til Forskrift om beregning av passasjerantall og om passasjerbekvemmeligheter § 26 Klosetter.»

- (41) I e-post av 24. august 2021 skrev innklagede til valgte leverandør at «Før ferien fikk vi nyttig bistand fra dere til avklaring av faktum, men for ordens skyld ber vi om en nærmere redegjørelse for (...) Hva er en innvendig gangsone (hvilken definisjon legger Norled til grunn)? 2) Hvilke innvendige gangsoner har MF Høgsfjord? 3) Hvilke mål har gangsonene som angitt i punkt 2 (Bredde på selve gangsonene og bredde på dører i gangsone)? (...)

Har dere ved målingen lagt til grunn at det skal være minst 2,45 meter bredt der biler kan parkeres? Vil det i så fall si at denne biloppstillingsplassen i dag har en bredde på 2,43 meter? Vi ber også om en nærmere beskrivelse av hvordan dette tenkes utbedret.

Torghatten viser også til at dette feltet er «merket med parkering forbudt på fartøyet som sådan». Vi ber også om Norleds kommentar til dette.»

- (42) Valgte leverandør svarte 26. august 2021 at:

«En forenklet definisjon på gangsone er et område på et fartøy hvor f. eks passasjerer skal gå fra A til B. MF Høgsfjord har utvendig gangsone (ikke innvendig) som tilfredsstiller kontraktens krav til universell utforming i bilag 2.2.

Det er f.eks innvendige gangsoner i salong mellom sittegrupper og klappseter som tilfredsstiller krav i kontrakt (1,2 m). Men for å tilfredsstille kontraktens krav til universell utforming i bilag 2.2. til primær kommunikasjonsvei fra fallem til fallem gjennom fartøyet så har MF Høgsfjord en utvendig gangsone. Passasjerer har da tilgang til salong, toalett og evakueringsstasjon fra den primære kommunikasjonsveien på 1,2 m og med dører på 1 m. Utvendig gangsone er markert på vedlagte GA-tegning.

Det er lagt til grunn 2,45 m, og måling viste 2,43 m. Norled skal modifisere rekkverket i september under verkstedoppholdet. Dette er kommunisert til TFFK tidligere.

Dette vil bli malt over under kommende verkstedopphold jfr sist møte med TFFK.»

- (43) Innklagede besvarte klagers søksmålsvarsel og avviste klagers varslede erstatningskrav ved brev av 31. august 2021.
- (44) Fartøyet MF Høgsfjord var på verksted fra 6.-23. september 2021. Under verkstedoppholdet ble skiltet merket med «parkering forbudt» malt over, og en dør som ikke oppfylte kontraktens krav til 1 meter lysåpning ble skiftet ut.
- (45) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. mars 2022.
- (46) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. september 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (47) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å foreta vesentlige endringer i kontrakten gjennom å unnlate å håndheve valgte leverandørs mislighold. Innklagede har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt ved gjennomføringen av den ulovlige direkte anskaffelsen. Klagenemnda bør derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven §

12. Gebyrets størrelse bør fastsettes i lys av at innklagede har begått et alvorlig brudd på regelverket.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (48) Prinsipalt anføres det at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, fordi den beror på bevisspørsmål som vanskelig kan bli tilstrekkelig opplyst gjennom skriftlig saksbehandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (49) Subsidiært anføres det at håndhevelsen av kontrakten med valgte leverandør ikke har vært mangelfull, og det foreligger ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (50) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. § 13a andre ledd.
- (51) Rammeavtalen gjelder kjøp av fergedrift som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble ikke oppgitt i anskaffelsesdokumentene, men valgte leverandør innga et tilbud på 949 876 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (52) Innklagede har anført at saken må avvises som uhensiktsmessig for behandling fordi den beror på bevisspørsmål som vanskelig kan bli tilstrekkelig opplyst gjennom skriftlig saksbehandling. Klagenemnda er ikke enig i det og har funnet saken tilstrekkelig opplyst for behandling av nemnda.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (53) Klagenemnda skal vurdere hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (54) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlig anskaffelser § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket. For at endringer i kontrakten skal likestilles med at det er inngått en ny kontrakt, må de være vesentlige, jf. forskriften §§ 28-1 og 28-2.
- (55) Det første spørsmålet for klagenemnda er om kontrakten er vesentlig endret ved at innklagede har akseptert utskiftning av overgangsfartøyet MF Folgefonn med MF Hardingen.
- (56) I valgte leverandørs tilbud var det opplyst at de to fergestrekningene skulle betjenes med seks ulike fartøy, hvorav to av disse var permanente reservefartøy. De fire øvrige fartøyene, MF Folgefonn, MF Folkestad, MF Høgsfjord og MF Ibestad, var tilbudt inn i sambandet på ulike tidspunkt, slik konkurransegrunnlaget åpnet for.
- (57) Strekningen Svendsby-Breivikseidet skulle opereres med MF Folgefonn som overgangsfartøy frem til siste del av 2021, før MF Folkestad deretter skulle settes inn som

permanent fartøy. Strekningen Lyngseidet-Olderdalen skulle opereres med fartøyet MF Høgsfjord som overgangsfartøy frem til og med første halvdel av 2022. Deretter skulle MF Ibestad benyttes som permanent fartøy.

- (58) I juni 2020 opplyste valgte leverandør at det som følge av covid-19-pandemien oppsto byggeproblemer på verftene i Singapore, som medførte utsatt leveringstid for flere av deres fartøy under ombygging. Valgte leverandør varslet derfor endringer sammenlignet med fremdriftsplanen i tilbudet. Endringene besto for det første av at MF Hardingen ville erstatte MF Folgefonn som overgangsfartøy frem til MF Folkestad var ferdig ombygget for elektrisk drift i april 2021. For det andre ville MF Høgsfjord, som allerede var tilbudt som overgangsfartøy for MF Ibestad, måtte benyttes i en lenger periode, frem til MF Ibestad ankom sambandet i 2023. Slik nemnda forstår klager, er det ikke anført at det var i strid med regelverket å akseptere en slik utvidet bruk av MF Høgsfjord.
- (59) Når det gjelder MF Hardingen, er det ikke bestridt at fergen har hengedekk, og at fartøyet dermed ikke oppfyller konkurransens krav. Innklagede aksepterte likevel at MF Hardingen ble benyttet som overgangsfartøy. Fartøyet ble akseptert under forutsetning av at hengedekket var fast i nedre posisjon, noe som medførte en redusert passasjerkapasitet på fem PBE (personbilenheter) i hver ende, også dette i strid med kontraktens krav. Det ble i tillegg gitt dispensasjon fra kontraktens krav til gjennomkjøringshøyde og universell utforming. Dispensasjonen ble gitt fra kontraktens oppstart 1. januar 2021 og frem til og med april 2021. Dette ble senere utvidet til 15. juni 2021.
- (60) Det er dermed klart at innklagede ved å akseptere at MF Hardingen gikk inn på strekningen istedenfor MF Folgefonn, har endret kontrakten.
- (61) Spørsmålet for klagenemnda er dermed om endringen er lovlig.
- (62) Etter forskriften § 28-1 bokstav d er endringer lovlige dersom de *«er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse»*. Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret, og prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.
- (63) Konkurransen hadde tilbudsfrist 14. februar 2020, og oppstart 1. januar 2021. Kontrakt ble tildelt 24. mars 2020, og signert i april 2020. Klagenemnda legger til grunn at de leveringsproblemene som oppsto i forbindelse med vedvarende nedstengninger på grunn av covid-19-pandemien, ikke var noe en aktsom oppdragsgiver kunne forutse da kontrakten ble inngått. Det er også klart at behovet for å skifte ut MF Folgefonn oppsto på grunn av pandemien. Endringen var dermed nødvendig på grunn av omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse.
- (64) Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt utskiftningen endrer avtalens overordnede karakter, viser nemnda til at det er snakk om en midlertidig dispensasjon fra kontraktskravene som bare gjaldt for overgangsfartøyet. Dispensasjonen var også begrenset i tid, med en varighet på omtrent seks måneder av en driftskontrakt med varighet på inntil 13 år. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at bruken av MF Hardingen ikke har endret avtalens overordnede karakter.
- (65) Utskiftningen av MF Folgefonn med MF Hardingen, og tilhørende dispensasjon fra kontraktens krav, var dermed en tillatt endring etter forskriften § 28-1 bokstav d.

- (66) Klager har videre anført at kontrakten er vesentlig endret ved at flere av valgte leverandørs fartøy ikke oppfyller konkurransens krav, og at innklagedes manglende håndhevelse av dette må likestilles med en vesentlig endring av kontrakten. Innklagede anfører på sin side at fartøyene oppfyller kontraktskravene, og kontraktsoppfølgingen er og har vært forsvarlig.
- (67) Mangelfull håndhevelse av kontrakten kan etter omstendighetene anses som en vesentlig endring av kontrakten, se klagenemndas avgjørelser i sakene 2015/27 avsnitt 29 og 2018/11 avsnitt 32. For at en leverandørs mislighold av kontrakten skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, forutsetter det imidlertid at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten har vært mangelfull, og at dette må kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/344 avsnitt 34.
- (68) Når det gjelder anførselen om at MF Folkestad ikke oppfyller kravet til fri gjennomkjøringshøyde, som skulle være 2,5 meter, har innklagede forklart at det ved kontrollmåling er bekreftet at gjennomkjøringshøyden er 2,5 meter. Klagenemnda legger dette til grunn. Det foreligger dermed ikke et avvik fra dette kravet.
- (69) Klager har videre anført at det er uklart om MF Ibestad etter ombygging vil oppfylle kravene til PBE og VTE (vogntogenheter). Klager har vist til at GA-tegningen for MF Ibestad viser at fartøyet har kapasitet til 74 personbiler og åtte vogntog.
- (70) MF Ibestad er ikke i drift i sambandet ennå, men har planlagt oppstart i 2023. Eventuelle avvik ved fartøyet har dermed ikke på nåværende tidspunkt medført at kontrakten er misligholdt. Forholdet klager viser til er uansett fulgt opp av innklagede, og valgte leverandør dokumenterte i juni 2021 at fartøyet vil ha PBE-kapasitet på 75. Det foreligger dermed ikke noe avvik fra kravet til PBE-kapasitet.
- (71) Klager har videre anført at valgte leverandør har misligholdt avtalen fordi fartøyet MF Høgsfjord ikke oppfyller krav til universell utforming punkt 1.6 om «*Fri bredde (lysåpning)*» dvs. 1,2 meter. Dette gjelder ifølge klager både for de innvendige gangsonene på babord og styrbord side, åpningene til toalettene, trappen på babord side mellom sidehusdekkene og atkomsten til passasjerfasiliteter.
- (72) Slik klagenemnda forstår kravet om fri bredde, gjelder det for areal som utgjør primære kommunikasjonsveier eller atkomstvei til passasjerfasiliteter. Innklagede har forklart at det ikke finnes trapper for passasjerer på MF Høgsfjord, da trappene i fartøyet kun er for mannskap. Smalere bredde på trapper for mannskap utgjør ikke et avvik fra kravet om fri bredde.
- (73) Klagers øvrige innsigelser knyttet til kravet om fri bredde, synes til dels å bygge på informasjon fra en gammel GA-tegning. Åpningene er i ettertid kontrollmålt av innklagede, og i den grad det ble avdekket avvik, er dette fulgt opp med valgte leverandør. Klagenemnda viser i den forbindelse til at det på befaring ble avdekket at kravet om fri bredde ikke var oppfylt for en av dørene om bord, og at denne døren deretter ble skiftet ut. Det vises også til at valgte leverandør bekreftet at inngangen til et av toalettrommene var 70 cm., og at dette toalettrommet nå er stengt for publikum.
- (74) Når det gjelder dørene inn til båsene på toalettene, har innklagede etter avklaringer med representanter fra Statens vegvesen og Kollektivtransportforeningen konkludert med at krav om fri bredde ikke gjelder inn til avlukker på ordinære passasjertoalett.

- (75) Nemnda er imidlertid ut fra de tegningene nemnda er forelagt, usikker på om kravet til 1,2 meter er oppfylt for atkomsten til salongen på babord side. Dette er særskilt påpekt av klager, men er ikke kommentert av innklagede. Det er derfor uklart for nemnda om det foreligger avvik fra breddekravet der, som må følges opp av innklagede. Klagenemnda kan imidlertid uansett ikke se at et slikt eventuelt avvik innebærer en vesentlig endring av kontrakten.
- (76) Klager har videre anført at innklagede har akseptert avvik fra krav til PBE-kapasitet på fartøyet MF Høgsfjord.
- (77) Klager har vist til at en av personbilenhetene som er tegnet inn i stuasjeplanen er plassert på et felt som er markert med «*parkering forbudt*» i fartøyet. Innklagede har fulgt opp forholdet med valgte leverandør, som har bekreftet at området kan benyttes for kjøretøy, og at merkingen av feltet vil bli malt over. Det foreligger dermed ikke et avvik.
- (78) Klager har i tillegg anført at utbedringer av avvik fra krav til universell utforming vil umuliggjøre oppfyllelse av andre krav, herunder krav til PBE-kapasitet. Klagers anførsler synes på dette punktet å bygge på en antakelse om at utbedring av avvik fra krav til universell utforming må skje gjennom mer omfattende ombygging enn det innklagede har akseptert i sin kontraktsoppfølging, se avsnittene 72-73 over. Innklagede har for øvrig redegjort for at det ved gjennomføring av kontrollmåling i juni 2021 ble avdekket et avvik på 2 cm fra kravet til PBE-kapasitet, men at dette ble utbedret da fartøyet var på verksted fra 6.-23. september 2021.
- (79) Klager kan dermed ikke høres med at innklagede har akseptert mislighold av kontrakten gjennom mangelfull håndhevelse. Klagers anførsel om at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse har dermed ikke ført frem.

Konklusjon:

Troms og Finnmark Fylkeskommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk