



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Vedlegg	1	av:	1
Sak:	2003/149-99		

Klagenemndas avgjørelse 14. august 2003 i sak 2003/149

Klager: Norgesbuss Østfold AS

Innklaget: Østfold Kollektivtrafikk (ØKT)

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Svein Dahl.

Saken gjelder:

Kontrakt om persontransport i rute. Forholdet mellom regelverk for offentlige anskaffelser og regelverk for konsesjonstildeling (lov om yrkestransport 21.6.2002 nr 45). Spørsmål om anvendelse av forsyningsforskrift 16.12.1994 nr 1110 eller forskrift om offentlige anskaffelser 15.6.2001. Saksbehandling og krav til begrunnelse. Forbehold i anbud. Sammenligningsgrunnlag for valg av tilbud basert på økonomisk mest fordelaktig tilbud med spesifiserte tildelingskriterier ved tilnærmet like priser. Likhetsprinsipp og forutberegnelighet.

Bakgrunn:

Østfold kollektivtrafikk (heretter kalt ØKT eller "innklagde") er en fylkeskommunal virksomhet innenfor Østfold fylkeskommune med ansvar for blant annet kollektivtrafikk, skolebarntransport, syketransport. Virksomheten har 19 ansatte og har en omsetning på ca 200 mill pr år.

Innklagde kunngjorde 27.2.2003 en åpen anbudskonkurranse vedrørende lokale bussruter for 4-årsperioden 1.1.2004 - 31.12.2008.

Konkurransen omfattet tre ruteområder:

Ruteområde 1: Halden-regionen

Ruteområde 2: Mosse-regionen

Ruteområde 3: Askim-området (indre Østfold)

Konkurransen ble utlyst med to rutealternativer pr. ruteområde. Rutealternativ 1 er i hovedsak dagens ruteopplegg uten endringer eller justeringer. Rutealternativ 2 er et ruteopplegg utarbeidet av innklagde og som atskiller seg på visse punkter fra alternativ 1, dvs byrutene i Moss og Halden er koblet sammen til pendelruter, men hvor det samtidig er foretatt kutt i tilbudet på en del ruter. Dette alternativ er utarbeidet med utgangspunkt i ØKTs vurdering av markedet og eksisterende tilbud på strekningen.

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

Leverandørene ble i konkurransegrunnlaget anmodet om å gi pris på ruteområdene enkeltvis, men kunne i tillegg gi pris på kombinasjoner av ruteområder. Leverandørene kunne gi pris på begge rutealternativer, men det ble i tillegg åpnet for å foreslå

” alternative rutetilbud som kan gi mer effektive opplegg eller høyere frekvens (rutealternativ 3 i svarskjema). Kapasiteten morgen og ettermiddag bør minst være på nivå med det beskrevne.”

I tillegg inngikk særskilte "Skoleruter" der anbyderne ble anmodet om å fremkomme med tilbud på spesifisert skoleskyss alternativt med eller uten bruk av ståplasser. Dette er ikke en del av saken og omtales ikke nærmere.

I anbudsgrunnlaget var det presisert hvilken arbeidsdeling som skulle gjelde mellom oppdragsgiver og utøver. Utøver skulle hovedsakelig stå for trafikk- og driftsledelse samt billettsalg, mens oppdragsgiver i hovedsak skulle stå for det øvrige så som ruteplanlegging, inntektsansvar, takster og rabattordninger, bussterminaler og knutepunkt, holdeplasser og leskur o.a.

I eget punkt vedrørende "Betaling og regulering" fremgikk at innklagde skulle ha inntekter på billetter og skoleskyss samt reklameinntekter, godsinntekter, mens utøver skulle godtgjøres i henhold til tilbudt pris, dog med tillegg av "incitament" om rett til 10 % av inntekter på solgte billetter og kort. I tillegg var fastsatt egne regler om endret produksjonsomfang samt kompensasjon for pris- og kostnadsstigning.

Kriterier for valg av tilbud:

Det ble lagt til grunn at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Pris var hovedkriterium. Dersom prisforskjellen mellom laveste og nest laveste tilbud var mindre enn 5 %, ville følgende tilleggskriterier vurderes (i prioritert rekkefølge):

1. Ruteplan med høyere frekvens og/eller utvidet driftsperiode
2. Nyere busser enn minstekravet ved trafikkstart
3. Kompetanse og erfaring vedrørende drift av rutetransport"

Innlevering av tilbud

Det kom inn tre tilbud, herunder fra klager. Klager utarbeidet alternative ruteforslag for ruteområdene 2 og 3. De alternative ruteforslagene bygde på innklagdes rutealternativ 2, men hadde i tillegg flere avganger. De alternative ruteoppleggene er benevnt som rutealternativ 3.

Feil i anbudsgrunnlaget – korreksjonsrunde

Etter anbudsåpning påpekte klager feil i anbudsgrunnlaget med hensyn til angivelse av antall kilometer for de ulike rutene. Feilen besto i at antall rutekilometer, dvs. antall kilometer som bussene kjører når de er i rute, i konkurransegrunnlaget var nærmere 15 % for høyt. Dette vil påvirke prisen pr. rutekilometer, da kostnadene ved bussdrift består av kostnader som dels er kilometeravhengige, dels tidsavhengige og dels relatert til antall busser og faste kostnader (som for eksempel administrasjon og anlegg).

I tillegg til rutekilometer må bussene også kjøre en del "tomkilometer" pga. posisjonskjøring, vedlikehold, opplæring av sjåfører mv. Forholdet mellom kjørte "tomkilometre" og antall rutekilometre vil derfor også kunne påvirke prisen pr. rutekilometer.

Innklagde bestemte seg etter dette for å sende ut et korrigert konkurransegrunnlag med ny angivelse av rutekilometer, og ba de tre tilbyderne om gi en korreksjonspris pr. rutekilometer for differansen i rutekilometer mellom opprinnelig konkurransegrunnlag og korrigert konkurransegrunnlag. Leverandøren ble stilt fritt i å beregne egen korreksjonspris. Ny pris pr. rutekilometer ville bli beregnet av innklagde på basis av de opprinnelige tilbud og oppgitte korreksjonspris. Det korrigerte konkurransegrunnlaget gjaldt rutealternativ 2 for ruteområdene 1 og 2, og rutealternativ 1 og 2 i ruteområde 3.

Evaluering og innstilling

Innklagdes preferanser i innstillingen for tildeling pr 19.6.03 var som følger:

Ruteområde 1 – alternativ 2 med M O Schøyen Bilcentraler AS som den foretrukne anbyder

Ruteområde 2 - alternativ 2, også med Schøyen som den foretrukne anbyder

Ruteområde 3 – alternativ 1 (dagens ruteopplegg med klager) med klager som den foretrukne anbyder.

Begrunnelsen består i en henvisning til at grunnlaget for valget er det økonomisk mest fordelaktige resultat for oppdragsgiver. Siden differansen mellom laveste og nest laveste anbyder var mindre enn 5 % "...er derfor andre evalueringskriterier lagt til grunn i tillegg til pris"

uten at dette ble nærmere utdypet.

Det ble ved samme anledning orientert om klageordninger, og i den forbindelse varslet om at eventuelle bemerkninger eller innsigelser ved valg av utøver kunne fremsettes innen 10 dager fra offentliggjøring av valget. Samtidig ble det varslet om at det var muligheter for å få i stand et møte for en nærmere presentasjon av grunnlaget for innstillingen.

Innklagde valgte for ruteområde 3 å benytte ruteralternativ 1 (dagens ruteopplegg). Klager hadde ikke utarbeidet noe alternativt ruteopplegg basert på innklagdes rutealternativ 1.

For ruteområde 2 hadde klager fremmet et alternativt ruteopplegg til det alternativ som var beskrevet i anbudsdokumentasjonen. Dette (heretter omtalt som rutealternativ 3) ville innebære at klager ga et bedre tilbud på en bestemt rute 100 (Moss-Fredrikstad-Halden) uten ekstra kostnad for innklagde. Klagerens rutealternativ 3 har 27.200 flere rutekilometer enn innklagdes rutealternativ 2. Da totalprisen pr. år er den samme, får klagers rutealternativ dermed en lavere pris pr. rutekilometer.

Partenes anførsler

Klagers anførsler

1. Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

Klager anfører at lov om offentlige anskaffelser med forskrift om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Det er ikke tale om noen tjenestekonsesjon, da leverandørene ikke har vesentlig risiko forbundet med gjennomføringen av kontrakten. Hvis ikke reglene om tjenesteytelser skal brukes, er det forsyningsforskriften som i tilfelle kommer til anvendelse.

2. Begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud

Klager har ikke fått rettmessig begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud.

3. Tilbudt pris

Innklagde har ikke lagt til grunn en korrekt beregning av tilbudt pris i klagers tilbud. Klagers tilbud basert på rutealternativ 3 har en pris på kr. 23,63 pr. rutekilometer, ikke kr. 23,80 slik det er lagt til grunn for beslutning om valg av tilbud.

Dette er basert på at innklagde pliktet å legge til grunn rutealternativ 3 for ruteområde 1 og 2. Samtlige tilleggsavganger som ble tilbudt i rutealternativ 3 kjøres i dag og har vel 15.000 reisende pr. dag. Transporttilbudet de reisende henvises til er ikke tilfredsstillende. Videre er tilleggavgangene etterspurt i rutealternativ 1. Det er riktig at avgangen Fredrikstad og Halden kl. 18.00 i innklagdes rutealternativ 2 ikke er tatt med i rutealternativ 3. Denne avgangen kjøres imidlertid ikke i dag, og er ikke etterspurt. Rutedøgnet er ikke redusert, idet avgangen kjøres på en annen strekning, men på tilsvarende tid av døgnet. Det kjøres tog på strekningen med ankomsttid som avviker 4 minutter fra den aktuelle bussavgangen. Det finnes således alternativt tilbud for denne avgangen.

4. Tilleggskriteriene

Klager burde vært rangert høyere enn klager i forhold til tilleggskriteriene. Klager er den eneste som har utarbeidet en ruteplan med høyere frekvens og/eller driftsperiode. Klager har nyere busser enn minstekravene. Videre har klager bred kompetanse og erfaring vedrørende drift av rutetransport generelt. Klager utfører rutetransporten i dag, og har derfor en organisasjon tilpasset denne. Klagers medarbeidere har stor lokalkunnskap, kjennskap til ruteområdene, skolebarnas behov m.v.

Også dersom rutealternativ 3 legges til grunn, burde tilleggskriterium 3 tilsi at klager fikk beholde alle ruteområdene.

5. Forbehold i tilbudet

Innklagde har tillagt klagers tilbud på rutealternativ 3 et forbehold som klager ikke har tatt. Dette kommer frem under et møte den 1.7.2003. Forbeholdet er lagt til grunn ved valg av tilbud.

6. Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

De endringer som har vært gjort gjennom prosessen innebærer et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet. Usikkerhet med hensyn til produksjonsvolum og sammenhengen mellom de ulike ruteområdene har gjort det vanskelig å forutse utfallet av prisingen.

Innklagdes anførsler

1. Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

Konkurransen er avholdt etter yrkestransportloven som var trådt i kraft pr 1.7.2003 på den tid da konkurransen ble avholdt (loven avløser den tidligere samferdselsloven av 1976. Samme forhold kan ikke reguleres både av yrkestransportloven og lov om offentlige anskaffelser. Anskaffelsen gjelder videre en konsesjonskontrakt, og omfattes verken av forskrift om offentlige anskaffelser eller av forsyningsforskriften.

Subsidiært vil forsyningsforskriften få anvendelse, ikke forskrift om offentlige anskaffelser. Konkurransen skjer i forbindelse med innklagdes drift av rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester for det rutenett som tilbys, og innklagde har betydelige oppgaver knyttet til de tjenester som tilbys de reisende.

2. Begrunnelse for valg av tilbud og opplysninger om de innkomne tilbud

Klager har gjennom hele konkurransen fått relevante opplysninger vedrørende de innkomne tilbud og begrunnelse for beslutning om tildeling av kontrakt. Dette har skjedd både gjennom brev og ved avholdt møte.

3. Tilbudt pris

Den valgte leverandøren hadde laveste pris for ruteområde 1 og 2. Dette er ikke bestridt om man holder ruteområde 2, rutealternativ 3 utenfor. Beslutningen om å legge avgjørende vekt på pris er innkjøpsfaglig forsvarlig, selv om prisforskjellen ikke var stor.

Beslutningen om å se bort fra klagers rutealternativ 3 er basert på et innkjøpsfaglig skjønn som ikke kan overprøves. De foreslåtte endringene for rutealternativ 3 gjelder ruter som kjøres under dagens kontrakt, men som innklagde i forbindelse med konkurransen ikke fant grunnlag for å opprettholde. Innklagde har lagt til grunn at "behovet for å kjøre rutene var lite og at det fantes alternative transporttilbud for de reisende som var vurdert som tilfredsstillende". I tillegg innebar den alternative løsningen at én av de avganger innklagde ønsket kjørt i den nye kontraktsperioden ble kuttet ut. Dette gjaldt en siste avgang og innebar at "rutedøgnet" på ruten ble redusert. For denne avgangen foreligger heller ikke noe alternativt tilbud.

Det eksisterer alternative reisemåter på strekningene som omfattes av alternativ 3. Disse er vurdert som tilfredsstillende. Dette er årsaken til at man ved et bevisst valg har tatt avgangene ut av rutealternativ 3. Dette i motsetning til alternativ 1 (dagens tilbud). Det finnes togtilbud på den aktuelle strekningen fra Fredrikstad til Halden kl. 1800. Togtilbudet er ikke vurdert som et reelt alternativ til lokale bussruter på noen av strekningene i konkurransegrunnlaget. Årsaken er at togtilbudet med dagens stoppmønster ikke omfatter mellomliggende stasjoner/holdeplasser. Passasjerene kan dessuten ikke benytte innklagdes pris- og rabattordninger.

Det er ikke prisforskjellen for alle tre ruteområdene som skal legges til grunn ved vurderingen. Dette ville i så fall ført til at prisforskjellen bare var ca. kr. 100.000,- i kontraktsperioden. Dette er feil så lenge innklagde samlet sett kunne komme billigere ut ved å vurdere ruteområde 3 atskilt fra ruteområde 1 og 2. Uansett beregningsmåte ville klagers tilbud vært dyrest i pris.

Innklagde anfører videre at det ved vurderingen av tilbudene skal tas hensyn til de merinntekter den alternative løsningen ville gi, samt besparelser ved skifte av leverandør. Tildelingskriterier er imidlertid pris, ikke totale kostnader. Det er således ikke adgang til å legge vekt på mulige merinntekter eller merkostnader.

4. Tilleggsriteriene

Tilbudene er vurdert i forhold til alle fire tildelingskriteriene, men klager og Schøyen ble vurdert som jevnbyrdige i forhold til erfaring og alder på bussene. Den kunnskap og erfaring klager har opparbeidet seg gjennom dagens kontrakt er ikke av en slik karakter at klager bør vurderes som sterkere i forhold til kompetanse og erfaring.

Tilleggsrutene i klagers alternativ 3 tilbud var av svært liten, om noen, interesse. Dette var grunnen til at disse rutene ble tatt ut av ruteplanen under utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud var således heller ikke bedre i forhold til ruteplan.

Innklagde bestrider ikke klagerens passasjertall, men mener at det eksisterer alternative reisemåter på vedkommende strekninger, tilbud som innklagde har vurdert som tilfresstillende.

Klager har fremholdt at det finnes togtilbud på relevante strekninger. Slike tilbud er ikke vurdert som reelt alternativ til lokale bussruter på noen av strekningene i anbudsgrunnlaget. Med dagens stoppmønster omfatter togtilbudene ikke mellomliggende stasjoner/holdeplasser. Togpassasjerene kan dessuten ikke benytte ØKTs pris- og rabattordninger.

Innklagde har foretatt en saklig vurdering av klagers alternative tilbud for ruteområde 2. Klageren ville "rutesette" enkelte strekninger og avganger der innklagde ellers ville måtte kjøre bussene som tomme returer. Dette er ruter som innklagde ikke fant grunn til å opprettholde. I tillegg innebar den alternative løsningen at én av de avganger klager ønsket kjørt i den nye kontraktsperioden ble kuttet ut. Dette var en siste avgang, slik at rutedøgnet på ruten ble redusert. For denne avgangen foreligger det heller ikke noe alternativt tilbud.

5. Forbehold i tilbudet

Innklagde fremholder at rutene og avgangene i den alternative løsningen kunne endres av innklagde, dvs. at kilometerne kunne "brukes" på andre strekninger og tider, eventuelt oppnå en reduksjon i vederlaget. Innklagde bestrider at denne forståelsen kan utledes av tilbudet, og at tilbudet i så fall uansett må anses for uklart. Innklagde må legge til grunn det alternativ som er minst gunstig for innklagde eller avvise tilbudet med hensyn til den alternative løsningen. Innklagde valgte første alternativ, men fant da ikke det alternative tilbudet interessant.

Subsidiært må det anses feil å ta hensyn til det alternative tilbudet ved beregning av gjennomsnittlig kilometerpris. Det riktige ville i så fall vært å ta hensyn til dette ved vurderingen av tilleggskriteriet for ruteplan.

6. Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

Klager er den leverandøren som tjente på muligheten til å gi korreksjonspris. Dersom de opprinnelige tilbudene hadde blitt lagt til grunn ville innklagde ikke blitt valgt for ruteområdene 1 og 2, idet prisene tilbudt av klager var vesentlig høyere, og at den korreksjonspris innklagde tilbød i sitt opprinnelige tilbud ville forverret klagers posisjon ytterligere.

Klagenemndas vurdering:

1. Klageinteresse m.v.

Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Saken er meget omfattende og dokumentasjonen spenner over flere hundre sider, der en vesentlig del gjelder innkjøpsfaglige spørsmål som partene strides om. Klagenemnda har derfor vurdert om saken egner seg for den behandlingsform som gjelder for nemndas arbeid, jfr forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Nemnda er etter en viss tvil kommet til at saken kan behandles.

2. Klagenemndas kompetanse. Hvorvidt lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse
Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser med forskrifter gjelder for tildeling av kontrakter, herunder kontrakter om persontransport i og utenfor rute. Lov 21.6.2002 nr. 45 om

yrkestransport med motorvogn og fartøy med forskrifter gjelder for konkurranser om tildeling av løyve for persontransport med motorvogn.

Innklagdes anførsel går ut på at fakultativ anbudsbehandling for løyve etter yrkestransportlovens § 8 (tidligere samferdselsloven) ligger utenfor Klagenemndas kompetanse fordi det ikke gjelder tildeling av *kontrakt*. Klagenemnda er ikke enig i det.

Konkurransen om rutene i Østfold fylke har et dobbelt preg. Løyve etter yrkestransportloven er en forutsetning for å drive personbefordring i området, jf. lovens § 6. Hvis konsesjonsmyndigheten (fylket, jf. lovens § 12) organiserer transportvirksomheten ved tildeling til private aktører som tillates å operere i henhold til gitte konsesjonsvilkår, gjelder det ikke tildeling av kontrakt og regelverket om offentlige anskaffelser vil ikke komme til anvendelse. "Torghatten"-dommen Rt. 2002 s 173 gir en illustrasjon til dette: Saken gjaldt tildeling av konsesjon med offentlig tilskudd og lå dermed under dagjeldende samferdselslov.

I vårt tilfelle står fylkeskommunen *selv* for transportvirksomheten med tjenester innkjøpt ved anbud. Et eget foretak ØKT er opprettet for formålet, og det fremgår klart av anbudsgrunnlaget at ØKT skal stå for en vesentlig del av driften. Den foretrukne leverandør skal utføre tjenestene til fastsatt pris i anbudet (dog med tillegg av en bonus som incitament) og skal ellers ha ansvar for trafikk- og driftsledelse samt billettsalg. På dette punkt skiller denne saken seg fra Torghatten-dommen, idet den fulgte anbudsregler om konsesjonstildeling fastsatt i samferdselsloven.

EF-domstolens praksis trekker rett nok i retning av at såkalte "tjenestekonsesjoner" ikke omfattes av direktiv 92/50 (tjenstedirektivet) eller direktiv 93/38 (forsyningsdirektivet), jf. sak C-324/98 (Telaustria) og C-358/00 (Die Deutsche Bibliothek). De nærmere vilkårene for når en kontrakt kan anses for en "tjenestekonsesjon" er imidlertid ikke endelig avklart (jf dog utkastet til nytt felles direktiv for offentlige anskaffelser COM(2000)275, Rådets utkast 28.5.2002 Art 18a, jf. definisjon Art 1 (3a) om at direktivutkastet ikke skal gjelde for "...a contract of the same type as a public service contract except for the fact that the consideration for the provision of services consists either solely in the right to exploit the service or in this right together with payment.").

Nemnda forstår den foreliggende praksis dit hen at dersom det i tillegg til konsesjonstildeling er tale om et kontraktsbasert kjøp av tjenester fra privat sektor som anskaffelsesmyndigheten selv organiserer og bærer kommersiell risiko for, handler det om et tjenestekjøp og anbudsdirektivene vil gjelde. Klagenemnda viser til at det i saken er tale om en ordinær fast tilbudspris for tjenesten, og at kun 10 % av billettinntektene vil tilfalle leverandøren. Skulle man klassifisere rettsforholdet mellom utøver og innklagde ØKT, ville det være naturlig å beskrive dette som en samarbeidsavtale som består i at utøver med sin busspark og personell står som underleverandør og samarbeidspartner i forhold til ØKT ved etablering av det samlede transporttilbud til publikum. Kontrakten som forespeiles i konkurransegrunnlaget knesetter tradisjonelle bestanddeler i kontrakter, så som drifts-, funksjons- og utgiftsdeling, inntektsforhold og ansvar for ytelser som naturlig henhører under organisert busstrafikk for områdets publikum.

Konkurransen faller således inn under lov om offentlige anskaffelser.

3. Forskrift om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften

Forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser får ikke anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forskrift 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften). Dette gjelder imidlertid bare i den utstrekning anskaffelsen skjer som ledd i utøvelse av egen virksomhet som angitt i nevnte forskrift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (4).

Forsyningsforskriften kommer blant annet til anvendelse på virksomhet som utøves av oppdragsgiver som nevnt i forskriftens § 3 og som har til formål å "drive rutenett beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med transport med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss og kabel", jf. forskriftens § 4 (3). Det heter videre i bestemmelsens andre ledd at: "Når det gjelder transporttjenester, skal et nett antas å foreligge dersom driftsvilkårene for tjenesten er fastlagt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Driftsvilkår kan for eksempel være hvilke ruter som skal betjenes, hvor stor kapasiteten skal være og hvor ofte rutene skal betjenes".

Innklagde er en del av Østfold fylkeskommune, og er således en offentlig oppdragsgiver omfattet av regelverket. Utgangspunktet er etter klagenemndas oppfatning at en offentlig oppdragsgiver som ivaretar driften av et nett, og som i denne forbindelse vil inngå en kontrakt, omfattes av forsyningsforskriften.

Generaladvokatens uttalelse i sak C- 513/99 (Concordia Bus) synes riktignok å forutsette i at en mer fullstendig heldekkende egedrift på offentlig side er en forutsetning for at forsyningsforskriften kommer til anvendelse, jf. Generaladvokatens omtale i premiss 48 om drift ved hjelp av *eget personale og egne busser*. Dette punktet i Generaladvokatens uttalelse fikk imidlertid ikke tilslutning fra EF-domstolen, idet EF-domstolen valgte ikke å ta stilling til om det var forsyningsdirektivet eller tjenstedirektivet som kom til anvendelse. Saken gjaldt busstjenester i Helsingfors og har dermed sterke likhetstrekk med vårt tilfelle. Hvordan saken ville stilt seg dersom tjenesten skulle ytes av det offentlige med innleide busstjenester synes dermed ikke være stilt på spissen.

Klagenemnda konstaterer at ØKT ikke skal betjene rutene med egne busser og eget personale. Dette kunne tale for å følge Generaladvokatens argumentasjon i Concordia-saken. Allikevel mener nemnda at det mest naturlige er å se saken som en kontrahert "underleveranse" av tjenester, der den foretrukne tilbyder i en samarbeidsavtale skal levere sine ytelser til ØKT mot en fast pris. Klagenemnda mener dermed at forholdet følger forsyningsforskriften, noe som også er i best overensstemmelse med ordlyden i unntaksregelen i den norske anskaffelsesforskrift § 1-2 (4) som er sitert ovenfor.

Etter klagenemndas oppfatning er det i den foreliggende sak ikke tale om å overdra driften av et nett til tredjepart.

4. Terskelverdi

Etter det opplyste overstiger kontraktens omfang terskelverdiene for EØS-relevans uavhengig av om forsyningsforskriften eller forskrift om offentlige anskaffelser legges til grunn, jf. for forsyningsforskriftens del forskriftens § 12.

5. Innklagdes saksbehandling – korrigerte forutsetninger, begrunnelsesplikt og håndtering av innsigelser fra klager

Etter henvendelse fra klager vedrørende feil i produksjonsgrunnlaget foretok innklagde en korreksjon av saksunderlaget for anbudene. Dette skjedde ved en felles skrivelse til de tre

leverandørene som deltok i konkurransen i brev av 2.6.2003. Leverandørene fikk anledning til å korrigere sine priser ut fra korrigerte tall. Leverandørene ble behandlet på lik linje, og det er så vidt skjønnes ikke reist innvendinger mot denne fremgangsmåten. Når det ikke forhandles med leverandørene, og de behandles på lik linje i samsvar med likhetsprinsippet, jf. anskaffelseslovens § 5 første ledd, kan nemnda ikke se at det kan reises kritikk mot at man gjør nødvendige rettelser og justeringer dersom det viser seg at de faktiske forutsetninger for anbudsregningen ikke kan opprettholdes.

Innstillingen på valg av de to anbyderne Schøyen og klager skjedde i brevet av 19.6.2003. Anskaffelsesforskriftens § 10-3 (2) fastslår for sitt virkeområde at meddelelse om tildeling skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen. Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med det såkalte "Alcatel"-prinsippet om at forbigått anbyder skal ha muligheter for å påklage prosedyren før kontrakt blir tildelt, dvs. kunne anlegge søksmål eller begjære prosessen stanset ved midlertidig forføyning etter lovens §§ 7 og 8a.

Samme forskrift har i § 3-8 (4) regler om en mer utførlig begrunnelse, som en part har krav på etter anmodning innen 15 dager etter at slik anmodning er mottatt. Utgangspunktet er at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt først skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås, jf. forskriftens § 10-3 (1). Dersom leverandøren skriftlig anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse om hvorfor leverandørens tilbud ikke er valgt. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, jf. forskriftens § 3-8 (3).

Forsyningsforskriften er ikke helt sammenfallende med anskaffelsesforskriften på disse punkter, fordi håndhevelsesdirektiv Dir 92/13/EF Art 2 gir medlemsstatene og EFTA-statene (EØS) valget mellom en korreksjonsprosedyre og en prosedyre basert på erstatning og mulkt. Norge har valgt siste alternativ, og da slik at "Alcatel"-prinsippet blir uten anvendelse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd. Forsyningsforskriften har bare regler om begrunnelse etter anmodning.

Klager mottok en meddelelse om valg av tilbud datert 19.6.2003. I meddelelsen fremgikk det hvilke leverandører som var valgt, og de ulike leverandørenes pris på de aktuelle områdene. Videre ble det vist til at differansen mellom laveste og nest laveste tilbud var mindre enn 5 %, og at øvrige tildelingskriterier i henhold til konkurransegrunnlaget derfor ble lagt til grunn i tillegg til pris. Det fremgikk imidlertid ingen opplysninger om hvordan leverandørene ble vurdert på de øvrige tildelingskriteriene. I brev 26.6.2003 ba klager om en utfyllende begrunnelse for valg av tilbud. I svarbrev 27.6.2003 ble det vist til at meddelelsen datert 19.6.2003 om valg av tilbud henviste til at prisdifferansen var mindre enn 5 %, og at de øvrige tildelingskriteriene derfor ble lagt til grunn. Det ble samtidig invitert til et møte 1.7.2003, det vil si mindre enn 15 dager etter at klager skriftlig anmodet om det. I møtet ville det gis nærmere presentasjon av grunnlaget for innstillingen. Kontraktsundertegning var forutsatt å skje tidligst i uke 29, mens det ble indikert at møtet kunne avholdes i uke 26.

Verken forsyningsforskriftens § 42 eller anskaffelsesforskriftens § 3-8 (4) stiller krav om at den utvidede begrunnelsen for valg av tilbud skal skje skriftlig. Når det ble invitert til et møte hvor den nærmere begrunnelsen ble gitt, er dette derfor i samsvar med begrunnelseskravet uansett hvilket regelverk som legges til grunn, selv om klagenemnda allikevel vil bemerke at det av bevismessige grunner og med sikte på mulig senere tvist normalt bør legges opp til at

et så viktig moment som begrunnelse for tildeling fremkommer i skriftform. Dette gjør det enklere i ettertid å etterprøve hva som har vært den reelle begrunnelsen for valg av tilbud.

6. Alternativt tilbud

Klageren valgte å inngi et tilbud betegnet som "alternativ 3", som innklagde ikke fant attraktivt nok. Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver fritt må kunne velge å se bort fra slike forslag til løsninger, selv om det er åpnet opp for å inngi alternative tilbud i konkurransegrunnlaget. Det er dermed ikke gjort noen formell feil ved at klagers alternativ 3 tilbud ikke nådde opp.

7. Forbehold i tilbudet

Konkurransegrunnlagets punkt 9.3. ga innklagde mulighet til å tilpasse produksjonen til trafikkvolum og struktur innenfor til sammen +/- 2% av den samlede beregnede produksjonen som omfattes av den enkelte kontrakt.

I tilbudet fra klager fremgikk det at "Tanken bak vårt forslag er å unngå en del av de lange tomkjøringene som oppstår, og heller rutesette en del av kjøringen... Rute for rute foreslår vi følgende endringer på mandag-fredag".

Spørsmålet er om innklagde ville hatt anledning til å omfordele de ekstra rutekilometerne som ble tilbudt under rutealternativ 3 på andre strekninger av større interesse. Klagenemnda antar at oppdragsgiver som følge av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser ikke kunne tatt direkte kontakt med sikte på en avklaring av dette spørsmålet, jf. forutsetningsvis forsyningsforskriften § 17 nr 1, jf. § 1 nr 8a. Jf. også tilsvarende i anskaffelsesforskriftens § 9-1.

Forutsetningene som ble angitt i tilbudet, og den spesifikke angivelsen av hvilke ruter som ble tilbudt, ga ingen sikkerhet for at innklagde kunne benyttet seg av bestemmelsen i konkurransegrunnlagets punkt 9.3. til å senere omfordele disse rutekilometerne på andre strekninger. Det er da ikke grunnlag for innvendinger mot at innklagde la til grunn den løsning som var til ugunst for klager, nemlig at det ikke var noen slik adgang.

8. Tildelingskriterier og innklagdes faglige skjønn generelt.

Klageren anfekter den vurdering innklagde har gjort. Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagdes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling og riktig faktum. Nemnda foretar ikke en overprøving av innklagdes innkjøpsfaglige skjønn, men prøver om det er samsvar mellom de utlyste tildelingskriterier og den faktiske begrunnelse som er gitt i innstilling for tildeling. Er det angitt presise og etterprøvbare kriterier til utdypning av "økonomisk mest fordelaktige", kan nemnda etterprøve prisforskjeller, men ikke sammensatte vurderinger av hva oppdragsgiver anser seg best tjent med.

Idet prisdifferansen mellom Schøyen og klager på ruteområde 1 og 2 synes å være mindre enn 5 %, pliktet oppdragsgiver i henhold til konkurransegrunnlagets bestemmelser å vurdere tilbudene også opp mot tilleggskriteriene.

Tilleggskriterium 1, angitt som det viktigste, var "Ruteplan med høyere frekvens og/eller lengre driftsdøgn". Klagers rutealternativ 3 dekket ruteområde 2, og ga i tillegg flere rutekilometer uten ekstra kostnader. Ruteområde 3 dekket imidlertid ikke en avgang forutsatt av innklagde i rutealternativ 2. I hvilken grad det finnes alternative transportmidler, og i

hvilken grad det er ønskelig å opprettholde de rutestrekninger som ble tatt inn i rutealternativ 3 ligger innenfor innklagdes innkjøps- og transportfaglig skjønn. Klagenemnda har ikke grunn til å underkjenne innklagdes beslutning om å legge til grunn rutealternativ 2, istedenfor klagers rutealternativ 3. Det ligger derfor innenfor innklagdes innkjøpsfaglige skjønn å se bort fra rutealternativ 3 i sin helhet. Det var med denne forutsetningen heller ikke feil av innklagde å se bort fra de tilleggsavganger som ble tilbudt under rutealternativ 3 ved sammenligningen av tilbudene.

Tilleggs Kriterium 2 "Nyere busser enn minstekrav ved trafikkstart" er ikke omstridt.

Tilleggs Kriterium 3, "Leverandørens erfaring og kompetanse", ble etter det opplyst anvendt uten forskjell mellom Schøyen og klager, i det begge leverandører hadde generell erfaring og kompetanse. Det var etter klagenemndas oppfatning korrekt å se bort fra den ekstra erfaring klager måtte ha fått som følge av å ha kjørt rutene frem til nå.

Når det gjelder kriteriet "pris", referer dette seg til den godtgjørelse leverandøren krever for kjørt rutekilometer. Kriteriet, slik det er formulert, gir således ikke adgang til å legge vekt på omkostninger ved skifte av leverandør eller mulige ekstra billettinntekter.

Sammenligningen skulle således ta utgangspunkt i begge leverandørenes tilbud på rutealternativ 2, målt i tilbudt kilometerpris. Dette har innklagde gjort. Basert på disse forutsetningene, var Schøyen lavest i pris og tildeling av kontrakt til Schøyen må derfor anses som i full overensstemmelse både med "økonomisk mest fordelaktig" og med de vurderinger ØKT gjorde ved anvendelse av tilleggs kriterium 1. Om innklagde ved dette alt i alt har gjort et godt eller heldig valg, er det ikke nemndas sak å etterprøve.

Klagenemnda har etter dette ikke grunnlag for å underkjenne den evaluering klager har foretatt av tilleggs kriteriene.

9. Brudd på likebehandlingsprinsippet og kravet til forutberegnelighet

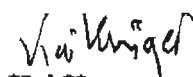
Det fremgår av konkurransegrunnlaget, og også i korrespondanse mellom klager og leverandørene, at anslaget på antall kilometer i rute var basert på "oppgaver fra dagens løyvehaver, oppmålinger på kart, trafikk- og inntektsstatistikk samt oppdragsgivers egne beregninger. Anslagene må derfor betraktes som veiledende og oppdragsgiver hefter ikke for eventuelle feil".

Opplysningene som ble lagt til grunn med hensyn til produksjonsvolum var således delvis basert på opplysninger fra klager selv, og klager hadde som innehaver av dagens ruteløyve bedre kjennskap til riktig produksjonsmengde enn konkurrentene. Videre ble produksjonsmengden korrigert, og det ble gitt mulighet til å levere inn nye priser basert på korrekt produksjonsmengde. Klagenemnda kan med henvisning til ovenstående, ikke se at likhetsprinsippet er overtrådt eller at innklagde har forsømt seg med hensyn til manglende forutberegnelighet.

Konklusjon:

Østfold kollektivtrafikk har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i forbindelse med gjennomføring av anskaffelse av persontrafikk i rute.

For klagenemnda,


Kai Krüger

14.8.2003.