



**DET KONGELIGE
SAMFERDSSELSDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co.
Postboks 1513 Vika
0117 OSLO

Deres ref.
Jonn Ola Sørensen

Vår ref.
12/1590

Dato
02.11.2012

Klage på gjennomføring av konkurransen om drift av riksvegfergesambandet E39 Lavik - Oppedal - Opprettholdelse av Vegdirektoratets vedtak av 12. juli 2012

Samferdselsdepartementet viser til Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. sin klage oversendt Vegdirektoratet i brev av 10. august 2012. Klagen er fremmet på vegne av Fjord1 AS (heretter omtalt som Fjord1) og er angitt å gjelde gjennomføring av konkurransen om drift av riksvegferjesambandet E39 Lavik – Oppedal. Vi viser også til advokatfirmaets brev av 16. oktober 2012 med bemerkninger til Vegdirektoratets brev av 2. oktober 2012.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at klagen formelt er å regne som en klage på Vegdirektoratets vedtak av 12. juli 2012 om tildeling av ferjeløyve til Norled AS (heretter omtalt som Norled) etter yrkestransportloven §§ 7 og 8, jf. forskrift om yrkestransport innenlands med motorvogn og fartøy § 3. Saken behandles som klage på enkeltvedtak etter bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel VI.

1 Sakens bakgrunn

Statens vegvesen utlyste i februar 2012 konkurranse om drift av ferjesambandet E39 Lavik – Oppedal for perioden 1. januar 2015 til 31. desember 2024. I konkurransegrunnlaget for anskaffelsen er det forutsatt at ferjesambandet skal driftes av 3 ferjer, hvorav utvikling og bygging av den ene ferjen skal være basert på kriterier om energi- og miljøeffektivitet (utviklingsferjen). Tilbudsfrist var satt til 18. juni 2012.

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser er gjort gjeldende for anskaffelsen. Som anbudsform er konkurransepreget dialog benyttet for utviklingsferjen, jf. forskrift om

offentlige anskaffelser § 14-2. Denne delen av konkurransen ble startet ved utlysning av prekvalifisering for konkurranse om tildeling av løyve og kontrakt i juni 2011. Statens vegvesen mottok forespørsel fra 4 interessenter (Norled AS (endret firmanavn i januar 2012), Torghatten Trafikkselskap AS, Fjord1 AS (etter fusjon i september 2012) og Boreal Transport Nord AS), som alle ble prekvalifisert for videre deltakelse etter vurderinger basert på definerte kvalifikasjonskrav. Deltakerne ble med grunnlag i utsendte dokumenter invitert til å utarbeide skisseforslag som utgangspunkt for videre dialog. Det ble deretter gjennomført en dialogfase, der Statens vegvesen hadde fire dialogmøter med hver tilbyder. Dialogfasen ble avsluttet da deltakerne hadde kommet frem til de løsninger som best oppfylte Statens vegvesens behov. Konkurranses grunnlaget ble utarbeidet og samtlige deltakere i dialogfasen ble invitert til å avgi endelige tilbud. Ved åpningen etter tilbudsfristen var det kommet inn 5 ulike tilbud fra de 4 selskapene.

Konkurransen ble formelt avsluttet med Vegdirektoratets løyvevedtak av 12. juli 2012, der Norled ble tilbudt løyvet på bakgrunn av lavest pris og best løsning etter kriteriene angitt i konkurransegrunnlaget. Nærmere begrunnelse for løyvevedtaket er gitt i Vegdirektoratets notat av 12. juli 2012, som fulgte med vedtaket.

2 Klagers påstander og anførsler

Klagen er i all hovedsak knyttet til delen av anbudet som gjelder utviklingsferjen.

Klager har primært fremmet påstand om at tilbudet fra Norled må avvises og at det må foretas ny tilbudsevaluering. Klagers anførsler knyttet til påstanden er (1) at valgte leverandør ikke oppfyller minstekravene til produksjonsmengden utviklingsferjen skal stå for etter kravene i anbudet, (2) at det foreligger feil og uklarheter i valgte tilbyders løsning og (3) at det foreligger feil ved skjønnsutøvelsen ved tilbudsevalueringen.

Subsidiært har klager fremmet påstand om at konkurransen må avlyses. Klagers anførsel er her at det ble foretatt en uhjemlet nektelse under konkurransen av å levere inn parallelle tilbud i utviklingsfasen.

3 Samferdselsdepartementets vurdering

3.1 Spørsmål om avvisning

3.1.1 Spørsmålet om valgte tilbyders oppfyller minstekravene til produksjonsmengden i anskaffelsen

Klager anfører at valgte tilbyders utviklingsferje ikke tilfredsstiller kravet til 1/3 drift etter konkurransegrunnlaget del A punkt A4.10. Etter klagers vurdering innebærer konkurransegrunnlagets vedlegg S at det er oppstilt et krav om at ruteproduksjonen skal tilsvare 5 891 timer per år og 32,3 enkeltturer per døgn. Valgte løsning gir etter klagers vurdering færre driftstimer og enkeltturer enn minstekravet, 5 509 timer per år og 28 eller 30 enkeltturer per døgn. Dette må vurderes som et vesentlig avvik fra minstekravet. Tilbudet må derfor avvises etter anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav e. Unnlatelsen av å avvise tilbudet bryter med kravet til likebehandling, idet valgte leverandør har fått konkurrere på andre vilkår enn bl.a. Fjord1. Dette forrykker konkurransen og kan etter

klagers vurdering ha påvirket rangeringen av tilbyderne. Dersom Fjord1 hadde visst at det var åpnet for å operere med færre driftstimer med utviklingsferjen, ville tilbudet fra Fjord1 vært annerledes hva gjelder tildelingskriteriene som knytter seg til miljø, og det ville vært knyttet andre investeringskostnader knyttet til Fjord1s utviklingsferje. En unnlatelse av å avvise tilbudet innebærer i realiteten en rettsstridig endring av minstekravet i konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesloven § 5 tredje ledd og anskaffelsesforskriften § 3-1 (7), jf. praksis fra KOFA.

Samferdselsdepartementet bemerker at tildeling av offentlige anskaffelser iht. anskaffelsesforskriften skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, jf. § 22-2 (1). Dersom tildelingen skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal det i konkurransegrunnlaget benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 22-2 (2). Forskriften oppstiller at dette for eksempel kan være krav til kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftskostnader, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse. Kriteriene som blir lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Etter anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav e skal et tilbud avvises når det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

For denne anskaffelsen er tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget Del A kapittel A2.2.10. Det fremgår her at tildelingskriteriene for utviklingsdelen av konkurransen er beskrevet i Del B, der også grunnlaget for oppdragsgivers evaluering av kriteriene er gitt. Kravet om at minimum 1/3 av total ruteproduksjon i sambandet skal utføres av utviklingsferjen følger av konkurransegrunnlaget Del A, jf. kapittel A4.10 siste avsnitt. Det fremgår av konkurransegrunnlaget Del A kapittel A4.1 at kravspesifikasjonen som er angitt i dette kapitlet er knyttet til *driften* av riksvegferjesambandet. Etter departementets vurdering kan kravet i kapittel A4.10 således ikke regnes som et kriterium som skal gjelde ved evalueringen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, jf. Del A kapittel A2.2.10, jf. anskaffelsesforskriften § 22-2.

Konkurransegrunnlaget Del B kapittel B 2 oppgir at tildelingskriteriene for utviklingsdelen er *et begrenset sett av kvantitative tildelingskriterier fordelt på energieffektivitet, miljøeffektivitet og innovasjon*, jf. første avsnitt. Krav til ruteproduksjon er således ikke angitt som ett av tildelingskriteriene. Del B viser imidlertid til den utarbeidede evalueringsmodellen i vedlegg S, og det er her verdiene 5 891 driftstimer og 32,3 enkeltturer fremgår. Spørsmålet blir etter dette om konkurransegrunnlaget vedlegg S likevel er utformet slik at angivelsen av driftstimer og enkeltturer er å forstå som en del av tildelingskriteriene for anskaffelsen. Departementet anser dette ikke som tilfellet. Det fremgår klart av Del B kapittel B4 at evalueringsmodellen kun er et støtteverktøy som skal danne grunnlaget for kalkulering av oppnådd poengsum for alle tildelingskriteriene i utviklingsdelen. Dette er gjennomført også i selve evalueringsmodellen, som inneholder én del for hvert tildelingskriterium og underbilag for støtteberegninger. Informasjonen om seilingsplan i vedlegget er benyttet i forbindelse med evalueringen av tilbudene med hensyn til kriteriene for energi- og miljøeffektivitet.

Oppstillingen av driftstimer per år og døgn i skjemaet utgjør etter dette ikke et tildelingskriterium. Oppfyllelsen av minstekravet på 1/3 drift er dekket av vilkår nr. 1 i løyvevedtaket, jf. konkurransegrunnlaget Del A kapittel 4, og valgte tilbyder er således bundet til å levere i samsvar med dette kravet. Kravet må være å anse som et kontraktsvilkår. Det er etter departementets vurdering ikke grunnlag for å legge til grunn at valgte tilbyder ved utfyllingen av vedlegg S har tatt forbehold ved innleveringen av tilbudet, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Det foreligger etter departementets vurdering heller ikke grunnlag for å legge til grunn at Norled sitt løsningsforslag legger opp til drift som avviker fra kravet om 1/3 drift. Vi viser her til Vegdirektoratets redegjørelse i brevet av 2. oktober 2012 side 6, 4. siste avsnitt, flg. Hvordan selskapet vil drifte utviklingsferjen, skal etter konkurransegrunnlaget fremlegges senest 3 måneder før oppstart, jf. konkurransegrunnlaget Del A kapittel 4.10 siste avsnitt. Det vises også til vår vurdering i pkt. 3.1.2, der vi har kommet til at det ikke foreligger usikkerheter knyttet til spørsmålet om Norleds utviklingsferje *kan* levere iht. kravet om 1/3 drift.

Etter departementets vurdering er vilkåret for å avvise tilbudet etter anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav e ikke oppfylt, og klagen kan følgelig ikke føre frem på dette punktet. Departementet finner det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om et eventuelt lavere antall produksjonstimer enn 5 891 og færre enkeltturer enn 32,3 tilfredsstiller kravet til 1/3, eller klagers anførsler om brudd på likebehandlingsprinsippet og om at konkurransegrunnlaget har blitt endret.

3.1.2 Spørsmålet om det foreligger feil og uklarheter i det valgte tilbudet

Klager anfører at det foreligger flere uklarheter i valgte leverandørs tilbud og feil ved utviklingsferjens ladekapasitet. Opplysningene om ferjens ladekapasitet samsvarer ikke i tilbyderens løsningsforslag, og det er uklart nøyaktig hvilken kapasitet Norled baserer batteriladingen på. Klager anfører at dette tilkommer uklarheten med hvor mange enkeltturer og årlige driftstimer valgte leverandør tilbyr. I tillegg foreligger det en vesentlig feil ved at ladekapasiteten på land og om bord i utviklingsferjen ikke gir tilstrekkelig kapasitet til å drive utviklingsferjen slik Norled tilbyr. Løsningen vil etter klagers syn lide av energiunderskudd.

Etter anskaffelsesloven § 20-13 (1) bokstav f skal et tilbud avvises av oppdragsgiver når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Når det gjelder spørsmålet om det foreligger uklarheter med hensyn til valgte tilbyders produksjonstimer og enkeltturer, viser departementet til vurderingen i punkt 3.1.1. Kravet om 1/3 drift er ikke å anse som et tildelingskriterium, men er dekket av løyvevedtaket vilkår 1, jf. konkurransegrunnlaget Del A kapittel 4. Konkurransegrunnlaget legger således ikke opp til sammenligning av tilbudte driftstimer ved evalueringen. Forskriftens vilkår om at det må foreligger feil, uklarheter, osv., som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, er etter dette ikke oppfylt.

Når det gjelder spørsmålet om det foreligger feil/mangler ved ladekapasiteten til valgte tilbyders utviklingsferje, har departementet vurdert nærmere hvilken ladekapasitet som

fremgår av løsningsforslaget og om kapasiteten er egnet til å levere etter minstekravet. Et hovedspørsmål her er om det foreligger feil/uklarheter som *kan medføre tvil* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Vurderingen beror på en teknisk vurdering av Norleds løsningsforslag.

Vegdirektoratets tekniske vurdering av tilbydernes løsningsforslag fremgår av notat av 12. juli 2012 med vedlegget "Evalueringsdel B – Utviklingsdelen". Vurderingen er utført med grunnlag i tilbydernes egne oppgitte verdier i evalueringsmodellen i vedlegg S til konkurransegrunnlaget. Vegdirektoratet har ved gjennomgangen av løsningsforslaget fra Norled vurdert tilbudet som tilfredsstillende med hensyn til spørsmålet om utviklingsferjen kan levere tilfredsstillende batterikapasitet. Klager har på bakgrunn av forvaltningslovens bestemmelser om taushetsplikt ikke hatt innsyn i deler av Norleds tilbud som gjelder utviklingsferjens batterisystem.

Tilbydernes løsningsforslag er i forkant av Vegdirektoratets vedtak gjennomgått og av Det Norske Veritas AS (DNV). Gjennomgangen avdekket ikke noe som ga grunn til å be om ytterligere utdypning eller avklaring fra noen av tilbyderne. Samferdselsdepartementet mener DNVs kvalitetssikring må vektlegges. I likhet med Vegdirektoratet mener vi at klagers anførsler om manglende batterikapasitet beror på feilaktige antagelser om valgte tilbyders løsningsforslag. Det foreligger etter vår vurdering ikke forhold ved den valgte tilbyderens løsningsforslag som tilsier at utviklingsferjen ikke kan levere tilstrekkelig batterikapasitet til å drifte minimum 1/3 av ferjesambandet. Vi vektlegger også at valgte tilbyder ved innleveringen av løsningsforslaget heller ikke tatt forbehold om at utviklingsferjen ikke kan levere minimum 1/3 av driften av ferjesambandet og er ved tildelingen bundet til å levere i samsvar med dette kravet, jf. vilkår nr. 1 i løyvevedtaket, jf. konkurransegrunnlaget Del A kapittel 4. Vilkåret etter anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav f for å avvise tilbudet er etter dette ikke til stede og klagen fører ikke frem på dette punktet.

3.1.3 Spørsmålet om det foreligger feil i skjønnsutøvelsen ved tilbudsevalueringen

3.1.3.1 Anførselen om feil faktum

Klager anfører at Vegdirektoratet har lagt til grunn feil informasjon om Fjord1s tilbudte energiform ved tilbudsevalueringen. Klager viser til at Fjord1s utviklingsferje har tre energiformer, strøm fra batterier, gassmotor og Flettnerrotorer. Flettnerrotorene alene medfører at omtrent 12 % av Fjord1s energimix stammer fra vindkraft, som verken er fossilt drivstoff eller landbasert strøm. Dette er ikke hensyntatt i tabell 1 *Evalueringsdel B utviklingsdelen*, og fordelingen med 91,4 % fossilt drivstoff og 8,6 % landbasert strøm er således feil. Det korrekte skal være 67,7 % fossilt brennstoff, 12 % vindkraft og 20,3 % strøm, jf. tilbudet punkt A.2.

Klager fremfører også at Statens vegvesen gjennomgående har lagt til grunn markant høyere energiforbruk enn Fjord1 har tilbudt. Dette har bidratt til å øke avstanden mellom valgte leverandørs tilbud og tilbudet fra Fjord1 i evalueringen. Klager anfører at Statens vegvesen ikke kan la være å justere en poengsum som bygger på feil grunnlag,

med den begrunnelse at justeringen kun er minimal og angivelig ikke påvirker rangeringen. Poengsummene skal gjenspeile tilbudenes kvalitative egenskaper. Klager stiller seg uforstående til at omregningen av Fjord1s oppgitte timer skal ha vært umulig å verifisere. Klager anfører at Statens vegvesens matematiske formel for utregning av forholdet mellom antall timer og utslippsverdiene ikke kan benyttes slik det er gjort. Statens vegvesens omregning av timer fanger ikke opp den viktige forskjellen i energibruk med hensyn til utviklingsferjens bruk av landstrøm.

Klager anfører at anvendelsen av feil faktum fører til at kravet til forutberegnelighet etter anskaffelsesloven § 5 (3) er brutt. Statens vegvesen plikter å korrigere bruddet og foreta en ny tildelingsevaluering som bygger på riktig faktum.

Samferdselsdepartementet bemerker at klagers anførsler er knyttet til uriktig bruk av informasjonen om egenskapene til Fjord1s utviklingsferje. Når det gjelder spørsmålet om Statens vegvesens har anvendt feil informasjon knyttet til Fjord1s tilbudte energimix i evalueringen, anser Samferdselsdepartementet at Vegdirektoratets beskrivelse av vurderingen som er gjort brevet av 2. oktober 2012 pkt. 3.4.1 må legges til grunn. Samferdselsdepartementet anser at den aktuelle tabellen – *Tabell 1 Evaluering av del B Utviklingsdelen* – kun oppsummerer noen kjennetegn ved de ulike tilbudte utviklingsferjene, blant annet fordeling mellom ulike former for bunkret energi. Vindkraft er holdt utenfor i denne oppstillingen, mens bruken av vindkraft er godskrevet Fjord1 i selve evalueringen. En må her altså skille mellom et evalueringsgrunnlag og en oppsummeringstabell etter at evalueringen er gjennomført. Samferdselsdepartementet legger vekt på at DNV har gjennomgått alle deler av evalueringen som knytter seg til utviklingsferjen i konkurransegrunnlaget Del B, inkludert Statens vegvesens bruk av evalueringsmodellen og den endelige rangeringen av tilbudene. Det må legges til grunn at denne gjennomgangen ville ha avdekket feil bruk av tilbudt energimix fra tilbyderer og feil benyttelse av verdier knyttet til energiforbruk i selve evalueringen. Klagen kan ikke føre frem på dette punktet.

Når det gjelder spørsmålet knyttet til Statens vegvesens bruk av verdier for energiforbruk mv. under evalueringen, viser departementet til at anførselene fra klager først og fremst synes å være knyttet til oppdragsgivers nedskalering av Fjord1s tilbudte driftstimer. Samferdselsdepartementet bemerker at uenigheten knytter seg til oppdragsgivers skjønnsutøvelse ved evalueringen av tilbyderens tilbudte løsningsforslag. Utgangspunktet etter anskaffelsesregelverket er at oppdragsgiver kan utøve skjønn innenfor rammen av tildelingskriteriene. Evalueringen må imidlertid basere seg på korrekt faktum og være saklig og forsvarlig. Evalueringen må også baseres på samtlige av de angitte tildelingskriteriene, mens andre forhold ikke kan tas i betraktning. Oppdragsgiver skal videre anvende tildelingskriteriene på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene.

Samferdselsdepartementet bemerker at oppdragsgivers benyttelse av referanseverdien på 5 891 maskindriftstimer, uavhengig av tilbyderens tilbudte maskindriftstimer, ble informert til tilbyderne i dialogmøte nr. 3. Alle tilbudene er vurdert likt på dette

grunnlaget. Fjord1 har tilbudt 7 444 timer, og selskapets opplysninger gitt i vedlegg S (evalueringsmodellen) bygger på 7 444 driftstimer. Fjord1 har imidlertid også oppgitt noen verdier knyttet til 5 891 driftstimer. Statens vegvesen mener disse verdiene ikke er verifiserbare. Statens vegvesen har derfor foretatt en lineær nedskalering av verdiene oppgitt i Fjord1s tilbud (7 444 timer) til en produksjon på 5 891 timer. Nedskaleringen er gjort lineært, bl.a. av hensyn til å kunne sammenligne ulike tilbud. Basert på Fjord1s tall får Fjord1 0,41 poeng mer enn ved bruk av Vegdirektoratets nedskalerte tall.

Samferdselsdepartementet anser den utførte lineære skaleringene å være innenfor de grunnleggende kravene til skjønnsutøvelsen under evalueringen. Vi legger vekt på at den lineære skaleringen av tilbudene er utført likt for samtlige tilbydere i konkurransen. Det foreligger videre etter vår vurdering saklige grunner for å evaluere alle tilbyderne på denne måten. I likhet med Statens vegvesen, anser vi at det må legges til grunn at det ikke foreligger understøttende beregninger for verdiene oppgitt for 5 891 timer, og dette innebærer at verdiene ikke kan verifiseres. Vi legger også her vekt på at Statens vegvesens evaluering er gjennomgått av DNV. Det foreligger etter vår vurdering ikke forhold som tilsier at evalueringen ikke er utført på en objektiv og forsvarlig måte.

Samferdselsdepartementet finner grunn til å påpeke at kriteriene for valg av tilbud i den endelige tilbudskonkurransen er en vektet kombinasjon av utviklingsferjens energi- og miljøeffektivitet og laveste totalpris på drift av ferjesambandet totalt sett, jf. konkurransegrunnlaget Del B kapittel B1. I henhold til konkurransegrunnlaget Del A kapittel A2.2.10 skal tildelingskriteriene for utviklingsferjen telle 40 % i totalvurderingen, mens tilbudssummen for drift av riksvegsambandet skal telle 60 %. I henhold til Statens vegvesens totalevaluering tilsvarte poengforskjellen mellom Norled og Fjord1 24,41 poeng, hvorav Norled er 13,5 poeng bedre på totalpris og 10,91 poeng bedre på energi- og miljøeffektivitet. Dette innebærer at differansen mellom de to tilbyderne i alle tilfelle er for stor til at eventuelle usikkerheter knyttet til tilbudte verdier hadde kunnet endre rekkefølgen mellom de to tilbyderne. De aktuelle kriteriene har til sammen en vekt på 16 %. Beregninger viser også at selv om en hadde halvert verdiene til Fjord1 for tildelingskriteriene for energiforbruk, CO₂-utslipp og NO_x-utslipp, ville Norleds tilbud fortsatt vært bedre enn Fjord1s på tildelingskriteriene energi- og miljøeffektivitet. Videre ville Fjord1s poengsum bare blitt 0,41 poeng høyere enn Vegdirektoratets verdier, dersom en hadde lagt inn Fjord1s verdier i evalueringen.

Det er etter dette ikke sannsynlig at en annen evaluering ville ha ført til endring av rangeringen mellom den valgte tilbyderen og Fjord1. Klagen kan ikke føre frem på dette punktet.

3.1.3.2 Anførselen om unnlatt premiering av relevante forskjeller

Klager anfører at Fjord1 ved evalueringen ikke har blitt premiert med relevante forskjeller i tilbudene. Det fremkommer av konkurransegrunnlaget og dialogmøtene under konkurransen at Statens vegvesen har ønsket bruk av utviklingsferjen utover

minstekravet på 1/3 av ruteproduksjonen. Fjord1 har tilbudt 7 444 driftstimer med utviklingsferjen. I evalueringen har Statens vegvesen nedjustert Fjord1s tilbudte timeproduksjon til 5 891 driftstimer. Som følge av nedjusteringen har Fjord1s poengsum blitt redusert med 0,41 poeng. Dette er uforenlig med konkurransegrunnlaget kapittel B.2.2 om at tilbydere som tilbyr mer enn 1/3 ikke skal komme dårligere ut på grunn av dette. Nedjusteringen bryter med kravet til forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. Det må foretas en ny tilbudsevaluering som sikrer at overoppfyllelsen ikke medfører reduksjon i poengsummene.

Klagerens merknad er knyttet til beregningen av energieffektivitet etter konkurransegrunnlaget kapittel B.2.2. Det fremgår her at det ved evalueringen vil tas hensyn ved evalueringen til at tilbydere som velger å bruke utviklingsferjen mer enn minstekravet på 1/3 ikke skal komme dårligere ut på grunn av dette.

Departementet viser til vurderingen i nest siste avsnitt av punkt 3.1.3.1, der vi påpeker at poengforskjellen mellom Norled og Fjord1 utgjør 24,41 poeng, hvorav Norled er 13,5 poeng bedre på totalpris og 10,91 poeng bedre på energi- og miljøeffektivitet, og videre at differansen mellom de to tilbyderne må anses å være for stor til at eventuelle usikkerheter knyttet til tilbudte verdier kunne ha endret rekkefølgen mellom de to tilbyderne.

Samferdselsdepartementet mener det må legges til grunn at oppdragsgiver har utvist tilstrekkelige vurderinger av hensynet til at en tilbyder som velger å bruke utviklingsferjen mer enn minstekravet på 1/3 er ivaretatt ved evalueringen. Det fremgår av e-post av 8. august 2012 fra Statens vegvesen at Statens vegvesen har vurdert om en justering ville ha hatt noen påvirkning av utfallet. Kontrollregningen som ble foretatt viser at oppnådd total poengsum for Fjord1 kun varierte med 0,41 poeng, fra 76 poeng ved evaluering basert på oppgitte verdier fra Fjord1 for produksjon på 5 891 timer til 75,59 for evaluering basert på verdier etter lineær nedskalering fra 7 444 timer til 5 891 timer. Etter departementets vurdering må det avgjørende være at denne forskjellen faktisk ble avdekket under evalueringen og at det ble vurdert om den ville ha endret på rekkefølgen mellom tilbyderne. Kravet etter konkurransegrunnlaget Del B kapittel B.2.2 anses ivaretatt på en tilstrekkelig måte, og klagen kan ikke føre frem.

3.1.3.3 Anførselen om brudd på likebehandlingskravet

Klager anfører at Statens vegvesen har lagt til grunn for streng norm for vurderingen av Fjord1s ferje MF Gloppen, mens Norleds tilbudte utviklingsferje ikke underlegges tilsvarende streng norm for vurderingen. Statens vegvesen har lagt til grunn at MF Gloppen har for høy resseshøyde og har avvist tilbudet med denne ferjen. Samtidig har Statens vegvesen akseptert Norleds utviklingsferje, selv om denne ferjen har for bred fallport for én av ferjekaiene. Problemene med MF Gloppens resseshøyde er begrensede og oppstår bare 2-4 ganger i året i forbindelse med ekstremt høy flo. Problemene med ferjen er dessuten mindre ved ferjekaien på Oppedal og vil uansett avhjelpes noe når ny og høyere ferjekai blir bygd. I tillegg til dette er MF Gloppen

planlagt brukt som C-ferje med et lavt antall driftstimer. Klager påpeker også at ferjen ble godkjent av Statens vegvesen ved forrige tilbudsevaluering, under de samme kravene som i den foreliggende konkurransen. Statens vegvesens avvisning av ferjen bryter med likebehandlingskravet etter anskaffelsesloven § 5 første ledd og anskaffelsesforskriften § 3-1 (4). Feilen må korrigeres ved ny tilbudsevaluering med lik vurderingsnorm for alle tilbyderne.

Samferdselsdepartementet viser til at kravene til ferjene mht. tilpasning til sambandets ferjekai er fremgående av konkurransegrunnlaget kapittel A.4.7.5. Ferjene skal være tilpasset ferjekaiene, jf. vedlegg G *Ferjekaidata*. I henhold til konkurransegrunnlaget er det et krav at vertikalavstanden fra vannlinjen til overkant av bildekk (målt ved enden av bildekk) skal ikke være mindre enn 1,70 meter og ikke mer enn 2,80 meter. For nye ferjer gjelder kravet ved alle lastkondisjoner. Dersom eksisterende ferje ikke oppfyller kravet ved alle lastkondisjoner, må løyvesøker beskrive hvilke lastkondisjoner som er kritiske, samt hvordan lasting og lossing kan gjennomføres på en forsvarlig måte ved disse lastkondisjonene. Det fremgår av kapittel A4.6.2 at løyvesøker kan gi tilbud som medfører behov for endringer og tilføyelser av ferjeleiene, forutsatt at slike ombygginger bekostes av løyvehaver og kan utføres innenfor det plangrunnlag som er fremlagt. Etter kapittel A2.2.6.3 kan tilbud som ikke tilfredsstiller konkurransegrunnlagets minstekrav til ytelse og funksjon avvises.

Etter konkurransegrunnlaget beror vurderingen om de tilbudte ferjene tilfredsstiller kravene til hoveddimensjoner på en skjønnsmessig vurdering. Statens vegvesen har vurdert ferjen som risikabel med hensyn til drift av ferjesambandet. Det er lagt vekt på at Fjord1s tiltak er operative, og det er i tilbudet ikke lagt inn fysiske tiltak som vil eliminere problemet. Etter Statens vegvesens vurdering vil ikke problemene bli redusert når den nye ferjekaibrua på Lavik er ferdig. Samferdselsdepartementet ser ikke grunn til å overprøve denne delen av Statens vegvesens vurdering.

Når det gjelder spørsmålet om avgjørelsen om å avvise Fjord1s ferje MF Gloppen strider med likebehandlingskravet etter anskaffelsesloven § 5 første ledd, jf. forskriften § 3-1 (4), er Samferdselsdepartementet ikke enig med klager i at problemet med resshøyde kan sammenlignes med at egenskapene ved Norleds utviklingsferje. Norleds utviklingsferje er av Statens vegvesen er vurdert som "bred i forhold til ferjekai på reservekai på Oppedal". Prinsippet om likebehandling innebærer at like situasjoner skal behandles likt, med mindre det er saklige og lovlige grunner for ikke å gjøre det. I motsetning til kravene knyttet til resshøyde i konkurransegrunnlaget, foreligger det ikke krav til bredde på fallport, og det er således ikke grunnlag for å avvise ferjen. Norled har ikke tatt forbehold mot avvik fra kravet til at ferjen skal være tilpasset ferjekaiene, jf. konkurransegrunnlaget Del A kapittel A.4.7.5. Departementet slutter seg til Vegdirektoratets vurderinger i brevet av 2. oktober 2012 pkt. 3.4.3, og klagen fører ikke frem på dette punktet.

3.2 Avlysning av konkurransen – spørsmålet om det foreligger uhjemlet nektelse av å innlevere parallelle tilbud i utviklingsfasen

Klager har fremført en subsidær påstand om at konkurransen må avlyses pga. at det foreligger uhjemlet nektning av å inngi parallelle tilbud i utviklingsfasen. I utviklingsfasen ønsket Fjord1 å inngi to parallelle tilbud: løsningsforslag 1, batteriferje, og løsningsforslag 2, en LNG-drevet hybridferje. Statens vegvesen bekreftet under konkurransen at begge forslagene trolig ville kunne tilfredsstille Statens vegvesens behov og ønsker. Etter anskaffelsesregelverket foreligger det ikke noe forbud mot å inngi parallelle tilbud. Det er heller ikke oppstilt et slikt forbud mot parallell tilbud i konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlaget kapittel A1.3 åpner riktig nok for å kunne begrense antall løsninger etter hvert. Muligheten for å avvise løsninger etter hvert er kun en nødvendig forutsetning for at oppdragsgiver skal slippe å føre dialog om løsningsforslag som åpenbart ikke vil dekke oppdragsgivers behov, og etter klagers syn kan denne bestemmelsen i kapittel A1.3 ikke forstås som et hinder for å inngi parallelle tilbud med ulike løsninger.

Konkurransegrunnlaget kapittel A2.2.5 støtter denne forståelsen. Av møtoreferat fra møte 20. oktober 2011 følger det også at de enkelte deltakerne kan bli invitert til å inngi tilbud med flere løsningsforslag. Klager er ikke enig i Vegdirektoratets syn på at tilbyderne var kjent med evalueringsmodellen, kunne evaluere egne tilbud og at det derfor ikke ville gi noen mening å inngi flere tilbud enn ett. Klager mener at konkurransen kunne ha fått et annet utfall dersom Fjord1s løsningsforslag 1 ikke hadde blitt avvist. Konkurransen må derfor avlyses, jf. KOFAs uttalelse i sak 2012/316 premiss 34.

Samferdselsdepartementets bemerker at Fjord1 leverte inn to tilbud i konkurransen, tilbud A og tilbud B. Spørsmålet om tilbyderne hadde rett til å levere inn flere tilbud er ikke regulert i konkurransegrunnlaget og er heller ikke løst i anskaffelsesregelverket. Det er imidlertid opplyst at det i presentasjonsmøtene umiddelbart etter mottak av deltakernes løsningsforslag ble opplyst at enkelte deltakere *kunne bli invitert* til å gi tilbud på flere løsningsforslag. Gjennom dialogfasen ble det imidlertid vurdert av Statens vegvesen at parallelle tilbud med ulike løsningsforslag og tilbudsstrategier fra samme deltaker, ville kunne undergrave konkurransens formål og Statens vegvesens behov med hensyn til å finne den mest energi- og miljøeffektive ferjen. I tråd med dette ble deltakerne informert om at hver deltaker kun ville bli invitert til å gi endelig tilbud basert på én spesifikk løsning, og deltakerne ble anmodet om selv å foreta valg av løsningsforslag basert på Statens vegvesens behov og deltakernes kommersielle hensyn.

Samferdselsdepartementet slutter seg til Vegdirektoratets vurdering av spørsmålet i brevet av 2. oktober 2012 pkt. 3.5 om at fremgangsmåten ikke bryter med regelverket. Det foreligger ikke grunnlag til å avlyse konkurransen. Klagen fører ikke frem.

4 Vedtak

Samferdselsdepartementet finner at det ikke foreligger grunn til å avvise tilbudet fra Norled AS, og det foreligger ikke grunn til å foreta ny tilbudsevaluering. Vi finner at det heller ikke foreligger grunn til å avlyse konkurransen. Vi har utover forholdene som er særskilt påberopt av klager ikke sett grunn til å gå inn i de øvrige delene av vedtaket, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd.

Klagen har etter dette ikke ført frem. Vegdirektoratets vedtak av 12. juli 2012 om tildeling av løyve for drift av ferjesambandet E39 Lavik – Oppedal til Norled AS opprettholdes i sin helhet.

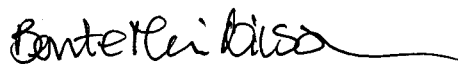
5 Søksmålsfrist

Fristen for å reise søksmål om gyldigheten av vedtaket fastsettes til to måneder fra vedtaket kom frem til klageparten, jf. yrkestransportloven § 34.

Med hilsen



Ola Brattegård (e.f.)
avdelingsdirektør



Bente Mari Nilssen
seniorrådgiver

Vegdirektoratet