Jernbanedirektoratet

Dato
29.oktober.2018

Klage på tildelingsbeslutningen på trafikkpakke 1 SØR

1. Innledning

Det vises til Jernbanedirektoratets brev av 17. oktober 2018 der det opplyses om at direktoratet har vurdert det slik at Go-Ahead AS har inngitt det beste tilbudet i konkurransen om trafikkpakke 1 SØR.

Begrunnelsen gitt i Jernbanedirektoratets brev gir ikke SJ Norge mulighet til å vurdere om direktoratets vurderinger er i samsvar med konkurransegrunnlaget og de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

SJ Norge har fremsatt flere innsynsbegjæringer, men Jernbanedirektoratets besvarelse av disse har ikke vært tilstrekkelig opplysende. Det alt vesentlige av det materielle innholdet i dokumentene som er oversendt til SJ Norge er sladdet. Når Jernbanedirektoratet i tillegg avslår å legge frem oversikt over hvilke poeng tilbyderne har fått på underkriteriene til kvalitetskriteriene (dvs. underkriteriene 2.1 til 4.6) under henvisning til at dette er interne dokumenter, så får man et sterkt inntrykk av at Jernbanedirektoratet ønsker å forhindre at tilbyderne skal ha mulighet til å etterprøve de vurderinger av kvalitet som Jernbanedirektoratet har gjort. Det er vanskelig å se noen annen forklaring på hvorfor Jernbanedirektoratet ikke ønsker å legge frem dokumentasjon som viser hvordan tilbudene har blitt evaluert.

Ut fra den informasjon som er gjort tilgjengelig for SJ Norge så langt, kan SJ Norge ikke se at anskaffelsen er gjennomført i samsvar med konkurransegrunnlagets regler, kravet om rettferdig konkurranse og de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, jf. kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 3.

SJ Norge har i tråd med grunntanken i jernbanereformen lagt ned store ressurser for å utforme et tilbud som sikrer kundene et best mulig togtilbud. SJ Norge ble da også gjennomgående vurdert høyest av Jernbanedirektoratet på tildelingskriteriet kvalitet. Go-Ahead har imidlertid fått tilnærmet samme uttelling på kvalitet, en vesentlig lavere pris til tross. Dermed ser det ut til at Jernbanedirektoratet ikke har fanget opp de reelle forskjellene i tilbudene ved evalueringen av kvalitet.
Selv om det skulle være en konkurranse som skulle fremme og sikre den beste kvalitet for kundene, oppleves det som konkurransen blitt redusert til en ren priskonkurranse.

For SJ Norge fremstår det også som et paradoks at Jernbanedirektoratet aksepterer å legge til grunn for evalueringen av tilbudene at den leverandøren som vurderes å være dårligst på kvalitet, skal ha den klart høyeste trafikkveksten på enkelte linjer.

2. Rettslige utgangspunkter

Konkurransen gjelder en tjenestekonsesjonskontrakt om persontransport på jernbane, og er ikke omfattet av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, jf. konsesjonsforskriften § 2-1.

SJ Norge understreker at Jernbanedirektoratet likevel er underlagt sentrale og grunnleggende prosedyreregler ved gjennomføring av konkurransen.

Konkurransen er regulert av kollektivtransportforordningen, jf. forskrift av 17. desember 2010 nr. 1673. Kollektivtransportforordningen slår fast at oppdragsgiver må gjennomføre konkurransen på en rettferdig måte og i overensstemmelse med prinsippene om gjennomsiktighet (transparens) og likebehandling, jf. artikkel 5 nr. 3.

Bestemmelsen er en kodifisering av de prinsipper EU-domstolen har lagt til grunn gjelder ved anskaffelsen av konsesjonskontrakter, jf. bl.a. C-458/03 *Parking Brixen*, C-91/08 *Wall* og C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.

Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er sammenfattet på følgende måte i *Cartiera dell'Adda* avsnitt 44:

> *First, the principle of equal treatment requires tenderers to be afforded equality of opportunity when formulating their bids, which therefore implies that the bids of all tenderers must be subject to the same conditions. Second, the obligation of transparency is intended to preclude any risk of favouritism or arbitrariness on the part of the contracting authority. It implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the contract notice or specifications so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and, second, the contracting authority is able to ascertain whether the bids submitted satisfy the criteria applying to the contract in question (see, to that effect, judgment in Commission v CAS Succhi di frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, paragraphs 108 to 111).*

Man ser altså at den foreliggende anskaffelsen er underlagt de samme grunnleggende prinsippene som anskaffelser som er omfattet av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, og at innholdet i disse prinsippene også er de samme. Dette betyr at rettspraksis og praksis fra Klagenemnda for offentlige

anskaffelser knyttet til innholdet i disse grunnleggende prinsippene også er relevante for forståelsen av hvilke regler Jernbanedirektoratet må følge.

3. Manglende begrunnelse for evalueringen av kvalitet

Det ligger i kjernen av prinsippet om gjennomsiktighet at oppdragsgiver må begrunne tildelingsbeslutningen på en måte som gjør det mulig for tilbyderne å vurdere om anskaffelsen er gjennomført i samsvar med de regler som gjelder for konkurransen, herunder om oppdragsgiver har etterlevd de bestemmelsene som oppdragsgiver selv har oppstilt i konkurransegrunnlaget. Hvis ikke det gis en begrunnelse som muliggjør etterprøving av de vurderinger som er gjort, vil det ikke være mulig å avdekke favorisering eller vilkårlighet i oppdragsgivers evaluering.

I den foreliggende saken skjerpes kravet til begrunnelse av flere grunner.

For det første er det så stor prisforskjell mellom Go-Ahead og de øvrige tilbyderne at det er behov for å synliggjøre at det er riktig å gi Go-Ahead så god uttelling på kvalitet. Det understrekes også at Jernbanedirektoratet har plikt til å vurdere realismen i Go-Aheads tilbud, dvs. at det er plass for de planene som er beskrevet innenfor de økonomiske rammene som Go-Ahead har redegjort for, særlig på kostnadssiden.

For det andre har Jernbanedirektoratet, i oversendte dokumenter til SJ Norge, funnet det nødvendig å sladde nesten alt av materielt innhold i tilbudet fra Go-Ahead, møtereferater med Go-Ahead og avklaringer/forhandlinger med Go-Ahead etter at endelig tilbud var inngitt. Uten innsikt i en utførlig begrunnelse fra Jernbanedirektoratet foreligger det da overhodet ikke noe å etterprøve.

SJ Norge kan ikke se at Jernbanedirektoratet oppfyller de krav som må stilles til begrunnelsen for tildelingen. Tildelingsbeslutningen inneholder ingen redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper eller en redegjørelse for hvordan Go-Aheads tilbud kunne få den uttellingen på kvalitet som tilbudet har fått. Videre vil ikke Jernbanedirektoratet gjøre tilgjengelig hvilke poeng tilbyderne har fått på de forskjellige underkriteriene på kvalifikasjonskriteriene. Selv om ikke absolutt all informasjon er sladdet, har man ikke tilstrekkelig innsikt i hvordan Jernbanedirektoratet har evaluert denne informasjonen.

I den begrensede informasjon som er gjort tilgjengelig for SJ Norge, er det flere punkter som skaper usikkerhet.

I vedlegg til tildelingsbeslutningen opplyses at det ved tilbakemelding på kvalitet brukes en seksdelt skala fra svært godt til ikke akseptabelt. I konkurransegrunnlaget er det derimot opplyst at det skal brukes en skala fra 0 til 10, jf. punkt 5.2.3.

Go-Aheads tilbud er gitt poengene 8,03, 7,50 og 8,18 på de tre kvalitetskriteriene. Det indikerer at det ikke er brukt en seksdelt skala, og så lenge det ikke gis innsyn i poengsettingen på det enkelte underkriterium til kvalitetskriteriene, så vet man ikke noe om hvordan dette egentlig er håndtert. Det gir ingen mening å gi en

tilbakemelding i henhold til en seksdelt skala dersom tilbudene er evaluert fra 0 til 10 på alle underkriterier til kvalitetskriteriene.

For SJ Norge fremstår det også som Go-Ahead må ha operert med vesentlig lavere kostnader enn SJ Norge. Dette er vanskelig å forstå hvordan kan harmonere med at Go-Ahead er vurdert tilnærmet likt på kvalitet.

For SJ Norge synes det som Go-Ahead opererer med en utnyttelsesgrad av tilgjengelig togmateriell som ikke er forenelig med en hensiktsmessig drift. Det er ikke mulig å se om, eller eventuelt på hvilken måte dette er hensyntatt av Jernbanedirektoratet ved kvalitetsbedømmelsen.

4. Tilbudet fra Go-Ahead fremstår som unormalt lavt

I konkurransegrunnlagets punkt 4.4.1 har Jernbanedirektoratet fastsatt at Jernbanedirektoratet er opptatt at tilbudene skal ha en sunn økonomisk profil, og at direktoratet forbeholder seg retten til å avvise tilbud som virker svært lave i forhold til ytelsen.

I den foreliggende konkurransen reduserte Go-Ahead prisen meget betydelig (antakelig nærmere 30 prosent) i siste forhandlingsrunde. Samtidig styrket selskapet tilbudet på kvalitet, og ble vurdert bare marginalt svakere enn beste tilbyder SJ Norge.

SJ Norge merker seg at også Jernbanedirektoratet har reagert på denne prisreduksjonen. Likevel inneholder anbudsprotokollen ingen vurderinger av om prisen fra Go-Ahead er unormalt lav, og om Jernbanedirektoratet eventuelt har valgt å tildele selskapet kontrakt selv om tilbudet er unormalt lavt.

Jernbanedirektoratet har heller ikke ønsket å fremlegge noen av de vurderinger som er gjort knyttet til eventuell avvisning av tilbudet fra Go-Ahead.

SJ Norge bemerker at dersom Jernbanedirektoratet ved vurderingen av avvisning la til grunn det synet på avvisning pga. unormalt lavt tilbud som Go-Ahead har gjort gjeldende i brev av 20. september 2018, så bygger avvisningsvurderingen på et sviktende grunnlag. Oppdragsgiver har avvisningsrett der tilbyder har priset tilbudet på en måte som gjør det sannsynlig at tilbyder vil gå med et tap. I slike kontrakter er det sannsynlig at oppdragsgiver vil bli møtt av et stadig press om å få ekstra betaling fra leverandøren i avtaleperioden. Oppdragsgiver har derfor rett til å avvise tilbud som inneholder en unormalt lav pris.

SJ Norge er også usikker på hvordan Jernbanedirektoratet ved vurderingen av om Go-Aheads tilbud skal avvises, har vurdert den nære sammenhengen mellom kvalitet og billettinntekter.

5. Jernbanedirektoratet har gjennomført forhandlinger med Go-Ahead etter at endelig tilbud var innlevert

Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at Jernbanedirektoratet har gjennomført flere avklaringer med Go-Ahead etter at tilbud ble innlevert. Av dokumentene fremgår det at Jernbanedirektoratet gjennomførte et «forhandlingsmøte» med Go-Ahead 3. oktober 2018.

Dette er en prosedyre som er i strid med de regler Jernbanedirektoratet presenterte i siste forhandlingsrunde. Her ble det opplyst at det bare var aktuelt å gjennomføre skriftlige avklaringer etter at endelig tilbud var inngitt. Når én av aktørene ble invitert til et forhandlingsmøte burde de to øvrige finalistene også blitt det.

Konkurransen er i stor grad basert på at tilbudet skal evalueres på grunnlag av de beskrivelser tilbyderne gir om opplegget for kontraktsgjennomføringen. Det er klart at et forhandlingsmøte vil gi rikelig med muligheter til å gi informasjon som i realiteten innebærer en forbedring av tilbudet.

Ut fra de dokumentene som er oversendt SJ Norge, kan det også se ut til at den kommunikasjon som har funnet sted, har medført at Go-Ahead har forbedret sitt tilbud uten at de andre finalistene fikk anledning til dette.

Det fremgår av dokumentasjonen at Go-Ahead har avdekket feil i sine prognoser på bakgrunn av spørsmål fra Jernbanedirektoratet. Go-Ahead har imidlertid forsikret om at disse feilene ikke har betydning for hvilket vederlag selskapet har krav på. Dette fremstår umiddelbart som en forbedring av tilbudet.

6. Oppsummering

SJ Norge ber om at Jernbanedirektoratet nå gir en begrunnelse på samtlige forhold i denne klagen i samsvar med kollektivtransportforordningen. Det er viktig at denne begrunnelsen faktisk gjør det mulig å etterprøve om den vurderingen av kvalitet i relasjon til den lave prisen som er gitt, er forsvarlig.

SJ Norge ber også om at Jernbanedirektoratet fremlegger dokumentasjon som kan underbygge at beslutningen om ikke å avvise Go-Ahead, er riktig.

Endelig ber SJ Norge om at Jernbanedirektoratet fremlegger dokumentasjon på at Go-Ahead ikke har forbedret sitt tilbud etter at endelig skriftlig tilbud ble innlevert av finalistene. Det bes om at det legges frem dokumenter som viser hvilke poeng selskapet hadde fått på kvalitetskriteriene med underkriterier før og etter forhandlingsmøte 3. oktober 2018.

SJ Norge opplyser for ordens skyld at det vil være i strid med kravet til en rettferdig konkurranse og prinsippet om gjennomsiktighet om Jernbanedirektoratet velger å signere kontrakt før klagen er besvart og SJ Norge har hatt rimelig tid til å vurdere svaret.

Crister Fritzson
Konsernsjef
SJ AB

Berit Kjøll
Styreleder
SJ Norge AS