

Protokoll fört vid enskild föredragning

Infrastrukturavdelningen
Transportbyrån, I2

Beslutande
Minister
Mats Perämaa

Föredragande
Upphandlare
Sten Schauman

Justerat
Omedelbart

Nr 1

Färjetrafik Brändö-Kumlinge 2024-2028 + option 2029
och 2030
ÅLR 2023/7149
1 I2

Beslut

Beslöts att svara marknadsdomstolen enligt **bilaga I224E1**

TILL MARKNADSDOMSTOLEN

Banbyggarevägen 5

00520 Helsingfors

markkinaoikeus@oikeus.fi

Ärende: Bemötande i ärende, diarienummer 524/2023, er begäran 14.12.2023.

Skriftligt bemötande

inlämnas av:

Ålands landskapsregering (nedan "landskapsregeringen")

FO-nummer: 0145076-7

PB 1060, 22111 Mariehamn

Ändringssökande:

EW Finland Oy (nedan "EW Finland")

FO-nummer: 2030673-6

Pörtö 1, 01180 Kalkstrand

Ombud och

processadress:

Advokatbyrå Castrén & Snellman Ab

Advokat Johanna Lähde, advokat Rickard Langenskiöld

PB 233, 00131 Helsingfors

Tel.: 020 7765 343, 020 7765 329

E-post: johanna.lahde@castren.fi, rickard.langenskiold@castren.fi

Saken:

Besvär gällande offentlig upphandling; landskapsregeringens beslut 28.11.2023 Färjetrafik Brändö-Kumlinge 2024-2028 + option 2029 och 2030 (ÅLR 2023/7149)

Yrkanden:

Landskapsregeringen yrkar:

1. att EW Finlands besvär förkastas, och
2. att EW Finland åläggs ersätta landskapsregeringens rättegångskostnader i marknadsdomstolen jämte laga dröjsmålsränta räknat en månad från domstolens avgörande. Beloppet specificeras senare.

Bemötande: Bakgrund och tillämplig lagstiftning

Landskapsregeringen har genomfört en upphandling avseende bedrivande av färjetrafik mellan Brändö och Kumlinge på Åland. Avtalstiden är fyra år med planerad avtalsstart 1.9.2024. Därtill har beställaren option på förlängning i ett plus ett år.

Det beräknade värdet på upphandlingen uppgår till 5 760 000 euro exklusive moms för hela avtalsperioden inklusive optionsmånader. Värdet på upphandlingen har därmed beräknats överstiga det av Europeiska kommissionen fastställda tröskelvärdet som vid tidpunkten uppgick till 215 000 €. Landskapsregeringen har vid upphandlingen tillämpat *lag om offentlig upphandling och koncession* (FFS 1397/2016, nedan "upphandlingslagen"), som enligt 1 § *landskapslag (2017:80) om tillämpning på Åland av rikslagar om offentlig upphandling* blir tillämplig vid upphandlingar över EU:s tröskelvärde.

Upphandlingen har skett genom ett öppet förfarande där anbuden lämnades in via e-avrop.com med sista inlämningsdag 2.11.2023. I upphandlingen inkom två anbud inom utsatt tid, som båda godkändes.

Landskapsregeringen konstaterade vid anbudsutvärderingstillfället att Kymen Saarioliikenne Oy uppfyllde alla krav och hade det lägsta totalpriset. I enlighet med 93 § i upphandlingslagen och punkt 3.2.1. i upphandlingsföreskriften (ÅLR 2023/7149, nedan "upphandlingsföreskriften") har anbuden utvärderats enligt priset. Landskapsregeringen beslöt därför 28.11.2023 att anta anbudet från Kymen Saarioliikenne Oy. Upphandlingskontraktet har inte undertecknats.

EW Finland inkom 12.12.2023 med besvär i form av upphandlingsrättelse till landskapsregeringen och i form av besvär till Marknadsdomstolen.

Nedan kommer de av EW Finland anförda grunderna att bemötas punkt för punkt för att visa att besvären saknar grund och bör förkastas i sin helhet. För att underlätta läsningen och överskådligheten har landskapsregeringen valt att följa samma struktur som i besvärsskriften.

Påståendet om att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller referenskravet

I avsnitt 4.4, tredje stycket, i upphandlingsföreskriften framgår att anbudsgivaren **ska** lämna en referens:

"Referensen ska avse liknande uppdrag som den aktuella upphandlingen avser. Anbudsgivaren ska lämna redogörelse om referensens namn, uppdragets tidsperiod, omfattning och innehåll, kontaktperson och kontaktuppgifter. För nystartade företag som saknar referenser, ska referenser i stället lämnas för den person som kommer

att ansvara för entreprenadens utförande. Referenterna kontaktas efter sista anbudsdag för att bekräfta uppdragen.”

EW Finland anför i besvärsskriften att Kymen Saaristoliikenne Oy inte uppfyller de krav som har ställts för referensen eftersom den angivna referensen inte motsvarar ett liknande uppdrag som den aktuella upphandlingen avser. I besvären uppger man vidare att den angivna referensen inte ger relevant information om den vinnande anbudsgivarens möjligheter att framgångsrikt driva förbindelsefartygstrafik på rutten Brändö-Kumlinge.

I enlighet med vad som framgår av förarbetena till upphandlingslagen (RP 108/2016 rd s. 197) har den upphandlande enheten omfattande frihet att ställa lämplighetskrav som hänför sig till anbudssökandenas och anbudsgivarnas egenskaper. Vidare framgår det att kraven ska vara kopplade till föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att de visar att anbudsgivaren har möjlighet att fullfölja upphandlingen. Det konstateras även att oändamålsenliga eller alltför stränga krav kan begränsa konkurrensen i onödan och kan i synnerhet för små och medelstora företag och sammanslutningar utgöra ett hinder för deras möjligheter att delta i anbudsförfarandet.

I marknadsdomstolens avgörande MAO 212/2022 konstateras bland annat att den upphandlande enheten har utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att ställa lämplighetskrav. Marknadsdomstolen konstaterar att den upphandlande enheten även har befogenhet att skönsmässigt bedöma när tillräckliga förutsättningar anses vara uppfyllda med hänsyn till upphandlingens storlek och kvalitet. Förfarandet får dock inte vara diskriminerande, orättvist eller strida mot proportionalitets- eller öppenhetsprincipen.

Landskapsregeringen har i utformningen av referenskravet strävat efter att inte ha en för snäv avgränsning av vilka referensuppdrag som kan accepteras, vilket skulle kunna riskera att utesluta anbudsgivare på ett icke-acceptabelt sätt med beaktande av proportionalitetsprincipen. Begreppet ”liknande uppdrag” som finns i upphandlingsföreskriften innebär att godtagbara referenser inte har begränsats till att avse endast exakt samma typ av uppdrag som det som är föremål för upphandlingen. Även andra typer av referensuppdrag som avser snarlika eller likartade uppdrag ska därmed accepteras, så länge den uppgivna referenser kan ge stöd för att anbudsgivaren har möjlighet att genomföra upphandlingen i fråga.

Kymen Saaristoliikenne Oy har som referens angett Arvinsalmi vägfärjetrafik. Av det till anbudet bifogade referensdokumentet framgår samtliga av de obligatoriska uppgifter som framkommer av upphandlingsföreskriften, dvs. referensens namn, uppdragets tidsperiod, omfattning och innehåll, kontaktperson och kontaktuppgifter.

Vid en bedömning av den av Kymen Saaristoliikenne Oy angivna referensen, så har landskapsregeringen kunnat konstatera att bolaget har bedrivit vägfärjetrafik

under kalenderåret 2022. Omfattningen av det angivna referensuppdraget uppgår till 897 000 euro, vilket är i paritet med årsvärdet för det uppdrag som nu är föremål för upphandling (960 000 euro/år). Även om vägfärjetrafik skiljer sig från förbindelsefartygstrafik på flera sätt så har trafiken samma huvudsakliga syfte, dvs. att transportera passagerare och fordon över vatten med en färja på ett säkert sätt.

EW Finland har i sin besvärsskrift lyft fram varför vägfärjetrafik inte ska betraktas som ett sådant liknande uppdrag som framgår av referenskraven. EW Finland konstaterar bland annat att behörighetskraven för befälhavaren på ett passagerarfartyg skiljer sig från kraven på föraren av en vajerfärja. Landskapsregeringen bedömer dock att de skillnader som EW Finland framhåller saknar betydelse för bedömningen av om den angivna referensen ska anses vara godtagbar, särskilt med tanke på att det i upphandlingsföreskriften finns andra skakrav som syftar till att säkerställa anbudsgivarens tekniska prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer. Bland ska-kraven finns det även ett krav på att anbudsgivaren ska ha tillgång till en befälhavare som har erfarenhet av vintertrafik i isförhållanden.

Sammanfattningsvis bedömer landskapsregeringen att den av Kymen Saaristoliikenne Oy angivna referensen ger stöd för att anbudsgivaren kommer att ha möjlighet att fullfölja upphandlingen. Vidare bedömer landskapsregeringen att referenstraftiken är att betrakta som ett sådant liknande uppdrag som framgår av referenskravet. Landskapsregeringen har inom ramen för sitt skönmässiga bedömningsutrymme haft rätt att göra denna bedömning. Landskapsregeringens möjlighet att bedöma trafikslagen är dessutom exceptionellt god med tanke på att landskapsregeringen har erfarenhet av att upphandla såväl förbindelsefartygstrafik som vägfärjetrafik.

Påståendet om att den vinnande anbudsgivarens färja inte uppfyller kraven som ställts för färjan

Av avsnitt 4.4, femte stycket, i upphandlingsföreskriften framgår att anbudsgivaren **ska** ha tillgång till en färja som uppfyller de krav som framgår av nämnda stycke. Det framgår vidare att det i anbudet tydligt ska beskrivas hur varje krav uppfylls.

EW Finland anför i sina besvär att Kymen Saaristoliikenne Oy inte på ett tydligt sätt har beskrivit hur de för färjan uppställda kraven uppfylls samt att det inte är möjligt att på basis av anbudet identifiera den angivna färjan eller fastställa att färjan uppfyller de ställda kraven. EW Finland anser därmed att Kymen Saaristoliikenne Oys anbud inte uppfyller kraven som är ställda för färjan.

Kymen Saaristoliikenne Oy har till sitt anbud bifogat en bilaga innefattande en teknisk beskrivning av färjan där det framgår att färjan uppfyller eller kommer att anpassas till de krav som ställs i upphandlingsföreskriften. Landskapsregeringen anser att denna bilaga utgör en tillräckligt tydlig beskrivning för att kunna

konstatera att den färja som ska trafikera kommer att uppfylla de i upphandlingsföreskriften fastställda kraven. Landskapsregeringen delar således inte EW Finlands uppfattning om att det uppställda ska-kravet innebär att en GARITNING, ett registerutdrag eller motsvarande beskrivningar måste tillhandahållas för att beskrivningen ska anses vara tillräckligt tydlig. Landskapsregeringen har heller inte krävt att anbudsgivaren ska lämna vissa specifika bilagor till sitt anbud, varför det inte vore korrekt att utesluta en anbudsgivare som inte har lämnat in de bilagor som EW Finland bedömer vara nödvändiga.

Landskapsregeringen konstaterar även att avtalsstarten för den upphandlade tjänsten är planerad till 1.9.2024, dvs. cirka elva månader efter dagen för när anbudet senast skulle lämnas in. Enligt rättspraxis behöver inte lämplighetskraven vara uppfyllda vid tidpunkten för inlämnandet av anbud. Detta gäller såvida inte annat anges i anbudsförfrågan. Det är tillräckligt att anbudsgivaren vid anbudsinlämningen tillhandahåller en plan eller utredning som visar hur kraven kommer att uppfyllas vid kontraktets start.¹ Landskapsregeringen bedömer att det finns tid för att göra anpassningar till en befintlig färja eller till och med förvärva en färja som uppfyller de krav som framgår av anbudshandlingarna.

Kymen Saaristoliikenne Oy har i anbudet angett att de uppställda kraven beträffande färjan uppfylls. I det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD) har anbudsgivaren lämnat en försäkran över att kvalifikationskraven för att delta i upphandlingen är uppfyllda. En upphandlande enhet har rätt att förlita sig på att de uppgifter som en anbudsgivare anger i ett anbud är korrekta. Detta har bekräftats av såväl marknadsdomstolen som högsta förvaltningsdomstolen vid ett flertal tillfällen. Det har inte framkommit några omständigheter i ärendet som har gett landskapsregeringen skäl att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som Kymen Saaristoliikenne Oy har uppgett.

Påståendet om att den vinnande anbudsgivarens befälhavare inte uppfyller de krav som ställts i anbudsförfrågan

Krav beträffande erfarenhet av vintertrafik i isförhållanden

I avsnitt 4.4, fjärde stycket, i upphandlingsföreskriften framgår att anbudsgivaren **ska** ha tillgång till en befälhavare som har erfarenhet av vintertrafik i isförhållanden samt att det i anbudet ska beskrivas hur kravet uppfylls.

EW Finland anför i sina besvär att Kymen Saaristoliikenne Oy i sitt anbud inte har beskrivit hur det aktuella kravet uppfylls.

Kymen Saaristoliikenne Oy har i sitt anbud angett följande information gällande det aktuella kravet:

¹ Julkisten hankintojen käsikirja 2023, Finansministeriets publikation 2023:60, s. 241-242.

”Befälhavare Veli Kokkonen (certifikat överstyrman) har många års erfarenhet av vintertrafik i isförhållanden.

Befälhavare Mats Sundqvist har många års erfarenhet av vintertrafik i isförhållanden.”

Landskapsregeringen konstaterar att anbudsgivaren har namngett två personer och även angett att personerna har många års erfarenhet av den efterfrågade erfarenhetstypen. Landskapsregeringen bedömer att den angivna beskrivningen uppfyller kravet på beskrivning såsom det framgår av upphandlingsföreskriften, som inte innehåller några krav på hur omfattande beskrivningen måste vara.

Kymen Saaristoliikenne Oy har i sitt anbud angett att de uppställda kraven beträffande befälhavarnas erfarenhet uppfylls. I ESPD:n har anbudsgivaren lämnat en försäkran över att kvalifikationskraven för att delta i upphandlingen är uppfyllda.

En upphandlande enhet har rätt att förlita sig på att de uppgifter som en anbudsgivare anger i ett anbud är korrekta, detta har bekräftats av såväl marknadsdomstolen som högsta förvaltningsdomstolen vid ett flertal tillfällen. Det har inte framkommit några omständigheter som har gett landskapsregeringen skäl att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som Kymen Saaristoliikenne Oy har uppgett.

Språkkrav

I avsnitt 4.1 i upphandlingsföreskriften finns ett språkkrav som stadgar att Entreprenören och Entreprenörens hela personal ska utföra alla de tjänster som omfattas av anbudsfrågan inklusive kundservicepolicyn på svenska. Alla anvisningar, skyltning om säkerhetsutrustning samt övrig information till passagerarna ombord på färjan skall finnas och kunna ges på svenska. Under det aktuella avsnittet framgår även att brytande av språkkravet är ett väsentligt kontraktsbrott som ger Beställaren rätt till förtida uppsägning av avtalet. För att avgöra om ett väsentligt kontraktsbrott föreligger har Beställaren rätt att kräva intyg av vilket framgår att Entreprenören eller dess anställda som utför tjänsten uppfyller minst nivå B1 i svenska enligt den europeiska referensramen CEFR (eller motsvarande).

EW Finland anger i besvärsskriften att en av de befälhavare som har namngetts i Kymen Saaristoliikenne Oy:s anbud inte uppfyller nivå B1 i svenska enligt den europeiska referensramen CEFR (eller motsvarande), varför Kymen Saaristoliikenne Oy:s anbud inte uppfyller språkkravet för hela personalen.

Kymen Saaristoliikenne Oy har i anbudet angett att det uppställda språkkravet uppfylls. I ESPD:n har anbudsgivaren lämnat en försäkran över att kvalifikationskraven för att delta i upphandlingen är uppfyllda.

En upphandlande enhet har rätt att förlita sig på att de uppgifter som en anbudsgivare anger i ett anbud är korrekta, detta har bekräftats av såväl marknadsdomstolen som högsta förvaltningsdomstolen vid ett flertal tillfällen. Det har inte framkommit några omständigheter som har gett landskapsregeringen skäl att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som Kymen Saarioliikenne Oy har uppgett.

Landskapsregeringen utgår därmed från att den besättning som kommer finnas ombord på den trafikerande färjan uppfyller de aktuella språkraven. Om det finns skäl att misstänka att personalen inte uppfyller språkraven, kan landskapsregeringen kräva intyg över språkkunskaperna. Detta kan i praktiken dock komma i fråga först när trafiken har inletts och man vet vilken personal som bemannar färjan.

Sammanfattning

Landskapsregeringen bedömer att det vinnande anbudet från Kymen Saarioliikenne Oy uppfyller samtliga ska-krav som framgår av upphandlingsföreskriften. Anbudsgivaren har i ESPD:n intygat att samtliga urvalskriterier uppfylls, vilket landskapsregeringen som upphandlande enhet har haft rätt att lita på. Landskapsregeringen har därmed inte förfarit i strid med upphandlingslagstiftningen eller åsidosatt några för upphandlingsförfaranden allmängiltiga principer när man inte har uteslutit Kymen Saarioliikenne Oy:s anbud.

Med beaktande av allt det ovan nämnda ska besvären till alla delar förkastas såsom ogrundade.

Dnr. ÅLR 2023/7149

Brev nr. 1 I2

Mariehamn den 9 januari 2024

Ålands landskapsregering

Mats Perämaa, Minister

Sten Schauman, Upphandlare