



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i kunngjøring. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte åpne anbudskonkurranser om inngåelse av rammeavtaler for spesialskyss av skoleelever som ikke kan benytte rutegående materiell i Buskerud fylke. Klager fikk medhold i sin anførsel om at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 ved å gi motstridende opplysninger om adgangen til å inngi deltilbud. Det representerte også et brudd på regelverket at konkurransene var kunngjort som kontrakter, selv om konkurransene gjaldt inngåelse av rammeavtaler. Innklagede hadde videre brutt regelverket ved å kun oppgi én leverandør i kunngjøring av kontraktinngåelsene. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers anførsler om at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved avrop på rammeavtalene, og at innklagede hadde brutt regelverket ved å inngå overlappende rammeavtaler, ettersom disse spørsmålene var behandlet ved dom i første instans, jf. klagenemndforskriften § 6.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2019 i sak 2017/180

Klager: Viken Taxi AS

Innklaget: Brakar AS

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Brakar AS (heretter innklagede) har ansvaret for planlegging, koordinering og markedsføring av rutegående kollektivtrafikk i Buskerud. Innklagede kunngjorde 27. januar 2017 tolv åpne anbudskonkurranser, en konkurranse for hver av de aktuelle kommunene, om inngåelse av rammeavtaler for spesialskyss av skoleelever som ikke kan benytte rutegående materiell. Tilbudsfrist ble satt til 14. mars 2017.
- (2) I kunngjøringene punkt II.1.6 («Informasjon om delkontrakter») stod det: «Denne anskaffelsen er delt opp i delkontrakter: nei».
- (3) Av kunngjøringene fremgikk det at anskaffelsene gjaldt inngåelse av kontrakter.
- (4) Etter det opplyste var konkurransegrunnlagene for samtlige kommuner tilnærmet likt utformet, med unntak av konkurransegrunnlagene for Drammen og Nedre Eiker. I konkurransene for disse kommunene var også miljø en del av tildelingskriteriene. De øvrige konkurransene var utelukkende basert på pris.
- (5) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at «Kontraksperioden er 01.08.2017 – 30.06.2019, med mulighet for Oppdragsgiver til å forlenge med 1 år av gangen i ytterligere 2 år, til sammen inntil 30.06.2021».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) Om rammeavtalene som skulle inngås ble det i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 opplyst at «[...] En rammeavtale er i denne sammenheng en avtale inngått mellom Brakar og en eller flere Tilbydere som har til formål å fastsette vilkårene for de oppdrag som skal tildeles i løpet av avtaleperioden, særlig med hensyn til pris og kvalitet.

Rammeavtalen er ment å dekke Oppdragsgivers behov for kjøp av aktuelle transporttjenester i avtaleperioden. Rammeavtalene vil utgjøre grunnlaget for tildeling av transportoppdrag etter hvert som disse defineres, jfr. punkt 13.»

- (7) Hver konkurranse var delt inn i to transportkategorier, transport internt i kommunen og transport mellom kommuner. De to transportkategoriene var ytterligere delt inn følgende deloppdrag basert på kjøretøytype: inntil 5 seter, inntil 9 seter og inntil 16 seter. Det var anledning til å gi tilbud på ett eller flere deloppdrag.

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 («Antall mulige rammeavtaler») fremgikk følgende:

«Det vil bli inngått rammeavtale(r) for hvert enkelt deloppdrag, jfr. punkt 12.

Oppdragsgiver står fritt til å velge å inngå rammeavtale med en eller flere Tilbydere, etter vurdering av tilbudene [...].

- Det vil bli valgt minimum 2 Tilbydere, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede Tilbydere og tilbud.*
- Dersom det inngås parallelle rammeavtaler med flere Tilbydere om alle/enkelte deloppdrag, vil avrop skje i henhold til beskrivelse i punkt 13».*

- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 13.1 («Avrop») ble det opplyst at «Med avrop forstås den enkelte bestilling (transportoppdrag) som inngås på basis av inngått rammeavtale(r)».

- (10) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 13.3 («Oppdragsgivers valg – fordeling av avropene») at:

«Blir det inngått flere rammeavtaler står Oppdragsgiver fritt med hensyn til hvilke deloppdrag han ønsker å benytte. Valgt deloppdrag må dekke det geografiske området som gjeldende transportoppdrag omfatter. Dette gjelder både ved faste og midlertidige transporter. Oppdragsgiver vil i hvert enkelt tilfelle velge det deloppdrag og den Leverandør som gir lavest kostnad inntil kapasiteten som Leverandøren har oppgitt i sitt tilbud, er benyttet.

Ved spesielle tilfeller kan Oppdragsgiver velge annen Leverandør enn den som gir lavest kostnad.

Det er ikke et krav at Oppdragsgivers behov for transport dekkes av en enkelt Leverandør.»

- (11) Klager leverte tilbud i konkurransene for kommunene Drammen, Nedre Eiker, Øvre Eiker, Kongsberg, Flesberg, Rollag og Nore og Uvdal. Ifølge tildelingsbrevene var det kun konkurransene for Flesberg kommune og Rollag kommune klager ikke var blant de valgte leverandørene.

- (12) Etter det opplyste inngikk innklagede rammeavtaler med de valgte leverandørene i mai og juni 2017.
- (13) Drammen Taxi SA var valgte leverandør i konkurransen for Drammen kommune for to av tre deloppdrag (inntil 5 seter og inntil 9 seter) i transportkategori «*Transport mellom kommuner*».
- (14) Hurum & Røyken Taxi AS, som var valgte leverandør i konkurransene for Hurum kommune og Røyken kommune, sendte 29. august 2017 brev til innklagede med klage på tildelingen av skoleskyss. I brevet fremgikk det blant annet at *[Hurum & Røyken Taxi AS] er blitt kjent med at Brakar [...] har tildelt Drammen Taxi SA ("DTS") kontrakt for spesialskyss mellom henholdsvis Hurum kommune og Røyken kommune og Drammen kommune ("Spesialskysskontrakten")*. Det stod videre at Hurum & Røyken Taxi hadde «*krav på å få tildelt den transport som inngår i Spesialskysskontrakten, og at tildeling av Spesialskysskontrakten til DTS følgerlig utgjør et kontraktsbrudd. [...]*».

Som begrunnelse for dette skrev Hurum & Røyken Taxi AS blant annet:

«Det fremgår videre av konkurransegrunnlagenes punkt 12.3 Transportkategorier at konkurransen gjelder to uavhengige transportkategorier; Kategori 1 gjelder transport innenfor Røyken/Hurum kommune. Kategori 2 gjelder transport mellom Røyken/Hurum kommune og andre kommuner. [...]

Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at transport med oppstart i Røyken/Hurum hører under rammeavtalen for Røyken/Hurum og at transport med oppstart i Drammen hører under rammeavtalen for Drammen. Dette er også i samsvar med konkurransegrunnlagets punkt 12.3 hvor det for kategori 2 transport står at kjøring "ut av kommune (også ut av fylke)" skal prises per km. [...]»

- (15) Innklagede avviste klagen i brev 13. september 2017 blant annet med henvisning til at «*[...] Vi oppfatter at klagen i sin kjerne knytter seg til tolkningen av de sideordnede rammeavtalenes transportkategori 2, nærmere bestemt hvilken leverandør som etter rammeavtalene har krav på hvilke spesialskysskontrakter mellom de aktuelle kommunene.*

Konkurransegrunnlagets regulering av hva som inngår i transportkategori 2: Transport mellom kommuner, begrenser seg til følgende ordlyd: «For kjøring ut av kommune (også ut av fylke) skal det oppgis pris per kilometer [...]». I konkurransegrunnlagets vedlagte prisskjema skal leverandørene blant annet fylle ut «*pris pr kilometer mellom gjeldende kommune og annen kommune*». Konkurransegrunnlagets ordlyd slår følgerlig fast at kjøring mellom den kommunen rammeavtalen omfatter og annen kommune er omfattet av rammeavtalene. Utover denne åpenbare geografiske begrensningen - at leverandøren som blir tiltrodd spesialskysskontrakten må ha rammeavtale for en av kommunene som berøres av transporten – er konkurransegrunnlaget taust om hvilken leverandør som etter rammeavtalene har krav på hvilke spesialskyssoppdrag under transportkategori 2. Det er derfor ikke grunnlag for å innfortolke en «*naturlig forståelse*» av ordlyden på dette punktet slik *[Hurum & Røyken Taxi AS]* gjør, da det ikke finnes noen ordlyd som kan indikere noe tolkningsalternativ. Da *[Hurum & Røyken Taxi AS]* og *[Drammen Taxi SA]* begge har inngått rammeavtaler med Brakar om kjøring mellom kommuner, innehar derfor oppdragsgiver Brakar frihet til selv å velge å tildele oppdrag om spesialskyss til den leverandøren man finner mest hensiktsmessig. [...]».

- (16) Klager sendte deretter brev til innklagede 19. september 2017 med varsling om rettslige skritt. I brevet fremgikk det at klager hadde mottatt kopi av klagen fra Hurum & Røyken Taxi AS samt klagesvaret, og at klager oppfattet konkurransegrunnlaget på samme måte som Hurum & Røyken Taxi AS og ellers støttet det som var anført i klagen.
- (17) Det ble avholdt et møte mellom klager og innklagede 29. september 2017 der visse uenigheter ble tatt opp. Fra møtoreferatet fremgikk det blant annet at innklagede opprettholdt sitt syn om at «*Samtlige kontrakter inneholder priser på kjøring «mellom kommuner».* Det betyr at de sideordnede rammeavtalene har overlappende anvendelsesområde. Brakar står dermed fritt til å velge hvilken rammeavtale man ønsker å benytte. [...]»
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. november 2017.
- (19) Hurum & Røyken Taxi AS tok 5. januar 2018 ut stevning for Drammen tingrett, hvor det ble anført at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å tildele Drammen Taxi SA spesialskysstjenester for elever med bosted i Hurum og Røyken kommune.
- (20) Saksøker fikk ikke medhold i dom avsagt av Drammen tingrett 12. juli 2018.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. april 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har brutt regelverket ved å opplyse i kunngjøringene at anskaffelsen ikke var delt opp i delkontrakter.
- (23) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke opplyse i kunngjøringene at anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtaler.
- (24) Innklagede har brutt regelverket ved å kun oppgi én leverandør i kunngjøring av kontraktstildelingene, selv om det i flere av konkurransene var inngått avtaler med flere leverandører for de ulike deloppdragene. Kunngjøring av kontraktstildelingene stemmer da ikke med tildelingsbrevene som klager har mottatt.
- (25) Innklagede har brutt regelverket ved å inngå overlappende rammeavtaler utlyst i ulike konkurranser, uten varsel eller å ha regler for avrop mellom avtalene. Klager viser i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2011/237, som viser at dette kan utgjøre et brudd på regelverket. Det forelå ikke et saklig formål med oppdelingen, og kravene etter anskaffelsesforskriften § 26-3 er heller ikke oppfylt.
- (26) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med avrop på rammeavtalene. Nærmere bestemt var det ikke adgang under den enkelte rammeavtale å tildele oppdrag om transport av elever fra omkringliggende kommuner, til leverandøren i kommunen rammeavtalen er utlyst for. En slik bruk av rammeavtaler "motsatt vei", innebærer tildeling av kjøreoppdrag til en leverandør som ikke deltok i konkurransen om den aktuelle kjøringen eller som ikke vant kontrakten for den aktuelle kjøringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede vedgår at det var angitt i kunngjøringene at det ikke ville bli inngått delkontrakter. De eventuelle feilene ved kunngjøring har imidlertid ikke hatt noen betydning.
- (28) Innklagede vedgår at kunngjøringene ikke inneholdt informasjon om at anskaffelsen gjaldt inngåelse av rammeavtaler. De eventuelle feilene har imidlertid ikke hatt noen betydning. Det er heller ingen holdepunkter for at manglende angivelse av at anskaffelsen gjaldt rammeavtaler har påvirket markedsdeltagelsen.
- (29) Det er riktig at kunngjøringene av kontraktstildelingene kun angir én vinner. Tildelingsbrevene opplyste imidlertid om samtlige leverandører som er tildelt kontrakt. Det bestrides derfor at det utgjør et brudd på regelverket at kun én leverandør var nevnt i tildelingskunngjøringene. Uansett har ikke eventuelle feil hatt noen betydning.
- (30) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å inngå rammeavtaler som overlapper. Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for inngåelse av overlappende rammeavtaler i et tilfelle som det foreliggende. Under enhver omstendighet har innklagede vist til et saklig og konkret behov for å inngå rammeavtaler som overlapper.
- (31) Det bestrides at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med avrop på rammeavtalene. Konkurranses grunnlaget oppstiller kun ett kriterium: at transporten finner sted i den aktuelle kommune (f. eks. Drammen). Dette tilsier at utgangspunktet for transporten ikke har noe å si, så lenge transporten skjer til eller fra Drammen kommune. Kriteriet vedrørende elevens hjemstedskommune – som klager mener at avgrenser rammeavtalens virkefelt – har ikke på noen måte kommet til uttrykk i konkurransegrunnlaget eller rammeavtalen. Interkommunale transportoppdrag er omfattet både av rammeavtalen for avreisekommunen og rammeavtalen for destinasjonskommunen.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder transport av skoleelever hvor det ikke kan benyttes rutegående transport, kalt spesialskyss, som er en tjenesteanskaffelse. Ut fra anskaffelsens art og verdi følger anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (33) Som klager anfører er det et brudd på regelverket at det var opplyst i kunngjøringene at anskaffelsen ikke var inndelt i delkontrakter. Det fremgikk som nevnt i konkurransegrunnlaget at «*Det vil bli inngått rammeavtale(r) for hvert enkelt deloppdrag [...]»*. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 ved å gi motstridende opplysninger i henholdsvis kunngjøring og konkurransegrunnlag, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2017/134, premiss 20.
- (34) Det representerer også et brudd på regelverket at konkurransene er kunngjort som en kontrakt, selv om konkurransene gjaldt inngåelse av rammeavtaler.

- (35) Av forskriften § 21-6 fremgår det at «[n]år oppdragsgiveren har inngått en kontrakt, skal han kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.» Av naturlige grunner må de opplysningene som gis i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen være riktig. Det representerer derfor et brudd på regelverket at innklagede kun oppgav én leverandør i kunngjøring av kontraktstildelingene, selv om det i flere av konkurransene var inngått avtaler med flere leverandører for de ulike deloppdragene.
- (36) Klager anfører også at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved avrop på rammeavtalene, og at innklagede har brutt regelverket ved å inngå overlappende rammeavtaler.
- (37) Disse anførselene er etter klagenemndas syn spørsmål som er avgjort ved dom avsagt av Drammen tingrett 12. juli 2018. Anførselene kan derfor ikke tas til behandling, jf. klagenemndeforskriften § 6 tredje ledd.
- (38) Ovenfor har nemnda konstatert at innklagede har brutt regelverket ved å gi motstridende opplysninger i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Etter nemndas syn er dette feil som kan ha hatt betydning for deltakelsen i konkurransene, og som dermed kan ha påvirket resultatet. Følgelig skal klagegebyret tilbakebetales, jf. klagenemndeforskriften § 13.

Konklusjon:

Brakar AS har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gi motstridende opplysninger om adgangen til å inngi deltilbud.

Brakar AS har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å kunngjøre konkurransene som kontrakter, selv om konkurransene gjaldt inngåelse av rammeavtaler.

Brakar AS har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å kun oppgi én leverandør i kunngjøring av kontraktinngåelsene.

Klagenemnda tok ikke stilling til klagers anførsler om at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved avrop på rammeavtalene, og at innklagede har brutt regelverket ved å inngå overlappende rammeavtaler.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk