



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Tenden Advokatfirma ANS avd Tønsberg
Postboks 423
3101 TØNSBERG
Norge
Anders Hauger

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0217-6

Saksbehandler: Sofie Broch

Dato: 29.10.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 4. juni 2018 på offentlig anskaffelse av pasientreiser for Vestfold og Telemark. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset Telemark HF og Sykehuset i Vestfold HF kunngjorde i fellesskap 8. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for kjøp av pasientreiser for Vestfold og Telemark. Tilbudsfrist var 13. april 2018.
- (2) Klagen angår den del av anskaffelsen som gjelder Sykehuset i Vestfold (heretter *innklagede*).
- (3) Om formålet med konkurransen fremgikk det følgende av konkurransegrunnlaget:

«Det vil bli inngått rammeavtale for kjøp av pasientreiser for følgende bilkategorier:

- *Bilkategori 1- liten bil: Transport av inntil 6 pasienter*
- *Bilkategori 2 - stor bil: Transport av minimum 1 pasient sittende i rullestol + oppesittende*

Oppdragsgiver vil inngå kontrakt med kun en tilbyder pr bilkategori innenfor det enkelte beregningssted, med tilhørende krav til kapasitet, definert i vedlegg 3 - Pris og kapasitet.

I tilfeller hvor en tilbyder får tildelt kontrakt for flere beregningssteder/kategorier vil kontraktene samles til ett kontraktsdokument.

Det er anledning til å gi tilbud på ett eller flere forhåndsdefinerte beregningsteder som fremkommer i vedlegg 3 - Pris og kapasitet.»

- (4) Om tildelingskriteriene ble det angitt i konkurransegrunnlaget at:

«Alle krav til utførelse av tjenesten ivaretas gjennom kvalifikasjonskriteriene, samt til krav om kapasitet oppgitt i konkurransegrunnlagets vedlegg 3 - Pris og kapasitet.

Denne konkurransen er derfor kun basert på tilbudt rabatt på de priser oppdragsgiver har oppført i vedlegg 3 - pris og kapasitet.

Det kan gis differensiert rabatt for de forskjellig beregningsteder.

Tilbyder med høyest rabatt vil være vinner av konkurransen for en eller flere av beregningsstedene.»

- (5) Om retten til å avlyse konkurransen fremgikk det følgende av konkurransegrunnlaget:

«Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen ved bortfall av planlagt finansiering og/eller det foreligger en saklig grunn, jf. Anskaffelsesforskriften §25-4(1).»

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører fordelt på de ulike beregningsstedene og bilkategoriene for Sykehuset i Vestfold HF, herunder fra Vestfold Taxisentral AS, Vestfold Pasientreiser AS og Viken Taxi AS (heretter *klager*).

- (7) Ved brev datert 4. mai 2018 mottok leverandørene tildelingsbrev for de ulike delkontraktene. Av tildelingsbrevet fremgikk det at Vestfold Taxisentral AS var tildelt kontrakt for 28 beregningssteder/bil kategorier. Videre var Vestfold Pasientreiser AS tildelt kontrakt for Tønsberg bil kategori 2 - stor bil, Nøtterøy bil kategori 1 - liten bil og Nøtterøy bil kategori 2 - stor bil. Klager var tildelt kontrakt for Tjøme bil kategori 1 - liten bil, Tjøme bil kategori 2 - stor bil og Tønsberg bil kategori 1 - liten bil.

- (8) Ved brev av 23. mai 2018 klaget klager på tildelingen. Klager viste til at Vestfold Pasientreiser AS ikke oppfylte konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav, og derfor skulle vært avvist.

- (9) Ved brev av 13. juni 2018 ble klager meddelt at innklagede hadde foretatt en ny gjennomgang av anskaffelsen, og gitt klager medhold. Ved gjennomgangen fant innklagede at Vestfold Pasientreiser AS ikke hadde levert dokumentasjon som viste at det finansielle kvalifikasjonskravet var oppfylt. Samtidig sendte innklagede meddelelse om delavlysning av konkurransen. Av meddelelsen fremgikk det følgende:

«Da Vestfold Pasientreiser må avvises fra konkurransen for de to stasjoneringssstedene Tønsberg bil kategori 2 - stor bil og Nøtterøy bil kategori 1- liten bil og bil kategori 2 - stor bil er Viken Taxi AS eneste tilbyder i konkurransen om de to stasjoneringssområdene og bil kategoriene.

I henhold til anskaffelsesforskriften § 25-4 (1) kan oppdragsgiver «avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn». Dette gjelder også dersom anskaffelsen er delt inn i delområder.»

- (10) I e-post av 14. juni 2018 påklaget klager delavlysningen.
- (11) Ved brev av 19. juni 2018 meddelte innklagede at klager ikke fikk medhold. Det ble også informert om at kontrakt var signert for de delområdene som ikke var avlyst.
- (12) Saken ble klaget inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 4. juni 2018.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for kjøp av pasientreiser, som er en tjenesteanskaffelse. Rammeavtalens varighet er tre år, med opsjon på forlengelse i 1+1+1 år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen for de tre delkontraktene Tønsberg bilkategori 2 - stor bil, Nøtterøy bilkategori 1 - liten bil og bilkategori 2 - stor bil.
- (15) Det følger av forskriften § 25-4 første ledd at oppdragsgiver «*kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn*».
- (16) Delvis avlysning er ikke uttrykkelig regulert i forskriften, men det er i praksis åpnet for delvis avlysning i visse tilfeller, jf. Eidsivating lagmannsretts avgjørelse inntatt i RG 1998 s. 178. I klagenemndas sak 2008/209 avsnitt (38), som senere er gjentatt i sak 2009/89 avsnitt (38), 2010/236 avsnitt (36) og 2015/41 avsnitt (28), heter det:

«Momenter ved vurderingen av om delvis avlysning er tillatt er om den delvise avlysningen fører til at konkurransen forrykkes, om potensielle leverandører forhindres i å delta i konkurransen, om det foreligger samtykke til den delvise avlysningen fra deltakende leverandører, om tilbudsprisene var gjort kjent for leverandørene og hvor stor del av anskaffelsen den delvise avlysningen representerer.»

- (17) Den aktuelle anskaffelsen var delt opp i 17 delområder, som igjen var delt opp i to bilkategorier. At tre av disse delkontraktene avlyses, kan ikke sies å utgjøre en stor del av anskaffelsen. Tilbudsprisene for de avlyste delkontraktene er heller ikke gjort kjent. Leverandørene kunne velge hvilke og hvor mange delkontrakter de ville levere tilbud på. Oppdragsgiver ville inngå kontrakt med én tilbyder per bilkategori innen hvert enkelt delområde, og leverandørene måtte levere separate tilbud på hvert delområde. Leverandørene kunne dermed ikke forutsette at de ville bli tildelt flere delkontrakter ved utformingen av tilbudene. Det er derfor ikke holdepunkter for at delavlysningen har forrykket konkurransen.
- (18) Klager påpeker imidlertid at det i kunngjøringen var angitt «*nei*» på om anskaffelsen var delt opp i delkontrakter. Det er opplyst at denne feilen ikke hadde betydning for klagers deltakelse i konkurransen. Feilen i kunngjøringen ville være relevant å se hen til i en vurdering av om hele konkurransen skulle vært avlyst. Dette er imidlertid ikke anført, og sekretariatet kan ikke se at det er grunn til å legge vekt på dette i vurderingen av om konkurransen for de aktuelle delkontraktene kunne avlyses. Det er vanskelig å se for seg på hvilken måte kravet til saklig grunn for å avlyse deler av en konkurranse beskytter interessene til leverandørene som ikke deltar i konkurransen, og for leverandørene som

deltok i konkurransen må det ha vært helt klart at konkurransen var delt opp i delkontrakter.

- (19) Spørsmålet i det følgende er om innklagede hadde «saklig grunn» til å avlyse konkurransen for de tre delkontraktene.
- (20) Høyesteretts dom i Fosen-Linjen (HR-2019-1801-A), gjaldt blant annet spørsmålet om det var saklig grunn til å avlyse konkurransen. I avsnitt 84 viser Høyesterett til omtalen i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 26.2.1. hvor det heter at det er to vilkår som må være oppfylt; «*selve årsaken til avlysningen må være saklig – omtalt som «det objektive vilkåret» – og oppdragsgiveren må ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken – det «subjektive vilkåret».*» I avsnitt 85 peker imidlertid Høyesterett på at det må skilles mellom avlysningsretten etter forskriften og plikten til å betale erstatning, slik at det «*kan være «saklig grunn» til å avlyse selv om oppdragsgiverne har gjort en feil.*»
- (21) Høyesterett oppsummerer deretter vurderingen av saklig grunn til avlysning i avsnitt 86:

«Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. Rt-2007-983 SB Transport avsnitt 91, som igjen viser til kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt-2001-473 Concord. En totalvurdering innebærer etter mitt syn at det er rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter – for å bruke NOUens terminologi – forutsatt at de er saklige. Illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.»
- (22) For de avlyste delkontraktene var det opprinnelig to leverandører som leverte tilbud. Den ene leverandøren ble avvist, fordi det ikke ble levert tilstrekkelig dokumentasjon for at det finansielle kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det gjenstod da bare ett tilbud som ikke skulle avvises. Innklagede anså det som nærliggende at det ville bli konkurranse mellom flere dersom konkurransen ble avlyst, og det ble gjennomført en ny konkurranse om disse delkontraktene.
- (23) At det bare gjenstår ett tilbud som ikke skal avvises, vil kunne utgjøre en saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. sak C-27/98 (Metalmeccanica) avsnitt 32 flg. og C-440/13 (Croce Amica) avsnitt 35 flg.
- (24) Klager viser til at det for andre delkontrakter kun var én tilbyder, men at innklagede ikke avlyste konkurransen for disse delkontraktene. Selv om situasjonen er at det bare har innkommet ett tilbud, vil oppdragsgiver etter omstendighetene likevel kunne se seg tjent med å gjennomføre anskaffelsen. For delkontraktene hvor det bare var inngitt ett tilbud, forventet innklagede at det ikke vil inngis flere tilbud ved en ny konkurranse. At innklagede ikke valgte å avlyse konkurransen for disse delkontraktene, kan derfor ikke tillegges vekt i denne saken.
- (25) På denne bakgrunn er det sekretariatets oppfatning at innklagde her har vist at beslutningen om å avlyse var saklig begrunnet. Etter sekretariatets syn kan klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse deler av konkurransen, klart ikke føre frem.
- (26) Klager anfører også at innklagede har brutt regelverket, ved å ikke gi god nok begrunnelse for de vurderinger som er gjort i forbindelse med delavlysningen.

- (27) Det følger av forskriften § 25-4 (2) at oppdragsgiver skal gi en skriftlig meddelelse om at konkurransen avlyses, som *«skal inneholde en kort begrunnelse og eventuelle opplysninger om at han vil gjennomføre en ny konkurranse om den samme anskaffelsen»*.
- (28) Innklagede har i avlysningsmeddelelsen begrunnet avlysningen med at klager var eneste tilbyder igjen i konkurransen om de aktuelle delkontraktene, etter at den andre tilbyderen ble avvist. Som følge av at det ikke lenger forelå konkurranse om kontraktene, valgte innklagede å avlyse konkurransen for disse. Innklagede har forklart at de samme hensynene ikke gjorde seg gjeldende for delkontraktene hvor det opprinnelig bare var en tilbyder. Innklagede har videre forklart at ny konkurranse om den samme anskaffelsen vil avholdes så snart dette lar seg gjøre.
- (29) Innklagede har etter dette gitt en god nok begrunnelse for hvorfor innklagede valgte å avlyse deler av konkurransen.
- (30) Sekretariatet er etter dette kommet til at klagers anførsler klart ikke kan føre frem.
- (31) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Line Rakner
Seniorrådgiver

Sofie Broch
førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Tenden Advokatfirma ANS avd
Tønsberg

Postadresse

Postboks 423

Poststed

3101 TØNSBERG
Norge

Kontakt/e-post

Anders Hauger
ah@tendenadvokat.no

Kopi til:

Sykehusinnkjøp HF

Postboks 40

9811 VADSØ
Norge

Knut Reinert Skåre
KNSKAA@sykehuspart
ner.no