



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk i 2018 en rammeavtale om kollektivtransporttjenester på buss i Midt-Troms (Midt-Tromskontrakten). Under anbudsprosessen ble linje 404, 406 og 408 i Balsfjord kommune tatt ut av konkurransen. Linjene var på det tidspunktet omfattet av en annen rammeavtale (Balsfjordkontrakten). Innklagede besluttet i 2020 at linjene likevel skulle inkluderes i Midt-Tromskontrakten ved utløpet av Balsfjordkontrakten. Klagenemnda kom til at inkluderingen av linje 404, 406 og 408 i Midt-Tromskontrakten ikke utgjorde en vesentlig endring av kontrakten. Klagers anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. september 2021 i sak 2021/54

Klager: Torghatten Buss AS

Innklaget: Troms og Finnmark fylkeskommune v/ Troms fylkestrafikk

Klagenemndas medlemmer: Elisabeth Wiik, Arnt Skjefstad, Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Innklagede (tidligere Troms fylkeskommune) kunngjorde 25. august 2018 en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del II, for inngåelse av rammeavtale om kollektivtransporttjenester på buss i Midt-Troms (heretter *Midt-Tromskontrakten*). Rammeavtalen skulle vare fra 1. august 2019 til 30. juni 2028, med opsjon på forlengelse i inntil tre år (1+1+1). Tilbudsfristen var 27. september 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.4 «*Oppdragets omfang*» at kontrakten omfattet en rutepakke på kollektivtransport med buss i kommunene Balsfjord, Målselv, Bardu, Sørreisa, Lenvik, Berg, Tranøy, Dyrøy, Salangen, Lavangen, Gratangen, Ibestad, Tromsø (linje 100/105) og Narvik (linje 100). Rutepakken utgjorde 3 434 577 rutekilometer per år og 70 729 rutetimer. I punkt 1.6 «*Kontraktens varighet*» fremgikk følgende oversikt over oppdragets varighet i de ulike ruteområdene:

«Linje 100, 105, 110, 403, 405, 407: 01.08.2019 – 30.06.2028

Linje 350-380: 01.10.2019 – 30.06.2028

Linje 106, 120, 130, 140, 300-342: 01.11.2019 – 30.06.2028

Linje 404, 406, 408: 01.02.2021 – 30.06.2028

Oppdragsgiver kan deretter forlenge avtalen i tre år.»

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

- (3) En nærmere oversikt over linjene i hvert ruteområde fremgikk av vedlegg 3 «*Rutebeskrivelse*» til kontraktsgrunnlaget.
- (4) Linje 404, 406 og 408 var på dette tidspunktet omfattet av en kontrakt mellom Troms fylkestrafikk og Torghatten Buss AS (heretter *klager*) om busstransporttjenester på skolerutene i Balsfjord kommune (heretter *Balsfjordkontrakten*). Kontraktperioden for Balsfjordskontrakten var fra skolestart høst 2014 til 31. januar 2021 etter utløsning av alle opsjoner.
- (5) I Kontrakten punkt 7 «*Justering av volum i kontraktperioden*» var det inntatt følgende bestemmelser om innklagedes adgang til å foreta justeringer av ruteproduksjonen (volumendringer) i kontraktperioden:

«Oppdraget preges av svingninger. Det samlede antall rutetimer og rutekilometer som kjøres årlig i rute i henhold til Kontrakten ("Ruteproduksjonen") viser situasjonen ved kontraktsinngåelse.

Operatøren må påregne justeringer av Ruteproduksjonen (volumendringer) i kontraktperioden, som følge av:

- *Endret fremkommelighet*
- *Endringer i befolkningsmønster*
- *Endringer i økonomiske overføringer til Oppdragsgiver*
- *Endringer i kjøremønster*
- *Endringer i forbindelse med nye skoler, nye bydelsentrum, kjøpesentre og liknende*

Listen er ikke uttømmende.

Oppdragsgiver har til enhver tid rett til å pålegge justeringer av ruteproduksjonen inntil 60% opp eller 20 % ned fra opprinnelig produksjon (nullpunktet).

Slike justeringer av ruteproduksjonen kan være:

- *Økning eller reduksjon av rutekilometer, rutetimer, antall vogner og vognløp*
- *Tilpasning av linjenes traséer*
- *Opprettelse/nedleggelse av linjer*
- *Flytting av linjer mellom kontraktsområder*
- *Endring i antall og type bussmateriell, sjåførbehov, hastighet og andre innsatsfaktorer, herunder posisjonskjøring.»*

- (6) Det var videre fastsatt at justeringer av ruteproduksjonen skal varsles, og skje skriftlig med undertegning fra begge avtaleparter. Ved økning av vogninnsats skulle prisene økes etter satser i en tabell i Vedlegg 5 til kontrakten, og det var bestemt at satsene skulle heves med ti prosent hvert kalenderår fra og med januar 2024. Ved reduksjon av vogninnsatsen skulle operatøren ikke ha krav på kompensasjon for det eventuelle økonomiske tapet man ville lide.
- (7) Det fremgikk av kontrakten punkt 8.1 «*Oppdragsgivers rett til å pålegge Endring*» at oppdragsgiver til enhver tid hadde rett til å gi pålegg om endringer av oppdraget som ikke

var vesentlig. Det var presisert at «justering er ikke endring og gir kun rett til kompensasjon etter punkt 5». Det var fastsatt at endringer blant annet kunne bestå i følgende («listen er ikke uttømmende»):

- *«Endring i type materiell*
 - *Endring i billettsystemer herunder overgang til kontantløse busser*
 - *Endring i drivstoff/energibærer*
 - *Krav om økt/ redusert bemanning eller økte sjåførkvalifikasjoner*
 - *Bytte av indeks*
 - *Flytting av depot, se Vedlegg 4 Anleggsbeskrivelsen.»*
- (8) Anskaffelsens estimerte verdi gikk ikke frem av anskaffelsesdokumentene. Innklagede mottok 29. august 2018 et spørsmål om kravet til bankgaranti for ti prosent av årsgodtgjørelsen. Innklagede opplyste i sitt svar at man estimerer en gjennomsnittlig årsgodtgjørelse på 100 millioner kroner.
- (9) Oppdraget ble endret 28. september 2018 slik at linje 404, 406 og 408 ble tatt ut av konkurransegrunnlaget. Rutepakken utgjorde etter dette 3 400 212 rutekilometer per år og 69 876 rutetimer.
- (10) Midt-Tromskontrakten ble inngått med Tide Buss AS 5. februar 2019.
- (11) Troms og Finnmark fylkeskommune vedtok i fylkesråd 3. mars 2020 at busstransporttjenestene som inngikk i Balsfjordkontrakten ikke skulle lyses ut på ny, og at ruteproduksjonen for linje 404, 406 og 408 skulle legges inn i Midt-Tromskontrakten med virkning fra 1. februar 2021. Av innstillingen til fylkesrådet sitt vedtak gikk det frem at beslutningen var et tiltak for å bringe driftsbudsjettet for kollektivtransport i balanse, og beslutningen ble begrunnet på følgende måte:

«Dagens kontrakt med Torghatten i Balsfjord har en årlig kostnad på 3,9 mill. kr. En ny kontrakt for denne produksjonen vil antageligvis bli dyrere. Årsaken til det er høyere kvalitetskrav til materiell og gjennomføring av ruteproduksjonen i de anbudskonkurranser som fylkeskommunen har gjennomført de siste par år. Dersom kontrakten lyses ut må det settes samme krav til disse linjene som det f.eks. er i busskontrakten for Midt-Troms. Det vurderes også som sannsynlig at en stor aktør vil ende opp med kontrakten uansett pga. stordriftsfordeler, men til en høyere pris enn hvis vi legger den inn i Midt-Tromskontrakten.

Alternativet til anbudsutlysning er at linjene overføres til busskontrakten for Midt-Troms. Dette vil gi en innsparing på 3 mill. kr pr. år uten at man må redusere rutetilbudet. Busskontrakten for Midt-Troms hadde oppstart høsten 2019 og har en varighet til 30.juni 2028. Det er Tide AS som er operatør. I busskontrakten for Midt-Troms er det mulig å justere produksjonen og det er derfor mulig å legge nevnte linjer inn i kontrakten uten at dette er en vesentlig endring.

Dersom produksjonen ikke flyttes vil det måtte det foreslås innsparingstiltak for tilsvarende beløp. Et nærliggende alternativ i dette tilfellet er å redusere produksjonen i Midt-Troms kontrakten. Denne kontrakten gir mulighet for en reduksjon i produksjonen med inntil 20%. En reduksjon med 3 mill. kr vil medføre færre busser og færre

sjåførtimer. Det vil bl.a. berøre rushtrafikken på en merkbar måte siden maks uttak påvirkes av antall busser. Tjenestetilbudet vil bli redusert og dette vil merkes av våre reisende. F.eks. vil vi ved å ta bort to daglige avganger mellom Finnsnes og Sørreisa tur/retur spare ca. 250.000 kr pr. år. Dette vil redusere tilbudet mellom Finnsnes og Sørreisa til et minimum og vil også påvirke korrespondanse med hurtigbåt på Finnsnes. Innenfor Balsfjordkontrakten vil det være umulig å gjennomføre et tilsvarende kutt uten at det vil gå ut over lovpålagte oppgaver (skoleskyss).

En evt. anbudsutlysning må gjennomføres i løpet av våren 2020.

Oppsummering

Ved å flytte busslinjene 404, 406 og 408 fra Balsfjord-kontrakten til Midt-Troms kontrakten vil fylkeskommunen få en besparelse på minst 3 mill. kr. pr. år. Denne besparelsen oppnås uten at tjenestetilbudet reduseres. I tillegg reduseres arbeidsmengden til administrasjonen. Man unngår å gjennomføre en anbudsutlysning med tilhørende arbeid bl.a. til utarbeidelse av anbudsdokumentasjon. Det blir også en mindre kontrakt å følge opp.»

- (12) Innklagede sendte varsel til klager i mai 2020 om at ny konkurranse for Balsfjordkontrakten ikke ville bli kunngjort. Klager påklaget beslutningen 19. juni 2020 og hevdet at innlemmingen av Balsfjordkontrakten i Midt-Tromskontrakten utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede opprettholdt sin beslutning i svar på klagen.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. januar 2021.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. september 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av kollektivtransporttjenester for busslinjene 404, 406 og 408 i Balsfjord. Vedtaket om å inkludere disse linjene i den pågående rammeavtalen mellom innklagede og Tide AS utgjør en endring av kontrakten.
- (16) Endringen er ikke hjemlet i kontraktens endringsklausuler. Det stilles strenge krav til at en endringsklausul er utformet på en klar og presis måte, slik at den i tilstrekkelig grad beskriver en aktuell endring for fremtiden. Anskaffelsesdokumentene inneholdt ikke noen klausul som ga adgang til å inkludere busslinjene 404, 406 og 408 underveis i kontraktsperioden.
- (17) Endringen er vesentlig slik at kontrakten skulle ha vært lyst ut på nytt. For det første har kontraktens omfang blitt utvidet betydelig. For det andre tilsier også en konkret helhetsvurdering at endringen må anses å være vesentlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det bestrides at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (19) Kontrakten sin punkt 7 om justering av volum er tilstrekkelig klar til at den oppfyller kravene til en endringsklausul. Det var angitt at innklagede til enhver tid skulle ha adgang til å pålegge justeringer av ruteproduksjonen inntil 60 % opp eller 20 % ned fra

opprinnelig produksjon (nullpunktet). Endringen ved å inkludere busslinjene 404, 406 og 408 ligger langt innenfor denne rammen.

- (20) Kontraktens omfang har ikke blitt betydelig utvidet som følge av endringen. Verdien av endringen utgjør bare rundt ett prosent av kontraktens totale verdi, og endringen utvider ikke kontrakten til å omfatte andre ytelser enn hva kontrakten i utgangspunktet besto av. Det fremgikk av anskaffelsesdokumentene at Balsfjord-området var omfattet av kontrakten.
- (21) En konkret helhetsvurdering av endringens art og verdi tilsier heller ikke at kontrakten er vesentlig endret.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. § 13a andre ledd.
- (23) Rammeavtalen gjelder forsyningsaktiviteter som nevnt i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) av 12. august 2016 nr. 975 § 1-1, jf. § 1-2, og har etter det opplyste en verdi på over én milliard kroner over hele kontraktperioden. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskriften del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (24) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede foretok en ulovlig direkte anskaffelse ved å endre Midt-Tromskontrakten slik at den fra og med 1. februar 2021 skulle inkludere kollektivtransporttjenestene på busslinjene 404, 406 og 408 i Balsfjord kommune.
- (25) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Dette gjelder også tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/550, avsnitt 19, med videre henvisning til forskriften §§ 24-1 (1) bokstav f og 24-2.
- (26) Det følger av den sistnevnte bestemmelsen at en endring ikke er tillatt dersom den fører til at innholdet i en kontrakt blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.
- (27) Etter klagenemndas oppfatning er det ikke tvilsomt at Midt-Tromskontrakten er endret som følge av at innklagede har inkludert linje 404, 406 og 408 etter kontraktsinngåelsen. Det vises i den forbindelse til at linjene opprinnelig ble tatt ut av konkurransen om Midt-Tromskontrakten.
- (28) Det første spørsmålet er derfor om endringen er tillatt etter noen av alternativene i forskriften § 24-1 (1).
- (29) Innklagede har anført at inkluderingen av linje 404, 406 og 407 var tillatt fordi endringen var omfattet av endringsklausulen i kontrakten punkt 7.

- (30) Det fremgår av forskriften § 24-1 (1) bokstav a at «*endringer som foretas etter en endringsklausul som nevnt i § 15-1 annet ledd*» er tillatte.
- (31) Slik klagenemnda forstår punkt 7 om justeringer i kontrakten, knytter den seg til at busstransport er en tjeneste som etter sin art preges av svingninger. Det åpnes derfor for å justere ruteproduksjonen som følge av endringer i blant annet befolkningsmønster, kjøremønster, bebyggelse mv. Endringen knytter seg i dette tilfellet til at innklagede vil oppnå besparelser ved å slå sammen områder som har vært omfattet av to ulike kontrakter, og har ingen sammenheng med svingninger i oppdraget. Endringen kan derfor ikke hjemles i kontrakten punkt 7.
- (32) Klagenemnda kan heller ikke se at noen av de andre alternativene i forskriften § 24-1 (1) gir grunnlag for endringen av Midt-Tromskontrakten.
- (33) Ut over dette kan oppdragsgiver bare gjøre endringer som ikke er «*vesentlige*», jf. forskriften § 24-1 (1) bokstav f. Det fremgår av forskriften § 24-2 at en endring alltid er vesentlig dersom den
- «a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens omfang betydelig eller*
- d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 24-1 første ledd bokstav e.»*
- (34) Slik saken er opplyst, foreligger ingen holdepunkter for at endringen har påvirket deltakerinteressen eller at den endrer kontraktens økonomiske balanse. Klagenemnda skal vurdere om endringen er vesentlig fordi den «*utvider kontraktens omfang betydelig*».
- (35) For å ta stilling til dette må det foretas en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 34, og klagenemndas avgjørelse i sak 2019/61, avsnitt 35.
- (36) I EU-domstolen sin avgjørelse i sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* kom domstolen til at en kontrakt om redningstjenester i et tysk distrikt ble vesentlig endret, når den ble utvidet til å omfatte et distriktsområde som ikke var omfattet av den opprinnelige avtalen. Utvidelsen medførte en prisøkning som var vesentlig høyere enn terskelverdien for kunngjøringsplikt, se avsnitt 98-101.
- (37) Denne saken skiller seg fra saksforholdet i *Kommisjonen mot Tyskland*. Selv om linje 404, 406 og 408 ble tatt ut av den opprinnelige kontrakten, var ruteområdet i Balsfjord fremdeles en del av kontrakten som har omfattet linje 403, 405 og 407 siden kontraktsoppstart. Endringen gjelder dermed transporttilbudet i et område som allerede var omfattet av Midt-Tromskontrakten. Innklagede har forklart at prisøkningen ved å inkludere Balsfjordkontrakten utgjør 900 000 kroner per år. Med opsjoner har avtalen en varighet på 10 år. Etter klagenemndas syn kan EU-domstolen sin avgjørelse ikke tas til inntekt for at en slik verdiendring, isolert sett, er avgjørende for om endringen må anses vesentlig, slik klager har anført.

- (38) Innklagede har videre vist til at beslutningen om å inkludere linje 404, 406 og 408 i Midt-Tromskontrakten, bygget på et anslag der endringen kun medfører en økning i ruteproduksjonen på ca. én prosent av den totale ruteproduksjonen. Det vises også til at transporttilbudet i Balsfjord kan effektiviseres ved å slå sammen linje 404 og 405, hvilket underbygger den nære sammenhengen mellom endringene og de tjenestene som allerede var omfattet av rammeavtalen. Klagenemnda har derfor etter en konkret vurdering kommet til at endringen ikke utvider kontraktens omfang betydelig.
- (39) Klager har videre anført at endringen er vesentlig etter en helhetsvurdering. Klager har i den sammenheng fremhevet at de aktuelle linjene eksplisitt ble tatt ut av konkurransen, slik at en innlemming av linjene i ettertid må vurderes i lys av at kontrakten ble avgrenset mot nettopp disse linjene. Klagenemnda er enig med klager i at innklagede burde ha avklart på et tidligere tidspunkt om linjene skulle inngå i Midt-Tromskontrakten eller utlyses separat. Klagenemnda kan likevel ikke se at dette er avgjørende. Slik saken ligger an, har endringen ikke påvirket kontraktens omfang eller gjenstand i nevneverdig grad og det foreligger da ingen vesentlig endring.
- (40) Klagenemnda kan heller ikke se at innholdet i kontrakten etter endringen av andre grunner fremstår vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten, jf. forskriften § 24-2 (1).

Konklusjon:

Troms og Finnmark fylkeskommune v/ Troms fylkestrafikk har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk