



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklar kunngjøring. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av taxitjenester for ikke-akutt pasienttransport til Helse Fonna HF. Klager anførte at det forelå flere feil ved kunngjøringen, at konkurransegrunnlaget var uklart, og at anskaffelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å opplyse om estimert verdi per delkontrakt. Slik saken var opplyst, hadde nemnda imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at denne feilen hadde påvirket verken deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen. Klagers anførsel om at konkurransen måtte avlyses, førte dermed ikke frem. Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2021 i sak 2021/351

Klager: Stord Taxi SA

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. november 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om taxitjenester for ikke-akutt pasienttransport til Helse Fonna HF. Anskaffelsens totalverdi for hele avtaleperioden var estimert til 128 millioner kroner ekskl. mva. Anskaffelsen var geografisk oppdelt i 34 forskjellige soner hvor det skulle tilbys taxitjenester, samt to plasseringer hvor det skulle tilbys dagsbil med fast plassering.
- (2) I kunngjøringen var det ikke fylt ut om det var en rammeavtale eller kontrakt som skulle inngås. Det var gitt en kort beskrivelse av anskaffelsen, hvor det var opplyst at anskaffelsen var «delt inn i anbudsområder som fremkommer av konkurransegrunnlaget. For utdypende beskrivelse henvises det til konkurransedokumentene». Det var videre angitt «Nei» som svar på feltet om anskaffelsen var oppdelt i delkontrakter.
- (3) I konkurransegrunnlaget var det under overskriften «Deltilbud og delleveranser» opplyst at leverandørene kunne «inngi tilbud på turer med startadresse innen en eller flere av sonene som følger av bilag 3 – Soner Helse Fonna – pdf». Under overskriften «Antall leverandører» var det opplyst at «Oppdragsgiver vil inngå parallelle rammeavtaler med så mange tilbydere som oppdragsgiver mener det er behov for pr deltilbud, forutsatt at det foreligger gyldige tilbud. [...] Oppdragsgiver vil kun inngå avtale med en tilbyder per deltilbud for dagsbil». Rammeavtalene ville ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i ett + ett år. Tilbudsfrist var satt til 11. desember 2020.

- (4) I kravspesifikasjonen var det stilt ulike «minstekrav». Ett av disse var at «tilbyder må være leveringsdyktig fra estimert oppstartsdato».
- (5) Kontraktene skulle tildeles basert på lavest pris. I prisskjemaet hadde innklagede satt inn de maksimale prisene som ville aksepteres av innklagede. Leverandørene skulle kun fylle inn tall i én av kolonnene, som var kolonnen hvor det ble angitt rabatt.
- (6) I forkant av tilbudsfristen besvarte innklagede flere spørsmål fra leverandørene. Ett av spørsmålene var: «*Dersom ein tilbydar har for eksempel 3 bilar, kor 2 er definert som liten bil og ein som stor bil, kan ein føra opp de same bilane i fleire anbudsområder?*».
- (7) Til dette svarte innklagede: «*Hvis man legger inn flere tilbud på flere soner må man sette prioritering, slik at man ikke kan vinne flere områder hvis man ikke har kapasitet til å drifte flere soner*».
- (8) Det ble stilt to oppfølgingsspørsmål til dette svaret. Det første spørsmålet lød slik:
- «*Oppfølging spørsmål og svar 1: Er det korrekt oppfattet at en ikke kan føre opp samme kjøretøy i for eksempel sone 19 og deretter sone 20, 21, 22 osv. og det kan være en avvisningsgrunn uten at en oppgir en prioriteringsrekkefølge (en kan ikke vinne flere soner med samme kjøretøy?)*».
- (9) Til dette svarte innklagede det samme som på det opprinnelige spørsmålet.
- (10) Det andre oppfølgingsspørsmålet lød slik:
- «*Viser til spørsmål 1: Det står her at man ikke kan vinne flere områder enn en har kapasitet til å drifte. Betyr dette at det ikke er utelukkende pris som vektas, men også antall biler? Så vidt vi kan se er det ikke angitt krav til minimumskapasitet i de forskjellige sonene. Dersom en vinner flere områder enn kapasiteten til dagens bilpark tilsier, er det da tilstrekkelig at kapasiteten utvides innen oppstart, eller vil innlevert bilskjema ved anbudsfrist legges til grunn?*».
- (11) Til dette svarte innklagede:
- «*Oppdragsgiver vurderer hvorvidt kapasitet som tilbys er dekkende for tilfredsstillende kjøring under avtalen, eller om det er behov for å tildele kontrakt til 2. prioritet. Tilbudt kapasitet er ikke gjenstand for evaluering i forbindelse med sammenligning av tilbud med hensikt å kåre en vinner av anbudet. Dersom oppdragsgiver er i tvil om tilbud kapasitet er dekkende for de områdene som tilbyder har lagt inn tilbud på, vil Oppdragsgiver be om avklaring med tilbyder for å forsikre seg om at kapasiteten er dekkende. Krav til kapasitet må være oppfylt med avtalens oppstart, ikke ved inngivelse av tilbud eller anbudsfristens utløp*».
- (12) Innklagede mottok tilbud fra totalt 22 leverandører, herunder Stord Taxi SA (heretter klager) som inngav tilbud på seks av de 34 geografiske sonene. I tilbudet hadde klager opplyst følgende prioritering av sonene det var levert tilbud på:

1) 14, 17 og 18

2) 12

3) 13

4) 10

- (13) Ved tildelingsbrev datert 15. januar 2021 informerte innklagede om hvilke leverandører som var tildelt kontrakter i de forskjellige sonene, og med hvilken prioritering. For sonene 10, 12, 13 og 14 var Haugaland Taxi AS tildelt kontrakt på førsteprioritet med en total rabatt på 15,42 prosent, og klager på andreprioritet med en total rabatt på 11,53 prosent. For sonene 17 og 18 var BSG Transporting ANS tildelt kontrakt på førsteprioritet med en total rabatt på 16,18 prosent, og klager på andreprioritet med en total rabatt på 12,21 prosent.
- (14) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved klage datert 1. februar 2021. Innklagede besvarte klagen den 11. februar 2021, uten å ta den til følge.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. februar 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag. Det var uklart hvilke krav konkurransegrunnlaget stilte til den enkelte leverandørens kapasitet. Dette ble forsterket av mangelfulle og uklare svar på spørsmål fra leverandørene. Konkurransegrunnlaget var også uklart ved at det ikke fremgikk tydelig at man som valgt leverandør kunne takke nei til avrop uten risiko for sanksjoner eller økonomiske konsekvenser.
- (18) Videre har innklagede brutt regelverket ved utformingen av kunngjøringen. Det fremgår ikke av kunngjøringen om det skal inngås rammeavtaler eller kontrakt. Det står videre at anskaffelsen ikke er oppdelt i delkontrakter. Kunngjøringen inneholder dessuten ikke opplysninger om estimert verdi for de forskjellige sonene, kun totalverdi for hele anskaffelsen. De sistnevnte opplysningene fremgår heller ikke av konkurransegrunnlaget.
- (19) Disse feilene kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning, og har klart påvirket både deltakerinteressen og utfallet av konkurransen for klager. Det er små forskjeller i pris mellom valgte leverandør og klagers tilbud, og pris var eneste tildelingskriterium. Kjennskap til estimert verdi av delkontraktene kunne derfor hatt betydning for utfallet av konkurransen. Det kunne også vært aktuelt for klager å inngi tilbud på andre, tilgrensende soner dersom estimatene var kjent.
- (20) Det er grunn til å vurdere om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ettersom de ulike delkontraktene ikke er identifisert i kunngjøringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at det foreligger plikt til å avlyse konkurransen. Det er ikke operert med en kapasitetsvurdering ved tildeling av kontraktene. Det var oppstilt et krav i kravspesifikasjonen om at leverandørene måtte være leveringsdyktige, noe de ble ansett

å være dersom de kunne tilby en liten bil per sone. Opplysningene i konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig til at leverandørene kunne vurdere om de var leveringsdyktige, og hvor mange soner de ville inngi tilbud på. Dersom det ble inngitt tilbud på flere soner enn man hadde kapasitet til å drifte, ble man bedt om å sette opp en prioritering. Det var imidlertid ikke gitt at det ble nødvendig å se hen til denne prioriteringen.

- (22) Det fremgår ikke av kontraktsvilkårene at mislighold der leverandøren ikke kan eller vil svare på avrop, kan sanksjoneres. For å ha sanksjonsmulighet må dette fremgå klart. Leverandørene forventes å sette seg inn i de deler av kontrakten som er relevant for prising av tilbudet før tilbudsfrist.
- (23) Det erkjennes at det foreligger en mangel ved kunngjøringen ved at det ikke er opplyst om verdi for de enkelte delkontraktene. Denne feilen har imidlertid ikke virket inn på verken utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen. Å avlyse en konkurranse i slike tilfeller vil stride mot prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.
- (24) De øvrige manglende opplysningene har åpenbart ikke hatt betydning for utfallet av konkurransen for klager, som har gjort seg kjent med konkurransedokumentene. Det er heller ikke ført noe som helst bevis for at eventuelle feil med kunngjøringen har hatt betydning for deltakerinteressen.
- (25) Til klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse bemerkes det at kontrakt ikke er inngått.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder ikke-akutt pasienttransport som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 128 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Uklart konkurransegrunnlag

- (27) Klagenemnda tar først stilling til om det var uklart hvilke krav konkurransegrunnlaget stilte til den enkelte leverandørens kapasitet. Klager har vist til at dette var uklart i selve konkurransegrunnlaget, og at uklarheten ble forsterket av svarene som ble gitt av innklagede i spørsmålsrunden.
- (28) Hvorvidt det foreligger et uklart konkurransegrunnlag må ses i lys av de krav som stilles til utforming av konkurransegrunnlag i anskaffelsesregelverket. For anskaffelser som følger forskriften del III, står det i § 14-1 (3) bokstav a at konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om «*hva som skal anskaffes, inkludert [...] absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle*». Det nærmere innholdet av konkurransegrunnlaget beror på en tolkning. Ved fastsettelsen av innholdet i konkurransegrunnlaget, skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå det, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, avsnitt 44. Dette innebærer at ordlyden i konkurransegrunnlaget og hva anskaffelsen gjelder, vil stå sentralt.

- (29) I kravspesifikasjonen var det oppstilt krav om at leverandørene måtte «*være leveringsdyktig fra estimert oppstartsdato*». Leverandørene var videre bedt om å fylle ut skjemaet «*Oversikt bilskjema*» for å vise hvilke biler og løyver som ville benyttes i de forskjellige områdene.
- (30) Til denne delen av konkurransegrunnlaget ble det stilt flere spørsmål som innklagede besvarte. Spørsmålene, og innklagedes svar på dem, er gjengitt i avsnitt 6 til 11 ovenfor. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at slike svar må likestilles med opplysninger i selve konkurransegrunnlaget, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/390, avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (31) Slik klagenemnda leser den ovennevnte informasjonen, ville en leverandør i utgangspunktet bli ansett som leveringsdyktig hvis han kunne tilby én liten bil per delkontrakt ved oppstart av avtalen. Klagers anførsel om at dette var uklart, kan ikke føre frem. Ut fra sammenhengen er det også helt klart at dette var en vurdering som innklagede ville gjøre av om leverandørene kunne oppfylle den aktuelle delkontrakten. Klagers anførsler om at dette var noe som skulle inngå i evalueringen av tilbudene, kan ikke føre frem.
- (32) Klagenemnda kan heller ikke se at det var uklart om man kunne svare nei på forespørsler om avrop uten at innklagede ville kunne sanksjonere et slikt avslag. Av rammeavtalen gikk det frem at leverandøren måtte gi beskjed i god tid før turens starttidspunkt dersom han ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å gjennomføre turen, slik at «*[l]everandører med lavere prioritet kan planlegge reisen*». Dette kan vanskelig forstås på en annen måte enn at leverandørene i utgangspunktet sto fritt til å velge om man ville påta seg en tur eller ikke.
- (33) Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart, har etter dette ikke ført frem.

Feil i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget – opplysninger om type kontrakt og angivelse av estimert verdi for delkontrakter

- (34) Klagenemnda ser så på spørsmålet om det foreligger brudd på regelverket som følge av uriktige eller manglende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (35) Klager har for det første vist til at det i kunngjøringen manglet opplysninger om at det var rammeavtaler som skulle inngås, og ikke en enkelt kontrakt, samt at det ikke fremgikk hvor mange delkontrakter som skulle inngås.
- (36) Det følger av forskriften § 21-1 (1) at oppdragsgiver skal «*publisere alle kunngjøringer i Doffin i samsvar med skjemaer som er fastsatt av departementet*».
- (37) Kunngjøringsskjemaet for publisering i Doffin og TED inneholder felter for de nevnte opplysningene. Feltet hvor det opplyses om hvilken type kontrakt som skal inngås var ikke fylt ut, og feltet hvor det opplyses om anskaffelsen er oppdelt i delkontrakter var besvart med «*Nei*».
- (38) Det fremgikk imidlertid av kunngjøringen at anskaffelsen var «*delt inn i anbudsområder som fremkommer av konkurransegrunnlaget. For utdypende beskrivelse henvises det til konkurransedokumentene*». Av konkurransegrunnlaget, som ble gjort kjent for leverandørene sammen med kunngjøringen, fremgikk det videre blant annet at innklagede ville «*inngå parallelle rammeavtaler med så mange tilbydere som oppdragsgiver mener*

det er behov for per deltilbud, forutsatt at det foreligger gyldige tilbud». Under overskriften «Deltilbud og delleveranser» var det opplyst at «Det er mulig å inngi tilbud på turer med startadresse innen en eller flere av sonene som følger av bilag 3 – Soner Helse Fonna – pdf.». Også i prisskjemaet fremgikk det opplysninger om at anskaffelsen var oppdelt i delkontrakter, og hvor mange delkontrakter det var, ved at leverandørene skulle krysse av for hvilke soner man inngav tilbud på. I tillegg fremgikk det at «I kolonnen "Prisene gjelder følgende områder" skal tilbydereren angi hvilke deltilbud prisene gjelder for».

- (39) Når konkurransegrunnlaget og kunngjøringen leses i sammenheng, mener klagenemnda at det fremgikk tilstrekkelig klart for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør at anskaffelsens kontraktstype var rammeavtale, og at den var inndelt i delkontrakter.
- (40) Klager har for det andre vist til at innklagede ikke har opplyst om estimert verdi for de enkelte delkontraktene i kunngjøringen, jf. direktiv 2014/24 bilag V del C, hvor det i punkt 8 angis at det i «*udbudsbekendtgørelser*» skal angis «*[d]et anslåede samlede omfang af kontrakten eller kontrakterne. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance*».
- (41) Klagenemnda finner det klart at innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse om den estimerte verdien av delkontraktene. Dette bruddet på regelverket er for øvrig erkjent av innklagede.

Avlysningsplikt

- (42) Spørsmålet videre er om denne feilen innebærer at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (43) Ikke enhver feil gir oppdragsgiver avlysningsplikt. Dette ville stride mot anskaffelseslovens formålsbestemmelse i § 1 første punktum, som angir at loven skal «*fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser*». En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått en feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen, se blant annet HR-2019-1801-A, avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16, avsnitt 106. Det er klager som må sannsynliggjøre dette, jf. eksempelvis Underrettens avgjørelse i sak T-345/03, avsnitt 149 og LE-2011-40623. En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det foreligger en «*nærliggende faktisk mulighet*» for at feilen har virket inn, jf. LE-2011-40623.
- (44) Slik saken er opplyst, finner klagenemnda ikke grunnlag for å konstatere at feilen har hatt betydning verken for utfallet av konkurransen for klager eller for deltakerinteressen.
- (45) Klagenemnda viser for det første til at feilen var synlig for samtlige leverandører allerede i kunngjøringen. Innklagede mottok tilbud fra 22 leverandører. Det var ingen av disse som rettet en forespørsel til innklagede om å få utlevert volumtallene. Det tyder på at verken klager eller noen av de 21 andre leverandørene var avhengig av denne informasjonen for å inngi tilbud i konkurransen, jf. til sammenligning EU-domstolens avgjørelse i sak C-538/13, avsnitt 54 til 56, Underrettens avgjørelse i sak T-914/16, avsnitt 97-99, EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16, avsnitt 119 og klagenemndas avgjørelse i sak 2014/75, avsnitt 26.

- (46) I tilsvaret har innklagede videre levert en leverandørliste fra Mercell som viser hvor mange leverandører som har bedt om tilgang til konkurransegrunnlaget. Av de 31 leverandørene som hadde bedt om tilgang, var det 22 som leverte tilbud. Av disse var det 19 som ble tildelt kontrakt. Av leverandørene som ikke leverte tilbud, hadde tre av dem uttrykkelig opplyst i Mercell om at de ikke ønsket å levere tilbud. De øvrige leverandørene var, så vidt klagenemnda forstår, enten leverandører fra andre geografiske områder enn de som rammeavtalen omfattet, eller enkeltpersonforetak som kjører for en av de leverandørene som leverte tilbud. Det er ingen holdepunkter for at leverandører avsto fra å delta som følge av den manglende angivelsen av hver enkelt rammeavtales verdi.
- (47) Klagers anførsel om at feilen medfører avlysningsplikt, har etter dette ikke ført frem. Klagenemnda kan på denne bakgrunn heller ikke se at klager har rett på å få klagegebyret tilbakebetalt, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (48) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan klart ikke føre frem, da kontrakt for denne anskaffelsen ikke er inngått.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke opplyse om delkontraktenes estimerte verdi.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

Dokumentet er godkjent elektronisk