



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Klassifisering av anskaffelse. Annet.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om skoleskyss og bestillingstrafikk i to nærmere angitte områder. Avtalen hadde også en opsjon om enerett for drosjetransport i de samme områdene. Klager anførte at det var i strid med regelverket å koble sammen de to ytelsene i samme anskaffelse, og at metoden for verdiberegning av eneretten skulle vært publisert i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2021 i sak 2021/369

Klager: Ferder Taxi AS

Innklaget: Viken fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad.

Bakgrunn:

- (1) Viken fylkeskommune ved Østfold kollektivtrafikk (heretter *innklagede*) kunngjorde 23. desember 2020 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av skoleskyss og bestillingstrafikk i to delområder. Rammeavtalen skulle inngås med én leverandør per delområde, med varighet på fire år og opsjon på forlengelse for innklagede på ett år.
- (2) Anskaffelsen inneholdt også en opsjon på enerett for drosjetransport i de samme delområdene. Anskaffelsens totale verdi var estimert til 300 millioner kroner ekskl. mva. Frist for forespørsel om å delta i konkurransen var satt til 18. januar 2021, og tilbudsfrist var 18. februar 2021.
- (3) I forkant av kunngjøringen hadde innklagede den 23. november 2020 lagt ut konkurransegrunnlaget til høring. I dette konkurransegrunnlaget var enerett for drosjetransport en integrert del av anskaffelsen. Ferder Taxi AS (heretter *klager*) inngav høringssvar datert 9. desember 2020. Da innklagede oversendte konkurransegrunnlaget til tilbyderne som hadde sendt forespørsel om å delta i konkurransen, den 22. januar 2021, var eneretten ikke lenger en integrert del av konkurransen, men en opsjon som innklagede kunne utløse.
- (4) Om anskaffelsens estimerte verdi var det opplyst følgende:

«Samlet verdi på Rammeavtale om skoleskyss- og bestillingstrafikk anslås til totalt om lag 44 millioner kroner pr år. Verdien av avtale om Enerett anslås til om lag 15-16 mill kr pr år. Totalverdien av Avtalen, basert på elevtall, prisnivå og omsetningstall i 2019, kan dermed anslås til om lag 60 mill kroner pr år (ekskl mva).»

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

- (5) Om opsjonen på tildeling av enerett for drosjetransport var det i konkurransegrunnlaget opplyst følgende:

«Avtale om Enerett vil gi Leverandør en eksklusiv rettighet til drosjedrift i Indre Østfold-regionen og i Våler kommune (bokstavene b og c ovenfor). Tildeling av Enerett innebærer at andre løyvehavere ikke kan tilby drosjetjenester internt i enerettsområdet i den perioden Eneretten gjelder.

«Dette gjelder imidlertid ikke løyvehavere som utfører persontransport internt i enerettsområdet i henhold til kontrakt, f.eks. skoleskyss og pasientreiser. Tildeling av Eneretter gir ikke automatisk rett til annen kontraktkjøring i enerettsområdet, og avtale om annen kontraktkjøring gir ikke automatisk rett til eksklusiv drift i enkeltturmarkedet.

[...]

Avtale om Enerett gir ikke rett til Godtgjørelse fra Oppdragsgiver.

Tilbyder skal levere tilbud også på opsjonen.»

- (6) I konkurransegrunnlagets bilag som beskrev opsjonen om enerett for drosjetransport var det ytterligere presisert:

«Ved innløsning av denne opsjonen tildeles Leverandøren Enerett på å tilby drosjetjenester, med unntak av kontraktskjøring, og i tråd med relevante vedtak fra Viken fylkeskommune, innenfor følgende kommuner:

1) Marker, Indre Østfold, Skiptvet og Rakkestad kommuner

2) Våler kommune

Driftsrisikoen for Eneretten er plassert hos Leverandøren, og Oppdragsgiver yter ikke vederlag for drosjetjenestene. Betaling skjer direkte mellom Passasjer og Leverandør. Maksimalprisforskriften gjelder i begge avtaleområder.»

- (7) Om varigheten for opsjonen om enerett for drosjetransport var det opplyst:

«Denne opsjonen må innløses senest 1 (en) måned etter at Avtalen er signert.

Eneretten har en varighet fra 1. august 2021 frem til og med 31. juli 2025. Oppdragsgiver har deretter ensidig rett til å forlenge opsjonen på samme vilkår med 1 år, totalt inntil 5 år.»

- (8) Det var stilt visse innholdsmessige krav til eneretten for drosjetransport:

«Leverandør har ansvar for å disponere Bilene slik at publikums behov for drosjer er best mulig dekket alle dager, hele døgnet og hele året. Leverandør skal ha rutiner for å sikre at dekningsgraden i området opprettholdes når drosjer får tur ut av avtaleområdet, og spesielt sørge for et tilstrekkelig fremmøte av drosjer ved knutepunkt og andre steder hvor det er størst behov.

Leverandøren har i punkt 7 nedenfor beskrevet nærmere sitt tilbud og er minimum forpliktet av dette i hele avtaleperioden.»

(9) Tildelingskriteriene i konkurransen var «Pris under Rammeavtalen» (40 prosent), «Miljømessige egenskaper under Rammeavtalen» (30 prosent) og «Kvalitet på opsjon om Enerettsavtale» (30 prosent).

(10) Om tildelingskriteriet «Kvalitet på opsjon om Enerettsavtale» var det presisert følgende:

«Oppdragsgiver vil under kvalitet av besvarelsen vurdere organisering og tiltak mv. for å sikre innbyggerne et kvalitetsmessig best mulig drosjetilbud i de aktuelle kommunene.

Tilbyder skal i Bilag 7 beskrive:

- *Organisering av drosjevirkosomheten*
- *Antall Biler, kapasitet og utstyr*
- *Universell utforming, herunder rullestolbiler mv*
- *Gjennomsnittsalder på bilparken*
- *Fordeling av Biler/dekningsgrad og forventet responstid i ulike deler av avtaleområdet. Forventet responstid kan for eksempel beskrives med utgangspunkt i en fordeling på by, bynære områder/tettsteder og distrikt, samt ulike responstider til ulike tider av døgnet og uken.*
- *Bestillingstider for reservasjoner ut mot publikum.*
- *Opplæring/kurs utover minimumskravene som dekker de behov som er nødvendig for å ivareta og utvide servicebegrepet i næringen, herunder testing av språk og lokal kjennskap.*

Leverandørens sjåførreglement/instruks skal legges ved tilbudet.»

(11) Innklagede mottok forespørsel om å delta i konkurranse fra tre leverandører, Moss Taxi AS, Minibuss 27-7 AS og klager. De tre leverandørene ble invitert til å inngi tilbud. Klager valgte å ikke levere tilbud på bakgrunn av de forhold som er påklaget. Minibuss 24-7 AS ble tildelt kontrakt for delområde Indre Østfold, og Moss Taxi AS ble tildelt kontrakt for delområde Våler.

(12) Klagen ble bragt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. februar 2021.

(13) Kontrakter med de valgte leverandørene ble inngått 19. april 2021.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. juni 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å kombinere en anskaffelse av skoleskyss og bestillingstrafikk med tildeling av enerett for drosjetransport. Tildelingen og konkurransevilkårene er derfor i strid med de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Disse ivaretas ikke ved å tildele eneretten som en opsjon.
- (16) Ved å gjøre tildelingen av enerett for drosjetransport til en opsjon i denne anskaffelsen, påvirker innklagede prisen på de tilbud som inngis, og pålegger valgte leverandør en økonomisk belastning. Innklagedes egeninteresse i å erverve transporttjenestene billigst mulig er et utenforliggende hensyn som gjør at den forvaltningsmyndighet som utøves ved tildeling av enerett rammes av myndighetsmisbrukslæren.
- (17) Det kan ikke være lovlig at det er opp til innklagede å fritt bestemme om enerett skal tildeles eller ikke som følge av en opsjon.
- (18) Når innklagede ikke har gjennomført tildelingen av eneretten i samsvar med anskaffelsesregelverkets grunnprinsipper, er det i realiteten gjennomført et ulovlig direkte innkjøp.
- (19) Videre har innklagede brutt regelverket ved ikke å angi metode for verdiberegning i anskaffelsesdokumentene, jf. konsesjonskontraktforskriften § 5-2 (3). Innklagede har heller ikke gjort en forsvarlig verdiberegning, da det ikke er gjort en nærmere gjennomgang av hvordan normalomsetningen er avgrenset i forhold til verdien av eneretten, altså hvor stor del av normalomsetningen som realistisk sett vil være omfattet av eneretten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at regelverket er brutt. Utgangspunktet i anskaffelsesregelverket er at det ikke er gitt noen forbud mot å kombinere to ytelser i en og samme anskaffelse. Anskaffelsen er lovlig selv om ytelsene kunne vært anskaffet i separate anskaffelsesprosesser. Det finnes ikke særskilte holdepunkter for at en slik blandet anskaffelse som i dette tilfellet er ulovlig.
- (21) Yrkestransportloven § 9a pålegger fylkeskommunene å tildele eneretter for drosjetransport etter konkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket. Dette regelverket vil da få anvendelse, som en særregulering.
- (22) Det er heller ikke grunnlag for at bruk av en ensidig opsjon er i strid med regelverket. Dette kan følgelig heller ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Opsjoner regnes som en del av anskaffelsen, og eneretten har på denne måten vært tildelt ved gjennomføring av konkurranse, i henhold til regelverket.
- (23) Anskaffelsen følger anskaffelsesforskriften, og ikke konsesjonskontraktforskriften. Det foreligger derfor ikke krav til at metoden for verdiberegningen skulle vært angitt i anskaffelsesdokumentene. Videre er den verdiberegning som er gjennomført for eneretten forsvarlig gjennomført basert på tilgjengelige tall. Det er stilt få krav om utførelsen av eneretten i konkurransegrunnlaget, slik at valgte leverandør i stor grad kan styre utførelsen selv, og dermed i hvilken grad eneretten utnyttes.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men har unnlatt å levere tilbud på grunnlag av de forhold som er påklaget. Klager anses derfor å ha saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (25) Klagenemnda tar først stilling til hvilken forskrift anskaffelsen følger. Konkurransen gjelder rammeavtale for skoleskyss og bestillingstrafikk, samt opsjon på tildeling av enerett for drosjetransport.
- (26) Skoleskyss og bestillingstrafikk utgjør en tjenesteanskaffelse, som i utgangspunktet omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 12. august 2016 nr. 974. Om opsjonen for tildeling av enerett for drosjetransport var det opplyst at driftsrisiko for eneretten var plassert hos leverandøren, og at innklagede ikke ville yte vederlag for disse drosjetjenestene. Driftsrisikoen var således reell. Avtalen om enerett for drosjetransport er dermed i utgangspunktet en konsesjonskontrakt som omfattes av forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) av 12. august 2016 nr. 976, jf. konsesjonskontrakt-forskriften § 1-1, jf. § 1-2.
- (27) Anskaffelsesforskriften kapittel 6 inneholder bestemmelser om blandede anskaffelser. Bestemmelsenes formål er å klargjøre hvilket regelsett som skal gjelde når oppdragsgiver foretar en blandet anskaffelse. Bestemmelsen i § 6-4 omhandler blandede anskaffelser som delvis er omfattet av forskriften og delvis innebærer en konsesjon. Dersom ytelsene *«kan skilles fra hverandre på en objektiv måte»*, står oppdragsgiver fritt til å velge om det skal inngås separate kontrakter *«etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten»*, eller *«en blandet kontrakt etter forskriften»*.
- (28) Innklagede har valgt å gjennomføre anskaffelsen som en blandet kontrakt etter anskaffelsesforskriften del III, jf. § 6-4 (1) bokstav b. Verdien av den del av kontrakten som gjelder skoleskyss og bestillingstrafikk, overstiger EØS-terskelverdien i § 5-3. Konsesjonskontraktforskriften kommer derfor ikke til anvendelse, jf. § 6-4 (1) bokstav b andre punktum.
- (29) Anskaffelsen følger etter dette lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73, og forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III.
- (30) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket, ved at metoden for beregning av opsjonens verdi ikke er angitt i konkurransedokumentene. I motsetning til den tilsvarende bestemmelsen i konsesjonskontraktforskriften § 5-2, kreves det ikke at oppdragsgiver beskriver metoden for beregning av kontraktens verdi i anskaffelsesdokumentene for anskaffelser som følger anskaffelsesforskriften. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Beregning av kontraktens verdi

- (31) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre en forsvarlig vurdering av opsjonens verdi i anskaffelsesdokumentene.
- (32) Det følger av forskriften § 5-4 at oppdragsgiver skal *«beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betaling ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene»*. Beregningen skal være *«forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen»*.

- (33) For beregningen av opsjonens verdi, la innklagede til grunn informasjon om omsetningstall basert på opplysninger fra dagens løyvehavere. Klagers innvending mot verdivurderingen, retter seg mot at det ikke foreligger en nærmere gjennomgang av hvor stor del av normalomsetningen som realistisk sett vil være omfattet av eneretten.
- (34) Som følge av den nylige endringen i yrkestransportlova har det, etter det klagenemnda kjenner til, ikke tidligere vært gjennomført anskaffelser om tildeling av enerett for drosjetransport. Videre vil valgte leverandør i stor grad selv avgjøre hvordan og i hvilken utstrekning eneretten skal gjennomføres, da driftsrisiko er plassert hos valgte leverandør. På bakgrunn av dette er klagenemnda av den oppfatning at innklagede har vært så spesifikk som det var mulig å være i verdiberegningen. Klagenemnda har ikke holdepunkter for at verdiberegningen ikke var forsvarlig.
- (35) Klagers anførsel fører ikke frem.

Sammenkobling av ytelsene

- (36) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å kombinere anskaffelse av skoleskyss og bestillingstransport, og opsjon for tildeling av enerett for drosjetransport i samme anskaffelse. Klager har vist til flere forhold som ifølge klager gjør en slik kombinasjon av ytelser problematisk.
- (37) For å unngå at mindre befolkede områder står uten et tilstrekkelig drosjetilbud etter opphevingen av behovsprøving for drosje mv., har fylkeskommunene nå adgang til å tildele enerett for drosjetransport til en eller flere løyvehavere for å tilby drosjetjenester innenfor en eller flere kommuner, jf. yrkestransportloven § 9a. Av bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at det ved tildeling av enerett «skal nyttast konkurranse så langt det følgjer av lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser og forskrifter gjevne med heimel i lova».
- (38) I Prop. 70 L (2018-2019), er fremgangsmåte for tildeling av enerett behandlet. Her fremgår det at ved tildeling av eneretter må fylkeskommunene «følge reglene om offentlige anskaffelser, herunder legge opp til mest mulig konkurranse», se side 45. Videre henvises det til høringsnotatet hvor departementet vurderte at anskaffelsesregelverket åpner for at offentlige myndigheter kan samordne kjøp av ulike drosjetjenester i samme kontrakt. Dette vil være en vurdering den ansvarlige myndighet må foreta for å se om det er hensiktsmessig innenfor rammen av gjeldende regler. Avslutningsvis trekkes det frem at dette kan være «særlig relevant for fylkeskommunene ved kjøp av skoleskyss», se side 45.
- (39) Om fylkeskommunenes adgang til å gi lokale eneretter, ble det videre på side 81, punkt 7.3 uttalt:

«Videre vil eneretter som ikke også inneholder rettigheter til kontraktskjøring ha betraktelig lavere verdi i mange distrikter sammenlignet med behovsprøvingen som er i dag. I områder der kontraktskjøring utgjør en stor del av drosjemarkedet kan bortfallet av driveplikten medføre et så lavt etterspørselsgrunnlag i det gjenværende markedet, at det ikke er attraktivt å etablere seg i enkeltturmarkedet. I mange løyvedistrikt utgjør kontraktsmarkedet hovedparten av all drosjekjøring. Departementet mener derfor at ansvarlige myndigheter bør vurdere å samordne kjøp i kontraktsmarkedet og tildeling av eneretter innenfor gjeldende rettslige rammer.»

- (40) Det er på denne bakgrunn klart at fylkeskommunene skal tildele eneretter på bakgrunn av en offentlig anskaffelse. Videre har det vært lovgivers intensjon, ved endringen av yrkestransportloven, å gi ansvarlige myndigheter mulighet til å gjennomføre konkurranser som delvis gjelder tildeling av enerett for drosjetransport, og delvis andre kjøp av drosjetjenester. Dette forutsetter at anskaffelsen gjennomføres innenfor gjeldende rettslige rammer. Klagers anførsel om at bestemmelsen i yrkestransportloven § 9a fjerde ledd er en prosesshenvisning, men ikke gjør tildelingen til en anskaffelse, kan ikke føre frem.
- (41) Klager har innvendt at ved å kunngjøre en konkurranse med disse to ytelsene, vil innklagede kunne påvirke prisen på tilbudene som kommer inn. Ifølge klager utgjør dette et utenforliggende hensyn ved tildeling av eneretten.
- (42) Et av hovedhensynene bak anskaffelsesregelverket er å sikre konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4. En naturlig konsekvens av konkurranse er at priser i tilbudene påvirkes ut fra hva som skal anskaffes. I enhver anskaffelse har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn for å avgjøre hva som skal anskaffes, og på hvilke vilkår. Det ligger i sakens natur at deltakerinteressen vil påvirkes av hvordan oppdragsgiver definerer sine behov. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har gått ut over det innkjøpsfaglige skjønnet ved å kombinere de to ytelsene, slik som i denne anskaffelsen. Klagenemnda kan heller ikke se at opsjonens eventuelle betydning for prissettingen av de andre ytelsene, er utenforliggende i relasjon til anskaffelsesregelverket.
- (43) Videre mener klager at det er i strid med regelverket at det ikke er oppstilt vilkår om hva som skal til for at opsjonen utløses eller ikke.
- (44) Klagenemnda er ikke enig i dette. En opsjon innebærer at oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt, til å anskaffe en ytelse som det ikke er sikkert at vil bli bestilt. Ved opsjoner i offentlige anskaffelser, anses opsjonen som en del av anskaffelsen. Dette synliggjøres blant annet ved at verdien av opsjonen skal tas med i verdiberegningen av kontrakten eller rammeavtalen, jf. forskriften § 5-4 (1). Opsjonen om enerett for drosjetransport har i denne saken også vært en del av det leverandørene har konkurrert på i konkurransen, ved at et av tildelingskriteriene i konkurransen var kvalitet på opsjonen om enerettsavtalen. Regelverket oppstiller ingen regler om at det må stilles ytterligere vilkår for utløsning av opsjoner, utover det som er gitt i denne konkurransen.
- (45) De krav og kriterier som er oppstilt i denne anskaffelsen, har vært avgjørende for hvilken leverandør som får tildelt eneretten, dersom innklagede velger å utløse opsjonen. Dersom opsjonen ikke utløses, vil innklagede måtte gjennomføre en ny konkurranse om tildeling av eneretten. Klagenemnda kan ikke se at dette strider mot prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet.
- (46) Klagers anførsler om at det ikke foreligger saklig sammenheng mellom hovedytelsen og opsjonen, og at anskaffelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Viken fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk