



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av rammeavtale for pasienttransport. Klager anførte at innklagede hadde foretatt to ulovlige direkte anskaffelser. Det ble anført at rammeavtalen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, både fordi man hadde anvendt konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten nødvendig hjemmel, og fordi avtalen var vesentlig endret på grunn av endret oppstartstidspunkt og manglende håndhevelse av mislighold. For det annet anførte klager at en midlertidig avtale med klager som dekket anskaffelsesbehovet mellom gammel og ny rammeavtale utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, da hjemmelen for å unnta den fra kunngjøring ikke var oppfylt. Klagenemnda konkluderte med at det ikke var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse knyttet til selve rammeavtalen, men ila gebyr på fire prosent av anskaffelsens verdi for den midlertidige avtalen.

Klagenemndas gebyrvedtak 28. desember 2023 i sak 2023/55

Klager: Tromsø Taxi AS

Innklaget: Universitetssykehuset i Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Universitetssykehuset i Nord-Norge HF (heretter *innklagede*) sin anskaffelse av pasienttransport.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 107 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.
- (3) Saken gjelder to avtaler som innklagede inngikk om pasienttransport. Vedtaket om overtredelsesgebyr gjelder kun avtalen som ble inngått med klager, og som løp fra 1. november 2021 til og med 31. januar 2022. Anførlene knyttet til rammeavtalen inngått med Boreal Transport AS, som løp fra 1. februar 2022, har ikke ført frem.
- (4) Klagenemnda vil i det følgende behandle både anførlene knyttet til rammeavtalen og til den midlertidige avtalen.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Bakgrunn:

- (5) Klagen gjelder to avtaler om pasienttransport. Den første avtalen ble inngått med Boreal Transport AS (heretter *valgte leverandør*) den 10. september 2021 etter en konkurranse med forhandling uten kunngjøring. Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget ha oppstart 1. november 2021, men kontraktsoppstart ble utsatt til 1. februar 2022. Den andre avtalen ble inngått 29. oktober 2021 med Tromsø Taxi AS (heretter *klager*), og løp fra 1. november 2021 til ny avtale med valgte leverandør trådte i kraft 1. februar 2022.
- (6) Avtalene var en del av innklagedes anskaffelse av rammeavtale med flere leverandører for pasienttransport, som til sammen skulle dekke innklagedes nedslagsfelt for pasienttransport landeveis. Den aktuelle kontrakten gjaldt pasienttransport med startsted Tromsø sentrum. Kontraktens varighet var tre år med opsjon på ytterligere ett år. Estimert verdi for hele anskaffelsen var i kunngjøringen oppgitt til 280 millioner kroner.
- (7) Avtalene ble inngått etter at innklagede hadde gjort flere forsøk på å gjennomføre en konkurranse for anskaffelse av nye rammeavtaler om pasienttransport.
- (8) Innklagede kunngjorde 10. februar 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med flere leverandører om pasienttransport landeveis. Konkurransen ble avlyst 19. februar 2021, grunnet uklarheter og/eller avvik i konkurransegrunnlaget.
- (9) Innklagede kunngjorde 30. mars 2021 en ny åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale. Tilbudsfrist ble utsatt i to omganger, og ble endelig satt til 18. mai 2021.
- (10) Innklagede hadde delt konkurransen inn i 30 delkontrakter, kalt startsteder eller fastprisområder, der man ville inngå rammeavtale med én leverandør pr. startsted eller fastprisområde. Delkontrakten med startsted Tromsø sentrum var den klart største delkontrakten. I grunnlagsdata og statistikk vedlagt konkurransegrunnlaget, sto det at det i 2019 var kjørt pasienttransportoppdrag i Tromsø kommune til en omsetning på 21 450 000 kroner. I konkurransegrunnlaget sto det samtidig at *«Oppdragets egenart tilsier imidlertid at det er umulig for oppdragsgiver å vite hvilket antall turer leverandørene vil få i avtaleperioden, og om turene vil gå i samme retning som tidligere. Dette fordi antall pasienter og behov vil variere. Oppdragsgiver er følgelig ikke ansvarlig for at tilsvarende oppdrag eller kjøremønster vil gjenta seg.»*
- (11) Innen tilbudsfrist leverte klager, valgte leverandør, samt den tidligere leverandøren, tilbud for delkontrakten med startsted Tromsø sentrum.
- (12) I brev av 27. mai 2021, meddelte innklagede at konkurransen med startsted Tromsø sentrum, ble avlyst, med begrunnelse at alle tre mottatte tilbud oversteg innklagedes budsjett.

- (13) Den 3. juni 2021 sendte innklagede ut invitasjon til de tre leverandørene som hadde levert tilbud på delkontrakt med startsted Tromsø sentrum, og inviterte dem til en konkurranse med forhandling uten kunngjøring for den aktuelle delkontrakten. Etter spørsmål fra en leverandør, skrev innklagede følgende om reglene for konkurransen:

«Det er FOA §13-3a som er hjemmelen for å invitere til forhandling uten en ny kunngjøring. Det innebærer at de leverandørene som var kvalifisert i den ordinære åpne anbudskonkurransen blir invitert inn til forhandling, samt at det foreligger ingen vesentlige endringer i kravspesifikasjon eller kontraktsvilkår.»

- (14) Det ble ikke utarbeidet et nytt konkurransegrunnlag for konkurransen med forhandling uten kunngjøring. I stedet ble konkurransedokumentene fra den sist avlyste konkurransen videreført. Dette gjaldt også spørsmål og svar fra den runden.

- (15) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at kontrakt ville tildeles leverandøren som tilbød det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 70 prosent) og «Kvalitet (miljø)» (vektet 30 prosent). Under miljøkriteriet evaluerte man hvor miljøvennlig bilpark leverandørene hadde tilbudt, ut fra følgende kategorier:

«- Andel biler som skal benyttes i gjennomføringen av avtalen med utslipp mindre enn 80 g Co2/km – målt etter WLTP standard

- Andel biler som skal benyttes i gjennomføringen av avtalen med utslipp mindre enn 35 mg NOX/km – målt etter WLTP standard Andel*
- EL-biler/nullutslippsbiler»*

- (16) I vedlegget «*Evalueringsskjema pris og kvalitet*», skulle leverandørene fylle ut det totale antallet biler de tilbød å stille til oppdragsgivers disposisjon for den aktuelle kontrakten, samt hvor mange biler det var innenfor hver utslippskategori. Det fulgte av konkurransegrunnlaget at innklagede ville evaluere på grunnlag av sammensetningen av biler som ble tilbudt.

- (17) Det fulgte videre at leverandørene ved kontraktsinngåelse skulle fylle ut vedlegget «*Bilskjema*». Det sto i konkurransegrunnlaget at informasjonen som fremkom av dette skjemaet var ment som grunnlag for oppfølging av leverandør i avtaleperioden, for å sikre at andelen ulike miljøvennlige biler tilsvarte det man var vurdert etter i konkurransen.

- (18) I oversikten over startsteder, som fulgte konkurransegrunnlaget, sto det at startsted Tromsø sentrum hadde et minimumsbehov på 20 biler. Området var ett av syv kontraktsoner som var merket som «*Miljøsone*». Av kontraktsdokument punkt 3.1, fulgte det at i en radius av 10 km fra startsteder merket «*Miljøsone*», ville det fra 1. januar 2023 prioriteres oppdrag til nullutslippsbiler så lenge det var tilgjengelig kapasitet. Fra 1. januar 2024 ville dette innføres for alle startsteder.

(19) I kravspesifikasjonen punkt 9.1, sto det at leverandøren måtte oppgi det antall biler som minimum kan være i drift for innklagede samtidig. Dette måtte minimum tilsvare minimumskravet i konkurransen. Av punkt 9.2 fulgte det at det var leverandørens ansvar til enhver tid å stille tilbudt kapasitet til disposisjon for innklagede. Fullstendig bilskjema måtte videre leveres i forbindelse med kontraktsinngåelse og kunne fremlegges i kontraktsperioden på forespørsel.

(20) Kravspesifikasjonen kapittel 10 gjaldt personvern og personsikkerhet. I punkt 10.7 sto det:

«Leverandør skal sørge for at alt personell som får tilgang til informasjon om reisende på pasienteiser, har signert taushetserklæring som er vedlagt i anskaffelsen. Signerte erklæringer skal kunne fremlegges på forespørsel»

(21) Av kontraktsgrunnlaget punkt 9.4 fulgte det at leverandøren til enhver tid måtte tilfredsstillere kravspesifikasjonen som ble benyttet i konkurransen. Videre sto det i kontraktsgrunnlaget punkt 10.1 *«Oppfølging av tildelingskriteriet miljø i avtaleperioden»*:

«I avtaleperioden vil Leverandør bli målt på om sammensetningen av ulike miljøbiler og fossile biler i leveransen er like god som tilbudt pr. startsted eller fastprisområde iht. innlevert tilbud. Det forutsettes at alt materiell tilfredsstiller Kundens krav, og at skifte av materiell som skal brukes meldes til Kunde ved oppstart for aktuelt materiell (eksempelvis ved oppdatert bilskjema).

Avvik over tid i sammensetning mellom miljøbiler og fossile biler i forhold til hva som er tilbudt og hva som leveres, vil anses som mislighold i tråd med avtalens punkt 11.»

(22) Kontraktsgrunnlaget punkt 10.2 gjaldt oppfølging av kapasitet i avtaleperioden. Det fulgte av dette at leverandøren var ansvarlig for til enhver tid å stille tilbudt kapasitet til disposisjon, og at innklagede ville følge opp at kapasitet var i henhold til inngitt tilbud.

(23) Kontraktsgrunnlaget kapittel 11 gjaldt mislighold. I punkt 11.1 *«Dagmulkt knyttet til oppstart»*, sto det at *«dersom Leverandøren ikke oppfyller kravene i kontrakten ved oppstart av tjenesten og dette får konsekvens for tilgjengelighet, påløper dagmulkt automatisk.»*

(24) Av punkt 11.2 fulgte det at *«Det foreligger mislighold fra Leverandørens side dersom tjenesten ikke er i samsvar med de krav og frister som er avtalt.»* Unntak gjaldt der situasjonen skyldtes innklagede eller force majeure.

(25) Det ble gjennomført to spørsmålsrunder i forbindelse med den avlyste anbudskonkurransen som kom før den gjeldende konkurransen. Et spørsmål gjaldt dagmulftsanksjon dersom det forelå avvik ved oppstart av kontrakten:

«Ved bestilling av ny bil er det som regel varierende leveringstid. Biler vil ikke bli bestilt før anbudet er avklart, dermed kan det bli forsinkelser ved oppstart på de nye bilene. Utløser dette dagsmulkt?»

(26) Innklagede svarte:

«I utgangspunktet skal tilbudt materiell være tilgjengelig fra avtaleoppstart. Oppdragsgiver vil kunne akseptere at leveringstid på materiell medfører at deler av kapasiteten kan bli noe forsinket hvis det er snakk om materiell med miljøvennlig teknologi. Tilbyder bes redegjøre for forventning til leveringstid som en del av tilbudet hvis dette er tilfelle.»

(27) Som svar på spørsmål om bilskjema skulle fremlegges ved avtalesignering eller ved oppstart av avtalen, siden *«Vi får ingen til å skaffe nye biler før man har en avtale i hånd»*, svarte innklagede man ville endre dette slik at bilskjema skulle leveres før avtalestart.

(28) Det ble også stilt spørsmål om bruk av biler som avvek fra det tilbudte:

«Hva om tilbyder har reservebil tilgjengelig, ut over minimumskravet, som ikke oppfyller miljøprofilen det er inngått avtale på. Kan den benyttes uten at det vil være avtalebrudd?»

(29) Innklagede svarte:

«Reservebilen vil ikke kunne benyttes innenfor rammen av avtalen dersom det ikke tilfredsstiller miljøprofilen som er tilbudt. Vil det være et kapasitetsbehov over tid som overstiger tilbudt kapasitet, vil leverandør få mulighet til å utvide kapasitet innenfor samme miljøprofil. Ønskes ikke det vil det vurderes å lyse ut avtale som 2. prioritets leverandør for det aktuelle startstedet. For kortvarige behov vil oppdragsgiver vurdere hvilke alternativer som vurderes som mest hensiktsmessig for det enkelte oppdrag.»

(30) Det ble også stilt spørsmål om hvordan evalueringen ville premiere en større bilpark:

«Man har jo i prinsipp fjernet den fordel man kunne ha ved å ha flest mulig biler i sitt skjema, da man bare vil evaluere på minimum. Hvis man har 3 ganger så mange biler som en konkurrent, men taper på grunn av at man har en elbil mindre. Hvordan kan dette forsvares? Hvordan telles kapasitet?»

Hvis man har oppgitt flere biler enn minimum, vil dette også telle med når man vurderer boteleggelse hvis man ikke har antallet biler ved oppstart?»

(31) Innklagede svarte:

«Kapasitetskravene er satt i forhold til forventet behov. Det er da den som har den beste miljøsammensetningen i det materiellet som skal benyttes i avtalen som da får

best skår på dette kriteriet. Om da en annen tilbyder kan tilby 3 ganger så mye kapasitet som vi trenger har det begrenset verdi og dermed noe vi ikke har ønsket å vektlegge i denne anbudskonkurransen. Kapasiteten telles i forhold til de løyvene og det materiellet tilbys for innfri rammeavtalens forpliktelser.

Det vil være kapasitet i forhold til kapasitetskravet som ligger til grunn for vurdering av en eventuell bøteleggelse grunnet manglende levering fra avtalestart. Dette sees da også i sammenheng med den miljøprofilen på det materiellet som tilbys i forhold til det som er tilgjengelig fra avtalestart.»

- (32) Alle tre leverandørene leverte tilbud. Klager innga først et tilbud med 10 elbiler, 10 hybrider og 56 fossilbiler i første tilbud.
- (33) Det ble gjennomført én forhandlingsrunde. Etter forhandlingsmøte 16.06.2021 innga klager et revidert tilbud med 21 elbiler og 10 hybridbiler.
- (34) Valgte leverandør tilbød utelukkende 20 elbiler for denne delkontrakten.
- (35) Innklagede meddelte 6. juli 2021 at valgte leverandør var tildelt den aktuelle delkontrakten. Formell tildeling fant sted 3. september 2021.
- (36) I henvendelse av 7. september 2021, ba valgte leverandør om at oppstartstidspunkt for kontrakten ble flyttet til 1. januar 2022:

«I lys av en noe forsinket kontraktsignering foreslår vi, for få tilstrekkelig tid til materiellanskaffelse og rekruttering, at oppstart av kontrakt settes til 1.1.2022.»

- (37) Utsettelse til 1. januar 2022 ble akseptert av innklagede.
- (38) Innklagede tok deretter initiativ til å flytte kontraktsoppstart ytterligere én måned. Den 9. september 2021 sendte innklagede over et nytt avtaleutkast til valgte leverandør, med kontraktsoppstart 1. februar 2022.
- (39) Siden den nye kontrakten ikke ville ha oppstart da den gamle kontrakten løp ut 1. november 2021, forsøkte innklagede å utløse en del av en ettårig opsjon under gjeldende transportavtale, som man ønsket skulle gjelde frem til 1. februar 2022. I den eksisterende avtalen sto det følgende om avtalens varighet og opsjoner:

«18.1 Varighet

Avtaleperioden er 2 år fra og med dato for avtalt oppstart av tjenesten, med inntil 2 års (1+1) opsjon, til sammen inntil 4 år, med mindre det fremgår noe annet av oversikten for det aktuelle anbudsområdet.

18.2 Uttak av opsjon

Oppdragsgiveren har ensidig rett til å beslutte uttak av opsjon, på opprinnelige vilkår. Hvis utviklingen tilsier at vilkårene og/eller leveransen ikke lenger er konkurransedyktige, kan oppdragsgiver kreve at vilkårene og/eller leveransen

forbedres, som forutsetning for å løse ut opsjonen. Leverandøren kan velge å motsette seg dette, men ikke uttak av opsjon på opprinnelige vilkår. Det kan uansett ikke foretas vesentlige endringer i avtalen.»

(40) I oversikten over det aktuelle anbudsområdet, sto det at avtaleperioden var «1.11.19 – 31.10.21 + inntil 1+1 års opsjon».

(41) I brev datert 14. september 2021, meldte eksisterende leverandør at man ikke aksepterte dette. Eksisterende leverandør skrev følgende om kontraktens ordlyd:

«Det kan ikke ses på ordene “inntil 2 år” i kontrakten 18.1. isolert sett. Det er uttrykkelig presisert at de to årene skal bety “1+1 år”. Dersom avtalen skulle hjemle at man forlenger avtalen med et vilkårlig antall måneder av gangen, ville ikke tillegget “1 + 1 år” ha noe meningsinnhold.»

(42) I brev 16. september 2021, bestred innklagede eksisterende leverandørs forståelse av opsjonsadgangen i kontrakten. Klagenemnda forstår det imidlertid slik at innklagede valgte ikke å forfølge opsjonsalternativet videre.

(43) Innklagede kunngjorde deretter 30. september 2021 en åpen anbudskonkurranse med forkortede frister for en rammeavtale fra 1. november 2021 til 31. januar 2022.

(44) Innklagede mottok ett tilbud i konkurransen, fra eksisterende leverandør. Tilbudet ble avvist, da tilbudet ikke ble ansett konkurransedyktig.

(45) Innklagede tok etter dette kontakt med det man anså som mulige leverandører i Tromsø som hadde kapasitet til å inngå en «oppgjøravtale», som skulle løpe fra 1. november 2021 til 31. januar 2022. I anskaffelsesprotokollens overskrift sto det at anskaffelsen fulgte forskriften del I, og innklagede skrev følgende om avtalens estimerte verdi:

«Anskaffelsen har ingen økonomisk verdi. Den regulerer kun hvordan oppgjør skal skje, forøvrig godtgjøres transporten etter gjeldende markedspriser. Avtalen regulerer ikke volum, og kan tilbys alle potensielle leverandører tilknyttet dette startstedet. Alternativ til en slik avtale ville vært at den enkelte pasient måtte legge ut selv for transporten for å få det refundert i ettertid.»

(46) Av anskaffelsesprotokollen fulgte det videre at konkurransen ikke var kunngjort, og at man hadde sendt likelydende tilbud til eksisterende leverandør og klager.

(47) Innklagede ble ikke enig med eksisterende leverandør om vilkårene, og eksisterende leverandør ble ikke tilbudt en avtale. Klager aksepterte oppgjøravtalen slik den ble tilbudt, og oppgjøravtale ble inngått med klager den 29. oktober 2021, med oppstart 1. november 2021. Avtalen løp frem til 31. januar 2022. Vilråene var blant annet:

«Oppdrag betales ihht maksimalprisforskriftens takster, med unntak av §9 tillegg for forhåndsbestilling.»

Leverandør aksepterer følgende i forhold til praktisk gjennomføring av transporten:

- *Transportør aksepterer oversendelse av oppdrag elektronisk via SUTI*
- *Transportør aksepterer pkt. 5.1 i kravspesifikasjonen for eksisterende avtaler (personvern)*
- *Transportør forholder seg til retningslinjer for pasientreiser landeveis, slik de fremgår av eksisterende avtaler*
- *Turer kan avvises senest 2 timer før turen skal gå. Etter dette må turen gjennomføres.»*

(48) Innklagede og valgte leverandør hadde flere møter fra kontraktsignering til oppstart. Av møterefertatene følger det at valgte leverandør høsten 2021 var i gang med å ansette flere sjåfører, men at man i desember fortsatt manglet ansatte. Eventuell mangel på sjåfører ville imidlertid bli løst ved å bruke andre sjåfører internt i selskapet. Det fulgte videre at man i desember la til grunn at alle bilene ville bli levert i Tromsø innen midten av januar 2022.

(49) I møterefertat fra 6. januar 2022, fremgår det at valgte leverandør hadde ansatt flere sjåfører og at rekrutteringsarbeidet fortsatte, men at valgte leverandør ville bruke tilkallingsvikarer for å dekke opp kontrakten.

(50) Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør hadde som avtalt oppstart 1. februar 2022.

(51) I møterefertat av 7. februar 2022, står det:

«Kapasitet: Fortsatt under 20 biler. Årsak er sykdom ifbm corona og andre ting. Bruker tilkallingsvikarer, men pga at 4 av fastsjåfører ikke har fått kjøreseddel enda er det ikke nok til å holde kapasiteten på 20. En får kjøreseddel neste uke, de tre andre har også fått dato.»

(52) Videre om bruk av underleverandører sto det:

«UNN etterspør om Boreal kjøper turer fra andre når de ikke kan levere på minimumskapasiteten. Boreal sier de er i kontakt med Taxi 1 ift å kjøpe turer. UNN påpeker at krav i kontrakt ift må følges ved avtale med underleverandører, da særlig ift taushetserklæringer, miljøprofil på kjøretøy osv.»

(53) Partene avholdt et nytt møte 10. februar 2022. I referatet står det blant annet følgende om kapasitet og bruk av underleverandører:

«9/2 hadde de 15 biler i drift. De har kjørt noen turer med underleverandører, uten at de per nå har oversikt over hvor mange.»

UNN påpeker at ved bruk av underleverandører må det formaliseres i form av avtaler som imøtekommer de krav rammeavtalen innehar. Det være seg taushetserklæringer, miljøprofil, sosiale krav til transportør og kunnskap om rutinene og retningslinjene

som gjelder for pasienttransport. Boreal skal bruke 5 elbiler hos Taxi 1 og vil besørge at det formelle er på plass når avtalen trår i kraft.»

- (54) Møtereferatet gjennomgår også andre avvik knyttet til leveransen og håndtering av disse, samt problemer knyttet til kommunikasjonen mellom aktørene under kontrakten og valgte leverandørs systemer.

- (55) Den 15. februar 2022 var det et nytt møte mellom partene, der det blant annet fremgår følgende om kapasitet:

«UNN sier at kapasitet under 20 biler på hverdager og under 4 biler i helgene nok er årsak til mange av avvikene som har oppstått og må komme på plass. Dette sammen med sjåfør opplæring som nevnt tidligere. Boreal sier at kapasiteten vil bedre seg framover og at de har sjåfør møte i kveld for opplæring i rutiner.»

- (56) Øvrige avvik ble også tatt opp. Innklagede ba om at taushetserklæringen ble oversendt snarest.

- (57) I e-post av 16. februar 2022 informerte innklagede om at det nå påløp dagmulkt grunnet manglende kapasitet:

«I møte 10.2 ble det sagt at kapasitet fra mandag 14.2 skulle være 20 biler. Dette ville være ihht minimumskapasiteten bedt om i avtalen.

Mandag 14/2 hadde Boreal 16 biler i drift. I løpet av avtaleperioden fra 1. februar har ikke Boreal levert ihht minimumskapasitet.

Ihht pkt 11 i rammeavtalen påløper det derfor nå dagbøter fra 14.02 fram til levert kapasitet er ihht avtale eller i 30 dager.»

- (58) I referat etter møte mellom partene 25. februar 2022 sto det om kapasitet og underleverandører:

«Onsdag og torsdag var det lite biler pga høyt fravær, da også korona. Undertransportør er benyttet. De synes det er en fortvilende situasjon. De hadde torsdag 12 biler tilgjengelig.»

- (59) I samme referat informerer valgte leverandør om at man får nye sjåfører i drift fra 1. mars, og at man forventer at kapasiteten blir bedre fra da av.

- (60) I møtereferat etter møte 14. mars 2022, fremgår det at valgte leverandør den uken vil inngå avtale med en underleverandør om bruk av fem biler.

- (61) Valgte leverandør opplyste i e-post til innklagede at den aktuelle underleverandøren i februar og mars 2022 kjørte henholdsvis 73 og 81 turer for valgte leverandør, og at ca. 38 prosent av turene var med el-bil.

- (62) I referat fra et møte mellom partene 28. april 2022, står det om underleverandører:

«UNN må ha avtale før Boreal bruker Taxi 1. Det skal også leveres bilskjema, villkår må være kjent hos underleverandør og taushetserklæring signeres. Boreal kan ikke bruke underleverandør før dette er i orden og godkjent av UNN.»

- (63) I møtereferat fra 16. juni 2022 står det følgende om underleverandører:

«Erkjenner at Taxi1 brukes.

StineS poengterer at dette er avtalebrudd.

Roar sier de sender kun slike turer over pr tlf, og de bruker EL biler.

StineS poengterer at sjåførene snakker ut til andre passasjerer om at Boreal kjører med Taxi1 som underleverandør.

Noen av turene uten rett status kan være slike turer.

Boreal må svare på hvor mange turer som Taxi1 har kjørt.»

- (64) I begge disse møtene blir også øvrige problemstilling knyttet til drift og avvik tatt opp.

- (65) I referat av 30. juni 2022, fremgår følgende om bruk av underleverandør:

«Boreal bruker ikke Taxi 1 etter at de har fått dette påpekt fra UNN. Driftssentralen i Trondheim har i noen tilfeller glippet på dette, men det er nå gitt klare retningslinjer for at det ikke skal skje. Følges opp framover også. UNN etterspør fortsatt oversikt over turer hvor Taxi 1 har kjørt etter oppstart 1. februar.»

- (66) I møtereferat av 16. august 2022, står det om underleverandører:

«Tilbakemelding på bruk av Taxi 1 i nødtilfeller

-StineS har spurt hvor mange turer disse er brukt

-Er brukt 20 – tjue turer i mai og juni.

Boreal bruker ellers ikke disse, da det mangler avklaring.»

- (67) I e-postkorrespondanse mellom partene fremgikk det at valgte leverandør strevde med å identifisere hvilke turer underleverandøren hadde kjørt.

- (68) Den 31. august 2022 sendte innklagede varsel om heving av rammeavtalen. Varselet var begrunnet slik:

«Det vises til tidligere møtepunkter og tilbakemeldinger på Boreal Travel AS sine leveranser i avtaleperioden. UNN har gjentatt kommunisert at bruk av underleverandører enten må opphøre, eller formaliseres i henhold til avtalen. I deres e-post av 22. august 2022 og forutgående korrespondanse fremgår det at det ikke er formalisert noen avtale, og at Boreal Travel fortsatt bruker Taxi 1 til å løse oppdrag omfattet av avtalen uten at Boreal Travel AS synes å ha noe kontroll på omfanget.

UNN ser seg derfor nødt til å varsle heving i henhold til rammeavtalens punkt. 7. Om ikke forholdene bringes i orden innen 25.09.2022, vil avtalen heves med tre måneders virkning. Dette innebærer at det ikke aksepteres at Boreal Travel AS benytter seg av underleverandører fra mottak av dette brev og frem til en eventuell

avtale er formalisert og underleverandør er godkjent av UNN. Boreal Travel AS står også fritt til å bekrefte at de i fortsettelsen vil løse avtalen med egen kapasitet.»

- (69) I møtoreferat av 15. september 2022, opplyser valgte leverandør at et nytt selskap vil etablere seg i Tromsø høsten 2022, og bli underleverandør.
- (70) Den 28. september 2022 sendte valgte leverandør e-post til innklagede, der man opplyste at den tidligere brukte underleverandøren ikke var brukt etter 26. juli 2022, og at man hadde kjørt alle turer med egne biler.
- (71) Innklagede la til grunn at forholdene i hevingsvarselet var brakt i orden, og avtalen ble ikke hevet som varslet.
- (72) Den 7. desember 2022 ga innklagede godkjenning til bruk av NorgesTaxi som underleverandør på rammeavtalen.
- (73) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. februar 2023.
- (74) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. september 2023. Varsel om overtredelsesgebyr ble sendt innklagede 12. oktober 2023. Innklagede innga sine kommentarer til varselet 1. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (75) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelser i forbindelse med rammeavtalen med valgte leverandør. Det er for det første gjort en endring av kontraktens oppstartstidspunkt. For det annet har innklagede unnlatt å håndheve mislighold av kontraktsvilkår. Videre er kontrakten anskaffet ved en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at vilkårene for dette var oppfylt.
- (76) Videre anfører klager at den midlertidige avtalen mellom innklagede og klager, som dekket opp perioden før rammeavtalen med valgte leverandør trådte i kraft, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Vilrårene for gjennomføring av en hasteanskaffelse var ikke oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (77) Innklagede bestrider at det er foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (78) Kun to av månedene med utsettelse skyldtes valgte leverandørs kapasitetsutfordringer. Utsettelsen var ikke egnet til å påvirke konkurransen.
- (79) Innklagede anfører at man har fulgt opp mislighold under kontrakten, og at det ikke foreligger en aksept av mislighold fra innklagedes side.

- (80) Innklagede har i merknader til klagen og til gebyrvarselet anført at den midlertidige avtalen mellom innklagede og klager er i tråd med unntakene i regelverket. Innklagede anfører at nemndas forståelse av unntaksbestemmelsen i forskriften § 13-3 bokstav e er for streng. Innklagede anfører at det sentrale må være at en kunngjort konkurranse ble forsøkt innenfor et tidsrom der det var realistisk å få inngått en kontrakt, og at det samtidig er vanskelig å se for seg hvordan en tidligere kunngjøring ville endret innklagedes handlingsalternativer og beslutningen om å etablere en oppgjørsavtale. Innklagede ber også klagenemnda ta stilling til den midlertidige avtalens verdi, og om denne er over terskelverdi. Innklagede anfører at det ikke foreligger en faktisk leveringsforpliktelse for leverandøren, og at kontrakten først og fremst er en regulering av at leverandøren kan fakturere innklagede fremfor at pasientene krever refusjon fra innklagede.

Klagenemndas vurdering:

- (81) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Fristen for å fremsette en påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13 annet ledd. Klagen gjelder kontrakter som er inngått 10. september 2021 og 29. oktober 2021, og klagen er dermed rettidig.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (82) Klager har anført at både rammeavtalen med valgte leverandør og den midlertidige oppgjørsavtalen med klager, utgjør ulovlig direkte anskaffelser. For rammeavtalen er det anført flere grunnlag for den ulovlig direkte anskaffelsen. Klagenemnda vil først behandle anførselene knyttet til rammeavtalen, og deretter den midlertidige avtalen inngått med klager.

Rammeavtalen med valgte leverandør – manglende kunngjøring

- (83) Den første problemstillingen er om innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at vilkårene for dette var oppfylt.
- (84) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (85) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 § 5-1 andre ledd og § 8-17 første ledd. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen, jf. § 21-1. På tidspunktet for anskaffelsen av rammeavtalen var både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien 1,3 millioner kroner ekskl. mva. Det er uomtvistet at rammeavtalen oversteg disse terskelverdiene, og anskaffelsen ble i utgangspunktet kunngjort.

- (86) Innklagede gikk videre til en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring om delkontrakten med startsted Tromsø sentrum, da den forutgående konkurransen ble avlyst begrunnet med at alle tre mottatte tilbud oversteg innklagedes budsjett.
- (87) Ifølge forskriften § 13-3 bokstav a, kan en oppdragsgiver bruke konkurranse med forhandling uten kunngjøring, dersom oppdragsgiveren i en forutgående åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud, jf. § 13-2 bokstav e. Etter § 13-2 bokstav e, vil et uakseptabelt tilbud være et tilbud som oppdragsgiver ikke kan akseptere, blant annet fordi det *«overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen»*. Det er dermed et vilkår at oppdragsgiver må ha satt et budsjettak for anskaffelsen før iverksettelsen av konkurransen. Videre må oppdragsgiver kunne dokumentere dette.
- (88) Bestemmelsen har tilsvarende ordlyd som forskriften § 24-8 (2) bokstav d, som gir oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett. I klagenemndas avgjørelse i sak 2022/881 tolket nemnda den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsforskriften slik at innklagede må fastsette og dokumentere budsjettet før iverksettelsen av konkurransen, og at budsjettet må være faglig holdbart og forsvarlig.
- (89) Klager har anført at de mottatte tilbudene ikke oversteg oppdragsgivers budsjett, og at budsjettaket ikke var dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen. Det vises til at tilbudenes verdi, sett sammen med de andre delkontraktene, er innenfor rammeavtalens estimerte verdi i kunngjøringen. Innklagede har på sin side anført at prisene oversteg budsjettert pris, og at estimert verdi i kunngjøringen ikke gir uttrykk for hvilke kostnader oppdragsgiver har budsjettert for, og heller ikke har vært styrende for vurderingen av om tilbudene var uakseptable.
- (90) Innklagede har vist til en forklaring fra innkjøpssjef i Helse Nord RHF. I forklaringen viser innkjøpssjefen til at man i forkant av anskaffelsen forholdt seg til kilometerprisen i eksisterende rammeavtale, som også var indeksregulert i juli 2020. I styresak for Helse Nord 22. oktober 2020, ble basisrammen i budsjettet for 2021 justert med 2,3 prosent, hvilket var 0,3 prosentpoeng under forventet lønns- og prisstigning. Innkjøpssjefen opplyser at man på denne bakgrunn tok den indeksregulerte kilometerprisen i eksisterende avtale, og ganget denne med budsjettjusteringen på 2,3 prosent. Beløpet man da fikk, ble en kilometerpris som utgjorde budsjetttrammen for den nye anskaffelsen. Da alle tilbudene i den kunngjorte konkurransen oversteg denne prisen, ble konkurransen avlyst.
- (91) Klagenemnda legger til grunn innkjøpssjefens forklaring, som på bakgrunn av mottatt dokumentasjon fremstår sannsynliggjort. Det opplyste budsjettaket bygget på de budsjetttrammene som var gitt til pasienttransport. Budsjettaket tok utgangspunkt i kostnadene man hadde under eksisterende kontrakt, og la på en prosentvis økning i tråd med forventet prisvekst. Dette fremstår faglig holdbart og forsvarlig.

- (92) Innklagede har ikke lagt frem et eget dokument der budsjettgrensen for anskaffelsen og tilbudene er skrevet ned. Innklagede har imidlertid opplyst om kilometerpris på eksisterende avtale, og lagt frem hvilke budsjetttrammer innklagede måtte forholde seg til det året anskaffelsen ble gjennomført. For gjeldende anskaffelse, der innklagede skal konkurransen utsette en tjeneste man er pliktig å levere uavhengig av hvor mange oppdrag som kommer i avtaleperioden, anser klagenemnda det naturlig at et budsjettak tar utgangspunkt i kilometerpris, fremfor et beløpsmessig tak på anskaffelsen. Innklagede har dermed dokumentert de nødvendige bestanddelene for å kunne bestemme budsjettaket. På denne bakgrunn finner nemnda at innklagede har dokumentert fastsatt budsjettet før iverksettelsen av konkurransen, selv om det ikke er nedtegnet i et eget dokument.
- (93) Klagenemnda konkluderer på denne bakgrunn med at vilkårene for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring var oppfylt. Det foreligger dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlaget.

Rammeavtalen med valgte leverandør – vesentlig endring

- (94) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir «*vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*», jf. forskriften § 28-2. Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten vesentlig, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket.
- (95) Det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse i 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 2020/658, avsnitt 71, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Presstext.
- (96) Klagenemnda vil først se på hver anførsel om endring, og om denne alene er vesentlig. Dersom det foreligger flere endringer av kontrakten, vil imidlertid disse samlet sett kunne utgjøre en vesentlig endring, selv om dette ikke er tilfelle hver for seg.

Endring av kontraktoppstart

- (97) Klagenemnda skal ta stilling til utsettelsen av kontraktoppstart fra 1. november 2021 til 1. februar 2022 utgjør en vesentlig endring.
- (98) Det fulgte av vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget «*Oversikt startsteder*», at avtaleoppstart skulle være 1. november 2021. Klagenemnda forstår det slik at oppstartsdato for kontrakten var uendret i de tre konkurransene som ble forsøkt gjennomført. Dato for tildeling var i konkurranse v2 satt til mai 2021. Innklagede opplyste 6. juli 2021 om valg av leverandør i konkurranse v3, men formell tildeling fant sted 3. september 2021.

(99) I henvendelse den 7. september 2021, ba valgte leverandør om at oppstartstidspunkt for kontrakten ble flyttet til 1. januar 2022:

«I lys av en noe forsinket kontraktsignering foreslår vi, for få tilstrekkelig tid til materiellanskaffelse og rekruttering, at oppstart av kontrakt settes til 1.1.2022.»

(100) Innklagede aksepterte dette. Etter innklagedes ønske, på grunn av ferieavvikling rundt jul og nyttår, ble kontraktsoppstart utsatt ytterligere en måned til 1. februar 2022. Den 9. september 2022, sendte innklagede over et nytt avtaleutkast til valgte leverandør, med kontraktsoppstart 1. februar 2022.

(101) Det er klart at forskyvningen av oppstartstidspunkt utgjør en endring av kontrakten fra det som fulgte av konkurransegrunnlaget.

(102) Hvorvidt en endring er vesentlig, beror på en konkret vurdering. Oppdragsgiver kan ikke gjøre endringer som, om de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at forholdet kunne endret konkurransens utfall, jf. forskriften § 28-2 bokstav a. Når det gjelder endringer av tidspunktet for oppstart av kontrakter, vil dette kunne være en vesentlig endring dersom det nye oppstartstidspunktet medfører at tilbyderkretsen ville vært en annen, eller kunne påvirket konkurransens utfall, se NOU 2010:2 på side 164 og klagenemndas avgjørelse i sak 2021/351 avsnitt 43 flg.

(103) I foreliggende konkurranse var drosjeparkens miljøprofil viktig, blant annet ved at høyest mulig andel el- og lavutslippsbiler ville gi best uttelling på miljøkriteriet. Mislighold av kontraktsbestemmelsene ved kontraktsoppstart ville ifølge kontraktsgrunnlaget bli dagmulftsanksjonert. Dette tilsier som utgangspunkt at hvilken miljøprofil en leverandør hadde for sin bilpark, samt kontraktens oppstartstidspunkt, var viktige momenter for en leverandør ved vurderingen av om man skulle delta i konkurransen og ved utformingen av tilbud.

(104) Til tross for det utgangspunkt som er gjengitt ovenfor, har ikke klager presentert konkrete holdepunkter for at tilbyderkretsen i den aktuelle konkurransen ville ha vært en annen om den utsatte oppstarten hadde vært kjent i markedet. En rent teoretisk mulighet er ikke tilstrekkelig. Tidsforskyvningen er heller ikke i seg selv av en slik lengde at det tilsier en presumsjon for det motsatte resultat.

(105) For leverandørene som meldte interesse for konkurransen, ble det i spørsmål- og svarrunden reist flere spørsmål om bilparkens miljøprofil og konsekvenser av mangler ved bilparken ved kontraktsoppstart, all den tid bilene først ville bli bestilt ved kontraktsinngåelse. I innklagedes svar på spørsmålene, ble det gitt uttrykk for at forsinket levering av kjøretøy med tilbudt miljøprofil, ikke nødvendigvis ville bli dagmulftsanksjonert. Det ble også akseptert at bilskjema ble levert ved kontraktsoppstart i stedet for ved avtalesignering. Kravet om at samtlige tilbudte biler måtte være tilgjengelige til kontraktsoppstart ble dermed lempet, og leverandørene fikk anledning til å hensynte eventuelle leveringsproblemer. Som følge av dette har nemnda, under noe tvil, kommet til at en utsatt kontraktsoppstart på tre måneder ikke

ville ha hatt betydning for utformingen av tilbudene på en slik måte at det ville ha påvirket utfallet av konkurransen.

- (106) Klagenemnda har på denne bakgrunn konkludert med at endringen av oppstartstidspunkt ikke utgjør en vesentlig endring.

Manglende håndhevelse av mislighold

- (107) Klager anfører at rammeavtalen er vesentlig endret, ved at valgte leverandør både ved oppstart og underveis i kontraktsforløpet har misligholdt kontrakten, og at innklagede gjennom manglende håndhevelse har akseptert misligholdet.

- (108) Dersom kontrakten blir endret vesentlig, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. forskriften § 28-2. Tilsvarende vil manglende håndhevelse av en kontrakt etter omstendighetene kunne bli likestilt med at kontrakten er vesentlig endret, se eksempelvis sak 2021/1431 premiss 49 med videre henvisninger.

- (109) Oppdragsgiveren har et visst spillerom når det gjelder å håndtere leverandørens mislighold. Oppdragsgiver må, på linje med andre avtaleparter, kunne gjøre en vurdering av hvilke beføyelser som er hensiktsmessige i den aktuelle saken. Håndhevelsen må imidlertid skje innenfor anskaffelsesrettens og endringsreglenes rammer, slik at avtalen ikke endres slik at et annet tilbud ville ha blitt akseptert i den opprinnelige konkurransen, eller at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet endres.

- (110) Det er klart at valgte leverandør fra kontraktsoppstart ikke leverte i tråd med kontraktens krav til kapasitet. Dette medførte blant annet at man måtte kjøpe transportoppdrag fra andre drosjeselskap, som igjen medførte at man brukte underleverandører som ikke var godkjent. Det ble også kjørt oppdrag med biler med feil miljøprofil og med sjåfører som ikke hadde signert nødvendige taushetsplikterklæringer. Dette misligholdet pågikk i større og mindre grad frem til høsten 2022. Klagenemnda legger til grunn at andelen oppdrag gjennomført av andre enn valgte leverandør ikke var ubetydelig, og man oppfatter at innklagede ikke bestrider dette.

- (111) Innklagede har fra kontraktsoppstart fulgt opp valgte leverandørs mislighold. Misligholdene er adressert i møter allerede første uken etter kontraktsoppstart, og fulgt opp mellom partene etter dette. Innklagede varslet valgte leverandør 16 dager ut i kontraktsforløpet om at dagmulkt begynte å løpe. Oppfølgingen fra innklagede gjaldt både kapasitetsutfordringer og problemstillinger knyttet til bruk av underleverandører og sjåfører som ikke hadde signert dokumenter om taushetsplikt. Den 31. august 2022 varslet innklagede om heving av avtalen dersom forholdene knyttet til bruk av underleverandører ikke ble utbedret. Etter at innklagede opplevde at forholdene ble utbedret, ble ikke hevingsvarselet fulgt opp. I desember 2022 signerte innklagede en avtale som aksepterte bruk av en bestemt underleverandør.

- (112) Gjennomgangen over viser at innklagede har fulgt opp innklagedes mislighold. Dette har innklagede gjort gjennom tett oppfølging av valgte leverandør, ved bruk av dagmulkt og ved hevingsvarsel. Slik klagenemnda forstår innklagede, har innklagede også sanksjonert valgte leverandør ved at valgte leverandør ikke kunne ta seg betalt for turer som ikke var i tråd med kontrakten. Den økonomiske balansen i kontraktsforholdet er dermed i denne sammenheng ikke endret til fordel for valgte leverandør.
- (113) På denne bakgrunn konstaterer klagenemnda at innklagede i tilstrekkelig grad har fulgt opp og håndhevet valgte leverandørs mislighold. Dette forholdet utgjør dermed ikke en endring av kontrakten.

Midlertidig avtale med klager

- (114) Neste spørsmål er om innklagedes midlertidige avtale med klager utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, da den ikke ble kunngjort i tråd med regelverket.
- (115) Den midlertidige avtalen løp fra 1. november 2021 til 31. januar 2022. I anskaffelsesprotokollen omtalte innklagede den som en «*oppgjøravtale*», og oppga at kontrakten ikke hadde økonomisk verdi. Anskaffelsen fulgte ifølge protokollen forskriften del I.
- (116) Innklagede har anført at kontrakten ikke har anskaffelsesrettslig verdi, da den ikke forplikter partene, og kun regulerer praktiske forhold rundt selve oppgjøret.
- (117) En kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand, er en gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, jf. forskriften § 4-1 bokstav a.
- (118) Det fulgte av oppgjøravtalen at klager aksepterte oversendelse av transportoppdrag via en elektronisk portal brukt ved pasientreiser, samt krav knyttet til personvern og retningslinjer for pasientreiser. Videre var det begrensninger i adgangen til å avvise turer. Kontrakten regulerte og forpliktet partene om pris for oppdragene. Etter klagenemndas syn er dette en kontrakt som forplikter begge parter, og der innklagede i tråd med prisvilkår fastsatt i avtalen, betaler klager for å utføre en tjeneste. Avtalen har økonomisk verdi, og er omfattet av anskaffelsesregelverket.
- (119) Innklagede har opplyst at oppgjør som har gått til klager gjennom oppgjøravtalen, til sammen har en verdi på 2 990 970 kroner ekskl. mva. Av dette beløpet utgjør pasientenes egenandel 302 374 kroner ekskl. mva., og avtalens verdi er dermed 2 688 596 kroner ekskl. mva. Summen overstiger terskelverdien for kunngjøringsplikt, og anskaffelsen skulle derfor i utgangspunktet vært kunngjort.
- (120) Innklagede anfører at unntaket i forskriften § 13-3 bokstav e kommer til anvendelse. Bestemmelsen sier at en oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom «*det er umulig å overholde fristene for en anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes*

oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig».

- (121) Bestemmelsen oppstiller fire vilkår som alle må være oppfylt for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må for det første foreligge et forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren. Forholdet må i tillegg være noe som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Videre må forholdet ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i forskriften kapittel 20. Til sist kan ikke kontraktens omfang være større enn strengt nødvendig.
- (122) Der en oppdragsgiver har en rammeavtale som nærmer seg maksimal varighet, og må anskaffe en ny avtale før den gamle løper ut, har klagenemnda i tidligere praksis stilt strenge krav til oppdragsgivers aktsomhet for å få en ny avtale på plass, se til eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1601.
- (123) Oppgjørsavtalen er inngått for å dekke et midlertidig behov for pasientreiser. Klagenemnda bemerker i den forbindelse at oppdragsgivers handlingsrom er snevrere i forskriften del III enn i del II. Dette er en konsekvens av at anskaffelsesdirektivet ikke har en unntaksregel tilsvarende forskriften § 5-2 bokstav g, om dekningskjøp som er nødvendige fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått en tvist som forsinker en kontraktsinngåelse.
- (124) I foreliggende sak kunngjorde innklagede den første konkurransen 10. februar 2021, det vil si omtrent ni måneder før eksisterende kontrakt løp ut. Denne konkurransen ble avlyst 19. februar 2021 grunnet forhold ved konkurransegrunnlaget. Dette er noe innklagede må hefte for. For startsted Tromsø sentrum ble også den neste konkurransen avlyst i slutten av mai 2021, begrunnet med at alle mottatte tilbud overskred budsjett. På dette tidspunktet var det om lag fem måneder til eksisterende kontrakt løp ut. Selv om de tre leverandørene ble invitert til konkurranse med forhandling allerede 3. juni 2021, var det på dette tidspunktet en forhøyet risiko for at man ikke rakk kontraktsoppstart 1. november 2021.
- (125) I den nye konkurransen, meddelte innklagede om valg av leverandør 6. juli 2021. Formell tildeling fant først sted 3. september 2021, to måneder før planlagt oppstart. Kort tid etter, 7. september 2021, ba valgte leverandør om at kontraktsoppstart ble flyttet til 1. januar 2021.
- (126) Da valgte leverandør ba om utsatt kontraktsoppstart, oppstod det et anskaffelsesbehov for pasienttransport i perioden før den nye rammeavtalen startet opp. Klagenemnda er av den oppfatning at innklagede i løpet av sommeren 2021, før valgte leverandør 7. september ba om utsatt oppstart av kontrakten, måtte ta høyde for at man ikke ville ha en ny kontrakt klar til 1. november 2021.
- (127) Slik klagenemnda forstår innklagede, skulle et eventuelt problem knyttet til forsinket oppstart håndteres gjennom å løse ut opsjonen i den eksisterende avtalen. Innklagede forutsatte at det fantes en fremgangsmåte for det tilfelle kontraktsoppstart ble utsatt, som ville være i tråd med anskaffelsesregelverket.

- (128) I rammeavtalen mellom innklagede og eksisterende leverandør, var det adgang til å utløse to ettårige opsjoner på tilsvarende vilkår. I starten av september, under to måneder før kontrakten løp ut, henvendte innklagede seg til eksisterende leverandør med ønske om å utløse opsjonen i tre måneder frem til ny kontrakt startet opp. Dette ble ikke godtatt av eksisterende leverandør, med henvisning til at kontrakten kun åpnet for ettårige opsjoner på like vilkår.
- (129) Klagenemnda tolker kontrakten med eksisterende leverandør slik at den ikke ga innklagede et krav på å få utløse opsjonen kun for en tremånedersperiode før ny avtale trådte i kraft.
- (130) Klagenemnda anser innklagedes oppfatning om at man kunne bruke kontraktens opsjonsadgang til å kreve en forlengelse av kontrakten på tre måneder, som en rettslig villfarelse. Dette kunne dermed ikke innklagede ha en berettiget forventning om.
- (131) Innklagede gjorde flere forsøk på å få på plass en avtale etter en kunngjort konkurranse før den eksisterende avtalen løp ut. I en tidskritisk fase har imidlertid innklagede lagt til grunn at man kunne benytte en opsjon det ikke var rettslig grunnlag for å kreve utløst. Dette utgjør et forhold på oppdragsgivers side som innklagede kunne forutsett.
- (132) Da innklagede ikke fikk utløse opsjonen, kunngjorde man den 30. september en åpen anbudskonkurranse med forkortede frister for perioden 1. november 2021 til 31. januar 2022, og forsøkte dermed innenfor korte tidsrammer å få på plass en kunngjort avtale for den midlertidige perioden. Innklagede mottok kun ett tilbud fra eksisterende leverandør, som man ikke anså akseptabelt. Man tok deretter kontakt med eksisterende leverandør og klager, som man mente hadde kapasitet, for å forsøke å inngå en avtale som skulle løpe fra 1. november 2021 til 31. januar 2022.
- (133) Etter klagenemndas syn er ikke innklagedes forsøk i slutten av september på å gjennomføre en kunngjort konkurranse med forkortede frister, tilstrekkelig til å kunne anvende unntaket i § 13-3 bokstav e. Denne unntaksbestemmelsen kommer kun til anvendelse der det inntreer et forhold utenfor oppdragsgivers kontroll. I foreliggende sak er det ikke forhold utenfra eller som kan lastes andre som har forårsaket situasjonen innklagede er kommet i. Hele anskaffelsesprosessen, som har munnet ut i en anskaffelse uten kunngjøring, har ligget innenfor oppdragsgivers kontrollsfære.
- (134) Selv om innklagede har gjort flere forsøk på å få på plass en avtale i tråd med regelverket før den eksisterende avtalen løp ut, er ikke vilkårene for å anvende unntaket i § 13-3 bokstav e oppfylt.
- (135) Klagenemnda påpekte i gebyrvarselet at vilkåret om at avtalens omfang ikke skal være større enn strengt nødvendig, heller ikke fremstår oppfylt for hele kontraktsperioden. Nemnda viste til at utsettelsen av oppstart fra 1. januar til 1. februar, virket å skyldes at innklagede fant det upraktisk med oppstart rundt de røde dagene ved jul og nyttår.

- (136) Innklagede har i sine merknader til forhåndsvarselet, anført at klagenemnda i denne vurderingen legger en for streng norm til grunn. Det vises til at ved oppstart i januar, ville den mest intensive perioden før oppstart falt på jul/romjul og nyttårshelgen. Det kunne gitt ulovlig stor arbeidsbelastning på sentralt personell hos innklagede. Merkantil ansatte hos leverandør og systemeiere vil normalt ikke jobbe røde dager ved jul og nyttår. Følgene av en for dårlig planlagt oppstart ville gått ut over pasienter samt sykehusets økonomi. Etter innklagedes syn virket det derfor ikke forsvarlig og realistisk å få gjennomført dette arbeidet innen utløpet av desember for å korte ned den midlertidige avtalen med en måned.
- (137) Etter klagenemndas syn er ikke de ovennevnte momentene de sentrale for vurderingen av om oppstartstidspunktet var senere enn strengt nødvendig. Innklagede hadde anledning til å kreve oppstart i henhold til avtalen med valgte leverandør, men godtok likevel flere utsettelse. Uansett var ikke vilkårene for å unnta den midlertidige avtalen fra kunngjøring oppfylt, jf. avsnitt 133 foran.
- (138) Klagenemnda vil samtidig bemerke at det ikke var grunnlag for å anvende unntaket i forskriften § 13-3 bokstav a. Bestemmelsen gir oppdragsgiver hjemmel til å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom oppdragsgiveren i en forutgående åpen eller begrenset anbuds konkurranse bare mottok uakseptable tilbud, jf. § 13-2 bokstav e. I foreliggende sak ble også klager invitert til forhandlinger om den midlertidige avtalen, og innklagede gikk vekk fra en rammeavtale og over til en oppgjørsavtale. Dette er i strid med § 13-3 bokstav a, og vilkårene for å bruke denne bestemmelsen er ikke oppfylt.
- (139) Anskaffelsen av den midlertidige avtalen utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (140) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av andre punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (141) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12, viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147 avsnitt 55 og utover.
- (142) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Dette er fremhevet i nevnte forarbeider på side 26, hvor departementet i den forbindelse understreket «at det derfor ikke vil være noen høy

terskel for å anse en rettsuvitenhet som grovt uaktsom». Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens aktsomhet.

- (143) Ved anskaffelser som skal dekke et midlertidig behov før en ny rammeavtale kommer på plass, kan ikke skyldvurderingen kun se på situasjonen da den midlertidige anskaffelsen gjøres. Skyldvurderingen må bygge på en bredere vurdering av hvorvidt innklagede har planlagt, og satt av tilstrekkelig tid til, og forsvarlig gjennomført anskaffelse av ny rammeavtale. Spørsmålet blir dermed om innklagede har gjort det som kan forventes når det gjelder planlegging, progresjon og bruk av handlingsalternativer.
- (144) Ved gjennomføringen av konkurransen om anskaffelse av rammeavtale, må det for innklagede på et tidspunkt sommeren og høsten 2021 ha vært klart at man var i en tidskritisk situasjon med tanke på å få plass en avtale innen 1. november 2021. Innklagede var klar over at volumet av pasientoppdrag var så stort at en utsettelse på kun et par måneder ville innebære behov for en midlertidig løsning om kjøp av pasientoppdrag som ville overstige terskelverdi. Man trodde i denne situasjonen – uriktig – at man hadde adgang til å utløse en opsjon for perioden frem til den nye avtalen kunne starte opp. Dette er en rettsvillfarelse som knytter seg til tolkningen av egne konkurransedokumenter.
- (145) Etter klagenemndas syn er det innklagedes gjennomføring av anskaffelsesprosessen som samlet sett har medført at man er havnet på etterskudd med kontraktsoppstart, uten at man har evnet å få på plass en kunngjort avtale for den mellomliggende perioden før ny avtale trådte i kraft. Forholdene som nemnda har vist til fra avsnitt 124 til 134, er det innklagede som hefter for. Innklagede har heller ikke hatt tilstrekkelig bevissthet om handlingsalternativene man hadde. Det gjelder både opsjonsadgangen og eventuelt å kreve oppstart fra 1. november 2023. Sett hen til den strenge aktsomhetsnormen som offentlige oppdragsgivere er underlagt, er kravet til grov uaktsomhet oppfylt.
- (146) Klagenemnda vil bemerke at dokumentene i saken tydelig viser at innklagede har forsøkt å overholde regelverket, og har ment at det var grunnlag for å benytte unntaket i forskriften § 13-3 bokstav e. Det forhold at innklagede, basert på en feil tolkning av kontraktsdokumentene, la til grunn at opsjonen i den eksisterende avtalen kunne utøves frem til ny avtale startet opp, er etter klagenemndas syn likevel å anse som grovt uaktsomt.
- (147) Det «skal» derfor ilegges overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

Gebyrets størrelse

- (148) Det fremgår av loven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.

- (149) En gjennomgang av klagenemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter.
- (150) Den midlertidige avtalen kom i stand fordi innklagede ikke tidsnok fikk på plass en ny rammeavtale om pasienttransport. Innklagede hadde forsøkt å inngå en ny rammeavtale etter en kunngjort konkurranse, noe som vektlegges i formildende retning, se for eksempel klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1601. Videre har innklagede, da man forsto at man ikke ville rekke å få på plass en ny avtale før den eksisterende utløp, forsøkt gjennom utløsningen av opsjon og en kunngjort avtale med forkortede frister, å få på plass en avtale i tråd med anskaffelsesregelverket. Innklagede forsøkte dermed aktivt å overholde regelverket, og forsøkte å skape konkurranse om kontrakten. Forsøk på å skape konkurranse om kontrakten har i nemndspraksis blitt vektlagt i formildende retning, se for eksempel sak 2021/34.
- (151) Etter en samlet vurdering finner klagenemnda at gebyret kan settes til fire prosent av anskaffelsens verdi. Klager har opplyst at man i perioden hadde en omsetning på 2 990 970 kroner ekskl. mva. Av dette beløpet utgjør pasientenes egenandel 302 374 kroner ekskl. mva. Beløpet innklagede har betalt for ytelsen, og som utgjør gebyrgrunlaget, blir dermed 2 688 596 ekskl. mva. Gebyret blir etter dette 107 500 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Universitetssykehuset i Nord-Norge HF ilegges et overtredelsesgebyr på 107 500

- etthundreogsyvtusenfemhundre - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur