



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende pasient- og smågodstransport. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på grunnlag av vesentlige forbehold mot krav til kapasitet. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 3. september 2007 i sak 2007/47

Klager: Moss Taxi

Innklaget: Sykehuset Østfold HF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avlysning. Avvisning.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset Østfold HF kunngjorde 15. desember 2006 i DOFFIN-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende pasient- og smågodstransport.

- (2) Det hitsettes om ”Kontraktens gjenstand” fra kunngjøringen punkt II.1.6):

”Kontrakt gjelder all pasienttransport, hvor volum vil være pasienter som reiser til behandling i spesialisthelsetjeneste og kommunalhelsetjenesten i sykehusets ansvarsområde (RTV transport med refusjonsordning). Anbudet gjelder ikke akutttransport. Kontrakten innebærer videre transport av smågods som ikke dekkes av sykehusets eget transportnettverk (så som interne pakker; journaler, blodprøver osv).”

- (3) Kunngjøringen pkt. II.1.9 åpnet for at det kunne inngis tilbud på ulike anbudsområder.

- (4) Konkurranses grunnlaget inneholdt i punkt 10 ”TILDELINGSKRITERIER”:

”Tildeling av kontrakt vil skje på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige for Oppdragsgiver, vurdert på bakgrunn av følgende kriterier:

- | | |
|----------------------|----------------|
| ○ Pris | Vekting: 45 % |
| ○ Kvalitet | Vekting: 30 % |
| ○ Gjennomføringsevne | Vekting: 20 % |
| ○ Miljø | Vekting: 05 %” |

- (5) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 11 ”PRISFASTSETTELSE”:

”Alternative tilbud eller avvik fra kravene i konkurransegrunnlaget kan føre til at tilbudet vil bli avvist. Forbehold vil bli forsøkt priset inn i evalueringen og kan føre til avvisning. Absolutte forbehold mot skal krav vil alltid føre til avvisning dersom de ikke følges av en alternativ løsning som kan aksepteres. Tilbyderne oppfordres til alltid å prise oppdraget som forespurt. Der tilbyder ser at enkelte krav er kostnadsdrivende er det anledning til å foreslå alternativer.”

- (6) Vedlegg 1 ”KRAVSPESIFIKASJON” til konkurransegrunnlaget inneholdt i punkt 1.3.2 ”Anbudsområde” følgende om anskaffelsen:

”For dette anbudet har vi gjort en følgende grovoppdeling av type transporter:

- *Transport innenfor en kommune*
- *Transport på tvers av kommuner*
- *Transport som krysser fylkesgrense*
 - *Km priset*
 - *Fastpris på definerte ruter*
- *Dagsbil/timebil*
- *Spesialtransport*
- *Transport av smågoods/pakketransport (hvite/intern rekvisisjoner)”*

- (7) Det hitsettes fra punkt 2 ”KAPASITET”:

”Tilbyder skal angi et antall vanlige og/eller spesialbiler med gyldige løyver som dedikerte biler ved kontraktsinngåelse eller sannsynliggjøre at bilene og løyvene er tilgjengelige ved oppstart av oppdraget. Med dedikert vognmateriell menes vognmateriell som er til disposisjon for oppdragsgiver innen de fastsatte tidsrammer. Tilbyder må kunne dokumentere at angitt antall biler er tilgjengelig.

Total kapasitet vil bli vurdert etter hvilket vognmateriell tilbyderen har i det aktuelle anbudsområdet. Området vil primært være definert som kommunene i Østfold fylke. Leverandøren skal ha kapasitet til å ta minst 90 % av oppdrag innenfor det området leverandør har tilbudt.”

- (8) Det fremkom videre av punkt 3 ”UTFØRELSE AV OPPDRAGET”:

”3.1.2 Hovedregler for utførelse av arbeidet

[...]

Leverandøren skal innestå for at leverandøren og det personell som skal utføre arbeidet har de nødvendige offentlige og privatrettslige tillatelser, godkjenninger, løyver, autorisasjoner og rettigheter som er nødvendige for utførelsen av arbeidet fra iverksettelsen, samt gjennom hele kontraktsperioden. Tilbyder skal ha alle nødvendige tillatelser som nevnt over ved oppstart av avtalen. Tilbydere som ved tilbudsfristens utløp mangler nødvendige tillatelser må beskrive hvordan og når disse vil være på plass”

- (9) Innen tilbudsfristen 12. februar 2007 var det kommet inn 10 tilbud. Blant tilbyderne var Taxi3 AS (heretter kalt valgte leverandør) og Moss Taxi AS (heretter kalt klager). Det hitsettes følgende fra valgte leverandørs tilbudsbrief:

”Forbehold:

Vi har lagt inn noen forbehold i anbudet, men dette er ikke det endelige, dette er noe av det vi må diskutere. Vi må legge inn et forbehold om dekningsprosenten på 90 % på dette anbudet, dette pga bilparken per dags dato.

Innledning:

Taxi3 AS er et selskap under etablering, vi har søkt om 18 løyver tilknyttet TAXI3 AS. Vi har lagt inn anbud til Helse Øst. Men må ha forbehold om at søknad til fylkeskommune vil bli godkjent. Dette blir avgjort på fylkeshuset kl.10.00 12. februar. Dette er den samme datoen (12. februar) som Helse Øst anbudspapirer skal være levert. Derfor ser vi oss nødt til og ta med et forbehold om at etableringen av sentralen blir godkjent av fylkeskommunen og politikere som er på denne saken. Godkjennelsen skjer på dette møtet på fylkeshuset mandag 12. februar.”

- (10) Det fulgte videre av valgte leverandørs tilbud punkt 2 ”Kapasitet”:

”Vi kan dessverre ikke dokumentere hvor mange biler vi vil ha tilgjengelige. Det skal være et møte i fylkeskommunen den 12/02-07 altså den samme dagen som dette anbudet skal leveres inn. Da får vi beskjed om vi får starte en sentral eller ikke, vi må dessverre legge inn dette anbudet med forbehold. Selskapet er registrert og drives i dag med 1 stk trekkvogn som går i godstransport. Videre har vi en bil som kjører bud transport i Østfold. Vi vil legge inn anbud på det meste. Vi har søkt på 18 løyver totalt og av de 18 løyvene er det søkt på 2 som er utvidet (storbil). Vi som sitter i administrasjonen har kompetanse til å inneha alle løyvene. Det er mulig at vi kommer til å ta ut turvognløyver for å kompensere trafikken. Disse kommer til å gå i trafikk under Taxi3. Det vil være mulig at vi prøver å få til et samarbeide med Moss Taxi, i den grad dette vil være mulig.”

- (11) I ”Spørsmål og svar vedrørende anbud” av 23. januar 2007 ble det opplyst følgende:

”Spørsmål 1

Pkt. 2 – kapasitet

”En leverandør skal ha kapasitet til å ta minst 90 % av oppdrag innenfor det området leverandøren har tilbudt, men samtidig forbeholder SØ seg retten til å tildele oppdraget til inntil 3 leverandører. Ber om en nærmere forklaring på hvordan SØ tenker her. Skal man da ha kapasitet til å klare 33 % av 90 %? Man skal samtidig til enhver tid garantere SØ biler, men da må man jo faktisk vite hvilket volum kjøring man blir tildelt”.

Svar

Krav om 90 % gjelder kontrakt som tildeles en leverandør. SØ vil etterstrebe å ha en leverandør pr anbudsområde. Dersom SØ mottar tilbud med en oppgitt maksimal kapasitet som ikke imøtekommer krav, eller SØ i tvil om tilbyders leveranseevne, forbeholder SØ seg retten til å dele opp tildelingen. Dersom dette blir aktuelt vil det i så tilfelle bli forklart hvordan SØ ser for seg fordelingen (ref pkt 8, avsnitt 4 i

Konkurransegrunnlag). Ved en oppdeling er kravet 90 % av tildelt oppdrag. Kravet i forespørselen er gjeldende.”

(12) I meddelelse om tildeling av 30. mars 2007 het det:

”Leverandørene ble vurdert som likeverdige på alle andre tildelingskriterier enn pris og kapasitet, som derfor ble avgjørende. For alle delområder gjelder at kontrakt er tildelt billigste tilbyder, der tilstrekkelig kapasitet er sannsynliggjort. Det er ikke gitt kontrakt på områder der SØ er i tvil om det er lønnsomt målt opp mot prisen for tilfeldige turer i markedet eller bruk av dagsbil.

[...]

Pkt. 1.6 Transport som krysser kommunegrensen

Taxi 3 tildeles turer med startsted Nedre Glomma og med startsted Moss og omegn. Hvaler defineres ut av Nedre Glomma. Tildelingen skjer med forbehold om at Taxi 3 tildeles de nødvendige løyver. Det tas videre forbehold om å tildele ytterligere supplerende avtaler dersom det viser seg at kapasiteten ikke blir tilstrekkelig.

[...]

Pkt. 1.7.1 Turer som krysser fylkesgrensen med definert startsted og fastpris

Taxi 3 tildeles Nedre Glomma og Moss og omegn til behandlingssteder i Oslo og omegn. Tildelingen skjer med forbehold om at Taxi 3 tildeles de nødvendige løyver. Det tas videre forbehold om å tildele ytterligere supplerende avtaler dersom det viser seg at kapasiteten ikke blir tilstrekkelig.”

(13) Klage ble inngitt til klagenemnda 1. april 2007.

(14) Kontrakt ble inngått med valgte leverandører 18. april 2007.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avlysning

(15) Innklagede har brutt forskriftens § 10-1 ved ikke å avlyse konkurransen som følge av vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriftens § 5-4 (1). Kapasitetskravet i konkurransegrunnlaget punkt 2 var formulert absolutt ved at *”Leverandøren skal ha kapasitet til å ta minst 90 % av oppdrag innenfor det området leverandøren har tilbudt”*. Dette kravet ble senere moderert slik at leverandører måtte ha en dekningsgrad på minst 90 % *”av tildelt oppdrag”*. Leverandøren hadde ikke kontroll på hvilke oppdrag som ville bli tildelt på tidspunktet for utarbeiding av tilbudet. Innklagede har også selv karakterisert dette som en betydelig moderering, jf brev til klagenemnda av 15. mai 2007.

(16) Kravet til kapasitet har så stor betydning at det påvirker markedets lyst og evne til å delta. Valgte leverandør hadde ikke hatt evne til å oppfylle kapasitetskravet dersom det ikke hadde blitt endret. Innklagede har sagt seg enig i dette, idet det anføres at en ordrett forståelse av kapasitetskravet hadde innebåret en monopolsituasjon for klager. Innklagede har ikke tilstrekkelig grunnlag for å legge til grunn at valgte leverandør

åpenbart hadde fortsatt i konkurransen dersom konkurransen hadde vært avlyst og utlyst på nytt. Dette betinger at tilbudene i en ny konkurranse hadde vært identiske.

- (17) RG 2000 s.1269 synes ikke relevant ved vurderingen av om det foreligger en ulovlig endring i strid med forskriftens § 5-4 (1). Dette fordi denne saken skiller seg fra den foreliggende sak både i forhold til faktum og juss. Temaet var her ikke om det forelå en vesentlig endring, og saken gjaldt et kvalifikasjonskrav.

Avvisning

- (18) Innklagede har brutt forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) og d) ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av forbehold mot krav til kapasitet på 90 %. Kravet er presist og tydelig, og har en direkte konkurransemessig begrensende virkning for tilbyderne. Valgte leverandør har fått en uberettiget konkurransefordel i strid med kravet til likebehandling. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 11 at *"Absolutte forbehold mot skal krav vil alltid føre til avvisning dersom de ikke følges av en alternativ løsning som kan aksepteres"*.
- (19) Av konkurransegrunnlaget punkt 2 fremgår det at dokumentasjonskravet knytter seg både til antall biler og til antall løyver. Man må enten dokumentere at man på tidspunkt for tilbudsinnlevering har det oppgitte antall biler og løyver tilgjengelig, eller at det kan sannsynliggjøres at man har dette per oppstart. Det er i tilbudet ikke dokumentert eller sannsynliggjort at minstekravet ville bli oppfylt. Innklagede hadde per tildelingsbeslutningen verken skriftlig eller muntlig dokumentasjon som innebar at man kunne legge til grunn at søknaden ville bli godkjent av rette løyvemyndighet. Det å vise til et mulig samarbeid med konkurrenten kan ikke med rimelighet kalles dokumentasjon. Innklagede synes å anføre at dokumentasjonskravet er oppfylt ved at man avtalerettslig forplikter seg til en viss kapasitet, og dette med forbehold om godkjennelse som først avklares etter tilbudsfristens utløp. Det bestrides at dette samsvarer med naturlig språklig forståelse av dokumentasjonskravet, dette også vurdert i lys av de senere presiseringer i referat datert 23. januar 2007. Det at man i ettertid skulle mene at det var uheldig å stille et slikt krav, fordi det foreligger et tilbud som man ønsker å anta som følge av at prisnivået er lavere enn de som har oppfylt kravet, er ikke et lovlig hensyn.
- (20) Det bestrides at det er tilstrekkelig å konstatere at forbeholdene lar seg prisberegne for å avskjære avvisningsplikt. Det er uansett ukjent for klager hva det enkelte forbehold er prissatt til.
- (21) I tildelingsbrevet fremgår det at *"Tildelingen skjer med forbehold om at Taxi 3 tildeles de nødvendige løyver. Det tas videre forbehold om å tildele ytterligere supplerende avtaler dersom det viser seg at kapasiteten ikke blir tilstrekkelig."* Dette illustrerer at valgte leverandør ikke kan ha oppfylt kvalifikasjonskravene på noe tidspunkt i denne konkurransen.
- (22) Klagenemndas sak 2003/5 støtter ikke innklagedes synspunkter. Foreliggende sak dreier seg ikke om et spørsmål om avvisningsplikt som følge av manglende oppfylt kvalifikasjonskrav. Aktuelle kapasitetskrav er som kjent ikke et kvalifikasjonskrav, men er oppstilt som et minstekrav til tjenesten.

- (23) Innklagede opplyser at erfaringene så langt viser at vurderingene med hensyn til valgte leverandørs kapasitet har vært korrekte. Dette står i sterkt kontrast til den erfaring klager har.

Erstatning

- (24) Klager har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Klagers tilbud ble ikke forkastet eller avvist. Prisene er i protokollen omtalt som høye, mens de i tilsvaret angis som så høye at man angivelig ikke ville inngått kontrakt med klager, men fortsatt kjøring med tilfeldige turer. Dersom prisene var så høye som det anføres, måtte dette gitt seg utslag i evalueringen. At prisene dramatiseres i forbindelse med klagebehandlingen, kan etter klagers skjønn ikke få noen avgjørende betydning, når prisene faktisk ikke var så høye at tilbudet ble forkastet.

Ulovlig direkteanskaffelse

- (25) Kjøp med tilfeldige turer vil utgjøre en direkte anskaffelse i strid med anskaffelsesregelverket. Man kan ikke basere seg på et ulovlig alternativ, og det vises i den forbindelse til at terskelverdireglene i forskriftens § 2-3 (11) vil summere opp all kjøring innen en 12 måneders periode, slik at man er over kunngjøringsgrensen på kr 500 000,-, selv om den enkelte tur isolert sett er av liten verdi.

Innklagde har i det vesentlige anført:

Avlysning

- (26) Den angivelige endringen er ikke annet enn en presisering av innholdet i vilkåret for å få klarere frem den opprinnelige intensjonen. Det er en selvfølge at en leverandør ikke kan gjøres ansvarlig for en leveranse ut over det han blir tildelt. Dette er ikke en vesentlig endring selv om presiseringen tydeliggjør at innklagede hele tiden har ment at det er lov å by på deler av et kontraktsområde. Klagen gjelder i det vesentlige tildelingen innad i kommunen og på tvers av kommunegrensene. Denne tildelingen er ikke delt opp.
- (27) Selv om man skulle oppfatte avklaringen i svar til anbudsrunder den 23. januar 2007 som en endring i konkurransegrunnlaget, og ikke som en presisering, og denne endringen skulle gå ut over rammene i forskriftens § 5-4, vil eventuell feil uansett ikke være ansvarsbetingende. Alternativet ville ikke vært å fastholde den opprinnelige ordlyden og en streng ordlydsfortolkning, men eventuelt å avlyse og utlyse på nytt. I så fall ville imidlertid klagers rettssituasjon blitt nøyaktig som i dag, siden valgte leverandør da åpenbart fortsatt hadde deltatt i konkurransen. Valgte leverandør hadde hatt både lyst og evne til å delta i konkurransen, også etter den aktuelle presiseringen ble gjort. Det vises til RG 2000 s. 1269.
- (28) Det er så store prisforskjeller at det aldri har vært noen tvil med hensyn til hvem som er den økonomisk mest fordelaktige tilbyderer. Forbeholdene har vært enkle å prisberegne, og disse er derfor ikke å anses som vesentlige.
- (29) Legges klagers tolkning til grunn vil det nettopp innebære en slik konkurransefordel for klager som klager påberoper seg, fordi det med rimelighet ikke vil bli mulig for andre enn klager å gi tilbud i hans område, der han i realiteten ville hatt et monopol. En slik tolkning av anskaffelsesreglene er i direkte strid med det overordnede hensyn om å fremme konkurranse.

Avvisning

- (30) Kravet om 90 % kapasitet har aldri vært ment absolutt. Kravet ble betydelig moderert, jf svar til anbudsrunderen av 23. januar 2007. Kravet om 90 % må relateres til det omfanget det er aktuelt å tildele den aktuelle leverandør. Det blir urimelig av klager å kreve en tolkning som i praksis betyr at kravet ekskluderer andre tilbydere enn de etablerte sentraler, og derigjennom er i strid med kravet til objektive og ikke-diskriminerende kriterier i anskaffelseslovens § 5.
- (31) Forbeholdet er relatert til at valgte leverandør har et begrenset antall biler. Valgte leverandør opplyste i sitt tilbud at de hadde søkt om 18 løyver. Valgte leverandør fikk 12 løyver, og det er disse løyvene som ligger til grunn for innstillingen. Valgte leverandør er juridisk forpliktet til å stille disse løyvene til disposisjon i den grad det er nødvendig for å løse oppdraget. Innklagede vurderte at valgte leverandør med sine 12 løyver vil ha tilstrekkelig kapasitet til å ta det alt vesentlige av trafikken. Dette må også ses i sammenheng med at det vil bli brukt flere dagsbiler og iverksatt tiltak for å øke samkjøringen. Innklagede avholdt et avklaringsmøte med valgte leverandør for ytterligere å dobbeltsjekke at det er realiteter bak den kapasitetsoppbygningen som beskrives. I møtet redegjorde valgte leverandør for hvordan de skal klare å levere tilbudt kapasitet og kvalitet på en god måte. Valgte leverandør lå godt an til å få 12 løyver av de 18 de beskriver at de har søkt om i tilbudet. Antall løyver som var planlagt innvilget hadde innklagede i tillegg fått muntlig bekreftet av løyvegiver Østfold fylkeskommune. Det ligger noe risiko i at valgte leverandør må få tilstrekkelig tid til å bygge opp kapasiteten som beskrevet. I tillegg vil de ende opp med mindre total kapasitet enn de eksisterende sentralene. Innklagede gav valgte leverandør karakteren 2 ved tildelingsevalueringen. Denne karakteren kan forsvares ut i fra at de har en god plan for hvordan de skal sikre egen gjennomføringsevne. Selv om valgte leverandør har tatt forbehold med hensyn til egen kapasitet har innklagede forholdt seg til at valgte leverandør har gitt et juridisk forpliktende tilbud. Innklagedes krav er at nødvendige løyver og tillatelser er på plass ”ved oppstart av avtalen”, jf konkurransegrunnlaget 3.1.2 nest siste avsnitt. Innklagede kan derfor ikke se at klagers anførsler vedrørende løyvesituasjonen ved tilbudsfristens utløp er relevant.
- (32) Et samarbeid med klager var ikke en del av planen for hvordan valgte leverandør skulle klare å få på plass 12 løyver, og dette har ikke vært avgjørende for innklagedes vurdering.
- (33) Innklagede har tatt forbehold om tildeling av nødvendige løyver til valgte leverandør. Dette snur ikke vurderingen av at valgte leverandør har tilstrekkelig kapasitet. Dette forbeholdet er tatt for å sikre innklagede en rettsmulighet dersom noe uforutsett skulle skje.
- (34) Det ville vært klart urimelig å avvise valgte leverandør på grunn av forbehold som ikke vil få vesentlig betydning for utøvelsen av oppdraget. Klager har i en årrekke i praksis hatt monopol på all kjøring med drosjebil i Moss/Rygge området, og har derfor god kapasitet både på bilpark og sentral. Innklagede har aldri hatt til intensjon å sette så strenge krav at det er umulig for en ny aktør å komme inn i markedet. Innklagede har fulgt lovens intensjoner og innstilt den økonomisk mest fordelaktige leverandør.

- (35) Plikten til å avvise på grunn av forbehold gjelder forbehold av en slik art at en er i tvil om hvilket tilbud som er best, eller at forbeholdet er vesentlig. Forbehold kan bare anses som vesentlige hvis de gjelder helt grunnleggende sider ved kontrakten og her forrykker risikofordelingen mellom partene på en vesentlig måte.
- (36) Så langt viser erfaringene at innklagedes vurderinger med hensyn til valgte leverandørs kapasitet har vært korrekte. Valgte leverandør klarer å gjennomføre 90 % av oppdraget med de angitte kjøretøy. Det er videre fullt mulig for innklagede å ytterligere justere behovet ved å bruke dagsbiler. Det ser så langt ikke ut til å bli nødvendig. Nå har valgte leverandør 15 løyver i drift.

Erstatning

- (37) Innklagede kan ikke se at det er grunnlag for å kreve positiv eller negativ kontraktsinteresse. Innklagede kan ikke se at klager fremsetter beviser på at forbeholdene til valgte leverandør er av en slik art at de må bedømmes som vesentlige. Et krav til vesentlighet må tolkes strengt. Ulempen for oppdragsgiver må stå i et rimelig forhold til de fordelene en får ved å kreve kravet oppfylt og hvorvidt andre tilbydere med noen grad av sannsynlighet ville gitt et vesentlig bedre tilbud med de samme forbehold.
- (38) Selv om klagenemnda skulle komme til at innklagede har brutt regelverket på et eller flere av de angitte punkter, er det fortsatt ikke grunnlag for å kreve positiv kontraktsinteresse. Klager ville uansett ikke fått kontrakten på de premissene som ble tilbudt. Kravet til årsakssammenheng er derved reelt ikke oppfylt. Klager bruker det forhold at de ikke ble avvist som bevis på at de ville ha fått kontrakten dersom innklagede ikke hadde innstilt valgte leverandør. Det er ikke grunnlag for å avvise tilbud på grunn av alt for høy pris. Avvisning er en meget streng reaksjon. Avvisning brukes når det er tvil om hvordan tilbud skal tolkes og for vesentlige forbehold. Klager har fått deler av sitt tilbud antatt. Når en velger deler av et tilbud er det helt uvanlig å særskilt forkaste de andre delene fordi prisen vurderes som alt for høy, eller kvaliteten alt for lav. I foreliggende tilfelle ville tilbudet blitt forkastet.
- (39) Dersom innklagede hadde valgt ikke å innstille valgte leverandør på grunn av de nevnte forbehold, ville konkurransen blitt avlyst med hensyn til punkt 1.5 "*Transport innenfor kommunegrensen.*" Det er ingen rimelig tvil om dette. Klager hevder at betingelsene for kjøp av tilfeldige turer ikke er sammenlignbare og at innklagede derfor måtte ha gitt klager kontrakten. Dette medfører ikke riktighet. Innklagede er selvfølgelig ikke pliktig til å inngå økonomisk ufordelaktige kontrakter. Dette gjelder selv om årsaken eventuelt skyldes klagers påstand om at våre krav har vært prisdrivende.

Ulovlig direkteanskaffelse

- (40) Klager påberoper seg at innklagede ikke kan kjøpe turene som tilfeldige turer, fordi det betyr et kjøp over kunngjøringsgrensen. Innklagede forstår denne påstand som en indirekte beskyldning om at det er dette som er tenkt gjort. Dette er feil.

Klagenemndas vurdering:

- (41) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen følger etter sin verdi

forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og II. Klagen er rettidig.

- (42) Klagenemnda har i sammenheng med foreliggende sak behandlet sak 2007/51 mot samme innklagede, men med annen klager. De to sakene gjelder samme anskaffelse, men anførslene i de to sakene er ikke helt sammenfallende.

Avlysning på grunnlag av vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

- (43) Oppdragsgiver har etter forskriftens § 5-4 (1) før tilbudsfristens utløp rett til å foreta rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er "vesentlige".
- (44) I konkurransegrunnlaget punkt 2 "KAPASITET" het det at "Leverandøren skal ha kapasitet til å ta minst 90 % av oppdrag innenfor det området leverandøren har tilbudt." I "Spørsmål og svar vedrørende anbud" av 23. januar 2007 opplyste innklagede at "Krav om 90 % gjelder kontrakt som tildeles en leverandør" og at "Ved en oppdeling er kravet 90 % av tildelt oppdrag. Kravet i forespørselen er gjeldende".
- (45) Klagenemnda kan ikke se at dette innebærer en "vesentlig endring" av konkurransegrunnlaget som skulle ha ført til avlysning av konkurransen og ny kunngjøring, jf forskriftens § 10-1. Presiseringen av at kravet gjelder de oppdrag leverandøren faktisk får tildelt, og ikke oppdrag innenfor hele anbudsområdet, fører etter klagenemndas syn ikke til at konkurransen vil begrenses eller utelukkes. Slik klagenemnda ser det, vil innklagede ved vurderingen av tilbudene uansett måtte forholde seg til hvilken kapasitet tilbyder har innenfor det området denne vil bli tildelt kontrakt for. Klagenemnda kan derfor ikke se at kriteriet har betydning for utformingen av tilbudene.

Avvisning

- (46) Etter forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) skal et tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget i form av et "vesentlig forbehold" i strid med regelen i forskriftens § 8-6, avvises.
- (47) Konkurransegrunnlaget punkt 2 "KAPASITET" satte krav om at leverandøren skulle ha "kapasitet til å ta minst 90 % av oppdrag innenfor det området leverandøren har tilbudt." Dette ble senere presisert til å gjelde "tildelt oppdrag", jf "Spørsmål og svar vedrørende anbud" av 23. januar 2007. Videre het det i konkurransegrunnlaget punkt 2 at tilbyder skulle dokumentere antall biler med løyver eller sannsynliggjøre at disse ville være tilgjengelige ved oppstart av oppdraget. Total kapasitet ville bli vurdert etter hvilket vognmateriell tilbyderen hadde i det aktuelle anbudsområdet. Konkurransegrunnlaget la således vurderingen av om den tilbudte kapasitet oppfyller kravet til oppstart av oppdraget. Tilbyder måtte imidlertid kunne dokumentere i tilbudet at kravet ville bli oppfylt. Det avgjørende vil da være hvilken dokumentasjon som var fremlagt av valgte leverandør og hva som fremkommer av dokumentasjonen sett i forhold til de angitte krav.
- (48) Valgte leverandør har i tilbudet under overskriften "Forbehold" opplyst at "Vi må legge inn et forbehold om dekningsprosenten på 90 % på dette anbudet, dette pga bilparken per dags dato." Videre fremgår det av valgte leverandørs tilbud punkt 2

”KRAVSPESIFIKASJON” at tilbyder ikke kunne dokumentere hvor mange biler som ville være tilgjengelige, at det er søkt om 18 løyver og at søknaden ville bli avgjort samme dag som tilbudsfristens utløp. Klagenemnda kan ikke se at det utover disse opplysningene er dokumentert hvorvidt det er sannsynlig at tilbyderen faktisk ville inneha de aktuelle løyver og biler innen oppstart av oppdraget. Det fremgår av de opplysningene som er fremlagt i saken at valgte leverandør på tidspunktet for tilbudsinnngivelsen og evaluering av tilbudene ikke var etablert i det aktuelle området, og at det forelå en søknad om etablering av drosjesentral. En søknad som ennå ikke er innvilget vil på tidspunktet for tilbudsevalueringen ikke kunne sies å være tilstrekkelig dokumentasjon for at det aktuelle kapasitetskravet med sannsynlighet vil være oppfylt ved oppstart av oppdraget. Det vil derfor være en viss usikkerhet knyttet til om det vil bli gitt løyve til å etablere en sentral, og om den aktuelle sentralen vil få innvilget tilstrekkelig med løyver til å kunne oppfylle kapasitetskravet. En muntlig bekreftelse på at søknaden ville bli innvilget vil heller ikke være tilstrekkelig som dokumentasjon på at kapasitetskravet er oppfylt ved utførelse av oppdraget.

(49) Forbeholdet mot dekningsprosenten på 90 % innebærer at valgte leverandør ikke kan garantere at denne har tilstrekkelig kapasitet til å kunne utføre transportoppdrag under kontrakten. Dette må anses som vesentlig del av det å kunne utføre ytelsen. Klagenemnda finner på grunnlag av dette at valgte leverandørs tilbud skulle ha blitt avvist i henhold til forskriftens § 8-10 (1) bokstav c), jf § 8-6.

(50) Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om de øvrige forbehold skulle ha resultert i avvisning av valgte leverandørs tilbud. Da nemnda har konkludert med at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, tar nemnda heller ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Erstatning

(51) Klagenemnda har ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt, jf klagenemndsforordningen § 12.

Ulovlig direkte anskaffelse

(52) Innklagede har forklart at det ikke er foretatt kjøp med tilfeldige turer, slik klager har anført. Klagenemnda kan ikke se at klagers anførsel er dokumentert ytterligere, og har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å foreta ulovlig direkteanskaffelse.

Konklusjon:

Sykehuset Østfold HF har brutt forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) ved ikke å avvise valgte leverandør.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda
3. september 2007

Andreas Wahl