



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse om offentlig betalt transport. Etter inngåelse av kontrakt overdro valgte leverandør kontrakten til sin underleverandør som ikke hadde deltatt i konkurransen - med innklagedes samtykke fordi det viste seg at valgte leverandør ikke klarte å oppfylle kontraktsbetingelsene. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele kontrakt uten å kunngjøre oppdraget på nytt. Det var ikke grunnlag for ileggelse av gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 18. august 2008 i sak 2008/37 – 16

Klager: Raufoss Taxi AS

Innklaget: Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse. Overdragelse av kontrakt.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk (heretter kalt innklagede) kunngjorde en konkurranse om offentlig betalt transport i Hedmark og Oppland fylke den 30. mars 2007. For Vestre Toten kommune kom det inn to tilbud innen tilbudsfristen, herunder ett fra Raufoss Taxi AS (heretter kalt klager) og ett fra Solør Turbuss AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (2) Ved tildelingen av avtale skulle innklagede, i følge konkurransegrunnlagets pkt. 6 velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud ut fra en totalvurdering av følgende kriterier:

<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekt %</i>	<i>Maks poeng</i>
<i>Pris (skal inneholde liten, mellomstor og stor bil *)</i>	80 %	400
<i>Gjennomføringsevne</i>	20 %	100
<i>Sum</i>	100 %	500

Score-Poengberegning

- (3) Innklagede kom til at tilbudet til valgte leverandør var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I følge anbudsprotokollen av 15. juni 2007 fikk valgte leverandør 487 poeng av totalt 500 poeng. Videre fremgikk det at hovedårsaken til den høye poengsummen var "meget lav pris i forhold til øvrig tilbyder, samt god gjennomføringsevne".

- (4) Rammeavtale ble inngått med valgte leverandør den 2. juli 2007. Under rammeavtalens art. 1 fremgår det at rammeavtalen er inngått mellom Sykehuset Innlandet HF og Oppland Fylkeskommune og Solør Turbuss AS. Det fremgår videre av rammeavtalens art. 10 at valgte leverandør har rett til å benytte underleverandør og videre at:

”[...]

10.3 Transportør er selv ansvarlig for kontraktens oppfyllelse og alle dens forpliktelser, selv om utøver benytter godkjente underleverandører.

10.4 Hvis godkjent underleverandør gjør seg skyldig i brudd på avtalens art.12, kan oppdragsgiver trekke godkjenningen tilbake. Tilsvarende gjelder ved underleverandør i henhold til pkt. 10.1.

[...]

- (5) Videre fremgikk det av rammeavtalens art.11 følgende angående overdragelse av kontrakt:

”

[...]

11.1 Transportør kan ikke overdra denne rammeavtale eller deler av den til tredjemann uten at oppdragsgiver på forhånd har gitt sitt skriftlige samtykke. Oppdragsgiver har i slike tilfeller krav på enhver opplysning om tredjemann som oppdragsgiver selv måtte mene er relevant.

[...]

- (6) I brev av 16. juli 2007 trekker valgte leverandør sitt tilbud under henvisning til rammeavtalens art.12.1 Force Majeure. Begrunnelsen er at selskapet ikke har fått rekruttert et tilstrekkelig antall sjåfører, og at de ikke har fått anskaffet tilstrekkelig antall minibusser. Dette ble ikke akseptert av innklagede.

- (7) I brev av 26. september 2007 fremgikk det at valgte leverandør ønsket å overdra sin kontrakt med innklagede til Gjøvik Taxi ANS. Innklagede svarte ved brev samme dag følgende:

” [...]

Vi bekrefter herved at det aksepteres at rammeavtale OBT datert 02.07. 2007 for Vestre Toten kommune overføres til Gjøvik Taxi ANS i hht. Pkt. 11 i rammeavtalen. En forutsetning for overføring av kontrakten er at alle vilkår i rammeavtale samt krav i konkurransegrunnlag datert 18.05 2007 overholdes. Vi ber om at det oversendes kopi av signert kontrakt mellom Solør Turbuss og Gjøvik Taxi ANS så snart den foreligger”

[...]

- (8) Rammeavtalen ble senere overdratt til Gjøvik Taxi ANS ved avtale av 17. oktober 2007. I møte med Samferdsel Oppland Fylke avholdt i uke 39 ble Raufoss Taxi AS orientert om at rammeavtalen ville bli overdratt til Gjøvik Taxi ANS. Klager fremmet deretter krav om at kontrakten ble utlyst på nytt i brev av 12.oktober 2007. Det ble anført at kontraktsoverdragelsen var ensbetydende med ulovlig direkteanskaffelse, og brudd på

kravet til forutberegnelighet og likebehandling, samt god anbuds- og forretningsskikk. Innklagede bestred klagers krav i brev av 22. oktober 2007.

- (9) Innlandet Revisjon AS foretok ved rapport av 13. november 2007 en gjennomgang av anbudsprosessen etter oppdrag fra kontrollutvalget i Oppland Fylkeskommune. Det ble innhentet en ekstern faglig vurdering og etter dette ble det lagt til grunn at overdragelsen av kontrakten til Gjøvik Taxi ANS utgjorde et brudd på lov om offentlige anskaffelser, og at det måtte foretas en ny utlysning av oppdraget. Det ble vist til at regelverket ikke tok høyde for at oppdragsgiveren uforskyldt kom i en situasjon der den valgte leverandør ikke lenger kunne levere, men at forholdet kunne ligge annerledes an der tilbudet uttrykkelig forutsetter at personskifte vil finne sted – eller der det kan identifiseres mellom leverandørene, som ved fusjon (KOFA sak 2003/163). Etter redegjørelse for litt ulike oppfatninger i norsk og annen teori, var rapportens konklusjon at en overdragelse av oppdraget til en tredjepart kunne åpne for at leverandører som ikke var kvalifiserte tildeles kontrakt og således reelt kunne representere en omgåelse av regelverket. Utgangspunktet måtte derfor være at overdragelse ikke kan finne sted til tredjepart dersom konkurransen og tildelingen ikke har tatt høyde for en slik overdragelse og den avtalen overdras til ikke har vært vurdert til å tilfredsstille kvalifikasjonskravene i konkurransen.

- (10) Rådmannen kom til motsatt konklusjon i brev av 12. desember 2007. Det fremgår der følgende:

"Overføring av kontrakten til Gjøvik Taxi

Når det gjelder spørsmålet om overdragelse av avtalen fra Solør Turbuss AS til Gjøvik Taxi, har vi fått et notat fra Bente La Force, juridisk fagsjef Sykehuset Innlandet. Hun fremhever at når kontrakten er løpende, altså at man er inne i kontraktperioden, er det primært kontraktsrett og blant annet kontraktsteksten som regulerer hva oppdragsgiver har lov til å gjøre. Henvisningen til Lov om offentlige anskaffelser og forskriftens § 15-1 (3) hevder vi således er feil. Kontrakten åpner for transport, og at det ikke er tale om en ny kontrakt, men at vilkårene som gjaldt overfor Solør Turbuss AS opprettholdes uendret på alle punkt overfor Gjøvik Taxi

. Vi viser også til at Statens standardavtaler er identiske med våre på dette punktet ved at de åpner for bruk av underleverandører og delvis/hel transport av avtalen etter oppdragsgivers godkjenning. "

- (11) Klager sendte deretter et udatert brev til innklagede. Det hitsettes:

" Innlandet Revisjon IKS har i revisjonsrapport 26/2007 konkludert med at ovennevnte overdragelse ikke er i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og at det foreligger plikt til å utlyse kontrakten på nytt.

Det antas etter dette at Sykehuset Innlandet HF endrer sitt tidligere standpunkt, og at kravet fra Raufoss Taxi om ny konkurranseutsetting nå etterkommes. Det anmodes således om at dette bekreftes innen en uke. Dersom ikke slik bekreftelse mot formodning ikke blir gitt, vil saken bli brakt inn for KOFA, slik som tidligere varslet. "

- (12) Brevet ble besvart den 23. januar 2008 hvor det fremgår følgende:

” Vi har halde ein konkurranse for kontrakt om offentlig betalt transport, og kva gjeld Vestre Toten hadde begge tilbydarar svak økonomi. Av omsyn til transportoppgåva, valte oppdragsgivar uansett å vurdere begge tilboda fra begge leverandørene, og den som hadde klart best tilbud fekk kontrakten.

Tre månader ut i kontraktsfasen med Solør Turbuss bad selskapet om å få overdra kontrakten til sin underleverandør, på grunn av økonomiske vansker. Oppdragsgivar valte å akseptera slik overdraging som kontrakten opna for. Oppdragsgivar vurderte dei grunnleggjande omsyna i innkjøpslovgivinga ut fra den konkrete situasjon. Oppdragsgivar hadde nyleg halde ein konkurranse og oppnådd ein god kontrakt. Underleverandøren Gjøvik taxi var klart kvalifiserte, og godtok kontrakten slik den låg. Underleverandøren Gjøvik Taxi var klart kvalifiserte, og godtok kontrakten slik den låg. Konkurransen kort tid i forkant hadde gitt alle interesserte tilbydarar lik mulegheit til å konkurrere om kontrakten, og Raufoss Taxi hadde ikke nådd frem i denne konkurransen.

Sykehuset Innlandet erkjenner at det er ulike syn på om overdraging av kontrakt er i strid med innkjøpsregelverket. Regelverket tek ikkje eksplisitt omsyn til ein slik situasjon som den aktuelle, og spørsmålet må vurderast konkret, ut fra dei grunnleggjande krava. Omsynet til leverandørene skal vurderast opp mot omsynet til forvaltning av offentlege midlar.

Sykehuset Innlandet er av den oppfatning at dei beste grunnar talar for å halde fast ved inngått kontrakt i denne saka. Avgjerande for vurderinga er omsynet til offentlig ressursbruk og det forhold at vi ikkje kan sjå at nokon leverandør har lide urett i denne saka. Vi viser i den sammenheng til at revisjonsrapporten fra fylkesrevisjonen konkluderer med at Raufoss Taxi ikkje har noko krav i denne sammenheng,”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har foretatt skifte av en kontraktspart, og dette er å anse som en ulovlig direkteanskaffelse som er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 (3). Skifte av kontraktspart er å anse som en ny anskaffelse som ikke har vært konkurranseutsatt.
- (14) Videre er det klagers oppfatning at anvendelse av denne type kontraktsklausuler vil representere en uthuling og omgåelse av regelverket. Naturlig harmonisering av anskaffelsesregelverket og kontraktsretten må innebære at det er ulovlig å skifte kontraktspart i den konkrete situasjon. Det vises forøvrig til de rettslige vurderinger som er gjort i den rapport innklagede lot utarbeide og som klager tiltrer.
- (15) Under enhver omstendighet anføres at overdragelse av kontrakt til tredjemann, initiert av en kontraktspart, som skulle ha vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av egenkapitalkravet, og som har bedt seg fritatt fra kontrakten grunnet økonomiske problemer/mislighold, bryter med kravet til forutberegnelighet og likebehandling samt god anbuds- og forretningsskikk. Det vises her til at klager i egenskap av deltaker i opprinnelig konkurranse, ikke ble forespurt om interesse for overdragelse av kontrakt på samme vilkår.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede anfører at aksepten til overdragelse av kontrakt i denne saken ikke kan sees på som et ulovlig direktekjøp. Spørsmålet om overdragelse av kontrakten er ikke regulert i verken § 15-1 (3) eller noen annen enkelt bestemmelse. KOFA sak 2003/163 skiller seg vesentlig fra denne saken siden kravet til konkurranse var helt oversett og oppdragsgiver hadde en aktiv rolle i utvelgelse av ny kontraktspart.
- (17) Innkjøpsregelverket er først og fremst et regelverk som regulerer inngåelse av kontrakt, og ikke forholdet mellom oppdragsgivere og leverandør etter inngått kontrakt. Bare i de tilfeller det i kontraktsforholdet oppstår forhold som kommer i strid med formålet med innkjøpsregelverket og de grunnleggende kravene knyttet til konkurranse og ikke-diskriminering ved kjøp, kan det være tale om at innkjøpsregelverket stiller opp hinder for kontraktsforholdet. Dette vil typisk kunne være tilfelle ved vesentlig endring/utviding av kontrakten, eller andre tilfelle der alle deler av et kjøp ikke blir utsett for faktisk og rettferdig konkurranse. Dette er ikke tilfellet i vår sak.
- (18) Innklagede gjør gjeldende at en leverandørs kommersielle valg om å overdra kontrakten til sin underleverandør ikke kommer i strid med verken formålet eller de grunnleggende kravene i loven. Det vises til Sue Arrowsmith i *"The law of public and utilities procurement"*, 2 utg 2005 side 409 hvor det fremgår at de deler av innkjøpsregelverket som gjelder valg av leverandør i en konkurranseprosess ikke er relevante for spørsmålet om overdragelse av kontrakt, og at overdragelse uansett ikke krever en ny konkurranse. Innklagede mener at det norske innkjøpsregelverket må tolkes på samme måte.
- (19) Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for illeggelse av gebyr. Overdragelsen av kontrakt i denne saken er ikke ulovlig direktekjøp slik dette er nevnt i forarbeidene. Den aktuelle kontrakt er et resultat av en forskriftsmessig kunngjort åpen konkurranse, og ingen deler av kjøpet/avtalen er på noe vis unndratt konkurranse. Det forhold at det kan ha heftet feil ved konkurranseprosessen, i det de to tilbyderne strengt tatt skulle vært avvist, kan det ikke være avgjørende for spørsmålet om overdragelsen er et ulovlig direkte kjøp.
- (20) Dersom klagenemnda skulle være av den oppfatning at det i denne saken er tale om et ulovlig direkte kjøp, er dette et standpunkt som ikke kan sies å være klart fastslått i verken lov eller forskrift, eller i rettspraksis. Det vises her til klagenemndas sak 2007/108 hvor nemnda viser til at bakgrunnen for gebyrbestemmelsen var å avdekke manglende kunngjøring av kontrakter og dermed en fare for mindre kostnadseffektive innkjøp. Også i denne saken var den aktuelle kontrakt kunngjort, og alle interesserte tilbydere hadde mulighet til å konkurrere om kontrakten på like vilkår.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkteanskaffelse hvor frist for å klage er to år fra kontraktsinngåelse, jf. klagenemndsforordningen § 13a (2). Kontrakt ble inngått den 2. juli 2007, og klagefristen er dermed overholdt. Saken reguleres av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 Del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt oppdraget kan overføres til underleverandør uten ny konkurranse

- (22) Ut fra den foreliggende dokumentasjon legger klagenemnda til grunn at underleverandøren, Gjøvik Taxi ANS, har overtatt alle kontraktsforpliktelsene som

Solør Turbuss AS hadde. Den nye leverandør er en juridisk enhet som er helt uavhengig av Solør Turbuss AS. Gjøvik Taxi ANS deltok ikke i den konkurransen som gjelder foreliggende kontrakt.

- (23) Klagenemnda behandlet en lignende sak i 2003/163, som gjaldt skifte av kontraktspart under forhandlingene i en anskaffelsesprosess. Klagenemnda kom til at den som hadde innlevert tilbudet og den som innklagede forhandlet videre med var ulike rettssubjekter, og at et slikt skifte ikke kunne foretas uten å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess. Faktum i saken er ikke identisk med foreliggende, men illustrerer prinsippet, som må være at innklagede kun kan inngå kontrakt med det rettssubjekt som innleverte tilbud i konkurransen. For ordens skyld nevner nemnda at regelverket gir adgang til summarisk tildeling ved konkurranse uten forutgående kunngjøring i såkalte hastetilfelle, jf. forskriftens § 14-4 bokstav d. Dette er ikke anført i saken.
- (24) Klagenemnda er enig med innklagede i at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet ikke regulerer forholdet mellom oppdragsgiver og leverandør etter kontraktinngåelse. Men partene kan ikke ved kontraktsregulering tilrettelegge en etterfølgende endring som i forhold til regelverket må anses som et nytt og forskjellig oppdrag i forhold til det som først ble tildelt. Nemnda viser til nemndas sak 2008/5, som gjaldt et entrepriseoppdrag som ble endret i innhold, omfang og lokalisering etter kontraktens bestemmelser om endrings- og tilleggsarbeider. Dette ble ansett som et nytt oppdrag som skulle vært utlyst og forholdet ble ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda mener at tilsvarende synsmåter må gjelde der oppdragsgiver går med på å overføre oppdraget til et foretak som ikke har deltatt i konkurransen. Det har dermed ingen betydning at rammeavtalen hadde bestemmelser om overdragelse av kontrakt.
- (25) Siden Gjøvik Taxi ANS ikke leverte inn tilbud i konkurransen, og heller ikke kan anses for å være en del av rettssubjektet Solør Taxi, er overdragelse av kontrakt til denne leverandøren i realiteten en tildeling av ny kontrakt, og dermed en ny anskaffelse. Innklagede kan kun tildele kontrakt til leverandører som har inngitt bindende tilbud i konkurransen. En slik løsning er etter klagenemndas oppfatning også i samsvar med de grunnleggende hensyn bak regelverket, herunder kravet til konkurranse, en objektiv og gjennomslutlig anskaffelsesprosess og kravet til likebehandling mellom leverandører. Dersom det skulle være mulig å overdra kontrakter til en annen juridisk enhet som ikke innleverte tilbud i den forutgående konkurransen, ville denne leverandøren ikke blitt prøvet på de kriterier som gjaldt i konkurransen.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse

- (26) En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. lovens § 7b og forskriftens §§ 9-1/18-3. I denne saken er anskaffelsen av transport i Hedmark og Oppland fylke kunngjort i tråd med anskaffelsesregelverkets bestemmelser, men oppdraget er overført til en tjenesteleverandør som ikke deltok i konkurransen. Klagenemnda legger dermed til grunn at innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele kontrakten til Gjøvik Taxi ANS uten forutgående ny konkurranse. Med det syn som her legges til grunn, går nemnda ikke inn på spørsmål som gjelder om den leverandøren som blir valgt som leverandør har samme identitet som den leverandøren som inngav tilbud, for eksempel gjennom fusjon eller oppkjøp. Denne saken ligger ikke slik an.

Hvorvidt det skal ilegge overtredelsesgebyr

- (29) Etter anskaffelseslovens § 7b (1) kan en oppdragsgiver etter en skjønnsmessig vurdering ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser side 26:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og – innsikt."

- (31) Overtredelsesgebyr er i nemndas praksis siden hjemmelen ble innført foreløpig bare ilagt i to tilfelle – sakene 2007/19 og 2008/5.
- (32) Klagenemnda er kommet til at det ikke bør ilegges gebyr i denne saken, jf. lovens § 7 b. Forholdet i denne saken er ikke så alvorlig som i de to sakene nevnt ovenfor. På tidspunktet for overdragelse av kontrakt til underleverandøren kunne det fremstå som uklart ut fra rettstilstanden hvorvidt det var i samsvar med anskaffelsesregelverket å la en leverandør som ikke har inngitt tilbud overta kontrakten. Kontrakten hadde en klausul som kunne tolkes slik at dette kunne la seg gjøre. En ledende forfatter på området – *Sue Arrowsmith* – har som påpekt av innklagede uttalt seg i favør av innklagede. Nemnda legger også vekt på at forholdet ikke bærer preg av omgåelse i og med at situasjonen som var oppstått ved valgte leverandørs finansielle problemer med oppfyllelsen kan ha fremstått som prekær, slik at man måtte finne en rask løsning, dette til forskjell fra sak 2008/5. Klagenemnda finner etter dette at kravet til forsett eller grov uaktsomhet ikke er oppfylt.

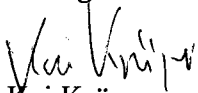
Konklusjon:

Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved å tildele kontrakt til en annen juridisk enhet uten å kunngjøre oppdraget på nytt.

Det ilegges ikke overtredelsesgebyr etter lovens § 7b..

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem eller ikke blitt tatt stilling til.

For klagenemnda,
18.august 2008


Kai Krüger