



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Helse Bergen HF gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av pasienttransport. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet ved ikke å opplyse om volumtallene for hver av kommunene pasienttransporten gjaldt. Videre fastslo nemnda at kravene til forutberegnelighet og likebehandling var brutt ved at ett av tildelingskriteriene, knyttet til referanser, ikke var evaluert forsvarlig. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. november 2008 i sak 2008/86

Klager: Taxi 1 AS

Innklaget: Helse Bergen HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avlysning. Avvisning av leverandør og tilbud. Lovlig tildelingskriterium. Opplysningsplikt vedrørende forhold av betydning for inngivelse av tilbud. Oppsigelsestid. Markedsdeling. Predasjonsprising. Tilbudsevaluering. Tidspunktet for kontraktsinngåelse.

Bakgrunn:

- (1) Helse Bergen HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. september 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av pasienttransport. Konkurransen var inndelt i 6 kjørekategorier, og det var anledning til å gi tilbud på en eller flere av kategoriene. Denne klagen refererer seg til kategoriene 2, 3 og 4. Kategori 2 gjelder kjøring ut av kommunene Bergen, Askøy, Fjell og Sund, kategori 3 gjelder kjøring innen de samme kommunene, mens kategori 4 gjelder rullestolkjøring i de samme kommuner.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 1.3 fremgikk det følgende opplysning om kontraktens omfang:

”Tjenesten har en samlet estimert årsverdi på NOK 60 – 80 millioner per år.”
- (3) I tillegg var det angitt at innklagede hadde et uttalt mål om å legge forholdene til rette for økt samordning. Videre fremgikk det at det ville bli inngått rammeavtale(r) med en eller flere, og at dersom det ble inngått kontrakt med flere innen samme kategori ville disse enten bli sidestilt eller rangert som hhv primær, sekundær og eventuelt tertiær leverandør. For kategoriene denne klagen gjelder, skulle kontraktsperioden være 2 år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år.
- (4) I grunnlagets punkt 2.2 fremgikk det følgende kvalifikasjonskrav til tilbyderne vedrørende attest for skatt og merverdiavgift:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

”Skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt for leverandør skal leveres ved tilbudet. Leverandører med skatterestanser kan avvises. Skatteattesten må ikke være mer enn seks måneder gammel. Leverandør skal kunne fremlegge skatteattest for underleverandører på forespørsel fra oppdragsgiver.”

- (5) I punkt 3.15 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

”De(t) økonomisk mest fordelaktige tilbud for oppdragsgiver vil bli valgt etter en totalvurdering av følgende kriterier:

<i>* Pris</i>	<i>45 %</i>
<i>* Tilstrekkelig antall transportører for å dekke behovet i hver enkelt kommune</i>	<i>30 %</i>
<i>* Referanser som dokumenterer erfaring fra passasjertransport</i>	<i>10 %</i>
<i>* Dokumentasjon iht konkurransegrunnlagets krav</i>	<i>10 %</i>
<i>* Miljø</i>	<i>5% ”</i>

- (6) I punkt 4.4.4 fremgikk det følgende opplysninger om ”utstyr for kommunikasjon mellom bil, kjøre- og oppgjørskontor”:

”Det forutsettes at tilbyder har mobiltelefon som følger de(t) aktuelle kjøretøy. Dette for at KKHB [oppdragsgivers kjøre- og oppgjørskontor] til enhver tid skal kunne kontakte sjåføren. Evt endringer av telefonnummer skal meldes KKHB i forkant.

Helse Bergen deltar i et prosjekt for et felles nasjonalt IKT-system for sykefrakt (NISSY). Etter prosjektplanen skal store deler av dette systemet innføres i løpet av avtaleperioden. Leverandøren forplikter seg til, uten ekstra kostnader for oppdragsgiver, å gjøre de tilpasninger til standard grensesnitt og eventuelt andre endringer i sitt system som er nødvendig i forbindelse med innføringen av NISSY.”

- (7) I punkt 4.9.1. fremgikk det at det ville gjelde en gjensidig oppsigelsestid på 3 måneder.
- (8) I det vedlagte prisformularet under konkurransegrunnlagets punkt 6 fremgikk det at det skulle oppgis separate priser for hver kommune i hver kjørekategori, med ytterligere oppsplitting i ulike kilometerpriser, minstepriser, tilleggssatser og tilleggspriser.
- (9) Innen tilbudsfristens utløp, den 1. november 2007, mottok innklagede tre tilbud. Disse var fra Taxi 1 AS (heretter kalt klager), Bergen Taxi AS (heretter kalt valgte leverandør) og Norgestaxi AS.
- (10) I innklagedes innstilling til valg av tilbud av 28. november 2007 fremgår det følgende om evalueringen av tildelingskriteriet referanser tilknyttet kjørekategoriene 2, 3 og 4:

”Kategori 2

[...]

Referanser 10 %

Helse Bergen har tidligere benyttet Bergen Taxi som transportør på pasienttransport og benytter pt Norgestaxi som transportør innen Bergen, Askøy, Sund og Fjell.

Helse Bergen har delte erfaringer med både Bergen Taxi og Norgestaxi. Helse Bergen har ikke egne erfaringer med Taxi 1 som transportør. Grunnet usikkerhet rundt referansevurdering har arbeidsgruppen derfor valgt å gi alle tilbudene lik score på dette punktet.

Arbeidsgruppen vil likevel presisere at hvis tilbudene stod helt likt ville dette punktet vært utslagsgivende i favør av Bergen Taxi. Dette begrunnes med at Helse Bergen har erfaring med både Bergen Taxi og Norgestaxi som leverandør i løyveområdet Bergen, Askøy, Sund og Fjell og har i den forbindelse hatt langt flere avvikssaker knyttet til leveransen fra Norgestaxi.”

- (11) Tilsvarende vurderinger var lagt til grunn ved evalueringen av referansekriteriet under kjørekategori 3 og 4, hvilket medførte at tilbyderne også her ble gitt samme score.
- (12) I brev av 29. november 2007 ble tilbyderne meddelt at Bergen Taxi AS var tildelt kontrakten for kjørekategoriene 2, 3 og 4. Klagefristen var satt til 9. desember 2007.
- (13) I brev av 8. desember 2007 fremsatte Taxi 1 AS en klage på tildelingsbeslutningen. Klagegrunnene er i hovedsak de samme som de som er fremsatt for klagenemnda. Det fremgår ikke noe av brevet om at det iht forskriftens § 20-16 (4) også blir bedt om en nærmere begrunnelse for tildelingen.
- (14) I innklagedes brev datert 18. desember 2007, ble klagen ikke tatt til følge. Det er på det rene at brevet først ble oversendt klager per post og e-post den 2. januar 2008.
- (15) Kontrakt med Bergen Taxi AS ble inngått 21. desember 2007. Etter dette fremsatte klager noen konkrete spørsmål til innklagedes vurderinger i en e-post av 9. januar 2008. Dette ble besvart av innklagede i e-post den 11. januar 2008. I brev av 6. april 2008 fremsatte klager så en anmodning om en nærmere begrunnelse. I anmodningen ble det også stilt spørsmål om Norgestaxi AS hadde deltatt i den forrige anbudskonkurransen fra 2006. Anmodningen ble besvart av innklagede i brev av 22. mai 2008. Når det gjelder klagers spørsmål uttalte innklagede følgende: ”Helse Bergen HF kan opplyse at rullestoltransport også var konkurranseutsatt ved forrige anbudsrunde, og at Norgestaxi innga tilbud.”
- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 6. mai 2008. I september 2008 sa Bergen Taxi AS opp den inngåtte kontrakten. Innklagede gjennomfører derfor pt en ny anbudskonkurranse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har brutt forskriftens § 20-16 (4) ved ikke å gi klager en nærmere begrunnelse innen 15 dagers fristen. Klagers anmodning er av 7. desember 2007, mens svar på denne først ble gitt 3. januar 2008 (Anmodningen var datert 18. desember 2007, og postlagt 2. januar 2008). I tillegg måtte klager purre på svaret den 3. januar 2008.
- (18) Videre medførte innklagedes kontraktsinngåelse at klager ikke ble gitt mulighet til å fremme en midlertidig forføyning for domstolene forut for kontraktinngåelsen.

- (19) Av ovennevnte grunner bør klagenemnda statuere et eksempel og gi reaksjon på helseforetakets gjentatte uvilje til å følge riktig saksbehandling.
- (20) Som følge av at det i dag er umulig å påvirke sin egen løyveportefølje (det utstedes ikke nye løyver, og det foreligger heller ingen løyvemobilitet), var det ulovlig for innklagede å benytte kapasitet som tildelingskriterium i denne anskaffelsen.
- (21) Som følge av at de tre aktørene i markedet er relativt like både på pris og kvalitet, skulle innklagede tildelt kontrakten til alle tre, og ikke bare valgt én leverandør. Opptreden i strid med dette vil medføre økt risiko for prisstigning i fremtiden. Dette vil igjen begrense konkurransen, og føre til et samfunnsøkonomisk tap. Innklagede burde også utøvd mer kjøpermakt. Videre er tildeling til kun én transportør i strid med pasientens rett til selv å velge hvem han ønsker som transportør, jf pasientrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven, samt en tidligere fortolkningsuttalelse fra konkurransetilsynet.
- (22) Klager mistenker Bergen Taxi AS for å ha foretatt en ulovlig predasjonsprising av tilbudsområde nr 3. Når prisene for rullestoltransport var under det halve av klagers, må dette bety at leverandøren enten har feilberegnet prisen eller bevisst har lagt seg lavt i denne kategorien. Når selskapet etter klagers beregninger har en utfakturert minstepris på ca 150 kr og en km verdi på ca 20 kr, er det åpenbart at tilbudsprisen ikke vil dekke produksjonskostnadene. Det er ifølge konkurranseloven ulovlig å tilby priser under anskaffelseskostnad. Dette medfører at tapet må dekkes inn andre steder i tilbudet og medfører en svekkelse av muligheten for å klare å overholde tilbudet. En oppsigelsestid på 3 måneder vil i tillegg øke risikoen for at en predasjonsprising ikke får så store konsekvenser om prisen settes for lavt. Tilbyder er jo da kun forpliktet til å stå ved tilbudet ut oppsigelsestiden.
- (23) Det er videre påfallende at Norgestaxi AS ikke innleverte tilbud i tilbudsområde nr 3. Klager mistenker at dette skyldes at Bergen Taxi AS og Norgestaxi AS delte markedet ulovlig i 2006. Verken Norgestaxi AS eller innklagede har ønsket å besvare klagers spørsmål om Norgestaxi AS deltok i anbudskonkurransen i 2006.
- (24) Valgte leverandør skulle vært avvist som følge av at det ikke ble fremlagt skatteattest fra tilbyderens underleverandører. Innklagedes anførsel om at det ikke var mulig å etterspørre slike attester, er i motstrid med konkurransegrunnlagets regulering på dette punkt. Oppslag i media den siste tiden om at mange drosjeeiere i Bergen ikke er kvalifiserte til å få skatteattest, viser også behovet for å etterspørre slike attester.
- (25) Som følge av at det var anledning til å inngi deltilbud for hver enkelt kommune, skulle innklagede oppgitt det forventede antall turer per kommune, og ikke bare det forventede antall turer totalt sett for alle kommunene. Dette forsterkes av at dette var opplysninger de øvrige leverandørene og innklagede hadde på forhånd. Når dette ikke ble gjort, vanskeliggjorde det klagers mulighet til å beregne korrekt pris.
- (26) Videre skulle innklagede evaluert tilbudene for hver enkelt kommune separat, og ikke foretatt en samlet vurdering av flere kommuner sammen.

- (27) Idet innklagede har kjennskap til alle klagene det har vært på Norgestaxi AS' tidligere pasientkjøring for helseforetaket, kan innklagedes poengsetting av tilbyderens referanser umulig være riktig.
- (28) Tilbudet fra Bergen Taxi AS skulle vært avvist da leverandøren ikke tilbyr samordningsverktøyet Nissy. Ifølge Helse- og omsorgsdepartementet er det et ufravikelig krav at samtlige leverandører har mulighet for implementering av Nissy. Innklagede var i tillegg kjent med at verken Bergen Taxi AS eller Norgestaxi AS kunne tilby Nissy. Å unnlate å stille krav om Nissy godkjenning innebærer at klager ble fratatt sin viktigste konkurransefordel. Det er også grovt uforsvarlig av innklagede å vise til at ekstrakostnader som følge av manglende Nissy system vil bli krevd dekket av leverandøren. Dette fordi det ikke er mulig å beregne disse kostnadene korrekt. Det er dermed samfunnet som må bære tapet. Innklagedes opptreden i saken gir også en indikasjon på at leverandør var valgt på forhånd, slik at den gjennomførte konkurransen ikke var reell.
- (29) Ved å akseptere et tilbud som er over 50 % dyrere enn maksimalprisene har innklagede påført seg selv betydelige merkostnader. Innklagede skulle istedenfor avlyst konkurransen og gått i forhandlinger med alle tilbyderne, jf hva Helse Midt Norge RHF gjorde i en tilsvarende situasjon i 2006.
- (30) Det er i kontrakten for anbudet medtatt en mulighet for oppsigelse fra leverandør sin side. Denne er satt til 3 mnd. En kontrakt kan etter vårt syn ikke inneholde en mulighet for oppsigelse fra leverandøren sin side i den fastsatte anbudsperioden, da dette vil gjøre at rammevilkårene for aktørene i næringen blir svært lite forutsigbare og det kan medføre en fare for at valgte leverandør sier opp kontrakten om lønnsomheten blir for lav. Hvis det allikevel inntas en oppsigelsesmulighet i anbudet må denne være forholdsmessig anlagt.

Innklagedes anførsler:

- (31) Klagers brev av 8. desember 2007, (ikke 7. desember 2007, slik klager hevder), kan ikke anses som en anmodning om en nærmere begrunnelse, men må betraktes som en ordinær klage på tildelingsbeslutningen. For besvarelse av en slik klage gjelder det ingen eksakte frister. Selv om innklagede ikke har loggført mottakelsen av klagers brev, kan dette tidligst ha vært mottatt den 10. desember 2007. Klagen ble besvart i et brev av 18. desember 2007, og sendt klager på e-post den 2. januar 2008. Innklagede erkjenner å ha vært for lite aktpågivende ved utsendelsen, men bestrider å ha brutt regelverket utover dette. Det er derfor uforståelig hva klager sikter til med helseforetakets gjentatte uvilje til å følge riktig saksbehandling. Kontrakt ble inngått 21. desember 2007, som følge av at innklagede ikke fant grunn til å ta Taxi 1 AS' klage til følge.
- (32) Etter innklagedes syn er tilbydernes kapasitet et meget vesentlig moment i evalueringen av tilbudenes økonomiske verdi, og dette skulle egentlig hatt høyere vektning enn det fikk. Det er for øvrig ikke riktig at løyveporteføljen er helt fastlåst. Samtlige drosjesentraler i Bergen står fritt til å søke om flere løyver, og dette gjøres også årlig.
- (33) Hva som skjedde i den forrige anbudsrunder er i utgangspunktet irrelevant. Innklagede hadde ingen plikt til å si opp den avtalen som da ble inngått med Norgestaxi AS. Innklagede valgte istedenfor å forsøke å løse problemene ved samarbeid med drosjeselskapet. Da dette ikke ga tilfredsstillende resultater, valgte innklagede å ikke

forlenge avtalen. Dette er også en måte å utøve kjøpermakt på. I tillegg har innklagede i denne konkurransen skjerpet kravene betydelig og tilpasset sanksjonene til realistiske forhold.

- (34) I anbudet har innklagede åpnet opp for at det kan inngås kontrakt med flere leverandører, men det foreligger ingen plikt til dette. Som generell policy ønskes imidlertid færrest mulig leverandører å forholde seg til. Dette for å få bedre oversikt over avtaleporteføljen, bedre leverandørkontakt, mindre administrasjon, færre fakturaer, mer effektiv logistikk, mindre lagerhold, bedre betingelser, større besparelser med mer. Til tross for dette har innklagede flere ganger hatt flere avtaler. For øvrig er innklagede kritisk til at kontraktstildeling til samtlige tre tilbydere i dette tilfellet ville vært det økonomisk mest fordelaktige. Hvis alle leverandørene hadde visst at de ville få kontrakt, ville dette medført at konkurranseelementet forsvant.
- (35) Det er ikke opp til innklagede å avgjøre om Bergen Taxi AS har foretatt en predasjonsprising ved rullestolkjøringen i kategori 4, (innklagede antar at klagers henvisning til kategori 3 er feil). Siden prisen lå 75 % høyere enn ved forrige anbudsrunde, er det imidlertid ingen grunn til å tro at det er tilfellet.
- (36) I brev av 22. mai 2008 uttalte innklagede at *”Helse Bergen HF kan opplyse at rullestoltransport også var konkurranseutsatt ved forrige anbudsrunde, og at Norgestaxi innga tilbud.”*
- (37) Det kan ikke kreves skatteattester fra underleverandører eller eiere. Dette ville ført til at svært mange tilbydere ikke ville blitt godtatt ettersom mange selskaper har en underleverandør eller eier med restanser eller dom for kriminell handling, jf Siemens i Karlsvik saken og Aker med Røkke i båtsertifikatsaken. Det forelå derfor heller ikke grunn til å avvise valgte leverandørs på dette grunnlag.
- (38) Under evalueringen ble tilbudsprisene evaluert kommune for kommune, men i evalueringsmatrisen ble kommunene Bergen, Askøy, Fjell og Sund slått sammen da dette blir sett på som ett konsesjonsområde. Innklagede medgir at prismatrisen kunne vært oppdelt per kommune, men matrisen gir likevel et riktig bilde av klagers pristilbud som det dyreste i alle kategoriene. Poengsummen ville derfor vært den samme, og manglende oppdeling hadde dermed ingen praktisk konsekvens.
- (39) Innklagedes samlede angivelse av estimert årsverdi på anskaffelsen på 60 til 80 millioner kroner gir en tilstrekkelig indikasjon til at tilbyderne måtte forstå at de måtte tilby sine beste priser. En mer oppdelt angivelse av volum, kunne gitt et feil bilde da innklagede stadig tilstreber en mer effektiv pasienttransport, inkludert samkjøring med mer. Det er tvilsomt om klagers priser hadde vært annerledes om volumtallene hadde vært angitt per kategori. For øvrig vil det alltid være slik at tidligere leverandører vil ha en bedre oversikt over oppdragene og oppdragsmengden enn en ny leverandør. Dette er det umulig å forhindre.
- (40) Innklagede medgir at Norgestaxi AS ut fra innklagedes egne tidligere erfaringer skulle vært bedømt dårligere på tildelingskriteriet referanser. Krav til dokumentasjon og etterprøvnbarhet medfører imidlertid at man gjerne vegrer seg for å dømme for hardt. Dette motbeviser for øvrig klagers påstand om at innklagede har vært forutinntatt i forhold til Norgestaxi AS.

- (41) Pasientrettighetslovens § 2-6 nevner ingen rett for pasienten til å velge transportør. Etter innklagedes mening kan pasientene bruke den transportør de vil, men dersom innklagede skal dekke utgiftene (minus egenandel) skal innklagede kunne ha kontroll med utgiftene. Det er uforståelig at klager mener at fritt transportørvalg og bruk av alle transportørene i et område vil gi helseforetakene betydelige besparelser. Det vil da ikke bli tatt hensyn til besparelser ved samordning, utnyttelse av returbil osv. Det er også lite tenkelig at prisene skal gå ned dersom alle transportørene på forhånd vet at de får en avtale.
- (42) Det ble ikke krevd at leverandørene skulle tilby Nissy ved oppstart av avtaleperioden, men at valgte leverandør skulle ha ansvaret for kostnaden med dette når det ble aktuelt å innføre systemet i løpet av avtaleperioden. Begrunnelsen for at dette ikke ble stilt som et absolutt krav fra oppstartstidspunktet for avtalen var at dette i vesentlig grad ville svekket konkurransen. Pt er det kun én drosjesentral og én transportør som benytter Nissy fullt ut, og man er fremdeles inne i en utprøvningsperiode. For øvrig benytter innklagedes kjørekontor Nissy uavhengig av om transportørene er tilknyttet systemet. Dette er ikke kritisk for samordningen, da transportørene også kan behandle relevante data manuelt. Basert på dette skulle tilbudet fra valgte leverandør ikke vært avvist.
- (43) Resultatet i anbudsprosessen fra Helse Midt-Norge som klager viser til er ikke relevant for vår sak. Her forelå det kun ett tilbud, og dette var 40 % høyere enn daværende priser. Det var grunnen til at det var saklig grunn til å avlyse konkurranse, og gå over i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det er ikke tilfellet i vår sak, da det forelå flere akseptable pristilbud. Innklagede hadde dermed ikke grunnlag for å avlyse konkurransen og gå over i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.
- (44) I anbudet var det en gjensidig oppsigelsestid på 3 måneder, jf konkurransegrunnlagets punkt 4.9.1. Det var denne Bergen Taxi AS benyttet seg av i september då. Klager tar dermed feil når det hevdes at det kun var leverandøren som hadde oppsigelsesrett. For øvrig er det uklart hva klager mener med at en oppsigelsestid må være forholdsmessig anlagt, og hva det siktes til når det anføres at en oppsigelsestid skaper uforutsigbarhet.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen

- (46) Klager har anført at innklagede skulle avlyst konkurransen istedenfor å anta tilbudet fra valgte leverandør, som etter klagers mening var mer enn 50 % dyrere enn maksimalprisene. Antagelsen av tilbudet har etter klagers oppfatning medført at innklagede har påtatt seg betydelige merkostnader, og en tilsvarende sak fra Helse Midt Norge i 2006 viser at innklagede istedenfor kunne avlyst konkurransen og gått i forhandlinger med tilbyderne.
- (47) Etter klagenemndas oppfatning er den saken klager har vist til fra Helse Midt Norge RHF (gjelder en åpen anbudskonkurranse kunngjort 11. juli 2006) ikke sammenlignbar

med vår sak. I denne anskaffelsen var det kun mottatt ett tilbud, og dette var 40 % dyrere enn helseforetakets daværende priser på pasienttransport. Som følge av at det bare forelå ett tilbud, og dette i tillegg lå vesentlig over oppdragsgivers daværende priser, valgte oppdragsgiver å avlyse den kunngjorte anbudskonkurransen og gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med leverandøren som hadde innlevert tilbudet.

- (48) I vår sak forligger det tre tilbud og innklagede har forklart at disse er prismessig akseptable. Basert på dette, kan klagenemnda ikke se at innklagede hadde verken rett eller plikt til å avlyse konkurransen på dette grunnlag, og klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende innlevering av skatteattest for tilbyderens underleverandører

- (49) Klager har anført at Bergen Taxi AS skulle vært avvist da selskapet ikke innleverte skatteattest for sine underleverandører.
- (50) Av forskriftens § 3-3 (1) fremgår det at det er "leverandører" som skal levere skatteattest. I bestemmelsens (4) fremgår det for bygge- og anleggskontrakter at entreprenøren skal ha en plikt til å kreve skatteattest fra sine underleverandører (ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget som overstiger en verdi på kr 100 000 eks mva). Tilsvarende er imidlertid ikke fastsatt for vare- og tjenestekontrakter. Basert på dette kan klagenemnda ikke se at det oppstilles noen plikt for oppdragsgiver til å kreve skatteattest fra underleverandørene i disse kontraktstypene. Når dette heller ikke var fastsatt i konkurransegrunnlaget, kan nemnda da heller ikke se at innklagede i dette tilfellet skulle være forpliktet til å avvise Bergen Taxi AS som følge av at selskapet ikke innleverte skatteattest for sine underleverandører. Klagers anførsel fører da ikke frem.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at selskapet ikke tilbudte samordningsverktøyet Nissy

- (51) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist da selskapet ikke tilbudte samordningsverktøyet Nissy. Ifølge klager er dette et ufravikelig krav fra Helse- og omsorgsdepartementet. Videre er det vist til at dette medførte at klager mistet sin viktigste konkurransefordel, og det var da grovt uforsvarlig av innklagede å begrense seg til å kreve at tilbyderne selv måtte dekke kostnadene ved implementering av Nissy når dette ble aktuelt.
- (52) Det er på det rene at innklagede ikke fastsatte noe absolutt krav om at tilbyderne skulle inneha samordningsverktøyet Nissy på oppstartstidspunktet for kontrakten, jf konkurransegrunnlagets punkt 4.4.4. Ved fastsettelsen av hvilke krav som skal stilles til tilbudene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Nemnda kan likevel prøve om unnlattelse av et bestemt krav synes uforsvarlig eller usaklig, eventuelt på annen måte må anses i strid med de grunnleggende kravene i regelverket.
- (53) Ifølge innklagede var begrunnelsen for det ikke ble stilt noe absolutt krav om Nissy fra oppstartstidspunktet for kontrakten at dette ville svekket konkurransen vesentlig da det kun var klager som pt kunne tilbuds dette. Videre er det vist til at det pt kun er én drosjesentral og én leverandør som benytter Nissy på landsbasis, og at innklagedes kjørekontor kan benytte Nissy uavhengig av om transportørene er tilknyttet systemet.

Basert på dette kan klagenemnda ikke se at det var uforsvarlig, eller på annen måte i strid med regelverket, at innklagede ikke fastsatte noe absolutt krav om Nissy fra oppstartstidspunktet i dette tilfellet. Innklagedes vurderinger viser videre at helseforetaket har vært opptatt av å sikre kravet til konkurranse. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt kapasitet var et lovlig tildelingskriterium i denne konkurransen

- (54) Klager har anført at det var ulovlig å benytte kapasitet, nærmere konkretisert til ”Tilstrekkelig antall transportører for å dekke behovet i hver enkelt kommune”, som et tildelingskriterium i denne konkurransen. Dette fordi det etter klagers oppfatning pt ikke utstedes nye løyver, og det heller ikke foreligger løyvemobilitet. Innklagede har bestridt at det ikke er mulig å få utstedt nye løyver, og anført at dette skjer fortløpende.
- (55) Etter klagenemndas oppfatning synes det ut fra partenes forklaringer uklart om det for tiden er mulig å få utstedt nye løyver, evt omfordele eksisterende. Etter klagenemndas oppfatning kan imidlertid ikke dette bli avgjørende, da nemnda mener at en oppdragsgiver uansett må kunne vektlegge den kapasitet en tilbyder kan tilby i et konkret oppdrag, uavhengig av om det foreligger forhold som kan gjøre at det er vanskelig å utvide den kapasitet tilbyderen allerede har. For oppdragsgiver vil kapasiteten like fullt ha betydning for tilbudets økonomiske verdi. Basert på dette kan nemnda ikke se at det i denne saken og på dette grunnlag var ulovlig av innklagede å benytte kapasitet som et tildelingskriterium. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt innklagede hadde plikt til å oppgi volumtall for hver enkelt kommune

- (56) Klager har anført at innklagede skulle oppgitt volumtallene for hver enkelt kommune da det var anledning til å gi separate tilbud for hver av kommunene. Dette i alle fall når dette var opplysninger de andre leverandørene og innklagede var kjent med på forhånd. Innklagede har ikke bestridt at disse opplysningene var kjent på forhånd, men anført at det var tilstrekkelig å opplyse det totale volumtallet for hele anskaffelsen, og at opplysninger om volumtallene for hver enkelt kommune ville gitt et feil bilde da innklagede stadig tilstreber en mer effektiv pasienttransport. Tilslutt er det anført at det ikke er sannsynlig at dette ville påvirket klagers priser.
- (57) I klagenemndas saker 2008/27 (premiss 48) og 2006/106 (premiss 26 flg) fastslo klagenemnda at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet ikke å opplyse om hvilke volumtall som ville bli benyttet i tilbudsevalueringen. Nemnda legger det samme til grunn i denne saken, og kan ikke se at innklagedes innvendinger, herunder målet om stadig å effektivisere pasienttransporten, skulle tilsi et annet resultat her. Basert på dette har innklagede brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved ikke å opplyse om volumtallene for hver enkelt kommune.

Hvorvidt det var anledning til å ha en oppsigelsestid på 3 måneder i kontrakten

- (58) Klager har anført at det ikke er anledning til å ha en oppsigelsestid på tre måneder i kontrakten, da dette vil skape uforutsigbarhet for leverandørene. Dersom oppsigelsestid aksepteres, anføres det at denne må være forholdsmessig anlagt.
- (59) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningskikk i lovens § 5, samt forskriftens § 17-1 (2) bokstav m, følger det at oppdragsgiver må gi leverandørene de opplysningene som er nødvendige for at disse skal kunne inngi tilbud, jf tilsvarende

uttalelser i klagenemndas tidligere saker 2008/68 (premiss 43), 2008/27 (premiss 48), og 2006/106 (premiss 26 flg). I dette tilfellet er det på det rene at oppdragsgiver allerede i konkurransegrunnlaget, jf punkt 4.9.1., opplyste at det ville gjelde en gjensidig oppsigelsestid på 3 måneder. Dette var således et forhold tilbyderne måtte ta hensyn til ved inngivelsen av tilbudene. Basert på dette kan klagenemnda ikke se at forholdet knyttet til oppsigelsestid kan ha skapt noen uforutsigbar situasjon for tilbyderne. Nemnda kan heller ikke se at en oppsigelsestid på 3 måneder ikke skal være forholdsmessig i en kontrakt om pasienttransport. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt Bergen Taxi AS og Norgestaxi AS foretok en ulovlig markedsdeling i 2006

(60) Klager har anført at det er grunn til å tro at Bergen Taxi AS og Norgestaxi AS foretok en ulovlig markedsdeling i 2006, og at det er påfallende at sistnevnte selskap ikke innleverte tilbud i kjørekategori 3. Videre er det uttalt at verken Norgestaxi AS eller innklagede har ønsket å besvare klagers spørsmål om Norgestaxi AS deltok i anbudskonkurransen i 2006.

(61) Hvorvidt Bergen Taxi AS og Norgestaxi AS foretok en ulovlig markedsdeling i 2006, ligger utenfor klagenemndas mandat å ta stilling til, da dette vil være regulert av rettsregler utenfor anskaffelsesregelverket, jf klagenemndsforordens § 1. Når det gjelder klagers siste uttalelse om manglende svar fra innklagede på om Norgestaxi AS deltok i konkurransen i 2006, vises det til at det i innklagedes nærmere begrunnelse av 22. mai 2008 fremgår følgende: ”Helse Bergen HF kan opplyse at rullestoltransport også var konkurranseutsatt ved forrige anbudsrunde, og at Norgestaxi innga tilbud.”

Hvorvidt valgte leverandør har foretatt en ulovlig predasjonsprising

(62) Klager har anført at Bergen Taxi AS har foretatt en ulovlig predasjonsprising av tilbudsområde nr 3. Dette spørsmål er regulert av rettsregler utenfor anskaffelsesregelverket, og det ligger da utenfor klagenemndas mandat å vurdere dette, jf klagenemndsforordens § 1.

Hvorvidt innklagede skulle evaluert tilbudsprisene kommune for kommune

(63) Klager har anført at innklagede skulle evaluert tilbudsprisene kommune for kommune, og således ikke evaluert flere kommuner samlet. Innklagede har til dette uttalt at prisene per kommune ble evaluert enkeltvis, men at man i prismatrisen valgte å fremstille resultatene for kommunene Bergen, Askøy, Fjell og Sund samlet da dette utgjør ett konsesjonsområde.

(64) Selv om det i dette tilfellet ikke er dokumentert at innklagede faktisk foretok en evaluering av tilbudene kommune for kommune (prismatrisen kunne tyde på det motsatte), mener klagenemnda at det avgjørende i denne saken må være at det må anses for å ligge innenfor helseforetakets innkjøpsfaglige skjønn å bestemme hvorvidt det var mest hensiktsmessig å evaluere tilbudene kommune for kommune eller å se flere kommuner i sammenheng i evalueringen av hvilket av tilbudene som måtte anses for å være det økonomisk mest fordelaktige. Dette selv om tilbyderne skulle inngi separate tilbud for hver kommune. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Innklagedes evaluering av Norgestaxi AS` tilbud iht tildelingskriteriet referanser

(65) Klager har anført at innklagedes evaluering av Norgestaxi AS` tilbud på tildelingskriteriet referanser er uriktig, basert på den kjennskap innklagede må ha hatt til

alle de klagene det har vært på selskapet ved pasientkjøringen for helseforetaket tidligere. Innklagede har erkjent at bedømmelsen nok var for mild, men at det ut fra de krav som stilles til dokumentasjon og etterprøvbarhet ble besluttet ikke å dømme leverandøren for strengt.

- (66) I evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnet har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med de grunnleggende kravene i regelverket, jf blant annet klagenemndas saker 2008/54 og 2006/39.
- (67) Ved klagenemndas gjennomgang av anskaffelsesprotokollen på dette punkt fremgår det at evalueringsgruppen ga samtlige tilbydere samme score på referansekriteriet ”*grunnet usikkerhet rundt referansevurdering*”. Videre heter det at ”*Arbeidsgruppen vil likevel presisere at hvis tilbudene stod helt likt ville dette punkt vært avgjørende i favør av Bergen Taxi*”, og at oppdragsgiver hadde hatt ”*langt flere avvikssaker knyttet til leveransen fra Norgestaxi.*” Dette viser etter klagenemndas skjønn at vurderingen på dette punkt ikke har vært forsvarlig. Innklagede har derfor brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5.

Hvorvidt innklagede hadde plikt til å tildele kontrakten til flere enn én leverandør

- (68) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å tildele kontrakten til alle de tre tilbyderne i konkurransen, da leverandørene etter klagers oppfatning er relativt like på pris og kvalitet og at tildeling til kun én leverandør vil medføre en økt risiko for prisstigning i fremtiden, noe som igjen vil begrense konkurransen og føre til et samfunnsmessig tap. Videre er det vist til at dette følger av pasientens rett til selvvalgt transportør, jf pasientrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven, samt en tidligere fortolkningsuttalelse fra konkurransetilsynet.
- (69) Etter klagenemndas oppfatning kan de hensyn klager har vist til ikke medføre noen plikt for innklagede til å inngå kontrakt med flere leverandører etter anskaffelsesregelverket. For øvrig hadde innklagede i konkurransegrunnlagets punkt 1.3 gitt seg selv en mulighet til å gjøre dette, men altså ingen plikt. Dette viser etter nemndas oppfatning at innklagede har tatt hensyn til at det i enkelte tilfeller kan være økonomisk mest fordelaktig å tildele kontrakt til flere. Anførselen kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt innklagedes svar på klagers brev av 8. desember 2007 ble gitt for sent

- (70) Klager har under dette punkt anført at kravet i forskriftens § 20-16 (4) til en nærmere begrunnelse innen 15 dager er brutt ved at innklagedes svar på klagers brev av 8. desember 2007 først ble meddelt klager den 2. januar 2008. Kontrakt ble inngått den 21. desember 2007. Videre er det anført at kontraktsinngåelsen medførte at klager ikke ble gitt en mulighet til å fremme en midlertidig forføyning for domstolene.
- (71) Etter klagenemndas oppfatning må klagers brev av 8. desember 2007 anses som en ren klage på tildelingen, og ikke (også) som en anmodning om en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 20-16 (4). Dette er også i samsvar med hvordan innklagede har oppfattet brevet, samt slik det synes som om klager selv har oppfattet dette i den senere korrespondansen mellom partene. Basert på dette kan klagers anførsel om at forskriftens § 20-16 (4) er brutt, ikke føre frem.

- (72) Det neste spørsmålet blir imidlertid om regelverket oppstiller en plikt til å avvente kontraktinngåelse til oppdragsgivers svar på en eventuell klage på tildelingen er meddelt klageren. Av forskriftens § 22-3 (1) fremgår det at oppdragsgivers meddelelse om valg av tilbud skal skje i "rimelig tid" før kontrakt inngås. Det fremgår imidlertid ikke noe mer om dette innebærer at oppdragsgiver må avvente kontraktsinngåelse til eventuelle klager er besvart og svaret er meddelt klagerne.
- (73) Tilbyderne ble i brev av 29. november 2007 gitt meddelelse om hvem som ville bli tildelt kontrakt i de ulike transportkategoriene. Klager påklaget tildelingen i brev av 8. desember 2007. I brev av 18. desember 2007, mottatt av klager 2. januar 2008, meddelte innklagede klager at klagen ikke var tatt til følge. Etter nemndas syn gikk det "rimelig tid", jf. forskriftens § 22-3 (1) mellom meddelelsen om kontraktstildeling og kontraktsinngåelsen. Det kan tenkes tilfeller hvor oppdragsgiver også må la det gå "rimelig tid" mellom avslag på en klage og kontraktsinngåelse. Nemnda kan imidlertid ikke se at forholdene ligger slik an i denne saken. Klagers anførsel om at kontakt ble inngått for tidlig kan etter dette ikke føre fram.

Konklusjon:

Helse Bergen HF har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved ikke å opplyse om volumtallene for hver enkelt kommune.

Helse Bergen HF har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ved ikke å foreta en forsvarlig bedømmelse av tildelingskriteriet referanser.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

10. november 2008

Jakob Wahl