



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for pasienttransport på land. Klager ble avvist fra konkurransen, under henvisning til at klager hadde gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i bransjen. Klager anførte at avvisningen var urettmessig, og at det var en uforholdsmessig streng reaksjon ettersom klager hadde rettet det ulovlige forholdet. Klagenemnda kom til at innklagede hadde rett til å avvise klager.*

**Klagenemndas avgjørelse 12. august 2014 i sak 2012/205**

**Klager:** Frank Ytredal Drosjer

**Innklaget:** Helse Førde HF

**Klagenemndas medlemmer:** Gro Amdal, Magni Elsheim og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Avvisning av klager etter forskriften § 20-12 (2) bokstav d.

**Bakgrunn:**

- (1) Helse Førde HF (heretter innklagede) kunngjorde 8. mars 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for pasienttransport på land for Helse Førde HF. Anskaffelsen er kunngjort både i Doffin og TED som en anskaffelse med verdi over EØS-terskelverdi. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget angitt til 18. april 2012, som senere ble endret til 30. mai 2012.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 at konkurransen var basert på tildelingskriteriene kvalitet (30 %) og pris (70 %).
- (3) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Frank Ytredal Drosjer (heretter klager) og Ruth Nesse, Siw Tore Vårdal og Endre Råheim.
- (4) Innklagede avviste klager fra konkurransen i brev av 15. juni 2012, under henvisning til forskriften § 20-12 (2) bokstav d:

*"Frank Ytredal Drosjer har brukt kjøretøy og transportert pasientar i bilar som ikkje har oppfylt regelverket- og Yrkestransportforskriften sine krav i høve bruk av turvogn. Ved trafikkontrollar den 16.11.2011 og 08.12.2011, vart det avdekka at Ytredal ikkje hadde installert fartsskrivarar i bilane sine og såleis køyrte ulovlig, jfr. Brev fra Sogn og Fjordane fylkeskommune dagsett 23.01.2012: Gjennom fleire trafikkontrollar er det avdekka at verksemda dykkar nyttar køyretøy som ikkje stettar kravet som turvogn. I same brevet vart det òg varsel om tilbakekalling av turvognløyve-Frank Ytredal Drosjer.*

*Bruk av fartsskriver er ein sentral reiskap i etterleving og håndheving av reglane om kjøre- og kviletid. Fartsskrivaren registrerer mellom anna når kjøretøyet er i bruk, kor*

*lenge køyringa går føre seg, kva hastighet kjøretøyet til ei kvar tid har og kven som køyrer bilen.*

*Alvoret knytt til brott på kravet til bruk av fartsskrivarar er av Vegdirektoratet uttrykt slik:*

*"Når et transportforetak driver sin virksomhet uten overhode å ha fartsskrivere installert i sine kjøretøy, er det i praksis ikke mulig å kontrollere om transporten foregår i strid med kjøre- og hviletidsreglene. Statens vegvesen og Vegdirektoratet ser derfor alvorlig på kjøring uten fartsskriver. Slike forhold politianmeldes, og vil kunne medføre straff for både sjåføren og transportforetaket."*

*Frank Ytredal har dermed klart gjort seg skuldig i alvorlig forsømmingar mot faglige og etiske krav i vedkommande bransje.*

*I tillegg er Helse Førde òg kjend med at Frank Ytredal er meldt til Høyanger Lensmannskontor 26.01.2012, av Sogn og Fjordane fylkeskommune, knytt til å ha utført persontransport mot vederlag med personbil den 09.12.2011. Dette er også ei alvorleg forsømming mot faglige og etiske krav i transportbransjen.*

*Helse Førde vurderer forsømingane til Frank Ytredal Drosjer som svært alvorlege, dei er fleire og har nylig skjedd. Ei avvisning av Frank Ytredal Drosjer er såleis i samsvar med kravet til Forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (2) d."*

- (5) Klager klaget til innklagede i brev av 20. juni 2012, og bestred at det var grunnlag for å avvise klager etter forskriften § 20-12 bokstav d. Det ble påpekt at forsømmelsene ikke var av vesentlig betydning eller relevant for denne anskaffelsen. Innklagede besvarte klagen 22. juni 2012, og tok ikke klagen til følge.
- (6) I brev av 12. september 2012 meddelte innklagede at helseforetaket hadde til hensikt å inngå rammeavtaler med Ruth Nesse, Siw Tove Vårdal og Endre Råheim (heretter valgte leverandører).
- (7) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. september 2012.
- (8) Rammeavtaler med valgte leverandører ble signert 24. og 25. september 2012.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. august 2014.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

##### *Avvisning av klager*

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager under henvisning til forskriften § 20-12 (2) bokstav d, uten at denne bestemmelsen ga hjemmel for dette. Innklagede kunne ikke vektlegge at klager tidligere hadde benyttet kjøretøy uten fartsskriver i strid med regelverket. Når innklagede utlyste konkurransen var forholdene rettet opp og kunne ikke lenger utgjøre en relevant avvisningsgrunn, og uansett ville avvisning være en uforholdsmessig streng reaksjon.

##### *Erstatning*

- (11) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Etter klagers syn er det sannsynlig at klager ville fått samtlige rammeavtaler dersom avvisning ikke hadde skjedd.

### ***Innklagedes anførsler:***

#### *Avvisning av klager*

- (12) Avvisningen av klager var ikke i strid med regelverket. Klager har brutt regelverket i sin bransje flere ganger, og det foreligger derfor grunnlag for å avvise etter forskriften § 20-12 (2) bokstav d. Brudd på kravet til fartsskrivere er alvorlig og klager viste ingen tegn til "self cleaning".

#### *Erstatning*

- (13) Vilårene for erstatning er ikke oppfylt. Klagers tilbud er ikke evaluert, og det er ikke mulig å påvise at klager hadde det beste tilbudet. Det er ikke sannsynliggjort at klager ville ha vunnet konkurransen, og innklagede har uansett ikke gjort en "vesentlig" feil ved å avvise klager.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtaler for pasienttransport på land som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 2. Anskaffelsen er kunngjort som en anskaffelse med verdi over EØS-terskelverdi. Klagenemnda legger til grunn at så er riktig, og i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi da forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

#### *Avvisning av klager*

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager med henvisning til forskriften § 20-12 (2) bokstav d uten at denne bestemmelsen ga hjemmel for dette.
- (16) Forholdet som lå til grunn for avvisningen var at klager hadde kjørt uten fartsskriver. På denne bakgrunn avsluttet innklagede sin eksisterende rammeavtale med klager, og kunngjorde en ny konkurranse for pasienttransport. Klager ble avvist fra deltagelse i denne nye konkurransen, begrunnet med at klager "*i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje*", jf. forskriften § 20-12 (2) bokstav d.
- (17) Kravet om fartsskrivere skal sikre at sjåfører overholder kjøre- og hviletidsreglene. I 2008 ble det gitt påbud om fartsskriver for kjøretøy med flere enn 9 seter inkludert sjåfør. Før forskriftsendringen var det kjøretøy med flere enn 12 sitteplasser som var omfattet av påbudet. Klager benyttet kjøretøy uten fartsskriver frem til han rettet opp i forholdet i februar 2012.
- (18) Et av klagers kjøretøy ble stoppet i kontroll 16. november 2011. Kjøretøyet fikk da kjøreforbud for pasienttransport mot vederlag på grunn av manglende fartsskriver. Samme dag søkte klager om dispensasjon for kjøretøyet, samt tre andre kjøretøy som heller ikke hadde fartsskriver. Klager fortsatte å bruke kjøretøyene uten fartsskriver mens dispensasjonssøknaden ble behandlet. Et nytt kjøretøy ble stoppet i kontroll 13. desember

2011, og fikk tilsvarende kjøreforbud. Dispensasjonssøknaden ble avslått, og klager fikk varsel om tilbakekalling av kjøreløyve med frist for retting 22. februar 2012. Fylkesmannen anmeldte samtidig klager for ulovlig transport med personbil mot vederlag. Påtalemyndigheten valgte senere å henlegge straffesaken. Det viste seg at fartsskriver kun kunne ettermonteres i ett av klagers kjøretøy. Klager investerte derfor i nye kjøretøy med fartsskriver, og orienterte fylkesmannen om at manglene var rettet i brev av 21. februar 2012. Saken ble deretter avsluttet fra fylkesmannen sin side.

- (19) Etter forskriften § 20-12 (2) bokstav d har oppdragsgiver rett til å avvise leverandører som *"i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje"*.
- (20) Bestemmelsen regulerer ikke nærmere i hvilke tilfeller oppdragsgiver kan avvise som følge av alvorlige forsømmelser, og det er heller ikke oppstilt noen tidsmessig grense for når en alvorlig forsømmelse ikke lenger kan utgjøre avvisningsgrunn. Oppdragsgiver må utvise et skjønn der det blant annet må ses hen til hvor alvorlig forholdet er, tidsforløpet mellom forsømmelsen og avvisningen, samt proporsjonalitetsprinsippet. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan i begrenset grad overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes skjønnsutøvelse er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, og ellers er saklig og forsvarlig.
- (21) I Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder punkt 13.2.5 skriver departementet om bestemmelsen:

*"Dersom leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav, kan leverandøren avvises. Det er ikke krav om at det må foreligge rettskraftig dom eller et vedtak, men det må foreligge objektive bevis for slike brudd. Det er oppdragsgiver som må begrunne avvisningen og det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver kun har mistanke om slike forhold. Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes. Forsømmelsen må være av vesentlig betydning («alvorlige brudd») og være relevant for den konkrete anskaffelsen, jf. forholdsmessighetsprinsippet [...]"*

- (22) . Hva som utgjør en relevant forsømmelse må videre forstås ganske vidt, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-465/11 premiss 27, om tilsvarende bestemmelse i direktiv 2004/18/EF.
- (23) Klager har brutt regelverket for fartsskriver over lengre tid. Når klager har kjørt uten fartsskriver er det umulig å kontrollere om han har overholdt kjøre- og hviletidsreglene, som er sentrale regler i klagers bransje. Det er uomtvistet at klager fikk kjøreforbud etter å ha blitt stoppet i kontroll ved to anledninger. Etter å ha blitt stoppet i kontroll første gang og fått kjøreforbud, fortsatte klager å bruke kjøretøy uten fartsskriver. Det foreligger gjennom dette objektiv dokumentasjon på klagers forsømmelser. Det at klager ikke respekterte kjøreforbudet, forsterker alvorlighetsgraden av forsømmelsen. På dette grunnlag må det konstateres at klager har begått alvorlige forsømmelser mot faglige krav i sin bransje.
- (24) Avvisningsretten må utøves i samsvar med det anskaffelsesrettslige proporsjonalitetsprinsippet. Dette har betydning blant annet for hvor lenge en leverandør kan utestenges som følge av forsømmelsen, og i hvilken grad eventuelle avhjelpende

tiltak fra leverandørens side skal vektlegges, jf. også Fornyings- Administrasjons- og Kirkedepartementets fortolkningsuttalelse av 12. januar 2011, ref. 08/766 s. 19 og 20.

- (25) Regelbruddene skjedde helt frem til kort tid før kunngjøringen av den aktuelle konkurransen. Forskriftsmessige kjøretøy er nødvendige for overhodet å kunne levere den aktuelle type tjenester, og regelbruddene fant sted under utøvelse av samme aktivitet som anskaffelsen gjelder. Nemnda finner derfor at regelbruddene er både relevante for anskaffelsen og av vesentlig betydning.
- (26) Kort tid før innlevering av tilbud i anbudskonkurransen hadde klager rettet opp i forholdene som medførte alvorlige regelbrudd. Gjennom investeringer i nye kjøretøy og installering av fartsskriver unngikk han tilbakekall av løyve og at regelbruddene vedvarte. Rettingen av det ulovlige forholdet like før kunngjøringen av den aktuelle konkurransen, herunder investeringen i nye forskriftsmessige kjøretøy, viser en vilje fra klager til å opptre i samsvar med bransjekravene. Dette er imidlertid ikke alene tilstrekkelig til at en avvisning i dette tilfellet må anses som en uforholdsmessig reaksjon.
- (27) Klager viser til at regelverket har vært uoversiktlig, og blant annet at gjeldende lærebok for klagers kjøretøy ikke var oppdatert med regelendringen. I tillegg hadde klager registrert kjøretøyet ved den lokale trafikkstasjonen som næringskjøretøy etter forskriftsendringen uten at manglende fartsskriver ble ansett som en mangel. Dette kan imidlertid ikke tillegges særlig vekt, da en profesjonell aktør har plikt til å holde seg orientert om endringer i regelverket for sin bransje og overholde dette.
- (28) Det forhold at verken løyvemyndighetene eller påtalemyndigheten fant å sanksjonere forholdet i form av inndragning eller strafferettslig forfølgning, er etter nemndas mening ikke avgjørende. Hvordan andre særskilte myndigheter behandler en leverandørs faglige og etiske forsømmelser, er med andre ord ikke avgjørende i vurderingen av om oppdragsgiver har gått utenfor rammen av det innkjøpsfaglige skjønn ved sin avgjørelse. For øvrig kan det ikke være av betydning at tingretten kom til at innklagede ikke kunne heve den eksisterende kontrakten med klager, da det er ulike vilkår for den avtalerettslige hevingsadgangen og den anskaffelsesrettslige avvisningsadgangen.
- (29) Klagenemnda er etter en helhetsvurdering kommet til at innklagedes hadde rett til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (2) bokstav d.

### **Konklusjon:**

Helse Førde HF har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal