



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler på pasienttransport på land. Klager anførte at tildelingskriteriet "Leveringssikkerhet, kapasitet" utgjorde et ulovlig tildelingskriterium, og at poenggivningen var usaklig. Klager anførte også at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen for et av kontraktsområdene. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. august i sak 2013/39

Klager: Norgestaxi Bergen AS

Innklaget: Helse Bergen HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Tone Kleven, Morten Goller

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Evaluerings- eller prismodell. De generelle kravene i § 5

Bakgrunn:

- (1) Helse Bergen HF (heretter innklagede) kunngjorde 22. oktober 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler på pasienttransport på land. I kunngjøringen punkt II.1.4 fremgikk det at rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i ytterligere 12 måneder. Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin og TED. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 3. desember 2012.
- (2) Konkurransen var inndelt i ulike geografiske områder (kategorier), og det kunne gis tilbud på én eller flere områder. De ulike områdene var Sotra (område A), Askøy kommune (område B), Bergen kommune (område C). Område D gjaldt rullestolturner inn og ut av Bergen, Askøy og Sotra. Område E gjaldt turer fra Bergen, Askøy, Sotra og ut av Helse Vest.
- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 2.3 tok innklagede forbehold om at konkurransen kunne bli avlyst grunnet budsjettmessige hensyn.
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 5.1 fremgikk det at tildeling ville skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier:

<i>"*Pris</i>	<i>50 %</i>
<i>*Leveringssikkerhet, kapasitet</i>	<i>30 %</i>
<i>*Kvalitet</i>	<i>15 %</i>
<i>*Miljø</i>	<i>5 %"</i>

- (5) For tildelingskriteriet *"Leveringssikkerhet, kapasitet"* fremgikk det i punkt 5.1 følgende underkriterier:

***Antall løyver*

**Antall sjåfører*

**Antall biler, herunder rullestolbiler og 7-setere*

**Det vil kunne gis ekstra poengscore for tilbydere som har betydelig flere løyver og biler enn det minimumsantall som er nødvendig for å kunne utføre oppdraget."*

- (6) I kravspesifikasjonen punkt 5.2 var det gitt en detaljert oversikt over de krav og underkriterier som inngikk i tildelingskriteriene. For kriteriet *"Leveringssikkerhet, kapasitet"* fremgikk det at:

"leverandørene skal kunne dokumentere at de har tilgjengelig nødvendig antall biler og løyver ved kontraktsinngåelse eller sannsynliggjøre at bilene og løyvene er tilgjengelige ved oppstart. Bilene skal være tilgjengelig i drift innenfor de angitte transportkategoriene. Det må vedlegges liste over kjøretøypark, biltyper, setekapasitet, løyver og restløyver og antall rullestolbiler som vil være tilgjengelig ved oppstart."

- (7) Innkomne spørsmål til konkurransegrunnlaget ble besvart til samtlige tilbydere som hadde meldt sin interesse, i et felles dokument av 22. november 2012 kalt *"Spørsmål og svar 1."* Samlet under spørsmål 3 var spørsmål som gjaldt *"Antall løyver"*. Herfra gjengis:

"a) Det står i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 at det vil kunne gis ekstra poengscore for tilbydere som har betydelig flere løyver og biler enn det minimumsantall som er nødvendig for å kunne utføre oppdraget. Hvor mye "ekstra poengscore" kan dette gi? Dette momentet står under "leveringssikkerhet, kapasitet" som totalt vektes 30 %. Hvor mye vil denne "ekstra poengscore" vektes innenfor de nevnte 30 % (svar ønskes i prosent av de 30, altså fra 0-100 %. Hvordan vil Helse Bergen beregne ekstra poengscore (klart definert) jf. anskaffelsesreglementet?"

Svar: *Tilbyder med flest løyver vil få full poengscore = 100 på antall løyver. De andre vil få poeng i forhold til forskjell i prosent, dvs. hvis nest beste tilbyder har 10 prosent færre løyver får han 90 poeng.*

b) På hvilken måte mener oppdragsgiver at ekstra poengscore til store aktører som har flere biler enn det minimumsantall som er nødvendig, sikrer konkurranse og ikke bruk av forskjellsbehandling slik Lov om Offentlige Anskaffelser § 5 krever?

Svar: *"Helse Bergen er avhengig av leveringssikkerhet. En stor aktør vil naturlig nok ha større mulighet til å sikre levering enn en liten. I de fleste anbudskonkurranser er det ofte slik at enkelte tilbydere har fordeler som andre ikke har, f.eks. stordriftsfordeler. Oppdragsgiver har ikke plikt på seg til å eliminere alle ulikheter mellom tilbyderne, da står vi bare igjen med pris som tildelingskriterium.*

c) Det nevnes et "minimumsantall som er nødvendig for å kunne utføre oppdraget". Er det slik å forstå at minimumsantallet for å kvalifisere er lik det antall biler/løyver som trengs for å kunne gjennomføre hele oppdraget alene?"

Svar: Helse Bergen har ikke satt krav til minimumsantall som kvalifikasjonskrav.

[...]

i) Vi vil påpeke at favorisering av største aktører kan være brudd på konkurranselovgivningen. Vi ber om Helse Bergen sitt syn/svar på denne problemstillingen.

Svar: I Kofa-sak 11/2010, premiss 38 uttaler klagenemnda at "[d]et kan utgjøre et brudd på kravet til konkurranse å utforme en kravspesifikasjon som bare en leverandør har mulighet til å oppfylle". I denne aktuelle anbudskonkurransen har Helse Bergen HF ikke satt opp ett kvalifikasjonskrav som går på et bestemt antall kjøretøy eller løyver og som kun en tilbyder kan oppfylle. Helse Bergen HF har heller ikke satt opp et minimumskrav eller skal-krav i kravspesifikasjonen som går på antall kjøretøy eller løyver. Ettersom vi forespur en tjeneste der det er viktig at leverandøren kan gi Helse Bergen HF og våre pasienter en leveringssikkerhet, er kapasitet i form av antall biler og løyver et kriterium som har direkte tilknytning til tjenesten som skal utføres, altså kontraktsgjenstanden. Derfor er det tillatt å premiere en tilbyder som har større mulighet til å sørge for økt leveringssikkerhet. Som besvart i spørsmål 3 b har ikke oppdragsgiver en plikt til å eliminere alle ulikheter mellom tilbyderne - da blir det til slutt bare en konkurranse på pris."

- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede to tilbud, fra Taxisentralen Bergen (heretter valgte leverandør) og fra Norgestaxi Bergen AS (heretter klager). Klager innga tilbud i område A, C og E.
- (9) Det fremgikk av klagers tilbud i vedlegg 5.2 at klager per tilbudsfrist hadde totalt 155 tilknyttede løyver, og var den nest største aktøren i Bergen etter valgte leverandør. Klager har i sitt tilsva vist til at valgte leverandør har 450 løyver.
- (10) Evalueringsmatrisen i anbudsprotokollen punkt 5 viser at laveste pris og høyest antall kjøretøy fikk full poenguttelling, og øvrige tilbud fikk poeng etter prosentvis differanse. I protokollen fremgikk følgende poenggivning for område C:

Kategori C (Bergen)	Vekt	Bergen Taxi		Norgestaxi	
Pris	50 %	100	50	90,6	45,3
Leveringssikkerhet/kapasitet	30 %				
Plan for oppstart	10 %	90	9	100	10
Bilpark	10 %	100	10	34	3,4
Plan for gjennomføring	10 %	100	10	100	10
Kvalitet	15 %				
Rutiner samordning	7,5 %	90	6,75	100	7,5
Rutiner forsinkelser	7,5 %	100	7,5	90	6,75
Forventet kvalitet		0		0	
Miljø	5 %	100	5	100	5
SUM		98,25		88,0	

- (11) Innklagede har i anbudsprotokollen vist til at:

"Helse Bergen HF har erfart gjennom mange avtaler over flere år at størrelsen på leverandøren har betydning. Leveringssikkerheten er klart større jo flere løyver leverandøren besitter. Derfor ser Helse Bergen HF seg nødt til å legge vekt på dette. Imidlertid ser vi at styrkeforholdet mellom sentralene i Bergensområdet er stort og vil slå kraftig ut til fordel for den største aktøren dersom dette vektlegges for mye. I tildelingskriteriene og underkriteriene har Helse Bergen HF vektlagt løyveantallet langt lavere enn det vi reelt sett mener det burde vektlegges. Resultatet av evalueringene viser da også at det er full mulighet for andre enn den største aktøren å vinne konkurransen."

- (12) Kontrakt ble inngått for område B, C og D den 10. januar 2013 med valgte leverandør.

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 3. april 2013.

- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. august 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium i område C

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*", ettersom kriteriet med tilhørende underkriterier i realiteten var en vurdering av hvor mange løyver/biler som var tilgjengelige hos tilbyderne, og at dette er et forhold som skulle vært angitt som et kvalifikasjonskrav. Klager viser videre til at antall løyver/biler ikke nødvendigvis øker leveringssikkerheten, og at det er irrelevant å legge vekt på det totale antall biler og løyver som overstiger det som må anses for tilstrekkelig kapasitet.

Evalueringsmodell for poenggivning i område C

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte en poenggivningsmodell i område C som gir flest poeng til den tilbyder som har størst kapasitet. Klager mener modellen er konkurransebegrensende i strid med det grunnleggende kravet til konkurranse i loven § 5.

Avlysning av konkurransen i område E

- (17) Innklagede har brutt forskriften § 22-1 ved å avlyse konkurransen for område E. Det foreligger ikke saklig grunn for å avlyse på bakgrunn av manglende konkurranse og budsjettmessige hensyn. Videre viser klager til at det fremstår som usaklig forskjellsbehandling å velge å avlyse kun for område E der klager var eneste tilbyder, mens områdene der valgte leverandør var eneste tilbyder ikke ble avlyst.

Innklagedes anførsler:

Ulovlig tildelingskriterium i område C

- (18) Innklagede bestrider at "*Leveringssikkerhet, kapasitet*" er et ulovlig tildelingskriterium. Kapasitet i form av antall løyver/biler relaterer seg til leveringssikkerheten og kvaliteten, og er vektlagt på en saklig, forutsigbar og etterprøvbart måte. "*Kapasitet*" burde, etter innklagedes mening, vært vektlagt vesentlig høyere av hensyn til pasientene, men er likevel vektet til oppgitt nivå for å ivareta reelle konkurransemuligheter.

- (19) Vedrørende klagers påstand om at "*kapasitet*" skulle vært satt som et kvalifikasjonskrav i stedet for et tildelingskriterium, lar det seg ikke gjøre å fastsette et eksakt antall løyver/biler i dette tilfellet. Det er tatt høyde for at deler av tilbyders totale bilpark kan være ute av drift eller ha andre transportoppdrag, og av hensyn til leveringssikkerheten var det ønskelig å premiere den tilbyder som har flest løyver/biler. Dersom antall løyver/biler skulle vært satt som et kvalifikasjonskrav, måtte minimumstallet vært satt til 200 stk, og ville vært ulovlig ettersom valgte leverandør er den eneste som kan oppfylle et slikt krav. "[K]*apasitet*" er derfor satt som et tildelingskriterium for å skape en reell konkurranse.

Ulovlig modell for poenggivning i område C

- (20) Innklagede bestrider at den poenggivningsmodell som er brukt for å bedømme tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*", er ulovlig. Utregningen, basert på antall løyver/biler, er en modell som er forutsigbar, gjennomiktig og etterprøvable.

Ulovlig avlysning av konkurransen i område E

- (21) Det forelå saklig grunn for å avlyse konkurransen i område E. Innklagede viser til at konkurransen var oppdelt i separate delkonkurranser innen de enkelte områder, og at prisnivået i område E lå på et uakseptabelt høyt nivå som gav grunnlag for å avlyse konkurransen. Innklagede viser til at det ikke vil være økonomisk gunstig å inngå avtale med klager ettersom tilbudsprisene er langt høyere enn ordinære priser innen dette området.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder pasienttransporttjenester på land som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 2. Anskaffelsen ble kunngjort i TED og Doffin. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig tildelingskriterium i område C

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*", ettersom det skulle vurderes hvor mange løyver/biler som var tilgjengelige hos tilbyderne. Dette er et forhold som skulle vært angitt som et kvalifikasjonskrav. Klager viser videre til at antall løyver/biler ikke nødvendigvis øker leveringssikkerheten, og at det er irrelevant å legge vekt på det totale antall biler og løyver som overstiger det som må anses for tilstrekkelig kapasitet. Anførselen gjelder område C, som gjaldt kjøring inn og ut av Bergen kommune, innen Helse Vest.
- (24) Av forskriften § 22-2 (2) følger det at når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må tildelingskriteriene ha tilknytning til kontraktens gjenstand. I dette ligger et krav om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas saker 2011/367 premiss (40) og 2009/285 premiss (24).
- (25) Under tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*" skulle innklagede blant annet vurdere antall løyver, sjåfører og biler, og åpnet for å premiere tilbydere med betydelig flere løyver og biler enn det som var nødvendig, jf. premiss (5) ovenfor.

- (26) Hvorvidt leveringssikkerhet lovlig kan oppstilles som et tildelingskriterium er vurdert av EU-domstolen i flere saker, jf. EU-domstolens avgjørelser i sak C-324/93 (Evans Medical) og C-448/01 (Wienstrom). Leveringssikkerhet var også tema i Rt. 2007 s 1783 ("NIDA"). Den konkrete betydningen av leveringssikkerhet i disse sakene gjaldt imidlertid helt andre forhold enn i foreliggende sak, og avgjørelsene har derfor begrenset overføringsverdi.
- (27) Slik nemnda forstår det ble tildelingskriteriet oppstilt fordi innklagede vurderte det slik at antallet løyver og biler ville ha betydning for hvorvidt tjenesten ble levert i tide, altså hvorvidt pasientene ble hentet av taxien som var bestilt. I tillegg har antallet løyver, sjåfører og biler betydning for kvaliteten på tjenesten, fordi det påvirker hvor lang tid pasientene må vente på taxien. Det kan isolert sett ikke være tvilsomt at ventetiden for pasientene lovlig kan tas hensyn til av innklagede i tildelingsomgangen.
- (28) Innklagede valgte også bevisst å vurdere leverandørenes kapasitet i tildelingsfasen i stedet for kvalifikasjonsfasen, for å tilrettelegge for at flere aktører hadde anledning til å konkurrere om oppdraget. Tjenesten som kjøpes gjelder videre pasienttransport, hvor tidspunkt for leveransen til pasientene, på samme måte som øvrige som bestiller taxireiser, vil avhenge av at det er en tilgjengelig taxi i nærheten. Tildelingskriteriet må derfor anses å ha den tilstrekkelige tilknytningen til kontraktens gjenstand. Tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*" kan heller ikke sies å være "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract*", og derfor ulovlig, jf. EU-domstolens avgjørelse i C-532/06 ("Lianakis").
- (29) At innklagede ikke har oppstilt et maksimalantall som ville gi høyest uttelling, kan heller ikke representere et brudd i foreliggende sak. I utgangspunktet er valg av evalueringsmodell gjenstand for innklagedes skjønn. Innklagedes evalueringsmodell ble også tilkjennegjort før tilbudsfristen. For lokal pasienttransport i Bergen kommune må det også kunne utelukkes at det ville kunne bli tilbudt en så høy kapasitet at det ble premiært kapasitet som ikke representerte noen merverdi for innklagede. Aktørene i bransjen, og antallet løyver de besitter, er godt kjent. Det er derfor ikke tale om å vektlegge leverandørenes ytelse utover den innklagede skal benytte. Klagers anførsler knyttet til tildelingskriteriet "*Leveringssikkerhet, kapasitet*" fører derfor ikke frem.
- (30) Heller ikke klagers anførsel om at innklagedes avlysning av konkurransen for kontraktsområde E var usaklig kan føre frem. Innklagede mottok kun et tilbud, og dette prisnivået ble vurdert å ligge på et uakseptabelt høyt nivå. Dette er helt klart saklige grunner for å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Helse Bergen HF har ikke brutt regelverket om offentlige.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

