



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av flytransporttjenester ved organdonasjon. Klager anførte at innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til valgte leverandør fordi valgte leverandør etter klagers oppfatning ikke ville kunne oppfylle kravene til responstid. Klager anførte også at regelverket var brutt fordi innklagede la til grunn feil antall timegrunnlag for tilbudsevalueringen. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved gjennomføringen av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 28. oktober 2013 i sak 2013/85

Klager: North Flying AS

Innklaget: Oslo universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. januar 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av flytransporttjenester ved organdonasjon. Oppgitt CPV kode var 60420000. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 24 millioner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 15. mars 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 var det opplyst at innklagede har ansvaret for organdonasjon i Norge og at det er 28 godkjente donorsykehus i landet. Det var også opplyst at når en donor blir klarert, reiser innklagedes donorteam til det aktuelle sykehuset og opererer ut organene. Det framgikk også at det til sammen utføres 100-125 donoruttak per år, de fleste på andre sykehus enn innklagedes, og at det i slike tilfeller som oftest benyttes eget fly.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 framgikk det at innklagede ville inngå avtale om flytransport for sitt donorteam og ønsket tilbud som blant annet omfattet "*Tilgjengelighet 24 timer/365 dager i året*", "*Leveringssted på Gardermoen med responstid på maks 2 timer*" og "*75-100 turer per år*". Det framgikk også at det var behov for tilbud på faste månedlige kostnader og "*timepris flytid*". Det var også opplyst at behovet på 75-100 turer per år var et anslag, og at det ville være innenfor avtalen dersom det skulle flys mer eller mindre.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 framgikk det at tildeling av kontrakt ville skje på basis av hvilket tilbud som var det mest økonomisk fordelaktige vurdert på bakgrunn av angitte tildelingskriterier; "*totalkostnad el. pris*" (vektet 40 %), "*funksjonalitet*" (vektet 30 %) og "*kvalitet*" (vektet 30 %).
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var tildelingskriteriene utdypet:

"(...)

1. Totalkostnad el. pris

Prisen kan deles opp som en fast månedskostnad + fast timepris flytid. Vi ber om en meny med prisliste på catering. Catering faktureres separat.

2. Funksjonalitet

Et donoruttak med fly varer om lag 10 timer fra donorteamet reiser fra Rikshospitalet til det er tilbake med organene. Det er et svært belastende arbeid og det legges derfor vekt på at hvilemulighetene på reisen er så gode som mulig. Flyenes størrelse og komfort blir derfor vektlagt. Flyene skal være av nyere type og ikke eldre enn 2003 modell.

(...)

- (6) North Flying AS (heretter kalt klager) stilte følgende spørsmål til innklagede om konkurransegrunnlaget:

"I anbudspapirene står det at det dreier seg om 75-100 turer pr år i Norge og Europa. I tillegg står det at et donoruttak med fly varer om lag 10 timer totalt. Hvor mange reelle flytimer dreier dette seg ca. om? Vi har en indikasjon om ca. 1:30 flytimer pr tur."

- (7) Følgende svar ble gitt:

"Flygning en vei varierer avhengig av destinasjon fra 45 min til 1:50, men 1:30 flytimer pr tur kan vel kanskje være et gjennomsnitt".

- (8) Hesnes Air AS (heretter kalt valgte leverandør) leverte sitt tilbud 7. mars 2013. Følgende framgikk av punkt 3.1. i tilbudet:

"Vår erfaring fra nesten ett års drift er at oppdrag for OUS utføres i hovedsak om natten. Dette er krevende oppdrag. Våre priser i anbudet er basert på våre kostnadserfaringer etter ett års drift.

Selv om det ikke er spesifisert i konkurransegrunnlaget, har vi innkalkulert alle kostnader for natthandling og overtidsfuel samt hotell og taxi, hvis nødvendig for å overholde Luftfartstilsynets arbeids- og hviletidsbestemmelser for piloter.

(...)

Fra vår erfaring ser vi at det er ca 75 turer pr år og at en gjennomsnittlig tur er på ca to timer.

(...)."

- (9) Klager leverte sitt tilbud 13. mars 2013.

- (10) I brev av 10. juni 2013 til klager opplyste innklagede at kontrakt ville tildeles valgte leverandør. I tillegg framgikk det at "Tildeling av kontrakt er skjedd på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Evalueringen er skjedd på bakgrunn av tildelingskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget pkt 4.1

(...)

Deres tilbud var mer enn 70 % dyrere enn vinnerens. Når det gjaldt funksjonalitet var tilbudene like, mens dere tilbød litt bedre kvalitet. Den noe bedre kvaliteten kunne imidlertid ikke oppveie den store prisforskjellen."

- (11) Tildelingsbeslutningen ble påklaget av klager ved brev av 19. juni 2013. Klager påpekte at det var uforståelig at klagers tilbud var 70 % høyere i pris, da klagers tilbud var konkurransedyktig. Klager antydte at det måtte foreligge en misforståelse av konkurransebetingelsene og ba samtidig om en spesifisering av valgte leverandørs tilbud.

- (12) I brev av 24. juni 2013 fra innklagede til klager ble det opplyst om følgende:

"Ved vurdering av prisen har vi gått frem på følgende måte:

Vi har lagt til grunn 100 turer med en gjennomsnittlig flytid på 1:30 per tur per år. Dette er den informasjonen som vi har gitt gjennom konkurransegrunnlaget og utdypet gjennom spørsmål og svar på Doffin. Det er kun den reelle flytiden vi betaler for.

Dette gir følgende total pris per år:

North Flying A/S NOK 11 570 000,- per år

Hesnes Air AS NOK 6 730 000,- per år

*Ovenstående viser at tilbudet fra North Flying er nesten NOK 5 mill dyrere enn vinnertilbudet. En noe bedre kvalitet kan ikke oppveie dette.
(...)"*

- (13) Klager fremsatte en innsigelse i brev av 27. juni 2013. Klager påpekte at innklagede ikke hadde redegjort for hvordan valgte leverandør, med den tilbudte prisen, ville være i stand til å oppfylle anskaffelsens krav til responstid. Det fremgikk at klager stilte seg tvilende til dette på grunnlag av lovmessige krav til piloters tjenestetid. På bakgrunn av konkurransens krav om at det skulle være mulig å foreta en ny flygning umiddelbart etter hjemkomst fra en tidligere flygning, påpekte klager at dette krevde at en ny uthvilt besetning alltid måtte være parat til å kunne fly ut til neste oppdrag. I følge klager var valgte leverandørs tilbudte pris urealistisk lav, og kun ville dekke selve driften av flyet samt mulige overheads. På bakgrunn av dette tvilte klager på at valgte leverandør ville oppfylle kravene til responstid og samtidig overholde gjeldende lovgivning om piloters tjenestetid.
- (14) Innklagede besvarte klagers innsigelse per e-post av 28. juni 2013. Det framgikk at valgte leverandør var vurdert på lik linje med de andre innkomne tilbud, at valgte leverandør skriftlig hadde bekreftet at krav til piloters tjenestetid ville overholdes samt at innklagede ikke hadde noen betenkeligheter med å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (15) I e-post av 10. juli 2013 ba klager om at saken ble vurdert på nytt.
- (16) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev 26. juli 2013.
- (17) I brev av 28. august 2013 fra innklagede ble det opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil saken er behandlet i klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved at det ikke er foretatt en kvalifisert vurdering av tilbyderens løsninger hva angår konkurransens krav til responstid og gjeldende lovgivning for piloters tjenestetid. Innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til valgte leverandør. Det er ikke mulig at valgte leverandør kan oppfylle kravene til responstid med den prisen som er tilbudt.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte feil antall årlige forventede flytimer som grunnlag for evaluering av tilbudene, med det resultat at evalueringen ikke er i samsvar med de opplysninger om antall flytimer som ble gitt. De opplysninger om antall flytimer som er gitt er så dynamisk at det ikke er mulig å evaluere tilbudene på en entydig og korrekt måte.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det bestrides at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt. Det foreligger ingen risiko for at pristilbudet fra valgte leverandør innebærer et brudd på arbeids- og hviletidsbestemmelsene. Det er opplyst i tilbudet at prisene er basert på erfaring med kostnadsbildet for tjenesten. Det foreligger ikke opplysninger av annen art som gir grunn til å stille spørsmål om regelverksbrudd.
- (21) Det erkjennes at det i evalueringen er benyttet et timeantall (130 timer) som ikke helt er i samsvar med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget og i svar på spørsmål under konkurransen. Det er i ettertid foretatt en ny evaluering av tilbudene basert på flygning i 300 timer og i 150 timer. Begge utregningene viser at valgte leverandørs tilbud uansett er prismessig lavere enn klagers tilbud, og at for begge alternativene, vil resultatet bli at valgte leverandør vinner konkurransen.
- (22) Det bes om at klagenemnda tar stilling til hvorvidt det er anledning til å inngå kontrakt med valgte leverandør, eller om avdekkede mulige feil etter en gjennomgang av anskaffelsesprosessen, utover klagers anførsler, medfører plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for flytransporttjenester ved organdonasjon som er en tjenesteanskaffelse i kategori 3. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 24 000 000. 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 del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud oppfyller konkurransens krav til responstid

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å tildele kontrakt til valgte leverandør ved at valgte leverandør ikke oppfyller konkurransens krav til responstid, sett i sammenheng med gjeldende lovgivning for piloters tjenestetid. Klager synes å begrunne dette med at valgte leverandørs tilbudte pris er så lav at det må legges til grunn at valgte leverandør ikke kan oppfylle kravene til hviletid og responstid for piloter innenfor sitt pristilbud.

- (25) Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver må kunne stole på de opplysninger som følger av leverandørens tilbud, og at oppdragsgiver ikke plikter å kontrollere disse opplysningene, med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/270 og sak 2012/246. I utgangspunktet vil innklagedes interesser i slike tilfeller være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd, og de øvrige tilbydernes interesser gjennom forbudet mot vesentlige endringer, som også vil kunne omfatte unnlatt oppfølging av kontrakten, jf. sak 2009/270.
- (26) I den foreliggende konkurransen har innklagede lagt til grunn de opplysningene som fremgikk av valgte leverandørs tilbud. Innklagede har opplyst at tilbudet fremstod på en slik måte at det ikke forelå noen risiko for at pristilbudet fra valgte leverandør innebar et brudd på arbeids- og hviletidsbestemmelsene. Dette har innklagede basert på at valgte leverandør uttrykkelig bekreftet i tilbudet at arbeids- og hviletidsbestemmelser ville bli overholdt, og at valgte leverandør opplyste om hvilke vurderinger som var lagt til grunn for det endelige pristilbudet. Slik saken er opplyst, er det ikke grunnlag for å underkjenne disse vurderingene. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Hvorvidt innklagede har lagt til grunn feil antall forventede flytimer i evalueringen

- (27) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved at det er lagt til grunn feil antall forventede flytimer i evalueringen av tilbudene, sammenlignet med det som fremkom av konkurransegrunnlaget og opplysninger gitt i svar på spørsmål som klager stilte under konkurransen.
- (28) Oppdragsgivere utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved tildelingsevalueringen. Den rettslige overprøvingen er begrenset til å gjelde om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, hvorvidt oppdragsgiver har utøvd et usaklig eller vilkårlig skjønn, eller om skjønnsutøvelsen er i strid med kravene i loven § 5. Samtidig vil den konkrete utformingen av de angitte tildelingskriteriene kunne begrense de lovlige rammene for skjønnsutøvelsen. Dersom det er gitt opplysninger i konkurransegrunnlaget om hvordan tilbudene skal evalueres, er oppdragsgiver forpliktet til å evaluere tilbudene i samsvar med dette.
- (29) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagedes behov for transporttjenester i forbindelse med organtransplantasjon, var antatt å være 75-100 turer pr. år, og at antall turer/flytimer var et anslag. I punkt 4.2 om tildelingskriteriet "*Totalkostnad el. pris*", var det opplyst at "*Prisen kan deles opp som en fast månedskostnad + fast timepris flytid*". Det framgikk også at et donoruttak med fly var antatt å vare ca. 10 timer. Som svar på klagers spørsmål om hvor mange flytimer dette ville dreie seg om, var det oppgitt at flygning en vei ville variere avhengig av destinasjon fra 45 minutter til "*1:50, men 1:30 flytimer pr tur kan vel kanskje være et gjennomsnitt*". En mulig forståelse av innklagedes svar er at opplysningene om turene relaterte seg til én strekning. Med denne forståelsen ville 3 flytimer være et gjennomsnitt for det enkelte flyoppdrag, fordi oppdraget også ville fordre returflygning.
- (30) Slik konkurransegrunnlaget var utformet, gav det ikke opplysninger om hvor mange flytimer tilbudene ville bli evaluert på bakgrunn av. Klagers spørsmål om antall flytimer, og innklagedes svar på dette, gjaldt heller ikke direkte hvilke flytimer som ville bli lagt til grunn for evalueringen.

- (31) Innklagede har forklart at det ved vurderingen av de tilbudte prisene var lagt til grunn 100 turer med en gjennomsnittlig flytid på 1:30 per tur per år. Innklagede har senere vurdert det slik at dette ikke var helt i samsvar med de opplysningene som var gitt. Slik nemnda forstår dette er det fordi innklagede la til grunn 130 timer, og ikke 150, slik 100 turer med flytid på 1:30 per tur isolert sett skulle tilsi. Innklagede foretok da en ny vurdering basert på flygning i 150 timer og også 300 timer. Valgte leverandørs tilbud viste seg å uansett være prismessig lavere enn klagers tilbud, og resultatet etter den nye vurderingen basert på 300 og 150 timer, var at valgte leverandørs tilbud i begge tilfeller ville vinne konkurransen.
- (32) Til tross for en viss uklarhet med hensyn til hvordan prisene ville bli evaluert, viser innklagedes etterfølgende evaluering, at klagers tilbud uansett ikke ville bli valgt. Innklagedes evaluering basert på ulike mulige antall flytimer, er innenfor rammene av det som ble opplyst i konkurransegrunnlaget, og i svar på spørsmål fra klager. Klagers anførsel på dette punkt kan derfor heller ikke føre fram.

Klagenemndas myndighet etter klagenemndforskriften § 6

- (33) Innklagede har bedt nemnda om å ta stilling til hvorvidt det er anledning til å inngå kontrakt med valgte leverandør, eller om avdekkede mulige feil etter en gjennomgang av anskaffelsesprosessen, utover klagers anførsler, medfører at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen og gjennomføre ny konkurranse.
- (34) Klagenemndas oppgave er å behandle klager som omhandler unnlatelser, handlinger eller beslutninger under oppdragsgivers gjennomføring av anskaffelser etter regelverket, jf. klagenemndforskriften § 6, 1. ledd. Klagen må også være basert på anførsler knyttet til konkrete brudd på anskaffelsesregelverket, jf. klagenemndas saker 2007/20 (premiss 37) og 2007/95 (premiss 28). I dette tilfellet har innklagede bedt klagenemnda om å ta stilling til hvorvidt det er anledning til å inngå kontrakt med valgte leverandør basert på mulige feil som innklagede selv har oppdaget etter en egen gjennomgang av anskaffelsesprosessen. En slik henstilling er ikke en klage som kan tas til behandling av nemnda etter klagenemndforskriften § 6.

Konklusjon:

Oslo universitetssykehus HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 28. oktober 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl