



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for anskaffelse av pasientreiser, etter at det i en åpen anbudskonkurranse ikke ble inngitt tilbud. Klagenemnda kom til at vilkårene for å gjennomføre en slik konkurranse etter forskriften § 14-4 bokstav b ikke var oppfylt, fordi det var foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktvilkårene.

Klagenemndas avgjørelse 27. august 2012 i sak 2012/149

Klager: Nordvest Taxi AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Konkurranse med forhandling

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. januar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av pasientreiser. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å være 330 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 27. februar 2012.
- (2) Innledningsvis nevnes at det i den kunngjorte konkurransen ikke kom inn noen tilbud. Innklagede gjennomførte derfor en etterfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det ble i denne forbindelse også foretatt enkelte endringer av konkurransegrunnlaget og kontraktvilkårene.
- (3) I kunngjøringen punkt II.1.5 "*Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang*" var det angitt "*Pasientreiser i Møre og Romsdal fylke for personer som ikke kan benytte rutegående transportmiddel*".
- (4) Ved spørsmålet i kunngjøringen punkt II.1.8 "*Vil kontrakten bestå av delarbeid og/eller delleveranser?*" var det angitt "*Nei*".
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4 "*Anskaffelsen*" fremgikk det følgende:

"4.1 Formål

Anskaffelsen gjelder kjøp av transport for pasienter som av helsemessige årsaker ikke kan benytte rutegående transport, samt pasienttransport på strekninger hvor det ikke går rutegående transport.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

Leverandør skal medvirke til at Oppdragsgiver ivaretar sine plikter iht. pasientrettighetslovens § 2-6, -Rett til syke transport- med aktuelle forskrifter.

4.2 Oppdraget

Leverandøren skal dekke alt behov for følgende pasienttransport:

Transport innad i hver kommune i Møre og Romsdal.

Transport ut av hver kommune i Møre og Romsdal

Minste enhet det kan gis tilbud på er enkeltkommuner eller forhåndsdefinerte områder. Tilbudet må omfatte all kommuneintern og kommunekryssende transport fra den enkelte kommune/område.

Leveransen knyttet til dette anbudet omfatter følgende kommuner: Aukra, Aure, Averøy, Eide, Fræna, Gjemnes, Halså, Haram, Hareid, Herøy, Kristiansund, Midsund, Molde, Nesset, Norddal, Rauma, Rindal, Sande, Sandøy, Skodje, Smøla, Stranda, Sunndal, Surnadal, Sykkylven, Tingvoll, Ulstein, Vanylven, Vestnes, Volda og Ørsta.

Forhåndsdefinerte områder

Område 1: Ålesund-, Sula- og Giske kommune

Område 2: Stordal- og Ørskog kommune

Omsetningsstatistikken for anbudsområdene for 2010 fra dagens leverandører er vist i vedlegg 6. Tallene inkluderer egenandeler og frikortbeløp.

Statistikken vil bli lagt til grunn ved sammenligning av fast og variabel pris.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å utlyse egne konkurranser ved behov, slik som lengre enkeltturer eller en serie av turer. Oppdragsgiver kan også etablere egne transportløsninger. Verdien av slike oppdrag skal ikke overstige 10% av årlig kontraktssum.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å samkjøre og benytte returbiler på tvers av kommunene/områdene.

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til at ordningen også kan gjelde tjenestereiser som ansatte for oppdragsgiver måtte ha.

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 8 "Tilbudet" var det i punkt 8.4 "Tilbud på deler av oppdraget" inntatt:

"Det gis ikke anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget ut over det som fremkommer i konkurransegrunnlagets pkt. 4.2 – oppdraget"

- (7) Utkast til kontrakt var vedlagt konkurransegrunnlaget. Av punkt 4 i denne, "Transportkategori og omfang", fulgte det blant annet:

"Leverandøren er til enhver tid ansvarlig for at tjenestene leveres i samsvar med den kapasitet som er tilbudt.

Avtalen omfatter også øyeblikkelig-hjelp turer, samt separat frakt av reisegods (herunder rullestoler og andre plasskrevende hjelpemiddel) tilhørende pasienter."

- (8) I kontraktens punkt 5 "Kvalitet i tjenesten" var det angitt:

"Leverandøren skal tilrettelegge transporttjenesten slik at denne samsvarer med de angivelser og merknader som fremkommer i rekvisisjonen.

Transporttjenesten skal være i samsvar med kravspesifikasjonen og til enhver tid gjeldende retningslinjer.

Leverandøren er forpliktet til å bidra til oppfyllelse av oppdragsgivers målsetting om økt samordning. Reisen skal planlegges og utføres slik at oppdragsgiver ikke påføres unødvendige utgifter.

Oppdragsgiver skal når som helst i kontraktperioden ha rett til å besiktige kjøretøy som benyttes, og kan eventuelt kreve at kjøretøyet oppgraderes eller tas ut av tjenesten. Brudd på kavene til materiell kan i ytterste konsekvens føre til oppsigelse av avtalen."

- (9) Fra kontraktens punkt 9 "Gjennomføring av oppdraget" gjengis følgende:

"Oppdraget skal gjennomføres som beskrevet i konkurransegrunnlaget og i henhold til kravene til tjenesten, som beskrevet i kravspesifikasjonen."

- (10) Videre er det i kontrakten punkt 15 inntatt bestemmelser om at leverandøren har plikt til å føre statistikk:

"Leverandør skal levere statistikk elektronisk, i Excel-format, anbudsområdevis per kalendermåned - over utførte transporter med opplysninger om:

- ✓ *Totalt krav, spesifisert på helseforetakets kostnad og frikortbeløp*
- ✓ *Pasientens egenandeler*
- ✓ *Ventetidsgodtgjørelse*
- ✓ *%, Antall turer*
- ✓ *Antall passasjerer*
- ✓ *Antall ledsagere*
- ✓ *Antall rullestolpassasjerer*
- ✓ *Antall kjørte km, spesifisert med og uten pasient samt passasjerkm*

Alle data skal spesifiseres på kommuneintern og kommunekryssende transport pr kommune.

Statistikk skal sendes oppdragsgiver innen den 14. i påfølgende måned."

- (11) Kontrakten punkt 20 har videre bestemmelser om "Retting og heving":

"20.1. Retting

Dersom leverandøren ikke innen rimelig tid, etter at mangel er påpekt, iverksetter nødvendige tiltak for å bringe leveransen i samsvar med kontrakt, har oppdragsgiver rett til, eventuelt ved hjelp av andre, å la gjennomføre nødvendige utbedringer og/eller erstatningskjøp for leverandørens regning.

20.2 Tilbakeholdsrett/heving

Ved mislighold kan oppdragsgiver holde betaling tilbake/alminnelig tilbakeholdelsesrett, og har krav på forholdsmessig prisavslag.

Ved vesentlig mislighold kan avtalen heves med øyeblikkelig virkning. Som vesentlig mislighold regnes også gjentatt mislighold som ikke rettes innen rimelig tid."

- (12) Punkt 25 i kontrakten, "Avvik og avvikshåndtering", inneholder en rekke bestemmelser. Blant disse er punkt 25.2.1 "Avvikskategorier" og punkt 25.2.2 "Reaksjoner", som ble endret i den etterfølgende konkurransen. Disse gjengis nedenfor i premiss (20) og (21). Fra de øvrige bestemmelsene under punkt 25 hitsettes følgende:

"25.1. Varsel og leverandørens ansvar

Leverandør er ansvarlig for mislighold utført av underleverandører, eller andre som utfører tjeneste på vegne av leverandøren i forbindelse med avtaleforholdet.

Leverandør skal varsles skriftlig (omfatter også varsel gitt i e-post, gjennom møtereferater og lignende) om mislighold, og gis muligheten til å forklare årsaken til misligholdet, samt rette opp i forholdet. Oppdragsgiver kan sette frist for når Leverandør skal ha forklart seg samt rettet forholdet.

Leverandør har imidlertid et selvstendig ansvar for å sørge for at mislighold ikke forekommer, og sanksjoner kan gjøres gjeldende også ved førstegangs overtredelse.

25.2. Avvik

Forut for oppstart av avtalen:

Oppdragsgiver kan kreve dagmulkt dersom igangsettelse av oppdraget etter avtalen ikke skjer til avtalefestet oppstartdato, eller dersom leverandør ikke har oppfylt kriteriene.

Dagmulkten vil kunne utgjøre 1 promille daglig av forventet årlig oppgjør ekskl. mva begrenset oppad til 10 prosent av kontraktssum. Dagmulkt løper fra det tidspunkt leverandør mottar skriftlig varsel hvor oppdragsgiver påpeker forholdet og samtidig krever dagmulkt og inntil forholdet er bragt i orden.

Under avtaleperioden:

Når et avvik meldes må avviket gjennomgås og kategoriseres i henhold til nedenstående liste sammen med leverandør. Det lages en plan for korrigerende tiltak med frist."

- (13) Kravspesifikasjonen punkt 3 gjaldt "Prosessuelle krav". I underpunkt 3.1.9 "Tildeling av oppdrag til kjøretøy" fulgte det:

"Leverandør skal tildele oppdrag til nærmeste ledige kjøretøy som oppfyller kravene til oppdraget (rullestolbil, barnesete etc.) slik at ingen unødige forsinkelser oppstår.

Leverandør skal til enhver tid ha tilgjengelig det antall kjøretøy som er tilbudt for utførelse av oppdraget. Nødvendig erstatningsmateriell av samme kvalitet skal settes inn ved behov. Bruk av underleverandør skal ikke påføre oppdragsgiver ekstrakostnader eller redusert kvalitet.

- (14) Leverandør må ta hensyn til kjøre- og hviletidsbestemmelser når personalet tildeles turoppdrag, slik at det ikke blir venting/avbrudd i transporten, eller at det påfører oppdragsgiver ekstra kostnader. I kravspesifikasjonen punkt 3.3 "Utførelse av oppdraget", underpunkt 3.3.3 var det inntatt en bestemmelse om "Reaksjonstid – oppmøtetid". Bestemmelsen ble senere endret, jf. premiss (18), men lød opprinnelig:

"Maksimal reaksjonstid defineres som den maksimale tid fra bestillingen er mottatt av bestillingsmottaket til leverandøren er fremme ved hentestedet.

Leverandøren har følgende reaksjonstid på sine bestillinger:

- *Forhåndsbestilte oppdrag (bestilt senest dagen før eller minst 2 timer før avtalt hentetidspunkt):*

Oppmøte til avtalt tid

- *Bestillinger gjort samme dag i tidsrommet kl. 07:00 til 17:00 på hverdager for områder/kommuner med sykehus:*

Ikke senere enn 15 minutter etter avtalt hentetid.

- *Bestillinger gjort samme dag i tidsrommet kl. 17:00 til 07:00 på hverdager, samt hele døgnet på helg- og høytidsdager for alle områder:*

Ikke senere 30 minutter etter avtalt hentetid, med unntak der ferge gjør reisetiden lengre

- (15) Leverandøren er forpliktet til å sørge for at samtlige oppdrag blir utført innenfor reaksjonstiden. Frem til tilbudsfristen 27. februar var det adgang for potensielle tilbydere å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget i en nettbasert anbudsportal. Følgende spørsmål med tilhørende svar gjengis her:

"Spørsmål 32

Pkt. 3.3.3 Reaksjonstid - Oppmøtetid

I andre kulepunkt beskrives maksimal oppmøtetid til 15 min etter avtalt avhentingstid i kommuner/områder med sykehus for tidsrommet 07:00 til 17:00.

I noen områder er det mer enn 15 min kjøretid fra nærmeste stasjoneringsssted til opphentingsssted, vil dette kravet være absolutt også for disse steder?

Svar på spm 32

I utgangspunktet Ja, men tilbyder kan beskrive hvordan dette tenkes løst i praksis med hensyn til stasjoneringsteder.

Spørsmål 52

Kravspesifikasjonen Pkt. 3.3.3 tredje kulepunkt. Reaksjonstid Oppmøtetid. i distriktet er det slik at de aller fleste har sovende vakt hjemme og i tillegg kan det være 3 mil der pasienten skal hentes, er da 30 min opphentetid absolutt?

Svar på spm 52

I utgangspunktet Ja, men tilbyder kan beskrive hvordan dette tenkes løst i praksis med hensyn til stasjoneringsteder."

- (16) Innen tilbudsfristen 27. februar 2012 kom det ikke inn noen tilbud. Den 6. mars 2012 sendte innklagede ut en pressemelding der det ble opplyst at konkurransen som følge av manglende tilbud ble avlyst, og at det i stedet ville bli forberedt en konkurranse med forhandlinger. Avlysningen av den opprinnelige konkurransen ble også kunngjort i Doffin 26. mars 2012.
- (17) Innklagede sendte 8. mars 2012 ut en invitasjon til deltagelse i dialogmøter til ni av tilbyderne som hadde meldt sin interesse i den opprinnelige anbuds konkurransen, heriblant Nordvest taxi AS (heretter kalt klager). Dialogmøtene ble gjennomført fra 12.-14. mars 2012. På bakgrunn av innspill fra møtene ble konkurransegrunnlaget fra den opprinnelige konkurransen justert. Det nye konkurransegrunnlaget ble ikke kunngjort, men sendt direkte til de ni tilbyderne 21. mars 2012, med invitasjon til å delta i konkurranse med forhandling. Ny tilbudsfrist ble satt til 10. april 2012, og senere endret til 12. april 2012.
- (18) Av endringer med betydning for spørsmålene saken reiser, gjengis først kravspesifikasjonen punkt 3.3 "Utførelse av oppdraget", underpunkt 3.3.3 "Reaksjonstid – oppmøtetid". Den opprinnelige versjonen av denne er inntatt i premiss (14). I konkurransegrunnlaget for den etterfølgende konkurransen var dette endret til:

"Maksimal reaksjonstid defineres som den maksimale tid fra bestillingen er mottatt av bestillingsmottaket hos leverandøren, til leverandøren er fremme ved hentestedet.

Leverandøren har følgende reaksjonstid på sine bestillinger med unntak der ferge gjør reisetiden lengre:

- *Forhåndsbestilte oppdrag (Bestilt senest dagen før eller bestillinger gjort tidligere enn 2 timer før hentetidspunkt for alle områder)*

Oppmøte til avtalt tid

- *Bestillinger gjort samme dag hvor det er under 2 timer fra bestillingstidspunkt til hentetidspunkt.*

For kommuner/områder med sykehus: Ikke senere enn 30 minutter etter avtalt hentetid. For biler med krav om spesiell utrustning ikke senere enn 60 minutter

For kommuner/områder uten sykehus: Ikke senere enn 60 minutter etter avtalt hentetid

Leverandøren er forpliktet til å sørge for at samtlige oppdrag blir utført innenfor reaksjonstiden."

- (19) I konkurransegrunnlaget punkt 10 "Pris" ble det i den etterfølgende konkurransen inntatt et nytt underpunkt kalt "Fastpris". Her fremgikk det:

"Samordnede turer som går ut over fastprisområdet og som medfører ekstrakjøring vil bli godtgjort særskilt.

Det må påregnes venting på egne pasienter ved transport ut av fastprisområdet.

Pasient kan maksimalt ankomme 30 minutt før tildelt time for kommuneinterne turer og maksimalt 2 timer før tildelt time på kommunekryssende turer."

- (20) Som vist til ovenfor i premiss (12) ble det også foretatt endringer i kontraktsbestemmelsene vedrørende avvik og reaksjoner. I det opprinnelige kontraktsdokumentet var dette regulert på følgende måte:

"25.2.1 Avvikskategorier:

- a) Forsinket utførelse av transport i henhold til reaksjonstiden.*
- b) Mangelfull statistikkrapportering.*
- c) Mangelfull egenandel og frikontrapporering.*
- d) Handling eller unnlattelse av handling fra sjåfør eller andre som utfører tjeneste på vegne av leverandøren, som oppleves som truende eller ubehagelig*
- e) Øvrige brudd på forpliktelsene i avtalen.*

25.2.2 Reaksjoner

Dersom avviket gjentas eller ikke lukkes i henhold til frist iverksettes følgende reaksjoner:

- a) 50 % av turpris ved forsinkelse og 100 % av stipulert turpris ved manglende utførelse*
- b) kr. 3000,- pr tilfelle*
- c) 50 % fratrukk i turprisen*
- d) Medfører utestengelse*
- e) Kan medføre reaksjon på kr. 1000,- pr. tilfelle, eller pr. dag eller 100 % fratrukk i turpris*

Samlet reaksjon pr. måned skal ikke utgjøre mer enn 10 % av månedlig oppgjør."

- (21) I den etterfølgende konkurransen var de to bestemmelsene sammensmeltet til én, og utformet som følger:

"25.2.1 Avvik- og reaksjoner

- a) *Forsinket utførelse av transport i henhold til reaksjonstiden:*

50 % trekk av turpris ved forsinkelse og 100 % trekk av stipulert turpris ved manglende utførelse

- b) *Mangelfull egenandel og frikortrapportering:*

50 % fratrekk i turprisen

- c) *Uakseptabel opptreden av transportør/sjåfør:*

Medfører utestengelse"

- (22) Innen den nye tilbudsfristen mottok innklagede syv tilbud fra seks ulike tilbydere. Klager leverte ikke tilbud. Det ble gjennomført forhandlinger med tilbyderne, og innlevert reviderte tilbud. Tildelingsevalueringen ble ferdigstilt 3. mai 2012.
- (23) Klager sendte 3. mai 2012 en klage til innklagede, med krav om avlysning av konkurransen. Innklagede avviste kravet i brev av 31. mai 2012.
- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 14. juni 2012. Innklagede avventer kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Det anføres at vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav b ikke er oppfylt, fordi innklagede har foretatt vesentlige endringer av kontraktsvilkårene. En eventuell inngåelse av kontrakter med de valgte leverandørene vil representere en ulovlig direkte anskaffelse.

Adgangen til å levere deltilbud

- (26) Det foreligger for det første en vesentlig endring ved at det etter kunngjøringen av den opprinnelige konkurransen ikke var anledning til å levere deltilbud. Etter konkurransegrunnlaget, både for den opprinnelige og den etterfølgende konkurransen, var det imidlertid tillatt å levere deltilbud.
- (27) Det vises i denne sammenheng til klagenemndas sak 2010/7, som i dette henseende gjaldt et identisk faktum som i foreliggende sak, og hvor klagenemnda konkluderte med at det var foretatt en vesentlig endring.
- (28) Opplysningen om at det ikke var anledning til å levere deltilbud, kan ha avholdt potensielle leverandører fra å delta i konkurransen. Beskyttelse av leverandører som

velger å avstå fra deltakelse er et viktig hensyn bak bestemmelsen, jf. blant annet klagenemndas sak 2004/60.

- (29) Innklagede kan ikke høres med at det hadde formodningen mot seg at det ikke var anledning til å inngi deltilbud. Ved konkurransen som ledet frem til de foregående kontraktene leverte klager selv tilbud for hele fylket, løst ved forutsatt bruk av en rekke underleverandører. Oppdragsgivere har ofte ønske om å forholde seg til én ansvarlig kontraktspart, og det var dermed ikke opplagt at innklagede hadde gjort en feil ved kunngjøringen.

Endring av reaksjonstid

- (30) Innklagede har også gjennomført en vesentlig endring ved at kravspesifikasjonen punkt 3.3.3 annet og tredje kulepunkt er endret, jf. premiss (14) og (18) ovenfor.
- (31) Bestemmelsen er altså endret slik at tillatt reaksjonstid er fordoblet når det gjelder bestillinger foretatt under 2 timer før hentetidspunktet; fra henholdsvis 15 til 30 minutter for kommuner/områder med sykehus, og fra 30 til 60 minutter for kommuner/områder uten sykehus.
- (32) Fristene har betydning for hvorvidt det foreligger mislighold av kontrakten. En fordobling av disse fristene har dermed vesentlig betydning for leverandøren ved kalkulering av ressursinnsats, kapasitet og risiko, og dermed også pris.
- (33) Kravene til oppmøtetid fremstår også som absolutte, og et forbehold i den opprinnelige konkurransen tilsvarende de nye konkurransevilkårene, ville sannsynligvis medført avvisningsplikt.
- (34) Andelen bestillinger foretatt under 2 timer før hentetidspunktet er for de tre største byene 41 %. Bestillingene i de tre største byene utgjør 6160 av totalt 10787 turer i det forelagte statistikk materialet. Dette utgangspunktet for vurderingen må derfor være riktigere enn de 20 % som innklagede viser til. Det er også sannsynlig at prosentandelen vil øke på grunn av de nye kontraktsbestemmelsene.

Endring av oppmøtetid ved fastprisoppdrag

- (35) I den etterfølgende konkurransen med forhandling har innklagede inntatt en ny bestemmelse i kravspesifikasjonen punkt 10 om "*Pris*":

"Pasient kan maksimalt ankomme 30 minutt før tildelt time for kommuneinterne turer og maksimalt 2 timer før tildelt time på kommunekryssende turer"

- (36) I det opprinnelige konkurransegrunnlaget er det ingen bestemmelser om når pasienten tidligst kan være fremme, slik at dette er regulert i bestemmelsene om oppmøte-/reaksjonstid behandlet i foregående punkt.
- (37) Konsekvensen av den nye bestemmelsen er etter det klager kan se at leverandøren ved fastprisoppdrag står fritt til å hente pasienten tidligere enn avtalt med de nevnte tidsbegrensninger. En slik mulighet øker leverandørenes fleksibilitet betydelig, og gir muligheter til å utnytte kapasiteten på en bedre måte.

- (38) Dersom denne bestemmelsen hadde vært inntatt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, er det grunn til å tro at dette ville påvirket interessen for å delta, valget mellom fastpristilbud og variabel pris, hvilke områder man leverte inn tilbud på, samt på tilbudenes innhold.

Kontraksbestemmelsene vedrørende avvik og reaksjoner

- (39) Innklagede har foretatt endringer av kontraksbestemmelsene om avvik og reaksjoner, jf. premiss (20) og (21) ovenfor. Mangelfull statistikkrapportering er etter dette ikke lenger belagt med kr. 3000 i mulkt pr tilfelle. Videre skal ikke "øvrige brudd på forpliktelsene i avtalen" lenger møtes med en reaksjon på kr. 1000 pr tilfelle, eller pr dag, eller 100 % fratrukk i turpris.
- (40) Ved kalkulering av tilbud må risikoen for mulkt ved overtredelse innkalkuleres. Særlig er det ved utelatelsen av avviket "øvrige brudd på forpliktelsene i avtalen", med tilhørende reaksjon, gjort en viktig endring fra det opprinnelige konkurransegrunnlaget.
- (41) Innklagede kan ikke høres med at terskelen for å iverksette sanksjonene er høy, da dette ikke fremgikk av det opprinnelige utkastet til kontrakt.

Innklagedes anførsler:

- (42) Vilklårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt, jf. forskriften § 14-4 bokstav b.
- (43) Endringene som er foretatt kan verken hver for seg, eller samlet, regnes som vesentlige, men ligger innenfor grensen av det som lovlig kan endres etter bestemmelsen. Anskaffelsen i den etterfølgende konkurransen er den samme anskaffelsen som i den opprinnelige. Det vises til at kvalifikasjonskravene ikke er endret, og at de øvrige endringene ikke har påvirket anskaffelsens art og omfang, jf. klagenemndas sak 2011/12. Endringene har heller ikke gjort det mulig for andre tilbudsgivere å delta i konkurransen, eller å akseptere andre tilbud, jf. EU-domstolens dom i C-454/06 (Pressetext).

Adgangen til å levere deltilbud

- (44) Adgangen til å levere deltilbud var den samme i den første og den andre konkurransen, og det foreligger dermed ingen endring av kontraktvilkårene.
- (45) Opplysningen i kunngjøringen om at det ikke var adgang til å levere deltilbud må ses i sammenheng med konkurransegrunnlaget punkt 8.4, jf. punkt 4.2, om separate konkurranser for alle kommuner og de to forhåndsdefinerte områdene i Møre og Romsdal. Her fremgikk det at det ikke kunne gis tilbud på deler av kommuner eller de to oppgitte områdene. Det foreligger derfor ingen motstrid mellom opplysningene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (46) Slik markedet for persontransport fremstår, med mange mindre og lokale aktører på tilbydersiden, har det formodningen mot seg at kunngjøringen ble forstått som at det kun skulle inngås kontrakt med én leverandør for hele fylket, og at potensielle tilbydere derfor avstod fra å laste ned konkurransegrunnlaget. Dette støttes av at 34 leverandører, mange av disse enkeltmannsforetak, lastet ned konkurransegrunnlaget.

(47) Det avvises derfor at det foreligger plikt til å avlyse konkurransen på dette grunnlaget.

Endring av reaksjonstid

(48) De gjennomførte endringene gjelder kun bestillinger som er gjort mindre enn to timer før avtalt hentetidspunkt.

(49) Innklagede har tidligere estimert at ca. 95 % av alle transportoppdrag er forhåndsbestilte turer som er bestilt mer enn to timer før avtalt hentetidspunkt. Etter nærmere gjennomgang av nyere statistikkmateriale viser det seg at turer bestilt mindre enn to timer før oppmøte utgjør 20,1 %. Det vises til at klagenemnda i sak 2010/179 og 2010/12 aksepterte at endringer i kontraktsverdien på henholdsvis 25 % og 50 % ikke utgjorde vesentlige endringer.

(50) Det klare utgangspunkt er at leverandørene skal hente til avtalt tid. Den endrede fristen er således en tilleggsfrist, som rent unntaksvis vil være aktuell.

Endring av oppmøtetid ved fastprisoppdrag

(51) I likhet med oppmøtetider gjelder den nye bestemmelsen i konkurransegrunnlaget maksimaltider. Leverandørene kan ikke basere seg på disse ved innlevering av tilbud. Også her vil det kun unntaksvis være aktuelt å fravike avtalt oppmøtetid. Endringen anses derfor ikke å ha påvirket potensielle tilbyderes ønske eller mulighet til å delta i konkurransen.

Kontraksbestemmelsene vedrørende avvik og reaksjoner

(52) I den etterfølgende konkurransen med forhandling er avvikskategoriene "*mangelfull statistikkrapportering*" og "*øvrige brudd på forpliktelsene i avtalen*" med tilhørende reaksjonsbestemmelser utelatt i sin helhet. Videre har den beløpsmessige begrensning på 10 % av månedlig oppgjør blitt fjernet. Vurderingen av hvorvidt endringen er vesentlig må gjelde disse tre endringene samlet.

(53) Når det gjelder "*mangelfull statistikkrapportering*" er innsatsforpliktelsen til leverandørene – å levere statistikkrapporter – fremdeles den samme, jf. kontraktens punkt 15. Manglende oppfyllelse av denne forpliktelsen vil fortsatt kunne sanksjoneres med hjemmel i kontraktens punkt 20.

(54) Når det gjelder "*øvrige brudd på forpliktelser i avtalen*" inneholder også kontrakten bestemmelser hvoretter leverandøren kan sanksjoneres, jf. punkt 5, 9 og 20. Endringen medfører kun at man går fra et standardisert sanksjonssystem til et sanksjonssystem som må vurderes konkret i hvert tilfelle.

Klagenemndas vurdering:

(55) Klager har som potensiell tilbyder saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder pasientreiser som er en prioritert tjeneste i kategori 2. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til 330 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

- (56) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav b. En eventuell kontraktsinngåelse vil derfor representere en ulovlig direkte anskaffelse
- (57) Det følger av forskriften § 14-4 bokstav b at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og at det på anmodning oversendes en rapport til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet"*.
- (58) Klager anfører at vilkåret om at det *"ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene"* ikke er oppfylt, og har i den forbindelse vist til en rekke endringer som enten hver for seg, eller samlet, utgjør en vesentlig endring.
- (59) Klagenemnda legger til grunn at med *"de opprinnelige kontraktsvilkårene"* menes grunnlaget for den forutgående konkurransen, herunder konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2008/63 premiss (43).
- (60) Forbudet mot å foreta vesentlige endringer er begrunnet i at en kontrakt som er vesentlig endret representerer en annen kontrakt enn den som er kunngjort. En slik kontrakt er kunngjøringspliktig som normalt.
- (61) Når det gjelder innholdet i vilkåret *"vesentlige endringer"* vises det til EU-domstolens avgjørelse i sak C-250/07 *"Kommissjonen mot Hellas"* premiss (51)-(52), som gjaldt tilsvarende bestemmelse og vilkår i det tidligere forsyningsdirektiv 93/38/EF. Domstolen uttaler følgende om problemstillingen:

"Det skal under disse omstendigheter, som Kommissionen har anført, etterprøves, om ordregiveren i strid med artikkel 20, stk. 2, litra a), i direktiv 93/38 foretog en væsentlig ændring af de oprindelige kontraktbetingelser ved udbuddet efter forhandling uden et forudgående udbud.

Det bemærkes herved, analogt med, hvad Domstolen har fastslået vedrørende genforhandlingen af allerede tildelte kontrakter (jf. dom af 19.6.2008, sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, Sml. I, s. 4401, præmis 35), at en ændring i en oprindelig kontraktbetingelse kan betragtes som væsentlig som omhandlet i artikkel 20, stk. 2, litra a), bl.a. når den ændrede betingelse, hvis den havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for bud afgivet i forbindelse med en udbudsprocedure med forudgående udbud at blive betragtet som egnet, eller ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end dem, der havde deltaget i den oprindelige procedure, at afgive bud."

Endringer vedrørende reaksjonstiden

- (62) Klager har anført at innklagede har foretatt en *"vesentlig endring"* dels ved å fordoble den tillatte reaksjonstiden for bestillinger foretatt under 2 timer før hentetidspunktet.
- (63) Innklagede har på sin side vist til at turer bestilt mindre enn to timer før oppmøte kun utgjør gjennomsnittlig 20,1 %. Det fremholdes videre at utgangspunktet er at oppmøte

skjer i henhold til avtale, og at tillatt reaksjonstid må regnes som en tilleggsfrist som rent unntaksvis vil være aktuell.

- (64) Når det gjelder endringene av reaksjonstiden, blir problemstillingen om det er en reell mulighet for at de endrede vilkårene ville ført til at det hadde blitt levert tilbud i den opprinnelige anbudskonkurransen.
- (65) De konkrete endringene som ble gjort i punktet "*Reaksjonstid – oppmøtetid*" er gjengitt i premiss (14) og (18).
- (66) Maksimal reaksjonstid er her definert som maksimal tid fra bestilling er mottatt, til leverandøren er fremme ved hentestedet. De oppstilte fristene relaterer seg til tidspunktet for den avhenting som er bestilt. Fristene gjelder også for oppdrag der henting bestilles umiddelbart, jf. kontrakten punkt 4, der det fremgår at avtalen omfatter såkalte "*øyeblikkelig-hjelp turer*". I denne sammenhengen nevnes også at "*Tilbudet må omfatte all kommuneintern og kommunekryssende transport fra den enkelte kommune/område*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 4.2.
- (67) Gjennom spørsmål-svar-funksjonen i den første konkurransen ble det stilt spørsmål om hvordan både reaksjonstidsbestemmelsens andre og tredje kulepunkt skulle forstås. Ved spørsmålene poengteres at tidsfristene kan være vanskelige å overholde på grunn av avstandene til enkelte steder omfattet av konkurransen. Innklagede svarer at fristene "*i utgangspunktet*" er absolutte også for disse stedene. Videre skrev innklagede "*men tilbyder kan beskrive hvordan dette tenkes løst i praksis med hensyn til stasjoneringsteder*". Hva som menes med dette er imidlertid ikke klart.
- (68) Ved innklagedes endringer av bestemmelsen ble den særskilte reguleringen for bestillinger gjort mellom klokka 07.00 og 17.00 fjernet, slik at bestemmelsen gjelder alle bestillinger "*hvor det er under 2 timer fra bestillingstidspunkt til hentetidspunkt*". Distinksjonen mellom kommuner med og uten sykehus er opprettholdt, og den tillatte reaksjonstiden etter endringene er henholdsvis 30 og 60 minutter.
- (69) Endringene gir 15 minutter ytterligere tillatt reaksjonstid på bestillinger gjort mellom klokka 07.00 og 17.00 for kommuner med sykehus, og 30 minutter ekstra for andre bestillinger. For tidspunktet mellom 17.00 til 07.00 er det ikke gjort endringer for kommuner med sykehus, med unntak for biler med krav om spesiell utrustning. I korte trekk innebærer dette en fordobling av den tillatte reaksjonstiden for de tilfeller som omfattes av endringene.
- (70) De opprinnelige fristene er såpass korte at de er sentrale for tilbydernes vurderinger av hvor stor kapasitet som kreves for å utføre oppdraget. Anskaffelsen omfattet også såkalte "*øyeblikkelig-hjelp turer*", og tilbudene skulle omfatte all kommuneintern og kommunekryssende transport fra den enkelte kommune. Tilbakemeldingene fra leverandørene i form av spørsmål under anbudskonkurransen viser at fristene har vært et tema. For den anskaffelsen det her er tale om – pasientkjøring i Møre og Romsdal, fremstår også fristene som svært strenge. Disse forhold gjør det nærliggende å anta at kravene til reaksjonstid var en årsak til at ingen leverandører leverte tilbud i den opprinnelige konkurransen. Nemnda har også merket seg innklagedes beskrivelse av markedet for persontransport, hvor innklagede har oppgitt at det er mange mindre og lokale aktører på tilbydersiden.

- (71) Endringer av kontraktsvilkår som må antas å ha hatt direkte betydning for den manglende deltagelsen i den opprinnelige konkurransen vil som hovedregel måtte regnes som vesentlige. Bakgrunnen er at den endrede kontrakten representerer en annen kontrakt enn den som er kunngjort. Ved endringene ble den tillatte reaksjonstiden, for de tilfeller endringene gjaldt, i hovedsak fordoblet.
- (72) Innklagede har opplyst at formålet med dialogmøtene med de utvalgte leverandørene var å få best mulig informasjon fra markedet om årsakene til at interessentene valgte å avstå fra å levere tilbud. Endringene i konkurransegrunnlaget ble gjort på bakgrunn av innspill fra disse møtene.
- (73) Det er klart at oppdragsgivere står overfor vanskelige avveininger når man etter en mislykket anbudsprosess på den ene side har behov for å få gjennomført anskaffelsen, og på den andre side ikke kan foreta vesentlige endringer. Dette tilsier at oppdragsgiver etter omstendighetene må tillates ett vist rom for endringer uten at de anses vesentlige. Kravene til reaksjonstid i den opprinnelige anbudskonkurransen var imidlertid svært strenge, og endringene innebar en fordobling av den tillatte reaksjonstiden, for de tilfeller endringene gjaldt. Ut fra omstendighetene i saken er det nærliggende å anta at disse strenge kontraktsvilkårene var en årsak til at ingen leverandører leverte tilbud.
- (74) Nemnda finner på dette grunnlag at innklagede har foretatt "*vesentlige endringer*" ved å endre kravspesifikasjonen punkt 3.3.3. Vilkårene for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 14-4 bokstav b er ikke oppfylt.

Adgangen til å levere deltilbud

- (75) Klager har anført at innklagede har foretatt en vesentlig endring ved å åpne for å levere deltilbud i den etterfølgende konkurransen. I kunngjøringen svarte innklagede "*Nei*" på spørsmålet; "*Vil kontrakten bestå av delarbeid og/eller delleveranser?*". Etter begge konkurransegrunnlagene var det imidlertid i en viss grad adgang til å levere deltilbud.
- (76) Oppdragsgiver har plikt til å opplyse om det er adgang til å inngi deltilbud i kunngjøringen. Innklagede gjorde derfor en feil ved å angi at kontrakten ikke ville bestå av delarbeid og delleveranser. Utgangspunktet ved motstridende opplysninger mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag er at kunngjøringen legges til grunn, jf. klagenemndas sak 2010/7. Også i denne saken var det i kunngjøringen opplyst at kontrakten ikke bestod av delarbeider eller delleveranser, mens det i konkurransegrunnlaget var åpnet for deltilbud. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde foretatt vesentlige endringer ved at det i den etterfølgende konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring var gitt adgang til å inngi deltilbud.
- (77) Det klare utgangspunktet må være at feilaktig angivelse av adgangen til å innlevere deltilbud vil kunne innebære at potensielle leverandører avstår fra å delta. Spørsmålet om en endring er vesentlig vil imidlertid også i et slikt tilfelle bero på en konkret vurdering. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2011/209, hvor manglende angivelse av opsjoner i kunngjøringen ikke ble tillagt avgjørende betydning når det gjaldt spørsmålet om innløsning av opsjonene utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (78) Innklagede har i foreliggende sak blant annet argumentert med at slik markedet for persontransport fremstår, med mange mindre og lokale aktører på tilbydersiden, har det

formodningen mot seg at leverandørene har forstått det slik at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med kun én leverandør for hele Møre og Romsdal. Til støtte for dette er det vist til at 34 leverandører, mange av disse enkeltmannsforetak, lastet ned konkurransegrunnlaget.

- (79) Også her må vurderingen av vesentlighet av en dokumentert endring bero på om endringen kan antas å ha betydning for potensielle leverandører andre enn de som deltok i den første konkurransen. I lys av innklagedes anførsel kan dette fortone seg som tvilsomt. På bakgrunn av det resultat nemnda har kommet til ovenfor, nemlig at allerede endring av reaksjonstid utgjør en vesentlig endring, er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om også endringen vedrørende deltilbud utgjør et regelbrudd.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har brutt forskriften § 14-4 bokstav b ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ettersom det var foretatt en vesentlig endring av kravspesifikasjonen i den etterfølgende konkurransen.

Bergen, 27. august 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger