



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av jernbanetekniske arbeider mellom Arna stasjon og Fløen på Bergensbanen. Anførsler om at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i sin anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av et vesentlig avvik. Anførsler knyttet til tildelingsevalueringen ble avvist fra behandling av klagenemnda. De hadde vært gjenstand for muntlig behandling i Oslo byfogdembete og ble av den grunn ansett uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Klagenemndas avgjørelse 29. juni 2020 i sak 2019/491

Klager: NRC Rail AS

Innklaget: Bane NOR SF

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

(1) Bane NOR SF (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. desember 2017 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av jernbanetekniske arbeider mellom Arna stasjon og Fløen på Bergensbanen. Anskaffelsens verdi var estimert til 500 millioner kroner. Frist for å levere forespørsel om å delta i prekvalifiseringsfasen, var 2. februar 2018.

(2) Innklagede ga en kort beskrivelse av anskaffelsen i kunngjøringen:

«Entreprisen UUT 31 jernbaneteknikk er en del av nytt dobbeltspor mellom Arna stasjon og Bergen, og omfatter alle jernbanetekniske arbeider (unntatt signal) fra Arna stasjon til Fløen. Mange av arbeidene på Arna stasjon og i Fløen vil pågå med nærhet til spor i drift. Leveransen for denne entreprisen omfatter følgende fagområder:

- Spor/overbygning

- KL-anlegg

- Lavspenningsanlegg

- Høyspenningsanlegg

- Tele».

(3) I vedlegg A2 til konkurransegrunnlaget var det gitt en mer inngående redegjørelse:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

1.1 Generell orientering om denne entreprise

Entreprisen UUT 31 jernbaneteknikk er en del av nytt dobbeltspor mellom Arna stasjon og Bergen, og omfatter alle jernbanetekniske arbeider (unntatt signal) fra Arna stasjon til Fløen. Mange av arbeidene på Arna stasjon og i Fløen vil pågå med nærhet til spor i drift.

[...]

Arna stasjon:

Oppgradere spor, KL-anlegg, lavspenningsanlegg, høyspenningsanlegg og teleanlegg.

Tunneler:

Nye jernbanetekniske anlegg i ny tunnel (unntatt signal).

Tilpasning av eksisterende jernbanetekniske anlegg i eksisterende tunnel grunnet nytt sikringsanlegg og diagonalforbindelser mellom nytt og eksisterende tunnel.

Fløen:

Jernbanetekniske anlegg for nytt spor fra ny tunnel i Ulriken og fram til og med tilknytning mot eksisterende anlegg i Fløen.

[...]

1.3 Hovedmengder

Spor:

- *Riving av spor*
- *Bygging av nytt spor*
 - *6,9 km med fastspor i TBM delen i tunnel. Entreprenøren får ansvar for prosjektering og valg av løsning innen gitte rammer.*
 - *Ca. 3,1 km med ballastspor*
 - *13 stk. nye sporveksler*

KL-anlegg:

- *Delvis riving/gjenoppbygging av KL-anlegg*
- *Bygging av ca. 10 km nytt KL-anlegg*
 - *KL-anlegg planlegges med system 20*
 - *Hastighet i ny tunnel 160 km/h*
- *Jordingsanlegg*

Lavspenningsanlegg:

Bygging av nytt lavspenningsanlegg.

- *Sporvekselvarme og belysning*
- *Nødbelysning i tunnel og nødstrøm for kritiske anlegg (signal, tele og nødlys)*
- *Strømforsyning til brannventilasjon og elektroinstallasjoner i høyspentkioskene*

Høyspenningsanlegg:

Bygging av høyspenningsanlegg (11kV) strekker seg fra Arna til Fløen

- *Høyspentkiosker og kabler*

Tele:

- *Bygging av nytt anlegg for togradio (GSM-R), nødnett (TETRA), mobil- og internett (MIT) og datatransmisjon (NGN)*
- *Det skal legges fiberkabel innom alle tverrpassasjer og teknisk hus i Fløen*

[...]

1.9 Spesielle forhold ved byggeplass

• *[...]*

- *Arbeid nær spor i drift*
- *Arbeid nær høyspenningsanlegg*
- *Arna stasjon i drift»*

- (4) Til potensielle leverandører ble det stilt en rekke kvalifikasjonskrav. Av relevans for saken er for det første kravet i konkurransegrunnlaget punkt 1.5.8 om erfaring:

«Tilbyder skal ha kompetanse og erfaring fra tilsvarende leveranser og ha utført oppdrag av samme art, kompleksitet/vanskelighetsgrad og omfang/størrelse»

- (5) Kravet skulle dokumenteres på følgende måte:

En liste over de viktigste relevante leveransene de siste 5 årene med kort beskrivelse av oppdragene. Det skal opplyses om:

- *type fag*
- *kontraktsverdi*
- *kontraktperiode*
- *oppdragsgivers navn og kontaktperson*

Bane NOR forbeholder seg retten til å kontakte oppgitte leveransmottakere.

Dersom tilbyder må støtte seg til andre for å oppfylle kvalifikasjonskravet, skal dette beskrives og relevante referanseprosjekter fra støttende foretak angis. Det må i tillegg leveres forpliktelseserklæring.

Benytt malen «Kap B2,4 Leverandørens egne referansebeskrivelser»

(6) I punkt 1.5.9 var det videre stilt følgende krav til kapasitet:

«Tilbyder (selskapet) skal ha god gjennomføringskapasitet».

(7) Kravet skulle dokumenteres på følgende måte:

«Det skal gis en kort og overordnet beskrivelse av virksomheten, herunder:

- En redegjørelse for foretakets forretningsidé og kjernekompetanse relatert til leveringsomfanget.*
- En oversikt over selskapets historikk, organisering og eierforhold, samt en beskrivelse av dagens virksomhet.*
- Beskrivelse av tilgjengelig kapasitet, ressurser og utstyr tilbyder disponerer. Oversikten skal relateres til og være relevant for denne leveransen, herunder bygging av de ulike anlegg/system som fremkommer av arbeidsbeskrivelsen.*

I den grad underleverandører må benyttes til å kvalifisere leverandøren, skal dette klart fremgå og det må fremlegges dokumentasjon på at man råder over disse (kopi av kontrakt eller forpliktelseserklæring – egen mal)».

(8) I malen «Kap B2,4 Leverandørens egne referansebeskrivelser» var leverandørene bedt om å «gi en utfyllende beskrivelse av oppdraget, inkludert leverandørens konkrete bidrag med hensyn til fag, omfang, tverrfaglighet i gjennomføringen og ansvar (hovedleverandør/underleverandør)».

(9) Tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Tildelingskriteriene var «Pris/kostnad» (50 %), «Kompetanse hos tilbudt nøkkelpersonell» (10 %), «Gjennomføringsevne (konkret for dette oppdraget) og oppdragsforståelse» (30 %) og «Tilbudt løsning fastspor» (10 %).

(10) Innklagede hadde gitt følgende beskrivelse av tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne (konkret for dette oppdraget) og oppdragsforståelse»:

«Det vil bli lagt særlig vekt på tilbyderens forståelse av utfordringer knyttet til:

1) Fremdriftsplan

2) Grensesnitt og logistikk

3) Arbeid langs trafikkert spor og høyspennings-anlegg

4) Oppfølging av SHA og ytre miljø

5) Tilbyder beskriver og dokumenterer hvordan jernbanelovgivningens krav til sikkerhetsstyring, kompetansekrav for spesifikke fagfunksjoner, og øvrige oppgaver av betydning for sikkerheten skal oppfylles og dokumenteres innen 30 kalenderdager før oppstartdato.

Link til Bane NORs minimum kompetansekrav:
<http://banenor.no/Marked/Leverandorinfo/Kompetansekrav>

Det gis en karakter for hvert av punktene 1-5. Disse vektet hver 1/10 av samlet karakter. Det gis en egen karakter for øvrige forhold ved gjennomføringsevnen og oppdragsforståelsen. Denne vektet 5/10 av samlet karakter».

- (11) I tilknytning til det nevnte tildelingskriteriet, ble leverandørene bedt om å levere følgende dokumentasjon:

«Vedlegge en oppdragsbeskrivelse hvor blant annet punktene 1-5 blir beskrevet. I tillegg skal det beskrives hva de anser som de største utfordringene i prosjektet og hvordan disse tenkes løst.

Det vedlegges organisasjonskart (som viser alle sentrale funksjoner som er planlagt for oppdraget) fremdriftsplan og bemanningsplan/histogram som bl.a. synliggjør:

Hovedaktiviteter

Ressursbelastning

Fysiske angrepspunkter

Kritisk linje(r)

Vedrørende forståelse av SHA og ytre miljø i gjennomføringsfasen skal tilbyder beskrive hvordan disse elementene er tenkt ivaretatt i gjennomføringsfasen».

- (12) Bestemmelsene i kontrakten var basert på kontraktstandarden NS 8405. Vedlegg C2 inneholdt spesielle kontraktbestemmelser, hvor det i punkt 9. var stilt krav til sikkerhet for arbeider i og ved Bane NORs infrastruktur:

«Alt arbeid i nærheten av spor i drift og Bane NORs høyspenningsanlegg er underlagt spesielle trafiksikkerhetsbestemmelser. Bestemmelsene er gjengitt i dokumentsamlingen «Krav til sikkert arbeid», som finnes på www.banenor.no. Entreprenøren skal overholde alle krav som følger av disse trafiksikkerhetsbestemmelsene.

[...]

Personell som utfører arbeid i og ved Bane NORs infrastruktur må delta på de kurs byggherren foreskriver i sikkerhet i og ved Bane NORs infrastruktur. Entreprenøren skal gjennomføre kompetanseoppdatering av sitt personell ved endrede krav, som må oppfylles for å kunne utføre oppgavene videre».

- (13) Vedlegg C3 anga oppdragsspesifikke bestemmelser, og i punkt 6 var det stilt krav om disponeringstid i eller ved trafikkert spor:

«Entreprenøren skal planlegge utførelsen av kontraktsarbeidene ved trafikkert spor. Entreprenørens planlegging må hensynta Bane NORs prosedyrer for arbeider i og ved spor. Dette stiller store krav til entreprenørens kapasitet, fleksibilitet og beredskap. Entreprenøren må også synliggjøre hvilke deler av arbeidene som ikke kan utføres i nærheten av trafikkert spor mens sporet er åpent for trafikk. Disse arbeidene må utføres i togfrie perioder.

[...]

I forbindelse med den faktiske gjennomføring av brudd (disponeringstider), må entreprenøren levere en detaljert fremdriftsplan i MS-project for det aktuelle bruddet til byggherrens leder av totalbrudd (LAT). Fremdriftsplanen skal, som et minimum, vise fysiske arbeider, tidspunkt for gjennomføring av arbeidene (time for time), ressurspådrag, strekning og konsekvenser av arbeidene. Fremdriftsplanen sendes LAT minst en måned før oppstart av arbeidene.»

- (14) I punkt 8 følgende var det stilt krav om gjennomføring av arbeid i og ved spor. Det var stilt krav til planlegging av arbeider, sikring av arbeidsstedet, gjennomføring av arbeidet og avslutning og igangsetting av trafikk.
- (15) Den 8. januar 2018 stilte AZVI s.A følgende spørsmål: *«I punkt 1.5.9 er det krav om at «Tilbyder (selskapet) skal ha god gjennomføringskapasitet». Er det nødvendig å oversende sertifikater på personell som f-eks Banemontør, KL-montør, HSV, LSV, DSB, etc.»* Innklagede svarte samme dag det er ikke var nødvendig, og henviste til dokumentasjonskravet gjengitt i avsnitt 7.
- (16) Den 15. januar 2018 stilte Baneservice AS et spørsmål om fristutsettelse: *«Vi trenger tid til å finne prosjekterende og leverandør av fastspor. Ønsker derfor å få forlenget fristen for prekvalifisering.»* Innklagede svarte samme dag, og forlenget søknadsfristen for prekvalifisering til 2. februar 2018.
- (17) Syv leverandører søkte prekvalifisering innen fristen. Innklagede fant at samtlige selskaper oppfylte kvalifikasjonskravene, og fem leverandører ble invitert til å delta videre i konkurransen, herunder Baneservice AS, Infranord Norge AS, NRC Rail AS, AZVI s.A. og Veidekke Entreprenør AS. Invitasjon til å inngi tilbud ble sendt 2. mars 2018. Frist for å levere tilbud ble satt til 9. mai 2018. Samtlige leverandører leverte tilbud innen utløpet av denne fristen, utenom Infranord Norge AS. Det ble deretter gjennomført tre forhandlingsrunder.
- (18) Frist for å levere endelig revidert tilbud var 17. september 2018. Tre leverandører leverte endelig tilbud. Disse var Baneservice AS, NRC Rail AS (heretter klager) og AZVI s.A.
- (19) I brev av 21. november 2018 opplyste innklagede om at kontrakten var tildelt AZVI s.A (heretter valgte leverandør). Innklagede henviste til den vedlagte evalueringsrapporten og -matrisen for en nærmere begrunnelse. Det fremgikk av matrisen av valgte leverandør hadde oppnådd en totalscore på 9,54 poeng, mot 9,38 poeng til klager. Bortsett fra kriteriet *«Gjennomføringsevne (konkret for dette oppdraget) og oppdragsforståelse»*, scoret klager bedre enn valgte leverandør på samtlige tildelingskriterier. På det nevnte kriteriet, som hadde en vekt på 30 %, oppnådde klager en score på 2,46 poeng, mot 3,00 poeng til valgte leverandør. Kriteriet ble evaluert på bakgrunn av fem underkriterier, herunder blant annet *«Øvrige forhold»*. Leverandørens karakter på underkriteriet

«Øvrige forhold», ville som nevnt telle 5/10 (50 %) av den totale scoren på tildelingskriteriet gjennomføringsevne og oppdragsforståelse. På dette underkriteriet scoret valgte leverandør 8 poeng, mot 6 poeng til klager. Innklagede ga følgende begrunnelse for denne vurderingen:

«[Valgte leverandør] har sett og beskrevet de største og kjente hovedutfordringer i prosjektet. [Valgte leverandørs] løsningsbeskrivelse er gjennomarbeidet og viser at tilbyder har satt seg meget godt inn i prosjektet. [Valgte leverandør] har brutt ned og beskrevet løsninger på konkrete utfordringer og risikoer i prosjektets ulike faser. De har vist en god oversikt samtidig som de har ivaretatt viktige detaljer i gjennomføringen.

De har i tillegg plukket ut punkter som kan være særskilt utfordrende pga. at de er spanske og forslår tiltak for å kompensere for dette. De har blant annet levert en analyse på kulturforskjeller.

[Valgte leverandør] har sørget for lokal forankring ved å knytte til seg norske underleverandører. Norsk UE er tilbudt i flere nøkkelroller og disse deltok i forhandlingsmøtene. Dette har gitt byggherre trygghet for at kontraktens krav relatert til de lokale forholdene vil bli ivaretatt.

[Valgte leverandør] har presentert en god og troverdig gjennomføringsmetodikk for bygging av fastspor. Tilbyder er den som gir Bane NOR størst trygghet for at prosjektet leveres på kvalitet tid og kostnad.

Samlet sett har [valgte leverandør] på dette punktet gjort et grundigere arbeid enn de øvrige tilbydere.»

(20) Begrunnelsen for klagers poengscore på 6 poeng var som følger:

«De største utfordringene er synliggjort i en matrise og løsningene på utfordringene er beskrevet. God forklaring på hvordan løse utfordringene. Fokus på planlegging og utnyttelse av sportilgang.

Ryddig presentasjon av oppdraget og har satt seg inn i jobben. Jobbet sammen med UE'ene tidligere (med unntak av UE fastspor).

Presentasjon av fastsporløsning i forhandlingsrunde to var god og gjennomarbeidet.

Samlet sett svarer de som forventet på dette kriteriet.»

(21) Karensperiodens utløp ble satt til 1. desember 2018.

(22) Klager klagde på tildelingen til innklagede i brev av 29. november 2018. Klagen ble avvist av innklagede 10. desember 2018. Innklagede utsatte samtidig karensfristen til 13. desember 2018.

(23) Den 13. desember 2018 begjærte klager midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelsen. I kjennelse av 31. januar 2019 konkluderte Oslo byfogdembete med at klager ikke hadde sannsynliggjort noen av de anførte grunnlagene for hovedkravet, og begjæringen ble derfor ikke tatt til følge. Kjennelsen ble ikke påanket.

(24) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 4. februar 2019.

- (25) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. august 2019.
- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (27) Det foreligger ikke grunnlag for å avvise klagen, selv om anførslene har vært gjenstand for rettsbehandling gjennom midlertidig forføyning. Saken har kun blitt behandlet i én instans. Videre var saksbehandlingen preget av at innklagede hevdet at en forsinkelse av kontraktinngåelse ville medføre store samfunnsøkonomiske konsekvenser. Avgjørelsen inneholder også flere rettslige feilslutninger. De aktuelle spørsmålene er heller ikke avhengige av muntlig bevisførsel.
- (28) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Innklagede hadde avlysningsplikt som følge av manglende oppfyllelse av to av kvalifikasjonskravene. Anførselen er knyttet til kvalifikasjonskravene «*Tilsvarende erfaring fra prosjekter av samme art og samme vanskelighetsgrad*» og «*Gjennomføringskapasitet*».
- (29) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det inneholdt et vesentlig avvik. Forbeholdet om forskuddsbetaling stred mot en grunnleggende kontraktregulering av betalingsordningen. Denne hadde økonomiske konsekvenser, og ga valgte leverandør en stor konkurransefordel.
- (30) Tildelingsevalueringen er gjennomført i strid med loven § 4. Ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Gjennomføringsevne*» og underkriteriet «*Øvrige forhold*» ble valgte leverandørs tilbud vurdert som bedre enn klagers tilbud. Denne evalueringen mangler en saklig begrunnelse. Hverken i tildelingsbeslutningen eller i den etterfølgende klage- og forføyningsprosessen, har innklagede pekt på relevante fordeler ved valgte leverandørs tilbud som kan begrunne poengforskjellen mellom tilbudene på dette punkt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Saken bør avvises for behandling i klagenemnda, ettersom samtlige anførsler allerede er grundig behandlet av Oslo byfogdembete. Kjennelsen ble ikke påanket av klager, og den er følgelig rettskraftig.
- (32) Subsidiært anføres det at det ikke foreligger brudd på anskaffelsesregelverket.
- (33) Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, og det forelå dermed ikke grunnlag for å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (34) Hva gjelder kravet om kompetanse og erfaring, gir kravet anvisning på en konkret vurdering. Det stilles ikke absolutte krav til en bestemt kompetanse eller erfaring. Terskelen for oppfyllelse er ikke angitt hverken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Det hører da under innklagedes skjønn å fastlegge terskelen for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (35) Kravet om kapasitet har også en skjønsmessig utforming, og en naturlig forståelse av kravet tilsier at det skal lite til før det er oppfylt. Det kan ikke utledes et absolutt krav om ressurser innenfor prosjektering og bygging av fastspor eller kontaktledning. Kravet har blitt anvendt likt overfor alle leverandørene.

- (36) Evalueringen av tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne» ved underkriteriet «Øvrige forhold» er lovlig og forsvarlig. Innklagede har ikke tatt utenforliggende hensyn i evalueringen, og evalueringen er i samsvar med loven § 4.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av jernbanetekniske arbeider, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Hvorvidt saken skal behandles i klagenemnda

- (38) Innklagede har innledningsvis anført at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, ettersom saken allerede har vært behandlet av Oslo byfogdembete i en forføyningssak. Innklagede viser til at klagen bygger på de samme anførselene som ble behandlet i saken for domstolen.
- (39) Den omstendighet at hele eller deler av en klage tidligere har vært vurdert av en domstol som ledd i prøvingen av en begjæring om midlertidig forføyning, kan tilsi at disse sidene ved saken, eller i hvert fall deler av dem, er uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2017/117, avsnitt 52 og sak 2017/163, avsnitt 50. Begjæringer om midlertidige forføyninger i anskaffelsessaker avgjøres ofte på grunnlag av muntlige forhandlinger med umiddelbar bevisførsel, og dette var også tilfellet i vår sak. Som det vil fremgå i det følgende, er klagenemnda av denne grunn kommet til at enkelte av klagers anførsler bør avvises som uhensiktsmessige for behandling. Innklagedes anførsel om at klagen i sin helhet skal avvises fra behandling i nemnda, fører imidlertid ikke frem.

Avvisning av valgte leverandør – klagenemndas prøvingskompetanse

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (41) Av forskriften § 20-2 (1) bokstav a) følger det at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (42) For klagenemndas prøving av innklagedes anvendelse av de kvalifikasjonskravene som innklagede har valgt å stille opp, må vurderingstemaet være hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå kravene for deltakelse i konkurransen, jf. de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Omfanget av oppdragsgivers skjønn knyttet til kvalifikasjonskravene, vil følgelig avhenge av hvilke krav oppdragsgiver har valgt å stille, og hvordan disse er formulert.
- (43) I vurderingen av hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå kvalifikasjonskravene, vil ordlyden naturlig nok stå i sentrum. Ordlyden må imidlertid tolkes i lys av kvalifikasjonskravenes formål, tilhørende dokumentasjonskrav, anskaffelsens karakter og de nærmere kravene som oppdragsgiver har stilt.

Kompetanse og erfaring fra tilsvarende leveranser

- (44) Klager anfører for det første at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring og kompetanse. For å ta stilling til denne anførselen må det først avklares hvordan kvalifikasjonskravet skal forstås.
- (45) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.5.8 slik: *«Tilbyder skal ha kompetanse og erfaring fra tilsvarende leveranser og ha utført oppdrag av samme art, kompleksitet/vanskelighetsgrad og omfang/størrelse».*
- (46) Leverandørene skulle dokumentere oppfyllelsen av kravet med en *«liste over de viktigste relevante leveransene de siste 5 årene med kort beskrivelse av oppdragene»*, og utfylling av et skjema der leverandøren skulle gis en *«utfyllende beskrivelse av oppdraget, inkludert leverandørens konkrete bidrag med hensyn til fag, omfang, tverrfaglighet i gjennomføringen og ansvar (hovedleverandør/ underleverandør)».*
- (47) Oslo byfogdembete uttalte at det avgjørende må være om leverandøren har erfaring fra tilsvarende leveranser som gjør dem i stand til å levere dette prosjektet. Klagenemnda er enig i dette. Ordlyden i kvalifikasjonskravet, sett i lys av både dokumentasjonskravet og anskaffelsesdokumentene for øvrig, legger opp til en bred vurdering av leverandørens erfaring med utførelse og planlegging av jernbanetekniske arbeider tilsvarende dem som skal utføres i denne anskaffelsen.
- (48) Klager anfører at det må innfortolkes et absolutt krav om erfaring fra arbeid nær spor i drift, samt prosjektering og bygging av fastspor, ettersom dette i anskaffelsesdokumentene er fremhevet som særegne forhold ved arbeidet som skal utføres.
- (49) Klagenemnda kan ikke se at det er tilfellet. Slik kvalifikasjonskravet er utformet, kan det ikke forstås som et krav om erfaring fra en spesifikk del av anskaffelsen. Klagenemnda viser i denne sammenheng til lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017-156250 hvor retten fant at kvalifikasjonskravet *«erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad»* ikke innebar et absolutt krav om erfaring fra elektroarbeider i tunnel. Lagmannsretten pekte på at tunnelarbeider ikke var nevnt hverken i kvalifikasjonskravet eller i det tilhørende dokumentasjonskravet. I tillegg tilsa klassifikasjonen av tunnelene som kontrakten omfattet, at det ikke var tale om tunnelspesifikke elektroarbeider av uvanlig krevende karakter.
- (50) I vår sak er det hverken i kvalifikasjonskravet eller i det tilhørende dokumentasjonskravet og skjemaet, stilt uttrykkelig krav til spesifikk erfaring. Slik nemnda ser det, må man da utvise varsomhet med å innfortolke slike spesifikke krav, for eksempel med henvisning til enkelte av de arbeidene som leveransen omfatter. Anskaffelsen gjelder en entreprise, og inkluderer en rekke ulike fagområder. Etter klagenemndas syn er det ingen klare holdepunkter for at det kreves erfaring og kompetanse med de akkurat de sidene av prosjektet som klager peker på. Klagenemnda kan heller ikke se at de forhold som klager har vist til er arbeid av usedvanlig krevende karakter. For en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør, som vurderte å delta i konkurransen, var det derfor ikke naturlig å lese kvalifikasjonskravet slik at det innebar et absolutt krav om erfaring og kompetanse fra arbeid nær spor i drift eller prosjektering og bygging av fastspor. Klagers anførsel om dette, kan ikke føre frem.

- (51) Om innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet, viser klagenemnda til kjennelsen fra byfogdembetet:

«Azvi har ved sine referanseprosjekter vist at de har deltatt i prosjekter der det er lagt fastspor, de har lagt spor i tunneler og har deltatt i store, omfattende og tverrfaglige prosjekter. Det er gitt supplerende dokumentasjon som utdyper prosjektene nærmere. At disse referanseprosjektene anses å være «tilsvarende» denne leveransen er en sammensatt og konkret vurdering som tilligger oppdragsgiver. Hvorvidt det er nødvendig med erfaring ned i de minste detaljer i disse prosjektene er det også opp til oppdragsgiver å vurdere, når kvalifikasjonskravet ikke oppstiller absolutte minimumskrav til spesifikk detaljert erfaring.

Den vurderingen Bane NOR har foretatt når de har funnet at referanseprosjektene størrelse, tilstrekkelig grad av tverrfaglighet og erfaring med sentrale fagområdet anses tilstrekkelig til å oppfylle kravet om «tilsvarende» leveranser, ligger innenfor oppdragsgiver innkjøpsfaglige skjønn. Retten kan ikke se at det er tatt utenforliggende hensyn eller at det er foretatt en urimelig eller vilkårlig skjønnsutøvelse når Bane NOR har kommet til at Azvi gjennom de viste referanseprosjektene oppfylte kvalifikasjonskravet til Erfaring. Vurderingen fremstår heller ikke som usaklig, uforsvarlig eller i strid med prinsippene i anskaffelsesloven § 4.»

- (52) Klagenemnda finner det tilstrekkelig å vise til byfogdembetes vurdering på dette punkt, som nemnda kan slutte seg til.
- (53) Klagers anførsler gir etter dette ikke grunnlag for å konstatere rettslige mangler ved innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om erfaring og kompetanse.

God gjennomføringskapasitet

- (54) Klager anfører for det andre at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om kapasitet. Klager har i denne sammenheng særlig fremhevet at valgte leverandør manglet en underleverandør av fastspor, samt prosjekterende for fastspor og kontaktledningsleverandør.
- (55) Det aktuelle kvalifikasjonskravet lød slik: *«Tilbyder (selskapet) skal ha god gjennomføringskapasitet»*. Kravet skulle dokumenteres oppfylt på følgende måte:

«Det skal gis en kort og overordnet beskrivelse av virksomheten, herunder:

- En redegjørelse for foretakets forretningsidé og kjernekompetanse relatert til leveringsomfanget.

- En oversikt over selskapets historikk, organisering og eierforhold, samt en beskrivelse av dagens virksomhet.

- Beskrivelse av tilgjengelig kapasitet, ressurser og utstyr tilbyder disponerer. Oversikten skal relateres til og være relevant for denne leveransen, herunder bygging av de ulike anlegg/system som fremkommer av arbeidsbeskrivelsen.

I den grad underleverandører må benyttes til å kvalifisere leverandøren, skal dette klart fremgå og det må fremlegges dokumentasjon på at man råder over disse (kopi av kontrakt eller forpliktelseserklæring – egen mal)».

- (56) Kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet legger opp til en bred og helhetlig vurdering av om leverandørene har «god» gjennomføringskapasitet. Hvor denne terskelen skal ligge, hører i stor grad inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Det fremgår av dokumentasjonskravet at leverandørene skal gi en «kort og overordnet» beskrivelse av virksomheten, og det er heller ikke i dokumentasjonskravet angitt konkrete sider av arbeidet hvor leverandørene må dokumentere ressurser. Som påpekt i avsnitt 50 ovenfor, må det i et tilfelle som dette – hvor det for potensielle leverandører er naturlig å lese kvalifikasjons-/dokumentasjonskravet slik at det legger opp til en bred og helhetlig vurdering – utvises varsomhet med å skjerpe kvalifikasjonskravet med henvisning til utvalgte arbeider i leveransen.
- (57) Om innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kravet til gjennomføringskapasitet, gjorde byfogdembetet følgende vurdering:
- «Bane NOR har vurdert at Azvi oppfylte kravet til kapasitet ved å redegjøre for sin maskinpark og hvorledes de for øvrig skulle besørge tilgang til nødvendig utstyr gjennom leieavtale med norsk leverandør, samt opplyst hvilke underleverandører de vil benytte og fagpersoner derfra. Dette må anses å være i tråd med det kvalifikasjonskravet oppstille for å vise kapasitet. Vurdering av den beskrevne kapasiteten opp mot leveransen ligger innenfor Bane NORs innkjøpsfaglige skjønn. Retten kan ikke se at den vurdering som er gjort er usaklig eller uforsvarlig, bygger på feil faktum eller i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4».*
- (58) Overfor klagenemnda har innklagede gitt uttrykk for at kjennelsen på dette punktet ikke gir en helt nøyaktig fremstilling av faktum. Opplysningene om valgte leverandørs leieavtale med en norsk leverandør, ble først inngitt i tilbudsfasen, og altså etter at valgte leverandør ble vurdert som kvalifisert for å delta i konkurransen. Leieavtalen ble levert som dokumentasjon under punktet «Jernbanelovgivningens krav mv.», som skulle vurderes under tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne [...] og oppdragsforståelse».
- (59) Av kjennelsen går det imidlertid også frem at valgte leverandør redegjorde for sin egen maskinpark. Av innklagede ble denne maskinparken vurdert slik at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet på egenhånd.
- (60) Klagenemnda kan ikke se at klagers anførsler gir holdepunkter for å konstatere at det foreligger rettslige mangler ved innklagedes vurdering på dette punkt.
- (61) Klagers anførsler om at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, kan etter dette ikke føre frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (62) Klager anfører at innklagede hadde en avvisningsplikt overfor det første inngitte tilbudet til valgte leverandør. Klager hevder at tilbudet inneholdt et forbehold som må anses å utgjøre et vesentlig avvik.
- (63) Det følger av forskriften § 20-8 (1) bokstav b) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene.

- (64) I valgte leverandørs første tilbud var det inntatt en «disclaimer» om forskuddsbetaling. Partene er uenige om hvorvidt dette utgjorde et forbehold. Det ble av byfogdembetet lagt til grunn at valgte leverandør inntok et forbehold om forskuddsbetaling i sitt opprinnelige tilbud. Retten viste til at kravet om forskuddsbetaling var inntatt i skjemaet som skulle benyttes for å påpeke forbehold i leverandørens tilbud, og videre til at innklagede, både i det første forhandlingsmøtet og i den etterfølgende evalueringsrapporten, behandlet dette som et forbehold.
- (65) Klagenemnda er enig med byfogdembetes vurdering om at tilbudet inneholdt et forbehold. Spørsmålet er om valgte leverandørs tilbud med dette inneholdt et «vesentlig avvik», jf. forskriften § 20-8 (1) bokstav b.
- (66) Om denne vurderingen uttalte byfogdembetet følgende:

«Forbeholdet dreier seg om forskuddsbetaling. At beløpet det bes om forskudd på er betydelig, er en naturlig konsekvens av kontraktens størrelse. Beløpets størrelse i seg selv innebærer etter rettens vurdering ikke at forbeholdet må anses som et vesentlig avvik. Forbeholdet er av rent økonomisk karakter og vil ikke endre den leveransen oppdragsgiver skal motta. Kostnaden ved forbeholdet vil utgjøre en rentekostnad og vil kunne prises. Når forbeholdet prises og legges på tilbudsprisen, vil det ha en negativ innvirkning på Azvi tilbud. Forbeholdet er derfor ikke til hinder for at tilbudene blir sammenlignbare. Retten kan ikke se at forbeholdet innebærer en konkurransefordel i forhold til potensielle tilbydere eller de øvrige deltakerne i konkurransen ettersom det er mulig å prise det. Retten finner ikke at potensielle tilbydere har unnlatt å inngi tilbud fordi de ikke kunne ta et tilsvarende forbehold».

- (67) Klagenemnda finner det tilstrekkelig å vise til byfogdembetes vurdering på dette punkt, som nemnda kan slutte seg til.
- (68) Klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av et vesentlig avvik i tilbudet, kan etter dette ikke føre frem.

Tildelingsevaluering – underkriteriet «Øvrige forhold»

- (69) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende kravene om likebehandling og forutberegnelighet ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «Gjennomføringsevne og oppdragsforståelse» og underkriteriet «Øvrige forhold». Klager anfører nærmere bestemt at det mangler saklig grunnlag for å skille mellom tilbudene på dette punktet. Både den første og de etterfølgende begrunnelsene viser ifølge klager at innklagede ikke har kunnet vise at valgte leverandørs tilbud var bedre. Klager har vist til en rekke konkrete forhold ved tildelingsevalueringen og innklagedes begrunnelser som støtte for sitt syn.
- (70) Samtlige av klagers innsigelser mot innklagedes evaluering av tilbudene har vært gjenstand for muntlige forhandlinger med vitneførsel, og har dermed vært grundig behandlet av Oslo byfogdembete. Forhandlingene gikk over tre fulle rettsdager. En etterprøving av byfogdembetes vurderinger beror på bevisspørsmål hvor klagenemnda i begrenset grad vil kunne få opplyst i tilsvarende grad som under de muntlige forhandlingene. Etter klagenemndas vurdering, omfatter dette også klagers supplerende kommentarer til klagenemnda, som er foranlediget av delvis innsyn i valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda kan ikke se at det påvises forhold som gir grunn til å etterprøve

byfogdembetes vurderinger. Klagers anførsler knyttet til tildelingsevalueringen, avvises følgelig som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Bane NOR SF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk