



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ettersending/supplering. De generelle kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av svillebytte på Nordlandsbanen. Klager anførte at innklagedes svar på spørsmål fra en av leverandørene supplerte konkurransegrunnlaget på et vis som skulle vært meddelt samtlige tilbydere. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet, men at dette ikke påvirket utfallet av konkurransen. Videre anførte klager at bruken av to ulike metoder for å evaluere tildelingskriteriene totalpris og kvalitet medførte en forskyvning i vekten av tildelingskriteriene. Klagenemnda tok ikke stilling til anførselen, da dette uansett ikke påvirket utfallet av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 11. september 2020 i sak 2019/677

Klager: Infranord Norge AS

Innklaget: Bane NOR SF

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bane NOR SF (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. desember 2018 en konkurranse med forhandling for skifte av sviller på Nordlandsbanen i perioden 2019-2021. Svillebytte på strekningen Mosjøen - Bjerka var inntatt som opsjon for 2022. Tilbudsfrist var angitt til 1. mars 2019.
- (2) Den 12. desember 2018 ble det avholdt en tilbudskonferanse med gjennomgang av prosjektet. Ved oversendelsen av referat og presentasjon fra tilbudskonferansen ble det oppgitt at «Disse vedleggene skal ansees som en del av konkurransegrunnlaget og hensyntas når dere leverer tilbud».
- (3) I konkurransegrunnlagets A3 punkt 1.1 var det blant annet opplyst at «Svillebytte», «Togtransport og utlegging av pukk», «Sporjustering og pakking», «Nøytralisering» og «Signaltekniske arbeider» inngikk i entreprisen, og videre at:

«For 2019 planlegges det svillebytte på totalt 27 sporkilometer, i 2020 totalt 21 sporkilometer og i 2021 totalt 25 sporkilometer. Som opsjon i 2022 på totalt 43 sporkilometer.

Totalt er det planlagt svillebytte på 116 sporkilometer fra 2019 – 2022».

- (4) Om «Tunneler og bruer» var det oppgitt:

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

«Dersom svillebytte tilbys utført med SPOT (sporombygningstog) kan dette være utfordrende i tunneller og på bruer. Avklaring rundt dette vil være nødvendig.

I tunneller må det påregnes rust i forbindelse med befestigelse.»

- (5) I punkt 1.3 om «Byggetid - tidspunkt for igangsettelse og tidsfrister» ble det opplyst følgende:

«Det forutsettes at dato for kontraktsinngåelse er 26.04.2019. Arbeidene med svillebytte 2019 skal starte 5. august og avsluttes 5.september. Det forutsettes 25 produksjonsskift, med en varighet på 33 dager.

Tilsvarende byggetid forutsettes for 2020 og 2021.

For 2022 vil det være behov for flere skift, antatt varighet ca. 50 dager.

Følgende gjelder:

- *Frist for ferdigstillelse av kontraktsarbeidet i 2019 er 15.11.2019*
- *Kontraktens delfrister er angitt i kap. C3.*
- *Overordnet fremdriftsplan for 2019 (Dokument D3.4)*
- *I forbindelse med innløsning av opsjon i 2022 settes tidsfrister og fremdriftsplan i februar 2022.*

Tilbudt byggetid vil bli vektlagt i evalueringen.»

- (6) Kontrakten skulle tildeles tilbudet som var det økonomisk mest fordelaktige basert på tildelingskriteriene «Totalpris» (70 prosent) og «Kvalitet og gjennomføring» (30 prosent).
- (7) Som dokumentasjon på «Kvalitet og gjennomføring» skulle leverandørene blant annet levere: «oversikt over tilgjengelig bemanning og relevant utstyr og maskiner som tilbyder disponerer og er tenkt benyttet ved gjennomføringen».
- (8) Den 7. februar 2019 ble det av Baneservice AS stilt følgende spørsmål til konkurransegrunnet:

«Hei,

I presentasjon fra tilbudskonferansen har Bane NOR lagt ved flere illustrative bilder av svillenes kvalitet. Er svillene på disse bildene representative for kvaliteten på svillene som skal byttes? Kan entreprenøren forutsette at svillene er i god nok stand til å kunne byttes ut med SPOT, eller må det regnes inn en prosentvis andel manuelt bytte av sviller? I så fall, hvor stor andel sviller må entreprenøren regne med at må byttes manuelt?»

- (9) Spørsmålet ble besvart følgende av innklagede:

«Hei.

Nei, bildene er eksempel på de verste tilfellene.

Dere skal legge til grunn at alt kan skiftes med SPOT».

- (10) Både spørsmål og svar ble merket «*privat*», slik at kun innklagede og Baneservice AS fikk tilgang til korrespondansen.

- (11) Den 13. februar 2019 stilte Baneservice AS følgende spørsmål til konkurransegrunnlaget:

«Hei,

ID1 Beskrivelse er det i post 2-21-217 (for alle delstrekninger) angitt mengde sviller som skal tas vare på til gjenbruk. Vil disse svillene være enkeltvis spredt utover eller vil det være sammenhengende partier? Varierer dette for de ulike delstrekningene? Fint om dere kan komme med flere detaljer her Det står også at prosessen kan utgå. Hvor sannsynlig er det at ingen sviller skal tas vare på for de ulike delstrekningene?»

- (12) Innklagede besvarte spørsmålet:

«Det vil være sammenhengene partier som blir merket på forhånd».

- (13) Både spørsmål og svar ble merket «*privat*».

- (14) Den 5. mars 2019 stilte Baneservice AS følgende spørsmål til innklagede vedrørende merkingen av leverandørenes spørsmål til konkurransegrunnlaget:

«Vi observerer at mange av våre spørsmål kun er svart ut privat til oss. Flere av disse private svarene vil være av interesse for alle leverandører som deltar i konkurransen. Gitt likebehandlingsprinsippet skal spørsmål av interesse for alle deltagende leverandører anonymiseres og svares ut som offentlig spørsmål med offentlige svar. Vi ber om at spørsmål som er svart ut privat anonymiseres og svare ut offentlig til alle deltagende leverandører. Dette gjelder både spørsmål som vi har stil og spørsmål våre konkurrenter må ha stilt. På forhånd takk».

- (15) Innklagede besvarte:

«Vi har fortløpende ifm hvert enkelt spm vurdert om spørsmålene og svarene har vært av interesse for alle deltagende tilbydere eller kun den som har stilt spørsmålet».

- (16) Spørsmål og svar var markert som «*offentlig*».

- (17) Innklagede mottok seks tilbud innenfor tilbudsfristen, herunder fra NRC Bane AS (heretter *valgte leverandør*), Infranord Norge AS (heretter *klager*) og Baneservice AS. En leverandør ble avvist fra konkurransen.

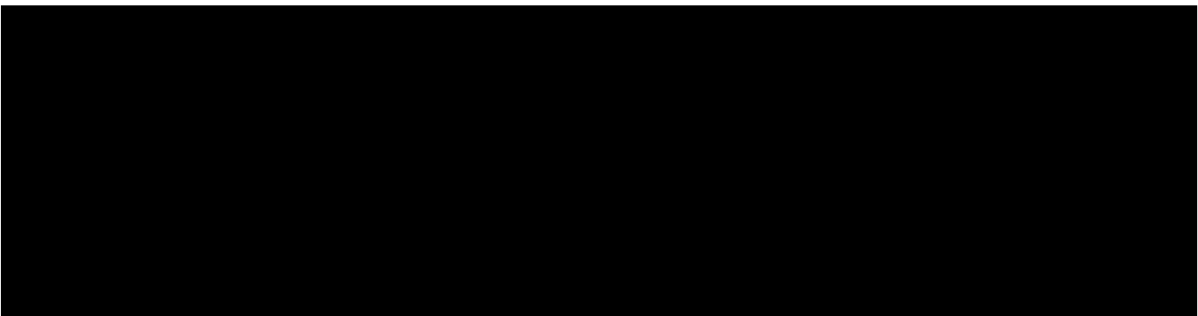
- (18) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøte med klager 21. mars 2019. Den 30. april 2019 gjennomførte innklagede forhandlingsmøte nummer to med klager.

- (19) I klagers tilbud «*Gjennomføringsbeskrivelse Svillebytte Nordlandsbanen 2019-2022*» side 37 under overskriften «*Maskiner og utstyr i prosjektet*» sto det blant annet følgende:

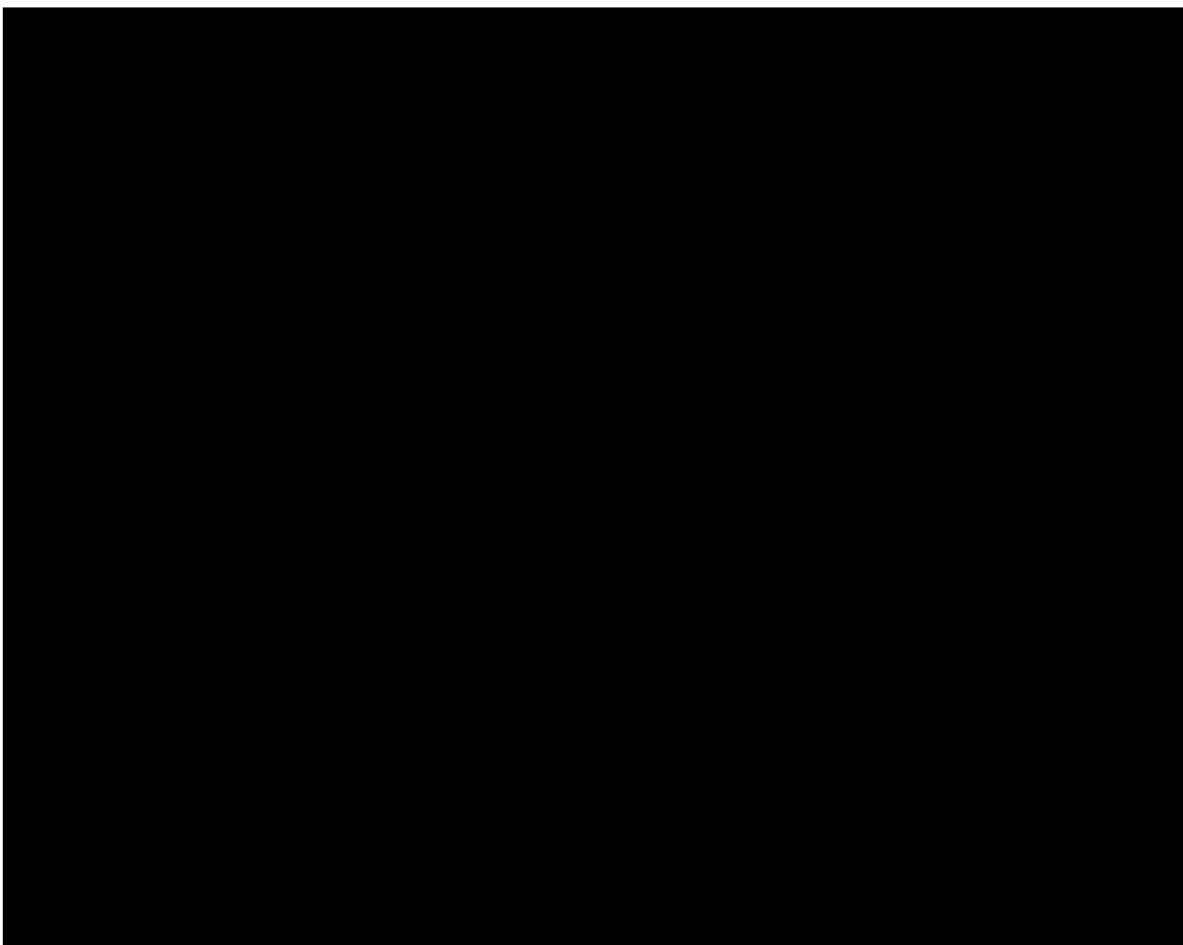


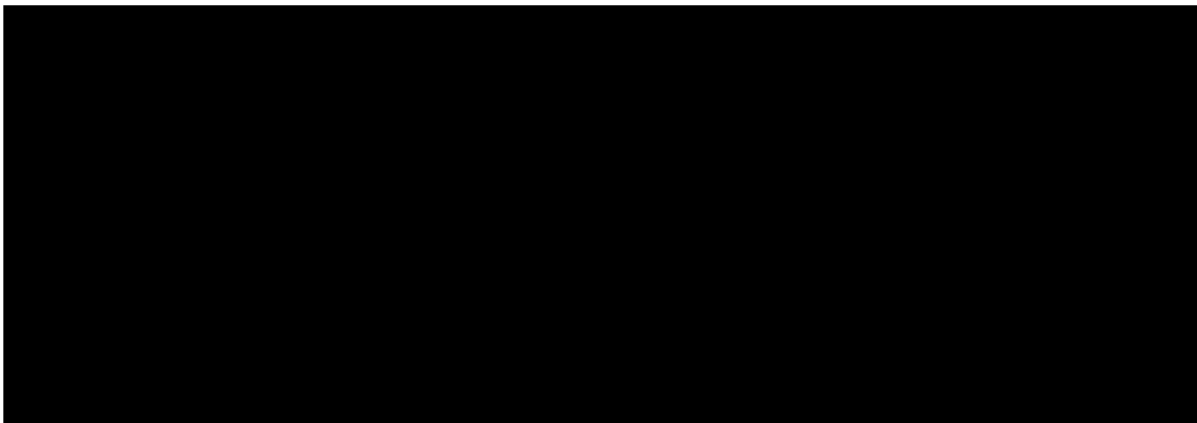


(20) På side 42 under overskriften «*Fremgangsfaktorer for høy kvalitet og effektiv gjennomføring*» sto det blant annet følgende:



(21) På side 48 sto det videre:





- (22) Ved melding datert 10. mai 2019 ble valgte leverandør innstilt som vinner av konkurransen. Klager ble rangert som nummer to.
- (23) Kriteriet «Kvalitet og gjennomføring» var evaluert etter punktene: «Oppdragsbeskrivelse», «Erfaring og kompetanse hos nøkkelpersonell (Jernbaneerfaring)», «Organisering og koordinering av produksjonsapparat», «Utstyr og tekniske løsninger», «Fleksibilitet og kapasitet» og «Utfordring kn til eksisterende skinneskjøter og svilleavstand». Valgte leverandør fikk en total poengsum på 8,5 poeng med uttellingen 9, 9, 8, 8, 8 og 9 på de opplistede punktene. Klager fikk en total poengsum på 9,17 med uttellingen 9, 10, 9, 8, 10 og 9 på punktene, noe som var best av samtlige fem tilbud.
- (24) For evalueringen av pris var det oppgitt at lineær metode ble brukt med 10 som maks poengsum. Utregning ble gjort ved « $10 - 10 \times (Pe - Pb) / Pb$ » hvor Pe var prisen som evalueres og Pb var beste (laveste) pris. Modellen ga følgende uttelling:

			Leverandør	Leverandør	Infranord Norge AS	Leverandør	NRC Rail AS
			A	B	C	D	E
Tildelings-kriterium	Vekting (%)	Evaluert poengscore	254 253 774	150 973 166 ,9	137 815 359	212 477 520 ,5	133 438 371
Pris	70 %		0,95	8,69	9,67	4,08	10,00
Kvalitet og gjennomføring	30 %		7,50	5,50	9,17	6,83	8,50
Total poengsum			2,91	7,73	9,52	4,90	9,55

- (25) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 3. juni 2019.
- (26) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. november 2019.
- (27) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (28) Innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i lovens § 4 og forsyningsforskriftens § 10-2 ved å unnlate å meddele konkurranserelevant informasjon til samtlige tilbydere gjennom å gi leverandører private svar i spørsmål og svarfunksjonen.
- (29) Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 ved å anvende to forskjellige evalueringsmetoder ved tildelingskriteriene «*Totalpris*» og «*Kvalitet og gjennomføring*». Bruken at de to metodene i kombinasjon medførte at kriterienes vekt ble forskjøvet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Svar på spørsmål som har betydning for konkurransen har blitt videreformidlet til alle tilbydere. De konkrete private svarene klager viser til inneholder ikke noen ny informasjon, kun opplysninger som allerede følger av konkurransegrunnlaget.
- (31) Subsidiært har ikke denne informasjonen hatt noen betydning for konkurransen. Valgte leverandør har ikke fått andre opplysninger enn det klager fikk. Kommunikasjonen klager viser til var mellom Baneservice AS og innklagede.
- (32) Innklagede bestrider at bruken av to poengberegningsmetoder medfører en forskyving av tildelingskriterienes vekt. Evalueringsmodellen er ikke i strid med kravet til forutberegnelighet da tilbudene er vurdert opp mot de kriteriene som var satt på en tydelig måte i konkurransegrunnlaget og alle er blitt vurdert på samme måte. Innklagede har foretatt en konkret vurdering ved valg av modell og mente at valgte modell var best egnet til denne anskaffelsen. Valgte leverandør har levert det tilbudet som var økonomisk mest fordelaktig for innklagede basert på de kriteriene som var satt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder skifte av sviller på Nordlandsbanen som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i tildelingsmeldingen estimert til kroner 118 900 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (34) Klager anfører at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i lovens § 4 og forsyningsforskriften § 10-2 ved å unnlate å meddele konkurranserelevant informasjon til samtlige tilbydere. Klager hevder at innklagede foretok en presisering av konkurransegrunnlaget ved å svare Baneservice AS at leverandørene «*skal legges til grunn at alt kan skiftes med SPOT*».
- (35) Det følger av anskaffelsesloven § 4 at oppdragsgiver skal sikre at tilbyderne behandles likt i anskaffelsesprosessen. Prinsippet om likebehandling innebærer blant annet at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige tilbydere får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.

- (36) Utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver bør opplyse om spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget til samtlige leverandører. Det er ikke opp til oppdragsgiver å vurdere om denne informasjonen er av interesse for leverandørene.
- (37) Slik saken er opplyst for klagenemnda har minst to av leverandørene uttrykt at det var uklart hvordan illustrasjonsbildene skulle tolkes. Dette er en uklarhet som innklagede selv har skapt gjennom bruken av illustrasjonsbildene, koblet med den omstendighet at presentasjonen inngikk i konkurransegrunnlaget. Avklaringen i svaret var følgelig av en karakter som samtlige leverandører kunne hatt nytte av. Innklagedes valg om å ikke meddele informasjonen til samtlige leverandører er etter dette i strid med likebehandlingsprinsippet i loven § 4.
- (38) Slik klagenemnda ser det kan dette bruddet likevel ikke ha påvirket utfallet av konkurransen. Tilbyderne fikk i ettertid av tilbudskonferansen tilgang til målevognsbilder, som slik klagenemnda forstår det, er en bedre kilde til å vurdere svillenes faktiske tilstand og oppdragets omfang. Det er også klart at heller ikke valgte leverandør fikk tilgang til det «private» svaret til Baneservice AS, slik at det ikke har påvirket valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda kan for øvrig ikke se at det er forhold i klagers tilbud som underbygger at man har forstått oppdraget som noe annet enn et alminnelig SPOT-oppdrag. Klagenemnda legger derfor til grunn at bruddet på likebehandlingsprinsippet ikke kan ha påvirket utfallet av konkurransen.
- (39) Klager anfører imidlertid at innklagede i det private svaret til Baneservice AS klargjorde at leverandørene kunne kreve tilleggsbetaling for bytte av de svillene som eventuelt viste seg ikke å kunne skiftes med selve sporombyggingstoget, og at innklagede med dette også har brutt forsyningsforskriften § 10-2(1).
- (40) Det fremgår av forsyningsforskriften § 10-2(1) at: *«Før tilbudsfristens utløp kan oppdragsgiveren foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Slike rettelser, suppleringer og endringer skal umiddelbart sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget».*
- (41) Klagenemnda finner det imidlertid klart at innklagedes svar til Baneservice AS ikke kan forstås slik at leverandørene skulle kunne kreve tilleggsbetaling for bytte av de svillene som viste seg ikke å kunne skiftes med selve sporombyggingstoget. Slik klagenemnda forstår det, forutsetter bruk av SPOT at det også benyttes andre maskiner til forbedrende arbeid, herunder til fjerning av sviller som er så ødelagte at de kan sette seg fast i sporombyggingstoget. Innklagede har bekreftet at samtlige tilbydere, også klager, har lagt opp til dette.
- (42) Det som skulle prises, var utskiftning av svillene på Nordlandsbanen. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget hvordan svillene skulle skiftes, og det var opp til leverandørene å velge produksjonsmetode og prise denne fullt ut. Innklagedes svar om at «[d]ere skal legge til grunn at alt kan skiftes med SPOT» kan etter nemndas syn klart ikke forstås som at arbeider som naturlig inngår i svillebytte ved bruk av SPOT, likevel ikke skulle prises.
- (43) Klagers anførsel om brudd på forsyningsforskriften § 10-2(1) fører etter dette ikke frem.
- (44) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 ved å benytte en evalueringsmodell som medførte at tildelingskriterienes vekt ble forskjøvet. Klagers innvending er at innklagede har unnlatt å justere poengsummene for «Kvalitet og

gjennomføring» på et vis som sikrer at leverandøren som tilbød best kvalitet (klager) fikk full score (10 poeng). Ifølge klager må tilbudet med best kvalitet få full score på dette kriteriet så lenge pris er evaluert ut fra en relativ modell hvor tilbudet med best pris er gitt full score (10 poeng), fordi innklagede i motsatt fall forrykker den oppgitte vektingen av pris (70 prosent) og kvalitet (30 prosent). Klager er av den oppfatning at full bruk av poengskalaen for kvalitet i dette tilfellet må skje gjennom forholdsmessig justering, såkalt «normalisering».

- (45) Klagenemnda bemerker at normalisering av poengene ville medført at klagers poengsum på kriteriet «Kvalitet og gjennomføring» ville blitt oppjustert til 3 vektete poeng, mot 2,78 vektete poeng til valgte leverandør. Den totale poengsummen hadde da blitt 9,77, mot 9,78 i favør valgte leverandør.
- (46) Den påståtte feilen ved evalueringsmodellen ville dermed ikke alene kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagers anførsel bygger således på en forutsetning om at deres øvrige anførsler ville føre frem, og at disse bruddene samlet sett ville medført at klager skulle blitt tildelt kontrakten.
- (47) Klagenemnda har ovenfor kommet til at bruddet på likebehandlingsprinsippet ikke kan hå påvirket utfallet av konkurransen, og at anførselen om brudd på forsyningsforskriften § 10-2(1) ikke førte frem. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til klagers anførsel om at manglende normalisering av poengsummene for kriteriet «Kvalitet og gjennomføring» medførte at kriterienes vekt ble forskjøvet, da dette uansett ikke påvirket utfallet av konkurransen.

Konklusjon:

Bane NOR SF har brutt kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 4 ved å ikke meddele svar på spørsmål fra en av leverandørene til samtlige leverandører.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen