



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Endring av evalueringsmodell. Avklaring eller retting av tilbud. Avlysning. Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften del I og II for anskaffelse av nytt signalsystem til T-banesystemet i Oslo. Klagenemnda kom til at innklagedes evalueringsmodell var uegnet, og at innklagede ikke hadde adgang til å endre evalueringsmodellen etter at tilbudene i første tilbudsrunde var åpnet. Ettersom evalueringsmodellen ikke kunne endres lovlig hadde innklagede en avlysningsplikt. Klagenemnda kom også til at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers anførsel om negativ kontraktsinteresse.

Klagenemndas avgjørelse 21. oktober 2022 i sak 2022/881

Klager: Alstom Transport SA

Innklaget: Sporveien AS

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Sporveien AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. november 2019 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av et nytt signalsystem til T-banesystemet i Oslo. Som en følge av at bare to av leverandørene oppfylte kvalifikasjonskravene valgte innklagede å avlyse konkurransen på bakgrunn av manglende konkurranse. Innklagede kunngjorde konkurransen på nytt 2. april 2020. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 4,9 milliarder kroner. Tilbudsfrist ble i punkt IV.2.2 angitt til 6. mai 2020.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1.1 fremgikk at kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, på bakgrunn av tildelingskriteriene «*cost*» (20 prosent), «*project execution*» (40 prosent) og «*technical solution*» (40 prosent).

(3) Om evaluering av kostnad lød konkurransegrunnlaget punkt 5.1.3 slik:

«The award criteria «Cost» will be based on the median cost. The dataset is the Tender submitted at first Tender due date. The median cost gives a score of 5. The median cost will not be changed during the competition.

Cost scores will be calculated using $\pm 50\%$ span from the median cost; i.e. 10% lower or higher price equals 1 point.»

(4) Innklagede mottok forespørsel om å delta i konkurransen fra fem leverandører. En av leverandørene oppfylte ikke kvalifikasjonskravene, og ble avvist fra konkurransen. De

gjenværende leverandørene var konsortiet Siemens Mobility AS og Siemens Mobility GmbH (heretter *valgte leverandør*), Alstom Transport SA (heretter *klager*), Hitachi Rail STS S.p.A og Thales Commercial Norway AS og Thales Ground Transportation System UK Ltd (felles forespørsel, heretter *Thales*), som alle ble invitert til å inngi tilbud.

- (5) Alle leverandørene leverte tilbud innen tilbudsfristen 8. februar 2021. Tilbudet fra Hitachi ble ikke ansett som konkurransedyktig og Hitachi ble ikke invitert videre til forhandlinger. De tre øvrige tilbydere ble invitert videre til forhandlinger.
- (6) Klager innga et tilbud på 9,663 milliarder kroner i første tilbudsrunde. I forhandlingsmøtet fikk klager tilbakemelding om at de lå for høyt i pris. Klager ble også orientert om budsjettet for anskaffelsen som bestod av følgende tre delbudsjetter:

Budsjett nivå	<i>CBTC System Delivery</i>	<i>CBTC Fornebubanen delivery</i>	<i>Maintenance fee, 25 years</i>
«Red alert» (P85)	2 673 MNOK	315 MNOK	1 200 MNOK
«Yellow alert» (P50)	2 382 MNOK	223 MNOK	1 110 MNOK

I tillegg ble det opplyst følgende om innklagedes budsjett:

«The sum of the «yellow» alert bars plus an estimate of the options correlate with the communicated “estimated value” of the contract.»

- (7) Innklagede har i klagetilsvar redegjort for prosessen rundt fastsettelse av anskaffelsens budsjetttramme, og vist til at prosjektet følger statens prosjektmodell, der hver av de tre delbudsjettene har separate budsjettrammer. «Yellow alert» P50 er øvre budsjettgrense innenfor prosjektets styringsramme, og «Red alert» P85 er øvre prosjektgrense innenfor prosjektets kostnadsramme.
- (8) Videre har innklagede forklart at hvert delbudsjett har separate finansieringskilder. For *CBTC System Delivery* vil en pris over P50 kreve en tilleggsbevilgning fra bystyret, mens priser over P85 vil kreve en ny investeringsbeslutning i bystyret. *CBTC Fornebubanen Delivery* ligger innenfor CBTC-prosjektets omfang, men finansieres separat av Fornebubanen. En pris over P50 vil kreve tilleggsbevilgning fra Fornebubanen, og det er opp til Fornebubanen om de ønsker å be bystyret om tilleggsbevilgning. *Maintenance fee* finansieres over Sporveiens driftsbudsjett, og er utenom investeringsrammen. En pris over P50 vil kreve en beslutning fra Sporveiens ledelse, i tillegg til en tilleggsbevilgning fra eier.
- (9) Innklagede ga i forhandlingsmøte tilbakemelding om at klagers tilbud var over P85 på *System Delivery* og *Maintenance fee*, og over P50 på *Fornebubanen*. Klager ble orientert om at de måtte redusere prisene på *System Delivery* med 42 prosent, *Fornebubanen* med 23 prosent, og *Maintenance fee* med 45 prosent for å nå P50.
- (10) Videre orienterte innklagede klager om følgende:

«Prices above «yellow alert» in the next tender round will be considered less than adequate and may not be acceptable for award, and prices above the “red alert” may cause for rejection, ref. ITT section 3.9.»

- (11) Både Thales, valgte leverandør og klager leverte oppdaterte tilbud innen tilbudsfristen.
- (12) I første tilbudsrunde med tilbudsfrist 8. februar 2021, var tilbudsprisen til valgte leverandør ca. en tredjedel av tilbudsprisene til klager og Thales. I andre tilbudsrunde med tilbudsfrist 23. august 2021 var tilbudsprisen til valgte leverandør 50 prosent lavere enn de øvrige tilbudene. Differansen utgjorde ca. 3 milliarder kroner.
- (13) Klagers oppdaterte tilbud var over P85 på *System Delivery*, og over P50 på *Fornebubanen* og *Maintenance fee*.
- (14) Innklagede tildelte kontrakt til valgte leverandør 16. november 2021. På samme tid ble klagers tilbud avvist fra konkurransen som følge av at tilbudet oversteg ett av prosjektets delbudsjett. I avvisnings- og tildelingsbrevet ble det også opplyst om at valgte leverandør hadde levert det beste tilbudet (6,4 poeng), mens klager leverte det nest beste tilbudet (5,4 poeng).
- (15) Den 2. juli 2021 besluttet innklagede å endre evalueringsmodellen for tildelingskriteriet «*cost*». Av evalueringsrapporten 10. november 2021 fremgikk følgende:

«Please note that due to substantial differences in the tender price level between first and second tender submission, which resulted in the price evaluation model not providing full score credit to the tender with the lowest price, Contracting Authority have used the price median from the second tender submission when setting the score for the Cost award criteria. The decision to use the price median from the second tender submission should it be required to give full score credit for differences in tender prices, was taken by Contracting Authority prior to tender due date for the second tender submission.»
- (16) Prisreduksjonen i den andre tilbudsrunder førte til at medianen i den andre tilbudsrunde var langt lavere enn i første runde. Medianen fra andre tilbudsrunde ga derfor et annet utgangspunkt for poengsettingen enn medianen fra første tilbudsrunde.
- (17) I møte mellom klager og innklagede 19. november 2021 opplyste innklagede at alternativet til å endre evalueringsmodellen var å avlyse konkurransen. I samme møte kom det også frem at dersom medianen fra første tilbudsrunde ble benyttet ville valgte leverandør oppnådd en totalscore på 6,6 poeng, mens klager ville oppnådd en totalscore på 6,4 poeng.
- (18) Klager påklaget innklagedes avvisnings- og tildelingsbeslutning 26. november 2021, og anmodet samtidig om forlenget karensfrist. Innklagede avsto forespørselen samme dag. Klager tok ut midlertidig forføyning, men denne ble senere trukket. Det ble varslet at klager ville komme tilbake med et erstatningskrav.
- (19) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 8. desember 2021.
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juni 2022. Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. september 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet og likebehandling ved å endre evalueringsmodellen som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det følger av klagenemndspraksis at slike endringer i en evalueringsmodell er i strid med anskaffelsesregelverket og medfører avlysningsplikt.
- (22) ATI-vilkårene kommer ikke til anvendelse i foreliggende sak. EU-domstolen har i flere saker slått fast at en endring av evalueringsmodellen som medfører at tildelingskriterienes relative vekt endres, utgjør et selvstendig brudd på fellesskapsretten, og at oppdragsgiver skal anvende vektning i tråd med de prinsipper som er tydeliggjort overfor tilbyderne. I denne saken har endringen av evalueringsmodellen ført til en endring av tildelingskriterienes relative vekt sammenlignet med den vektning innklagede har oppgitt i konkurransegrunnlaget. ATI-vilkårene er uansett ikke oppfylt.
- (23) Innklagedes avvisning av klagers tilbud er ulovlig. Forsyningsforskriften § 20-8 (2) må tolkes slik at budsjettet må være kommunisert til tilbyderne forut for tilbudsfristen for at oppdragsgiveren kan benytte avvisningsretten. Dette vilkåret er ikke oppfylt. Det foreligger uansett ikke rettslig grunnlag for avvisning fordi en tilbyder ikke oppfyller en del av et budsjett. Ordlyden i forskriften omtaler «budsjett» i entall og må tolkes til å gjelde oppdragsgivers overordnede budsjett for konkurransen. Subsidiært gjøres gjeldende at budsjettarbeidet verken er faglig holdbart og forsvarlig eller etterprøvbart. Det blir særlig vist til at tre av fire tilbydere tilbød priser i samme prissjiktet og at valgte leverandør er tilbyderen med avvikende pris. Anskaffelsens budsjett ble først satt i 2013 og grunnkalkyle for prosjektet i 2015. En rekke forhold har endret seg siden innklagede startet anskaffelsesprosessen for nesten ti år siden, og innklagede har i løpet av denne perioden ikke klart å anpasse anskaffelsens omfang og budsjett. Blant annet er ikke budsjettet oppjustert eller endret etter avlysning i 2019.
- (24) Vilkkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse er oppfylt og klagenemnda bes om å ta stilling til dette.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagedes endring av evalueringsmodellen er ikke et brudd på anskaffelsesregelverket. Årsaken til endringen var at medianen av tilbudsprisene i den første tilbudsrunder var så høy at modellen ikke ville gi uttelling for tilbud som var under 4,8 milliarder kroner. Valgte leverandørs tilbud i første runde var allerede markant lavere enn dette. Dersom medianen fra første tilbudsrunde ble benyttet ville det være en meget høy risiko for at en domstol ville komme til at evalueringsmodellen ikke var egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det foreligger ingen rettspraksis fra EU-domstolen som tar stilling til om oppdragsgiver har adgang til å endre evalueringsmodellen for pris der modellen er kortsluttet på grunn av prisbildet i konkurransen og spørsmålet må anses uavklart etter EU-retten. Klagenemnda har i noen tilfeller tillatt oppdragsgiver å endre evalueringsmodellen der den opprinnelige evalueringsmetoden ikke var egnet til utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det avgjørende må være at endringen av evalueringsmodell ikke har endret tildelingskriteriene som fastsatt i konkurransegrunnlaget, endringen innebærer ikke forhold som kunne hatt innflytelse på forberedelsen av tilbudene og endringen er ikke diskriminerende overfor noen av tilbyderne (ATI vilkkårene ref. C-331/04 ATI). Bytte av prismedian fra første til andre

tilbudsrunde var etter dette ikke ulovlig. Bytte av evalueringsmodell har heller ikke hatt innvirkning på resultatet av tildelingen.

- (26) Et forbud mot endring av evalueringsmodellen i dette tilfellet vil stå i sterk motstrid til det grunnleggende formålet til anskaffelsesregelverket om å sikre at det offentlige får mest mulig igjen for pengene som brukes. Ut fra dette grunnleggende formålet kan det utledes at oppdragsgiver må ha mulighet til å foreta justeringer av en evalueringsmodell som er kortsluttet på grunn av forhold oppdragsgiver ikke med rimelighet kunne forutse, nemlig at tre av fire tilbydere ville inngi tilbud som lå nesten 100 prosent over den estimerte kontraktsverdi. Det vil også være i strid med det grunnleggende kravet til forholdsmessighet i anskaffelsesretten.
- (27) Vilkårene for å avvise klagers tilbud etter forsyningsforskriften § 20-8 (2) bokstav b er klart oppfylt. Klagers tilbud lå utenfor budsjettrammene for to av tre delbudsjett og den samlede prisen for alle tre separate delområder lå over det samlede «red alert» nivået, samt at klagers siste tilbud var vesentlig høyere enn estimert kontraktsverdi kunngjort ved konkurransens oppstart. Det faktum at tre av fire tilbydere lå svært mye over innklagedes budsjett, kan ikke ha betydning for vurderingen av om det arbeidet innklagede har utført i budsjettarbeidet er faglig holdbart eller forsvarlig. Arbeidet med å fastsette budsjettene har tvert imot vært uvanlig grundig i denne konkurransen, både med gjennomført markedsdialog, innhenting av kostnadsinformasjon fra sammenlignbare konkurranser og gjennomføring av intern og ekstern kvalitetssikring først i 2016, så i 2018. Innklagede hadde derfor en klar hjemmel for å avvise klagers tilbud.
- (28) I alle tilfeller er ikke vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av nytt signalsystem for T-banesystemet i Oslo. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.I.5 estimert til 4,9 milliarder kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 73 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Evalueringsmodellen

- (30) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å foreta en ulovlig endring av evalueringsmodellen.
- (31) Spørsmålet om oppdragsgivers anledning til endring av evalueringsmodell er ikke direkte lovregulert. Borgarting lagmannsrett har i dom LB-2020-84478 uttalt følgende om det rettslige grunnlaget:

«Det følger av anskaffelsesforskriften § 14-1 tredje ledd bokstav d nr. 4 at oppdragsgiver plikter å utarbeide et konkurransegrunnlag der det blant annet skal opplyses om hvilke tildelingskriterier som gjelder. Oppdragsgiver har ikke plikt til å angi hvilken evalueringsmodell som skal brukes, og oppdragsgiver har et vidt skjønn ved valg av evalueringsmodell, jf. C-6/15 Dimarso avsnitt 24-30. Dersom det er opplyst at en bestemt evalueringsmodell skal benyttes, vil imidlertid oppdragsgiver være bundet av dette, jf. KOFA-2016-188»

- (32) Klagenemndas praksis har opprettholdt denne vurderingen, jf. bl.a. de forente sakene 2017/169 og 2017/176 avsnitt 34:

«Klagenemnda har i en rekke tidligere saker uttalt at dersom evalueringsmodellen er meddelt tilbyderne på forhånd, har ikke oppdragsgivere adgang til å endre denne, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2016/188 avsnitt 22 med videre henvisninger.(...) I lys av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, kan det forhold at modellen ikke var egnet vanskelig rettferdiggjøre at en forhåndsmeddelt modell ikke følges.»

- (33) Det er ikke omtvistet at innklagede endret prisevalueringsmodellen mellom første og andre tilbudsrunde, før tilbudene fra den andre tilbudsrunderen var åpnet, ved å gå fra å bruke median av tilbudspriser fra første tilbudsrunde til median av tilbudspriser i andre tilbudsrunde. Det er heller ikke omtvistet at konkurransegrunnlaget punkt 5.1.3. opplyser at tildelingskriteriet kostnad vil være basert på mediankostnad av tilbudene fra første tilbudsrunde, og at denne mediankostnaden ikke vil bli endret i løpet av konkurransen.
- (34) Klagenemnda finner det derfor klart at evalueringsmodellen ble endret i strid med anskaffelsesregelverket. Spørsmålet blir hvilken betydning bruddet har for den kunngjorte konkurransen.
- (35) Innklagede fremholder at evalueringsmodellen oppgitt i konkurransegrunnlaget var uegnet, og at innklagede derfor måtte ha rett til å endre denne. Etter innklagedes syn kunne man ikke forutse at tre av fire leverandører innga tilbud på nesten det dobbelte av kunngjort estimert kontraktsverdi.
- (36) Dersom en modell er uegnet er det klart at det ikke er mulig å basere en tildeling på denne modellen. Spørsmålet blir derfor om den opprinnelige evalueringsmodellen var uegnet.
- (37) Klagenemnda har tidligere slått fast at dersom evalueringsmodellen er gjort kjent i anskaffelsesdokumentene, vil terskelen for å sette denne til side som uegnet være meget høy. I klagenemndas sak 2020/296 avsnitt 47 fremgår følgende:

«Det følger av Dimarso-avgjørelsen premiss 27 at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å gjøre metoden for beregning av poeng kjent i anskaffelsesdokumentene, men metoden skal som utgangspunkt være fastsatt før tilbudene åpnes. Dersom oppdragsgiver gjør evalueringsmodellen kjent i anskaffelsesdokumentene, må leverandørene kunne innrette seg i tillit til at den fremgangsmåten som er beskrevet, faktisk blir fulgt. Terskelen for å sette en evalueringsmodell til side som uegnet, vil i slike tilfeller være meget høy.»

- (38) Som en følge av at tre av fire leverandører innga tilbud på nesten det dobbelte av den kunngjorte kontraktsverdien ble medianen så høy at evalueringsmodellen ikke klarte å gi uttelling for tilbudspriser lavere enn 4,645 milliarder kroner. Valgte leverandørs tilbud i andre tilbudsrunde var på 3,4 milliarder kroner, og også valgte leverandørs tilbud i første runde var markant under 4,645 milliarder kroner. Dette viser at den fastsatte evalueringsmodellen ikke var egnet til å vise de relative forskjellene i pris, og det var derfor ikke mulig å basere en tildeling i konkurransen på denne evalueringsmodellen.
- (39) Klagenemnda er etter dette kommet til at den fastsatte evalueringsmodellen var uegnet. Spørsmålet blir om dette medførte en plikt til å avlyse konkurransen, eller om innklagede hadde mulighet til å reparere ved å endre evalueringsmodell.

- (40) I tilfeller der prisevalueringsmodellen er fastsatt på forhånd er utgangspunktet at oppdragsgiver har en avlysningsplikt dersom fastsatt evalueringsmodell viser seg å være uegnet. En slik løsning følger forutsetningsvis av LB-2020-84478 og klagenemndspraksis gjengitt ovenfor i avsnittene 31 og 32.
- (41) I denne konkrete saken var medianen i den første tilbudsrunder så mye høyere enn innklagedes estimerte kontraktsverdi og laveste tilbud, at evalueringsmodellen viste seg å være uegnet. Innklagede har vist til EU-domstolens avgjørelse i sak C-331/04 *ATI*, og senere klagenemndspraksis, og anfører at det var adgang til å endre evalueringsmodellen fordi ATI-vilkårene er oppfylt.
- (42) I sak C-331/04, *ATI*, hadde oppdragsgiver fastsatt den innbyrdes vektingen av fem underkriterier til et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, men på et tidspunkt hvor tilbudenes innhold ikke var kjent. EU-domstolen uttalte at en slik etterfølgende vekting av underkriterier er tillatt, men at dette i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet (i norsk rett forutberegnelighet) bare er tillat dersom vektingen
- ikke endrer kriterierne for tildelingen av kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen
 - ikke inneholder forhold, som, hvis de hadde vært kjent på tidspunktet for forberedelsen av buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse
 - ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende.
- (43) Klagenemnda bemerker at sak C-331/04 *ATI* viser at oppdragsgiver, i enkelte tilfeller, kan spesifisere og konkretisere tildelingskriteriene etter tilbudsfristen. Disse ATI-vilkårene vil derfor ikke komme til anvendelse ved spørsmål om adgang til å endre en på forhånd fastsatt evalueringsmodell, som er noe annet enn konkretisering og spesifisering av tildelingskriterier.
- (44) I klagenemndas forente saker 2018/329, 340 og 341, gjennomførte innklagede en evaluering og tildeling som i etterkant ble endret ettersom den første evalueringen var foretatt i strid med regelverket. Klagenemndas flertall kom til at innklagede hadde adgang til å endre måten tilbudene ble evaluert på, og la riktignok til grunn at ATI-vilkårene, på mange måter, gir uttrykk for generelle prinsipper. Sakene skiller seg imidlertid fra denne konkrete saken ettersom evalueringsmetoden ikke var gjort kjent for leverandørene i konkurransegrunnlaget. I denne konkrete saken var evalueringsmetoden oppgitt i konkurransegrunnlaget, og det fremgikk også at medianen ikke ville bli endret i løpet av konkurransen. I tillegg til dette så har innklagede benyttet en evalueringsmodell som åpnet opp for taktisk prising fra leverandørens side. I et slikt tilfelle vil forutberegnelighetshensynet i enda større grad tilsi at evalueringsmodellen ikke kan endres.
- (45) Basert på avsnittet overfor har ikke klagenemndas forente saker tilstrekkelig overføringsverdi til denne konkrete saken. Klagenemnda bemerker også at i sak 2020-844, som innklagede viser til, kom klagenemnda til at en ikke hadde rettslige innvendinger til at oppdragsgiver ikke hadde dokumentert at tilbudskriterienes vekt ble endelig fastsatt før tilbudsåpning. Saken har dermed ikke overføringsverdi til denne saken.

- (46) Klagenemnda har etter dette kommet til at ATI-vilkårene ikke kommer til anvendelse. Ettersom evalueringsmodellen som var fastsatt i konkurransegrunnlaget var uegnet, og innklagede ikke lovlig kunne endre evalueringsmodellen, har klagenemnda kommet til at innklagede hadde en avlysningsplikt.

Avvisningen av klager

- (47) Som det fremgår nedenunder i avsnitt 61 så tar ikke klagenemnda stilling til spørsmålet om negativ kontraktsinteresse. Basert på partenes prosesskriv så vil klagenemnda likevel ta stilling til avvisningsspørsmålet, som er en del av vurderingen av om det er grunnlag for erstatning.
- (48) Det følger av forsyningsforskriften § 20-8 (2) bokstav d at oppdragsgiver «kan» avvise et tilbud som overstiger oppdragsgivers «budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen».
- (49) Klager har gjort gjeldende at det må innfortolkes et krav om at budsjettet må være synliggjort i konkurransegrunnlaget for at en overskridelse skal kunne gi rett til avvisning av et tilbud.
- (50) Bestemmelsens ordlyd er klar og oppstiller ikke et krav om at budsjettet må være synliggjort, men at budsjettet må være «dokumentert fastsatt». Klagenemnda har heller ikke funnet andre rettskilder som utvetydig åpner opp for å innfortolke et krav om at budsjettet skal være synliggjort.
- (51) Klagenemnda viser forøvrig til stornemndssak 2015/4 som gjaldt oppdragsgivers adgang til å gå fra en åpen anbudskonkurranse til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Spørsmålet var om tilbud som overskred innklagedes ikke-opplyste budsjett kunne anses som «uakseptable» tilbud. Saken ble avgjort etter forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (opphevet), men viser til gjeldende EU-direktiv 2014/24/EU, og anses derfor å ha overføringsverdi også til denne konkrete sak.
- (52) Klagenemnda kom frem til at det ikke var et krav om at budsjettet var synliggjort til leverandørene i konkurransegrunnlaget. Nemnda slo fast at kravet er at oppdragsgiver må fastsette og dokumentere budsjettet før iverksettelsen av konkurransen, og at budsjettet må være faglig holdbart og forsvarlig. I avsnitt 35 uttaler nemnda følgende:
- «Presiseringen av at budsjettet må være fastsatt og dokumentert før iverksettelsen av anskaffelsesprosedyren, er ment å sikre mot misbruk. I tillegg må det i medhold av kravene til gjennomsiktighet og likebehandling i loven § 5, og for å hindre omgåelse, kreves at budsjettet er forsvarlig fastsatt, jf. også NOU 1997:21, kapittel 22, "Til § 7-2". I motsetning til det klagenemnda har lagt til grunn i de to foregående sakene om problemstillingen, er det etter reguleringen i det nye direktivet 2014/24/EU, som er i tråd med EU-kommisjonens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i tidligere direktiver, ikke et krav om at konkrete budsjettbegrensninger er synliggjort overfor potensielle tilbydere.»*
- (53) Klagenemnda slutter seg til begrunnelsen gjengitt i avsnittet ovenfor. Nemnda mener at kravet om at et budsjett må være forsvarlig fastsatt i tillegg følger av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.

- (54) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke er et krav om at budsjettet er synliggjort til leverandørene i konkurransegrunnlaget, men at innklagede må fastsette og dokumentere budsjettet før iverksettelsen av konkurransen, og at budsjettet må være faglig holdbart og forsvarlig.
- (55) Det er ikke omtvistet at budsjettet er dokumentert og fastsatt før iverksettelsen av konkurransen. Spørsmålet blir derfor om innklagede budsjett var faglig holdbart og forsvarlig fastsatt før iverksettelsen av anskaffelsesprosedyren.
- (56) Ved denne vurderingen har klager vist til at tre av fire tilbud var markant høyere enn tilbudet fra valgte leverandør – som også var leverandør av T-banemateriell. Klagenemnda er enig i at dette er forhold som kan være egnet til å belyse hvorvidt budsjettet var forsvarlig. Det må likevel forventes at leverandører, i en konkurranse med forhandling, ønsker å ha mulighet til å nedjustere prisene sine i en forhandlingsrunde. Det må derfor kunne forventes at prisene i første tilbudsrunde ikke nødvendigvis er uttrykk for det som er leverandørens beste pristilbud, eller markedspris. I tillegg til dette så bemerker klagenemnda at både valgte leverandør og Thales' evalueringspris i andre tilbudsrunde var innenfor innklagedes delbudsjetter og de samlede budsjettallene.
- (57) Innklagede har redegjort for en omfattende planlegging av anskaffelsen fra 2013, blant annet i form av markedsundersøkelser. I disse markedsundersøkelsene har også klager deltatt. Innklagede opplyser at klager i markedsundersøkelse har oppgitt prisestimer som er langt lavere enn prisene i de inngitte tilbudene, også hensyntatt senere prisstigning. Budsjettet var også omfattet av statens prosjektmodell for store investeringer, som i seg selv stiller krav til metodikk og kvalitet. Et av kravene i prosjektmodellen er at prosjektene skal gjennomgå en ekstern kvalitetssikring, og en slik kvalitetssikring ble gjennomført i 2016 og 2018. Resultatet var at detaljeringsnivået i kostnadsdokumentasjonen var hensiktsmessig, at kalkylen var godt strukturert, og at estimeringsprosessen fulgte god estimeringsskikk.
- (58) Etter klagenemndas oppfatning viser momentene i avsnittet ovenfor at innklagede har gjort et omfattende arbeid med å fastsette anskaffelsens budsjett. Det er grunn til å tro at kvalitetssikringen som ble gjort i 2016 og 2018, kombinert med markedsundersøkelsene og øvrig budsjettarbeid, gjorde at budsjettet var faglig holdbart og forsvarlig fastsatt før konkurransen i 2019. Denne konkurransen ble imidlertid avlyst, og kunngjort på nytt i april 2020. Det var da gått fire og to år siden første og siste kvalitetssikring ble gjennomført. I tiden som har gått mellom avlysningen, og den nye kunngjøringen, så har ikke innklagede oppjustert eller endret budsjettet. Etter klagenemndas oppfatning så er denne tidsperioden i seg selv svært lang. Dette kombinert med at anskaffelsen skjer i en bransje preget av rask teknologisk utvikling med stadig nye løsninger på markedet, noe som også naturlig påvirker prisnivået, gjør at klagenemnda er kommet til at innklagedes budsjett ikke var faglig holdbart og forsvarlig fastsatt før iverksettelsen av anskaffelsen i april 2020.
- (59) Klagenemnda bemerker imidlertid at avsnittet ovenfor ikke innebærer at klagenemnda har tatt stilling til hva som er riktig nivå på budsjettet, men at innklagede ikke har overholdt kravet om at budsjettet må være faglig holdbart og forsvarlig fastsatt. Dette har som konsekvens at innklagede ikke hadde adgang til å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-8 (2) bokstav d

- (60) Ettersom klagenemnda har kommet frem til at innklagedes budsjett ikke var faglig holdbart og forsvarlig fastsatt, så vil ikke anførsel om avvsningsadgang på bakgrunn av overskredet delbudsjett bli behandlet.

Negativ kontraktsinteresse

- (61) Klager har bedt klagenemnda om å ta stilling til hvorvidt vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt. I tråd med klagenemndas praksis vil ikke spørsmål om erstatning bli behandlet. Det vises her til at klagenemnda kun har en rett, men ingen plikt, til å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt jf. klagenemndsforakriften § 12 (2).
- (62) Bruddene som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal tilbakebetales jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Sporveien AS har brutt regelverket ved å endre evalueringsmodell etter at tilbudene i første tilbudsrunde var åpnet. Sporveien AS hadde en avlysningsplikt som en følge av at evalueringsmodellen var uegnet, og ikke lovlig kunne endres.

Sporveien AS hadde ikke adgang til å avvise Alstom Transport SA sitt tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk