



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Endring av konkurransegrunnlag. Veiledningsplikt.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av vedlikehold av tog på Østlandet. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde vesentlig endret konkurransegrunnlaget ved å innføre en opsjon om vedlikehold av ytterligere tog før tilbudsfristen. Nemnda fant heller ikke at en endring i det vedlagte avtaleutkastets ansvarsbegrensning under forhandlingene var en vesentlig endring. Klagers øvrige anførsler førte heller ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 19. februar 2024 i sak 2023/0744

**Klager:** Mantena AS

**Innklaget:** Vygruppen AS

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Elisabeth Wiik, Christina Paludan Melson og Bjørn Berg.

#### Bakgrunn:

- (1) Vygruppen AS (heretter *innklagede*) offentliggjorde 12. september 2022 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av vedlikehold av kjøretøy på Østlandet. Evalueringsprisen for valgte leverandør i konkurransen var 4 904 016 685 kroner.
- (2) Anskaffelsen pågikk parallelt med at innklagede ga tilbud til Jernbanedirektoratet om drift av persontrafikk med tog på Østlandet (trafikkavtalene), der innklagede måtte inkludere priser for vedlikehold. Det var derfor nødvendig for innklagede å gjennomføre en egen anskaffelse for vedlikeholdsavtalen.
- (3) Innklagedes anskaffelse av vedlikehold ble gjennomført som en konkurranse med forhandling etter forsyningsforskriften § 9-1 første ledd jf. § 19-7.
- (4) Innklagede brukte kvalifikasjonsordningen TransQ med varekode 5.1.1 – Vedlikehold av rullende materiell. Kvalifikasjonsordningen omfattet 16 leverandører som oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransen. Innklagede sendte 12. september 2022 ut invitasjon til samtlige av disse leverandørene om å melde interesse.
- (5) Det fremgikk av invitasjonen at:

*«Anskaffelsen omfatter vedlikeholdstjenester på Kjøretøy som omfattes av trafikkavtalene Østlandet 1 og Østlandet 2 og er en Fullserviceleveranse for vedlikehold. Anskaffelsens omfang er nærmere beskrevet i konkurransedokumentene.*

*Dette innebærer at Leverandøren skal tilby en Fullserviceleveranse av vedlikehold, slik definert i Vedlegg Vy-A Leveransebeskrivelsen.*

#### Postadresse:

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

#### Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

*Aktuelle baser som legges til grunn for utførelse av Leveransen i Østlandet 1 omfatter Lodalen med opsjon på Filipstad og Sundland, og Skien og Sundland for Østlandet 2.*

*Det stilles krav til at Leverandøren i hele Driftsfasen har ECM F4 sertifisering.*

*Jernbanedirektoratet har foreløpig ikke valgt hvilken togoperatør som skal kjøre hhv. Østlandet 1 og Østlandet 2. Vygruppen må derfor planlegge for tre mulige alternativer:*

- Alternativ 1: Østlandet 1 - Fullservice vedlikehold av Kjøretøy som inngår i Østlandet 1.*
- Alternativ 2: Østlandet 2 - Fullservice vedlikehold av Kjøretøy som inngår i Østlandet 2.*
- Alternativ 3: Østlandet 1 og 2: Fullservice vedlikehold av Kjøretøy som inngår i Østlandet 1 og Østlandet 2*

*Leverandørene må levere inn forpliktende tilbud på alle alternativene.».*

- (6) Konkurranses grunnlaget ble fortløpende fra og med 13. september 2022 sendt til de leverandører i kvalifikasjonsordningen som meldte interesse til å delta i konkurransen.
- (7) Det fremgikk av konkurranses grunnlaget punkt 5.1 at kontrakten skulle tildeles utfra kriteriene «[k]ostnad» og «[k]valitet på løsningsforslag». Disse tildelingskriteriene var vektet henholdsvis 60 og 40 prosent. Under dokumentasjonskravet til kostnadskriteriet fremgikk det at «[t]imepriser, opsjoner og terskelverdier vil bli evaluert basert på et estimert omfang og sannsynlighet for at opsjonen vil bli utøvd».
- (8) I konkurranses grunnlaget punkt 1.12 skrev innklagede at «[o]ppdragsgiver forbeholder seg også retten til å etter tildeling gjøre endringer og justeringer i Avtalen, blant annet som følge av endringer i pakkene for Østlandet 1 og Østlandet 2». I punkt 2.1.2 ble det tatt ytterligere forbehold om at innklagede hadde rett til å «foreta rettelser, suppleringer eller endringer i konkurranses grunnlaget». Det ble presisert at slike endringer ville «bli sendt umiddelbart og samtidig til alle som har mottatt konkurranses grunnlaget».
- (9) Frist for å melde interesse og få tilsendt konkurranses grunnlaget var 19. september 2022. Den opprinnelige tilbudsfristen var 7. oktober 2022, men ble den 16. september forlenget til 14. oktober 2022.
- (10) Den 27. september 2022, altså før utløp av tilbudsfristen, ble en opsjon lagt til oppdraget som følge av at innklagede hadde fått beskjed fra Jernbanedirektoratet om at innklagede også skulle drifte 14 tog på togforbindelsen til og fra Gardemoen. Opsjon 03-6 lød som følger:

*«Fullserviceleveranse av kjøretøy Type 74/75 fra februar 2028 og ut avtaleperioden. Norske tog vil stille til disposisjon inntil 14 togsett av Type 74/75 for trafikk på R-tog Drammen - Oslo Lufthavn og Stabekk/Oslo S - Oslo Lufthavn.»*

- (11) I konkurransen var det fem leverandører som hadde meldt interesse og fikk oversendt konkurranses grunnlaget. Av disse var det bare Mantena AS (heretter *klager*) og Stadler AS (heretter *valgte leverandør*) som valgte å inngi tilbud innen tilbudsfristen.

- (12) Etter første tilbudsfrist ble det over en periode på om lag seks måneder gjennomført fem forhandlingsrunder, hvor det ble avholdt forhandlingsmøter og leverandørene fikk anledning til å inngi reviderte tilbud. Gjennom forhandlingene fikk både klager og valgte leverandør tilbakemeldinger fra innklagede.
- (13) I konkurransedokumentene som ble sendt til interesserte leverandører ble også et utkast til vedlikeholdsavtalen vedlagt. Det fremgikk blant annet av punkt 14.2.7 «Erstatning» at:
- «Uansett hva som ellers angis i denne Avtalen skal Leverandørens samlede erstatning per kalenderår være begrenset til 100 % av Avtalens samlede årlige vederlag eksklusiv merverdiavgift.*
- Eventuelt ansvar i henhold til punkt 15.8 og malus i henhold til punkt 14.2.4 jf. vedlegg Vy-B punkt 9.4 er ikke omfattet av begrensningen i dette punkt.*
- Har Leverandøren eller noen denne svarer for har utvist forsett eller grov uaktsomhet, gjelder ikke ansvarsbegrensningene ovenfor».*
- (14) Under forhandlingene reviderte innklagede avtaleutkastet for begge leverandører, og det fjerde avsnittet i revidert punkt 14.2.7 Erstatning lød slik:
- «Uansett hva som ellers angis i denne Avtalen skal Leverandørens samlede erstatning per kalenderår være begrenset til ~~100%~~ 30 % av Avtalens samlede årlige vederlag eksklusiv merverdiavgift.»*
- (15) Frist for innlevering av endelig tilbud var 21. april 2023.
- (16) Innklagede orienterte i brev 5. juli 2023 at valgte leverandør ville bli tildelt kontrakten. Valgte leverandør hadde fått 4 poeng for kvalitet og 5,89 for kostnad, som utgjorde en samlet sum på 9,89. Klager hadde fått 3,22 poeng for kvalitet og 6 poeng for kostnad, som utgjorde en sum på 9,22.
- (17) Etter tildelingen ble det avholdt et møte med representanter fra klager og innklagede den 10. juli 2023. Innklagede sendte en utvidet begrunnelse for tildelingen 24. juli 2023. Klager påklaget tildelingen til innklagede 4. august 2023 og innklagede meddelte den 22. august 2023 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (18) Klager begjærte innsyn i en rekke dokumenter, inkludert evalueringsmatrisen. Innsynsbegjæringen i evalueringsmatrisen ble avslått av innklagede, og avslaget ble opprettholdt av samferdselsdepartementet. I forbindelse med innsynsbegjæringene, ble klager tilsendt en sladdet versjon av valgte leverandørs forbeholdskjema som var en del av valgte leverandørs tilbud. Grunnet en teknisk feil ved sladdingen fikk klager likevel tilgang til de sladdede opplysningene. Dokumentet i sin helhet ble fremlagt som et vedlegg til klagen.
- (19) Klager og innklagede har vært uenige om dokumentet inneholder taushetsbelagte opplysninger. Den 24. oktober 2023 avsa Oslo tingrett kjennelse om at dokumentet ikke kunne føres som bevis i tvisten om midlertidig forføyning av vedlikeholdsavtalen mellom partene. Avgjørelsen om å avskjære dokumentet som bevis ble opprettholdt av Borgarting lagmannsrett den 7. november 2023. På bakgrunn av avgjørelsene i domstolene, ser derfor også nemnda bort fra det nevnte dokumentet med valgte leverandørs forbeholdskjema.

For ordens skyld nevnes også at det var nemndas sekretariat som mottok oversendelsen av klagen, og at vedlegget ikke er blitt fremlagt eller gjort tilgjengelig for nemndas medlemmer.

- (20) Klager begjærte også midlertidig forføyning i saken, som ikke ble tatt til følge av Oslo tingrett i kjennelse 22. november 2023. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 23. november 2023.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2024.

### **Anførsler:**

#### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (22) Innklagede har gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget ved å tilføye opsjon 03-6. Denne opsjonen øker kontraktsverdien med ca. 14 prosent, noe som må anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang.
- (23) Innklagede har gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget ved å begrense klausulen om erstatningsansvar fra 100 til 30 prosent av samlet årlig vederlag. Klager anfører at taket nå vil utgjøre et beløp som er vesentlig lavere enn det opprinnelige beløpet og vil derfor utgjøre en vesentlig endring. I forbindelse med dette har innklagede også begått brudd på det grunnleggende kravet til likebehandling ved at denne vesentlige endringen skjedde på oppfordring fra valgte leverandør.
- (24) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at leverandørenes forbehold og avvik ikke er behandlet på lovlig måte. Valgte leverandør har tatt forbehold fra krav til vedlikeholdsintervaller slik at det valgte tilbudet avviker fra konkurransedokumentene.
- (25) Innklagede har brutt regelverkets grunnleggende krav ved å unnlate å evaluere samtlige priselementer i tilbudene. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget, som må forstås slik at det var opsjoner som kunne sannsynlighetsjusteres. Det var dermed feil å se helt bort fra enkelte prisposter i vurderingen, under henvisning til at prisene for produksjon utover terskelverdiene kunne sannsynlighetsjusteres.
- (26) Innklagede har brutt veiledningsplikten ved at det i løpet av forhandlingene ikke ble gitt tilstrekkelig tilbakemelding til klager om forbedringspotensial knyttet til tildelingskriteriene med underkriterier. Valgte leverandør fikk mer utfyllende tilbakemelding enn klager.
- (27) Nemnda bes om å ta stilling til vilkårene for erstatning jf. klagenemndsforordningen § 12.

#### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (28) Det foreligger ikke vesentlig endring av konkurransegrunnlaget som følge av at opsjon 3-6 ble lagt til avtalen. Karakteren av leveransen er ikke endret på noen måte. Den eneste forskjellen er at det er 213 kjøretøy som skal vedlikeholdes, sammenlignet med 199 kjøretøy uten opsjonen. Opsjonen har ikke hatt til følge at konkurransen ville blitt relevant for et nytt leverandørmarked. Det vises også til at kontrakten er kompleks, og at det derfor gjelder en høyere terskel for hva som anses som en vesentlig endring. Innføringen av opsjonen har derfor ikke hatt noen innvirkning på deltakelse i konkurransen.

- (29) Konkurranses grunnlaget er ikke vesentlig endret som følge av at ansvarsbegrensning for leverandørens ansvar i vedlikeholdsavtalen punkt 14.2.7, ble endret fra 100 prosent til 30 prosent av vedlikeholdsavtalens samlede årlige vederlag.
- (30) Heller ikke denne endringen tilsier en endring i ytelsens karakter, og påvirker ikke det aktuelle leverandørmarkedet. I tillegg vises det til at konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling. Dette taler for at en leverandør ikke ville valgt å avstå fra å levere tilbud som følge av en ansvarsbegrensning i kontrakten, ettersom det kunne være mulig å forhandle med oppdragsgiver om et lavere erstatningsansvar.
- (31) Endringen har heller ikke påvirket utfallet av konkurransen. Endringen gjaldt både for klager og valgte leverandør, og begge fikk vite om endringen den 16. november 2022. Endringen var et utslag av tilbakemeldingene fra begge leverandører, og ikke initiert av valgte leverandør alene. Det foreligger derfor under enhver omstendighet ikke brudd på likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4.
- (32) Det foreligger ikke urettmessig behandling av leverandørenes forbehold og avvik i konkurransen. Valgte leverandørs tilbud avviker ikke fra konkurranses grunnlaget.
- (33) Det foreligger ikke brudd på regelverket ved at innklagede har unnlatt å vurdere samtlige priselementer i vurderingen. Konkurranses grunnlaget må forstås slik at det gir rom for en sannsynlighetsjustering av tilbudte priser for terskelverdien.
- (34) Innklagede har ikke brutt sin veiledningsplikt under forhandlingene.
- (35) Vilkårene for erstatning er ikke oppfylt.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av avtale om vedlikehold av kjøretøy Østlandet, som er en tjenesteanskaffelse. Evalueringsprisen for valgte leverandør i konkurransen var 4 904 016 685 kroner. 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. forskriftens §§ 5-1 og 5-2.

#### *Endringer i konkurranses grunnlaget*

- (37) Klagenemnda tar først stilling til om det har skjedd vesentlige endringer i konkurranses grunnlaget ved at opsjon 3-6 ble lagt til avtalen før tilbudsfristens utløp.
- (38) Det følger av forsyningsforskriften § 10-2 første ledd at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan gjøre endringer som «ikke er vesentlige».
- (39) Det fremgår ikke tydelig av bestemmelsen om «før tilbudsfristen» i en konkurranse med forhandling bare sikter til tilbudsfristen for levering av opprinnelig tilbud, eller om bestemmelsen også gjelder etterfølgende frister for levering av reviderte tilbud. Lagmannsretten antar i LB-2016-35199 at bestemmelsen tar sikte på fristen for levering av det opprinnelige tilbudet. Lagmannsretten uttaler samtidig at det uansett også vil være adgang til å gjøre endringer i konkurranses grunnlaget under forhandlingene og at terskelen også her går ved vesentlige endringer.

- (40) Klagenemnda viser også til at det følger av anskaffelsesforskriften § 23-7 tredje ledd at det også kan gjøres endringer i konkurransegrunnlaget i forhandlingsfasen. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2020/312 hvor det slås fast at tilsvarende må gjelde for anskaffelser som følger forsyningsforskriften, selv om det ikke fremgår uttrykkelig av den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsforskriften § 19-7.
- (41) Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. Forsyningsdirektivets forale punkt 90 sier følgende om adgangen til å foreta endringer i konkurransegrunnlaget: *«It should also be specified that, in that case, significant changes should be understood as covering changes, in particular to the technical specifications, in respect of which economic operators would need additional time in order to understand and respond appropriately. It should, however, be clarified that such changes should not be so substantial that the admission of candidates other than those initially selected would have been allowed for or additional participants in the procurement procedure would have been attracted. That could, in particular, be the case where the changes render the contract or the framework agreement materially different in character from the one initially set out in the procurement documents».*
- (42) Dette er også i tråd med EU-domstolens uttalelser i sak C-298/15 (Borta) premiss 70 flg. om at oppdragsgiver *«cannot, in principle, during an award procedure, amend the scope of the essential conditions of the contract, which include the technical specifications and the award criteria, and on which the economic operators concerned have legitimately relied in order to take the decision to prepare the submission of a tender, or to the contrary to decide not to participate in the award procedure for the contract concerned».* Domstolen la til grunn at oppdragsgiver kan korrigere og presisere opplysningene i konkurransegrunnlaget dersom dette er nødvendig, og at andre endringer kan være tillatt om de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i konkurransen.
- (43) Også i norsk rett er det lagt til grunn at en endring som utgangspunkt vil være ulovlig om endringen har som konsekvens at andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, se for eksempel NOU 2014: 4 punkt 19.5.1 og klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1600 avsnitt (38) flg. og i sak 2022/702 avsnitt (33) flg.
- (44) Det sentrale vurderingstema blir altså om endringen påvirker deltakerinteressen, uavhengig av om endringen i en konkurranse med forhandling skjer før eller etter tilbudsfristen for innlevering av det opprinnelige tilbudet.
- (45) Også hensynet til leverandørene som deltar i konkurransen kan få betydning. Slike leverandører vil imidlertid i en konkurranse med forhandling ha mulighet til å tilpasse seg endringene og hensynta disse i sitt (reviderte) tilbud. Her vil en endring således typisk kunne være vesentlig der endringen skjer for å tilpasse konkurransen til en bestemt leverandør.
- (46) Både klager og innklagede har vist til reglene i forsyningsforskriften kapittel 24 om endringer i en eksisterende kontrakt. Disse bestemmelsene får imidlertid ikke direkte anvendelse på endringer i konkurransegrunnlaget og kan ikke uten videre legges til grunn.

*Inkludering av opsjon 3-6*

- (47) Når det gjelder opsjon 3-6 som ble lagt til avtalen før tilbudsfristens utløp, er det sentrale spørsmålet i denne saken derfor om dette er en endring av en slik art, at dersom opsjonen fremgikk av det opprinnelige konkurransegrunnlaget, så ville den kunne hatt innvirkning på hvem som kunne tenke seg å delta i konkurransen.
- (48) Innklagede har opplyst at opsjon 03-6 gjelder vedlikehold av 14 ytterligere kjøretøy av type 74/75 fra februar 2028 og ut avtaleperioden. Årsaken til at dette ikke var tatt med i det opprinnelige konkurransedokumentene, var at det ikke enda var klarlagt om innklagede skulle overta denne togstrekningen. Den 26. september 2022 fikk innklagede bekreftelse fra Jernbanedirektoratet og en oppdatert leveransebeskrivelse som inkluderte opsjonen ble sendt til leverandørene 27. september 2022.
- (49) Innklagede har vist til at opsjonen utgjør om lag 14 prosent av den totale kontraktsverdien, og anfører at dette er en begrenset økning av konkurransens volum, og at dette gjelder samme type ytelse som allerede skulle leveres etter avtalen. Klager på sin side har vist til at etter klagers beregninger har opsjonen en tilnærmet minsteverdi på 700 millioner kroner per kalenderår opsjonen gjelder, og klager har anført at beløpet er betydelig og vesentlig.
- (50) Den aktuelle opsjonen gjaldt typer av tog som allerede var en del av konkurransen, slik at vedlikehold av denne typen tog allerede var med i avtalen fra utlysningen. Klagenemnda mener derfor at opsjonen kun utgjør en økning av omfanget av det som skal leveres, og ikke en endring av arten av leveransen. Arten av opsjonen anses derfor å være lik som øvrige deler av avtalen. Avtalen som opprinnelig ble kunngjort var omfattende, og innebar mange delelementer og tog som skulle vedlikeholdes. Selv om 700 millioner kroner utgjør et betydelig beløp, må dette ses i sammenheng med omfanget av den opprinnelige avtalen.
- (51) I denne saken er det videre sentralt at konkurransen ble gjennomført med en kvalifikasjonsordning, der leverandører som var kvalifiserte ble invitert til å melde interesse. Bare de leverandører som meldte sin interesse fikk oversendt konkurransegrunnlaget. Slik Klagenemnda forstår det, inneholdt invitasjonen ikke detaljerte opplysninger om omfanget av anskaffelsen.
- (52) Av de 16 leverandørene som ble invitert, var det fem som meldte interesse og fikk oversendt konkurransegrunnlaget. Det var kun to som til slutt innga tilbud.
- (53) Når det gjelder de 11 leverandørene som ikke var interesserte i å delta og som derfor ikke mottok konkurransegrunnlaget, kan Klagenemnda ikke se at det kan ha påvirket deres interesse for å delta at det etterfølgende ble tatt inn en ny opsjon.
- (54) Når det gjelder de tre leverandørene som mottok konkurransegrunnlaget, men som besluttet å ikke inngå tilbud, var det ingen av disse som i sin begrunnelse for hvorfor de ikke inngav tilbud viste til at opsjonen ble tatt med. De viste derimot til ulike begrunnelser, herunder knyttet til det korte tidsperspektivet, manglende oversikt over priser og vedlikeholdshistorikk, manglende kapasitet i Norge og eksisterende leverandørs konkurransefordel. Det er derfor klagenemndas syn at opsjonen heller ikke hadde innvirkning på deltakerinteressen blant disse leverandørene.

- (55) Nemnda viser for øvrig også til at det i konkurransegrunnlaget punkt 1.12 var tatt forbehold om endringer som tilsa at det endelige omfanget av konkurransen ikke var helt fastsatt og var avhengig av Jernbanedirektoratets tildeling.
- (56) Når det gjelder de to leverandørene som innga tilbud, kan klagenemnda heller ikke se at inkludering av opsjonen er i strid med likebehandlingsprinsippet. Opsjonen ble inntatt som følge av endringer i trafikkpakkene, og nemnda kan ikke se at endringen er gjort for å tilgodese valgte leverandør. Etter nemndas syn er begge partene blitt likebehandlet, ved at opsjonen ble inntatt samtidig for leverandørene og før tilbudsfristen slik at leverandørene hadde lik adgang til å tilpasse sine tilbud. På tidspunktet opsjonen ble inntatt var det også tilstrekkelig tid før tilbudsfristen til å tilpasse tilbudene. Videre vises det til, som nevnt over, at opsjonen gjaldt togtyper som allerede var inntatt i avtalen. Nemnda kan derfor ikke se at noen av partene hadde noe særlig fordel eller ulempe av at opsjonen ble inntatt.
- (57) På bakgrunn av dette finner klagenemnda at det å legge til opsjon 03-6 i anskaffelsen den 27. september 2022 ikke utgjorde en vesentlig endring, jf. forsyningsforskriften § 10-2 første ledd.

#### *Endring av ansvarsbegrensningen*

- (58) Klagenemnda behandler i det videre spørsmålet om endringen i ansvarsbegrensningen i vedlikeholdsavtalen punkt 14.2.7 fra 100 prosent til 30 prosent av vedlikeholdsavtalens samlede årlige vederlag må anses som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Denne endringen ble foretatt senere i anskaffelsesprosessen, etter første tilbudsfrist under forhandlingene.
- (59) Klagenemnda vurderer først om endringen i ansvarsbegrensningen kunne ha påvirket deltakerinteressen i konkurransen. Nemnda viser igjen til at det bare var de leverandørene som meldte sin interesse, som mottok konkurransegrunnlaget. Invitasjonen inneholdt ingen opplysninger om erstatningsansvar og ansvarsbegrensninger. Når det gjelder de 11 leverandørene som ikke meldte sin interesse, mener Klagenemnda derfor tilsvarende at denne endringen ikke har påvirket deres interesse i å delta.
- (60) Når det gjelder de leverandørene som mottok konkurransegrunnlaget, men som valgte å ikke inngi tilbud, viser Klagenemnda også her til at de begrunnet dette med andre omstendigheter. Nemnda kan ikke se at noen av disse viste til at den opprinnelige regulering av erstatningsansvar og ansvarsbegrensning som grunnlag for å ikke delta i konkurransen. Nemnda finner derfor ikke sannsynliggjort at endringen i ansvarsbegrensningen i vedlikeholdsavtales punk 14.2.7 påvirket deres deltakerinteresse.
- (61) Klager har anført at leverandørene som deltok i konkurransen ikke ble likebehandlet som følge av at ansvarsbegrensningen ble endret. Klagenemnda viser til at endringen ble gjort gjeldende for begge de aktuelle leverandørene samtidig og at begge parter hadde lik mulighet til å justere sine tilbud med tanke på ansvarsbegrensningen, før de innga endelig tilbud. Nemnda finner det ikke for øvrig sannsynliggjort at endringen er gjort for å tilpasse kontrakten særlig til valgte leverandør.
- (62) Klagenemnda finner derfor at det ikke er sannsynliggjort verken at deltakerinteressen har blitt påvirket eller at endringene for øvrig har skjedd i strid med likebehandlingsprinsippet. På bakgrunn av dette finner nemnda at endringen i



ansvarsbegrensningen i vedlikeholdsavtales punk 14.2.7 ikke utgjør en vesentlig endring. Endringen utgjør derfor ikke et brudd på regelverket.

#### *Behandling av avvik i valgte leverandørs tilbud*

- (63) Når det gjelder klagers anførsler knyttet til behandlingen av valgte leverandørs avvik, viser innklagede til at begge leverandørene innga forpliktende tilbud som innebærer at de må følge det eksisterende vedlikeholdsprogrammet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har videre opplyst at valgte leverandør, når det gjelder vedlikeholdsintervaller, utelukkende har varslet at de vil foreslå forbedringer av vedlikeholdsprogrammet. Leverandørene har etter kontrakten anledning til å foreslå slike forbedringer, men har ikke krav på å få dem godkjent.
- (64) Valgte leverandørs forbeholdsskjema er imidlertid taushetsbelagt og holdt utenfor saken. Nemnda nøyter seg derfor med å kommentere at dersom innklagede kan kreve oppfyllelse i tråd med konkurransegrunnlaget, vil det ikke utgjøre et avvik, og at klagenemnda ikke kan se at det er sannsynliggjort noe annet enn at begge leverandørene forpliktet seg til konkurransegrunnlagets vedlikeholdsprogram.

#### *Unnlatt prising av samtlige priselementer*

- (65) Leverandøren skulle i tilbudet blant annet gi pris per kr/km, basert på budsjett-km/år, jf. vedlegg Vy-B *Vederlag og økonomiske forhold* til konkurransegrunnlaget. Den oppgitte prisen gjelder for +/- 10 prosent av angitt km-løp. Leverandørene skulle videre angi terskelverdier og pris for disse for økt eller redusert km-løp utover +/- 10 prosent, jf. vedlegg Vy-B *Terskelverdier*.
- (66) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 fremgår det at «*[t]imepriser, opsjoner og terskelverdier vil bli evaluert basert på et estimert omfang og sannsynlighet for at opsjonen vil bli utøvd.*». Klager og innklagede er uenig om dette skal forstås slik at det kun er opsjoner som kan sannsynlighetsjusteres, eller om det også gjelder priser for terskelverdiene.
- (67) Innklagede har vist til at formuleringen «*estimert omfang*» i relasjon til terskelverdiene må forstås slik at oppdragsgiver må gjøre en vurdering av hva som vil bli sannsynlig omfang, dvs. av hva som blir en sannsynlig produksjon utover +/- 10 prosent. Innklagede har her ikke identifisert noen rimelige og sannsynlige scenarioer hvor produksjonen kunne gå over eller under denne terskelen, slik at estimert omfang for produksjon utover +/- 10 prosent er vurdert som null.
- (68) Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot en slik fremgangsmåte. Det fremgår av oppramsingen «*[t]imepriser, opsjoner og terskelverdier*» at alle disse tre elementene ville bli evaluert utfra et estimert omfang. Det er derfor nemndas syn at konkurransegrunnlaget åpner for at estimatet knyttet til produksjon utover terskelverdiene ville baseres på hva som utgjør sannsynlig produksjon. Nemnda finner derfor at det ikke var i strid med prinsippet om forutberegnelighet at innklagede unnlot å evaluere priser for produksjon utover terskelverdiene.

#### *Veiledningsplikt under forhandlingene*

- (69) Klager anfører at innklagede har brutt sin plikt til å veilede klager underveis i forhandlingsfasen. Klager fremholder at innklagede har gitt mer informasjon til valgte leverandør om at pris ville bli avgjørende, enn de har gjort til klager.
- (70) Likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4, innebærer at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiveren kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen av leverandørene en fordel fremfor andre.
- (71) I denne saken ble det gjennomført like mange forhandlingsmøter med begge leverandører. Det ble gjennomført forhandlingsmøter med klager 18. oktober 2022, 10. november 2022, 10. januar 2023 og 31. mars 2023. Det ble gjennomført forhandlingsmøter med valgte leverandør 18. oktober 2022, 11. november 2022, 13. januar 2023 og 31. mars 2023. Videre ble det også gitt skriftlig tilbakemeldinger til begge parter. Som følge av taushetsbelagte forretningshemmeligheter er deler av referatene fra møtene med valgte leverandør og hele den skriftlige tilbakemeldingen fra valgte leverandør sladdet. Utfra referatene er det ikke grunnlag for å si at leverandørene ikke ble likebehandlet på disse møtene, da de fremstår relativt like. Det er ikke grunnlag for å si noe om innholdet i de skriftlige tilbakemeldingene da hele teksten er sladdet. Slik saken er opplyst, kan ikke nemnda se at det er tilstrekkelig grunnlag som sannsynliggjør brudd på veiledningsplikten under forhandlingsmøtene med klager og valgte leverandør.

**Konklusjon:**

Vygruppen AS har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke tildele kontrakten til Mantena AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*