



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, Tildelingskriterium

Bane NOR SF gjennomførte en minikonkurranse for signalfaglige arbeider under en parallell rammeavtale for jernbanetekniske entrepriser. Klagenemnda kom til at avropsmekanismen i rammeavtalen var lovlig, men at et tildelingskriterium i minikonkurransen var ulovlig. Bane NOR SF hadde dermed brutt anskaffelsesregelverket ved tildelingen av avropet.

Klagenemndas avgjørelse 28. november 2024 i sak 2024/851

Klager: Rail Infrastructure AS

Innklaget: Bane NOR SF

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bane NOR SF (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. juli 2021 en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for jernbanetekniske entrepriser. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til en årlig sum på 300 til 450 millioner kroner per år. Rammeavtalene skulle ha en varighet på to år, med opsjoner på ytterligere 2+2+2 år. Tilbudsfristen var 30. september 2021.
- (2) Innen tilbudsfristen hadde blant annet leverandøren Rail Infrastructure AS (heretter *klager*) og Baneservice AS (heretter *valgte leverandør*) inngitt tilbud. Tildelingskriteriene i konkurransen om parallelle rammeavtaler var «*Evaluert totalpris*» vektet 70 prosent, «*Oppdragsforståelse*» vektet 10 prosent, «*Tilbudt organisasjon og personell*» vektet 15 prosent, og «*Ivaretagelse av HMS-K*» vektet 5 prosent.
- (3) For å evaluere pris skulle leverandørene gi priser for «*sonen(e)*» leverandørene ønsket å inngå kontrakt, og «*de(n) faggruppen(ne)*» leverandørene ønsker å inngå kontrakt for. Priser skulle oppgis i henhold til et vedlegg som blant annet etterspurte timepriser for tilbudt personell, eksempelvis «*Prosjektleder*», «*Stikningsingeniør*», «*Ingeniør*», «*Sivilingeniør*», og ulike fagarbeidere m.m. Etter gjennomført konkurranse ble klager og valgte leverandør tildelt parallelle rammeavtaler, i tillegg til 17 andre leverandører fordelt på ulike fagområder. Rammeavtalene ble inngått i 2022.
- (4) I rammeavtalens kapittel D1 «*Orientering om rammeavtalen*» punkt syv under tittelen «*Rammer og prosedyrer for avrop*», hadde innklagede fastslått følgende om avropsmekanismen for tildeling av kontrakter under rammeavtalen:

«Byggherren vil i hvert enkelt tilfelle velge hvilken prosedyre som er mest hensiktsmessig å benytte, enten som direkte avrop etter rangering, eller avrop etter minikonkurranse

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Minikonkurranse kan gjennomføres for alle avrop, uavhengig av estimert verdi av arbeidet, begrenset oppad til EØS terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter.

Rammer og prosedyrer for avrop som gitt i dette punkt, gjelder ikke ved akutte hendelser. I slike situasjoner kan byggherren gå direkte til en hvilken som helst entreprenør, jf. forsyningsforskriften.».

- (5) Eventuelle direkte avrop var beskrevet i punkt 7.1:

«(...)

Byggherren kan tildele direkte avrop etter rangeringen dersom verdien av arbeidet er estimert til under kr. 2 000 000, eksklusive eventuelle materialkostnader.

Dersom det etableres en egen rangering for arbeider som kompenseres med enhetspriser for overbygning, jf. punkt 7.3, og enhetsprisene benyttes i avropet, kan byggherren tildele direkte avrop etter rangering dersom verdien av arbeidet er estimert til under kr. 5 000 000, eksklusive materialkostnader (...)»

- (6) Det var også gitt en nærmere redegjørelse i punkt 7.1 for at byggherren først ville forespørre entreprenøren med høyest rangering i konkurransen, og dersom vedkommende ikke svarte innen rimelig tid ville neste rangerte entreprenør bli forespurt. Byggherren ville altså følge rangeringen i rammeavtalen ved direkte tildeling av avrop.

- (7) I punkt 7.2 var eventuelle minikonkurranser beskrevet:

«(...) Samtlige entreprenører som det er inngått rammeavtale med, kan bli forespurt om å delta i minikonkurranser. Dette innebærer at entreprenører kan få forespørsel om å delta i konkurranser for arbeider som de ikke kvalifiserte seg for, når rammeavtalen ble inngått. I slike konkurranser vil det bli stilt kvalifikasjonskrav. For å delta må entreprenørene svare ut slike krav, enten gjennom egen kompetanse, eller ved å støtte fra andre virksomheter.

Minikonkurranser kan ha varierende form, format og tidsfrister. Byggherren kan for eksempel velge å

- gjennomføre konkurranser med og uten forhandlinger,
- forespørre om ulike prisformater, for eksempel fast pris, enhetspriser eller regningsarbeid. Herunder kan det bli forespurt om konkurranse også på priser som er gitt i rammeavtalen og på nye time- og skiftpriser, eller andre enhetspriser,
- sette kvalifikasjonskrav og absolutte krav, ut over de som gjaldt ved inngåelse av rammeavtalen,
- benytte ulike tildelingskriterier som for eksempel evaluert pris, kapasitet og tid for gjennomføring, oppdragsforståelse, tilbudt organisasjon og ressurser, etc.

Regler for karenstid gjelder ikke for minikonkurranser»

- (8) Den 23. januar 2024 inviterte Bane NOR 7 leverandører til å delta i en minikonkurranse om «Bistand til signalfaglige arbeider – Trøndelag». I invitasjonen hadde innklagede

vedlagt beskrivelse av arbeidene, utkast til bestilling, leveransespesifikke bestemmelser og instruks for overhaling av drivmaskiner og sporveksling. I invitasjonen punkt fire fremgikk det at fristen for å levere tilbud i minikonkurransen ble satt til 16. februar 2024.

(9) I invitasjonen punkt 1 fremgikk følgende beskrivelse:

«1. Beskrivelse av leveransen generelt

- *UKV arbeider (mindre utbedringsarbeider etter prioritert liste og kapasitet)*
- *FVK arbeider (forebyggende rutiner på dedikerte objekter i infrastrukturen)*
- *Beredskapsarbeid (inngå i fast turnus for utrykking ved innmeldte feil i vår infrastruktur)*
- *Revidering av drivmaskiner med mere. (revidering av BSG9 Siemens drivmaskiner i henhold til plan for utskiftning av disse).»*

(10) Tildelingskriteriene for minikonkurransen var «*[t]otalpris for arbeidet etter medgått tid*», «*[e]nhetspriser for ombygging av drivmaskiner – pr.stk.*», og «*[p]ersonell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*». Ingen av tildelingskriteriene var vektet eller angitt i prioritert rekkefølge.

(11) Det korresponderende dokumentasjonskravet til kriteriet «*[p]ersonell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*», var å levere «*CV for tilbudt personell*». Evalueringsmetoden for tildelingskriteriet var i invitasjonen punkt 8 angitt slik:

«Ved evaluering av kvalitative tildelingskriterier, vil [innklagede] vurdere mottatt informasjon».

(12) Selv om det ikke var gitt ytterligere føringer for kvalitetskriteriet enn det ovennevnte, var det i dokumentet «*Utkast til bestilling*» punkt 5 beskrevet hvordan leverandørene skulle gjennomføre kontraktsarbeidet (UKV, FVK, beredskap, revidering av drivmaskiner og AKV):

«Arbeidet omfatter alt som må leveres for å ferdiggjøre kontraktsgjenstanden med fagmessig tilfredsstillende kvalitet. Leveransen skal være komplett, uavhengig av eventuelle mangler i byggherrens beskrivelse (...)»

(13) Dokumentasjonskravet for priskriteriet «*Totalpris for arbeidet etter medgått tid*» var dokumentet «*Utkast til bestilling*».

(14) For priskriteriet «*Enhetspriser for ombygging av drivmaskiner – pr.stk.*» ble det vist til dokumentene «*Utkast til bestilling*», og «*vedlagte tekniske beskrivelse, utfylt med priser*».

(15) I bestillingsdokumentet punkt 14 var det informert om at «*[a]rbeidet skal utføres som regningsarbeid med priser som avtalt i Rammeavtalen*».

(16) I orienteringen om anskaffelsen kapittel A3 punkt 1.1 fremkom det et estimat over timebehovet fordelt på de ulike typer arbeid kontrakten gikk ut på. For UKV ble det anslått «*2000 arbeidstimer. 1,15 årsverk*», FVK var estimert til «*3000 arbeidstimer. 1,70*

årsverk», og AKV arbeider var estimert til «1000 timer, 0,60 årsverk». For beredskapsarbeid ble det oppgitt følgende:

«Vi anslår omfanget til 2 personer, godkjent som signalmontører og innehar ATC godkjenning, som går i beredskap hver 5 uke i 7 dager, fra torsdag til torsdag, for å rette AKV feil. Dette med responstid innen 1 time til driftsbasis i Trondheim.»

(17) Revidering av drivmaskiner skulle gjennomføres i henhold til plan for utskiftning. Det ble i den anledning lagt ved et skjema som blant annet viste at det skulle revideres 12 drivmaskiner i 2024.

(18) Ved evaluering av pris fulgte det av invitasjonen punkt 8 at det skulle bli «*beregnet en evaluert totalpris ut fra en modell med mengder og tilbudte priser i rammeavtaler*». I tillegg til totalsummen kunne «*andre relevante kostnader bli tatt med i beregningen, som for eksempel forbehold og avvik samt reisekost/dietter*».

(19) Leverandørene stilte flere spørsmål i konkurransen til hvordan tildelingskriteriene skulle forstås og vektet. Det ble den 30. januar 2024 stilt følgende spørsmål til innklagede:

«Hvordan vektlegges de 3 tildelingskriteriene? Ser kolonnene er tomme under «vekt» i dokumentet «invitasjon» (...)»

(20) Innklagedes ga følgende svar 2. februar 2024:

«Økonomipostene vil bli vektlagt med 50 %

Kvalitet, som her er benevnt med personell og utstyr, vil bli vektlagt med 50 %»

(21) Den 19. mars 2024 ble det sendt ut melding om tildeling av kontrakt i minikonkurransen. Det var tre av syv leverandører som hadde levert tilbud. Kontrakten ble tildelt valgte leverandør. Innklagede ga følgende begrunnelse for at valgte leverandør ble tildelt avropet:

«Tilbudet fra [valgte leverandør] er best på økonomi og har tilbudte ressurser, som vi mener godt kan løse de oppgaver som er beskrevet.»

(22) Klager mottok samme dag dokumentet «*Resultat evaluering – oppsett*». Evalueringen av tilbudt personell var beskrevet slik:

«Det er valgt å gi beste tilbud 50 poeng og de øvrige tilbud er vurdert ut fra vår oppfatning om tilbudets evne til å løse de oppgaver vi har beskrevet. AKV arbeider og beredskap er midlertidig og vil bortfalle ca. august 2024.»

(23) Leverandørens poengscore var også angitt i dokumentet «*Resultat evaluering – oppsett*»:

«

<i>Selskap</i>	<i>Prispoeng</i>	<i>Personell/Utstyr</i>	<i>Samlet poeng</i>

<i>Baneservice AS [valgte leverandør]</i>	50	48	95
<i>Rias AS [klager]</i>	43,78	50	93,78
<i>Nettpartner AS</i>	37,22	45	77,22

»

- (24) Begrunnelsen for hvorfor valgte leverandør hadde oppnådd 48 poeng på tildelingskriteriet «Personell og utstyr» var følgende i evalueringsskrivet:

«Baneservice AS:

Har levert et gjennomarbeidet tilbudet med god presentasjon av tilgjengelige ressurser slik vi har bedt om.

Tilbudte ressurser har tydelig lokal tilhørighet og framstår som mobiliserbare på kort varsel.

Tilleggsressurser framstår som kompetente for å støtte lokalt team.

Sannsynlig at personellet er kompetente til å løse de fleste oppgavene som er aktuelle i denne forespørselen.

Tilbudte ressurser ser ut til å ha en del strekningskunnskap for området.

Alle sertifiseringer og godkjenninger på plass for å kunne tiltre anleggene.»

- (25) I korrespondanse mellom innklagede og klager ble det 20. mars 2024 informert om at innklagede hadde inngått kontrakt med valgte leverandør.
- (26) Klager påklagde tildelingen og kontraktinngåelsen den 21. mars 2024. I klagen ble det anført at tildelingen var i strid med anskaffelsesregelverket.
- (27) I e-post 3. april 2024 anførte klager videre at det var i strid med det grunnleggende prinsippet om etterprøvbarhet å inngå kontrakt med valgte leverandør mindre enn 24 timer etter at kontrakten ble tildelt, uten å gi de andre leverandørene noen reell mulighet til å imøtegå tildelingsbeslutningen.
- (28) Innklagede besvarte klager den 5. april 2024, og meddelte at de ikke tok klagen til følge.
- (29) Saken ble brakt til behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 29. mai 2024.
- (30) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (31) Innklagedes kontraktsignering med valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Konkurranses grunnlaget inneholder ikke en fordelingsnøkkel som bestemmer når det skal gjennomføres minikonkurranser. Fritt valg mellom direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen er ikke lovlig etter anskaffelsesforskriften, og det samme må gjelde etter forsyningsforskriften.
- (32) Priskriteriet er i strid med anskaffelsesloven § 4. Det var umulig for leverandørene å vite om de to priselementene ville få like stor vekt, eller om det ene ville få større betydning enn det andre. Leverandørene kunne derfor ikke prise de to postene for å øke sannsynligheten for å vinne konkurransen.
- (33) Tildelingskriteriet «*Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*» er i strid med anskaffelsesloven § 4 og prinsippet om forutberegnelighet. Det stod ingenting i invitasjonen til konkurransen om hvilke ressurser og hvilket utstyr man måtte tilby, og hvilke konkrete forhold ved disse ressursene og utstyret som skulle vektlegges.
- (34) Tildelingskriteriet «*Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*» er utformet som et kvalifikasjonskrav om tilstrekkelig kapasitet til å utføre oppdraget. Kriteriet er ikke egnet til å identifisere styrker og svakheter ved tilbudene og er i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (35) Det anføres subsidiært at evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «*Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*» er ulovlig. Innklagede har vektlagt lokal tilstedeværelse, til tross for at det var et absolutt krav om «*tilstrekkelig med lokalt personell til å gjennomføre oppgaven*». Tildelingskriteriet åpnet ikke for å premiere oppfyllelsen av dette.
- (36) Begrunnelse for valg av leverandør og inngåelse av kontrakt er i strid med prinsippet om etterprøvbarehet i anskaffelsesloven § 4. Innklagede har ikke pekt på hvilke eventuelle relative fordeler ved det valgte tilbudet som var utslagsgivende for tildelingen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (37) Avropmekanismen i rammeavtalen er lovlig. Rammeavtalen punkt syv gir anvisning på at avrop på rammeavtalen kan skje enten ved direkte avrop eller gjenåpning (minikonkurranse). Det følger av forsyningsforskriften § 22-1 (2) at oppdragsgiver skal tildele kontrakter under en rammeavtale på grunnlag av objektive regler som sikrer likebehandling av leverandørene. Reglene må også angis i anskaffelsesdokumentene. Dette har innklagede gjort i rammeavtalen. Både prosedyren for direkte avrop og minikonkurranse er utførlig regulert og innrettet på en objektiv måte, slik at leverandørene likebehandles.
- (38) Under enhver omstendighet utgjør ikke avropet en ulovlig direkte anskaffelse. Konsekvensen av et eventuelt brudd er at feil leverandør har fått kontrakten.
- (39) Priskriteriet i anskaffelsen er lovlig. Det var klart at priskriteriene skulle vektlegges med 50 prosent, og det fulgte av konkurranses grunnlaget hva som skulle prises, og hvordan leverandørene skulle prise seg. Leverandørene har forstått priskriteriet og det er ingen indikasjoner på at det har oppstått misforståelser.

- (40) Tildelingskriteriet «*Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*» er lovlig. Ved tolkning av tildelingskriteriet må man se alle konkurransedokumentene i sammenheng. Minikonkurransen bygger på en underliggende rammeavtale. Leverandørene ble informert om minikonkurransen i orienteringen og i invitasjonen til konkurransen. Det var også vedlagt en omfattende instruks for revidering av sporvekseldrivmaskin, som ga leverandørene kunnskap om hvilke oppgaver som skal utføres. I tillegg følger det av de oppdragsspesifikke kontraktbestemmelsene krav til hvordan arbeidet skal gjennomføres.. Leverandørene var følgelig godt kjent med hvilket arbeid som skulle utføres, og hvilke krav dette stilte til personellens erfaring og kvalifikasjoner.
- (41) Tildelingskriteriet var ikke et kvalifikasjonskrav om hvorvidt leverandørene hadde tilgjengelige ressurser for oppdraget, eller om ressursene var i stand til å løse oppdraget. I evalueringen er det vist til konkrete forskjeller mellom personellens kunnskap og erfaring, og dette har også vist seg i poenggivningen. Et krav om hvorvidt en leverandør kan eller ikke kan gjennomføre, ville ikke ført til poengforskjeller mellom leverandørene.
- (42) Evalueringen av tildelingskriteriet «*Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget*» er ikke i strid med regelverket. Rask responstid ble premiert ettersom dette gir en klar merverdi. Teamets sammensetning med tanke på mulighet for rask responstid har derfor blitt vektlagt. Strekningskunnskap er også positivt da dette gjør at leverandørene kan samarbeide godt med lokale team. At godkjenninger skal være på plass viser også at erfaring og personellet er i stand til å utføre akuttoppgaver. I alle tilfeller var dette en generell konstatering som er inntatt ved evalueringen av samtlige tilbud.
- (43) Klager har endelig vist til en formulering i evalueringen hvor det står at valgte leverandør hadde levert et «*gjennomarbeidet tilbud med god presentasjon av tilgjengelige ressurser slik vi har bedt om*». Det er i evalueringen konstatert at tilbudene gir en god presentasjon av tilbudte ressurser, som gjør at relevante egenskaper ved relevansen kommer frem. Innklagede har videre i evalueringen redegjort for hvilke relevante forskjeller tilbudene inneholder. Klager har også levert et tilbud som fikk maksimal uttelling under dette tildelingskriteriet.
- (44) Begrunnelsesplikten er ikke brutt. Leverandørene er satt i stand til å forstå hva som gjorde at innklagede vurderte det valgte tilbudet som bedre enn de øvrige tilbudene i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder parallelle rammeavtaler for jernbanetekniske entrepriser, hvor innklagede har avholdt en minikonkurranse om bistand til signalfaglige arbeider i Trøndelag. Ved minikonkurransen under rammeavtale, beregnes klagefristen fra inngåelse av hver enkelt kontrakt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/422 avsnitt 45. Klagen er dermed rettidig. Avropet hadde etter det opplyste en estimert verdi på 7 000 000 kroner. Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. § 1-2 jf. § 1-6 og §§ 5-1 og 5-2.

Lovligheten av avropsmekanismen

- (46) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt innklagede har fastsatt en lovlig avropsmekanisme for tildeling av oppdrag under rammeavtalen.

- (47) Det følger av forsyningsforskriften § 22-1 (2) at oppdragsgiveren «skal tildele kontrakter» under en rammeavtale på grunnlag av «objektive regler» som sikrer «likebehandling av leverandørene». Reglene for dette «skal angis i anskaffelsesdokumentene». Slik klagenemnda leser bestemmelsen, er oppdragsgivere forpliktet til å ha fastsatt avropsmekanismer som bestemmer hvordan avrop på den parallelle rammeavtalen skal tildeles.
- (48) I rammeavtalens punkt 7 er det gitt anvisning på at avrop på rammeavtalen enten kan skje ved direkte avrop eller gjenåpning (minikonkurranse). Byggherren ville «i hvert enkelt tilfelle velge hvilken prosedyre som er mest hensiktsmessig å benytte, enten som direkte avrop etter rangering, eller avrop etter minikonkurranse». Videre stod det at minikonkurranse kunne «gjennomføres for alle avrop, uavhengig av estimert verdi av arbeidet, begrenset oppad til EØS terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter».
- (49) Det var også gitt føringer for hvordan eventuelle direkte avrop skulle gjennomføres i rammeavtalens punkt 7.1. Innklagede hadde også beskrevet hvordan minikonkurransene skulle gjennomføres i punkt 7.2.
- (50) Klagenemnda finner det ikke bestridt at punkt 7.1 og 7.2 i rammeavtalen gir objektive regler for hvordan direkte avrop skal foretas og objektive regler for hvordan minikonkurranser skal gjennomføres. Uenigheten knytter seg til hvorvidt innklagede lovlig kunne bestemme at byggherren kunne velge å avholde minikonkurranse etter hva som ble ansett som hensiktsmessig i det enkelte tilfellet. Etter innklagedes syn er dette i tråd med vilkårene i forsyningsforskriften § 22-1 (2). Klager er uenig, og mener bestemmelsen må leses i lys av parallell-bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften) § 26-3.
- (51) Av anskaffelsesforskriften § 26-3 følger det at kontrakter under en rammeavtale med flere leverandører skal tildeles enten i henhold til en fastsatt fordelingsnøkkel, eller ved at konkurransen gjenåpnes. Oppdragsgiver kan velge en kombinasjon av disse to løsningene. Forutsetningen er at det må fremgå klart når kontrakter skal tildeles direkte i henhold til en på forhånd fastsatt fordelingsnøkkel, og på hvilke «nærmere spesifiserte vilkår» det skal gjennomføres en minikonkurranse, jf. forskriften § 26-3 (3).
- (52) I dette ligger det at konkurransegrunnlaget må angi tilstrekkelig presise vilkår for når oppdragsgiver vil avholde minikonkurranser for å tildele avrop. I klagenemndas avgjørelse i sak 2021/615 ble det lagt til grunn at oppdragsgiver ikke hadde angitt slike vilkår, og dette utgjorde et brudd på anskaffelsesforskriften § 26-3 (3), se avsnittene 36 flg. Fritt valg om når minikonkurranse skal avholdes er dermed i strid med anskaffelsesforskriftens krav. Spørsmålet for klagenemnda er om det samme gjelder for forsyningsforskriften § 22-1 (2).
- (53) Klagenemnda viser innledningsvis til at forsyningsforskriften § 22-1 (2) ikke stiller uttrykkelig krav om at konkurransegrunnlaget må spesifisere vilkår for når de ulike avropsmekanismene skal benyttes. Ordlyden adskiller seg dermed fra parallellbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 26-3 (3). Forsyningsforskriften gjennomfører Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 (forsyningsdirektivet), i norsk rett, se eksempelvis Prop.51 L (2015-2016) s. 9. Forsyningsforskriften § 22-1 (2) gjennomfører forsyningsdirektivet artikkel 51 nr. 2 (2) hvor følgende fremgår:

«Contracts based on a framework agreement shall be awarded on the basis of objective rules and criteria, which may include reopening the competition among those economic operators party to the framework agreement as concluded. These rules and criteria shall be set out in the procurement documents for the framework agreement

The objective rules and criteria referred to in the first subparagraph shall ensure equal treatment of the economic operators who are parties to the agreement (...)

Contracting entities shall not use framework agreement improperly or in such a way as to prevent, restrict or distort competition».

- (54) På tilsvarende vis som forsyningsforskriften fremgår det av direktivbestemmelsen at oppdragsgiver må ha fastsatt objektive regler og kriterier som skal benyttes ved tildeling av kontrakter. Disse objektive reglene må sørge for å ivareta likebehandlingsprinsippet. Det er imidlertid ikke gitt uttrykkelig krav om at vilkårene for når man velger mellom ulike avropsmekanismer må oppgis i konkurransegrunnlaget. Dette står i motsetning til anskaffelsesdirektivet artikkel 33 (4) bokstav b, som har følgende ordlyd:
- (55) *«The choice of whether specific works, supplies or services shall be acquired following a reopening of competition or directly on the terms set out in the framework agreement shall be made pursuant to objective criteria, which shall be set out in the procurement documents for the framework agreement».*
- (56) Den ulike ordlyden i anskaffelses- og forsyningsforskriften gjenspeiles altså av de parallelle direktivbestemmelsene. I henhold til Prop.51 L (2015-2016) s. 9 er *«[m]ange av reglene i forsyningsdirektivet sammenfallende»* med reglene for klassisk sektor. Bestemmelsene i forsyningsdirektivet er imidlertid *«gjennomgående mer fleksible, og prosedyrereglene er ikke like omfattende og detaljerte».*
- (57) Videre fremgår det i Prop.51 L (2015)-2016) s. 76 at hensikten ved gjennomføringen av forsyningsdirektivet i norsk rett var å *«harmonisere reglene i forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften i større grad enn i dag».* Det ble derfor *«foreslått å tilpasse ordlyden i flere av bestemmelsene i forsyningsforskriften til ordlyden i de tilsvarende bestemmelsene i anskaffelsesforskriften når de er ment å ha samme materielle innhold».* I den grad ordlyden i forsynings-, og anskaffelsesforskriften skiller seg fra hverandre, vil klagenemnda derfor være varsom med å innfortolke strengere krav i forsyningsforskriften enn det som uttrykkelig fremgår av bestemmelsen, eller forsyningsdirektivet som bestemmelsen gjennomfører.
- (58) Både anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet trådte i kraft i 2014. Hensikten bak forsyningsdirektivet var blant annet å gi økt fleksibilitet sammenlignet med anskaffelsesdirektivet. Det har dermed formodningen mot seg at ordlyden i anskaffelsesdirektivet artikkel 33 (4) bokstav b, og forsyningsdirektivet artikkel 51 nr. 2, ble ulikt utformet, uten at dette var en tiltenkt endring. Det gir klart mer fleksibilitet for oppdragsgiver dersom forsyningsdirektivet ikke krever spesifiserte vilkår som gjør det synlig når avropsmekanismen skal være direkte tildeling etter rangeringen i konkurransen, og når det skal avholdes minikonkurranser.
- (59) Det kan på bakgrunn av det ovenstående ikke innfortolkes et vilkår i forsyningsforskriften § 22-1 (2) om at oppdragsgiver må ha spesifisert i konkurransegrunnlaget når det skal

avholdes minikonkurranser, og når kontrakter skal tildeles direkte etter rangeringen i konkurransen.

- (60) Innklagede har lagt opp til at byggherren i det enkelte tilfellet ville vurdere om det skulle benyttes minikonkurranse eller direktetildelinger etter fossefallsmetoden, basert på hva som var hensiktsmessig i det enkelte tilfellet. Det er også gitt føringer for hvordan minikonkurransene skal avholdes.
- (61) Klagenemnda finner at avropsmekanismen oppfylder vilkårene i forsyningsforskriften § 22-1 (2). Innklagede har dermed ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å fastslå en ulovlig avropsmekanisme. Anførselen om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fører dermed ikke frem.

Lovligheten av priskriteriet

- (62) Klagenemnda tar så stilling til klagers anførsel om at priskriteriene er i strid med forutberegnelighetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4.
- (63) Det følger av kravet til forutberegnelighet at konkurransegrunnlaget må være utformet tilstrekkelig klart og utvetydig til at en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravenes innhold og tolke dem på samme måte, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1489 avsnitt 62 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (*SIAC*) avsnitt 42. Konkurransegrunnlaget må dermed gi de opplysningene som er nødvendig for at leverandørene skal kunne gi tilbud på likt grunnlag. Det er oppdragsgiver som har risikoen for eventuelle uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forsyningsforskriften § 10-1 (5).
- (64) I vurderingen av om konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart, er det av betydning om leverandørene rent faktisk var i stand til å forstå tildelingskriteriet. Det skal i den forbindelse tas hensyn til om leverandørene har vært i stand til å gi tilbud, og om det før tilbudsfristen er bedt om avklaringer, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-10/17 med videre henvisning til sak C-358/15 (*eVigilo*).
- (65) Priskriteriene i konkurransen var «*Totalpris for arbeidet etter medgått tid*», og «*Enhetspriser for ombygging av drivmaskiner – pr. stk.*».
- (66) Tildelingskriteriet «*Totalpris for arbeidet etter medgått tid*», tilsier etter sin ordlyd at alle kostnader leverandørene vil ha ved å gjennomføre kontraktsforpliktelsene, skal medtas i tilbudsprisen. I dokumentet «*Utkast til bestilling*» fremgikk det at arbeidet skulle utføres som regningsarbeid, basert på priser som avtalt i den underliggende rammeavtalen. Det ble angitt et estimat over timebehovet for de ulike typer arbeid kontrakten gikk ut på. Totalpris for arbeidet etter medgått tid var dermed avhengig av leverandørens priser i rammeavtalen, og estimert tid som skulle benyttes for de ulike kontraktsarbeidene.
- (67) For tildelingskriteriet «*Enhetspriser for ombygging av drivmaskiner – pr. stk.*» følger det av ordlyden at leverandørene måtte gi en pris for hva det vil koste innklagede å få ombygget én drivmaskin. Det var estimert at 12 drivmaskiner skulle revideres i 2024.
- (68) Ved evaluering av pris fulgte det av invitasjonen punkt åtte at det skulle bli «*beregnet en evaluert totalpris ut fra en modell med mengder og tilbudte priser i rammeavtaler*». Klagenemnda forstår dette som en henvisning til at begge priskriteriene skulle summeres sammen til en evalueringssum.

- (69) Etter klagenemndas syn fremgikk det klart hvordan pris skulle evalueres og hva som inngikk i priskriteriene. Klager ble informert før tilbudsfristens utløp om at økonomipostene var vektet 50 prosent, og var kjent med de prisene som lå til grunn i den underliggende rammeavtalen. Leverandørene har på bakgrunn av dette vært i stand til å forstå priskriteriet og det er ifølge innklagede ingen indikasjon på at leverandørene har misforstått priskriteriet.
- (70) Klagenemnda har kommet til at tildelingskriteriet pris ikke er i strid med forutberegnelighetsprinsippet.

Lovligheten av tildelingskriteriet «Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget»

- (71) Klagenemnda tar så stilling til om tildelingskriteriet «Personell og utstyr tilgjengelig for oppdraget» er ulovlig. Klager har anført at tildelingskriteriet er i strid med forutberegnelighetsprinsippet i loven § 4.
- (72) For de rettslige utgangspunkter for denne vurderingen, vises det til drøftelsen om priskriteriene ovenfor i avsnitt 63 og 64.
- (73) Tildelingskriteriet «Personell og utstyr tilgjengelig» skulle evalueres ved å ta utgangspunkt i «mottatt informasjon», altså «CV for tilbudt personell». Det var ikke gitt ytterligere føringer for hva som skulle inngå i evalueringen, herunder hva som skulle premieres. Leverandørene stilte ikke spørsmål om hvilke ressurser og hvilket utstyr man måtte tilby, og hvilke konkrete forhold ved disse ressursene og dette utstyret man ville vektlegge.
- (74) Det er ikke omtvistet at en rimelig opplyst og forstandig leverandør må se tildelingskriteriene i sammenheng med konkurransedokumentene.
- (75) For klagenemnda fremstår imidlertid tildelingskriteriet som vidt, og kriteriet gir rom for ulike tolkninger. På tilsvarende vis gir tildelingskriteriets vide utforming innklagede mulighet til å premiere en rekke forhold, uten at leverandørene har fått nærmere innsikt i hva som skal være utslagsgivende for poenggivningen. Selv om leverandørene hadde priset ulikt personell og utstyr i konkurransen om den underliggende rammeavtalen, var det ikke mulig å lese ut fra tildelingskriteriet hvilket personell som skulle tilbys for å få poengmessig uttelling. Det var heller ikke angitt hvilke nærmere kvaliteter ved den tilbudte bemanningen som skulle vektlegges, og det var heller ikke spesifisert om erfaring, og i så fall hvilken erfaring, m.m. som skulle premieres. Det var heller ikke angitt hvilket utstyr eller hvilke kvaliteter med utstyret som skulle gi grunnlag for uttelling under tildelingskriteriet, eller hvilken merverdi tilbudt utstyr kunne ha. Leverandørene kunne dermed ikke forutse i tilstrekkelig grad hvordan de kunne tilpasse tilbudene sine for å få poengmessig uttelling.
- (76) Til tross for de føringer som er gitt gjennom den underliggende rammeavtalen og vedlagte konkurransedokument, inkludert instruksen for revidering av drivmaskiner, angivelsen av hvilke type arbeid som skulle utføres og estimert timebehov og årsverk for de ulike ytelsene samt den konkrete spesifikasjonen knytt til beredskapsarbeid, åpner tildelingskriteriets vide utforming for en vilkårlig evaluering.
- (77) Klagenemnda har på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at tildelingskriteriet er uklart, og dermed i strid med kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4.

- (78) Klager har også anført at tildelingskriteriet «*personell og utstyr*» er i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (79) Som det følger av kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 4, må oppdragsgiver fastslå tildelingskriterier som gir grunnlag for å skille mellom styrker og svakheter ved tilbudene. Et uklart tildelingskriterium, som i foreliggende konkurranse, gjør det vanskelig å skille mellom tilbudenes styrker og svakheter på en forutsigbar måte. Klagenemnda har derfor også kommet til at tildelingskriteriets utforming innebærer et brudd på kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 4.
- (80) Klagenemnda har etter dette kommet til at tildelingskriteriet «*Personell og utstyr*» er ulovlig. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til klagers ytterligere anførsler knyttet til evalueringen av tildelingskriteriet, og begrunnelsen for valg av leverandør.
- (81) Bruddet som klagenemnda har konstatert gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bane NOR SF har brutt anskaffelsesregelverket ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur