



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av togsett. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved å forsømme skriftlig dokumentasjon fra kontakt med oppgitte referanser og fra avklaringsmøter med klager. Innklagede hadde dessuten satt en for knapp klagefrist ut fra sakens omfang og kompleksitet. Klagers øvrige anførsler var enten av underordnet betydning eller førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. mars 2009 i sak 2008/170

Klager: Alstom LHB GmbH og Alstom Norway AS

Innklaget: NSB AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Konkurranse, likebehandling, etterprøvnbarhet, referanser, tildelingsevaluering og klagefrist.

Bakgrunn:

(1) NSB AS (heretter kalt innklagede) sendte 15. november 2007 ut en invitasjon til fem prekvalifiserte leverandører om å inngi tilbud i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av 50 nye togsett – såkalte Electrical Multiple Units (EMU) for "long local" og "short regional traffic" (pluss/minus ti sett). Innlagte opsjoner i kontrakten åpnet for kjøp av opp til i alt 100 EMU. Kontraktens verdi er av innklagede anslått til ca 4 milliarder NOK, med opsjoner som kunne øke verdien ytterligere. Blant disse inviterte leverandører var Alstom GmbH (heretter kalt klager) og Stadler Bussnang AG (heretter kalt valgte leverandør). (En tredje leverandør som innklagede forhandlet med er ikke navngitt). Anbudsdokumentasjonen foreligger på engelsk. Konkurransen følger regelverket om offentlige anskaffelser, lov 1999-07-16 nr 69 og forsyningsforskriften FOR 2006-04-07 nr 403 (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

(2) I "Instruction to Tenderer" punkt 1 hadde innklagede beskrevet anskaffelsesprosessen:

"Your Company has now been qualified for participation in the Tender process.

Previous steps in the process have been based on invitations sent to pre-qualified suppliers in TransQ.

NSB run a further qualification procedure for potential suppliers. Qualification verified the candidates' suitability for receiving this Invitation to Tender. The verification was based on an evaluation of the suppliers and their products.

This Tender process involves a detailed tender request. Our evaluation of submitted Tenders will be based on given evaluation criteria. NSB will then shortlist companies for further discussion and negotiations before awarding the contract.

NSB reserve the right to stop the process at any time, for any reason, without any cost to NSB.”

- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av “*Instruction to Tenderer*” punkt 9.2:

“9.2 Tender Evaluation

9.2.1 Contract Award Criteria

a. General

NSB has invested substantial time and effort in the development of the contract award criteria for this tender. A multi competent and multi organizational group has worked closely together, facilitated by experienced external associates, in order to develop a set of criterions which will ensure NSB the most secure, reliable, customer- and environment-friendly trains, on time and at a reasonable cost.

At the same time it is important for NSB to give the supplier a clear understanding of the importance of the different aspects of this procurement, through the choice of criterions and their separate weight.

b. Criteria

NSB will select the most economically advantageous offer, based on an assessment of the following criteria:

- *Technical functionality*
 - *The construction and functionality of the train, included its long term possibilities of development.*
- *Delivery*
 - *The ability and will of the supplier to manufacture the requested EMUs with the best possible quality at the required time.*
- *End-customer experience*
 - *All solutions encountered by the customer from the time of embarking until disembarking.*
- *Environment*
 - *The environmental consequences of the train throughout its lifecycle.*
- *Cost and commercial requirements*
 - *Total cost for the train throughout its lifecycle, included cost related commercial requirements.*

9.2.2 Technical functionality

a. Description

The criterion includes an evaluation of the systems and components of the train, in addition to its complete abilities, functionality and long term possibilities of development.

The criterion is weighted 35 %.

b. Sub-criterions to Technical functionality

i. Components and system

- *This sub-criterion represents the evaluation of components and systems in regards to reliability, based on data from RAM, experiences with similar components and systems, degree of standardization and proven technology, winter abilities, constructive solutions and robustness.*

This sub-criterion is weighted 30 %.

ii. The train

- *This sub-criterion represents the evaluation of the trains:*
 - a. Reliability in operations and operational abilities in regards to constructive solutions, robustness and redundancy on a train level, user friendliness and references.*
 - b. Capabilities based on operating time, time on station, necessary time to turn the unit, robustness in regards to train schedule and future modifications.*
 - c. Maintainability and maintenance requirements.*
 - d. Possible development; maximum speed and cost effective possibilities of onboard product adjustments in the train interior.*

This sub-criterion is weighted 70 %.

9.2.3 Delivery

a. Description

The criterion includes an evaluation of the supplier's ability to deliver the required quality, on time, and the possibility to effectuate sanctions if the supplier fails to deliver as agreed. A central tool for the evaluation under this criterion will be references.

The criterion is weighted 20 %.

b. Sub-criteria to Delivery

i. Production ability

This sub-criterion represents the evaluation of the realism in the supplier's overall plan for the performance of the works and planned delivery dates – capacity and facilities, quality, competence, contract structure towards sub-contractors etc.

This sub-criterion is weighted 60 %.

ii. Contractual terms relevant for the delivery

- *This sub-criterion represents the evaluation of to what extent the supplier demonstrates will to commit to the delivery schedule.*

This sub-criterion is weighted 40 %.

9.2.4 End-customer experience

a. Description

The criterion includes an evaluation of to what extent the solutions satisfy the customers' requirements to the train journey, through the evaluation of universal design, comfort level, customer- and space/area solutions, and design.

This criterion is weighted 15 %.

b. Sub-criteria to End-customer experience

i. Universal design

- *This sub-criterion represents the evaluation of the train design and solutions in regards to availability for all customers. It is important for NSB to include customers with special needs, such as all kind of handicapped and disabled people, senior citizens, children and others.*

This sub-criterion is weighted 30 %.

ii. Comfort level

- *This sub-criterion represents the evaluation of the interior solutions, equipment and all other solutions relevant for the end-customers' experience in regards to pleasantness, easiness and comfort ness. The solutions are to include the Norwegian comfort level.*

This sub-criterion is weighted 20 %.

iii. Customer space/area solutions

- *This sub-criterion represents the evaluation of the physical offer and the totality of the solutions, included passenger capacity and number of seats on board. The solutions will have to be integrated and complete, and at the same time with smart and effective separate solutions.*

This sub-criterion is weighted 40 %.

iv. Design

- *This sub-criterion represents the evaluation of the visual impression of the train's expression, expressed through exterior and interior solutions. The train is to stand out as classic and modern, and the design is to be in line with the NSB profile.*

This sub-criterion is weighted 10 %.

9.2.5 Environment

a. Description

The criterion includes an evaluation of the train's environmental consequences throughout its lifecycle.

This criterion is weighted 5 %.

b. Sub-criteria to Environment

i. Production process

- *This sub-criterion represents the evaluation of the production method and process in regards to environmental consequences, such as energy consumption, contamination, waste etc.-*

This sub-criterion is weighted 20 %.

ii. Materials

- *This sub-criterion represents the evaluation of the supplier's choice of materials in regards to the extent of recyclability and reparability.*

This sub-criterion is weighted 20 %.

iii. Operations and maintenance

- *This sub-criterion represents the evaluation of the environmental consequences throughout the lifecycle of the train – its energy effectiveness, external noise, waste, etc.*

This sub-criterion is weighted 60 %.

9.2.6 Cost and commercial terms

a. Description

The criterion includes an evaluation of the total cost of the train for NSB throughout its lifecycle, including the initial investment and all commercial terms related to the cost.

This criterion is weighted 25 %."

- (4) Konkurransesgrunnlaget etterspurte på ulike steder "references" vedrørende "Reliability in operations" og "Delivery". Som krav til tilbudet var det oppført
- (5) " p) Experience. Tenderer's previous experience of similar work specified in a separate list of references, updated according to tender Unit."
- (6) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 18. februar 2008 kl. 12.00. Alle de inviterte leverandørene leverte tilbud innen fristen. Fra klagers tilbud datert 18. februar 2008 hitsettes:

"2 Vehicle design

Through its functional design shape and visual design the vehicle conveys the thought given to comfort, reliability, punctuality, effectiveness, attractiveness, modern style and quality and it should be experienced as such for many years following its first launch. The design of the vehicle should also contribute to the emphasis of the role of regional trains as a safe and convenient choice of transport in Norway. Furthermore it should be noted that the vehicle will become a recognized and common feature in Norway for a long time to come.

The development of the basic elements, such as external and internal colour schemes, the customer logo, lettering, numbers, symbols, pictures, carriage numbering etc. will be in accordance with the customer's design programme (Corporate Identity)

[...]

2.1 Exterior painting

[...]

- *The proposal contains a customer-specific adaption of the external colour of up to three different colours.*

[...]

2.3 Front design

The front design will be of the type of the standard CORADIA Nordic. Train badging according to Alstom's internal train badging policy will be applied. Different elements are supposed to be on the trains for Alstom's corporate identity badging. These elements are:

- front-end badge, placed in a horizontally centered position under the windscreen,*
- foot-plate, placed centered in every doorway of the train, oriented towards the outside,*
- interior name-plate, placed above gangway openings in the back walls close to back wall columns (right hand side) above eye level,*
- window name-badge, placed horizontally centered in each window at the lower edge, readable from the interior."*

-

Tilbudet oppga som referanse leveranser av pendeltog til AB Stockholms Lokaltrafik (SL) i Sverige:

"Introduction

After a thorough study of the documents we have defined the product that matches best with your ambitious requirements and specifications. Indeed our product platform CORADIA TM Nordic which comprises already three projects in Sweden, the X60 Pendeltåg for SL in Stockholm, the X61 Pågatåg for the region of Skåne and the future regional train for the region Östgötaland and Jönköping, for which we are in the final contract negotiations."

- etterfulgt av en nærmere beskrivelse av disse tre togleveransene.

- (7) Innklagede hadde utarbeidet et skjema med avklaringsspørsmål som klager besvarte fortløpende. Herfra hitsettes:

<i>Question number</i>	<i>Contract Award Criteria</i>	<i>Question for clarification</i>	<i>Reference</i>	<i>Tenderers answer</i>	<i>Answer required within</i>
<i>[...]</i>					
<i>20/20080222</i>	<i>End-customer experience</i>	<i>Is it correct that the exterior design only can be produced with 3 colours, not 5 as in our design program, and if correct – what is the reason?</i>	<i>SoW A7</i>	<i>Currently our proposal is based on our standard painting system with 3 colours. It is of course possible to realise 5 colours as well. However, we would suggest the use adhesives. Depending on the complexity of the final graphic</i>	<i>2008-02-28/ 2008-02-27</i>

				<i>scheme we may need to evaluate the extra costs involved. We suggest to discuss this issue during negotiations.</i>	
<i>[...]</i>					
30/20080225	<i>End-customer experience</i>	<i>Please confirm the seat pitch by using the Grammer seat. Please describe solution for this seat when placed upon box for technical devises.</i>	<i>SoW A7</i>	<i>We do currently not foresee to use a Grammer seat. We consider our standard seats even more flexible and to be at the same comfort level as seats from Grammer. Unfortunately this latter seat does not seem to match with our standard fixing system and would require more detailed investigations. CLOSED.</i>	

- (8) Innklagede har kontaktet leverandørenes oppgitte referanser. For klagers vedkommende tok innklagede kontakt med AB Stockholms Lokaltrafik (SL) og med Euromaint, som har gjennomført vedlikehold av klagers leveranser til SL. I tillegg har innklagede over en periode på to uker gjennomført referansebesøk og avklaringsmøter ved klagers produksjonsanlegg i Salzgitter. Det skal i følge innklagede være tatt interne notater fra disse møtene, men det ble ikke utarbeidet noen protokoll eller skriftlige referater.
- (9) Den 9. april 2008 ble det avholdt et avklaringsmøte mellom klager og innklagede.
- (10) I brev av 11. april 2008 informerte innklagede klager om den videre prosessen ved gjennomføringen av anskaffelsen:

"As mentioned above, NSB AS is now in the final stages of evaluating the remaining tenders. This process will be carried out as stated in Section 1 of the Instruction to Tenderer:

"Our evaluation of submitted Tenders will be based on given evaluation criteria. NSB will then shortlist companies for further discussion and negotiations before awarding the contract."

The relevant evaluation criteria are given in Section 9.2 Tender evaluation of the same document.

To ensure the feasibility of the process going forward and to be able to uphold the stated timeframe while maintaining the necessary competition in the process, NSB AS has decided to shortlist two candidates for further discussions and negotiations.

The final decision on shortlisting will be made ultimo April 2008 and communicated to the tenderers shortly afterwards.

NSB AS would like to underline that a tender which is not rejected for non-compliance, might still be reconsidered at a later stage in the process even if it is not shortlisted. As you recall from Section 8.6 of the Invitation to Tender, the tender will still be valid and binding on the tenderer, and NSB AS will not rule out the possibility that the negotiation process might show that a shortlisted tender is unacceptable to us.

This also implies that NSB AS within reasonableness will consider any subsequent amendments to a tender which is made also from tenderers that are not shortlisted, as the main reason for the shortlisting is the necessity of focusing resources on the two tenders that at this present stage seem most likely to succeed."

- (11) Innklagede informerte klager i brev av 21. april 2008 om at klager ikke var blitt valgt ut til å delta i de avsluttende forhandlinger. Forhandlingene med de to gjenværende leverandørene (andre enn klager) resulterte i at kontrakten ble tildelt Stadler Bussnang AG. Kontrakt med denne ble inngått dagen etter klagefristens utløp – den 2. september 2008.
- (12) Etter å ha gjennomført forhandlingene med de to utvalgte leverandørene, informerte innklagede klager om valg av leverandør i brev av 19. august 2008. Fra brevet hitsettes:

"NSB AS has now carried out a final assessment of the received tenders, and has concluded that the contract shall be awarded to Stadler Bussnang AG ("Stadler").

The purpose of this letter is to notify Alstom Transportation of the award, and to provide the information required in the Regulation on Utilities Procurement, Section § 11-4, cf. Section § 11-3, see also Section 10, third paragraph of the Instruction to Tenderer.

As follows from the abovementioned provisions, a contracting authority must notify the tenderers of the award decision, and set a reasonable time limit for possible complaints. On this basis we hereby inform you that the deadline is set to Monday 1 September 2008 at 15:00, and that the contract will be concluded thereafter. Any queries or complaints can be addressed to the undersigned.

It has been of great significance for NSB AS to ensure equality and non-discrimination, in a transparent and predictable process, and we are of the opinion that this objective has been met. The chosen tender represents the most economically advantageous offer, based on an assessment of the contract award criteria set out in Section 9.2.1 of the Instructions to Tenderer.

[...]

4. Conclusion

NSB AS acknowledges and appreciates the significant resources Alstom has dedicated to this procurement process, and has prepared to provide a further de-briefing on the merits of your offer. We plan to do this at the end of September, and kindly ask you to inform us whether this will be of interest."

- (13) Klager besvarte henvendelsen samme dag, og ba om at det foreslåtte møtet med gjennomgang av tilbudsevalueringen skulle avholdes før fristen for å påklage tilbudsevalueringen løp ut. Innklagede avsto henstillingen i brev av 26. august 2008, men ga i brevet en nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Fra begrunnelsen hitsettes:

"2.2 Technical functionality

This criterion includes an evaluation of the systems and components of the train, in addition to its complete abilities, functionality and long term possibilities of development. As set out in Instruction to Tenderer, Section 9.2.2, two sub-criteria were applied: Components and systems (30 %) and The train (70 %). Both sub-criteria were further detailed in Section 9.2.2 of the Instruction to Tenderer.

As set out in the Notification of Award, StadlerBussnang AG ("Stadler") received a score of 4 and 3¹3 on the two sub-criteria respectively, thus achieving an aggregated score on this award criterion of 3.3.

Alstom received a score of 1 and 2 on the two sub-criteria respectively, thus achieving an aggregated score on this award criterion of 1.7.

The main factors informing the assessment can be summarized as follows:

Overall, the assessment under the criteria Technical Functionality with sub-criteria reveals that Alstom's proposal contains a major deficiency which NSB AS considers likely to have negative influence on operation reliability.

Information that has been attained about the X60 train (nearly like the proposal) which is in daily operation in Sweden for over the last two years shows that the train has still not reached an acceptable reliability and availability level. This confirms the concerns NSB AS has on the basis of the proposal as such.

As a starting point, the components and systems are comparable to NSB AS' existing components and systems and can be designated to be proven technology. Their winter abilities have been considered as good and the constructive solutions and robustness as equal to NSB AS'.

Nevertheless, the information attained through references, especially towards the proposed wheel set solution including the brake system, has contributed to a reduced score due to the fact that:

- Small wheel diameter in combination with high axle loads has resulted in material defects, extensive wear and short lifespan.*
- The small wheel mounted brake discs have suffered high thermal strains as the figures already show from Sweden.*
- Norwegian conditions including short signal distances and demanding infrastructure will increase the problem significantly.*
- Very high temperatures on brake discs will cause disc deflection and high wear and tear on both discs and pads.*

- The fact that the traction operates on all axles makes minor improvements on the bogies nearly impossible.
- Small wheels also minimize the possibility for later redesign of discs.
- The lack of wheel conditioning brakes increases NSB AS' concerns.
- 3 axles are controlled by one single traction unit. Consequently 3 of the bogies will depend on being controlled by two different traction units each. This is an unknown concept, not tested and could cause problems, especially when one of the traction units must be disabled due to faults.

The evaluation of the remaining components and systems shows that the reliability level (apart from the factors set out above) has to be considered on average/normal.

- The traction system is proven during approximately 3 years in Nordic climate and has to be considered as robust (relatively low exploited) under winter conditions, and has experience with Norwegian power supply system.
- The car body is robust, door and HVAC system can be upgraded to reach a good level of reliability. The toilet system is considered excellent.

Some of the major deficiencies (small wheel diameter, high axle load and consequently high thermal strain) have been identified as items which are nearly unchangeable without modifying considerably the train design.

The proposal reveals that Alstom has a good knowledge of the RAM subject.

The technical functionalities appear to be without any real promise of development possibilities for the future. The train can be delivered with a speed of 180 km/h but does not have the possibility to meet 200 km/h.

The main difference in relation to Stadler is thus that that components and system proposed by Stadler reveals a higher quality level, and that the Flirt train platform which the offer is based on has been in daily operation since 2005 in Switzerland, and can be considered as reliable both in winter conditions and in relation to the voltage system in operation in Norway.

For at further description of the assessment of Stadler's offer, we refer to the Notification of Award.

[...]

2.4 End-customer experience

This criterion includes an evaluation of to what extent the offered solutions satisfy the customers' requirements to the train journey, through the evaluation of universal design, comfort level, customer- and space/area solutions, and design. As set out in Instruction to Tenderer, Section 9.2.4 four sub-criteria were applied: Universal design (30 %), Comfort level (20 %), Customer and space/area solutions (40 %), Design (10 %).

As followed from the Notification of Award, Stadler received a score of 4, 3, 4 and 5 on the four sub-criteria respectively, thus achieving an aggregated score on this award criteria of 3.9.

Alstom received a score of 4, 1, 4 and 2 on the four sub-criteria respectively, thus achieving an aggregated score on this award criterion of 3.2.

The main factors informing the assessment can be summarized as follows:

The universal design of Alstom's train is above expectations, and customers with special needs are well accounted for. All entrances are low-floor and the ramp solution between cars is positive, allowing passengers with reduced mobility (including possible transport wheelchairs) easy access throughout the train and to all products on board. The low-floor share is well above NSB AS' requirements. However, considerably less than half of the seats have step-free access. All wheelchair spaces are in combination with tip-up seats.

The level of comfort is significantly below NSB AS' expectations. It is uncertain whether the standard seat will meet the required Norwegian comfort level, and Alstom has not delivered any data showing the comfort level for the proposed seats. Furthermore, the supplier has indicated significant limitations on NSB AS' choice of seating. The seating solution is otherwise as expected, with a good mix of 2 + 2 and 2 + 3 in long local trains. The windows are smaller than on any of NSB AS' existing trains, and will not fully meet customer expectations in terms of pleasantness of enjoying the outside scenery. The low floor entrances make the train easy to enter and exit.

The end-customer solutions and layout of the train is above expectations, especially in terms of space utilization and the on-board offering. Seating capacity is in line with NSB AS' requirements. The space within the train is well utilized, with spacious multi-purpose areas and well arranged standing space. In addition, there is ample space for bicycles, luggage, prams and onboard products.

The design is below expectations, and the train does not appear classic and modern. Here, especially the impression of the train front and the small windows contributes negatively. The interior meets NSB AS' expectations as to design. Alstom has reservations regarding the placement of the NSB logo on the train front and has limitations regarding number of exterior colours.

The main difference compared to Stadler was consequently in the Comfort level, where Stadler's train meets our expectations, and in Design where Stadler's train appears classic and modern, both in the exterior and interior and is significantly above our expectations."

- (14) I brev av 1. september 2008 ble innklagedes tildelingsbeslutning påklaget. Innklagede informerte klager om at klagen ikke ble tatt til følge i brev av 11. september 2008.
- (15) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 2. september 2008.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 26. september 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Det er ikke grunnlag for å avvise saken fra behandling i klagenemnda, da anførslene ligger innenfor klagenemndas kompetanse. Dersom klagenemnda på grunn av sakens kompleksitet og omfang finner det vanskelig å ta stilling til klagers innsigelser mot det mangelfulle og uriktige faktiske grunnlaget for innklagedes vurdering av klagers tilbud, ber klager likevel om at klagers øvrige anførsler blir behandlet.
- (18) Innklagede har brutt kravene til konkurranse og forutberegnelighet ved å "shortliste" to tilbydere. Etter forsyningsforskriften § 10-1 (2) skal oppdragsgiver invitere et tilstrekkelig antall leverandører til å delta i en konkurranse med forhandlinger for å sikre reell konkurranse. Innklagede valgte i utgangspunktet fem leverandører til å delta i konkurransen, men forhandlet likevel bare med to. Forsyningsforskriften inneholder, i motsetning til forskrift om offentlige anskaffelser, ikke regler om at oppdragsgiver etter utvelgelsen av leverandører til deltakelse i konkurransen kan redusere antall tilbud det skal forhandles om. Det må uansett, av hensyn til kravene til konkurranse og forutberegnelighet, kreves at det velges ut et tilstrekkelig antall tilbud det skal forhandles om, og at det gjennomføres reelle forhandlinger med alle leverandører som har mulighet til å nå opp i konkurransen. I dette tilfellet burde innklagede ha forhandlet med minst tre leverandører.
- (19) Selv om man skulle legge til grunn at innklagede i utgangspunktet kunne begrense forhandlingene til to leverandører, skulle innklagede ut fra kravene til konkurranse og forutberegnelighet ha gjennomført et minimum av reelle forhandlinger med klager, jf. KOFA sak 2007/140 og det danske Klagenævnet for Udbuds uttalelser i sak 94-104.562.² Innklagede burde, i forbindelse med de avklaringer som ble foretatt i klagers tilbud, ha påpekt de svakheter ved klagers tilbud som innklagede mente var sentrale ved valg av hvilke leverandører innklagede skulle forhandle med, slik at klager kunne få anledning til å avklare disse forholdene. Dette ble ikke gjort, innklagede forholdt seg til reglene for anbudskonkurranser som gir begrensede muligheter for avklaringer. Klager ga således ren informasjon om tekniske sider ved leveransen ved avklaringen, og har ikke på noe tidspunkt reservert seg mot eller gitt uttrykk for ufravikelige løsninger.
- (20) Det fremgår av innklagedes brev til klager av 11. april 2008 at innklagede fortsatt vurderte klagers tilbud som aktuelt, selv om innklagede valgte ikke å forhandle med klager. Dette er i strid med kravet om at oppdragsgiver må forhandle med alle tilbydere som kan ha mulighet til å nå opp i konkurransen.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke referanser på en måte som ikke er gjennomsiktig og etterprøvbart, jf. klagenemndas saker 2007/150, 2007/16, 2005/206 og 2005/174. Innklagede har i tilsvaret opplyst hvilke referanser som er kontaktet. Dette er samtaler innklagede har lagt avgjørende vekt på, og som det ikke finnes skriftlige referater eller notater fra, noe som gjøre det vanskelig for klager å komme til bunns i hva de konkrete innvendingene mot den tilbudte leveransen er, og motbeviser disse. Innklagede har også vist til besøket på klagers produksjonsanlegg, uten at det dokumenteres hvilke negative opplysninger som har kommet frem, og hvem som har kommet med dem.

²

Klagenævnets sak 18. november 1996. European Metro Group. mod Ørestadsselskabet I/S.

- (22) Innklagede har videre brutt regelverket ved å hente inn referanser fra personer som klager ikke har oppgitt i tilbudet, slik som SLs vedlikeholdsleverandør Euromaint. Klager og Euromaint har motstridende interesser vedrørende årsaken til visse innkjøringsproblemer med togleveransen i Sverige.
- (23) Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet er også brutt ved at innklagede ikke har skrevet referat fra avklaringsmøtet den 9. april 2008, og således ikke dokumentert opplysningene om klagers tilbud som innklagede påstår kom frem i dette møtet.
- (24) Klager har ikke gitt innklagede uriktige opplysninger om påliteligheten til systemer og komponenter i den tilbudte leveransen. Under avklaringsmøtet 9. april 2008 informerte klager om erfaringene med innkjøringsproblemer med leveransen av X60 tog til AB Stockholms Lokaltrafik (SL), som var den første leveransen av denne type tog til Sverige. Det ble opplyst at innklagede på tidspunktet for leveransen ville være den fjerde kunden i Norden for denne type togleveranse, og at togene på dette tidspunkt ville være vel utprøvd, noe som ville gjøre det lettere å tilpasse togene til innklagedes krav på et langt tidligere tidspunkt enn det som var tilfelle for leveransen til SL. Dette i motsetning til togleveransen fra valgte leverandør, som ikke vil være utprøvd på nordiske vinterforhold i det hele tatt. Det medfører ikke riktighet når innklagede konkluderer med at klagers tog er utprøvd i nordisk klima, men med utilfredsstillende resultat. Innkjøringsproblemene med den første leveransen av X60 ble utbedret, og togene hadde vinteren 2007/2008 ingen problemer. Innkjøringsproblemene var heller ikke knyttet til de tekniske funksjonene innklagede hevder er svakheter ved klagers tilbud. Det er ikke riktig at klager først ga disse opplysningene etter å ha blitt konfrontert med opplysningene fra referansebesøkene.
- (25) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Technical functionality*" ved ikke å basere tilbudsevalueringen på de opplysninger klager har gitt i sitt tilbud, jf. klagenemndas sak 2007/157, samt ved å foreta vilkårlige og udokumenterte vurderinger. Det bemerkes at klagers hjulstandarder og akseltrykk er av standard format i bransjen, og det foreligger ikke dokumentasjon eller tekniske verifiserbare holdepunkter for å konkludere med at dette kan utgjøre en svakhet ved klagers leveranse. Innklagede har videre påstått at høye belastninger er en svakhet ved klagers tilbud. Belastningene for X60 togene er helt i samsvar med spesifikasjonene, og har vært utprøvd og testet i henhold til foreskrevne prosedyrer, uten at det noen gang er stilt spørsmål ved dette. Det samme gjelder innklagedes påstander om "*disk deflection*", som fremstår som helt udokumenterte. Det må kreves at innklagede angir hva som er tilstrekkelig nivå/standard når det gjelder krav til pålitelighet og tilgjengelighet, og hvor mye klagers tilbud avviker fra dette. Det følger av klagenemndas uttalelser i sak 2004/16 at skjønnsmessige evalueringer skal baseres på forsvarlige og anerkjente metoder/standarder i bransjen. For øvrig bemerkes at innklagedes togtype 73 ikke var et tema verken i konkurransegrunnlaget eller på avklaringsmøtet. Klager opplevde avklaringsmøtet som positivt.
- (26) Innklagede har i sitt tilsvare pekt på fire problemområder som er kommet frem i samtaler med SL og Euromaint. Når det gjelder fiskebeinsmønster i hjulgodset, gjelder dette kun et fåtall tog, og er ikke en systemfeil den tilbudte leveransen til innklagede var beheftet med. Når det gjelder høy temperatur i bremseskivene skyldes dette sannsynligvis personellens håndtering av de elektroniske bremsene. Utstyret er likevel konstruert for å

tåle temperaturer opp mot 450 °C. Klager utreder for tiden hvilke tiltak som bør iverksettes for å motvirke slike utførelsesfeil. Innklagede peker også på at pålitelighetsnivå i henhold til avtalen mellom SL og klager ikke var oppnådd. Klager antar at dette skyldes at leveransen fortsatt var i en kontraktuell verifiserings/uttestingsfase, nettopp for å finne avvik og forbedringspotensial som er blitt rettet opp. Når det gjelder opplysningen om at en stor andel av flåten var ute for garantioppfølging, er dette en for generell innvending til den tidligere leveransen, og dette gjelder i tilfelle i begrenset utstrekning forhold ved selve leveransen. Klager kunne bidratt til å oppklare alle disse forholdene dersom innklagede hadde påpekt dette under avklaringsmøtet.

- (27) Det er mer enn ti hovedsystemer og flere hundre komponenter i den type togleveranser som denne saken gjelder. Innklagede har i sin tilbudsevaluering nærmest utelukkende fokusert på ett system og en komponent, og bare vurdert konfigurasjon av drivsystem. Det legges derfor til grunn at de øvrige systemene i det minste fremstår som tilfredsstillende, og ett av disse er etter innklagedes utsagn utmerket. Det fremstår på denne bakgrunn som uforsvarlig og uventet at klager får nær lavest mulig poeng under dette kriteriet, mens valgte leverandør får full uttelling på et system som fremstår som svært likt klagers, og som ikke har vært testet på nordiske vinterforhold.
- (28) Innklagede har forskjellsbehandlet leverandørene ved ikke å ta hensyn til at klagers leveranse er et standardisert produkt beregnet på nordiske vinterforhold. Innklagede fremhevet under anskaffelsesprosessen at togenes robusthet og tilpasning til nordisk klima var et sentralt hensyn ved leveransen. Innklagede uttalte på avklaringsmøte 6. desember 2007 at sveitsiske vinterforhold ikke kunne sammenlignes med nordiske, uten at det ser ut til at innklagede har tillagt dette negativ betydning ved evalueringen.
- (29) Innklagede har heller ikke i tilstrekkelig grad tatt hensyn til erklæringen om standardisering og utprøvd teknologi som leverandørene måtte signere ved evalueringen av tilbudene. Innklagede har, etter det klager kan se, ikke i tilstrekkelig grad fanget opp de angitte prinsippene som skulle gjelde for leveransen i utformingen og forståelsen av tildelingskriteriene. Tilbudsevalueringen blir derfor uventet og i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (30) Dersom innklagede hadde vurdert klagers leveranse som tilfredsstillende, slik tilgjengelig dokumentasjon ga grunnlag for, ville klager fått 3 av 5 poeng på dette tildelingskriteriet. Dette ville vært utslagsgivende i konkurransen i favør av klager, og klager ville således være i posisjon til å få kontrakten gjennom videre avklaringer/forhandlinger med innklagede. Innklagede hadde derfor ikke et tilstrekkelig grunnlag til ikke å shortliste klager til å delta i forhandlingene.
- (31) Innklagede har brutt regelverket ved å kun gi klager 1 av 5 mulige poeng på underkriteriet "*komfort*", som utgjør en sentral del av tildelingskriteriet "*End-customer experience*". Klager har dokumentert komfort i tilstrekkelig grad. Det medfører ikke riktighet, slik innklagede hevder, at deler av avklaringsmøtet 9. april 2008 handlet om spørsmål knyttet til "*End-customer experience*". Dette møtet gjaldt utelukkende forhold vedrørende leveransens tekniske funksjon. I e-post 6. april 2008 meddelte innklagede at innklagede hadde tilstrekkelig informasjon om togets utforming når det gjaldt design og komfort.

- (32) Når det gjelder seter i togene, medfører det ikke riktighet at klager, da innklagede besøkte klagers produksjonslokaler, ga uttrykk for at *"man ikke kunne forsikre at det ville bli valgmuligheter i forhold til de løsninger oppgitt i tilbudet"*. På spørsmål fra innklagede om innklagedes standard for seter kunne benyttes, svarte klager at man foretrakk å avklare to andre muligheter, uten å utelukke at innklagedes standardseter kunne installeres som alternativ. Innklagede burde ha fulgt dette opp gjennom videre avklaringer, dersom svaret ikke ble ansett for tilfredsstillende.
- (33) Uansett kan ikke dette forholdet tilsi at klager vurderes som svært dårlig på komfort, tatt i betraktning alle de aspekter vedrørende komfort som klager har imøtekommet i sitt tilbud. Det fremstår derfor som usaklig, vilkårlig og uventet at klager kun oppnår ett av fem mulige poeng på dette kriteriet.
- (34) Det er ikke riktig at klager har begrensninger med hensyn til fargevalg. Klager har under avklaringene med innklagede godtatt å kunne tilby ulike utforminger med hensyn til farger.
- (35) Klager har ikke avvist muligheten for å plassere innklagedes logo på fronten av toget. Problemer med plassering av logo har ikke vært et tema under avklaringene, og logen kan således plasseres hvor som helst, noe klager var helt åpen for, og regnet med å kunne få avklart nærmere underveis i avklaringene/forhandlingene rundt tilbudet.
- (36) Når det gjelder innklagedes innvendinger til størrelsen på vinduene i de tilbudte togene, har heller ikke dette vært et tema i avklaringsprosessen, og har således ikke vært formidlet til klager. Ut fra de tilbakemeldinger innklagede ga klager under avklaringsprosessen, hadde klager ingen grunn til å anta at størrelsen på vinduene ble ansett for å være lite tilfredsstillende.
- (37) Det bemerkes at klager, uansett utfallet av evalueringen av kriteriene vedrørende komfort, ville ha vært i posisjon til å få kontrakten dersom klager var blitt vurdert som tilfredsstillende på kravet til teknisk funksjonalitet.
- (38) Innklagede har brutt regelverket ved å fastsette en for kort frist til å klage på tildelingsbeslutningen. Innklagede ga tilbyderne knappe fjorten dagers klagefrist. I henhold til gjeldende lære og praksis skal klagefristen være minst ti dager. En klagefrist på fjorten dager er det normale for anskaffelser av normalt omfang. Denne saken gjelder en anskaffelse av ekstraordinært omfang, verdi og kompleksitet. Den første begrunnelsen var også svært generell, og innklagede burde derfor tatt høyde for at leverandørene ville be om nærmere begrunnelse for å vurdere om det var grunn til å klage. Klagefristen burde derfor vært minst tre uker, slik at klager fikk tilstrekkelig anledning til å forta vurderinger av om innklagede hadde tilsidesatt klagers rettigheter i konkurransen. Dette særlig tatt i betraktning av at klager først rett før klagefristens utløp fikk nærmere informasjon om hvorfor klager ikke ble *"shortlistet"*, og at klagefristen løp over to helger.
- (39) Innklagede har videre brutt regelverket ved at klageadgangen ikke var effektiv og reell, jf. håndhevelsesdirektivet punkt 10. Dette ved at innklagede allerede dagen etter klagefristens utløp inngikk kontrakt med valgte leverandør, uten å gi tilbakemelding på klagen.

- (40) Klager ber om at klagenemnda vurderer om vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (41) Klagen bør avvises fra behandling av klagenemnda for så vidt gjelder anførslene vedrørende tilbudsevalueringen. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan ikke overprøves, og i den grad anførslene gjelder faktum oppstår det teknisk kompliserte spørsmål som best kan belyses ved muntlige forhandlinger. Når det gjelder klagers anførsler vedrørende prosessen som sådan er det klart at disse ikke kan føre frem, og også disse bør derfor avvises fra behandling.
- (42) Det var tilstrekkelig når innklagede forhandlet med to leverandører. Forsyningsforskriften § 10-2 (2) retter seg mot utvelgelsen av leverandører til å inngi tilbud, og ikke mot sluttforhandlingene. Uansett om bestemmelsen skulle anses som relevant for problemstillingen, er det klart at det er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse å forhandle med to leverandører, og samtidig ha stående tilbud fra to andre leverandører. Det er svært ressurskrevende å gjennomføre forhandlinger i anskaffelser av denne typen, og det er utvilsomt opp til oppdragsgiver å vurdere hvor mange leverandører man finner det hensiktsmessig å forhandle med. Oppdragsgiver er ikke forhindret fra å hente inn tilbud fem leverandører, for deretter å forhandle med de to beste. Uansett ville det ikke hatt betydning for klager om innklagede skulle ha forhandlet med tre leverandører, da klager var på fjerdeplass i konkurransen ved shortlistingen.
- (43) Det er feil at innklagede ikke har foretatt en tilstrekkelig avklaring av tilbudet før shortlistingen ble foretatt. I konkurranser av dette omfang og denne kompleksitet er det en utfordring å sikre likebehandling gjennom hele forhandlingsfasen. I praksis må man nesten forhandle seg frem til ferdig kontrakt med alle man har påbegynt forhandlinger med, slik at man sikrer at det ikke gis konkurransefortrinn gjennom forhandlingene. Den beste fremgangsmåten er derfor å foreta en reduksjon av antallet leverandører det forhandles med gjennom en vurdering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene. En slik fremgangsmåte fremgår nå direkte av den alminnelige anskaffelsesforskriften § 20-11 (1), og det er ut fra tidligere praksis utvilsomt at en slik fremgangsmåte også kan benyttes innenfor forsyningssektoren. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 at innklagede ville benytte denne fremgangsmåten. Innklagede nedla før shortlistingen et omfattende arbeid for å avklare innholdet i tilbudene, men uten å forhandle med tilbyderne, blant annet gjennom avklaringsspørsmål, referansebesøk og besøk hos tilbyder. Innklagede hadde således et uvanlig godt grunnlag da shortlistingen ble foretatt
- (44) Klagers anførsler vedrørende brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ved bruken av referanser er basert på feil faktum. Uttalelsene fra referansene ble ikke tillagt avgjørende betydning i vurderingen som ledet til at klager ikke ble shortlistet.
- (45) Bruken av referanser i denne saken kan ikke sammenlignes med de spørsmål som er drøftet i sakene klager refererer til. I dette tilfellet fremgikk det av Instructions to Tenderer punkt 9.2.2 at referanser skulle oppgis, og at innklagede blant annet ville vektlegge om de tilbudte togene var basert på utprøvd teknologi som hadde vist at løsningene var driftssikre. Referansene er oppgitt i klagers tilbud, og er benyttet for å kvalitetssikre innklagedes evaluering av tilbudene. Klager oppga i sitt tilbud SL som kunde og referanse, og påberopte leveransen som et viktig bevis på togenes

driftssikkerhet. SL har satt bort vedlikeholdet av sine tog til et annet selskap, Euromaint. SL har likevel full innsikt også i vedlikehold-operatørens opplevelse av togene, og kunne i samtaler med innklagede gi gode og utfyllende tilbakemeldinger på dette. Det kom således ikke frem nye opplysninger av betydning under besøket hos Euromaint. Siden klager hadde oppgitt leveransen av tog til SL som en av sine hovedreferanser, må det ha fremstått som helt naturlig for klager at innklagede ville ta kontakt, ikke bare med SL, men også med vedlikeholderen. Kontakten med Euromaint må således anses i samsvar med konkurransegrunnlaget og klagers tilbud. I den grad man skulle mene at dette ikke er fullt dekket, vises det til klagenemndas sak 2007/16 premiss 49, og det anføres at tilsvarende må gjelde når den oppgitte referansen har satt bort vedlikeholdet av den kjøpte varen, slik at det er referansens kontraktspart som har mye av den faktiske kunnskapen om produktet.

- (46) Innklagede har benyttet referansene på en etterprøvbart måte. Det understrekes at kontakten med referanser under evalueringen av *"Technical functionality"* hadde til formål å undersøke om SLs praktiske erfaringer med produktet stemte overens med innklagedes evaluering av tilbudet. Evalueringen av tilbudene ble gjennomført ved at vurderingene under de enkelte tildelingskriteriene ble nedtegnet i skjemaer. I skjemaet var det en egen fane for *"Findings in references and clarifications"*, og i den grad svar på avklaringsspørsmål, referansebesøk, fabrikkbesøk eller opplysninger gitt på avklaringsmøtet med tilbyderne ledet til endringer i tilbudet ble det nedtegnet her. Innklagedes saksbehandlere tok også private notater. Innklagedes besøk hos klagers referanser ledet ikke til noen endring i klagers karakter på tildelingskriteriet *"Technical functionality"*.
- (47) Også avklaringsmøtet er gjennomført på en forutberegnelig og etterprøvbart måte. Innklagede kan ikke bebreides for ikke å ha drøftet informasjonen som kom frem under referansebesøkene som innklagede gjennomførte ved klagers produksjonsanlegg. Innklagede påpekte overfor klager at innklagede hadde fått tilbakemelding på at det var problemer, men da klager avviste dette var det ikke mulig med noen detaljdiskusjon om problemene. Innklagede har heller ikke brutt regelverket ved å unnlate å føre referat fra møtet. For det første kan det ikke oppstilles noe rettskrav om at det må føres referat fra denne typen avklaringsmøter. Formålet med avklaringer er å øke oppdragsgivers forståelse av tilbudet. For å sikre etterprøvbart og gjennomsiktighet vil det være viktig å kunne vurdere hvilken forståelse av tilbudet oppdragsgiver har lagt til grunn. Dette vil imidlertid fremgå av evalueringen som sådan, og vil innebære at det stilles andre krav til dokumentering av avklaringer enn dokumentasjon av forhandlinger. Uansett er en eventuell referatplikt tilstrekkelig ivaretatt her. Innklagede sendte på forhånd ut en liste over punkter som skulle diskuteres. Spørsmålene er i stor grad utdypninger av spørsmål som på forhånd var stilt gjennom avklaringsrundene, og dokumentert i form av 79 skriftlige spørsmål og svar. Det har ikke betydning i hvilket format oppdragsgiver sikrer dokumentasjon og oversikt over avklaringene. Innklagede førte også interne referater fra møtene, og førte inn eventuelle endringer i forståelsen av tilbudene i evalueringsskjemaene.
- (48) Innklagedes evaluering av klagers tilbud under tildelingskriteriet *"Technical functionality"* er ikke vilkårlig og uforsvarlig. Innklagede har tidligere erfart at leverandører har en tendens til å undervurdere belastningene løpeverk og bremses utsettes for ved drift under norske forhold. Innklagedes bekymringer rundt dette ble derfor tatt opp under avklaringsmøtene med leverandørene. I forhold til klager ble det

særlig lagt vekt på innklagedes togtype 73, som bremsemessig er konstruktivt og komponentmessig svært likt toget klager tilbød. Belastningen på togtype 73s bremses ligger helt på grensen av hva som kan tåles teknisk, og langt over grensen for hva som er ønskelig ut fra et økonomisk aspekt. Dette ble meddelt klager på møtet, og det burde da vært klart for klager at løsningen klager tilbød ikke ville bli ansett risikofri av innklagede. Evalueringen må i det hele tatt ha vært som ventet ut fra tilbakemeldingene som ble gitt.

- (49) Klager har bestridt at "*disc deflection*" er et reelt problem. Dette medfører ikke riktighet. Dersom klager virkelig mener dette, kan det synes som om klager ikke har involvert relevant bremseteknisk kompetanse i saken.
- (50) Det er ikke riktig at noen kilder har vært utslagsgivende for evalueringen under dette punktet. Gjennom referansesjekken hos SL fikk innklagede bekreftet det innklagede på bakgrunn av sin omfattende kompetanse kunne lese ut fra klagers tilbud. Klagers svenske kunde, og selskapet som vedlikeholder togene, har imidlertid gitt uttrykk for problemer med produktet. Innklagede finner det bemerkelsesverdig at klager i møter med innklagede har benektet at det var problemer med leveransen. Klager innrømmet først dette da innklagede konfronterte klager med opplysningene fra referansebesøkene. Innklagede fant dette lite tillitvekkende. Det medfører ikke riktighet at problemene hadde karakter av å være "*tidligere innkjøringsproblemer*". Innklagede gjennomførte besøkene i mars 2008, og opplysningene innklagede fikk bygger på alle SLs erfaringer frem til dette tidspunktet. Innklagede foretok en omfattende gjennomgang av problemområder vedrørende X60 med SL og Euromaint. Viktige opplysninger var blant annet observasjon av fiskebensmønster i hjulgodset under hjuldreining, høy temperatur (opptil 450 °C) i bremseskiver, pålitelighetsnivå var ikke oppnådd i henhold til avtalen og en stor del av flåten var ute for garantioppfølging. Funnene er forenelige med de problemer innklagede ville forvente på bakgrunn av tilbudet. Situasjonen er således at tilbudsevalueringen er basert på tilbudet, og ikke "*hva man mener er utilfredsstillende ved tidligere leveranser*". For øvrig bemerkes at fiskebensmønster i hjulgodset ville vært en systemfeil etter partenes avtale. Når det gjelder de øvrige funnene bekrefter klager i sine anførsler overfor klagemnda at det har vært problemer.
- (51) Innklagede er overrasket over klagers standpunkt om at det ikke finnes dokumentasjon eller teknisk verifiserbare holdepunkter for å konkludere med at hjul/akseltrykk kan utgjøre en svakhet ved klagers tilbudte leveranse. Små hjuldiametre medfører større flatetrykk i kontaktflaten mellom hjul og skinne. Dette medfører videre større skinneslitasje og fare for materialflyt og utmattingsskader på skinnenehodet. Jernbaneverket stiller på bakgrunn av dette minimumskrav til hjuldiameter i forhold til aksellasten. Kravspesifikasjonen henviser i dette tilfellet til dokumentene der Jernbaneverkets krav til maksimal aksellast for vogner er definert for forskjellige hjulradier. For hjuldiameter 760 mm er maksimum aksellast 18 tonn. For hjuldiameter 840 mm er maksimum aksellast 20 tonn. Klagers tilbud oppfyller ikke disse kravene. Innklagede vurderer det videre på generell basis som lite ønskelig at materiellet har hjul med liten diameter. "Tilgjengelig" slitasjemateriale i hjulene blir redusert, og hjulenes levetid blir derfor kortere. Kostnadene knyttet til hjulbytte er store, og for de totale vedlikeholdskostnadene er hjulenes levetid av stor betydning. For store flatetrykk vil også medføre økt hyppighet av materialutfall i hjulene, noe som reduserer levetiden ytterligere. Det er for innklagede uforståelig om klager virkelig ikke er kjent med disse faktiske forhold.

- (52) Klagers påstander om toget valgte leverandør tilbød er grunnløse. Dette toget skiller seg fra klagers løsning på en rekke punkter, og har etter innklagedes mening en helt annen kvalitet med hensyn til teknisk funksjonalitet enn klagers tog.
- (53) Klager blander sammen innklagedes mål og forventninger med anskaffelsen med tildelingskriteriene. Påstanden er at innklagede skulle lagt større vekt på *"standardization and proven technology"* og erfaring fra *"nordiske vinterforhold"*. Den relevante betydningen av slike forhold er imidlertid presist angitt under det enkelte tildelingskriterium, jf. konkurransegrunnlaget punkt 9.2. ved underpunkt 9.2.2. Tilbudene er vurdert ut fra det som her er angitt vedrørende *"reliability"*, *"degree of standardization and proven technology"*, *"experience"* og *"winter abilities"*. Ut over dette er det ikke adgang til å legge vekt på nordiske vinterforhold eller andre forhold som klageren trekker frem.
- (54) Hovedårsaken til at klager fikk karakteren 1 på underkriteriet *"komfort"* er at klager ikke tilbød seter med en dokumentert forventet kvalitet, og gjorde det klart at det var begrensede variasjonsmuligheter om de aktuelle setene ikke tilfredsstilte innklagedes behov. Bakgrunnen for dette var etter det innklagede fikk opplyst togets konstruksjon, med en rekke bokser/kasser i kupeen, der setene til dels er plassert direkte på disse kassene. Setekvaliteten er avgjørende for kundeopplevelsen, og var det viktigste forholdet under underkriteriet *"komfort"*. Klagers anførsel om at forandringer var mulig, og at det kun var et spørsmål om pris, er ikke i samsvar med det som ble anført fra klagers side i tilbudet og under avklaringene.
- (55) Innklagedes evaluering av klagers design er en evaluering i kjernen av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Forholdene som er trukket frem som eksempler, den manglende viljen til å tilpasse designet til innklagedes behov og de små vinduene, er bare elementer i problemet med klagers tilbud. Det fremgikk klart av tilbudet at klager ønsket å ha sin logo i fronten, noe som ble gjentatt i samtaler med innklagedes personell. Uansett er dette en detalj innklagede trakk frem for å illustrere at tilbudet fra klager fremstod som lite fleksibelt. Det er ikke riktig at størrelsen på vinduene ikke har vært et tema i avklaringsprosessen, avklaringsspørsmål nr. 27 gjaldt vinduenes størrelse. Innklagede har evaluert tilbyderne basert på tilbudene, svar på avklaringsspørsmål og opplysninger gitt i møte. Evalueringen kan ikke på noen måte anses uriktig og vilkårlig.
- (56) Innklagede har ikke brutt regelverket når det gjelder begrunnelse, klagefrist og klagebehandling. Det er etter innklagedes mening klart at klagefristen i dette tilfellet tilfredsstiller kravet til *"rimelig tid"* i forsyningsforskriften § 11-4. Det vises til at den alminnelige fristen etter håndhevelsesdirektivet (som ikke har trådt i kraft) er ti dager. Innklagede ga i dette tilfellet lenger frist. Oppdragsgiver har, både generelt og i denne saken, et behov for avklaring som må veies mot leverandørenes eventuelle ønske om en lang klagefrist. Det følger videre, blant annet av departementets veileder til anskaffelsesforskriften at oppdragsgiver må ha et skjønn ved fastsettelsen av fristens lengde.
- (57) Innklagede forstår det videre slik at klager anfører at innklagede har brutt håndhevelsesdirektivet punkt 10 ved å inngå kontrakt med valgte leverandør dagen etter klagefristens utløp. Håndhevelsesdirektivet er ikke implementert i norsk rett. Uansett kan en slik regel ikke utledes av direktivet, og heller ikke av gjeldende anskaffelsesrett.

Som det fremgår av departementets veileder er poenget med klagefristen at tilbyderne må avgjøre om de vil begjære midlertidig forføyning innen klagefristens utløp. Det er ikke slik at man skal kunne foreta denne vurderingen etter at en klage er levert, på fristens siste dag. Uansett ble klagen gjennomgått av innklagedes juridiske rådgiver før kontrakten ble inngått, og dersom det hadde vært grunnlag for klagen, ville kontraktssigneringen blitt utsatt i påvente av en nærmere gjennomgang.

Klagenemndas vurdering:

- (58) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om innkjøp i forsyningssektorene av 7. april 2006 nr. 403 (forsyningsforskriften) del I og del II. Klagen omfatter en rekke forhold. Klagenemnda velger å konsentrere sin drøftelse om de punkter som har direkte betydning for innklagedes bortvalg av klager til de avsluttende forhandlinger om anskaffelsen.

Adgangen til å forhandle med kun to leverandører

- (59) Innklagede inviterte fem leverandører til å inngi tilbud i konkurransen. Det fremgikk av "Instruction to Tenderer" punkt 1 at innklagede ville foreta en evaluering av de innkomne tilbudene basert på tildelingskriteriene, for så å velge ut leverandører til forhandlinger. Innklagede forhandlet i dette tilfellet med to av de fem leverandørene etter at klager var luket ut.
- (60) I forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 fremgår det av §§ 11-8 (1) og 20-11 (1) at forhandlingene kan gjennomføres i flere faser, og at en første reduksjon av antall tilbud kan skje i forkant av forhandlingene, men slik at det gjenstår et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse. Reglene er en kodifisering av praksis fra før forskriftsendringen i 2006, og klagenemnda mener at tilsvarende må legges til grunn for anskaffelser som reguleres av forsyningsforskriften selv om slike regler ikke følger direkte av denne forskriften.
- (61) Det følger av kravet til konkurranse i lovens § 5, jf. forsyningsforskriften § 3-1 (1) at oppdragsgiver ved gjennomføring av en konkurranse med forhandling må forhandle med et tilstrekkelig antall leverandører for å sikre reell konkurranse. Hva som er et tilstrekkelig antall leverandører, må vurderes i hvert enkelt tilfelle, jf. FAD Veileder 2006 side 184, hvor det også antas at det normalt må forhandles med minst tre leverandører for å sikre reell konkurranse, men at det kan tenkes situasjoner der det er tilstrekkelig å forhandle med to leverandører. I klagesak 2008/131 godtok klagenemnda at innklagede forhandlet med to leverandører i den avsluttende fasen av kontraktsforhandlingene:

(74) I brev av 24. juni 2008 fikk samtlige leverandører anledning til å gi et forbedret tilbud før innklagede besluttet hvilke leverandører det skulle forhandles videre med, og dermed også før beslutning om tildeling av kontrakt, jf. § 20-11 (3). Vilåret for å benytte en faseoppdelt fremgangsmåte etter § 20-11 (1) var dermed oppfylt. Klagenemnda kan heller ikke se at det i dette konkrete tilfellet var i strid med forskriftens § 20-11 (1) siste punktum at kun to tilbud var med i den avsluttende fasen, jf. også FAD Veileder s. 184.

Den foreliggende sak gjelder en vesentlig større kontrakt enn i sak 2008/131, med svært omfattende tilbudsmateriale. Klager har anført at innklagede skulle påpekt svakheter ved klagers tilbud som var sentrale for utvelgelsen av hvilke tilbud innklagede skulle forhandle om, slik at klager kunne få anledning til å forbedre tilbudet.

- (62) Saksbehandlingen vedrørende klagers tilbud har vært meget grundig og nemnda forstår saken slik at de foretatte undersøkelser, herunder omfattende avklarende opplysninger og besøk ved klagers produksjonssted, ledet til at klager på et faglig grunnlag ble vurdert til ikke å kunne bedre sin posisjon ved ytterligere forhandlinger. Med prosjektets omfang ville slike forhandlinger uansett vært svært tids- og ressurskrevende. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det var i strid med kravet til konkurranse å utelukke klager. Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at innklagede på bakgrunn av tildelingskriteriene ville foreta en reduksjon av antall tilbud i forkant av forhandlingene. Dersom innklagede hadde forhandlet med klager før utvelgelsen av hvilke tilbud det skulle forhandles om ville innklagede ha opptrådt i strid med opplysningene som var gitt i konkurransegrunnlaget. Situasjonen i denne saken kan ikke sammenlignes med situasjonen i klagers påberopte sak 2007/140, der oppdragsgiver hadde opplyst i konkurransegrunnlaget at dersom det kom inn flere enn fem tilbud, ville oppdragsgiver forhandle med de tre leverandørene som hadde inngitt tilbud med lavest pris. Slik ligger det ikke an i vår sak.

Bruk av referanser

- (63) Utgangspunktet er at det er i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet å ta kontakt med andre referanser enn de som er oppgitt av leverandørene, når oppdragsgiver har bedt om at leverandørene skal oppgi referanser, jf. klagenemndas sak 2005/206 premiss 28.
- (64) Klager har i sitt tilbud oppgitt SL som referanse. Denne kunden har satt bort vedlikeholdet av togene til vedlikeholdsoperatøren Euromaint, og innklagede har, under henvisning til klagenemndas sak 2007/16, anført at det måtte være greit å ta kontakt med Euromaint. I sak 2007/16 hadde oppdragsgiver tatt kontakt med en annen person i referansens organisasjon enn den oppgitte kontaktpersonen. Klagenemnda fant etter følgende vurdering at regelverket ikke var brutt, jf. premiss 49:

"I nærværende sak tok innklagede kontakt med den oppdragsgiveren som var oppgitt i klagers tilbud, men snakket med en annen kontaktperson hos denne oppdragsgiveren enn den klager hadde oppgitt. Det er uklart for nemnda hvorfor en annen person ble kontaktet, med det er ikke fremkommet noe som tilsier at valget av kontaktperson var usaklig begrunnet. Så lenge den personen innklagede kontaktet var en person innenfor den organisasjon klager hadde oppgitt, og det ikke foreligger holdepunkter for å si at vedkommende person manglet forutsetninger for å uttale seg på vegne av denne oppdragsgiver om tidligere referanseprosjekt ut fra sin stilling, erfaring, inhabilitet eller lignende, finner klagenemnda at innklagede ikke brøt regelverket ved dette."

- (65) Foreliggende sak skiller seg fra sak 2007/16 ved at innklagede her har tatt kontakt med en referanse utenfor den oppgitte referansens organisasjon, ikke en annen person innenfor organisasjonen. Men mer vesentlig er innklagedes omtale av "references" i konkurransegrunnlaget. Nemnda viser til den faktiske redegjørelse ovenfor, særlig ved avsnittene (4) og (5). Som det der fremgår, etterspørres referanser knyttet til tidligere togleveranser, ikke til selskapsspesifikke uttalelser fra historiske kundeforhold. Klagers

respons på dette var en henvisning til to togleveranser til den svenske kunden som trafikkerer spesifiserte toglinjer i Sverige (Stockholm og Skåne) foruten en forventet leveranse (Östgötaland og Jönköping). Innklagede har gjennomført besøk både ved kunden SL i Stockholm, ved klagers produksjonssted i Salzgitter og ved det selskap Euromaint som på SLs oppdrag har gjennomført vedlikehold på togsett brukt til betjening av de oppgitte trafikktenester i Sverige. Nemnda mener at det i et slikt tilfelle må anses påregnelig og naturlig at oppdragsgiver som ledd i sin vurdering ville gjennomføre denne slags undersøkelser for å sette seg inn i opparbeidede tekniske og funksjonsmessige erfaringer med de tre trafikklinjene selv om klager ikke spesielt har henvist til Euromaint. Hvorvidt operatøren Euromaint ga opplysninger i tillegg til de faktaunderlag innklagede allerede hadde mottatt fra SL, er derfor etter nemndas syn uten betydning. Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet ved å ta kontakt med Euromaint til oppfølging av klagers referanser i tilbudet. Klagers anførsler vedrørende interne interessekonflikter er ikke godt nok opplyst til at nemnda kan ta hensyn til dette.

Skriftlig dokumentasjon fra referansebesøkene

- (66) Det neste spørsmålet er om innklagede ved gjennomføringen av disse besøk og undersøkelser har brutt regelverket ved å unnlate å føre skriftlige referater fra samtalene med referansene. Det følger av forsyningsforskriften § 3-1 (7) at oppdragsgiver skal *"fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet"*.
- (67) Klagenemnda har tidligere godtatt at oppdragsgiver tar muntlig kontakt med referansene, så lenge de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2007/16 premiss 51. I klagenemndas sak 2006/14 premiss 35 kom klagenemnda til at disse kravene er oppfylt dersom oppdragsgiver har tatt tilstrekkelig nøyaktige notater fra samtalene.
- (68) Pålegget om skriftlig protokoll i forskriften om offentlige anskaffelser § 3-21 er ikke gjentatt i forsyningsforskriften, men det følger av forsyningsforskriftens § 3-1 (7), som sitert ovenfor, at oppdragsgiver skal sikre skriftlig dokumentasjon som muliggjør etterprøving ved klagebehandling - foruten at lovens § 5 om grunnleggende krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet tilsier at forbigåtte, avviste eller forkastede tilbydere har krav på rimelig skriftlig dokumentasjon for forhold som anføres for negative utslag i tildelingsprosessen. .
- (69) Nemnda understreker at det skriftlighetskrav som stilles ikke nødvendigvis betyr at det skal utarbeides omforente referater av samtaler og møter mellom oppdragsgiver og øvrige deltagere. Det som kreves, er at oppdragsgiver i ettertid kan dokumentere hvilke opplysninger, inntrykk og vurderinger som har nedfelt seg etter møter og personkontakter i prosessen, hva enten slike knytter seg til intervjuer og samtaler, telefon eller til korrespondanse (evt. e-post eller SMS). Innklagede har i dette tilfellet vist til at uttalelsene fra referansene er dokumentert ved at de ble ført inn i evalueringsskjema under fanen *"Findings in references and clarifications"* dersom slike førte til endringer i evalueringen, og at innklagedes saksbehandlere i tillegg tok private notater fra samtalene. Innklagede har imidlertid ikke dokumentert dette overfor klagenemnda, og nemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt

forsyningsforskriften § 3-1 (7) jf. lovens § 5 ved ikke å dokumentere skriftlig de samtalene innklagede foretok med referansepersonene.

Referat fra avklaringsmøtet

- (70) Innklagede har erkjent at det ikke er ført skriftlig referat fra avklaringsmøtet med klager som ble holdt den 9. april 2008. Et referat fra avklaringsmøte med tilbyder kunne klargjort oppdragsgivers forståelse av tilbudet på tidspunktet for tilbudsevalueringen, og ville også opplyst om hvilke tema som ble drøftet og hvorvidt oppdragsgivers forståelse av tilbudet endret seg under samtalens løp. Nemnda viser også her til lovens § 5 om generelle krav til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen og mener at forsyningsforskriftens § 3-1 (7) må tolkes i lys av dette – og da dit hen at overkommelige krav til skriftlig dokumentasjon for avholdte avklaringsmøter må kunne underforstås. Innklagedes anførsel om at innklagede på forhånd hadde sendt ut en liste over punkter som skulle diskuteres innfrir etter nemndas oppfatning ikke krav til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet siden man av en slik liste ikke kan utlede hvordan avklaringsmøtet forløp. I dette tilfellet vises dette nettopp ved at det er uenighet mellom partene om uttalelser på møtet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7) jf. lovens § 5 ved ikke å sørge for skriftlig dokumentasjon fra avklaringsmøtet med klager.
- (71) Ettersom det ikke foreligger et omforent referat fra møtet, kan klagenemnda ikke ta stilling til uenigheten mellom partene om hvorvidt klager på møtet har gitt gale opplysninger, således om det forelå problemer med leveransen av tog til SL i Sverige, og om innklagede på møtet ga opplysninger om at sveitsiske vinterforhold ikke kan sammenlignes med norske, for deretter ikke å ta hensyn til uttalelsen ved tilbudsevalueringen.

Tildelingsevalueringen

- (72) Når det gjelder tildelingsevalueringen, kan klagenemnda bare prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarehet i lovens § 5, samt om det er lagt til grunn korrekt faktum ved tilbudsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2007/140 premiss 28 og 2008/193 premiss 24. Sakens mange tekniske aspekter (bremsefunksjon, ”disc deflection”, hjuldiameter/skinne vektbelastning o.a.) ligger utenfor det som nemnda kan etterprøve.
- (73) Klager har særskilt påklaget innklagedes evaluering av tildelingskriteriet ”End-customer experience” og har konkret pekt på tre forhold hvor det etter klagers mening er begått feil ved evalueringen, nemlig ved *seteløsninger* i toget, *fargevalg* på eksteriør og plassering av *logo*. Klagenemnda avstår fra å gå nærmere inn i de innkjøpsfaglige vurderinger innklagede har gjort på disse punkter, men oppfatter saken slik at innklagede registrerte flere reservasjoner fra klager vedrørende disse forhold og derfor lot dette slå negativt ut. Klager mener åpenbart at disse forholdene kunne vært utdypet ved forhandlinger, men dette rokker ikke ved at innklagede har vektlagt disse forhold ved avgjørelsen om hvilke leverandører som skulle nå opp til siste runde i forhandlingene. Klagenemnda vil ikke overprøve en slik vurdering. Klagers anførsler på disse punkter fører dermed ikke frem. Klagenemnda vil heller ikke kommentere klagers anførsel om at innklagede har forskjellsbehandlet klager ved ikke å ta hensyn til at klager tilbød et standardisert produkt beregnet på nordiske vinterforhold, og anførselen om at innklagede ved evalueringen av tilbudene ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til

erklæringen om standardisering og utprøvd teknologi som leverandørene måtte signere. Dette er innkjøpsfaglige forhold som nemnda ikke etterprøver. Størrelsen på vinduer i toget har i følge innklagede vært et tema under avklaringene. Nemnda må konstatere at innklagede har gjort sine vurderinger enten ut fra klagers tilbud eller ut fra respons på spørsmål som ble stilt om vinduene. Nemnda foretar ingen bevisvurdering hvis partene har motstridende beskrivelser av hendelsesforløpet vedrørende hva som er blitt tatt opp til drøftelse og avklaring. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på disse forhold.

Frist for å påklage tildelingsbeslutningen

- (74) Det følger av forsyningsforskriften § 11-4 (1) at oppdragsgiver i "*rimelig tid*" før inngåelse av kontrakt skal gi skriftlig melding om hvem som er tildelt kontrakten. Denne meddelelsen skal "*også angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen*". Bestemmelsen er reelt sett likelydende med forskriften om offentlige anskaffelser (FOR 2006-04-07 nr 403) § 22-3 (om anskaffelser over EØS-nivå).
- (75) I meddelelsesbrevet av 19. august 2008 ble fristen for å påklage tildelingsbeslutningen satt til 1. september 2008, det vil si 13 dager. Klager anfører at fristen er for kort og at klageadgangen ikke er reell i dette tilfellet fordi avtale ble inngått dagen etter klagefristens utløp.
- (76) Verken forskriften om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften setter noen kalendarisk klagefrist. Avgjørende er hva som etter forholdene må anses som "*rimelig tid*". Klagenemnda har tidligere tatt utgangspunkt i en minstefrist for å påklage tildelingsbeslutningen på 10 dager, basert på føringer i EU direktiv 2007/66/EF om tvungen "*standstill period*" før avtaleinngåelse (den såkalte "*Alcatel*" perioden etter EF-domstolens sak C-81/98 (1999-10-28)). Det foreliggende saksforhold gjelder en meget omfattende, svært kostbar og teknisk komplisert anskaffelse med vidtrekkende konsekvenser for NSB i overskuelig fremtid. At klager faktisk har maktet å overholde fristen kan da ikke være avgjørende. Man kan ikke utelukke at klagen kunne vært mer utførlig forberedt om fristen hadde vært romsligere. Nemnda bemerker også at den mer utfyllende begrunnelse først fremkom den 26. august 2008, da det bare var fem dager igjen av klagefristen. Anskaffelsen er etter hva innklagede selv opplyser, det største innkjøp overhodet i NSBs historie, og saken har pågått siden invitasjonen til de utvalgte prekvalifiserte leverandører i november 2007. Ut fra dette mener nemnda at en klagefrist på bare 13 (reelt 5 om man ser hen til innklagedes reelle begrunnelse) dager er urimelig kort tid. Nemnda godtar at en oppdragsgiver har et sterkt ønske om å få lagt anbudsprosessen bak seg, men et slikt ønske må veies mot avviste og forkastede leverandørers lovlig vernede behov for å få gjennomført en klagebehandling som er reell, og ikke fremstår som en ren formalitet. Når innklagede velger å inngå avtale dagen etter fristutløp, og dermed uten at klager har fått rimelig tid til å imøtegå beslutningen om å utelukke ham fra forhandlingene, underbygger dette ytterligere at klageren var uten reelle muligheter for å oppnå en forsvarlig behandling av klagens mange enkeltanførsler. At innklagede mener å ha vurdert klagen uten å se grunn til å utsette avtaleinngåelse, endrer ikke den innvending at fristen i realiteten og uansett ikke ga nok tid til å forberede klagen. Klagenemnda mener etter dette at innklagede har brutt regelverket ved å sette en klagefrist som etter forsyningsforskriftens § 11-4 (1) ikke kan anses fort å være "*rimelig*" og ved å inngå avtale uten å ha ivarett klagers behov for et reelt og vel forberedt grunnlag for revurdering av beslutningen om å utelukke ham fra forhandlinger. Nemnda er innforstått med at beslutningen om å utelukke klager fra forhandlinger ble truffet allerede 21. april 2008 og at det formelt var denne beslutning

klageren imøtegikk da saken ble avsluttet i august. Men de reelle hensyn som underbygget beslutningen om ikke å slippe klager frem til sluttforhandlinger, fremkom først da tildelingsbeslutningen ble meddelt 19. august og utdypet 26. august, og det må det tas hensyn til ved vurderingen av om klagefristen er rimelig.

- (76) Klagenemnda lar spørsmålet om mulig erstatningsansvar for de påviste feil stå åpent, jfr klageforskriftens § 12.

Konklusjon:

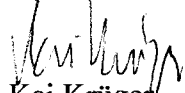
Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7) ved ikke å gjøre skriftlige opptegnelser fra samtaler med klagers referanser og fra avklaringssamtaler med klager.

Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-4 (1) ved å sette en for kort klagefrist før avtale ble inngått med valgte leverandør.

Klagers øvrige anførsler er enten ikke behandlet eller har ikke ført frem.

For klagenemnda,

2. mars 2008


Kai Krüger