



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i to trinn vedrørende prosjektering og utførelse av et nytt ledningsanlegg for sentrale deler av Oslo. Klagenemnda kom til at innklagede ved å gå fra et krav som var oppstilt om rørboring som metode, og godta rørpressing som metode, ikke brøt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2010 i sak 2009/280

Klager: NCC Construction

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Endring av konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Vann- og avløpsetaten (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. april 2008 en konkurranse med forhandling i to trinn, vedrørende prosjektering og utførelse av et nytt ledningsanlegg for sentrale deler av Oslo. Kontrakten hadde en anslått verdi på 200 millioner.
- (2) Av kunngjøringen punkt II.1.5 fremgikk følgende om anskaffelsens art og omfang:

"Oppdragsgiver planlegger bygging av et nytt avløpssystem for å bedre vannkvaliteten i indre havnebasseng. Prosjektet er kalt Midgardsormen. Prosjektet omfatter et nytt ledningsanlegg langs Akerselva og i Bjørvika frem til Gamlebyen.(...)

Denne kunngjøringen gjelder mikrotunnelering og boring - inkl installasjon av rørledninger.

Mikrotunnelering er forutsatt for følgende deler av traseen: S9-S57, S6-S57, S6-S4 og S6-S16. Denne delen av anlegget har en lengde på ca 2500 m. Dimensjon på ledningen er 2000 mm indre diameter. Det er forutsatt betongrør.

Boring er planlagt for følgende strekninger: S9-S20 og S9-Gamlebyen pumpestasjon. Indre diameter på rørledningen er 500/600 mm. Det er forutsatt ledning i plastmateriale. (...)

Det vurderes pr. i dag to dybder på anlegget avhengig av hvor traseen krysser T-banen (fra S6). Valg av dybde vil være en viktig premiss for valg av teknologi langs Akerselva. Mikrotunnelering kan også her bli aktuelt, evt. for deler av traseen.

Byggherren engasjerte i slutten av 2007 Norconsult AS som rådgiver. Ved kontraktsinngåelse vil en del av planleggingen av anlegget være foretatt av rådgiver i samarbeid med byggherren. Byggherren vil i samarbeid med rådgiveren utføre grunnundersøkelser frem mot inngåelse av kontrakten.(...)”

- (3) Frist for forespørsel om å delta i konkurransen var satt til 30. mai 2008.
- (4) Fire entreprenører leverte forespørsel om deltakelse i konkurransen innen fristen, og tre ble funnet å være kvalifisert. Disse var Kristian Olimb AS (heretter kalt valgte leverandør), Züblin AS og NCC Construction (heretter kalt klager).
- (5) Konkurranses grunnlaget ble utsendt 5. februar 2009 og tilbudsfristen var satt til 20. april 2009. Norsk Totalkontrakt 2005 gjaldt som kontraktsvilkår. I brev av 27. mars 2009 ble tilbudsfristen forlenget til 11. mai 2009 på grunn av at konkurranses grunnlaget ble utvidet til å omfatte bestemmelser for oppfølging og ivaretagelse av ytre miljø (MOP).

- (6) I tilbyderinstruksen, konkurranses grunnlaget del I vedlegg 0 punkt 1.1 het det at:

”Dette konkurranses grunnlaget gjelder mikrotunnelering og installasjon av rørledninger i delprosjekt B, og i henhold til tekniske spesifikasjoner i del II.”

- (7) Videre fremgikk det av tilbyderinstruksen punkt 1.2 *”Anskaffelsens formål og omfang”*:

”Nytt avløpsanlegg for sentrale deler av Oslo består av flere delprosjekter, som delvis er sammenfallende i tid og delvis gjennomføres etappevis. Delprosjekt B omfatter nye rørledninger i Bjørvika, fra Vaterland/Jernbanetorget til Gamlebyen. I tillegg skal det etableres rørledninger fra Gamlebyen til Sørenga, og Gamlebyen pumpestasjon skal hentes inn i det nye avløpssystemet.”

- (8) Av konkurranses grunnlaget del II vedlegg A punkt 1.3 *”Midgardsormens delprosjekter”* fremgikk følgende:

”Midgardsormen består av følgende delprosjekter:

Delprosjekt A - Gamlebyen - Bekkelaget

Delprosjektet omfatter etablering av:

- > Tilløpstunnel på ca. 2 km, fra Gamlebyen til Bekkelaget renseanlegg, med tverrsnitt på ca. 25 m². Tilløpstunnelen skal utnyttes også som fordrøyningsbasseng.*
- > Pumpestasjon og silanlegg ved Bekkelaget renseanlegg.*
- > Utløpstunnel på ca. 1 km, fra silanlegget til utslippspunkt, på ca. kt. -45 m i Bekkelagsbassenget, med tverrsnitt på ca. 25 m².*

Delprosjekt B - Vaterland/Jernbanetorget - Gamlebyen

Delprosjektet omfatter etablering av:

- Ledning med 02000 mm på strekningen fra Akerselva ved Vaterland til Bjørvika.*
- > Ledning med 02000 mm på strekningen fra Jernbanetorget til Bjørvika.*
- > Ledning med 02400 mm på strekningen fra Bjørvika til Gamlebyen.*
- Ledning med 0600 mm på strekningen fra Gamlebyen til Sørenga.*
- Ledning med 0400 mm på strekningen fra Gamlebyen til Gamlebyen pumpestasjon.*

Delprosjekt C - Opera vest

*> Delprosjektet omfatter etablering av en ledning med 02000 mm på en krevende del av strekningen i Bjørvika. Arbeidet er inkludert i delprosjekt B, opsjon C1 .
Ledningsstrekningen etableres ved mikrotunnelering eller i åpen grøft.*

Delprosjekt D - Jernbanetorget

Delprosjektet omfatter etablering av en ledning med 01400 på fra Jernbanetorget til Christian Frederiks plass. Arbeidene er utført.

Delprosjekt E – Børsen

> Delprosjektet omfatter etablering av ledning mellom Grev Wedels plass og Christian Frederiks plass.

Delprosjekt F - Hovinbekken

> Delprosjektet omfatter etablering av kulvert for oppsamling av Hovinbekken og tilknytning av Hovinbekken til Midgardsormen. Arbeidene er i stor grad utført.

Delprosjekt G - Akerselva

•Delprosjektet omfatter etablering av ledning mellom Kuba og Vaterland. Ledningen etableres dels i åpen grøft og dels som styrt boring."

- (9) Konkurransesgrunnlaget del 1 vedlegg 0 punkt B3 "Spesifikasjoner" inneholdt omfattende krav til dokumentasjon. Om "Anleggsteknisk beskrivelse" het det at:

"Tilbyder skal fremlegge en fylldig beskrivelse av hovedtrinn i konstruksjonsfasen av det foreslåtte anlegg.

- Beskrivelse av utstyr og maskinpark som er tenkt benyttet*
- Forslag til angrepsrekkefølge av de ulike parseller*
- Tilbyders vurdering av hvordan kryssing av steinfylling i delprosjekt C kan skje, og med anbefaling av utførelsesmetode.*
- Eventuelle hindringer eller utfordringer knyttet til trafikk, annen utbyggingsaktivitet eller adkomstforhold"*

- (10) Om alternative tilbud og tilhørende minstekrav fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget del I vedlegg 0 punkt 2.6:

"Tilbyder kan tilby alternative løsninger. Disse må beskrives og prises separat fra tilbyders hovedalternativ.

Som det vil fremgå av det etterfølgende har byggherren fastsatt ledningstraseen vertikalt og horisontalt, samt angitt de sjakter som byggherren mener er nødvendig. Dette betegnes som hovedalternativet, og hele tilbudsgrunnlaget er bygget opp omkring dette. Avvik fra hovedalternativet eller forslag til justeringer av hovedalternativet vil bli oppfattet som alternative løsninger.

For alternative tilbud gjelder minstekrav som er angitt i del II, vedlegg A

Leverandøren skal i tilbudsbrevet redegjøre for de praktiske og økonomiske konsekvensene av det alternative tilbudet."

- (11) Videre fremgikk det om alternative tilbud i del II vedlegg A punkt 2 at:

"I delprosjektet skal det etableres dyptliggende avløpsledninger ved mikrotunnelering, styrt boring og rørinstallasjon.

"VAV har utført omfattende arbeider for å belyse om Midgardsormens delprosjekt B kan gjennomføres, spesielt i forhold til rammebetingelsene knyttet til mulig valg av trasé og plassering av sjakter. Trasé for ledningen og mulig plassering av sjakter er definert i VAV's løsning. VAV's løsning er hovedalternativet, og skal prises. Endringer i forhold til hovedalternativet skal presenteres som alternative tilbud."

- (12) Foruten det som fremgikk av del I vedlegg 0 punkt 2.6 og del II vedlegg A punkt 2 inneholdt konkurransegrunnlaget ingen nærmere regulering for innlevering av alternative tilbud.

- (13) Om tildelingskriteriene fremgikk følgende i del I vedlegg 0 punkt 3.5:

"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Følgende vekting av tildelingskriteriene legges til grunn:

*Kommersielle betingelser teller 50%
Tekniske egenskaper teller 40%
Øvrige forhold teller 10%*

*Kommersielle betingelser
Dette tildelingskriteriet har følgende underposter og med relativ vekting:*

*Pris (samlet kontraktssum), 65%
Betalingsplan 10%
Pris på opsjoner 25%*

*Tekniske egenskaper
Dette tildelingskriteriet har følgende underposter og med relativ vekting:*

*Dokumentert helhetsforståelse av prosjektets tekniske utfordringer 25%
Løsning på anleggstekniske utfordringer 10%
Forslag til passering av steinfylling i parsell S-3 til S-4 (opsjon) 20%
Besvarelse av rørtekniske spesifikasjoner 20%
Angrepsmåte og forslag til samlet fremdrift 15%
Metode og utstyrsval for gjennomføringen 10%*

*Øvrige forhold
Dette tildelingskriteriet har følgende underposter og med relativ vekting:*

*Gode og akseptable tekniske løsninger 50%
Miljø og miljøtilpassninger 30%
Løsning for etablering av nye påslippspunkter 20%"*

- (14) Av konkurransegrunnlaget del II vedlegg A punkt 2.3 fremgikk følgende om boremetoder:

"Styrt boring er en gruppe av metoder innen området betegnet "no-dig" eller "microtunnelling". Styrt boring omfatter ulike styrbare metoder som anvendes ved høye krav til nøyaktighet og stor rekkevidde. Innen "no-dig"-begrepet finnes også ikke-styrbare metoder som anvendes ved små krav til nøyaktighet og kort rekkevidde. Den styrbare gruppen kan generelt deles inn i rørpressingsmetoder og rørboringsmetoder, og det er kun rørboringsmetodene som er aktuelle for denne entreprisen.

For denne entreprisen gjelder følgende krav til metodevalg:

> For strekningene Gamlebyen - Sørenga (S9 - S20) og Gamlebyen - eksisterende pumpestasjon (S9 - S22), kan tilbyder etter eget valg tilby:

> styrt boring med pilothull og trekking av utvidelsesbor tilbake.

eller

> styrt fullprofilboring med mikrotunnelmaskin.

> For alle de øvrige strekninger, dvs, alle boringer av rør med diameter 2000 mm, skal det benyttes styrt fullprofilboring med mikrotunnelmaskin."

- (15) Før tilbudsfristens utløp ble det innlevert to tilbud, fra valgte leverandør og klager. Valgte leverandør oppga Østergaard AS som underleverandør, og Wüwa Bau GmbH som Østergaard AS underleverandør. Klager oppga BAB Rörtryckning AB som underleverandør, og Herrenknecht AG som BAB Rörtryckning AB sin underleverandør.
- (16) I brev av 19. mai 2009 informerte innklagede, deltakerne i konkurransen, om at det skulle gjennomføres en studietur til Tyskland. Fra brevet hitsettes:

"Vi vil herved informere om at en gruppe personer fra prosjektledelsen og vår rådgivende ingeniør, Norconsult AS i uke 22 vil foreta en studietur til Tyskland i den hensikt å studere nærmere utførelse av mikrotunneling og bruk av ulike rørtyper.

Studieturen har vært planlagt en stund, og er vurdert å ikke komme i konflikt med den pågående tilbudskonkurransen for delprosjekt B, når turen avvikles i uke 22. Det er heller ikke deltakere med på turen som vil være en del av VAVs forhandlingsteam. I den grad noen av våre deltakere har konkret innsyn i de foreliggende tilbud, er det en selvfølge at slik informasjon ikke skal kommuniseres i noen sammenheng. Vi er kjent med at gruppen vil besøke maskin- og rørleverandører som er aktuelle som underleverandører for vårt prosjekt, og det er tatt spesielle forholdsregler i denne sammenheng."

- (17) I løpet av forhandlingsperioden ble det avholdt 5 avklaringsmøter mellom innklagede og klager, og 4 avklaringsmøter mellom innklagede og valgte leverandør. Fra referatet fra første avklaringsmøte, som ble avholdt 27. mai 2009, mellom innklagede og valgte leverandør, hitsettes:

"INNLEDNING

Møtet var første gjennomgang av Krisitan Olimb AS' (Olimb) tilbud på Midgardsormen. Olimb presenterte sitt tilbud, spørsmål ble stilt, og saker diskutert.

(...)

GENERELL GJENNOMGANG

- Hindringer forventes.
- Maskiner/utstyr valgt i samarbeid med WOWA Bau, som produserer og utfører.
- Mikrotunnelering(ikke tilbudt) utføres med roterende hode og lukket system for uttransport av masser. Kostbart i forhold til separasjon og deponering. Hindringer kan være problematisk. Kan tilbys.
- Åpen front med trykkluft er tilbudt løsning. Løsningen kan benyttes også i permeable og løst lagrede masser, ved at tilført luftmengde økes.
- Følgende kostnadsindekser for maskinerutstyr ble antydnet;
 - o Åpen front, uten trykkluft — 100
 - o Åpen front, med trykkluft — 150
 - o Mikrotunnelering— 200
- Det benyttes system for smøring på utsiden av ledningen med bentonitt. Risiko for fastkjøring ved driftsstans minimeres. Systemet kan benyttes til etter injeksjon, for å fylle hulrom og dermed redusere setninger. ”

- (18) Fra referatet etter tredje avklaringsmøte mellom innklagede og klager som ble avholdt 5. juni 2009 hitsettes:

”VAV har vært på studietur til Tyskland, og bl.a hatt møte med Herrenknecht, etter at tilbudet ble levert. VAV orienterte om studieturen i forkant. Beklageligvis har det aktuelle prosjektet blitt diskutert. VAV har utarbeidet en rapport fra studieturen, og vil fremlegge den informasjon som har blitt utvekslet mellom VAV og Herrenknecht.”

- (19) Under studieturen til Tyskland har innklagede også møte med Wüwa Bau GmbH, som var underleverandøren til valgte leverandørs underleverandør. I brev av 9. juni 2009 ble klager informert om at det kunne bli aktuelt å be om tilbud på alternative metoder i revidert tilbud. Fra brevet hitsettes:

”Vi viser diskusjonen på avklaringsmøte den 26.05.09, hvor deres underentreprenør BAB Rørtrykking ved Magnus Tingstrand ga uttrykk for ønske om å gi pris på alternativ utførelse av rørtrykkingen i forhold til mikrotunnelering som er gitt som premiss i konkurransegrunnlaget.

Dere har ved flere anledninger uttrykt at dere har forholdt dere til konkurransegrunnlaget med hensyn til tilbudt utførelsesmåte. Vi sitter med en følelse av at det ligger noe mer i denne presiseringen, og at vår foreslåtte metode kanskje ikke er det mest optimale alle hensyn tatt i betraktning. Selv om en annen utførelsesmetode enn beskrevet av oppdragsgiver er et avvik fra konkurransegrunnlaget, er avviket likevel av en slik karakter at det kan forhandles om dette og en eventuell endret løsning legges til grunn i kontrakten. Vi ser det derfor som ønskelig at dere redegjør nærmere for alternative utførelsesmetoder for rørtrykkingen i et av de påfølgende møter. Noe avhengig av hva som fremkommer som deres vurdering, vil vi allerede nå informere om at vi vurderer å be om tilbud på alternative metoder i et revidert tilbud.”

- (20) Henvendelsen ble fulgt opp i fjerde avklaringsmøte mellom innklagede og klager, 10. juni 2009. Fra referatet hitsettes:

”ALTERNATIV UTFØRELSE

Det vises til VAV's brev av 09.06.09 vedr. revidert tilbud. VAV ber om at tilbyder redegjør for alternativ utførelsesmetode for rørtrykkingen."

- (21) Fra referatet etter tredje avklaringsmøte, mellom innklagede og valgte leverandør, avholdt 11. juni 2009, hitsettes:

"Studietur - Besvarelse fra WUWA Bau

VAV oppfordrer Olimb til å inkludere svar gitt fra WOWA Bau i forbindelse med studieturen i det reviderte tilbudet."

- (22) I et udatert brev ble det opplyst om at fristen for å levere revidert tilbud var satt til 29. juni 2009.

- (23) Både klager og valgte leverandør innga reviderte tilbud. Klager innga et tilbud med rørborring/ mikrotunnelering med lukket front som metode og valgte leverandør innga et tilbud med rørpressing/ mikrotunnelering med åpen front som metode, for Midgardsormen delprosjekt B. Valgte leverandør tilbød rørborring/ mikrotunnelering med lukket front for delprosjekt C. Delprosjekt C inngikk som en opsjon i delprosjekt B, opsjon C1.

- (24) I brev av 10. juli 2009 ble det informert om at innklagede aktet å inngå kontrakt med valgte leverandør.

- (25) Klager påklaget tildelingen i brev av 23. juli 2009.

- (26) Innklagede avviste klagen i brev av 24. juli 2009. Fra avvisningsbrevet hitsettes:

"Det er riktig at VAV i utgangspunktet hadde spesifisert at det var "rørboringsmetodene er aktuelle for denne entreprisen" jf, vedlegg A pkt. 2.3. Dette var med bakgrunn i den kunnskap VAV og Norconsult AS satt med da konkurransegrunnlaget ble utarbeidet. Etter hvert som forhandlingene skred fram ble det klart for VAV at også åpen front kunne være en akseptabel og gjennomførbar løsning. Dette ble også NCC Construction AS gjort oppmerksom på i brev av 9.6.2009.

(...)

Til orientering innebærer ikke valgte leverandørs metodevalg, kun rørtrykking, men en kombinasjon av flere metodevalg."

- (27) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 20. august 2009.

- (28) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 21. desember 2009.

- (29) Fra innklagedes tilsvare i brev av 5. februar 2010 var det i punkt 3.2.1 gitt en generell redegjørelse for utførelsesmetoder:

"For de som arbeider i bransjen er vokabularet som benyttes kanskje kjent. En presisering kan likevel være nødvendig. Innenfor "no dig" snakker en om rørpressing og rørborring som to ulike metoder noe som heller ikke er helt presist. Rørpressing er en

teknikk som benyttes ved mindre tverrsnitt og ledningsdiameter. Med de dimensjoner på rørledningen som er mest aktuelle i dette oppdraget, indre diametre på mellom 2,0 og 2,4 m, er rørpressing som metode helt uaktuell. En mer korrekt betegnelse vil være mikrotunnelering med åpen eller lukket front. Som en forenkling og i dagligtale benyttes rørpressing og rørboring uten at en skiller nøyaktig i hvilke sammenhenger rørpressing er aktuelt. Innklagede har da som tittel både på entreprisen og i konkurransegrunnlaget benyttet betegnelsen mikrotunnelering. En ytterligere presisering kunne ha vært en betegnelse som mikrotunnelering med åpen eller lukket front, istedenfor rørpressing og rørboring.

Mikrotunnelering med åpen front, "Rørpressingsmetoden" forutsetter at graving skjer i fronten og at poretrykket kompenseres med et overtrykk ved hjelp av trykkluft for å holde vannet ute. Ved mikrotunnelering med åpen front transporteres gravemassene ut av tunnelen på skinnegående vagger, mens vanligvis ved mikrotunnelering ved lukket front, rørboringsmetoden, tilsettes vann til boremassene på stoff og masser og vann pumpes ut som en slurry. Etter at slurrien er kommet på bakkenivå er det krav om sedimenteringsanlegg for utskilling av faste masser, og eventuelt forurenset vann må renses ytterligere på stedet eller transporteres i avløpssystemet til renseanlegg. Rørboringsmetoden er derfor mer plasskrevende på bakkenivå enn rørpressingsmetoden, som stort sett dreier seg om selve sjakta og nødvendig løfteredskap ved sjaktkanten."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

- (30) Klager anfører at innklagede ved å forespørre tilbyderne om å anvende rørpressing som utførelsesmetode og/ eller ved å godta et tilbud med rørpressing, har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Det fremgikk helt klart av konkurransegrunnlaget, jf del II vedlegg A punkt 2.3, at det kun var rørboringsmetoder som var aktuelt. En slik vesentlig endring er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser, og kan ikke gjennomføres uten at konkurransen avlyses og utlyses på nytt.
- (31) At endringen av konkurransegrunnlaget var vesentlig følger for det første av at en grunnleggende forutsetning for klagers tilbud ble endret, slik at klager ikke hadde mulighet til å inngi nytt tilbud i tråd med endringen. Det vises til at konkurransegrunnlaget la føringer på klagers valg av underleverandør. Hadde innklagede fra starten av akseptert rørpressing kunne klager ha inngått avtale med Østergaard AS, og klagers tilbud ville trolig hatt en lavere pris. Når endringen ble gjort hadde klager allerede bundet seg til BAB Rørtryckning AB. Klager anså det slik at BAB Rørtryckning AB ikke hadde tilstrekkelig kapasitet på rørpressing og at valget av leverandør derfor var til hinder for at klager kunne levere et nytt tilbud i samsvar med endringen i konkurransegrunnlaget. For det andre så fremstår konkurransegrunnlaget som dårlig forberedt. Endringen i konkurransegrunnlaget skyldtes ikke endrede omstendigheter, men at innklagede hadde tilegnet seg økt kunnskap om fagfeltet for anskaffelsen etter studieturen til Tyskland.

Avvisning av valgte leverandør

- (32) Valgte leverandørs tilbud inneholdt rørpressing som metode og dette representerer et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget. Innklagede har derfor brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved å unnlate å avvise klagers tilbud.

Erstatning

- (33) Klager anfører at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Generelt om prosjektet

- (34) Det arbeidet som anskaffelsen gjelder er et nytt avskjærende avløpsanlegg i Oslo sentrum. Hensikten med ledningsanlegget er å bygge ny infrastruktur for utbyggingen i Bjørvika og på Sørenga, sanere et gammelt ledningsnett i Oslo sentrum og samle opp de overløp langs Akerselva som bidrar til forurensning av indre havnebasseng og i Oslofjorden. Prosjektet er definert som et miljøprosjekt hvor spesielt forurensningssiden er viet stor oppmerksomhet
- (35) I det aktuelle område er fremkommeligheten for et tradisjonelt grøfteanlegg svært begrenset, samtidig som ledningsanlegget må legges så dypt at det sikrer fall, slik at en dermed unngår fordyrende, og ikke ønskede løsninger fra et driftsmessig synspunkt, som blant annet innebærer flere pumpestasjoner underveis. Planleggingen har videre avdekket at det er sterkt ønskelig å unngå et tradisjonelt grøfteanlegg for å unngå konflikt med andre pågående utbyggingsaktiviteter i området, og ikke minst de belastninger som et slikt grøfteanlegg ville påført de trafikkerende i området for ledningsanlegget.
- (36) Miljøprosjektet Midgardsormen er et av landets største investeringer på avløpssiden, og prosjektet byr på komplekse og varierende utfordringer. Gjennomføringen av prosjektet må skje med ulike anleggsmetoder. For gjennomføringen er prosjektet inndelt i 8 ulike delprosjekter som igjen omfatter en til tre entrepriser.

Vesentlig endring av konkurransegrunnlaget

- (37) Det er riktig at valgte leverandørs tilbud, som ble akseptert, var basert på bruk av rørpressing/mikrotunnelering med åpen front for delprosjekt B. Det bestrides at aksepten av denne boremetoden representerer en ulovlig endring, eller at valgte leverandør skulle vært avvist grunnet vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.
- (38) Det er riktig at innklagede i utgangspunktet hadde spesifisert rørboringsmetodene som er aktuelle for denne entreprisen, jf. konkurransegrunnlaget vedlegg A pkt. 2.3. Dette var med bakgrunn i den kunnskap innklagede og Norconsult AS (byggherrens rådgiver) satt med da konkurransegrunnlaget ble utarbeidet. Rørboringsmetodene ble vurdert som en sikrere gjennomføringsmetode i løsmasser med et betydelig poretrykk. Innklagede erkjenner at formuleringen knyttet til rørboring i konkurransegrunnlaget vedlegg A punkt 2.3 er unøyaktig, og at denne helst skulle vært annerledes. Det er imidlertid ikke grunnlag for å tolke denne formuleringen som et vesentlig vilkår i konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke, på bakgrunn av denne ene formuleringen, grunnlag for å hevde at konkurransegrunnlaget var dårlig forberedt. Det har formodningen mot seg at et så omfattende dokument er utarbeidet på bakgrunn av dårlige forberedelser. Konkurransegrunnlaget er tvert imot forberedt over lang tid, med stor ressursinnsats, og de mest kompetente rådgiverne på området.

- (39) Benevnelsen mikrotunnelering, som er anvendt både som tittel på entreprisen og i konkurransegrunnlaget, omfatter både rørpressing/åpen front og rørboring/lukket front, således er det ikke en endring å akseptere rørpressingsmetoder. Rørboring ble i utgangspunktet valgt fordi denne metoden ble ansett som mest sikker for dem som skal gjennomføre oppdraget. Denne vurderingen skjedde på et tidspunkt hvor en ikke var helt oppdatert på den siste tids utvikling i rørpressingsmetoden, først og fremst i Tyskland.
- (40) Den aktuelle konkurransen er en totalentreprise. Av dette følger det at entreprenøren er den ansvarlige for valg av utførelsesmetode. Det er i konkurransegrunnlaget satt krav om at HMS-plan skal utformes i samsvar med byggherrens overordnede HMS-plan, og at entreprenøren er ansvarlig for egen risikoanalyse og egen sikkerjobbanalyse. Hvilken utførelsesmetode som velges er entreprenøren den beste til å avgjøre, også med hensyn til sikkerhet og risiko i gjennomføringsfasen. Totalentreprise baseres stort sett på funksjons- og kvalitetskrav som grunnlag for planlegging, prosjektering og produksjon av objektet som skal leveres. Om oppdragsgiver skulle ha bestemte krav til hvordan produksjonen ble lagt opp og gjennomført er det sjelden at entreprenøren vil innrette seg etter dette selv om kravene er absolutte. Entreprenøren vil stå fritt i gjennomføringen av sin produksjon og i valg av hjelpemidler. Det har derfor formodningen mot seg at konkurransegrunnlaget låser entreprenøren til å måtte tilby en bestemt metode.
- (41) Innklagede anfører videre at det fremgår av konkurransegrunnlaget at valg av metode var opp til entreprenøren ved at utstyrsvalg var inntatt som en del av tildelingskriteriet *"tekniske egenskaper"*, i underpunktet *"metode og utstyrsvalg for gjennomføringen"*. Innklagede har med andre ord vært oppmerksom på at andre utstyrsvalg enn det omtalte i konkurransegrunnlaget kunne være aktuelt, og medtatt dette som relevant vurderingstema for tildeling av kontrakt. Utstyrsvalget var en del av konkurransen som ikke var låst i konkurransegrunnlaget, og heller ikke kan anses som en endring av konkurransegrunnlaget. Dersom utstyrsvalget ikke omfattet selve mikrotunneleringen, fordi denne var fastsatt til rørboring, ville det vært svært lite igjen å evaluere.
- (42) Innklagede bestrider videre at konkurransegrunnlaget la føringer på klagers valg av underleverandør. Det er ikke riktig som klager anfører at de to tilbudene hadde forskjellig utstyrsvalg i sine tilbud. Klager hadde konsekvent lagt mikrotunnelering med lukket front til grunn, mens valgte leverandør tilbød begge metoder, men hadde valgt å prise tilbudet ut fra en løsning med mikrotunnelering med åpen front, da dette ble ansett mest fordelaktig. I utførelsen av opsjon C1 hadde valgte leverandør forutsatt en løsning med lukket front. At tilbudene hadde ulikt utstyrsvalg var forventet og ble ikke tillagt avgjørende vekt, da dette var en del av konkurransen. I møte med klager reiste klagers underleverandør spørsmål om rørpressing kontra rørboring, og uttrykte ønske om å inngi pris på utførelse med rørpressing, dersom innklagede anså denne metoden aktuell. Innklagede svarte på dette at utstyrsvalg var en del av konkurransen, og at det kunne bli aktuelt å drøfte spørsmålet nærmere i forhold til kontraktens vederlag. Prisdifferansen på de to utførelsesmetodene kan være betydelig – anslått til 20 % forskjell, med rørpressing som den billigste metoden.

Avvisning av valgte leverandør

- (43) Innklagede bestrider at det var grunnlag for å avvise valgte leverandørs tilbud. Krav om rørboring var ikke et minstekrav i konkurransegrunnlaget. Det innebærer derfor intet avvik fra konkurransegrunnlaget at valgte leverandørs tilbud angir pressboring/åpen front som metode.

Avvisning av klagers tilbud og erstatning

- (44) Innklagede anfører også at klagers tilbud inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, og derfor uansett skulle ha vært avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Dette viser at klager ikke kunne vunnet konkurransen, og at det ikke er grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (46) Klagenemnda bemerker innledningsvis at arbeidet med å bygge et nytt avløpsanlegg for sentrale deler av Oslo, var delt inn i flere delprosjekter. Den aktuelle konkurransen omhandlet delprosjekt B, med tilhørende opsjoner. Klagenemnda har oppfattet det på den måten at både rør boring og pressboring faller innenfor det som betegnes som no-dig eller mikrotunnelering, og at dette er metoder for å legge rør, hvor gravingen utføres fra under bakkenivå. Klagenemnda har videre forstått det slik at det også er vanlig, og ofte mer presist, å anvende benevnelsene mikrotunnelering med åpen eller lukket front, og da slik at mikrotunnelering med lukket front er en rørboringsmetode, og mikrotunnelering med åpen front er en pressboringsmetode. Mikrotunnelering med åpen front innebærer at graving skjer i fronten og at poretrykket kompenseres med et overtrykk ved hjelp av trykkluft for å holde vannet ute. Gravemassene transporteres ut av tunnelen på skinnegående vagger. Ved mikrotunnelering med lukket front tilsettes vann til boremassene og massene pumpes ut som en slurry. Etter at slurryen er kommet opp til bakkenivå er det krav om sedimenteringsanlegg og renseanlegg for eventuelt forurenset vann, noe som innebærer at metoden er mer plasskrevende på bakkenivå enn metoden med åpen front.
- (47) Det er ubestridt at innklagede har akseptert et tilbud med rørpressing/mikrotunnelering med åpen front som utførelsesmetode, for delprosjekt B. Klager anfører at innklagede ved å akseptere et tilbud med rørpressing/mikrotunnelering med åpen front, har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, da det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det kun var rørboringsmetoder/ mikrotunnelering med lukket front som var aktuelle for entreprisen.
- (48) I arbeidsbeskrivelsen jf. konkurransegrunnlaget del II vedlegg A punkt 2.3 "Boremetoder", fremgikk det opplysninger om utførelsesmetoder som var forutsatt benyttet i den aktuelle entreprisen. Som innledning var det gitt en generell beskrivelse av aktuelle metoder innenfor området mikrotunnelering, og avslutningsvis stod det at: *"Den styrbare gruppen kan generelt deles inn i rørpressingsmetoder og rørboringsmetoder, og det er kun rørboringsmetodene som er aktuelle for denne entreprisen. I neste avsnitt fremgikk følgende:*

"For denne entreprisen gjelder følgende krav til metodevalg: "

> For strekningene Gamlebyen - Sørenga (S9 - S20) og Gamlebyen - eksisterende

pumpestasjon (S9 - S22), kan tilbyder etter eget valg tilby:

> styrt boring med pilothull og trekking av utvidelsesbor tilbake.

eller

> styrt fullprofilboring med mikrotunnelsmaskin.

> For alle de øvrige strekninger, dvs, alle boringer av rør med diameter 2000 mm, skal det benyttes styrt fullprofilboring med mikrotunnelsmaskin."

- (49) Samtlige mikrotunnelleringsmetoder som det her oppstilles krav om gjelder rørboring/mikrotunnelering med lukket front. Innklagede har altså endret kravspesifikasjonen ved å akseptere at det ble inngitt tilbud basert på pressboring/mikrotunnelering med åpen front.
- (50) Foreliggende anskaffelse er kunngjort som en konkurranse med forhandling i to trinn, hvilket innebærer at kun de prequalifiserte leverandørene sendes konkurransegrunnlaget og inviteres til å inngi tilbud. Det følger av forskriften § 20-11 (4) at det ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandling er adgang til å forhandle om alle sider av tilbudene. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at forhandlingsadgangen er videre enn som så, ved at oppdragsgiver også kan gjøre visse endringer i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/68 hvor det uttales:

"Nettopp behovet for å endre konkurransegrunnlaget begrunner at konkurranse med forhandling i nærmere angitte tilfeller kan benyttes også over EØS-terskelverdiene, jf § 4-2. Hensynet til leverandører som bevisst lar være å delta i konkurransen, og hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet for tilbyderne, tilsier imidlertid at forutsetningene for konkurransen ikke kan endres vesentlig."

- (51) En oppdragsgiver kan således normalt ikke endre krav ved forhandling, som før tilbudene ble innlevert fremstod som ufravikelige eller absolutte. På samme måte kan en oppdragsgiver ved sin beskrivelse i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget avskjære seg selv fra forhandlingsmuligheter, som i utgangspunktet kunne vært utnyttet.
- (52) Det fremgikk av kunngjøringsteksten punkt II.1.5 at boring var planlagt for strekningen "S9-S20 og S9-Gamlebyen pumpestasjon", men når dette ses i sammenheng med at det under samme punkt i kunngjøringen fremgikk at innklagede "i samarbeid med rådgiveren [vil] utføre grunnundersøkelser frem mot inngåelse av kontrakten", må dette forstås som en planlagt metode som ville kunne endres, og ikke som at innklagede i kunngjøringen hadde oppstilt et krav om bruken av rørboring/ mikrotunnelering med lukket front som metode. Etter kunngjøringsteksten omfattet arbeidet både prosjektering og utførelse, hvilket i utgangspunkt innebærer at metodevalget er overlatt til entreprenøren. Det omstridte kravet fremkom først i konkurransegrunnlaget, og kan altså ikke ha fraholdt leverandører fra å forespørre om deltakelse i konkurransen.
- (53) Anskaffelsen gjelder bygging av et nytt avløpssystem for sentrale deler av Oslo. Arbeidet skulle utføres ved bruk av mikrotunnellering, altså at gravearbeidet ble utført fra under bakkenivå, for å unngå de belastningene som et tradisjonelt grøfteanlegg ville medføre. Arbeidet gjelder et komplisert prosjekt, og det fremgikk uttrykkelig av kunngjøringen at innklagede "i samarbeid med rådgiveren [vil] utføre grunnundersøkelser frem mot inngåelse av kontrakten", altså at prosjektplanleggingen ville pågå frem til kontraktsinngåelse. Innklagede har forklart at det var den kunnskapen innklagede og Norconsult AS (byggherrens rådgiver) satt med da

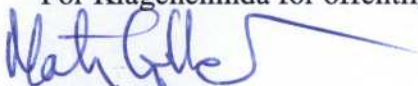
konkurransegrunnlaget ble utarbeidet som var bakgrunnen for formuleringen i konkurransegrunnlaget del II vedlegg A punkt 2.3, om at det kun var "rørboringsmetodene som er aktuelle for denne entreprisen." Når det viste seg at andre metoder kunne være aktuelle gikk innklagede fra de kravene som var oppstilt. Når det ses hen til hvilken type anskaffelse dette gjelder må endringen i utgangspunktet anses å ligge innfor de endringer som innklagede har rett til å gjøre i forhandlingsfasen. Klagenemnda kan heller ikke se at andre forhold i foreliggende sak kan føre til motsatt resultat. I konkurransegrunnlaget del II vedlegg A punkt 2.3 "Boremetoder", var det oppstilt "krav til metodevalg", og slik klagenemnda oppfatter det gav ikke konkurransegrunnlaget ut over dette uttrykk for føringer for metodevalg. Selv om innklagede nok med fordel kunne har uttrykt seg annerledes i punkt 2.3, fremstår ikke kravet absolutt eller ufravikelig i den forstand at innklagede må anses å ha frafalt retten til senere å endre kravet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at endringen ikke kan anses vesentlig. Dersom klager har bundet seg til en underleverandør som ikke kunne utføre arbeidet er således dette klagers egen risiko. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (54) Dette betyr videre at det ikke innebar et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonene å inngi et tilbud med pressboring som metode for delprosjekt B, og at det derfor ikke var grunnlag for at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, jf forskriften § 20-13 bokstav e.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,


Morten Goller