



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Langseth Advokatfirma DA
Postboks 1371 Vika

0114 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0261-13

Dato:
30.04.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til klage fra IETV AB på offentlig anskaffelse av vedrørende anskaffelse av anlegg for kvalitetsmåling i banestrømforsyningsanlegg, datert 22. september 2011. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Jernbaneverket (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. mai 2011 en anskaffelse av en rammeavtale for levering av anlegg for kvalitetsmåling i banestrømforsyningsanlegg i kvalifikasjonsordningen transQ. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen. I anskaffelsesprotokollen er verdien av anskaffelsen anslått til 13 350 000 kroner.
- (1) Innklagede ga i konkurransegrunnlaget kapittel A punkt 1.2 "*GENERELL ORIENTERING OM ENTREPRISEN*" blant annet følgende informasjon om anskaffelsen:

"Prosjektet skal gjennomføres på leverandørens verksted og skal leveres som et komplett anlegg i form av en totalentreprise. For kontrakten skal NS3431 med endringer legges til grunn. Avtalen er satt opp som en rammeavtale med avrop for hvert enkelt anlegg. Leverandør skal ha kapasitet til leveranse på minst 4 anlegg per år.

Leverandøren påtar seg ansvaret for å levere et funksjonsdyktig anlegg basert på Jernbaneverket Bane Energis krav. Alt som naturlig hører med for levering av et funksjonelt anlegg skal være inkludert i kontraktssummen, og det er leverandørens ansvar og risiko dersom noe er uteglemt eller feildimensjonert i tilbudet.

Arbeidene gjennomføres som en fastpriskontrakt for prosjektering, fabrikasjon, levering og testing av anlegget, som beskrevet i kapittel E. Krav til dokumentasjon er gitt i kapittel F. Montering av anlegget som beskrevet i kapittel E vil bli betalt etter medgåtte timer. Krav til idriftsettelsen er gitt i kapittel D. Funksjoner og øvrige krav er beskrevet i konkurransegrunnlagets kapittel E.

Leverandøren må akseptere at det kan komme andre entrepriser innenfor område av leveransen."

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt A1.4 var det opplyst at konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling etter forskriften del I og del II.
- (3) Konkurransegrunnlaget kapittel A punkt 3 ga opplysninger om hvilken informasjon som skulle leveres med tilbudet. I punkt 3.3.5 var det angitt at tilbudet skulle inneholde dokumentasjon om prosjektgjennomføring, herunder informasjon om konseptdesign:

"h) Informasjon om konseptdesign

Det etableres en designprosess i prosjektet, jf. kapittel D1.6. I tillegg leveres tilbudsdokumentasjon angitt i kap. F.

Tilbudet skal inneholde informasjon om konsepter for tilbudt utstyr/anlegg/løsning. Konsepter skal ivareta de tekniske krav som er angitt i kap. E.

Konseptdesign skal utarbeides av leverandøren og skal på grov/overordnet måte angi konkrete løsninger som ivaretar byggherrens funksjonskrav i kap. E. Konseptdesign skal redegjøres for i tilbudet og skal minst inneholde:

- *Konseptvalg med beskrivelse*
- *Prinsippskisser/grovt tegningsgrunnlag"*

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt A4.1 "FORHANDLINGER" fremgikk følgende:

Etter tilbudsfristens utløp vil oppdragsgiver foreta en første gjennomgang av tilbudene, hvor det undersøkes om tilbudene er komplette og tilfredsstillende formelle krav. Det foretas deretter en nærmere gjennomgang og evaluering av tilbudene, og tilbudene vil bli foreløpig rangert, i forhold til tildelingskriteriene, jf. punkt A4.2.

Det vil deretter bli gjennomført forhandlinger i henhold til Anskaffelsesforskriften § 20-11.

Forhandlingene kan gjelde alle sider ved tilbudene. Oppdragsgivers forhandlingsutspill anses ikke som et avslag av det opprinnelige tilbudet, med mindre tilbyder har fått skriftlig melding fra oppdragsgiver, hvor det fremgår eksplisitt at tilbudet er avslått.

Dersom forhandlingene resulterer i endringer i leverandørens tilbud, skal dette bekreftes skriftlig. Alle slike endringer anses som nye tilbud, som er bindende til vedståelsesfristens utløp. Endringen innebærer ikke at det opprinnelige tilbudet opphører å være bindende.

Tilbyderne vil i forhandlingene bli gitt like vilkår og opplysninger. Oppdragsgiver vil under forhandlingene ikke gi noen tilbyder opplysning om innholdet av de øvrige tilbud."

- (5) Kravspesifikasjonen fremgikk i konkurransegrunnlaget kapittel E "Teknisk beskrivelse". Innledningsvis var det gitt følgende informasjon om anskaffelsen:

"Byggherren har ansvar for ca. 40 anlegg for strømforsyning til jernbanen i Norge. 32 av anleggene er aktuelle for dette prosjektet. Disse består av 1 kraftverk, 5 transformatorstasjoner og 26 omformerstasjoner. I omformerstasjonene omformes trefase 50 Hz allmenn strømforsyning til enfase 16 2/3 Hz energi for banestømforsyning.

Strømforsyningsanleggene skal utstyres med utrustning som oppfyller følgende funksjon:

- *Logging av måleverdier*

Som en opsjon, skal utrustning som oppfyller følgende funksjon også tilbys for omformerstasjoner:

- *Start / stopp-automatikk*

Utrustningen det bes om tilbud på kan tilbys som uavhengige systemer for hver funksjon eller som ett system med integrerte funksjoner. De to funksjonene lyses ut i samme kontrakt, da det antas at det vil være synergier ved koordinering. Dette kan være:

- *Bruk av samme dataplattform og programvare*
- *Bruk av samme hardware til de forskjellige funksjonene*
- *Funksjonsmessig integrering*
- *Samtidig installasjon*

Ved hjelp av kontinuerlig logging skal Byggherren blant annet kunne undersøke elektriske størrelser i anleggene, samkjøring mellom omformeraggregater, føre belastningslogg og etterprøve regulatorinnstillinger. Integrert i loggesystemet skal det være en feilskriverfunksjon. For realisering av feilskriverfunksjonaliteten skal data med svært høy oppløsning lagres ved feilhendelser, slik at dataene kan benyttes til feiloppfølging.

Funksjonen for start / stopp-automatikk skal starte og stoppe omformeraggregater ved behov. Dette systemet skal kontinuerlig måle belastningen for hver omformerstasjon og prognosere fremtidig belastning ut i fra målt historisk belastning. Omformeraggregatene i hver stasjon skal så bli startet og stoppet ut i fra denne prognosen slik at nødvendig ytelse er tilgjengelig til enhver tid. Driftssentralen til Jernbaneverket Bane Energi skal via fjernstyringsutrustningen kunne overstyre start / stopp-automatikken i hver stasjon.

Anlegget skal generelt bygges i henhold til gjeldende lover og forskrifter.

Anlegget skal fungere i henhold til EN 61000-6-2 for elektromagnetisk immunitet, og EN 61000-6-3 for elektromagnetisk emisjon."

- (6) Det fremgikk av kapittel E, punkt 1 "Overordnet systembeskrivelse" at "[l]everandør bør ha kapasitet til å levere spesifiserte anlegg på minst 2 stasjoner i år 2011, og skal ha kapasitet til å levere anlegg på minst 4 stasjoner per år etter 2011."
- (7) I den tekniske beskrivelsen i kapittel E, punkt 2.2 "FUNKSJONSKRAV" fremgikk blant annet:

"2.2.1 Generelt

Alle målinger som spesifiseres for hvert anlegg skal logges og lagres i henhold til spesifikasjon. Målingene skal lagres i et filformat som kan brukes direkte av National Instruments DIAdem versjon 11.0, fortrinnsvis tdms, alternativt csv format som er direkte lesbart av overnevnte programvare.

Målinger av elektriske størrelser på omformerens enfaseside skal være beregnet for 16 2/3 Hz grunnfrekvens. Målinger av elektriske størrelser på omformerens trefaseside skal være beregnet for 50 Hz grunnfrekvens. Det gjøres oppmerksom på at det i perioder vil være store innslag av overharmoniske strømmer og spenninger, som det må tas hensyn til.

Aktiv og reaktiv effekt bør beregnes ved Park-transformasjon av momentanverdi målinger. Alternativ algoritme for beregning av aktiv og reaktiv effekt enfase og trefase skal beskrives spesielt i tilbudet.

Filnavn og loggfiler skal inkludere dato og loggens starttidspunkt. Alle loggfiler lagres i en predefinert mappestruktur på sentral server. Programvare for overføring av loggfiler skal være en del av leveransen.

De fleste roterende omformerenheter er transportable, og kan byttes ut. Ulike omformerenheter har ulike omsetningsforhold på måletransformatorene. I lokal utrustning skal man derfor enkelt i software kunne endre innstilt omsetningsforhold for måletransformatoren for hvert fysiske målesignal.

Omsetningsforholdet angis på formen: Prim : Sek

For eksempel, der primærstrøm er 600 A og sekunderstrøm er 5 A: 600 : 5

[...]

2.2.3 Feilskriver

Feilskriveren skal lagre verdier i en buffer med minst 10 kHz samplingsrate. Verdiene angis for hver stasjon i kapittel E 4.

Ved feilhendelse når signalet "alvorlig feil omformer" blir aktivt skal bufferen lagres i et 10 sekunders intervall før feilen opptrer, og med 5 sekunders lagring etter at signalet blir aktivt. Totalt blir loggen da på 15 sekunder. Ved avsluttet lagring skal overføring av logg til sentral server starte automatisk."

- (8) Innklagede mottok tilbud fra to leverandører innen tilbudsfristen 8. august 2011 kl. 12.00. Dette var IETV AB (heretter kalt klager) og Scanmatic AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (9) I valgte leverandørs tilbud fremgikk det av løsningsbeskrivelsen at "*[e]nfase og trefase målinger gjøres med nettanalysatormodulen EL 3413*" og at "*[f]eilskriverfunksjonalitet som spesifisert i 2.2.3 er inkludert i systemet.*"
- (10) Innklagede sendte 11. august 2011 en e-post til valgte leverandør med en rekke avklaringsspørsmål til valgte leverandørs tilbud. I e-posten stilte innklagede blant annet spørsmål om "*Beckhoff EL3413 [var] like godt egnet til enfase 16 2/3 Hz målinger som for trefase 50 Hz målinger.*"
- (11) Valgte leverandør besvarte henvendelsen 15. august 2011. I besvarelsen fremgikk blant annet følgende:
- "EL3413 er spesifisert både for 50 og 16 2/3 Hz ved en feil. EL3413 egner seg ikke for 16 2/3 Hz anlegg, der skal riktig I/O modul være KL3403."*
- (12) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med valgte leverandør 23. august 2011. I møtereferatet fremgår det at "*[k]orrigerte antall og type moduler i avklaringsspørsmål oversendt på mail 15.08.2011 gir ikke endringer i tilbudte priser.*"
- (13) Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev 11. september 2011. I meddelelsesbrevet fremgikk det hvor mange poeng klagers og valgte leverandørs tilbud hadde fått på totalt og på hvert av tildelingskriteriene. Oversikten viste at både klagers og valgte leverandørs tilbud hadde fått maksimalt antall poeng på tildelingskriteriene "*Kvalitet*" og "*Brukervennlighet*". På tildelingskriteriet "*Pris*" hadde imidlertid valgte leverandørs tilbud fått 40 poeng, som var maksimalt antall mulige poeng, mens klagers tilbud hadde fått 34,5 poeng. Innklagede hadde ved siden av klagers poengsum bemerket at "*[d]ere var en god del dyrere*". I brevet var det også opplyst at frist for å klage på tildelingsbeslutningen var 26. september 2011, og at innklagede gjerne stilte i et møte med klager angående tildelingsbeslutningen, dersom klager ønsket dette.
- (14) I e-post 12. september 2011 ba klager om at innklagede skulle opplyse om hvilke moduler valgte leverandør ville benytte til målingene. Innklagede oversendte denne informasjonen samme dag.
- (15) Klager kontaktet innklagede på nytt ved brev 13. september 2011. I brevet hevdet klager at valgte leverandørs tilbud ikke oppfylte minimumskravene i tilbudet:

"1 Overordnet systembeskrivelse

Leverandør bør ha kapasitet til å levere spesifiserte anlegg på minst 2 stasjoner i 2011

IO-modul EL3413 har ej kommit ut på marknaden än, uppgifter från Beckhoff är produktrelease tidigast slutet december 2011.

2.2.1 Generelt

Målinger av elektriske størrelser på omformerens enfaseside skal være beregnet for 16 2/3 Hz grunnfrekvens.

IO-modul EL3413 kan inte hantera 16 2/3 Hz.

2.2.3 Feilskriver

Feilskriveren skal lagre verdier i en buffer med minst 10 kHz samplingsrate

IO-modul WL3413 har inte muligheter med 10 kHz sampling. Modulen beräknar ett RMS-värde som snabbast på en period 20ms med dålig noggrannhet. Modulen kräver minst 10 perioder för att få en fullgod noggrannhet. Läser man mätverden snabbare än en mätperiod så rapporterar modulen samma värde under hela mätcykeln. Man kan inte få fram och analysera mätvärde på ett korrekt sätt.

Tanken med att sampla mätvärden med 10 kHz är att i Diadem kunna analysera er nät kvalitet på ett noggrant och riktigt sätt. Med teknisk lösning ovan kan man inte göra detta.

Med tanke på ovanstående punkter vill vi återoppta ett möte där tekniken samt kraven i upphandlingen diskuteras."

- (16) Innklagade besvarte henvendelsen på følgende måte samme dag:

"I.

Dette er et bør krav, og kan avvikes dersom dette kommer klart frem i tilbudet og aksepteres av byggherre. I dette tilfellet er kravet akseptert.

2.2.1

Dette er påpekt, og leverandør har i forhandlingsmøter korrigert med å i stedet tilby modulene EL3403, KL3403 og/eller EL3773. Valg mellom disse vil skje i prosjekteringsfasen. JBV beklager at denne informasjonen var uteglemt i vårt svar til dere i går.

2.2.3

Leverandør har i sitt tilbud og i forhandlinger bekreftet at 10kHz samplingsfrekvens oppnås gjennom leveransen. JBV vil be om dokumentasjon fra leverandør på dette punktet, og vil ettersende denne dokumentasjonen til dere snarest mulig."

- (17) 14. september 2011 sendte innklagede følgende e-post til klager:

"Hei,

Her ettersendes ytterligere informasjon som nevnt i går:

"Avklaring ift samplingsfrekvens og feilskriverfunksjon:

Som presisert i våre avklaringer datert 12.08 baserer vi vår tekniske løsning på en Beckhoff plattform som består av prosesseringsenheter og distribuert I/O som er hyllevare systemkomponenter. I dette sortimentet finnes det flere aktuelle produkter både for prosesseringsenhet og I/O, noe som etter vår oppfatning er en av hovedfordelene med systemet fordi det gjør det fleksibelt og skalerbart.

I det opprinnelige tilbud spesifiserte vil bli I/O modulen EL3413 for 3-fasemålinger. I nevnte avklaringsbrev ble dette korrigert da EL3413 ikke eigner seg for analyse av 16 2/3 Hz signaler, og vi tilbød i tillegg EL3773 og KL3403 som alternativer. Begge disse modulene støtter minimum 10 kHz samplingsrate og er begge godt egnet for formålet. Vi tror det er EL3773 som passer best, men da dette er et nytt produkt som først kommer for salg i 4. kvartal 2011, har vi vært opptatt av å ha med KL3403, som har vært på markedet en stund, som et alternativ.

Vi har etter at opprinnelig tilbud ble sendt fått bekreftet at EL3773 er i rute og vil bli tilgjengelig for oss i oktober."

Vi håper disse svarene er tilstrekkelige."

- (18) 20. september 2011 ble det avholdt et møte mellom klager og innklagede angående tildelingen av kontrakten. I møtereferatet fremgår det at klager i møtet informerte om at selskapet mente valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen fordi det ikke oppfylte kravene i kravspesifikasjonen. Innklagede var ikke enig i dette, da valgte leverandørs tilbud oppfylte alle skal-kravene i kravspesifikasjonen. Videre mente klager at egen teknisk løsning var bedre enn valgte leverandørs, og at innklagede derfor ikke skulle gitt tilbudene lik uttelling på dette ved tildelingsevalueringen. Innklagede besvarte dette med at poengsummene var gitt ut fra innklagedes subjektive vurdering av tilbudene opp mot de tekniske kravene som var stilt, og at innklagede mente at poenggivningen var riktig.
- (19) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 22. september 2011. Innklagede opplyste i brev til klagenemnda at innklagede ikke ville avvente kontraktsinngåelse til saken var behandlet i klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, ettersom valgte leverandørs opprinnelige tilbud ikke oppfyller skal-krav i konkurransegrunnlaget kapittel E, punktene 2.2.1 og 2.2.3. Valgte leverandør tilbød i sitt opprinnelige tilbud modulen EL3413 for å foreta fasemålinger av strøm og spenning. Denne modulen er ikke egnet til å foreta enfase 16 2/3 målinger, jf. punkt 2.2.1, noe som også er erkjent av valgte leverandør i e-post til innklagede 15. august 2011. EL3413 støtter heller ikke en samplingsrate på 10 kHz, jf. punkt 2.2.3. Klager kan ikke se at valgte leverandør har gitt opplysninger om samplingsrate i sitt opprinnelige tilbud, men avklaringen i e-post til innklagede 14. september 2011 må leses som en erkjennelse av at den tekniske løsningen i det opprinnelige tilbudet ikke oppfylte kravet om samplingsrate på 10 kHz. Skal-krav må anses som absolutte krav, og avvik fra kravene kan derfor ikke aksepteres, men skal føre til avvisning.
- (21) Plikten til å avvise tilbud etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e gjelder uavhengig av om anskaffelsen gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse eller en konkurranse med forhandling. Retten til forhandling om tekniske spesifikasjoner etter forskriften § 11-8 (2) kan ikke benyttes til å reparere et tilbud som avviker vesentlig fra kravspesifikasjonene. Etter forskriften § 11-13 (1) skal oppdragsgiver ta stilling til spørsmålet om avvisning "*snarest mulig*". Dette innebærer at spørsmål om et tilbud skal avvises skal avgjøres før forhandlingene påbegynnes.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen etter forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Valgte leverandørs opprinnelige tilbud inneholdt ikke avvik fra kravspesifikasjonen. Det fremgår av konkurransegrunnlaget kapittel A punkt 3.9 at alle forbehold skulle beskrives i en egen liste, og at innkomne tilbud ville bli ansett å være fullt ut i tråd med konkurransegrunnlaget med unntak av de forbehold/avvik som fremgikk av slik liste. Valgte leverandør har i sitt tilbud ikke opplyst om konkrete avvik fra tekniske krav, og det er dermed ingen tekniske avvik som kan gjøres gjeldende overfor innklagede. Eventuelle uteglemler eller feildimensjoner i tilbud er leverandørens ansvar og risiko, jf. konkurransegrunnlaget kapittel A punkt 1.2.

- (23) Valgte leverandør har i sitt opprinnelige tilbud presisert at enfase og trefase målinger gjøres med nettanalysatormodulen EL3413. Valgte leverandør har dermed ment at denne modulen oppfyller konkurransegrunnlagets funksjonskrav. Det foreligger ikke opplysninger i valgte leverandørs opprinnelige tilbud som tilsier at EL3413 ikke tilfredsstiller de konkurransegrunnlagets krav. Når det gjelder feilskriverfunksjon, har valgte leverandør i sitt opprinnelige tilbud bekreftet at feilskriverfunksjon som beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel E, punkt 2.2.3, er inkludert i systemet. Valgte leverandørs e-post 14. september bekrefter og gjentar dette, og kan ikke leses som en indikasjon på at valgte leverandør ikke hadde til hensikt å levere funksjonalitet i henhold til kravspesifikasjonen i sitt opprinnelige tilbud.

- (24) Innklagede har ikke gitt valgte leverandør anledning til å korrigere antall og type moduler i avklaringsspørsmål og benyttet endringene som utgangspunkt for videre forhandlinger. Det vises til at innklagede i konkurransegrunnlaget kapittel A punkt 3.3.5 har stilt krav om dokumentasjon for prosjektgjennomføringen, herunder et konseptdesign som inneholder beskrivelse av konseptvalg med prinsippsskisser. Konseptvalget er i valgte leverandørs opprinnelige tilbud oppgitt å være en Beckhoff plattform med standard hylleware prosesserings- og I/O-moduler. De ulike modulene valgte leverandør hadde oppgitt i sitt tilbud, var kun ment som eksempler.

- (25) Uansett hadde innklagede adgang til å la valgte leverandør korrigere sitt tilbud. I konkurranser med forhandling er det vanlig at endringer og forhandlinger skjer etter tilbudsfristens utløp. Det er ikke de samme begrensninger i muligheten til å foreta avklaringer i tilbud som i anbudskonkurranser. Ved gjennomføring av forhandlinger vil det i stedet gjerne foreligge en plikt for oppdragsgiver til å foreta avklaringer av innholdet i tilbudet så fremt en uklarhet er kjent for oppdragsgiver.

Sekretariatets vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om levering av anlegg for kvalitetsmåling i banestrømforsyningsanlegg, og er opplyst å være en bygge- og anleggsanskaffelse. Sekretariatet legger dette til grunn. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 13 350 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (2).

- (27) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen, fordi valgte leverandørs opprinnelige tilbud inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, og det ikke var adgang til å rette opp i dette gjennom forhandlinger.
- (28) I forskriften § 11-11 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud som *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (29) Klager og innklagede er i foreliggende sak uenige om hvorvidt valgte leverandørs opprinnelige tilbud avvek fra absolutte krav i kravspesifikasjonen. Sekretariatet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, da innklagede uansett hadde adgang til å la valgte leverandør rette opp i dette ved gjennomføringen av forhandlingene. Det vises til klagenemndas sak 2012/47, hvor klagenemnda i premissene (45) og (46) uttalte:

"(45) Ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med tilbyderne. I klagenemndas sak 2008/136 premiss (94) uttalte nemnda følgende om denne plikten:

"I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt, og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47)."

(46) Som det fremgår av det siterte, innebærer plikten til å føre reelle forhandlinger at det kan foreligge plikt for oppdragsgiver til å påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende vekt ved evalueringen av tilbudene. Ettersom forskriften § 11-11 (1) bokstav e medfører en plikt til å avvise tilbud som etter gjennomføringen av forhandlinger inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, er det etter klagenemndas mening naturlig at oppdragsgiver ved gjennomføringen av forhandlingene har plikt til å påpeke slike avvik, da dette vil ha avgjørende betydning for leverandøren."

- (30) For øvrig fremgår det også direkte av forskriften § 11-8 (2) at *"[d]et er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner."*
- (31) Oppdragsgiver har etter dette rett til å forhandle om *"alle sider ved tilbudene"* og både rett og plikt til å påpeke vesentlige avvik i tilbudene ved gjennomføringen av forhandlinger. Klager har ikke anført at valgte leverandørs tilbud slik det forelå etter gjennomføringen av forhandlingene inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. Dette ville vært det avgjørende i forhold til avvisningsplikten i forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Sekretariatet finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har brutt

forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved å la være å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Klagers anførsel fører ikke frem

- (32) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Erlend Pedersen
nestleder/advokatfullmektig (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver

Kopi til:

Jernbaneverket