



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en begrenset konkurranse med forhandling for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med bygging av en ny kjørekulvert. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å påpeke forhold som ble tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen i forhandlingene med klager.*

**Klagenemndas avgjørelse 11. mars 2013 i sak 2011/182**

**Klager:** PEAB Sverige AB NUF

**Innklaget:** Oslo Lufthavn AS

**Klagenemndas medlemmer:** Tone Kleven, Andreas Wahl, Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Avvik fra konkurransegrunnlaget. Plikt til å føre reelle forhandlinger. Manglende umiddelbar oversendelse av møtereferat.

**Bakgrunn:**

- (1) Oslo Lufthavn AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. januar 2010 en begrenset konkurranse med forhandling for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med bygging av en ny kjørekulvert. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i evalueringsrapporten fra 9. februar 2011 angitt til å være på rundt 60 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 15. februar 2010.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 fremkom det at konkurransen skulle gjennomføres som en begrenset konkurranse (prekvalifisering) med forhandling i henhold til forsyningsforskriften.
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 at etter tilbudsfristens utløp ville innklagede gjennomføre innledende forhandlinger med samtlige tilbydere. Etter de innledende forhandlingene ville innklagede foreta en foreløpig evaluering basert på de angitte tildelingskriteriene. Etter dette ville innklagede invitere et utvalg av tilbyderne til videre forhandlinger. Det fremkom videre at dersom forhandlingene resulterte i endringer i leverandørens tilbud, skulle dette bekreftes skriftlig. Alle slike endringer ville bli ansett som nye tilbud, som ville være bindende frem til vedståelsesfristens utløp.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 "*Valg av tilbud*" fremkom følgende:

*"Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på kriteriene i kolonne A nedenfor. Kriterienes vekt er angitt i kolonne B. Kravet*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

E-post:  
postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

til dokumentasjon er angitt i kolonne C. Dokumentasjonen skal systematiseres i henhold til den vedleggstrukturen som fremgår av kolonne D.

<b>A - Tildelingskriterier</b>	<b>B - Vekt</b>	<b>C - Dokumentasjonskrav</b>	<b>D - Tilbudsvedlegg</b>
<i>Pris</i>	90 %	<i>Utfylt prisskjema med opplysninger om totalpris samt priselementer som enhetspris, timepris, påslagsprosjenter etc.</i>	<b>Tilbudsvedlegg nr. 1:</b> <i>Utfylt prisskjema</i>
		<i>Forbehold og avvik som har betydning for pris</i>	<b>Tilbudsvedlegg nr. 2:</b> <i>Utfylt skjema for forbehold/avvik</i>
<i>Fremdrift</i>	10 %	<i>Fremdriftsplan</i>	<b>Tilbudsvedlegg nr. 3:</b>  <i>Tilbyder skal vedlegge en fremdriftsplan for alle arbeider detaljert på fagkode pr. område. Planen skal vise alle grensesnitt og avhengigheter. Planen skal inneholde nødvendig slakk slik at inntil 30 % mengdeøkning på kritisk linje skal fremkomme</i>

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5.2.4 "Tilbyders forbehold til og avvik fra konkurransegrunnlaget" var det inntatt et skjema hvor tilbyderne skulle krysse av for om tilbudene inneholdt forbehold eller avvik fra konkurransegrunnlaget, og beskrive hva disse forbeholdene eller avvikene eventuelt gikk ut på.
- (6) I konkurransegrunnlaget del II "Kontraktbestemmelser og enhetspriser" var de kontraktbestemmelser som skulle gjelde for kontrakten opplyst. Det fremkom her at kontraktbestemmelsene i hovedsak var basert på NS 3430 "Alminnelige kontraktbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider" 2. utgave september 1994, og at alle endringer i forhold til NS 3430 var merket.
- (7) I konkurransegrunnlaget bilag B "Entreprise K-72323 Kjørekulvert Overordnet beskrivelse" fremkom det i punkt 1.2 "Orientering om oppbygging og struktur til B-

*bilag*" at det i form av nummererte spørsmål som skulle besvares, var stilt følgende krav og ønsker til tilbudene: "K" (absolutte krav som skulle tilfredsstilles), "B" (krav som ønskes tilfredsstilt) og "S" (utredninger/redegjørelser som tilbyder skulle gi i sitt tilbudsgrunnlag). Videre fremkom det at nummereringen var laget for å forenkle byggherrens evaluering og oppfølging, og det ble presisert at hele tilbudsgrunnlaget skulle gjelde selv om det ikke var satt nummer på alle kravene.

- (8) I konkurransegrunnlaget bilag B" *"Entreprise K-72323 Kjørekulvert Overordnet beskrivelse"* fulgte det av punkt 4 *"Grensesnitt mot andre entrepriser"* at *"[e]ntreprenøren skal, sammen med OSL, definere og avklare alle grensesnitt for sine leveranser og arbeider. I denne sammenheng skal et grensesnitt forstås som et område (teknisk, geografisk, organisatorisk el. lign), hvor to eller flere parter skal enes om en felles løsning for å oppnå tilfredsstillende resultat for sluttproduktene/systemene."*
- (9) I konkurransegrunnlagets bilag B3 punkt AV1A underpunkt c fremkom følgende: *"Riggområdet er vist på tegning 72101-A0-00X-70-1004. Entreprenøren plikter å plassere sine rigginstallasjoner i henhold til denne."* Videre fremkom det at *"[b]yggekran er forutsatt benyttet som vist på riggtegning 72101-A0-00X-70-1004 og 72101-A0-TTX-78-1466. Byggherren har gjennomført risikoanalyser basert på disse forutsetningene i forhold til flyoperative forhold."* Av riggtegningene, som var en del av konkurransegrunnlaget, fremkom det at kranen skulle plasseres i senter av kulverten.
- (10) Innklagede valgte ut åtte tilbydere som ble invitert til å levere tilbud. Samtlige av disse åtte tilbyderne leverte tilbud innen tilbudsfristen 15. februar 2010, heriblant PEAB Sverige AB NUF (heretter kalt klager) og Reinertsen AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (11) Innklagede gjennomførte et informasjonsmøte/tilbudsbefaring med tilbyderne den 17. november 2010. Det ble på dette møtet gjennomgått en rekke praktiske forhold rundt arbeidet med kulverten, samt gitt svar på spørsmål fra tilbyderne.
- (12) Klager leverte sitt tilbud til innklagede 14. desember 2010. I klagers tilbud var det forutsatt at byggekranen skulle plasseres øst for kulverten. Av tilbudets bilag 3 fremgikk det at *"[k]raner vil monteres på kranbane. Virkelige tidsbruk og samtidighet mellom kran 1 og kran 2 vil ved utøvelse kunne komme til å avvike noe fra det som er satt inn i planen pr. nå. Det vil være behov for noe supplerende bruk av mobilkran, særlig i start/slutfase, omfanget av dette kan gi innvirkninger på oppetiden på tårnkranene. Betongarbeidene er forutsatt utført på dagtid, uten skiftordning. Det er for 2011 satt av 1 uke påskeferie og 3 uker sommerferie."* Klager krysset for øvrig av i rubrikken for *"tilbudet inneholder ingen forbehold eller avvik fra konkurransegrunnlaget."*
- (13) Den 17. januar 2011 gjennomførte innklagede et forhandlingsmøte med klager. Det fremkom ikke av referatet fra dette møtet om det at klagers plassering av kranen ville komme i konflikt med en glykkolledning og medføre økt risiko for gjenstander i grunnen, ble tatt opp av noen av partene.
- (14) Klager sendte 20. januar 2011 et dokument med supplerende tilbudsopplysninger til innklagede. I dette brevet svarte klager på spørsmål og oppgaver som ble tatt opp i forhandlingsmøtet 17. januar 2011. Det fremkom blant annet i dette brevet at *"mengde*

*som vil graves ut ekstra for å etablere kranbane ved fot av kulvert og delvis i graveskråning er ca. 3000 m3."*

- (15) Det ble holdt et nytt forhandlingsmøte mellom innklagede og klager 1. februar 2011. Heller ikke i møtoreferatet fra dette møtet ble konflikt med glykolledningen eller risiko for å treffe på gjenstander i grunnen som følge av klagers plassering av kranen, nevnt.
- (16) Klager sendte 2. februar 2011 et revidert tilbud til innklagede. Av dette tilbudet fremkom det at *"Peab har inkludert i vårt tilbud tilbakefylling og komprimering av de 3000m3 som vil graves ut ekstra for å etablere kranbanen. Byggherren kan da trekke ut de 200.000,- kronene som ble lagt til vår pris ved forrige prissammenligning"*.
- (17) Innklagede sendte 3. februar 2011 en e-post til tilbyderne hvor det ble opplyst at det var gjort enkelte endringer i konkurransegrunnlaget. Tilbyderne fikk anledning til å komme med sine endelige tilbud innen en felles frist som ble satt til 4. februar 2011.
- (18) Klager leverte sitt endelige tilbud til innklagede 4. februar 2011.
- (19) I tildelingsbeslutningen datert 9. februar 2011 fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Reinersen AS. Som begrunnelse for valg av leverandør fremgikk det følgende i tildelingsbeslutningen:

*"Valg av tilbud er gjort ut fra en samlet vurdering i samsvar med tildelingskriteriene som angitt i tilbudsinnbydelsen:*

***Evaluering:***

*Pris - vektet 90 %*

*Deres evalueringspris er noe høyere enn vinner.*

*Evalueringsprisen fremkommer som følger;*

<i>- Peabs reviderte tilbud av 04.02.2011:</i>	<i>kr. 58 904 075,-</i>
<i>- Konsekvenser ved kranplassering (BHs vurdering):</i>	<i><u>kr. 700 000,-</u></i>
<i>- Evalueringspris</i>	<i><u>kr. 59 604 075,-</u></i>

*Peab har forutsatt en kranplassering med langsgående kranbane øst for byggegropa. Dette er avvik i forhold til konkurransegrunnlaget og ble tatt opp i forhandlingene. Avviket betinger en utvidelse av byggegropa med ca. 5,5 m østover, herunder omlegging av glykolledningen som er vist på tegning i konkurransegrunnlaget, jf. tegning 72101-AW-TTG-78-1912/B04.*

*Peab har medtatt kostnader for ekstra utgraving i sitt reviderte pristilbud. Utover dette har byggherren medtatt kostnader for ekstra tilbakefylling, samt omlegging av glykolledning, driftsmessige provisorier og konsekvenser ved dette, herunder bl.a. omprosjektering, tømning av ledning, materialkostnader, utførelse, trykkprøving, etc. Arbeidene er vurdert til å ta ca. 4 uker.*

*På tildelingskriteriet pris, oppnådde Peab en poengsum på 89,8, mens vinneren oppnådde en poengsum på 90.*

*Fremdrift - vektet 10 %*

*Under tildelingskriteriet Fremdrift fremgår at tilbyder skal vedlegge en plan som bl.a. viser alle grensesnitt og avhengigheter. Planen viser ikke grensesnitt mot nevnte glykollledning. Glykollledningen er av vital betydning for drift av avisingsplattformene på lufthavnen gjennom hele vintersesongen og deler av sommersesongen. En omlegging av denne vil medføre betydelige driftskonsekvenser.*

*Det fremgår således ikke av planen når denne omleggingen skal skje, hvor lang tid den skal ta og hvordan dette påvirker kritisk vei og kontraktens milepæler. Byggherren vurderer dette som en generell risiko og usikkerhet i en ellers stram fremdriftsplan. Evalueringsgruppen har trukket ett poeng for dette forholdet og gitt 9 av 10 mulige poeng for tildelingskriteriet fremdrift.*

*REINERTSEN AS oppnådde høyest poengsum med totalt 10 poeng."*

- (20) I evalueringsrapporten datert 9. februar 2011 fremgikk følgende om tilbudet fra klager:

*"Tilbyder har deltatt i 2 forhandlingsmøter. Har tilbudt en løsning som inkluderer forskalingsvogn for gjennomføring av betongarbeidene. Gjennomføring skjer med 2 stk. tårnkraner med sektorbegrensning, der tilbyder har forutsatt en kranplassering med langsgående kranbane øst for byggegropa. Dette er et avvik i forhold til konkurransegrunnlaget og ble tatt opp i forhandlingene. Avviket betinger en utvidelse av byggegropa med ca. 5,5 m østover, herunder omlegging av glykollledningen som er vist på tegning i konkurransegrunnlaget, jf. tegning 72101-AW-TTG-78-1912/B04. Tilbyder har medtatt kostnader for ekstra utgraving i sitt reviderte tilbud. Utover dette har byggherren medtatt kostnader for ekstra tilbakefylling som skal utføres i senere entrepris, samt omlegging av glykollledning, driftsmessige provisorier og konsekvenser ved dette, herunder bl.a. omprosjektering, tømning av ledning, materialkostnader, utførelse, trykkprøving, riggekostnader samt kostnader for byggherrens prosjekt- og byggeledelse. Ekstraarbeidene med omlegging av glykollledningen er av byggherren vurdert til kr. 700 000,-.*

*Tilbyders fremdriftsplan viser ikke alle grensesnitt (glykollledning) og uavhengigheter. Glykollledningen er av vital betydning for drift av avisningsformene på lufthavnen gjennom hele vintersesongen og deler av sommersesongen. En omlegging av denne vil medføre betydelige driftskonsekvenser. Det fremgår ikke av driftsplanen når denne omleggingen skal skje, hvor lang tid den skal ta og hvordan dette påvirker kritisk vei og kontraktens milepæler. Byggherren vurderer dette som en generell risiko og usikkerhet i en ellers stram fremdriftsplan. Evalueringsgruppen har derfor trukket ett poeng for dette forholdet og gitt 9 av 10 mulige poeng for tildelingskriteriet fremdrift."*

- (21) Videre fremgikk det av evalueringsrapporten at klager fikk 89,8 poeng på tildelingskriteriet pris, og 9 poeng på tildelingskriteriet fremdrift. Valgte leverandør fikk 90,0 poeng på tildelingskriteriet pris og 10 poeng på tildelingskriteriet fremdrift.
- (22) Vedlagt evalueringsrapporten fulgte en oversikt over de ulike tilbydernes tilbudte pris. Av dette skjemaet fremkom det at innklagede hadde prissatt konsekvensene av kranplassering til klager til 700 000 kroner.
- (23) Klager sendte et brev til innklagede 14. februar 2011. I dette brevet opplyste klager at det var ønskelig med et møte for å gjennomgå klagers tilbud og forhandlingsprosessen som ledet frem til at klager ikke vant frem i konkurransen. I tillegg begjærte klager

innsyn i tilbudene til de tre øvrige tilbyderne som deltok i forhandlingsprosessen, samt i anskaffelsesprotokollen.

- (24) Innklagede og klager gjennomførte møtet den 15. februar 2011. I løpet av dette møtet fikk klager overlevert en revidert tilbudsvurdering. Av denne fremgikk det at innklagede hadde trukket fra 200 000 kroner for ekstra tilbakefylling som feilaktig var tatt med under "*konsekvenser av kranplassering*", slik at innklagede etter dette kun la til 500 000 kroner til klagers tilbudssum grunnet kranplasseringen til klager.
- (25) Klager sendte 17. februar 2011 en klage til innklagede hvor det ble påpekt at klager mente det forelå flere feil ved bedømmelsen av tilbudene, og at klager ved en korrekt bedømmelse, skulle vært tildelt kontrakten. Som begrunnelse for dette, viste klager for det første til at innklagede hadde gjort en feil ved å tillegge klagers tilbudspris kr. 200 000 for ekstra tilbakefylling, da klager eksplisitt hadde skrevet i sitt tilbud at dette var omfattet av tilbudet. For det andre viste klager til at det ikke var korrekt å gi et pristillegg for omlegging av glykollledningen. Klager viste videre til at innklagede hadde gjort en feil ved å trekke klager i poeng grunnet mangler ved fremdriftsplanen. Klager påpekte også at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling ved å trekke klager, men ikke valgte leverandør, i poeng under tildelingskriteriet fremdrift. Endelig påpekte klager at innklagede hadde plikt til å la klager avklare uklarheter i klagers tilbud.
- (26) Innklagede svarte på klagen i brev datert 3. mars 2011. Det fremkom av dette brevet at innklagede var enig med klager i at det ikke var riktig å tillegge klagers tilbud kr. 200 000 for ekstra tilbakefylling, ettersom klager hadde påtatt seg ansvaret for kostnadene ved tilbakefyllingen. Videre opplyste innklagede at det i klagebehandlingen ble oppdaget at klagers løsning ville medføre betydelig risiko for å støte på eksisterende konstruksjoner skjult i grunnen, og at dette medførte risiko for betydelige kostnader. Denne feilen måtte rettes opp i klageomgangen. På de øvrige punkter avviste innklagede klagers klage. Som begrunnelse for at innklagede fastholdt at klagers kranopplegg innebar en konflikt med den eksisterende glykollledningen viste innklagede til rapport fra Team\_T av 23. februar 2011.
- (27) I rapporten fra Team\_T fremkom følgende om tilbudet fra klager:

### **"3 PEABs tilbud**

*PEAB har tilbudt en løsning hvor kranbanen etableres øst for kulverten. Løsningen er vist på kranarrangementstegning som ble overlevert i første forhandlingsmøte (17.1.11). PEAB har for øvrig opplyst at det er behov for å grave ut ytterligere 3000 m<sup>3</sup> for å gi plass til kranbanen, og at østre del av kranbanen vil ligge ca. 5,5 meter øst for kulverten.*

*Av PEABs kranarrangementstegning følger det at det blir kollisjon med glykollledningen, slik det er redegjort i de etterfølgende punkter.*

*Konklusjonen på denne vurderingen er således at PEABs tilbudte kranløsning er ikke i overensstemmelse med rammebetingelsene i konkurransegrunnlaget. Tilbudet inneholder derfor et avvik."*

### **4 Vurdering av omfang og grensesnitt**

Hensikten med vurderingene i dette punktet er å se på omfanget av konsekvensen og grensesnittene mellom kranbanen og eksisterende glykolledning. Dette er vurdert ut fra følgende to opplysninger fra PEAB; a) Utgravd mengde på 3 000 m<sup>3</sup> og b) Kranbanens østre kant 5,5 meter øst for kulverten.

*a) Utgravd mengde 3 000 m<sup>3</sup>*

Basert på PEABs kranarrangementstegning og forklaringene gitt på forhandlingsmøtet, har vi beregnet at den østre kranbanen vil få en total lengde på ca. 185,5 meter. Dette ut fra det faktum at kulvertens lengde er 200 meter, startpunktet for kranbanen er ca. 27 meter syd for sydenden av søndre kulvertseksjon og sluttpunktet for kranbanen er ca. 41,5 meter syd for nordenden av nordre kulvertseksjon (se Vedlegg 2 Figur 3).

Graveskråningens lengde fra bunnen av utgravingen opp til eksisterende terreng er ca. 11 meter. Ved å ta hensyn til graveskråningene i hver ende av kranbanen vil "dybden" på den ekstra utgravingen bli omtrent som følger:

$$3\ 000 : 188 : 11 = 1,45 \text{ meter}$$

Den ekstra utgravingens utbredelse - sett som oppriss — har vi illustrert i Figur 1. Illustrasjonen er basert på tegning 72101-AW-TTG-78- 1912-B05 og opplysningene fra PEAB om at utgravingsvolumet er ca. 3000 m<sup>3</sup>. Figuren følger som Vedlegg 3 til dette notatet.

Som det fremgår av skissen i Vedlegg 3 er konklusjonen på betraktning a) ("Utgravd mengde 3 000 m<sup>3</sup>") at utgravingen vil komme i konflikt med glykolledningen.

*b) Kranbanens østre kant 5,5 meter øst for kulverten*

I følge OSL ble ikke opplysningene fra PEAB om at kranbanens østre kant blir liggende ca. 5,5 meter øst for kulverten, entydig definert. Uklarheten er hvorvidt det er østre skinne eller østre svilleende som ligger 5,5 meter fra kulvertveggen. Derfor er begge disse forholdene vurdert. Kranbanens plassering sett som oppriss har vi illustrert i følgende figurer; 2a "Østre skinne 5,5 meter fra veggen" (Vedlegg 4) og 2b "Østre svilleende 5,5 meter fra veggen" (Vedlegg 5).

Som det fremgår av skissene i Vedlegg 4 og 5 er konklusjonen på betraktning b) ("Kranbanens østre kant 5,5 meter fra kulverten"), at en plassering av kranbanen på østsiden av kulverten kommer i konflikt med glykolledningen. Konklusjonen er uavhengig av om det er 5,5 meter fra kulvertvegg til østre skinne eller til østre svilleende.

#### **4 Risiko ved ekstra utgraving**

I tillegg til grensesnittet og konsekvensene grunnet eksisterende glykolledning, innebærer den ekstra utgravingen også stor risiko for å påtreffe eksisterende, ukjente konstruksjoner. I henhold til kontraktsbestemmelsene og alminnelig rettspraksis er dette risiko byggherren bærer ansvar for.

I dette området har vært omfattende militær virksomhet i svært lang tid. På det aktuelle stedet hvor kulverten skal bygges, lå det tidligere en taksebane som ble bygget en gang i perioden 1940 - 1945. I forbindelse med annen anleggsvirksomhet i området, blant annet i forbindelse med utgraving for kulverten, er det funnet flere betongkonstruksjoner så som bunkere, kummer, fundamenter, ledningsanlegg for

drivstoff etc. Det finnes ikke noe tegningsmateriale som viser disse konstruksjonene eller deres plassering.

## **5 Konsekvenser ved avviket**

Avviket fører til behov for en utgraving av og tilbakefylling av masse i størrelsesorden 3 000 m<sup>3</sup>. Så vidt vi forstår har OSL vurdert kostnaden ved disse arbeidene til ca. 200.000.- I tillegg er det en risiko for at man ved denne utgravingen kan treffe på konstruksjoner i grunnen, jf. redegjørelse for grunnforholdene i pkt. 1. Så vidt vi forstår har OSL så langt ikke kostnadvurdert denne risikoen.

Avviket fører for øvrig til at det må iverksettes tiltak i forhold til glykolledningen. I opprinnelig evaluering hadde OSL lagt til grunn at det ville være behov for en omlegging av ledningen. I debriefingsmøtet den 15.2.11 lanserte imidlertid PEAB en løsning hvor man rigget ned og opp tårnkranen og således lot kranbanen "hoppe over" det området hvor glykolledningen ligger. Etter vår vurdering er dette en mulig fremgangsmåte for å løse problemet."

- (28) Klager sendte en e-post til innklagede 24. mars 2011. I denne e-posten ba klager blant annet om å få referatene fra forhandlingsmøtene mellom klager og innklagede 17. januar 2011 og 1. februar 2011. Innklagede sendte møtereferatene til klager samme dag.
- (29) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 4. april 2011.
- (30) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. juni 2011.

### **Anførsler:**

#### **Klagers anførsler:**

*Innklagede har bygget på feil faktisk grunnlag under vurderingen av tildelingskriteriet "Fremdrift"*

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "Fremdrift" basert på at det som faktisk grunnlag feilaktig ble lagt til grunn at klagers kranplassering ville medføre en utviding av byggegropen på 5,5 meter. Klager opplyste i sitt tilbud at kranbanen skulle ligge på østre stripefundamentet for kulverten, noe som medførte et behov for utgraving av 3000 m<sup>3</sup> ekstra masse. Dette ville gi en utvidelse av byggegropen på i overkant av en meter. Innklagede har imidlertid i sin vurdering lagt til grunn at byggegropen måtte utvides med 5,5 meter. Dette tilsvarer en utgraving på ca. 13000-15000 m<sup>3</sup> masse, og en konflikt med glykolledningen. Dersom innklagede hadde lagt til grunn riktig faktisk grunnlag ville ikke kranbanen kollidert med glykolledningen, og innklagede ville ikke hatt grunnlag for å trekke klager i poeng for fremdriftsplanen.

*Tildelingskriteriet "Fremdrift" åpnet ikke for å trekke klager i poeng*

- (32) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "Fremdrift", ettersom klagers kranplassering ikke medførte "grensesnitt" eller "avhengigheter". Det vises til at det følger av forsyningsforskriften § 3-1 (4) at oppdragsgiver bare kan tildele kontrakt basert på de tildelingskriterier

oppdragsgiver har gjort kjent i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Videre må tildelingskriteriene tolkes objektivt etter sin ordlyd og basert på generelle oppfatninger i bransjen. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver under tildelingskriteriet "*Fremdrift*" ville vektlegge "*grensesnitt og avhengigheter*" og "*nødvendig slakk*". Øvrige forhold kunne ikke innklagede vektlegge. Et grensesnitt vil typisk være grensen mot andre entrepriser eller øvrige aktiviteter på flyplassen, samt eksisterende installasjoner i grunnen. Dersom klagers opplegg hadde medført en omlegging av glykolledningen kunne det oppstått et grensesnitt mellom klagers entreprise og omleggingen, slik innklagede la til grunn i første evalueringsrunde. Med den løsningen klager presenterte for innklagede i debriefingsmøtet, og som innklagede har akseptert, oppstår det imidlertid ikke behov for å flytte glykolledningen. Det oppstår i det hele tatt ikke behov for å gjøre nye arbeider, det er bare klagers arbeid som i verste fall blir mer byrdefullt å utføre. Det ville dermed ikke oppstått et grensesnitt, og selv om rigging av kranen skulle kunne utgjøre et grensesnitt ville det ikke være et område hvor to eller flere parter skulle enes om en løsning, ettersom klager ville gjort arbeidet på egen hånd. Ned og opprigging av kranen som følge av kollisjon med glykolledningen er etter dette ikke et grensesnitt, og innklagede kunne derfor ikke legge vekt på dette under tildelingskriteriet "*Fremdrift*".

#### *Innklagedes poenggivning gjenspeilte ikke relevante forskjeller i tilbudene*

- (33) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at poenggivningen under tildelingskriteriet "*Fremdrift*" ikke gjenspeilte relevante forskjeller i tilbudet fra klager, ettersom klager ble trukket like mye i poeng før og etter oppklaringene om innholdet i tilbudet fra klager. Klager ble kun trukket ett poeng i innklagedes opprinnelige vurdering, hvor innklagede så for seg en fullstendig omlegging av glykolledningen og hvor innklagede beregnet at arbeidet ville ta fire uker. Da innklagede i den nye vurderingen aksepterte klagers løsning endret innklagede likevel ikke poenggivningen under tildelingskriteriet "*Fremdrift*", til tross for at ned og opprigging av kran maksimalt ville tatt noen få dager, og kunne vært utført i en helg slik at det ikke ville fått betydning for fremdriften. Dette burde gitt seg utslag på vurderingen av fremdriftsplanen. Klager viser til at klagenemnda i en rekke avgjørelser har uttalt at oppdragsgiver er forpliktet til å sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene oppdragsgiver gir.

#### *Brudd på kravet til likebehandling*

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt regelverkets krav til likebehandling ved ikke å trekke valgte leverandør i poeng under tildelingskriteriet "*Fremdrift*", ettersom også valgte leverandørs tilbud innebar en løsning som avvek fra konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør hadde plassert kranen lengre vest for senteret av kulverten enn det som fulgte av konkurransegrunnlagets forslag. Dette medførte at kranbanen ville kunne komme i konflikt med installasjoner tilknyttet glykolledningen. En slik konflikt ville innebære at valgte leverandør, på samme måte som klager, måtte rigge ned og opp. Innklagede har imidlertid ikke trukket valgte leverandør i poeng for dette ved vurderingen av valgte leverandørs fremdriftsplan.

#### *Klagers plassering av kranen var ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget*

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris, ettersom klagers plassering av kranen ikke utgjorde et avvik fra konkurransegrunnlaget. Dersom

innklagede skulle kunne gi tillegg i pris i tilbudet fra klager, måtte tilbudet fra klager ha inneholdt et avvik som hadde betydning for prisen, jf. konkurransegrunnlaget punkt 4.3. Innklagede skilte i konkurransegrunnlaget mellom absolutte krav, bør-krav og utredelser fra tilbyderne i tilbudsunderlaget. Innklagedes forslag til kranplassering var ikke merket med noen av disse kravene. Konkurransegrunnlagets angivelse av krav bandt derfor ikke tilbyderne til en bestemt utførelse. Kranplasseringen var omtalt i to bilag til konkurransegrunnlaget, ingen av disse bilagene stilte krav om plassering av kranen, men fremsto kun som forslag fra innklagede. Videre ivaretok konkurransegrunnlagets kranplassering kun flyoperative forhold. Klagers plassering av kranen utgjorde etter dette ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager hadde dessuten også krysset av for at tilbudet ikke inneholdt avvik.

*Klagers kranplassering ville ikke medført priskonsekvenser for innklagede*

- (36) Klager anfører at selv om kranplasseringen skulle utgjøre et avvik fra konkurransegrunnlaget, så har innklagede brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris ettersom avviket ville vært klagers ansvar, og ikke medført priskonsekvenser for innklagede. Det er et grunnleggende entrepriserettslig prinsipp at ansvaret følger funksjonsfordelingen. Dette medfører at byggherren er ansvarlig for de valgene han har tatt, mens entreprenøren er ansvarlig for de valgene han tar. Det fulgte og av NS 3430 at klager ville ha fremdrifts- og utførelsesrisiko. Eventuelle ulemper som følge av kranplasseringen som ville føre til at arbeidene ble dyrere, ville derfor være klagers ansvar. Innklagede hadde dermed ikke grunnlag for å legge til på klagers pris. Som støtte for dette viser klager til lagmannsrettens avgjørelse i sak LE-1996-585.

*Tillegget i pris for kollisjon med glykollledningen er basert på feil faktisk grunnlag*

- (37) Klager anfører at har innklagede brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris med den begrunnelse at kranen ville kollidere med glykollledningen, noe som ville medføre ekstra arbeid, ettersom klagers løsning ikke ville medføre en kollisjon med glykollledningen. Klager viser til at den tilbudte løsningen ikke innebar en kollisjon med glykollledningen, og de arbeidene innklagede har beregnet at ville koste kr. 180.000 derfor ikke ville vært nødvendig å utføre.

*Eventuelle utgifter ved kollisjon med glykollledningen ville ikke medført priskonsekvenser for innklagede*

- (38) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris med den begrunnelse at kranen ville kollidere med glykollledningen, noe som ville medføre ekstra arbeid, ettersom ned- og opprigging av kran som følge av en eventuell kollisjon med glykollledningen ville vært klagers ansvar. Glykollledningen var synlig for klager gjennom anbudstegningene, og klager skulle derfor ha priset inn eventuelle merarbeider som følge av ledningen i tilbudet, og kunne ikke krevd tillegg for dette i ettertid.

*Ikke reell begrunnelse for tillegg i pris*

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris med den begrunnelse at klagers kranplassering medførte økt risiko for å treffe på forhold i grunnen, ettersom denne begrunnelsen ikke fremstod som reell, men som et forsøk på å forsvare et allerede fast valg av valgte leverandør som vinner av konkurransen.

### *Innklagede kunne ikke endre tilbudsevalueringen etter tildelingsbeslutningen*

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å komme med en ny vurdering av klagers tilbud etter tildelingsbrevet og forhandlingsmøtene. Innklagede hadde ikke gitt klager tillegg i pris for risikoen for å treffe på forhold i grunnen i den opprinnelige vurderingen av tilbudet, men endret dette etter at klager gjorde innklagede oppmerksom på at forhold som innklagede opprinnelig hadde gitt klager tillegg i prisen for, var inkludert i klagers tilbud. Risikoen for å treffe på forhold i grunnen var kjent for innklagede før tilbudsevalueringen jf. brev av 3. mars 2011, hvor innklagede opplyste om at det tidligere var funnet flere betongkonstruksjoner og annet i grunnen. Innklagede kunne da ikke velge ikke å gi klager tillegg i pris for dette i den opprinnelige tilbudsevalueringen, for så å gjøre dette senere.

### *Brudd på regelverket å trekke klager to ganger for samme forhold*

- (41) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager to ganger for kollisjonen mellom kranen og glykolledningen i tilbudsevalueringen. Det vises til at innklagede har gitt klager ett tillegg i pris på 180.000 kroner for kollisjon med glykolledningen. Kostnaden inkluderte også fremdriftsmessige konsekvenser av de ekstra arbeidene kollisjonen medførte. Samtidig har innklagede trukket klager i poeng for at disse arbeidene ikke fremgikk av fremdriftsplanen. Innklagede trakk dermed klager i poeng for et forhold som innklagede allerede hadde straffet klager for ved å gi klager et tillegg i prisen.

### *Brudd på plikten til å føre reelle forhandlinger*

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager om konflikten med glykolledningen. Klager viser til at glykolledningen fremgikk på tegningene som var vedlagt konkurransegrunnlaget, og innklagede hadde dermed det nødvendige faktiske grunnlaget for å ta opp eventuelle problemer knyttet til ledningen i forhandlingsmøtet. Klager har ikke på noe tidspunkt ansett det slik at det forelå et problem i forhold til glykolledningen, og hadde dermed ingen grunn til å ta dette opp i forhandlingsmøtet.
- (43) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger om risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgravingen. Denne faren var kjent for innklagede fra tidligere entrepriser, og det var derfor ingen grunn til at innklagede ikke skulle ta opp priskonsekvensen av den ekstra utgravingen i forhandlingene.
- (44) Klager viser til at innklagede hadde rett til å føre forhandlinger om alle sider ved tilbudene. Det følger videre en aktivitetsplikt av kravet til å føre reelle forhandlinger, som innebærer at oppdragsgiver før møtene må sette seg inn i forhold som vil kunne være avgjørende for den endelige tildelingsbeslutningen og at oppdragsgiver gjør tilbyderne oppmerksom på slike forhold i møtene. Innklagede har i dette tilfellet brutt dette kravet ved enten å tie om forhold som var helt avgjørende i vurderingen eller, dersom innklagede ikke så problemene med glykolledningen eller ukjente forhold i grunnen, å forholde seg passiv i møtene og møteforberedelsene.

*Innklagede hadde plikt til å be om avklaringer fra klager*

- (45) Klager anfører at innklagede uansett har brutt regelverket ved ikke å be klager om avklaring av ansvars- og kostnadsforhold i relasjon til kranplasseringen, da innklagede i evalueringsfasen oppdaget at dette kunne by på utfordringer. Uklarhetene gikk i dette tilfellet ut på om klager hadde påtatt seg ansvaret for utgravingen, og om utgravingen faktisk ville komme i strid med glykollledningen.

*Manglende umiddelbar oversendelse av møtereferat*

- (46) Klager anfører at innklagede har brutt regelverkets krav til gjennomsiktighet og forretningsmessig opptreden ved ikke å sende klager møtereferater fra forhandlingsmøtene.

***Innklagedes anførsler:***

*Innklagede har bygget på feil faktisk grunnlag under vurderingen av tildelingskriteriet "Fremdrift"*

- (47) Innklagede bestrider å ha lagt til grunn feil faktum i vurderingen av klagers tilbud. Klager la i sitt tilbud til grunn en avvikende kranløsning, sammenlignet med den løsningen som fulgte av konkurransegrunnlaget. Denne avvikende løsningen innebar at kranbanen til den ene kranen ble flyttet til det østre stripefundamentet utenfor kulverten, i stedet for mellom østre og midtre kulvertvegg slik innklagede hadde forutsatt. Etter at innklagede mottok tilbudet fra klager fikk Team\_T, som var engasjert som prosjekterende for T2 prosjektet på Gardermoen, i oppdrag å evaluere hvilke konsekvenser klagers kranplassering ville få. Team\_T konkluderte med at klagers plassering av kranen ville komme i konflikt med glykollledningen. Selv om kranen ikke direkte ville treffe ledningen, ville det at kranen etableres umiddelbart over ledningen innebære en konflikt. Det forelå dermed et grensesnitt eller en avhengighet som klager skulle hensynstatt i sin fremdriftsplan. Innklagede hadde dermed grunnlag for å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "Fremdrift".

*Tildelingskriteriet "Fremdrift" åpnet ikke for å trekke klager i poeng*

- (48) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "Fremdrift" ettersom det var klart at glykollledningen i grunnen utgjorde et grensesnitt, som måtte løses ved særskilte tiltak fra klager. Verken konflikten eller tiltak var beskrevet i tilbudet fra klager. Denne svakheten med tilbudet fra klager hadde innklagede både en rett og en plikt til å ta hensyn til i tilbudsevalueringen.

*Innklagedes poenggivning gjenspeilte ikke relevante forskjeller i tilbudene*

- (49) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å trekke klager like mye i den nye vurderingen hvor det ble lagt til grunn at ned og opprigging av kran maksimalt ville tatt noen få dager, og kunne vært utført i en helg slik at det ikke ville fått betydning for fremdriften, som i den opprinnelige vurdering, hvor innklagede så for seg en fullstendig omlegging av glykollledningen hvor innklagede beregnet at arbeidet ville ta fire uker. Innklagede viser til at klagers manglende beskrivelse av et sentralt grensesnitt, forholdet til glykollledningen, var nøyaktig det samme uavhengig av hvilke kostnader klagers

avvikende løsning ville innebære. Hvor mye innklagede valgte å trekke klager i poeng for dette hører inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

#### *Brudd på kravet til likebehandling*

- (50) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til likbehandling ved ikke å trekke valgte leverandør i poeng under tildelingskriteriet "*Fremdrift*". Innklagede viser til at valgte leverandørs kranplassering var i overenstemmelse med konkurransegrunnlaget, og således ikke problematisk i forhold til glykolleningen.

#### *Klagers plassering av kranen var ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget*

- (51) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris på grunn av klagers plassering av kranen ettersom klagers plassering av kranen utgjorde et avvik fra konkurransegrunnlaget. Det fulgte av konkurransegrunnlaget at leverandørens tilbud skulle bygge på kranplassering mellom østre og midtre kulvertvegg. Når klager valgte en annen løsning enn dette, forelå det et avvik. At klager har krysset av for at tilbudet ikke inneholdt avvik, er ikke avgjørende. Det er realiteten i tilbudet som må legges til grunn. Innklagede viser videre til at kategoriseringen i bilag B2 ikke kan forstås som en uttømmende regulering av hva som kan utgjøre et avvik.

#### *Klagers kranplassering ville ikke medført priskonsekvenser for innklagede*

- (52) Innklagede hevder at det var innklagede som ville fått ansvar for kranplasseringen, ikke klager. Innklagede viser til at det er et grunnleggende entrepriserettslig utgangspunkt at entreprenøren skal utføre arbeidene slik de er beskrevet, verken mer eller mindre. Dersom arbeidene ikke lar seg utføre som beskrevet er dette byggherrens ansvar og risiko. Hva gjelder tilleggskostnadene i forbindelse med glykolleningen var det innklagede som måtte bære kostnadene dersom innklagede godkjente klagers tilbud, og det så oppstod problemer på et senere tidspunkt. Når det gjelder risikoen for ukjente konstruksjoner i byggegrunnen antas det på generelt grunnlag at det er enighet om at byggegrunnen er innklagedes risiko, jf. NS 3430. Dersom klagers løsning hadde medført kollisjon med ukjente konstruksjoner i byggegrunnen, ville dette kunne fått store kostnadmessige konsekvenser for innklagede. For det første ville klager hatt krav på dekning av sine tilleggskostnader. Dernest ville det påløpt kostnader til fjerning av konstruksjonene. I tillegg kommer eventuell forurensingsrisiko og kostnader knyttet til forsinkelser for gjennomføring av tilknyttede og etterfølgende entrepriser.

#### *Tillegget i pris for kollisjon med glykolleningen er basert på feil faktisk grunnlag*

- (53) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris med den begrunnelse at kranen ville kollidere med glykolleningen, ettersom klagers plassering av kranen ville medføre en kollisjon med glykolleningen som ville ha prismessige konsekvenser. Klagenemnda kan i liten grad kan overprøve innklagedes vurdering av dette.

#### *Eventuelle utgifter ved kollisjon med glykolleningen ville ikke medført priskonsekvenser for innklagede*

- (54) Innklagede bestrider at det var klager som ville måtte bære kostnadene dersom det ble behov for ned- og opp rigging av kran som følge av en eventuell kollisjon med glykolleningen.

*Ikke reell begrunnelse for tillegg i pris*

- (55) Innklagede bestrider at begrunnelsen for å trekke klager i poeng grunnet risikoen for å treffe på forhold i grunnen ikke var reell. Innklagede har ikke lagt vekt på forhold i evalueringen som ikke falt inn under et tildelingskriterium.

*Innklagede kunne ikke endre tilbudsevalueringen etter tildelingsbeslutningen*

- (56) Innklagede bestrider at innklagede var avskåret fra å prise risikoen for å treffe på forhold i grunnen fordi dette ikke ble gjort før i klageomgangen. Det følger forutsetningsvis av forsyningsforskriften § 11-4 (2) at oppdragsgiver helt frem til kontraktsignering kan gjøre om på tildelingsbeslutningen dersom beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med kriteriene for valg av tilbud. Innklagede anfører at det var en feil i den opprinnelige tildelingen ved at risiko for funn i grunnen ikke var priset inn i klagers tilbud. Innklagede hadde en rett og en plikt til å prise inn denne risikoen i klagerunden. Det er ikke tale om et endret skjønn, eller en ny begrunnelse, men om et faktisk forhold som innklagede ikke var oppmerksom på i den opprinnelige tilbudsevalueringen, og som hadde kostnadmessig konsekvens.

*Brudd på regelverket å trekke klager to ganger for samme forhold*

- (57) Innklagede bestrider å ha trukket klager to ganger for samme forhold i tilbudsevalueringen. Det vises til at under tildelingskriteriet "Pris" var det prisen på de inngitte tilbud som ble vurdert, mens under tildelingskriteriet "Fremdrift" var det gjennomføringsplanene som ble vurdert.

*Brudd på plikten til å føre reelle forhandlinger*

- (58) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger om konflikten med glykollledningen eller om risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgravingen. Innklagede viser til at det er et grunnleggende anskaffelsesrettslig utgangspunkt at leverandøren selv har risikoen for innholdet i eget tilbud. Innklagede så ikke konflikten med glykollledningen før etter tilbudsfristens utløp, og det var da ikke mulig å gjenåpne forhandlingene.

*Innklagede hadde plikt til å be om avklaringer fra klager*

- (59) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved ikke å be klager om avklaring av ansvars- og kostnadsforhold i relasjon til kranplasseringen, da innklagede i evalueringsfasen oppdaget at denne kunne by på utfordringer. Det vises til at innklagede ikke hadde plikt til å la klager avklare uklarheter i sitt tilbud i evalueringsfasen. Videre viser innklagede til at det ikke var noen uklarheter i tilbudet fra klager, men en svakhet ved at et sentralt grensesnitt ikke var oppdaget/hensynstatt i tilbudet fra klager. Innklagede kunne selvsagt ikke la klager forbedre denne svakheten etter den endelige tilbudsfristen.

*Manglende umiddelbar oversendelse av møtereferat*

- (60) Innklagede erkjenner at møtereferatene ikke ble oversendt klager umiddelbart etter forhandlingsmøtene, men viser til at referatene ble sendt til klager så snart klager etterspurte dem. Oversendelsestidspunktet kan ikke ha noen betydning for klager, ettersom klager ikke har noen innsigelser mot referatenes innhold.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (61) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er regulert av Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og del I og II i forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

*Klagers plassering av kranen var ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget*

- (62) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager tillegg i pris, ettersom klagers plassering av kranen ikke utgjorde et avvik fra konkurransegrunnlaget.
- (63) Vurderingstemaet for om det foreligger et avvik er hvorvidt oppdragsgiver, hvis det inngås kontrakt med den aktuelle tilbyder, kan kreve utførelse i tråd med kravspesifikasjonen eller ikke.
- (64) I konkurransegrunnlaget bilag B" *"Entreprise K-72323 Kjørekulvert Overordnet beskrivelse"* fremkom det i punkt 1.2 *"Orientering om oppbygging og struktur til B-bilag"* at det i form av nummererte spørsmål som skulle besvares, var stilt følgende krav og ønsker til tilbudene: "K" (absolutte krav som skulle tilfredsstilles), "B" (krav som ønskes tilfredsstilt) og "S" (utredninger/redegjørelser som tilbyder skulle gi i sitt tilbudsgrunnlag). Videre fremkom det at denne nummereringen var laget for å forenkle byggherrens evaluering og oppfølging, og det ble presisert at hele tilbudsgrunnlaget skulle gjelde selv om det ikke var laget egne nummer på kravene. Klager viser til at innklagedes forslag til kranplassering ikke var merket med noen av disse kravene og at konkurransegrunnlagets angivelse av krav derfor ikke bandt tilbyderne til en bestemt utførelse.
- (65) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, kan ikke dette forstås slik at det kun er de krav som var merket med "K", "B" eller "S" som var krav som tilbyderne måtte oppfylle for at tilbudene ikke skulle inneholde avvik fra kravspesifikasjonen. Innklagede har i konkurransegrunnlaget opplyst at markeringen av kravene i konkurransegrunnlaget kun var gjort for å forenkle byggherrens evaluering og oppfølging, og ikke som en uttømmende angivelse av hvilke krav som gjaldt til de innkomne tilbudene. Klagers kranplassering kan etter dette utgjøre et avvik fra kravspesifikasjonen, selv om innklagedes angivelse av hvor kranen skulle plasseres ikke var merket med K, B eller S.
- (66) I konkurransegrunnlagets bilag B3 punkt AV1A underpunkt c fremkom følgende: *"Riggområdet er vist på tegning 72101-A0-00X-70-1004. Entreprenøren plikter å plassere sine rigginstallasjoner i henhold til denne."* Videre fremkom det at *"[b]yggekran er forutsatt benyttes som vist på riggtegning 72101-AO-OOX-70-1004 og 72101-AO-TTX-78-1466. Byggherren har gjennomført risikoanalyser basert på disse forutsetningene i forhold til flyoperative forhold."* Av riggtegningene, som var en del av konkurransegrunnlaget, fremkom det at kranen skulle plasseres i senter av kulverten. Klagenemnda forstår dette slik at konkurransegrunnlaget oppstilte et krav om at kranen skulle plasseres slik.
- (67) Klager har i sitt tilbud forutsatt at kranen skulle plasseres utenfor kulverten. Dersom innklagede hadde inngått kontrakt med klager i henhold til klagers tilbud kunne ikke innklagede ut fra klagers tilbudte kranplassering ha krevd utførelse av kranplasseringen

i tråd med kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Klagers tilbud inneholdt dermed et avvik fra konkurransegrunnlaget, og innklagede kunne dermed lovlig legge dette til grunn og videre også gi klager ett tillegg i pris, dersom de øvrige vilkårene for dette var oppfylt.

*Brudd på plikten til å føre reelle forhandlinger om konflikten med glykolleningen*

- (68) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager om den mulige konflikten med glykolleningen som følge av klagers kranplassering.
- (69) I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas sak 2008/123 og Veileder FAD side 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 sak 2005/218 premiss (33) og sak 2008/123 premiss (46).
- (70) Partene er enige i at den mulige konflikten med glykolleningen ikke ble tatt opp i noen av forhandlingsmøtene mellom klager og innklagede. Av tildelingsbeslutningen datert 9. februar 2011 fremgikk det imidlertid at klagers avvikende kranplassering ble prissatt til 700 000 kroner grunnet den konflikt med glykolleningen som innklagede mente kranplasseringen medførte. Dette førte til at klagers tilbudssum ikke var den laveste. Videre fremgikk det at klager ble trukket i poeng under tildelingskriteriet "*Fremdrift*" med den begrunnelse at kollisjonen med glykolleningen ikke var nevnt i tilbudet fra klager. Kollisjonen med glykolleningen var etter dette et forhold som ble tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, og innklagede hadde dermed som utgangspunkt en plikt til å ta opp dette forholdet i forhandlingene med klager.
- (71) Innklagede har forklart at grunnen til at kollisjonen med glykolleningen ikke ble tatt opp i forhandlingsmøtene med klager var at innklagede ikke ble klar over konflikten med glykolleningen før etter den endelige tilbudsfristen. Ut fra at oppdragsgiver har en plikt til å føre reelle forhandlinger må det imidlertid følge en viss aktivitetsplikt for oppdragsgiver, som innebærer at denne må ha satt seg inn i forhold som vil kunne være av vesentlig eller avgjørende betydning for valg av leverandør før eller senest under forhandlingene. Hvor glykolleningen var plassert fremgikk av innklagedes tegning, inntatt i bilag 25 til konkurransegrunnlaget og klagers tilbudte kranplassering fremgikk allerede av selskapets opprinnelige tilbud. Innklagede hadde dermed det nødvendige faktiske grunnlaget for å se at klagers tilbud kunne medføre en konflikt med glykolleningen og ta dette opp i forhandlingene med klager. Innklagede oppdaget denne konflikten etter den endelige tilbudsfristens utløp, uten at innklagede hadde fått ytterligere kunnskap om glykolleningen enn på tidspunktet for forhandlingene. Dette tilsier at kollisjonen mellom kranen og ledningen burde blitt oppdaget av innklagede på et tidligere tidspunkt og blitt tatt opp i forhandlingene med klager.
- (72) At innklagede unnlot å påpeke konflikten med glykolleningen, et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering var av vesentlig eller avgjørende betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers lå svært likt og forholdet

dermed kunne blitt utslagsgivende, utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5.

*Brudd på plikten til å føre reelle forhandlinger om risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgravingen*

- (73) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager om risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgravingen.
- (74) Det fremgikk av innklagedes svar på klagen fra klager datert 3. mars 2011 at innklagede prissatte risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving som følge av klagers avvikende kranplassering. Ettersom klager og valgte leverandørs tilbud var svært like i pris, kan dette ha vært avgjørende for valg av leverandør, og er dermed et forhold som ble tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Innklagede hadde dermed som utgangspunkt en plikt til å ta opp risikoen for å treffe på konstruksjoner skjult i grunnen i forhandlingene med klager.
- (75) Partene er enig om at risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgravingen ikke ble tatt opp i forhandlingsmøtene. Innklagede begrunner dette med at innklagede ikke oppdaget risikoen for å treffe på konstruksjoner skjult i grunnen før i klagebehandlingen.
- (76) Klager viser til at risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer må ha vært kjent for innklagede fra tidligere entrepriser. Innklagede viser også selv i svaret på klagen fra klager datert 3. mars 2011 til at det i forbindelse med annen anleggsvirksomhet i området var funnet flere betongkonstruksjoner som bunkere, kummer, fundamenter, ledningsanlegg for drivstoff etc. i grunnen. Videre fremgikk det også av klagers opprinnelige tilbud og opplysninger fra forhandlingsmøtene at klagers tilbudte avvikende kranplassering medførte et behov for ekstra utgraving i grunnen. Dette tilsier at innklagede burde vært oppmerksom på risikoen for funn i grunnen knyttet til utgraving på et tidligere tidspunkt, og dermed tatt dette opp i forhandlingsmøtene.
- (77) At innklagede unnlot å påpeke risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving, et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering var av avgjørende betydning i disfavør av klager, ettersom klager og valgte leverandør ellers lå svært likt og forholdet dermed kan ha vært utslagsgivende, utgjør dermed et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5

*Innklagede hadde plikt til å be om avklaringer fra klager*

- (78) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å be klager om avklaring av ansvars- og kostnadsforhold i relasjon til klagers avvikende kranplassering, da innklagede i evalueringsfasen la til grunn at dette kunne by på utfordringer.
- (79) Klagenemnda legger til grunn at dersom innklagede hadde tatt opp forholdene knyttet til klagers avvikende kranplassering (kollisjon med glykolledningen og risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving) i forhandlingene med klager, så er det ikke sikkert at det ville oppstått noe behov for å avklare ansvars- og kostnadsforhold i relasjon til klagers avvikende kranplassering i evalueringsfasen. Basert på at klagenemnda har kommet til at innklagede hadde plikt til å ta opp forholdene knyttet til

kollisjonen med glykolledningen og risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving i forhandlingene finner klagenemnda det derfor ikke hensiktsmessig å ta stilling til denne anførselen. Anførselen avvises derfor fra behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

#### *Innklagede kunne ikke endre tilbudsevalueringen etter tildelingsbeslutningen*

- (80) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å komme med en ny vurdering av klagers tilbud etter forhandlingsmøtene var gjennomført og beslutningen om valg av leverandør var meddelt tilbyderne.
- (81) Klagenemnda legger også her til grunn at dersom innklagede hadde tatt opp forholdene knyttet til klagers avvikende kranplassering i forhandlingene med klager så ville det ikke oppstått noe behov for å endre tildelingsevalueringen etter den opprinnelige tildelingsbeslutningen. Basert på at klagenemnda har kommet til at innklagede hadde plikt til å ta opp forholdene knyttet til kollisjonen med glykolledningen og risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving i forhandlingene finner klagenemnda det derfor ikke hensiktsmessig å ta stilling til denne anførselen. Anførselen avvises derfor fra behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

#### *Manglende umiddelbar oversendelse av møtereferat*

- (82) Klager anfører at innklagede har brutt regelverkets krav til gjennomsiktighet og forretningsmessig opptreden ved ikke å sende klager møtereferater fra forhandlingsmøtene. Innklagede erkjenner at møtereferatene ikke ble oversendt klager umiddelbart etter forhandlingsmøtene, men viser til at referatene ble sendt til klager så snart klager etterspurte dem.
- (83) Etter klagenemndas syn oppstiller ikke regelverket noen plikt til umiddelbar oversendelse av referater fra forhandlingsmøter til deltakerne i møtet.
- (84) I foreliggende tilfelle fikk klager oversendt referatene så snart klager ba om det, og dette må etter nemndas syn være tilstrekkelig. Klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Øvrige anførsler*

- (85) For å kunne vurdere klagers øvrige anførsler, krever det en faglig vurdering av hvilke konsekvenser klagers tilbudte kranplassering må antas å ha, samt en faglig vurdering av valgte leverandørs tilbud. En slik faglig vurdering er klagenemnda, som utelukkende består av jurister, ikke kompetent til å foreta. Videre ville det for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av dette vært hensiktsmessig med muntlige forhandlinger for å kunne avhøre partene om relevante forhold. Siden klagenemndas saksbehandling utelukkende er skriftlig, har nemnda ikke anledning til dette. Disse anførselene avvises derfor som uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

***Konklusjon:***

Oslo Lufthavn AS har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å ta opp konflikten med glykolleningen eller risikoen for å treffe på kostnadsdrivende elementer ved utgraving i forhandlingene med klager.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke blitt behandlet eller har ikke ført fram.

Bergen, 11. mars 2013  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl