



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** De generelle kravene i § 4

*Trøgstad kommune gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av automatisk brannslukkingssystem med sprinkelanlegg til Trøgstadheimen Bo- og Servicesenter. Klager anførte at innklagede hadde endret tildelingsbeslutningen i strid med regelverket og at prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling var brutt i forhandlingene. Disse anførselene førte ikke frem. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet ved ikke å føre referat fra det siste møtet med valgte leverandør. Av denne grunn kunne ikke nemnda ta stilling til om likebehandlingsprinsippet var brutt ved at klager ikke fikk et nytt forhandlingsmøte, slik som valgte leverandør fikk.*

### Klagenemndas avgjørelse 4. juni 2019 i sak 2018/48

**Klager:** Askim Entreprenør AS

**Innklaget:** Trøgstad kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven og Jakob Wahl

#### Bakgrunn:

- (1) Trøgstad kommune (heretter innklagede) kunngjorde 2. oktober 2017 en konkurranse for anskaffelse av automatisk brannslukkingssystem med sprinkelanlegg til Trøgstadheimen Bo- og Servicesenter. Tilbudsfristen var 13. november 2017. Konkurransen ble kunngjort som en åpen tilbudskonkurranse og av konkurransegrunnlaget fremgikk det at konkurransen ville gjennomføres som en konkurranse med forhandlinger. Norconsult AS sto for gjennomføringen av konkurransen.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at konkurransen gjaldt en totalentreprise for brannteknisk oppgradering. Det skulle etableres et automatisk slukkeanlegg med sprinkelanlegg og ny vannledning til bosenteret, samt et nytt frittstående bygg for sprinklersentralen og eventuell trykkøkningspumpe.
- (3) Det eneste tildelingskriteriet var «pris (inkl. ev. opsjoner)». Prisskjemaet i vedlegg 2.1 til konkurransegrunnlaget skulle danne utgangspunktet for prisberegningen.
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud fra henholdsvis Askim Entreprenør AS (heretter klager) og Per Bekkevold AS. Klagers tilbudspris var kroner 16 149 240 ekskl. mva. uten opsjoner. Per Bekkevold AS' tilbudspris var kroner 19 906 966 ekskl. mva. uten opsjoner.
- (5) Klager mottok brev fra innklagede datert 15. november 2017 med overskriften «Brev vedr. intensjon om mulig kontrakt, invitasjon til avklaringsmøte Trøgstadheimen Bo- og Servicesenter: Totalentreprise brannteknisk oppgradering». Av brevet fremgikk:

*«Trøgstad kommune har til intensjon å inngå kontrakt med Askim Entreprenør AS på totalentreprise: Brannteknisk oppgradering av Trøgstadheimen med utvalgte opsjoner.*

*Kontraktsummen vil bli avklart etter forhandlingsmøte 6. desember 2017 – kl. 14.00 på Norconsults kontor.*

*Oppdragsgiver har foretatt en vurdering av tilbudene med bakgrunn i kriteriene i konkurransegrunnlaget. Tilbudet anses å være det mest fordelaktige tilbudet. Dette er under forutsetning av at tilbyder kan redusere noen av sine ytelser, og sammen med byggherren kan finne noen kostnadseffektive løsninger slik at prosjektet kan bli realisert.*

*Norconsult AS – Askim vil gjennomføre forhandlinger på vegne av, og i samarbeid med Trøgstad kommune.»*

- (6) Klager besvarte brevet per e-post av 16. november 2017:

*«Hei og takk for tildelingsbrev!*

*Jeg bekrefter at tidspunkt for forhandlingsmøte passer for oss.*

*[...]»*

- (7) Per Bekkevold AS mottok et brev fra innklagede 29. november 2017 som lød som følger:

*«På vegne av Trøgstad kommune takker Norconsult for Deres tilbud mottatt 13.11.2017.*

*Vi har gjennomgått tilbudene og dessverre er Deres tilbud vesentlig høyere i prisen enn tilbudet hvor vi har til hensikt å inngå kontrakt.*

*AS Bekkevold har levert et solid og gjennomarbeidet tilbud, hvor formaliteter etter offentlig innkjøp er fulgt.*

*Takker igjen for tilbudet.»*

- (8) I innstillingsbrev til innklagede av 4. desember 2017 anbefalte Norconsult AS at det ble gjennomført «kontraktsavklaringer» med begge leverandører.

- (9) Innklagede og Norconsult AS avholdt møte med klager 6. desember 2017. I referatet fra møtet punkt 3 fremgikk det blant annet at innklagede gav klart signal om at prisen på rigg drift og felleskostnader var alt for høy. Videre fremgikk det av punkt 10 «Fremdrift» at innklagede orienterte om at «*de er i dialog med en eller flere entreprenører, med mål om å få ned kostnadene, slik at prosjektet kan realiseres.*» Frist for å inngi nytt tilbud ble satt til 12. desember 2017 kl. 08.00.

- (10) Av referat datert 6. desember 2017 fra møte med Per Bekkevold AS fremgikk blant annet at nye, lavere priser ble gitt under møtet og at disse ble notert. Videre fremgikk det: «*Det er viktig at priser blir bekreftet eller er lavere til neste møte*». I møtet ble det satt opp et regneark med Per Bekkevold AS' nye priser som selskapets representant har signert.

- (11) Det ble også satt opp et nytt møte 11. desember 2017 for ny gjennomgang av tilbud der også Per Bekkevold AS' underleverandør ble invitert. Per Bekkevold AS' nye pris var kroner 13 229 166 ekskl. mva. uten opsjoner og kroner 16 271 866 ekskl. mva. med

opsjoner. Det foreligger ikke referat fra møtet som ble avholdt med Per Bekkevold AS 11. desember 2017.

- (12) Innklagede mottok nytt tilbud fra klager 12. desember 2017 kl. 08.05. Ny tilbudspris var kroner 15 568 075 ekskl. mva. uten opsjoner og kroner 20 639 325 ekskl. mva. med opsjoner.
- (13) I brev av 12. desember 2017 til klager informerte innklagede om at Per Bekkevold AS (heretter valgte leverandør) hadde det gunstigste tilbudet, med lavest pris, og at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør.
- (14) Kontrakt ble inngått 3. januar 2018.
- (15) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. februar 2018.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. juni 2019.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å først tildele kontrakt til klager, for deretter å endre tildelingsbeslutningen slik at valgte leverandør ble tildelt kontrakt. Dette er det ikke adgang til etter forskriften § 10-1 (3). Brevet til klager av 15. november 2017 må anses som et tildelingsbrev.
- (18) Subsidiært har innklagede brutt det grunnleggende prinsippet om likebehandling som følger av loven § 4 og forskriften § 9-3 (4). For det første ble klager villedet til å tro at klager var eneste aktuelle tilbyder i konkurransen. Hvis klager visste at det var øvrige aktuelle leverandører, ville klager hatt et helt annet grunnlag for å håndtere det som reelt var en konkurransesituasjon. Videre fikk ikke klager anledning til å delta i et nytt forhandlingsmøte, i motsetning til valgte leverandør. I det første forhandlingsmøtet fikk valgte leverandør dessuten informasjon om at selskapet ikke ville bli tildelt kontrakten med mindre de senket prisene sine i samsvar med det som ble indikert i møte. Klager fikk ikke noen tilsvarende konkret veiledning. Både hver for seg og samlet utgjør dette brudd på likebehandlingsprinsippet, og bruddet må antas å ha hatt direkte betydning for utfallet av konkurransen. Tildelingsbeslutningen er dermed ulovlig.
- (19) Under enhver omstendighet skulle det siste tilbudet fra valgte leverandør ha vært avvist ettersom det ikke oppfyller anskaffelsesregelverkets skriftlighetskrav.
- (20) Innklagede har videre ikke oppfylt de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelsesprosessen ved ikke å ha dokumentert sentrale forhold av betydning for tildelingen. Innklagede har ikke dokumentert at valgte leverandør fremla et fullstendig nytt og revidert tilbud. Innklagede har heller ikke ført referat fra det siste møtet med valgte leverandør.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (21) Det bestrides at brevet av 15. november 2017 til klager var en beslutning om tildeling. Det uttrykkes i brevet usikkerhet om hvorvidt klager faktisk vil bli tildelt kontrakten. Det er tatt inn en forutsetning om at prisene må reduseres. Innklagede har hele tiden hatt til hensikt å gjennomføre forhandlinger med leverandørene, noe som fremgår av

konkurranses grunnlaget og brevet av 15. november 2017 til klager. Dette underbygges også av at begge tilbudene som kom inn gikk utover innklagedes budsjetttramme.

- (22) Det bestrides videre at innklagede har villedet klager. Brevet av 15. november 2017 gav ikke klager noen grunn til å anta at det ikke ville bli gjennomført forhandlinger med andre. Under enhver omstendighet fikk klager opplyst at det ville bli gjennomført forhandlinger med andre i møtet 6. desember 2017. Klager må ta risikoen for at de trodde dette ikke ville skje.
- (23) Det bestrides at kravet til likebehandling ble brutt ved at innklagede avholdt to møter med valgte leverandør og kun ett med klager. Klager gav i første møte inntrykk av at man ikke ønsket å prioritere flere møter med innklagede. Det andre møtet med valgte leverandør innebar uansett ikke forhandlinger om pris. Innklagede har heller ikke gitt valgte leverandør noen indikasjoner på, og som klager ikke har fått, om hva som var riktig prisnivå.
- (24) Det bestrides videre at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende skriftlighet. Regnearket som ble satt opp, og som ble signert av valgte leverandør, er tilstrekkelig. Dette inngår også i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av brannslukkingsanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke estimert, men det var opplyst i konkurranses grunnlaget at anskaffelsen er under EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

#### *Endring av tildelingsbeslutning*

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å først tildele kontrakt til klager, for deretter å endre tildelingsbeslutningen slik at valgte leverandør ble tildelt kontrakt.
- (27) Første spørsmål er om innklagede først tildelte kontrakt til klager.
- (28) I brevet til klager av 15. november 2017, med overskriften «*Brev vedr. intensjon om mulig kontrakt, invitasjon til avklaringsmøte Trøgstadheimen Bo- og Servicesenter: Totalentreprise brannteknisk oppgradering*», gav innklagede uttrykk for sin intensjon om å inngå kontrakt med klager og at klagers tilbud var det mest fordelaktige. Samtidig ble det presisert at «*[d]ette er under forutsetning av at tilbyder kan redusere noen av sine ytelser, og sammen med byggherren kan finne noen kostnadseffektive løsninger slik at prosjektet kan bli realisert.*» Det ble fastsatt dato for «*forhandlingsmøte*».
- (29) Nemnda bemerker at begrepet «*tildeling*» ikke er benyttet. Både uttrykket «*avklaringsmøte*» og «*forhandlingsmøte*» ble brukt, og innklagede gav uttrykk for at det måtte gjøres endringer i tilbudet. I motsetning til det innklagede hevder, kan ikke nemnda se at det ble presisert at innklagede ville inngå forhandlinger med flere leverandører og at klager måtte redusere prisen på sitt tilbud for å nå opp. Imidlertid inneholdt ikke brevet noen klar meddelelse om valg av leverandør, begrunnelse og fastsatt karensperiode, jf.

kravene i forskriften § 10-1. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke slå fast at klager var tildelt kontrakten på dette tidspunktet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

#### *De grunnleggende prinsippene*

- (30) Subsidiært anfører klager at innklagede har brutt loven § 4 og forskriften § 9-3 (4). Dette begrunner klager med tre ulike forhold. Det første er at klager ble villedet til å tro at selskapet var den eneste leverandøren som gjensto i konkurransen slik at klager ikke hadde like forutsetninger som valgte leverandør i forhandlingene.
- (31) Brevet til klager av 15. november 2017 etterlot etter nemndas syn et inntrykk av at tilbudet ville antas under forutsetning av ovennevnte tilpasninger i samråd med innklagede. Slik oppfattet klager det, noe som kom til uttrykk i deres e-post av 16. november, der klager takket for «*tildelingsbrev*». Dette gav innklagede en oppfordring til å korrigere klagers oppfatning. I forhandlingsmøtet 6. desember ble imidlertid klager opplyst om at innklagede «*er i dialog med en eller flere entreprenører, med mål om å få ned kostnadene, slik at prosjektet kan realiseres.*» På dette tidspunktet kunne klager altså forvente at det var en annen leverandør som kunne være aktuell. Klager har fremholdt at denne opplysningen ble gitt helt i slutten av møtet. Klager fikk imidlertid en frist for å inngi nytt tilbud og informasjon om hvilken post i tilbudet som var «*alt for høy*». På denne bakgrunn kan ikke nemnda se at klager ble villedet på en måte som innebar forskjellsbehandling eller at klager fikk andre forutsetninger i forhandlingene.
- (32) Klager anfører i denne relasjon også at valgte leverandør fikk mer konkret informasjon om hva som skulle til for å vinne frem enn klager i første forhandlingsmøte. Dette er ifølge klager i strid med prinsippet om likebehandling. Ut fra det som er opplyst i referatene, har ikke klagenemnda holdepunkter for at innklagede har opptrådt i strid med likebehandlingsprinsippet i den første forhandlingsrunden. Klager og valgte leverandør har begge fått en rekke lignende spørsmål og noe informasjon fra innklagede. Når tilbudene er ulike, vil det også være forskjeller i hva som tas opp i forhandlingsmøtene. Ettersom valgte leverandør hadde langt høyere pris i sitt tilbud enn klager, er det ikke unaturlig at det var flere forhold for innklagede å ta tak i. Både klager og valgte leverandør fikk anledning til å inngi nytt tilbud og ble oppfordret til å senke prisene. Det er videre ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har delt klagers priser med valgte leverandør. Klagers anførsler på dette punktet fører derfor ikke frem.
- (33) Klager anfører også at det er i strid med prinsippet om likebehandling at valgte leverandør ble innkalt til et nytt forhandlingsmøte, noe klager ikke ble. Innklagede har forklart at det ikke var tale om et forhandlingsmøte, ettersom prisene tilbudt i forrige møte ble opprettholdt. Videre har innklagede vist til at klager gav uttrykk for at klager ikke ville prioritere et nytt møte med innklagede. Klager benekter sistnevnte. Da det ikke foreligger referat fra siste møte med valgte leverandør, er det ikke mulig for nemnda å vurdere om dette møtet innebar forhandlinger, og hvorvidt likebehandlingsprinsippet ble brutt når klager ikke fikk tilsvarende mulighet.
- (34) Nemnda legger til grunn at et referat i dette tilfelle var sentralt for at leverandørene skulle kunne vurdere hvilket innhold møtet faktisk hadde, og om prinsippet til likebehandling var tilstrekkelig ivarettatt. Prinsippet om etterprøvbarehet er dermed brutt.
- (35) Klager har videre anført at det utgjør brudd på regelverket at innklagede ikke har sørget for tilstrekkelig skriftlighet. Valgte leverandør har ikke inngitt et skriftlig, endelig tilbud.

- (36) Det følger av forskriften § 9-1 (1) at et tilbud skal være «*skriftlig og bindende*». I § 9-3 (1) åpnes det imidlertid for dialog med leverandørene om «*alle sider ved tilbudene og andre mottatte dokumenter eller opplysninger*». Nemnda forstår dette slik at det ikke er nødvendig for leverandørene å inngi fullstendige skriftlige, reviderte tilbud, så lenge kravet til etterprøvbarhet, som også kommer til uttrykk i forskriften § 7-1 (3), ivaretas. I dette tilfellet er kravet til etterprøvbarhet ivaretatt ved at prisene i tilbudet, som var eneste tildelingskriterium, er nedfelt i et excel-ark som også er signert av valgte leverandør. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (37) Nemnda har kommet til at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet ved ikke å føre referat fra det andre forhandlingsmøtet. Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert gjør at klagenemnda ikke kan vurdere om det er begått feil som «*kan ha påvirket resultatet av konkurransen*», jf. klagenemdsforskriften § 13. Ettersom det foreligger et brudd på regelverket, og klagenemnda som følge av dette bruddet ikke kan utelukke at det er begått feil som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, er det grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret.

**Konklusjon:**

Trøgstad kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet ved ikke å føre referat fra ett av møtene med valgte leverandør.

Klagers anførsel om at prinsippet om likebehandling var brutt ved at klager ikke fikk delta i nytt forhandlingsmøte ble ikke behandlet.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

*Dokumentet er godkjent elektronisk*