



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør. Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon. Avklaring eller retting av tilbud. Innsyn/Taushetsplikt. Habilitet.

*Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for fjerning av eksisterende kunstgressbane, samt bygging av ny bane. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, og at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av vesentlig avvik. Videre anførte klager at innklagede hadde brutt regelverket ved å gjøre leverandørenes tilbudspriser kjent før levering av korrigerte tilbud. Disse anførselene førte ikke frem. Klagers habilitetsinnsigelse kunne klart ikke føre frem, og klagers anførsel om advokatetiske forhold lå utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere. Disse anførselene ble derfor avvist, jf. klagenemndsforordningen § 9.*

### **Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2021 i sak 2020/632**

**Klager:** Sylte Maskin AS

**Innklaget:** Molde Eiendom KF

**Klagenemndas medlemmer:** Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik

### **Bakgrunn:**

- (1) Molde Eiendom KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. mai 2020 en åpen tilbudskonkurranse for fjerning og sanering av eksisterende kunstgressbane, samt grunnarbeid og bygging av ny kunstgressbane på Lubbenes i Molde. For bistand med gjennomføring av anskaffelsen, hadde innklagede engasjert XPRO AS (heretter *XPRO*). Tilbudsfrist var satt til 8. juni 2020.
- (2) Som et kvalifikasjonskrav under «Økonomisk og finansiell kapasitet» var det opplyst at leverandørene måtte levere kopi av ansvarsforsikringspolise, som skulle ha minimum dekning i henhold til reglene i Norsk Standard.
- (3) Det fremgikk av kravspesifikasjonen at kunstgressbanen skulle leveres med støtdempende egenskaper, herunder en varmepad. Om denne var det i kravspesifikasjonen punkt 79.791.5 presisert: «Dimensjon: 50 mm tykkelse».
- (4) Det ble opplyst at pris var eneste tildelingskriterium. Dette skulle dokumenteres med utfyllt vederlagsskjema.
- (5) I prisskjemaet var det opplyst at postene «Etablering av vannpost», «Oppfylling/trykksetting av varmeanlegg» og «Alternativt kunstgressdekke» var opsjoner som skulle prises.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, Sylte Maskin AS (heretter *klager*) og LA Nordhaug AS.
- (7) Ved evaluering av tilbudene den 1. juli 2020 hadde LA Nordhaug AS (heretter *valgte leverandør*) lavest pris på 26 738 921,90 kroner inkl. mva., og vant dermed konkurransen. Klagers pris var på 38 203 412,50 inkl. mva.
- (8) Klager reagerte på at det var så stor forskjell i pris på de to innkomne tilbudene, og rettet en henvendelse til innklagede med spørsmål om valgte leverandørs tilbud var korrekt priset. Etter å ha gjennomgått tilbudene på nytt, oppdaget innklagede at valgte leverandørs tilbud inneholdt feil, blant annet at en av opsjonene ikke var priset.
- (9) Den 3. juli 2020 sendte innklagede nesten likelydende meldinger til de to leverandørene om at det var oppdaget en feil i evalueringen av tilbudskonkurransen, og at den opprinnelige tildelingen ble annullert. Begge leverandørene fikk så beskjed om at de fikk mulighet til å korrigere sine tilbud, med frist den 6. juli 2020. I tillegg ble leverandørene oppfordret til å kontrollere alle summer i vederlagsskjemaet, slik at alle tall i tilbudene stemte overens.
- (10) I meldingen til valgte leverandør ble det presisert at innklagede hadde oppdaget at opsjonen som gjaldt alternativt kunstgressdekke, ikke var priset, og at denne prisen var nødvendig for et komplett tilbud. Det ble også etterspurt produktinformasjon som ikke var levert, samt ESPD-skjema og forpliktelseserklæringer fra underleverandører, som også manglet.
- (11) Valgte leverandør inngav så et korrigert tilbud med en totalpris på 34 376 539,40 kroner inkl. mva. Klager valgte å opprettholde sitt opprinnelige tilbud med totalpris på 38 203 412,50 inkl. mva. Valgte leverandør kom dermed best ut også i den andre tildelingsbeslutningen.
- (12) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. september 2020.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. september 2020.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. februar 2021.

#### **Anførsler:**

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

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Nærmere bestemt hadde innklagede plikt til å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Den ansvarsforsikringen som valgte leverandør har levert, dekker ikke tilbudssummen.
- (16) Videre hadde innklagede plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud. For det første manglet valgte leverandørs tilbud pris på en opsjon som, etter korreksjon, utgjorde ca. 25 prosent av opprinnelig tilbudssum. Det var heller ikke levert tilstrekkelig produktdokumentasjon. Valgte leverandør har også levert dokumentasjon på at de skal levere en varmepad med tykkelse 40 mm. Det er oppstilt krav i kravspesifikasjonen om at denne skal være 50 mm. Valgte leverandørs tilbud inneholder dermed et vesentlig avvik.

- (17) Innklagede har også brutt regelverket ved å gjøre klagers tilbudssum kjent for valgte leverandør uten samtykke, for så å gjennomføre forhandling med en leverandør som skulle vært avvist.
- (18) Det stilles også spørsmål ved hvordan XPRO har fått rådgivningsjobben i konkurransen, når avdelingsleder hos innklagede og daglig leder i XPRO har en svært nær relasjon, som de ikke har opplyst for oss, og det er ikke opplyst om inhabilitet. Disse personene har begge to vært med i dialogen i konkurransen hvor XPROs saksbehandling ble klaget inn til avdelingsleder hos innklagede. Videre er det også svært uheldig at innklagedes advokat er tilknyttet samme advokatkontor som ett av styremedlemmene i XPRO.

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

- (19) Det bestrides at regelverket er brutt ved gjennomføring av konkurransen. Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet. I konkurransegrunnlaget var det stilt krav om ansvarsforsikring med dekning minimum i henhold til Norsk Standard. Kontrakten følger NS 8405, hvor det fremgår av punkt 10.2 at entreprenøren skal ha en ansvarsforsikring som skal dekke erstatningsansvar for skade med en forsikringssum på minimum 150 G. Dette utgjør per i dag 15 202 650 kroner, og valgte leverandørs forsikringsspolise på 20 millioner kroner overstiger derfor minimumskravet med god margin.
- (20) Det bestrides ikke at det forelå et avvik i valgte leverandørs opprinnelige tilbud på grunn av manglende pris på en opsjon. Det ligger imidlertid innenfor oppdragsgivers adgang til dialog å la valgte leverandør rette dette avviket. Å få ettersendt produktdokumentasjon var også innenfor adgangen til dialog.
- (21) Valgte leverandør har ikke tatt forbehold mot å tilby en varmekpad med tykkelse på 50 mm. Innklagede har kjennskap til at 50 mm tykkelse ikke er standard, og at produktet derfor må spesiallages. Dette er ikke uvanlig, men medfører at det ikke foreligger produktdokumentasjon. Det er derfor lagt til grunn at valgte leverandør innga dokumentasjon på 40 mm som det mest sammenlignbare, og at innklagede ville kunne kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget. Det foreligger derfor ikke noe avvik i valgte leverandørs tilbud.
- (22) Den dialogen og korrigeringen av tilbud som er gjennomført, er lovlig, selv om tildeling opprinnelig hadde skjedd og tilbydernes priser var kjent. Kjennskap til hverandres priser utelukker ikke nye forhandlinger. Likebehandlingsprinsippet ble overholdt ved at begge leverandørene fikk anledning til å korrigere tilbudene sine. Det at klager valgte ikke å endre eller forbedre sitt tilbud, endrer ikke dette.
- (23) Det at avdelingsleder hos innklagede er gift med daglig leder i XPRO, kan på ingen måte innebære inhabilitet. Ingen av de automatiske inhabilitetsgrunnene i forvaltningsloven § 6 (1) er anvendelige. Avdelingsleder har ikke hatt befatning med den aktuelle anskaffelsen, og heller ikke øvrige anskaffelser hvor XPRO har vært involvert. Konkurransen er heller ikke av betydning for avdelingslederen, XPRO eller øvrige som avdelingslederen har nær personlig tilknytning til. Det foreligger ikke noen personlig tilknytning til klager eller valgte leverandør, og det foreligger derfor klart heller ikke inhabilitet etter den skjønsmessige regelen i forvaltningsloven § 6 (2).

### **Klagenemndas vurdering:**

(24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder fjerning og sanering av eksisterende kunstgressbane, samt grunnarbeid og bygging av ny kunstgressbane på Lubbenes i Molde, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene var imidlertid på mellom 26 og 39 millioner kroner inkl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

#### *Avvisning av valgte leverandør*

(25) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til økonomisk og finansiell kapasitet.

(26) Det følger av forskriften § 9-5 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».

(27) Det fremgikk av det aktuelle kvalifikasjonskravet at leverandørene måtte levere kopi av ansvarsforsikringspolisen og at ansvarsforsikringen minimum skulle ha dekning i henhold til Norsk Standard.

(28) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at kontrakten ville følge Norsk Standard 8405. Ifølge NS 8405 punkt 10.2 skal entreprenøren ha en ansvarsforsikring som dekker erstatningsansvar for skade, og forsikringssummen skal være på minimum 150 G. Grunnbeløpet per 1. mai 2020 var på kr 101 351. For å oppfylle kvalifikasjonskravet må tilbyderne således ha en forsikringsdekning på minst kr 15 202 650.

(29) Valgte leverandørs ansvarsforsikring har en forsikringssum på 20 millioner, som er godt over minstebeløpet.

(30) Klagers anførsel om at valgte leverandør manglet økonomisk finansiell kapasitet, fører etter dette ikke frem.

#### *Avvisning av valgte leverandørs tilbud*

(31) Spørsmålet er videre om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av vesentlige avvik

(32) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene».

(33) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 9-1 (2) og 8-4 (3).

- (34) Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av at mengdebeskrivelsens poster for opsjoner ikke var priset i det opprinnelige tilbudet.
- (35) Etter forskriften § 9-7 (2) kan innklagede utsette avgjørelsen om avvisning til en eventuell dialog er gjennomført. Dialog med leverandørene kan etter § 9-3 (1) gjelde «*alle sider ved tilbudene [...] og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger*». Dialogen kan omfatte både ikke-vesentlige og vesentlige avvik, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/157, avsnitt 30.
- (36) Det er ikke omtvistet at det forelå et avvik ved valgte leverandørs opprinnelige tilbud. Avviket besto av at valgte leverandør hadde unnlatt å prise en av opsjonene i konkurransegrunnlaget. Dette var bakgrunnen for at den opprinnelige tildelingsevalueringen ble annullert. Leverandørene fikk deretter anledning til å korrigere tilbudene sine, før det ble gjennomført en ny tildelingsevaluering. Ved levering av det korrigerte tilbudet, hadde valgte leverandør priset opsjonen som manglet i det opprinnelige tilbudet.
- (37) Denne avklaringen er innenfor rammene for dialog som regelverket oppstiller, jf. forskriften § 9-3. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlaget, kan dermed ikke føre frem.
- (38) Spørsmålet er videre om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det opprinnelige tilbudet manglet produktdokumentasjon.
- (39) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at «*[v]edlegg for produktdokumentasjon skal inngå*». Også dette var et forhold valgte leverandør ble bedt om å korrigere etter den opprinnelige tildelingsevalueringen ble annullert. Den etterspurte dokumentasjonen ble så oversendt innen fristen for å levere det korrigerte tilbudet.
- (40) Heller ikke på dette punkt kan klagenemnda se at innklagede har gått utenfor de rammene som regelverket oppstiller. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlaget, kan dermed ikke føre frem.
- (41) Til sist er spørsmålet om det foreligger et vesentlig avvik ved valgte leverandørs tilbud, ved at tilbudet avviker fra kravet om å tilby en varmpad med «*50 mm tykkelse*».
- (42) Krav til varmpad var angitt i post 79.791.5, hvor det blant annet var angitt at pad-en skulle ha: «*Dimensjon: 50 mm tykkelse*».
- (43) I valgte leverandørs tilbud var det krysset av for «*nei*» på spørsmål om tilbudet inneholdt avvik fra konkurransegrunnlaget. Det var heller ikke andre holdepunkter i tilbudet som tilsa at det inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen. I produktdokumentasjonen som var vedlagt tilbudet, var det imidlertid levert teknisk spesifikasjon for en pad som hadde tykkelse 40 mm.
- (44) Innklagede har forklart at de var klar over at pad med 50 mm tykkelse måtte spesialbestilles. Det ble lagt til grunn at dokumentasjonen på 40 mm pad ble inngitt som det mest sammenlignbare. Valgte leverandørs tilbud ble derfor ansett ikke å inneholde avvik.

- (45) Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gjort en uriktig vurdering av om valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik. Valgte leverandør hadde fylt ut mengdebeskrivelsen med priser på de forskjellige postene, og for den aktuelle posten var det tydelig angitt at dette var for varmpad med 50 mm tykkelse. I tillegg var det krysset av for «nei» på spørsmål om tilbudet inneholdt avvik eller forbehold. Selv om produktdokumentasjonen var for en pad med 40 mm tykkelse, er dette alene ikke tilstrekkelig til å konstatere at tilbudet ikke var i samsvar med kravspesifikasjonen.
- (46) Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud, har dermed ikke ført frem.

*Fortrolige opplysninger – forskriften § 9-3 (5)*

- (47) Klagenemnda skal videre ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å gi ut opplysninger om totalprisen i tilbudene.
- (48) Det følger av forskriften § 9-3 (5) at oppdragsgiver under dialogen ikke kan gi «*de øvrige leverandørene tilgang til [...] fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt*» uten samtykke.
- (49) Forskriften inneholder ingen definisjon av «*fortrolige opplysninger*». Det må imidlertid være klart at bestemmelsen i hvert fall dekker opplysninger som er taushetsbelagt etter forskriften § 7-4, sammenholdt med forvaltningsloven § 13.
- (50) Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2) plikter oppdragsgiver å hindre at andre får adgang til eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om «*[...] forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår*».
- (51) I denne saken var pris det eneste tildelingskriteriet. Informasjon om totalprisen for klagers og valgte leverandørs tilbud ble gjort kjent etter utløpet av tilbudsfristen gjennom den opprinnelige meddelelsen om tildeling. Det var først når oppdragsgiver ble oppmerksom på at valgte leverandørs tilbud manglet pris på en opsjon, at tildelingen ble annullert, og dialog ble startet.
- (52) Selv om det er uheldig for konkurransesituasjonen at leverandørenes totalpriser var kjent for tilbyderne før det ble gjennomført en ny tildeling, er nemnda av den oppfatning at det ikke utgjør et brudd på regelverket i denne saken. I et tilfelle hvor tilbudt pris er det eneste tildelingskriteriet, vil prisen være det eneste oppdragsgiver kan opplyse om for å gi en konkret begrunnelse for valg av tilbud. Dersom oppdragsgiver ikke opplyser om prisene, vil begrunnelsesplikten vanskelig være oppfylt. Det går frem av klagenemndas avgjørelse i sak 2015/143 avsnitt 35 til 56 at oppdragsgiver, i en lavest pris-konkurranse, i utgangspunktet har *plikt* til å opplyse om leverandørenes evalueringspriser. Leverandørene vil ellers ikke ha noen reell mulighet til å bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med regelverket, og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen. Klagenemnda har av samme grunn tidligere konkludert med at innklagede, etter en lovlig annullering av tildelingsbeslutningen, ikke har plikt til å opprettholde konfidensialitet om de tidligere inngitte prisene, jf. nemndas avgjørelse i sak 2009/167, avsnitt 49.
- (53) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede handlet i strid med forskriften § 9-3 ved å gjøre leverandørene kjent med hverandres totalpriser.

### *Habilitet*

- (54) Klagers anførsel om habilitet kan klart ikke føre frem. En eventuell tilknytning mellom innklagede og XPRO, som rådgiver i konkurransen, gir ikke grunnlag for habilitetsinnsigelse i denne anskaffelsen. Anførselen avvises derfor, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (55) Videre ligger det utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere advokatetiske forhold. En klage til klagenemnda må gjelde brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforordningen §§ 1 og 6 første ledd. Følgelig avvises klagers anførsel om dette, jf. klagenemndsforordningen § 9.

### ***Konklusjon:***

Molde Eiendom KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*