



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

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

*Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for trafikksikkerhetstiltak. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, og at innklagede hadde gjennomført forhandlinger i strid med regelverket. Klagers anførsler førte ikke frem.*

### **Klagenemndas avgjørelse 11. januar 2022 i sak 2021/1957**

**Klager:** Nærøysund Entreprenør AS

**Innklaget:** Bindal kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

#### **Bakgrunn:**

- (1) Bindal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 28. mai 2021 en åpen tilbudskonkurranse om trafikksikkerhetstiltak ved Bindalseidet skole og barnehage. Tilbudsfrist var 24. juni 2021.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen at kontrakten omfattet bygging av vei, fortau, gang- og sykkelvei, bussholdeplass/plattform, forstøtningsmur og parkeringsplass. I tillegg skulle det bygges VA-anlegg og belysning.
- (3) Om anskaffelsesprosedyren var det i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 opplyst følgende:

*«Konkurransen gjennomføres som åpen tilbudskonkurranse, hvilket innebærer at alle interesserte leverandører kan gi tilbud og oppdragsgiver kan ha dialog med en eller flere leverandører, jf. Foa § 9-2 (1) og (3). Dialogen kan gjelde alle sider av tilbudet og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger.*

*Oppdragsgiver planlegger å tildele kontrakt uten å ha dialog med leverandørene, men vil gjennomføre dialog i form av rettinger og avklaringer dersom dette anses som hensiktsmessig. Dialog gjennom forhandlinger kan bli gjennomført dersom oppdragsgiver, etter at tilbudene er mottatt, ser et behov for forhandlinger. Det presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud og derfor må levere sitt beste tilbud.*

*Det vises for øvrig til bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser FOR-2016-08-12 nr. 974 § 9-3.»*

- (4) Tilbudene skulle være bindende til 14. januar 2022.

**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)

- (5) Tildelingen skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde den laveste prisen. Pris skulle dokumenteres med utfylt prisskjema og utfylt mengdebeskrivelse.
- (6) Ved tilbudsfristens utløp forelå tilbud fra fire leverandører, herunder fra Nærøysund Entreprenør AS (heretter *klager*) og Slitesterk AS.
- (7) Slitesterk AS' tilbudspris av 4 930 732 kroner. Klagers tilbudte pris var 5 177 849 kroner.
- (8) I tilbudsbrevet fra Slitesterk AS var det under overskriften «*Vi har lagt følgende forutsetninger til grunn, med følgende forbehold*», blant annet oppgitt:

*«Prisendringer hos leverandører. En eventuell prisendring fra våre leverandører på varer vil da være i takt med % (prosent) prisendring på den enkelte komponent i enhetspris. Kan eksemplifiseres med at hvis en pris øker med 5 % fra våre leverandører, økes vår enhetspris med tilsvarende 5 %. Dette på grunn av meldt usikkerhet i råvareprisene hos våre leverandører.»*

- (9) Den 1. juli 2021 mottok samtlige leverandører som hadde levert tilbud følgende beskjed:

*«Bindal - Informasjon om forhandling/dialog*

*På vegne av oppdragsgiver informerer vi om at det vil bli opprettet dialog/forhandling med en av leverandørene i henhold til kapittel 2.1 i konkurransegrunnlagets del 1.*

*Dialogen/forhandlingen gjelder forbehold i tilbudet som skal avklares. Det er kun 1 leverandør som har gitt forbehold, og de øvrige er derfor ikke aktuelle for denne runden med forhandling.»*

- (10) Senere samme dag sendte innklagede følgende beskjed til Slitesterk AS:

*«På vegne av oppdragsgiver Bindal kommune ønsker vi å gå inn i dialog/forhandling med dere i Slitesterk AS. Det vises til kapittel 2.1 i konkurransegrunnlag del 1 hvor dette er omtalt.*

*Dialog/forhandling er ønskelig å gjennomføre for å avklare forbeholdet om «prisendringer hos leverandører,» som er gitt i tilbudsbrevet fra dere. Slik forbeholdet er nå vil det kunne føre til at tilbudet blir avvist.*

*Vi ønsker at dere kommer med et revidert tilbud, der forbeholdet om prissendring hos leverandører er prissatt. Det skal i revidert tilbud fremgå hva som er endret og hvordan prisendringen er priset inn.»*

- (11) Slitesterk AS leverte revidert tilbud 7. juli. Tilbudt pris var 5 072 197, 50 kroner.
- (12) Leverandørene ble 3. september 2021 opplyst om at kontrakten var tildelt Slitesterk AS (heretter *valgte leverandør*).
- (13) Klager påklaget tildelingen 7. september 2021 til oppdragsgiver. Klagen førte ikke frem.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2021. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. januar 2022.

**Anførsler:**

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

- (16) Innklagede har tilkjennegitt at dialog kun skal angå rettinger og avklaringer, følgelig ikke forhandling om pris.
- (17) Innklagede skulle utgangspunktet skulle ha avvist valgte leverandør grunnet forbeholdet i tilbudet.
- (18) Da det ikke var mulig å prissette forbeholdet, skulle innklagede utfra grunnleggende prinsipp om likebehandling ha invitert flere leverandører til forhandlinger om den inngitte pris. Valgte leverandør ble gitt en vesentlig forhandlingsfordel ved å få en ensidig mulighet til å justere prisen i sitt tilbud basert på nye opplysninger om prisene på materiell.

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

- (19) Valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold om prisendring. Innklagede gikk derfor i dialog med valgte leverandør for å avklare forbeholdet og en eventuell prissetting av dette. Innklagede mottok et revidert tilbud fra valgte leverandør hvor leverandøren trakk forbeholdet og valgte å prissette dette. Dialogen medførte ikke en forbedring av tilbudet, da revidert tilbud hadde en høyere pris sammenlignet med første tilbud.
- (20) Av fire mottatte tilbud var det kun ett tilbud med et forbehold som var nødvendig å avklare. Innklagede gikk derfor kun i dialog med denne leverandøren.
- (21) Innklagede bestrider derfor at valgte leverandørs tilbud skulle avvises.

**Klagenemndas vurdering:**

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av trafikksikkerhetstiltak som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke opplyst, men konkurransen er gjennomført i henhold til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (23) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede skulle ha avvist tilbudet til valgte leverandør.
- (24) Det følger av forskriften § 9-6 første ledd bokstav b) at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene. I henhold til forskriften § 9-7 andre ledd kan oppdragsgiver i konkurranser etter del II velge å «*utsette avgjørelsen om avvisning til han har gjennomført en eventuell dialog med leverandøren*».
- (25) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at pris var eneste tildelingskriterium, og at prisen skulle dokumenteres med prisskjema og mengdebeskrivelse.

- (26) I valgte leverandørs tilbud var det beskrevet at en eventuell prisendring på valgte leverandørs innkjøpspris på varer ville medføre en tilsvarende prosentvis endring i valgte leverandørs tilbud.
- (27) Slik klagenemnda ser det, utgjør uttalelsen i valgte leverandørs tilbud et avvik fra konkurransegrunnlagets forutsetning om at priskriteriet skulle evalueres basert på prisskjema og mengdebeskrivelse.
- (28) Oppdragsgiver har likevel bare plikt til å avvise tilbud hvor man ikke lykkes med å rette opp i de aktuelle avvikene, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/157, avsnitt 27 til 31.
- (29) Spørsmålet er dermed om avviket er rettet ved innklagedes dialog med valgte leverandør.
- (30) Det følger av domstolspraksis så vel som av klagenemndas praksis at det er en vid adgang til å rette avvik der anskaffelsen reguleres av forskriften del II. Oppdragsgiver kan gjennomføre dialog om «*alle sider ved tilbudene [...] og kan blant annet omfatte avklaringer og forhandlinger*», jf. forskriften § 9-3 første ledd. Det avgjørende er hvorvidt rettingen av avviket var i strid med kravene som stilles til likebehandling av leverandørene, jf. forskriften § 9-3 fjerde ledd og anskaffelsesloven § 4.
- (31) Det følger av kravet til likebehandling at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller behandles ulikt, med mindre noe annet er saklig og objektivt begrunnet. Slik saken er opplyst var det i utgangspunktet kun valgte leverandørs tilbud som inneholdt et avvik. At innklagede gikk i dialog med valgte leverandør vedrørende et avvik som har prismessige konsekvenser er ikke samme som å gå over i forhandling om pris, slik klager hevder. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har gjennomført dialog utover å avklare forbeholdet.
- (32) Det er likevel ikke slik at en leverandør skal få en fordel som følge av å levere et tilbud som inneholder et avvik. Når en leverandør får levere sitt pristilbud senere enn de øvrige leverandørene kan det åpne for at leverandørene får forskjellig grunnlag for utregning av sine tilbudspriser.
- (33) Valgte leverandør ble gjennom konkurransegjennomføringsverktøyet bedt om å levere et revidert tilbud der risikoen for prisøkning på materialer var kalkulert inn i tilbudsprisen. Det skulle fremgå av tilbudet hva som ble endret og hvordan de potensielle prisendringene ble priset inn. Innklagede har opplyst at det ikke ble gjennomført noen ytterligere dialog.
- (34) Valgte leverandør leverte endelig tilbud 7. juli. Tilbudet hadde en høyere tilbudspris enn det opprinnelige tilbudet.
- (35) Klager har anført at valgte leverandør fikk en konkurransefordel, ved at selskapet som eneste leverandør fikk prisette risikoen for prisendringer i materialmarkedet etter tilbudsfrist, og på et tidspunkt da de forelå mer informasjon om prisutviklingen i dette markedet. Klager har også anført at fremgangsmåten var i strid med prinsippet om likebehandling, og at innklagede skulle invitert flere leverandører da de gikk i dialog om pris.
- (36) Klagenemnda kan etter en konkret vurdering under tvil ikke se at valgte leverandør i denne saken har oppnådd en konkurransefordel i strid med likebehandlingsprinsippet.

Tilbudsfristen var 24. juni mens valgte leverandør leverte sitt reviderte tilbud 7. juli. Det var derfor et kort tidsrom mellom tidsbudsfrist og valgte leverandørs reviderte tilbud. Slik nemnda forstår var det en ustabil markedssituasjon. Nemnda kan ikke se at denne endret seg av betydning i perioden mellom tidsbudsfrist og valgte leverandørs reviderte tilbud til tross for at klager viser til at deres underleverandør i denne perioden varslet at det ikke ville komme en ytterligere prisstigning 1. august. Nemnda viser her til at leverandørene måtte innkalkulere risiko for prisendringer på sine innkjøpspriser frem til utløpet av vedståelsesfristen 14. januar 2022. Slik saken er opplyst, har klagenemnda heller ingen holdepunkter for at valgte leverandør har gjort andre endringer i sitt tilbud enn å prissette forbeholdet. Avviket er dermed rettet ved innklagedes dialog med valgte leverandør.

- (37) All den tid det kun var valgte leverandørs tilbud som inneholdt et avvik kan klagenemnda heller ikke se at utvelgelsen av leverandøren til dialog var i strid med kravene som stilles til likebehandling av leverandørene, jf. forskriften § 9-3 fjerde ledd og anskaffelsesloven § 4.
- (38) Ettersom innklagedes avvik ble rettet gjennom en lovlig dialog med valgte leverandør kan klagenemnda ikke se at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist.
- (39) Klagers anførsler fører med dette ikke frem.

***Konklusjon:***

Bindal kommune har ikke brutt anskaffelsesregelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*