



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Reelle forhandlinger.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av renoveringsarbeider. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs opprinnelige tilbud i konkurransen. Klagenemnda fant at de forbehold og ufullstendigheter som forelå i tilbudet, ble avklart gjennom forhandlingene, og at dette ble gjort innenfor rammene for hva som er tillatt i en konkurranse med forhandling. Klagers anførsler om avvisning førte derfor ikke frem. Klagers anførsel om brudd på regelverket ved gjennomføringen av forhandlingene, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. mars 2017 i sak 2016/140

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter innklagede) kunngjorde 11. mars 2016 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av renoveringsarbeid på et idrettsanlegg ved Rena leir i Åmot kommune. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 11. april 2016. Ved endringskunngjøringer av 1. og 13. april 2016, ble denne fristen utsatt, først til 18. april, og deretter til 19. april 2016.
- (2) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 5 bli tildelt tilbudet med lavest pris.
- (3) Et prisskjema var lagt ved konkurransegrunnlaget. I prisskjemaet punkt 2 ble tilbyderne bedt om å prise ulike opsjoner, herunder "Renovering av 25 m svømmebasseng med rustfritt stålkår/innlegg".
- (4) Innklagede mottok tre tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder fra Veidekke Entreprenør AS (heretter klager) og Th Johansen & Sønner AS (heretter valgte leverandør).
- (5) Av valgte leverandørs tilbud gikk det blant annet frem følgende:

"Det forutsettes at gammel isolasjon fra tak kan benyttes.

Opsjon 3 [renovering av basseng i rustfritt stål] er ikke priset da vi ikke har klart å skaffe pris på dette."
- (6) I e-post fra innklagede til klager datert 27. april 2016 heter det:

"Hei, har noen spørsmål til tilbudet som vi ønsker svar på innen fredag.

- *Dere har et forbehold om gjenbruk av isolasjon fra tak. Hvilke poster dreier dette seg om og hva er tillegget om isolasjonen ikke kan brukes.*
- *Opsjon 3 stålbaseng. Leverandør som var med på tilbudsbeferingen var Klubben der kan dere hente inn pris på dette. Nettside Klubben.no.*
- *Renseanlegget ser ut til å være priset høyt slik vi vurderer det."*

- (7) Forhandlingsmøter med tilbyderne ble avholdt 29. april 2016. På møtet med valgte leverandør ble punktene fra e-posten av 27. april tatt opp. Fra møteprotokollen gjengis følgende:

"01.02 FORBEHOLD OG PRESISERINGER

Saker/avklaringer/spørsmål:

1. *Tilbudsbrev – Isolasjon; Det forutsettes at gammel isolasjon kan benyttes.*

Svar:

1. *Tilbudsbrev – Isolasjon; Forbeholdet tas ut. Ikke tiltenkt at isolasjonen skal benyttes andre steder.*

[...]

01.03 FORBEHOLD OG PRESISERINGER

Saker/avklaringer/spørsmål:

1. *Tilbudsbrev – Opsjon 3 basseng; Ikke priset.*

Svar:

1. *Tilbudsbrev – Opsjon 3 basseng; THJS [valgte leverandør] priser posten.*

[...]

01.05 KONTROLLREGNING

1. *Renseanlegget; Prisene er høye.*

Svar:

Renseanlegget; THJS [valgte leverandør] sjekker ut postene på nytt."

- (8) Vedrørende rigg og drift ble det påpekt at valgte leverandør hadde priset de aktuelle postene som en rundsum:

"01.04 FORBEHOLD OG PRESISERINGER

Saker/avklaringer/spørsmål:

1. *Rigg og drift; Priset som RS.*

Svar:

1. Rigg og drift; THJS [valgte leverandør] priser de spesielle postene og poster som skal avregnes."

- (9) Frist for å levere reviderte tilbud ble satt til 3. mai 2016.
- (10) Ved e-post datert 3. mai 2016 ga valgte leverandør et revidert tilbud. Av e-posten fremgikk følgende:

"[...] Sak 1.03 Opsjon er priset.

Sak 1.04 Fordelt priser i riggkap.

Sak 1.05 Nye priser renseanlegg.

Ovennevnte ligger i vedleggene."

- (11) Ved e-post datert 12. mai 2016 kl. 09.04 ba innklagede valgte leverandør om å sette ned prisene på renseanlegg ytterligere:

"Hei, kan du ta en ny runde på kap 38 [Vannrenseanlegg for svømmebasseng] i dag. Prisen din er fortsatt betydelig høyere enn de andre.

Må ha det innen kl. 14:00 i dag."

- (12) På e-post og telefon gjennomførte innklagede også ytterligere forhandlinger med klager i tidsrommet 3. mai til 12. mai 2016. Siste henvendelse skjedde 12. mai 2016.
- (13) Ved e-post datert 12. mai 2016 kl. 12:57 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. september 2016.
- (15) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 2. juni 2016.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. mars 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Valgte leverandørs tilbud inneholdt flere vesentlige forbehold og avvik knyttet til isolasjon i tak, prising av riggposter, og prising av en opsjon. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (18) Innklagede har videre brutt kravet til likebehandling i forhandlinger ved å gå for langt i å gi valgte leverandør konkret informasjon om nivået på bestemte prisposter.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Avvik og forbehold i valgte leverandørs opprinnelige tilbud ble påpekt i løpet av forhandlingene, og rettet opp i valgte leverandørs reviderte tilbud. Det forelå ingen plikt til å avvise tilbudet.

- (20) Forhandlingene er gjennomført i tråd med kravet til likebehandling. Alle tilbyderne har fått muligheten til å forbedre tilbudet ved å sette ned prisen. Kapittel 38 ("*Vannbehandling*") i valgte leverandørs tilbud ble påpekt særskilt fordi prisen var vesentlig høyere enn i de øvrige tilbudene.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder renovering av idrettsanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen har ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1 en anslått verdi som ligger "*under EØS-terskelverdi*". I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Anførselen knytter seg til tre forbehold og avvik i valgte leverandørs opprinnelige tilbud i konkurransen.
- (23) Det følger av forskriften § 11-11 (2) bokstav a at oppdragsgiver *kan* avvise et tilbud dersom det "*på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en konkurranse med forhandling kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*".
- (24) Bestemmelsen gir oppdragsgiver en *rett* til å avvise tilbudet. Det er først dersom tilbudet, etter gjennomførte forhandlinger, ikke er mulig å sammenligne med de øvrige tilbudene i konkurransen, at oppdragsgiver har en plikt til å avvise tilbudet, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2015/130, premiss 39.
- (25) Utgangspunktet er videre at oppdragsgiver kan forhandle om endringer eller suppleringer av "*alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner*".
- (26) Valgte leverandørs tilbud inneholdt opprinnelig et forbehold om gjenbruk av isolasjon i tak. Forbeholdet ble omtalt av innklagede, først i e-post 27. april 2016, og deretter på forhandlingsmøtet to dager seinere. Av protokollen fra forhandlingsmøtet fremgår det uttrykkelig at "*[f]orbeholdet tas ut*".
- (27) I valgte leverandørs opprinnelige tilbud var det ikke satt noen pris på opsjonen om renovering av stålbaseng. Av tilbudet gikk det frem at valgte leverandør "*ikke [hadde] klart å skaffe pris på dette*". Ved e-posten av 27. april 2016 ble valgte leverandør imidlertid tipset om en underleverandør som kunne gi pris på dette arbeidet, og i protokollen fra forhandlingsmøte fremgår det at "*THJS [valgte leverandør] priser posten*". I e-posten fra valgte leverandør av 3. mai 2016, som inneholdt revidert tilbud, fremgår det at opsjonen er priset.
- (28) Det siste forholdet klager har vist til gjelder rigg- og driftskapittelet i valgte leverandørs tilbud. Dette kapittelet var opprinnelig priset som en rundsum.

- (29) Det er enighet om at postene i dette kapittelet skulle prises hver for seg. I protokollen fra forhandlingsmøte fremgår det at forholdet ble tatt opp på møtet, og at *"THJS [valgte leverandør] priser de spesielle postene og poster som skal avregnes"*. I e-posten av 3. mai 2016 går det videre frem at valgte leverandør – i sitt reviderte tilbud – har *"[f]ordelt priser i riggkap"*.
- (30) I tråd med det forskriften § 11-11 (2) bokstav a gir anvisning på, er dermed de forbehold og ufullstendigheter som kunne ha begrunnet avvisning av valgte leverandørs tilbud, avklart gjennom forhandlingene. Klagenemnda er ikke enig med klager i at innklagede gikk utenfor rammene for hva som er tillatt i en konkurranse med forhandling, på noen av de ovennevnte punktene. Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs opprinnelige tilbud kan derfor ikke føre frem.

Krav til likebehandling ved gjennomføringen av forhandlingene

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved gjennomføringen av forhandlingene. Anførselen knytter seg til at innklagede, på e-post og på forhandlingsmøte, har indikert at valgte leverandørs priser under kapittel 38 (*"Vannbehandling"*) er vesentlig høyere enn i de øvrige tilbudene.
- (32) Det følger av forskriften § 11-8 (3) at forhandlingene skal skje *"i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk, samt reglene om taushetsplikt i § 3-6"*.
- (33) Utgangspunktet er som nevnt, at oppdragsgiver kan forhandle om *"alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner"*. Hvilke sider av tilbudene som det er aktuelt å forhandle om, beror blant annet på hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver har valgt, og hvilke tilbud oppdragsgiver får inn. Ulike tilbud vil etter omstendighetene tilsi variasjoner i valgt forhandlingsstrategi i forhold til den enkelte leverandør, jf. klagenemndas sak 2005/137, premiss 37. Oppdragsgiver har uansett ingen plikt til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2016/54, premiss 46 med videre henvisninger.
- (34) Konkurransen skulle i det foreliggende tilfellet avgjøres utelukkende ut fra hvilket tilbud som hadde den laveste prisen, og nettopp pris blir derfor et sentralt element i forhandlingene. Ved innsendelse av reviderte tilbud vil det alltid være en mulighet for at en eller flere leverandører setter en lavere pris enn i det opprinnelige tilbudet. Dette er således noe enhver leverandør må ta i betraktning, selv om temaet pris ikke er berørt i et forutgående forhandlingsmøte, jf. klagenemndas sak 2016/28, premiss 21.
- (35) Av innklagedes e-post til valgte leverandør av 27. april 2016 går det frem at *"[r]enseanlegget ser ut til å være priset høyt slik vi vurderer det"*. I protokollen fra forhandlingsmøtet med valgte leverandør ble det notert at *"[p]risene [på renseanlegget] er høye"* og at valgte leverandør *"sjekker ut postene på nytt"*. I e-posten av 3. mai 2016 fremgår det at valgte leverandørs reviderte tilbud inneholdt nye priser på de aktuelle postene. Ved e-post 12. mai 2016, fordi prisene på renseanlegg *"fortsatt [var] betydelig høyere enn de andre"*, ble valgte leverandør bedt om å se over prisene en siste gang. Ifølge innklagede ble dette ikke gjort.
- (36) Innklagede har forklart at man først valgte å avklare eller forhandle bort forbehold og avvik i tilbudene, jf. premiss 22 til 30 ovenfor. Forhandlingene skulle deretter fokusere

på prisposter som var vesentlig høyere enn i de øvrige tilbudene. I valgte leverandørs tilbud gjaldt disse prisene på renseanlegg, hvor innklagede opprinnelig hadde mistanke om feilprising.

- (37) I klagers tilbud var det flere avvik/uklarheter med hensyn til hvilke priser klager hadde tilbudt. Forhandlingene med klager fokuserte på å avklare disse avvikene/uklarhetene. Dette fremgår av protokollen fra forhandlingsmøtet med klager, og senere e-post-korrespondanse mellom klager og innklagede, en korrespondanse som fortsatte helt frem til 12. mai 2016 – samme dag som tildelingsbrevet ble sendt ut. For klager ble det således ikke samme anledning som for andre deltakere i konkurransen til å forhandle om nivået på konkrete prisposter. Forhandlingsstrategien overfor tilbyderne var imidlertid den samme, og den omstendighet at man i forhandlingene med klager, på grunn av uklarheter og avvik i tilbudet, ikke kom så langt som til å forhandle om prispostene klager har vist til, gir da ikke grunnlag for å konstatere at regelverket er brutt ved gjennomføringen av forhandlingene.
- (38) Klagers anførsel om brudd på kravet til likebehandling, jf. forskriften § 11-8 (3), kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk