



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** De generelle kravene i § 4. Forhandlingsforbud. Saklig klageinteresse. Tildelingsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse om ombygging av et helse- og sosialsenter. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, og fremholdte på denne bakgrunn at klager skulle ha vært tildelt kontrakten. Før klagen ble tatt til behandling gikk klager konkurs. Klagers konkursbo anmodet klagenemnda om å få tre inn i saken. Nemnda kom frem til at konkursboet hadde saklig klageinteresse, men anførselene som var fremsatt i klagen førte ikke frem.*

### **Klagenemndas avgjørelse 14. november 2019 i sak 2019/344**

**Klager:** Ts Vedlikehold AS v/Ts Vedlikehold AS' Konkursbo

**Innklaget:** Åmli kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Alf Amund Gulsvik

#### **Bakgrunn:**

- (1) Åmli kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. november 2018 en åpen tilbudskonkurranse om ombygging av et helse- og sosialsenter. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at leveransen hadde en budsjettert kostnadsramme på 9,1 millioner kroner. Tilbudsfrist var satt til 7. januar 2019.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at planlagt byggestart var satt til 1. februar 2019. Planlagt ferdigstillelse var oppgitt til 1. juli 2019.
- (3) Kontrakt ville bli tildelt til leverandøren som tilbydde den laveste prisen. Det var opplyst at man ville beregne en sammenlignbar sum på grunnlag av følgende:

*«Tilbudssum, justert etter avklaringsmøte.*

*Tilbudssum justert for regnefeil*

*Tilbud justert for prisstigning*

*Tilbudssum justert for regningsarbeid etter følgende:*

*Det vil i tilbudsvurderingen bli regnet med:*

*200 timer normaltids fagarbeider*

**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)

*50 timer 50 % overtid fagarbeider*

*Påslag på materialer vurderes utfra beregnet fordeling av materialer / time som er 50/50.*

*Byggetid.*

*Ved å tilby senere ferdigstillelse enn angitt, vil tilbudet for sammenligning bli justert med et beløp tilsvarende dagmulkten».*

- (4) Under konkurransegrunnlagets omtale av kontraktsbestemmelser, het det i punkt «C.2.2 Indeksregulering» at «[i] tillegg til indeksregulering kan det også oppgis et fastpristilbud på lønns- og prisstigning. Anføres det intet i tilbudsskjemaet regnes lønns- og prisstigning inkludert i tilbudet». I svardokumentet for punkt C.2.2 ble leverandørene bedt om å oppgi enten «regulering etter indeks» eller «fast pris for lønns- og prisendringer» som metode for avregning av lønns- og prisstigninger. Til dette var det presisert: «Angir tilbyder begge metodene vil det være å forstå slik at byggherren fritt kan velge en av metodene. Angis ingen av metodene er det å forstå slik at tilbudsprisen er fast, uten tillegg for lønns- og prisstigning».
- (5) Videre fremgikk det at oppdragsgiver planla «dialogmøte i form av rettinger og avklaringer med utvalgte kvalifiserte tilbydere etter tilbudsfrist». Det var presisert at tilbudspriser ville holdes hemmelig inntil eventuelle dialogmøter hadde blitt avholdt.
- (6) Av konkurransegrunnlagets spesifikasjonsdel fremgikk det følgende om «LYDKRAV»: «Det er utarbeidet egen rapport av Sinus AS (RIA) som stiller krav til lyd og akustikk for bygget og utførelse av nye konstruksjoner».
- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et skjema med beskrivelse av innerdører. Totalt var det oppgitt 23 ulike dørløsninger. Det totale antallet dører var 52.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Ts Vedlikehold AS (heretter også *klager*) og Åmli Mesterbygg AS. Sistnevntes tilbudssum var da oppgitt til kr 12 644 241, mens klagers tilbudssum lød da på kr 12 921 053. Åmli Mesterbygg AS hadde videre tilbydd ferdigstillelse innen 1. august 2019, og oppgitt «regulering etter indeks» som metode for avregning for lønns- og prisstigninger. Som svar på «basis for avregningsdato», hadde valgte leverandør ført inn «3,4% (07.01.2019)». Klager hadde til sammenligning tilbydd ferdigstillelse til 1. juli 2019, og oppgitt «regulering etter indeks» som metode for avregning for lønns- og prisstigninger.
- (9) Den 15. januar 2019 avholdt innklagede dialog-/avklaringsmøter med leverandørene. Leverandørene ble da orientert om at byggestart ville bli utsatt, og vedtak ville foreligge mot slutten av februar. Av referat fra møtet med Åmli Mesterbygg AS, fremgikk det at den tilbydde leveringstiden ikke ville bli påvirket av utsatt byggestart. I referatet var det også notert «Prisstigning, SSB indeks fra 01.02.2019 – byggestart: **ok**» og «Ingen prisregulering i byggeperioden»
- (10) Under punktet «Bygningsmessige arbeider» fremgikk blant annet følgende notat:  
*«Skillekonstruksjoner/ lydkrav – vegger rives, nye systemvegger, utvidet omfang med leveranse av ekstra dører og skillekonstruksjoner i bla. «underordnede» rom», utvidet omfang himling, begge pga av lydkrav».*

(11) I referatets punkt «*Merknad / konklusjon*», var følgende notert:

*«Komplett leveranse med utvidet omfang av lydsillekonstruksjoner inkl. dører og himling for å oppfylle krav til lyd og brann. Lyd og brannrapport er vurdert overordnet øvrig kravspesifikasjon og beskrivelse».*

(12) Ved tildelingsbeslutningen av 22. januar 2019 hadde tilbudssummene blitt justert for å være sammenlignbare. Klagers sum lød da på kr 13 117 053, mens Åmli Mesterbygg AS (heretter *valgte leverandør*) sin sum var endret til kr 13 038 504. Den justerte tilbudssummen til valgte leverandør inkluderte blant annet et påslag for utsatt leveringstid (kr 316 106) og et fratrukk for posten «*Lydkrav, vegg / dørlev.*» på kr 140 000.

(13) Ved e-post av 4. februar 2019 ba klager om å få opplyst hvordan fratrukket på kr 140 000 hadde blitt beregnet. Innklagede besvarte dette neste dag:

*«Som vist i notat fra møte med Åmli Mesterbygg AS ble opplyst at lyd rapport utarbeidet av Sinus ble oppfattet som overordnet øvrig beskrivelse i tilbudsgrunnlaget.*

*For å oppfylle lydkrav ble konkret nevnt leveranse av 70 lyddører, mot 52 dører oppgitt i dørskjema. Videre medregnet ekstra lyd himling i gang u.etasje og ekstra lydsillevegger i birom (wc, ga rderobe, lager) samt vegg i tannlegekontor.*

*Min beregning av fratrukkbeløp på kr. 140 000,- er basert på nevnte opplysninger og fremkommer som følger:*

*18 stk innerdør (lyddør) komplett med beslaga kr.6.000, = kr.108 000,- inkl. mva*

*Himling korridor 11 m2 a 1000,- = 11 000,-*

*Lydsillevegger birom m. (anslag 75 m2) = 21 000,-»*

(14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 28. februar 2019.

(15) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage den 21. mai 2019.

(16) Ved brev datert 22. august 2019 fra bostyrer, ble klagenemnda orientert om at klager – ved kjennelse av 5. august 2019 – var tatt under konkursbehandling.

(17) Den 10. oktober 2019 anmodet klagers konkursbo om å tre inn i saken.

(18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. november 2019.

#### **Anførsler:**

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

(19) Klager skulle ha vært tildelt kontrakten. Det var ikke adgang til å redusere valgte leverandørs tilbudssum med kr 140 000, da dette medførte en endring og forbedring av tilbudet. Konkurransgrunnlaget stengte for dette. Den meropplysningen som ble tilbudt, har valgte leverandør risikoen for, jf. forskriften § 9-1 andre ledd. Innklagede har følgelig brutt kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 4.

- (20) Under enhver omstendighet er dialogen gjennomført i strid med kravet til likebehandling, jf. loven § 4 og forskriften § 9-3 fjerde ledd. Klager fikk ikke samme mulighet til å endre tilbudet, og fikk heller ikke fratrukk for meroppfyllelse.
- (21) Det er også en feil at innklagede ikke medregnet påslag for lønns- og prisstigning i tilbudssummen til valgte leverandør, da det fremgikk av tilbudet at prisstigning skulle følge «regulering etter indeks» som metode for avregning av dette.

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

- (22) Gjennomføringen av dialogmøtene har skjedd i tråd med regelverket. Fratrukket på kr 140 000 i valgte leverandørs tilbud var lovlig. Under enhver omstendighet var det feil å medregne påslaget for utsatt ferdigstillelse, da utsatt byggestart ikke ville medføre avvik fra konkurransegrunnlagets forutsetning om en byggetid på fem måneder. Det er dermed klart at kontrakten ble tildelt leverandøren som tilbydde den laveste prisen.
- (23) Valgte leverandør hadde en uklar besvarelse vedrørende avregning av prisstigning. På dialogmøtet forklarte leverandøren at man hadde misforstått beskrivelsen som gjaldt avregning av prisstigning, noe som ble begrunnet med uerfarenhet fra denne typen konkurranser. Ifølge valgte leverandør var det ikke meningen å inkludere prisøkning i tilbudet. Under tvil aksepterte innklagede denne forklaringen, men da mot å opprettholde tillegget på kr 316 106 for utsatt leveringstid. Hadde innklagede gjort evalueringen på nytt, ville man lagt til beregnet prisstigning i byggeperioden (som ville ha utgjort ca. kr 113 000), og trukket fra tillegget på kr 316 106. Dette ville uansett ha gitt en større prisdifferanse i favør av valgte leverandør.

**Klagenemndas vurdering:**

- (24) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder ombygging av et helse- og sosialsenter, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen hadde en budsjettert kostnadsramme på 9,1 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

***Saklig klageinteresse***

- (25) I klagenemndsforordningen § 6 andre ledd er det stilt krav om saklig klageinteresse for å bringe en sak inn for klagenemnda. Av klagenemndas praksis fremgår det at denne interessen må være aktuell, herunder at klager har et reelt behov for avklaring av spørsmålet. Denne vurderingen må gjøres konkret, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførselene vil kunne ha for klager, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2012/66, premiss 28.
- (26) Det var Ts Vedlikehold AS som brakte saken inn for klagenemnda den 21. mai 2019. Ts Vedlikehold AS har selv deltatt i konkurransen, og vil da presumtivt ha et reelt behov for å få avgjort sine anførsler som er knyttet til denne. Ved brev datert 22. august 2019 fra bostyrer, har imidlertid klagenemnda blitt orientert om at Ts Vedlikehold AS ble tatt under konkursbehandling ved kjennelse av 5. august 2019. Dette fremgikk også av opplysninger i Brønnøysundregisteret.

- (27) Etter konkursloven § 100 første ledd er en skyldner under konkurs «*uberettiget til å forføye over boets eiendeler, til å ta imot oppfyllelse av boets fordringer eller oppsigelse o l på boets vegne, og til å pådra boet forpliktelser*».
- (28) I flere tidligere avvisningsvedtak fra sekretariatet har det blitt vist til at klager ikke har et reelt behov for å få avgjort spørsmålene i saken, om klager ikke lenger har rådighet over boet, jf. eksempelvis avvisningsvedtaket i sak 2016/94. Tilsvarende må også legges til grunn her, da Ts Vedlikehold AS ikke lenger anses for å ha den nødvendige råderett over boet.
- (29) Ved e-postkorrespondanse mellom sekretariatet og bostyrer av 10. oktober 2019, anmodet boet om å tre inn som part i saken. Spørsmålet som klagenemnda må ta stilling, er dermed hvorvidt klagers konkursbo har saklig klageinteresse.
- (30) Det er ikke noe prinsipielt som strider mot at et konkursbo kan ha saklig klageinteresse i henhold til klagenemndsforordningen § 6 andre ledd. Konkursboet vil imidlertid kun ha et reelt behov for å få saken avgjort, dersom nemndas avgjørelse vil kunne påvirket boets rettsstilling.
- (31) I vår sak skulle konkurransen avgjøres alene på bakgrunn av lavest tilbudt pris. Av tildelingsbrevet datert 22. januar 2019 fremgikk det at Ts Vedlikehold AS hadde blitt rangert som nummer to med en sammenlignbar tilbudssum på kr 13 117 053. Prisdifferansen til valgte leverandør var på kr 78 549.
- (32) I klagen til klagenemnda har Ts Vedlikehold AS anført at innklagede brøt regelverket ved å redusere evalueringssummen til valgte leverandør etter gjennomført dialog. Denne summen utgjorde kr 140 000. I tillegg er det fremholdt at innklagede har brutt regelverket ved ikke å medregne påslag for prisstigning ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud. På denne bakgrunn anfører klager at disse forholdene har hatt avgjørende betydning for rangeringen av tilbudene. Ts Vedlikehold AS har videre bedt nemnda om å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd siste punktum.
- (33) Anførlene som er fremsatt knytter seg altså til forhold som har direkte betydning for utregningen av prisen til valgte leverandør. Anførlene er med andre ord direkte knyttet til forhold som er av betydning for rangeringen av tilbudene. Dersom anførlene skulle føre frem, vil dette følgelig kunne gi konkursboet et grunnlag for å forfølge et erstatningskrav mot innklagede.
- (34) Klagenemnda har etter dette kommet til at resultatet vil kunne påvirke boets rettsstilling, og at konkursboet dermed har et reelt behov for å få avgjort de spørsmål som saken reiser, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

#### *Gjennomføringen av dialogmøtene*

- (35) Klager har anført at innklagede ikke hadde anledning til å redusere valgte leverandørs tilbudssum med kr 140 000. Ifølge klager er det gjennomført en ulovlig forhandling med valgte leverandør, i strid med både konkurransegrunnlaget og de krav som loven stiller til forutberegnelighet og likebehandling.
- (36) Det følger av forordningen § 9-3 første og andre ledd at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene, og at denne kan gjelde alle sider ved tilbudene. Dette innebærer at

innklagede kan foreta «*avklaringer og forhandlinger*». Forskriften krever at en eventuell dialog skjer i tråd med likebehandlingsprinsippet, jf. bestemmelsens andre og fjerde ledd.

- (37) I henhold til forskriften § 9-3 tredje ledd skal det fremgå av anskaffelsesdokumentene dersom oppdragsgiver «*planlegger å ha dialog*» med leverandørene. Oppdragsgiver skal i så fall også «*angi hva dialogen vil gjelde*», og så vidt mulig beskrive «*hvordan dialogen vil bli gjennomført*».
- (38) Det klare utgangspunktet er imidlertid at oppdragsgiver ikke blir bundet av beskrivelsen av den planlagte dialogen, og vil som hovedregel ha rett til å ombestemme seg, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2017/30, premiss 24 til 25.
- (39) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å gjennomføre dialog med leverandørene «*i form av rettinger og avklaringer*». Klagers anførsel om at innklagede med dette fraskrev seg retten til å føre forhandlinger, kan ikke føre frem.
- (40) Hvorvidt innklagedes dialog med valgte leverandør er lovlig, beror i første rekke på om dialogen skjedde i samsvar med de krav som stilles til likebehandling av leverandørene. Ved gjennomføringen av en dialog med tilbyderne i en tilbudskonkurranse etter del II, er det etter klagenemndas forståelse ikke hensiktsmessig å foreta en begrepsmessig karakterisering av dialogen med de ulike tilbyderne opp mot begrep som avklaringer, rettinger, justeringer for å være sammenlignbart, fjerning av avvik eller forhandlinger. Det avgjørende er at oppdragsgiver etter en konkret vurdering har hatt dialog på likt nivå.
- (41) Innklagede har forklart at det ved oppstarten av dialogmøtene ble presisert at hensikten med møtet var å få mest mulige sammenlignbare tilbud, samt å avdekke eventuelle uklarheter i tilbudet og i forståelsen av konkurransegrunnlaget. Ifølge innklagede fulgte dialogen disposisjonen i møterefateret, og innklagede stilte de samme spørsmålene til alle leverandørene. Ifølge innklagede var bakgrunnen for fratrekke på 140 000 kroner i valgte leverandørs tilbud, at valgte leverandør hadde tolket føringene i den vedlagte rapporten fra Sinus om krav til lydisolasjon, som overordnet andre opplysninger som fremgikk av konkurransedokumentene. Det fremgikk på dialogmøtet at valgte leverandør mente at kravene som var satt til lydforhold i den nevnte rapporten, ikke kunne tilfredsstilles uten å levere ekstra skillekonstruksjoner – med et større antall dører enn det som er fremgikk av det vedlagte dokumentet om innerdører. Valgte leverandør hadde derfor tilbudt materialer i et større omfang enn det var behov for.
- (42) Klager har anført at også de tilbød meroppfyllelse på et punkt i form av nye veggplater, hvor konkurransegrunnlaget bare krevde utbedring av eksisterende vegg, uten at innklagede gjorde dem oppmerksom på dette og justerte ned tilbudssummen. I motsetning til valgte leverandørs meroppfyllelse som skyldtes en misforståelse av de ulike dokumentene i konkurransegrunnlaget lest i sammenheng, har klager ikke anført at sin meroppfyllelse skyldtes et uklart konkurransegrunnlag. Slik saken er opplyst, er det ikke holdepunkter for at fratrekke på 140 000 kroner har skjedd i strid med likebehandlingsprinsippet. Klagenemnda kan følgelig ikke se at innklagede brøt regelverket ved gjennomføringen av dialogen med leverandørene.

*Nærmere om evalueringen av tilbudene*

- (43) Klager har også gjort gjeldende at innklagede skulle ha medregnet påslag for lønns- og prisstigninger i valgte leverandørs tilbud, da valgte leverandør hadde oppgitt «*regulering etter indeks*» som metode for avregning av dette.
- (44) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at innklagede ville utregne den sammenlignbare tilbudssummen på bakgrunn av blant annet «*[t]ilbud justert for prisstigning*».
- (45) Valgte leverandør hadde i tilbudet sitt angitt «*regulering etter indeks*» som avregningsmetode for prisstigninger. I svarfeltet for denne avregningsmetoden, hadde valgte leverandør angitt følgende: «*3,4% (07.01.2019)*».
- (46) Innklagede har forklart at besvarelsen på dette punktet var uklar, noe som ble tatt opp på dialogmøtet med valgte leverandør. Ifølge innklagede hadde ikke leverandøren forstått beskrivelsen knyttet til avregningsmetode for prisstigning. Innklagede har forklart at valgte leverandørs hensikt var at en forventet prisøkning allerede var medregnet i tilbudssummen. Under tvil ble denne forklaringen akseptert, og av den grunn valgte innklagede å ikke justere tilbudssummen for prisstigning. Av referatet fra dialog-/avklaringsmøtet med valgte leverandør står det også «*Ingen prisregulering i byggeperioden*».
- (47) Klagenemnda er enig i at valgte leverandørs tilbud var uklart og at dette var et forhold som burde avklares. Slik saken er opplyst, kan nemnda ikke se at innklagedes avklaring og evaluering av tilbudet basert på avklaringen, innebar at innklagede handlet i strid med kravet til likebehandling.
- (48) I referat fra dialogmøte med klager er det angitt "*Prisstigning, SSB indeks fra 01.02.2019*". I motsetning til valgte leverandør er det dermed klart at klager hadde betinget seg prisjustering. I skjemaet som viser innklagedes tilbudsevaluering (vedlegg til tildelingsbrevet), er det ikke gitt tillegg for prisstigning for noen av tilbudene. Dersom valgte leverandør skal gis et evaluert tillegg, er det dermed klart at også klager skulle gis et evaluert tillegg. En eventuell feil har dermed i alle tilfelle ikke betydning for utfallet av konkurransen.

***Konklusjon:***

Åmli kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*