



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende legging av ny gressmatte med undervarme på Melløs stadion. Klager fikk ikke medhold i at selskapets tilbud var urettmessig avvist. Klager fikk heller ikke medhold i at innklagede hadde benyttet rådgivning i strid med forskriften § 3-8.

Klagenemndas avgjørelse 2. mai 2011 i sak 2010/174

Klager: Håkonsen og Sukke Landskapsentreprenør AS

Innklaget: Moss kommunale eiendomsselskap KF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud. Bruk av rådgiver.

Bakgrunn:

- (1) Moss kommunale eiendomsselskap KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. april 2010 en åpen anbudskonkurranse vedrørende legging av ny gressmatte med undervarme på Melløs stadion. Tilbudsfrist var satt til 14. mai 2010. Til å gjennomføre konkurransen hadde innklagede engasjert et rådgivende ingeniørselskap, Ingeniørene Andersen og Askjem AS.
- (2) Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt å være 3,3 millioner kroner.
- (3) I konkurransegrunnlaget kapittel B "**TILBUDSINNBYDELSE**", var det blant annet opplyst at "*Kontraktsbestemmelsene er som i NS 3431*".
- (4) Av konkurransegrunnlaget kapittel M "**TILBUDSBESKRIVELSE**" fremgikk blant annet følgende:

"I forbindelse med renovering av Melløs stadion sommeren 2010, utføres arbeidene i henhold til vedlagte beskrivelse/tilbudsgrunnlag. Arbeidene vil pågå i tidsrommet 25. mai til 18. juli, og innbefatter blant annet fjerning av eksisterende grastorv, nedpøying av varmerør, avretting av spilleflate, samt legging og inngroing av vaska ferdiggras. Beskrivelsen forutsetter at evt. traubunn er etablert på setningsfrie masser som i liten grad bidrar til telehiv, og at dreneringen/dreneringssystemet fungerer. Spesifikasjonene til rehabiliteringsarbeidet er som følger:

1. DEMONTERING/MONTERING AV VANNINGSANLEGGET

Før man starter med renovering av grasdekket, må vanningsanlegget kobles fra, og sprederhodene demonteres. Det forutsettes at vanningsanlegget er intakt og med tilstrekkelig funksjonalitet. Anlegget skal også benyttes i det nye banedekket."

(...)

2. FJERNING OG BORTKJØRING AV GRASTORV

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Den eksisterende grastorva skal fjernes til ca. 5 cm's dybde. Det skal benyttes en Koro Top Field Maker (eller tilsvarende maskin) til avfresingen. Det avfreste materialet (gras + jord), som inkluderer både baneareal og sikkerhetssoner, skal deponeres på nærmere anvist sted/egnet fyllplass.

(...)

6. GRUNNGJØDSLING

Ferdig avrettet vekstmasse skal gjødsles med en allsidig "næringspakke" (både makro- og mikronæringsemner). Det skal brukes gjødselprodukter av organisk og syntetisk karakter, samt av lettoppløselig og langsomtvirkende karakter. Total nitrogen- og fosformengde skal være henholdsvis 3- 4 kg per 1000 m² og 1 — 1,5 kg per 1000 m². Jordanalyser viser at det ikke er behov for kalking. Dokumentasjon på valgte gjødselprodukter og -mengder legges fram for byggherren. Gjødslinga skal foretas rett i forkant av grasutlegginga.

(...)

7. LEGGING AV FERDIGGRAS

På grunn av den korte tiden som er til disposisjon, skal det benyttes ferdiggras. Ferdiggraset skal bestå av klimatilpassede arter/sorter, og hovedsakelig bestå av den vinterherdige grasarten engrapp (*Poa pratensis* L.). Det skal legges fram dokumentasjon på frøblanding som er benyttet/tilsådd hos produsenten. Ferdiggraset skal være vasket, ha minimal filtdannelse, og være tilnærmet fritt for tunrapp (*Poa annua* L.) ved levering/legging. Tykkelsen på grasrullene skal ikke overstige 20 mm. Kontroll og godkjenning av ferdiggraset må gjøres av byggherren før skjæring finner sted. Grasrullene skal legges ut med spesialmaskiner, og graset skal legges tett sammen i forband. For å sikre jamn spilleoverflate og god kontakt mellom grasrullene og underlaget, foretas det valsing umiddelbart etter legging.

Størrelsen på rullene: "Storruller" (60 – 100 cm bredde, 15 – 25 meter lange; jo større, jo bedre).

(...)"

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører. Dette var Håkonsen og Sukke Landskapsentreprenør AS (heretter kalt klager) og Sport og Grøntanlegg AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Fra klagers tilbudsbrev hitsettes:

"Tilbudet er gyldig i 30 dager. Betalingsbetingelser 21 dager eller avtale / betalingsplan avtales. Tilbudet er gitt på bakgrunn av de mottatte beskrivelser/tegninger og de mengder som er oppgitt. Er det store avvik i mengder som kommer til utførelse vil dette ha konsekvenser på enhetsprisene. Avvik/ endringer ut over dette utføres etter avtalte priser eller på timer + materialer - maskiner.

Dersom mottaker av tilbudet oppdager uklarheter/mangler i tilbudet, ber vi om mulighet til oppklaring/endring av tilbudet iht. det planlagte resultat.

Spesifiseringer:

* Rigg/lagerplass:

Vi forutsetter avsatt tilstrekkelig rigg- og lagerplass. Våre priser er beregnet med leveringer i hele trailerlass. Vi legger opp til god logistikk, men arbeidene krever

mange store og svært tunge materialer. Området må kunne inngjerdes. Vi forutsetter også at det er tilgang til brakker og toaletter vederlagsfritt.

Generelt:

• Ref. undervarme, så leveres dette med følgende detaljer-

- 1. Lufteventiler i hver ende av samlestock, inkl. rund ventilboks.*
- 2. Samlestokker med vendt retur system.*
- 3. Isolering av samle & fordelingsrør med Jacofoam plater*
- 4. Samlestokker avsluttes med flens og blindflens.*
- 5. Kabel for temp. følere føres til banehjørne, merkes og plasseres i rund ventilboks.*
- 6. Trykkeseting av banesløyfer og samlestocker er inkl.*

• Demontering av vanningsanlegg -

- 1. Kun spredehoder er medtatt for demontering.*

Rør er ikke medtatt.

(...)

Forbehold:

- Forutsetter at massene i eksisterende bane har vekstmasse av den art, uten stein som hindrer nedplogging av rør. Skulle dette forekomme, vil enhetspriser justeres etter medgått tid.

- Forutsetter at eksisterende drenering og vanningsanlegg ikke kommer i konflikt med nedplogging av rør. Skulle dette komme i konflikt, vil reparasjon av disse rørene utføres som regningsarbeid.

- BH er ansvarlig for påvisning av eksisterende rør/ kabler.

- Forutsetter at tartandekke/ løpebane er fundamentert riktig, slik at den tåler overført av anleggsmaskiner for utføring av arbeidene. Skal arbeidene utføres i henhold til planlagt fremdrift, må riktig type maskiner kunne benyttes. Må vi inn med mindre utstyr, forlenges prosessen og dette vil avregnes på timer mot BH.

Gjennomføringen:

(...)

Fremdrift

Fremdriften er planlagt gjennomført etter tidsplan i tilbudsdokumenter. Forbehold her er været som er styrende for gjennomføringen av prosjektet. Nedbør stopper fremdriften, og forsinkelse på sluttdato grunnet dette, skal ikke føre til dagmulkt."

- (7) Klager ble i brev av 19. mai 2010 meddelt at firmaets tilbud var avvist fra konkurransen. Fra avvisningsmeddelelsen hitsettes:

"Melløs stadion - tilbud på ny gressbane med undervarme - avvisning av tilbud

Vi viser til anbudskonkurransen på ovennevnte prosjekt hvor det innkom to tilbud, og beklager å måtte meddele Dem at Deres tilbud er forkastet. Dette i ht. til § 11-11 i Lov og forskrift om offentlige anskaffelser (Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).

Vår begrunnelse er som følger:

I konkurranseprogrammets s. 4, pkt. 14 gjør vi oppmerksom på at tilbud som har vesentlige forbehold vil kunne bli forkastet.

Forbeholdene/avvikene i Deres tilbud er følgende:

- Betalingsbetingelser pr. 21 dager*
- Oppgitte enhetspriser gjelder ikke ved store avvik i mengder*
- Forutsetter at byggherren gjerder inn riggområdet*
- Forutsetter at byggherren stiller med brakker og toaletter*
- Forbehold om hindringer (eks. vanningsanlegg, stein og lignende) ved nedpløying av rørene*
- Kun demontering av spredehoder medtatt*
- Forutsetter at BH påviser kabler/rør etc.*
- Forutsetter at kunststoffdekket i løpebanen tåler anleggsmaskiner*
- Forbehold om bruk av små maskiner for å holde fremdriftsplanen*
- Forbehold om værforhold*
- Fraskrivning av dagmulkt ved forhold som skyldes været*

Ovennevnte forbehold og avvik fra konkurranseprogrammet anses som så vesentlige at tilbudet dessverre må forkastes. Dette er også i tråd med innstillingen fra våre rådgivere i Ing. Andersen og Askjem AS."

- (8) Klager klaget på avvisningen i brev av 19. mai 2010.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i e-post av 1. juni 2010. Klager viser her til anførslene som er fremsatt i klagen over avvisningen av 19. mai 2010, og disse gjengis følgelig under klagers anførsler.
- (10) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 7. juni 2010.
- (11) Ved e-post datert 10. mars 2011 sendte klagenemndas sekretariat følgende spørsmål til innklagede:

"Sekretariatet for Klagenemnda for offentlige anskaffelser har startet saksforberedelsen av sak 2010/174 og trenger i denne forbindelse ytterligere dokumentasjon i forbindelse med et av spørsmålene som saken reiser.

I klagen er det fremsatt en anførsel som lyder som følger. "Det er uryddig forhold i prosjektgruppen – mot valgte leverandør da valgte leverandør og underleverandører sitter med eierskap i firma som er innleid som teknisk banekonsulent. Beskrivelsen er meget dårlig beskrevet og den er nærmest produsert for det firma/ underleverandører som er valgt." Etter sekretariatets oppfatning berører denne anførselen til dels forhold som knytter seg til forskriften § 3-7 og til dels forskriften § 3-8.

Sekretariatet kan ikke se at innklagede har kommentert denne anførselen. Innklagede bes derfor å inngi en inngående redegjørelse for de forhold som anførselen retter seg mot, innen mandag 14. mars kl 12:00."

- (12) Innklagede besvarte spørsmålene fra klagenemndas sekretariat i e-post av 15. mars 2011:

"Vi har engasjert firma Ing. Andersen & Askjem AS til å prosjektere og følge opp byggearbeidene med opprusting av Melløs stadion. Et av opprustingstiltakene er omlegging av gressbanen med nytt naturgress og legging av rør for undervarme. Etter anbudskonkurranse ble firma Sport & Grøntanlegg AS valg til dette oppdraget med Østfold Gress AS som underleverandør på ferdiggress.

Tilbudet fra firma Håkonsen og Sukke AS ble avvist på grunn av for store avvik og brudd på forutsetninger i tilbudsgrunnlaget.

Ing. Andersen & Askjem AS engasjerte, som sin underkonsulent, Floratine Norge AS v/Morten Eirik Engelsjord, som er en av landets fremste eksperter på gress og gressbaner, og ofte benyttet i bransjen til slike oppdrag. Engelsjord bidro til tekst i tilbudsgrunnlaget i tilknytning til løsningsvalg. Nevnte løsningsvalg favoriserte ingen tilbydere og var nøytralt formulert. Videre var det angitt at Floratine Norge AS var engasjert for denne del av tilbudet, og ble betalt for bistand til dette.

Det ble avholdt tilbudsbefering på Melløs 5. mai 2010, hvor vi gjennomgikk tilbudsgrunnlaget og befarte banen. Klager Håkonsen og Sukke AS ble invitert til beferingen, men meldte avbud, men fikk tilsendt referat fra beferingen.

Vi hadde på det tidspunktet tilbudskonkurransen ble avgjort ingen kjennskap til at Sport & Grøntanlegg AS og Østfold Gress AS sammen med Engelsjord har eierinteresser i Floratine Norge AS. Engelsjords eierinteresser er for så vidt saken uvedkommende da han ikke har hatt noe med evaluering av tilbudene og valg av tilbyder å gjøre, men han har kun skrevet et avsnitt i tilbudsgrunnlaget, en uavhengig løsningsbeskrivelse for oppbygging av gressbanen.

Senere, og etter at kontrakt med Sport & Grøntanlegg AS ble inngått, ble vi ved klage fra Håkonsen og Sukke AS, gjort kjent med hvem som er eiere av Floratine Norge AS."

- (13) Klagenemndas sekretariat kontaktet på nytt innklagede i e-post av 16. mars 2011. Innklagede ble bedt om å redegjøre for eierforholdene mellom de ulike involverte selskaper. Innklagede ble videre bedt om å redegjøre nærmere for konsulent Engelsjords rolle, herunder særlig om rådgivningen har skjedd "på en måte som vil kunne utelukke konkurranse", jf. forskriften § 3-8.

- (14) Som svar på spørsmålene mottok klagenemndas sekretariat et notat utarbeidet av Ingeniørene Andersen og Askjem AS datert 20. mars 2011:

"Melløs og tilbudsgrunnlag ny gressmatte med undervarme.

Ovennevnte tilbudsgrunnlag ble utarbeidet og prosjektert av Ingeniørene Andersen og Askjem AS (AA). Tilbudsgrunnlaget ble sendt ut 14.05.2010.

AA benyttet Floratine Norge AS v/Morten Engelsjord som baneteknisk rådgiver i tilknytning til innspill på løsningsvalg som angitt i tilbudsgrunnlaget.

Engelsjord har blant annet bistått/utarbeidet Naturgressboka (mai 2002) med oppdrag fra Kultur og Kirkedepartementet og Norges Fotballforbund.

De løsningsvalg som ble tatt inn i tilbudsgrunnlaget på Melløs, er de samme løsningsprinsipper som alle baner for toppfotball i Norge har blitt bygget etter de siste 10 år (ref. også ovennevnte Naturgressbok). Dette utelukker ingen leverandører og er beskrevet helt nøytralt. De baner for toppfotball som er beskrevet uten

prosjekteringsmedvirkning fra Engelsjord er løst etter samme prinsipper som beskrevet i tilbudsgrunnlaget på Melløs.

(...)

Morten Eirik Engelsjord har ikke vært involvert i tilbudsevalueringen og kontraheringsfasen. Dette er gjort av AA uten medvirkning fra andre enn Moss kommunale eiendom."

- (15) Ved e-post av 30. mars tok klagenemndas sekretariat på ny kontakt med innklagede:

Det vises til e-post under med spørsmål fra sekretariatet angående forberedelsen av kofa sak 2010/174, og til innklagedes svar i brev av 20. mars 2011. Sekretariatet kan ikke se at innklagede har besvart spørsmålene som ble fremsatt av sekretariatet.

Sekretariatet ber derfor med dette innklagede om å svare på følgende:

- 1. Var eierforholdene ved gjennomføringen av den aktuelle konkurransen som følger:*

FLORATINE NORGE AS eies 100 % av GRESSINVEST HOLDING AS

GRESSINVEST HOLDING AS eies 25 % av SPORT OG GRØNTANLEGG AS (valgte leverandør). ØSTFOLD GRESS AS (valgte leverandørs underleverandør) eier også 25 % av GRESSINVEST HOLDING AS.

- 2. Hvilken spesifikk del av konkurransegrunnlaget er det konsulent Engelsjord har utarbeidet?*

- 3. En nærmere redegjørelse for hva som var Engelsjords rolle ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget.*

- (16) Innklagede svarte i e-post av 31. mars 2011:

- 1. Verken vi som byggeherre eller våre rådgivere har for vane å undersøke hvilke eierinteresser de enkelte aktører i våre bygge- og anleggsprosjekter måtte ha i ulike selskaper. Vi vet ikke hvilken eierkonstellasjon som eksisterte på konkurransetidspunktet i verken Floratine Norge AS og/eller Gressinvest Holding AS, men antar at de opplysninger du oppgir er riktige. Vi var heller ikke kjent med at disse firmaer eksisterte på det tidspunktet.*

- 2. Ingen del av konkurransegrunnlaget. Som beskrevet i forrige e-post så har Engelsjord kvalitetssikret den beskrivelse for anlegg av ny gressbane på Melløs stadion som vår rådgiver Ing. Andersen og Askjem AS har utarbeidet. Denne beskrivelse er basert på de retningslinjer som er angitt i håndbok fra Kultur- og Kirkedepartementet og Norges Fotballforbund i fellesskap for anlegg av fotballbaner. Engelsjord har her vært medforfatter som en av landets fremste eksperter på gressbaner til fotball- og golfanlegg. Det kan tillegges at "naturgressboka" er den som i hovedsak blir benyttet ved anlegg av fotballbaner over hele landet.*

- 3. Ingen rolle eller medvirkning i utarbeidelsen.*

Til slutt:

Morten Eirik Engelsjord sitt engasjement eller eierinteresser i ovennevnte har etter vårt skjønn IKKE ført til at noen firmaer er utelukket, favorisert eller har hatt konkurransefortrinn i anbudskonkurransen om ny naturgressbane med rør for undervarme på Melløs stadion.

- (17) I e-post av 5. april 2011 til innklagede skrev klagenemndas sekretariat:

"Det vises til e-post fra dere av 30. mars 2011. På direkte spørsmål om hvilken del av konkurransegrunnlaget konsulent Engelsjord har utarbeidet svarer dere: "Ingen del av konkurransegrunnlaget". I e-post av 15. mars 2011 skriver dere imidlertid at "Engelsjord bidro til tekst i tilbudsgrunnlaget i tilknytning til løsningsvalg" (...) og at han "har kun skrevet et avsnitt i tilbudsgrunnlaget, en uavhengig løsningsbeskrivelse for oppbygging av gressbanen."

Opplysningene om hvorvidt Engelsjord har bidratt ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget er motstridende, og sekretariatet ber om at dette redegjøres for.

- (18) Innklagede svarte i e-post av 12. april 2011:

"Det er vår rådgiver, Ing. Andersen & Askjem AS (AA), som har utarbeidet konkurranseunderlaget, både selve tilbudsgrunnlaget, tegninger, kontraktsbestemmelser, tilbudsregler og prosesser i tilknytning til anskaffelsen. AA har hatt bistand til kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget av Morten Eirik Engelsjord, som har bidratt med avsnitt på løsningsvalg (som man i prinsippet finner igjen i den offentlige naturgresshåndboka fra NFF som vi tidligere har referert til).

Vi presiserer igjen at beskrivelsen utelukker ingen eller favoriserer enkelte aktører - de løsningsvalg som er foretatt - er foretatt ut fra erfaring og anerkjente metoder som stort sett alle naturgressbaner bygges etter nå."

- (19) I samme e-post bekreftet innklagede eierforholdene mellom involverte selskaper. På tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen var Floratine Norge AS 100 % eid av Gressinvest Holding AS, som igjen var eid 25 % av valgte leverandør og 25 % av Østfold Gress AS, som er valgte leverandørs underleverandør.

- (20) Sekretariatet tok på ny kontakt med innklagede vedrørende Engelsjords rolle i anskaffelsesprosessen og fikk følgende svar i e-post av 18. april 2011:

"Jeg ble litt forsinket, men her er våre kommentarer på de suppleringer vi fikk fra Morten Eirik Engelsjord ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget

Vårt utgangspunkt var å benytte/henvisе til naturgressboka i sin helhet. Men fant det nødvendig å supplere med det som ikke fremgår av naturgressboka – med hjelp av Morten Eirik Engelsjord – nevnte suppleringer er merket med grønt i vedlegg.

Følgende suppleringer fra Engelsjord:

Naturgressboka sier lite om avfresing – således noe bistand her.

Videre omtaler naturgresshåndboka lite om grunnkjødsling – avsnittet er skrevet av Engelsjord.

Legging av ferdiggress fremgår av naturgressboka – men vi fikk en tilleggsopplysning om tykkelse på gressrullene ikke skulle overstige 20mm.

Vi presiserer igjen at tilbudsgrunnlaget og beskrivelsen hverken favoriserer eller utelukker noen aktør i tilknytning til det som er skrevet. "

- (21) Av vedlegget som innklagede viser til i e-posten av 18. april 2011 fremgår det hvilke suppleringer Engelsjord har bidratt med i konkurransegrunnlaget kapittel M "TILBUDSBESKRIVELSE": Under punkt 2 "FJERNING OG BORTKJØRING AV EKSISTERENDE GRASTORV" har Engelsjord bidratt med setningen: "Det skal benyttes en Koro Top Field Maker (eller tilsvarende maskin) til avfresingen." Engelsjord har videre skrevet all tekst under punkt 6 "GRUNNGJØDSLING". I punkt 7

"LEGGING AV FERDIGGRAS" har Engelsjord bidratt med krav om at "Tykkelsen på grasrullene ikke skal overstige 20 mm."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Klager anfører at firmaets tilbud er urettmessig avvist.
- (23) Klager har ikke tatt forbehold mot betalingsbetingelsene. Det er ikke nevnt noe om betalingsbetingelser i anbudsdokumentene. Klagers forbehold om 21 dagers betalingsfrist er frist for betaling av sendt faktura.
- (24) Det er ikke et vesentlig forbehold at klager i sitt tilbud har opplyst at oppgitte enhetspriser ikke gjelder ved store avvik i mengder, ettersom dette må anses å være i samsvar med kontrakten. I NS 3431 punkt 33.4.2 heter det at: *"Førrykket forutsetningene for å anvende enhetspriser etter 33.4.1. på grunn av omfanget eller av antallet av endringer, tidspunkt for endringer eller lignende, har begge parter krav på at det gjøres tillegg til eller fradrag i enhetspriser for de fordyrelser eller besparelser som dette har medført."*
- (25) Klager har ikke tatt forbehold om at byggherren skal gjerde inn riggområdet. I klagers tilbud heter det at *"området må kunne inngjerdes"*.
- (26) Klager har forutsatt at byggherren stiller med brakker/toaletter. Dette kan imidlertid ikke anses som et vesentlig forbehold, da arbeidene skal utføres på en idrettsarena med tilgjengelige toaletter og garderober.
- (27) Klagers forbehold om hindringer (eks vanningsanlegg, stein og lignende) ved nedplogging av rør er ikke vesentlig. Beskrivelsen i tilbudsgrunnlaget sier ikke noe om konflikter med vanningsanlegg eller andre installasjoner ved nedplogging av rør. Det forutsettes derfor fra klagers side at vanningsanlegget er lagt i en slik dybde at det ikke treffes ved nedplogging av varmerør. Skulle dette allikevel skje vil dette være en endring, jf. NS 3431 punkt 10.2: *Totalentreprenøren har krav på at andres arbeid med bygget eller anlegget som han skal bygge videre på, er slik at hans egen utførelse etter kontrakten kan skje uten forsinkelser eller fordyrelser."* På denne bakgrunn kan klager ikke se at dette utgjør et vesentlig forbehold. Forbeholdet vil uansett bli fanget opp av kontrakten. Samme gjelder vekstmasse og forbehold om stein i grunnen, da ploggingen ikke kan utføres med store steiner eller andre installasjoner i grunnen.
- (28) Det medfører ikke riktighet at kun demontering av spredehoder er medtatt i klagers tilbud. Både frakobling og demontering av spredehoder er tatt med. I klagers tilbud presiseres at oppgraving av rør ikke er medtatt. Dette er således ikke å anse som et vesentlig forbehold, men en nærmere beskrivelse.
- (29) Klager har tatt forbehold om at innklagede påviser kabler og rør i grunnen. Dette er en viktig forutsetning, da det kun er innklagede som har kart over anlegget. Dette er ikke et vesentlig forbehold. Det er byggherren som skal opplyse om dette, jf. NS 3431 punkt 10.2.
- (30) Klagers forbehold om at kunststoffdekket i løpebanen tåler anleggsmaskiner, er ikke vesentlig. Det som står i klagers tilbud er at klager *"Forutsetter at Tartandekke/løpebanen er fundamentert riktig slik at den tåler overfart av anleggsmaskiner for utføring av arbeidene"*. Dersom byggherren ønsker arbeidet utført, må det være mulig å komme inn og ut på banen. En sjekk av tegninger o.l vil være tilstrekkelig til å kunne vurdere dette.

- (31) Det er heller ikke et vesentlig forbehold at klager har tatt forbehold om å benytte små maskiner for å holde fremdriftsplanen. Innklagede har satt opp en stram fremdriftsplan. Skal denne kunne gjennomføres må man kunne komme inn med riktige maskiner. Skulle det vise seg at dette ikke går, for eksempel på grunn av dårlig grunn/bæring under tartandekket, slik at andre maskiner må benyttes, vil dette ha konsekvenser for fremdriften.
- (32) At klager har tatt forbehold om værforhold er ikke et vesentlig forbehold. Det følger av NS 3431 punkt 22.2.1 at: *"Totalentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han godgjør at fremdriften hindres av forhold utenfor hans kontroll så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud med mer...."* Dette forholdet reguleres derfor av kontrakten og kan ikke anses vesentlig. Dette prosjektet er særlig sensitivt for store nedbørmengder, da mange prosesser da må stoppes for ikke å ødelegge sluttresultatet. Av samme grunn er det heller ikke vesentlig at klager fraskriver seg dagmulkt ved forhold som skyldes vær.
- (33) Klager anfører også at det er uryddige forhold i prosjektgruppen, da valgte leverandør og underleverandører har eierinteresser i firmaet som er innleid som teknisk banekonsulent. Prosjektet er meget dårlig beskrevet og fremstår som tilpasset valgte leverandør/underleverandører.
- (34) Det vises for det første til beskrivelsen i konkurransegrunnlaget kapittel M punkt 2 *"FJERNING OG BORTKJØRING AV GRASTORV"*. Klager er kjent med at Østfold Gress AS, lang tid i forveien for dette prosjektet, kjøpte inn en slik maskin som beskrevet under dette punktet. Det er ikke mange leverandører som har slike maskiner. Etter klagers oppfatning viser dette at Østfold Gress AS har hatt kunnskap om prosjektet i god tid før andre leverandører og derfor har hatt mulighet til å posisjonere seg etter dette.
- (35) For det andre vises det til beskrivelsen under punkt 7 *"LEGGING AV FERDIGGRAS"*, om at det skal benyttes vasket gress. Det er kun Østfold Gress AS som har en slik vaskemaskin for gress i Norge, og Østfold Gress AS har også agentur for kjøp av vasket gress fra England. Videre følger det av punkt 7 at gresset skal legges med storruller. Det er svært få leverandører som har maskiner som kan beskjære ruller av denne bredde og lengde. (Tykkelsen på gresset har ikke betydning for hvilken maskin som kan benyttes). Østfold Gress AS har slik skjæremaskin og valgte leverandør har slik leggemaskin.

Innklagedes anførsler:

- (36) Klagers tilbud inneholder så vidt mange forbehold og avvik fra konkurransegrunnlaget at de samlet sett må vurderes som vesentlige, jf. forskriften § 11-11. Flere av forbeholdene er regulert i NS 3431, og innklagede er usikker på om klagers forbehold er ment å gå ut over reguleringene i NS 3431. Innklagede finner det vanskelig å prissette forbeholdene målt opp mot tilbyder nr. 2, som ikke har inngitt et tilbud med forbehold som innvirker på pris eller fremdrift.
- (37) NS 3431 angir 28 dagers betalingsfrist. Klagers krav om 21 dagers betalingsfrist utgjør således et forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (38) Tilbyder har rett i at NS 3431 punkt 33.4.1 regulerer endringer i mengder etc.
- (39) Da oppdraget er en totalentreprise skal tilbyder medta alle arbeider og kostnader i sitt tilbud, herunder også alle inngjerding og sikringsarbeider. Inngjerding av riggområdet er ikke tatt med i klagers tilbud, og utgjør således et forbehold.

- (40) Brakker og toaletter skal være medtatt av totalentreprenøren. Klagers forutsetning om å benytte idrettsarenaens fasiliteter utgjør således et forbehold.
- (41) Klagers forbehold om hindringer ved nedplogging av rør er vanskelig å prissette. Eventuelle endringer og avvik i henhold til konkurransegrunnlaget er regulert i NS 3431.
- (42) Kun demontering av spredehoder er medtatt i klagers tilbud. Remontering skulle også ha vært med.
- (43) Klager forutsetter at innklagede skal påvise kabler og rør. Det er imidlertid tilbyder som skal medta alle arbeider i sitt tilbud, herunder bestille og påkoste kabelpåvisning etc.
- (44) Innklagede kan ikke se at det skal være nødvendig å ta forbehold om at tartan/kunststoffdekket er fundamentert riktig, og er derfor usikker på hvordan innklagede skal forholde seg til klagers forbehold om dette.
- (45) Klager har tatt forbehold om at det kan være nødvendig å benytte små maskiner, noe som kan gå ut over fremdriftsplanen. Innklagede finner det vanskelig å vurdere hvilke økonomiske og tidsmessige konsekvenser dette kan få.

Klagenemndas vurdering:

- (46) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggsanskaffelse og følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. 2-2 (1).

Hvorvidt klagers tilbud er urettmessig avvist.

- (47) Klager har anført at avvisningen av selskapets tilbud er urettmessig. Det er vist til at enkelte av forholdene innklagede har pekt på i avvisningsmeddelelsen ikke kan anses som forbehold, og at de forbeholdene klager har tatt uansett ikke er vesentlige.
- (48) I avvisningsmeddelelsen av 19. mai 2010 er klager avvist med henvisning til forskriften § 11-11, uten nærmere presisering av avvisningshjemmel. Ut fra formuleringene forøvrig er det mest nærliggende å anta at det er § 11-11 (1) bokstav d, om plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, som innklagede har brukt som grunnlag for avvisning av klagers tilbud.
- (49) Klager har anført at forbeholdene i klagers tilbud ikke kan anses som betydelige avvik fra konkurransegrunnlagets bestemmelser. I tilsvaret til Klagenemnda har innklagede vedgått at flere av forbeholdene vil medføre samme resultat som i NS 3431, men at innklagede var usikker på om klagers forbehold er ment å gå ut over reguleringene i NS 3431. Innklagede har videre opplyst at det var vanskelig å prissette forbeholdene målt opp mot den andre tilbyderen, som ikke hadde inngitt tilbud med betydelige forbehold.
- (50) Klagenemnda finner i foreliggende sak ikke grunn til å ta endelig stilling til hvorvidt § 11-11 (1) bokstav d gav hjemmel for avvisning av klagers tilbud. Innklagede må uansett anses å ha hatt hjemmel til å avvise tilbudet i medhold av den fakultative avvisningshjemmelen i forskriften § 11-11 (2) bokstav a. De faktiske forhold som gir grunnlag for avvisning i medhold av forskriften § 11-11 (2) bokstav a, er omtalt i avvisningsmeddelelsen av 19. mai 2010. Klagers anførsel om at selskapets tilbud er urettmessig avvist kan derfor ikke føre frem.

Bruk av rådgiver

- (51) Klager har videre anført at det eksisterte uryddige forhold i innklagedes prosjektgruppe, da valgte leverandør og underleverandører har eierinteresser i firmaet som er innleid som teknisk banekonsulent. Det vises i denne sammenheng til at anbudsgrunnlaget fremstår som tilpasset valgte leverandør. Klagenemnda forstår dette som en anførsel om innklagede har brutt forskriften § 3-8 og forskriften § 3-7 ved å benytte Morten Eirik Engelsjord fra selskapet Floratine Norge AS som teknisk banekonsulent.
- (52) Etter forskriften § 3-8 skal oppdragsgiver ikke *"søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse"*.
- (53) I konkurransegrunnlaget kapittel D er Ingeniørene Andersen og Askjem AS oppgitt som *"Prosjekterende"* og Floratine Norge AS ved Morten Eirik Engelsjord er oppgitt som *"Baneteknisk rådgiver"*. Klagenemnda har fått opplyst at på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen var Floratine Norge AS 100 % eid av Gressinvest Holding AS. Gressinvest Holding AS var på denne tiden 25 % eid av valgte leverandør, og 25 % eid av Østfold gress AS, som er valgte leverandørs underleverandør. Denne selskapskonstellasjonen gjør at Floratine Norge AS, som Engelsjord representerte, kunne ha økonomisk interesse i anskaffelsen. Dette vilkåret i forskriften § 3-8 må for så vidt anses oppfylt.
- (54) Morten Engelsjord har bidratt med råd og tekst ved utarbeidelsen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget. Dette er en type rådgivning som omfattes av forskriften § 3-8. Spørsmålet er da om rådgivningen har skjedd på en *"på en måte som vil kunne utelukke konkurranse"*.
- (55) Hvorvidt en oppdragsgiver har mottatt rådgivning i strid med forskriftens § 3-8, vil bero på en konkret vurdering, hvor det sentrale spørsmålet er om rådgivningen har skjedd på en måte som kan utelukke konkurranse, jf. EU-domstolens saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) og klagenemndas sak 2010/28 avsnitt 28. I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 71 er følgende momenter antatt å være relevante i vurderingen:
- "- Hvor lett det er for andre å tilfredsstille de tekniske spesifikasjonene som er valgt?*
 - Er de valgte spesifikasjoner naturlige ut fra oppdragsgivers behov?*
 - Får rådgiveren en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelsen av sitt tilbud?*
 - Har rådgiveren mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne?*
 - Hvordan påvirker valget rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen?"*
- (56) Klagenemnda er enig i at dette er relevante momenter ved vurderingen og bemerker innledningsvis at innklagede har vært uklar og gitt til dels motstridende opplysninger under saksforberedelsen om Engelsjords rolle ved utarbeidelsen av spesifikasjonene. Etter gjentatte forespørsler sendte innklagede i e-post av 18. april 2011 et vedlegg hvor det var merket av hvilke suppleringer i konkurransegrunnlaget som kunne skrives tilbake til bidrag fra Engelsjord. Klager har ikke kommentert de opplysningene som innklagede har gitt.

- (57) Innklagede har opplyst at Engelsjord under kapittel M punkt 2 har bidratt med setningen "*Det skal benyttes en Koro Top Field Maker (eller tilsvarende maskin).*" Maskinen skulle brukes til fjerning av eksisterende grastorv. I følge klager kjøpte Østfold Gress AS en slik maskin før den aktuelle konkurransen ble kunngjort. Det var imidlertid også åpnet for å benytte tilsvarende maskiner. Utover å vise til at Østfold Gress AS hadde en slik maskin har ikke klager anført omstendigheter som tilsier at kravet kunne utelukke konkurranse. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at kravet om å benytte "*en Koro Top Field Maker (eller tilsvarende maskin)*" ikke gir grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt forskriften § 3-8.
- (58) Innklagede har videre opplyst at Engelsjord under kapittel M punkt 7 har supplert spesifikasjonene med et krav om at tykkelsen på gressrullene "*ikke skal overstige 20 mm.*" Av samme punkt fremgikk forøvrig at gressrullene, benevnt "storruller", skulle ha bredde på ca 60 – 100 cm og lengde på ca 15 – 25 m. I følge klager er det få leverandører, bortsett fra valgte leverandør og Østfold Gress AS, som kan beskjære og legge ruller av denne størrelse. Klager har imidlertid også opplyst at det kun er bredden og lengden på gressrullene som er av avgjørende betydning for hvilke maskiner som kan benyttes. Disse kravene er ikke et resultat av Engelsjords bidrag. Engelsjords bidrag gjaldt krav til gressets tykkelse, og denne har etter det opplyste ikke betydning for valget av maskiner.
- (59) Når det gjelder kapittel M punkt 6 har innklagede opplyst at dette punktet er skrevet av Engelsjord i sin helhet. Da klager ikke har anført at dette avsnittet er utformet i strid med regelverket, har klagenemnda ingen foranledning for å ta stilling til hvorvidt Engelsjords medvirkning under dette punktet utgjør et brudd på forskriften § 3-8.
- (60) Slik saken er opplyst finner klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at rådgivningen fra Engelsjord har skjedd på en måte som vil kunne utelukke konkurranse, jf forskriften § 3-8.
- (61) Klagenemnda kan heller ikke se at bruken av konsulenten representerer et brudd på forskriften § 3-7, da habilitetsproblematikken for foreliggende situasjon må anses å være dekket av reguleringen i forskriften § 3-8, jf. Hans Petter Graver. *Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser*. Tidsskrift for Forretningsjuss, nr. 4 (2005), s. 461-462.

Konklusjon:

Moss kommunale eiendomsselskap KF har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

2. mai 2011


Georg Fredrik Rieber-Mohn