



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirmaet Grette DA
Att: Jørgen Aardalsbakke
Postboks 1397 Vika
0114 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0248

Dato:
31.08.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 9. september 2011 knyttet til Fjell kommunes anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise for bygging av ny flerbrukshall på Straume. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Fjell kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. august 2011 en åpen anbudskonkurranse vedrørende en totalentreprise for bygging av ny flerbrukshall på Straume. Anskaffelsen var oppgitt å ha en estimert verdi på mellom 105 og 110 millioner kroner. Frist for inngivelse av tilbud var satt til 23. september 2011.
- (2) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av laveste pris, jf. kunngjøringen pkt. IV.2.
- (3) Av konkurransegrunnlaget del III "TEKNISK BESKRIVELSE" punkt 2 "BYGNING" fremgikk det av underpunkt 2.0 "GENERELT" at:

"Den tekniske beskrivelsen er en funksjonsbeskrivelse med videre spesifikke krav knyttet til overflate og utseende. Anlegget skal ha høy kvalitet mht materialvalg, funksjon, drift og levetid. Tiltakshavers mål er å bygge en driftssikker og driftsenkel idrettsbygning med lave drifts- og vedlikeholdskostnader."

- (4) Av den tekniske beskrivelsen under punkt 2.5.5 "GULV OG OVERFLATE" var det blant annet stilt følgende krav under overskriften "Idrettsgulv":

"Funksjonskrav ihht byggedetaljblad 541.810 "Kombielastiske gulv" og Kulturdepartementets "Golv i idrettsbygg. Funksjonskrav" (januar 2002) med hensyn til støtdemping, deformasjon/nedbøyning, ballrefleksjon, hjulbelastning, merking/gjennomlokking av overflatebelegg, fiksjon, farge og lysrefleksjon, planhet, samt branndokumentasjon.

Oppbygning:

- *Elastiske remser eller klosser av gummi eller tilsvarende, luftsjikt maks 10 mm*
 - *2-sjikts bærelag av kryssfiner*
 - *Støtdempende sjikt, gummigranulat, $t = ca\ 5\ mm$*
 - *Slitelag av PUR, $t = 2\ mm$*
- Oppbygning med tilfarere og/eller skum aksepteres ikke. Slitelag av vinyl banebelegg med PUR coating aksepteres ikke.*
- (...)"*

- (5) Av punkt 2.5.5 fremgikk følgende om oppbygningen av gulv på "AKTIVITETSROM":

"Aktivitetsrom skal ha punktelastisk idrettsgulv.

(...)

Oppbygning:

- *Støtdempende sjikt, gummigranulat med polyuretan bindemiddel*
- *Slitelag av PUR, $t = 2\ mm$*

Oppbygging med skum aksepteres ikke. Slitelag av vinyl banebelegg med PUR coating aksepteres ikke.

(...)"

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra syv entreprenører. Unisport Scandinavia AS (heretter kalt klager) deltok ikke i konkurransen.
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 9. september 2011.
- (8) I tilsvaret til klagenemnda av 11. oktober 2011 har innklagede opplyst at kontraktsinngåelse ikke avventes, og at kontrakt vil bli inngått når konkurransen er sluttført.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved at det i konkurransegrunnlaget del III "TEKNISK BESKRIVELSE", er stilt krav til idrettsgulv og gulv på aktivitetsrom, som utelukker, eller er egnet til å utelukke konkurranse, jf. forskriften § 17-3.

- (10) Kravene som er stilt til oppbygningen av *"Idrettsgulv"*, samt presiseringen om at tilfarere og/ eller skum ikke aksepteres, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.5.5 *"GULV OG OVERFLATE"*, er konkurransebegrensende. Også når det gjelder aktivitetsrom er det stilt krav til gulvets oppbygning som etter klagers oppfatning begrenser konkurransen.
- (11) De deler av konkurransegrunnlaget klager mener er konkurransebegrensende, gjelder ikke på noen måte forhold som er av funksjonsmessig betydning for innklagede, eller for de som skal bruke idrettsgulvet. Det er på det rene at andre tekniske løsninger oppfyller både det byggdetaljblad som er henvist til, og Kulturdepartementets funksjonskrav. Henvisningen til byggdetaljbladet angir generelle krav til slike gulv, og er helt uproblematisk. Problemet er innklagedes krav til oppbygningen av gulvene, samt presiseringen om at tilfarere og/ eller skum ikke aksepteres. Klager kan for eksempel ikke se hva som skal være grunnlaget for å stille krav om at luftsjikt skal være maks 10 mm.
- (12) Undergulvskonstruksjonen, som er en angivelse av *"Boflex Champion"*, er det eneste gulvet som er bygget opp på samme måte som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette gulvet kan kun formidles av en leverandør. Kravspesifikasjonen angir således et bestemt produkt, men uten at merkenavn er oppgitt. Det er ikke andre produkter på markedet, som, uten avvik, vil oppfylle kravspesifikasjonen. For det tilfellet at innklagede likevel ser det akseptabelt med andre konstruksjoner, vil dette innebære at det godtas løsninger som ikke er i henhold til kravspesifikasjonen.
- (13) I svar til klager på klage som gjaldt disse forholdene, har innklagedes arkitekt vist til at innklagede er bekymret for høye punktlaster, både som følge av tribuner, og ved spesiell bruk. Argumentasjonen er at et luftsjikt på maksimalt 10 mm vil innebære at bærelaget kan hvile på undergulvet ved store belastninger. Det er også pekt på at luftsjikt over 10 mm kan gi uheldig microklima med oppblomstring av bakteriekultur. Dette er imidlertid ikke riktig. I en flate på over 2000 m² med maksimalt 10 mm luftsjikt vil man kun få bevegelse i luften i undergulvskonstruksjonen 3-5 meter inn i gulvet, mens resten vil "stå stille". Løsningen som er skissert av innklagede er dermed en dårligere løsning over en så stor flate. Større luftsjikt vil gi større utskiftning av luft.
- (14) Det finnes gulv som tilfredsstiller alle krav til tyngre laster uten at de sportslige egenskapene i gulvet påvirkes. Dette er gulv hvor forsterkningene trer i kraft når tung trafikk kjøres ut på gulvet. Slike gulv har både klager og andre leverandører lang erfaring med. Klager mener derfor at det ikke er av betydning om luftsjiktet er 10 mm eller 50 mm, når konstruksjonen er tilpasset på nevnte måte. Luftsliktet vil således ikke ha noen betydning for innklagede, eller for brukerne av hallen, og er således ikke et relevant og saklig krav.
- (15) Konkurransegrunnlaget er utformet i strid med forskriften § 17-3, og innebærer at konkurransen skulle ha vært avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider at kravene som er stilt til gulv i denne konkurransen er konkurransebegrensende.
- (17) Det er ikke riktig at det kun er merket Boflex Champion som oppfyller kravene i kravspesifikasjonen. Innklagede har mottatt tilbud fra syv leverandører, og ingen av

disse har tilbudt Boflex Champion. Fire av tilbyderne har tilbudt et gulv med samme toppsjikt som Boflex Champion, men med en annen tilsvarende underkonstruksjon som også tilfredsstiller kravene i kravspesifikasjonen.

- (18) Kravene som er stilt er anbefalt av rådgivende arkitekt, og er godt faglig begrunnet ut i fra ønsket om å få til et best mulig gulv ut fra forventet bruk. Gulvet skal være i en flerbrukshall, og det er åpnet for at også andre aktiviteter enn idrett skal kunne foregå i hallen. Grunnen til at det stilles krav til annen oppbygning enn tilfarergulv, og at det tillates maks 10 mm luftsjikt, er at innklagede ønsker å sikre seg mot store nedbøyninger ved punktlaster fra tyngre kjøretøy. Store nedbøyninger vil kunne resultere i brudd av bærelag. Ved et maksimalt luftsjikt på 10 mm vil bærelaget hvile på undergulvet ved store laster. Et mindre luftslikt er også fordelaktig for luftutskiftning mellom undergulv og bærelag. Svikt av bærelag gjennom normal bruk av gulvet vil i noen grad gi luftbevegelse, men dess større høyde dess mindre bevegelse. Stillestående luft vil på sikt kunne gi uheldig mikroklima med oppblomstring av bakteriekulturer etc. Innklagede ønsker ikke en løsning hvor det er nødvendig med mekaniske avtrekksvifter.
- (19) Støtdempende sjikt av skum er uønsket av delvis samme årsak. Ved større punktlaster kan cellevegger i skummet bli knust og gi varige deformasjoner. Det finnes eksempel på nyere idrettsgulv i Norge, med støtdempende sjikt av skum, hvor last fra eksempelvis teleskoptribuner har gitt slike deformasjoner.

Sekretariatets vurdering:

- (20) Anskaffelsen gjelder totalentreprise for bygging av ny flerbrukshall på Straume. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Om klageinteresse

- (21) Klagen er rettidig. Klager er en potensiell underleverandør av idrettsgulv. Innklagede har ikke bestridt at klager har klageinteresse. Hensett til at klager har påberopt seg et forskriftsbrudd som kan ha hatt rettslig betydning, ved at selskapet urettmessig er fratatt muligheten til å bli underleverandør i konkurransen, anses klager å ha klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2005/157, 2005/249 og 2010/179.

Kravet til konkurranse

- (22) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 17-3, ved at det i kravspesifikasjonen er stilt krav til oppbygning av gulv tilsvarende et bestemt merke, som kun en leverandør kan levere.
- (23) Innledningsvis nevnes at det i utgangspunktet er underlagt innklagedes skjønn å velge hvilke krav som skal stilles til ytelsen. At klager mener at innklagede skulle ha stilt andre krav til gulv, enn det som er tilfellet, er derfor i seg selv ikke relevant. Oppdragsgiver plikter imidlertid så langt som mulig å sikre at anskaffelsen baserer seg på konkurranse, og i dette henseende kan det utgjøre et brudd på regelverket å utforme en kravspesifikasjon som bare en leverandør kan oppfylle, sml klagenemndas uttalelse i sak 2010/11premiss (38).

- (24) Forskriften § 17-3 regulerer krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner. Med tekniske spesifikasjoner menes *"en spesifikasjon fastsatt i et dokument (...) som fastsetter de egenskaper (...) oppdragsgiver krever"*, jf. forskriften § 4-3 bokstav g nr. 1. Kravene som i dette tilfellet er stilt til oppbygning av gulvene i flerbrukshallen, er etter sekretariatets mening tekniske spesifikasjoner.
- (25) Spørsmålet er om kravene som var stilt til gulvenes oppbygning ga leverandørene *"like muligheter"* eller om de medførte *"unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter"*, jf. § 17-3 (2). Bestemmelsene i § 17-3 supplerer likebehandlingsprinsippet ved å understreke at tilbyderne skal gis ensartede vilkår for konkurransen, og at det må foreligge en kvalifisert begrunnelse for hindring av konkurranse, jf. Steinicke og Groesmeyers kommentarer til EU's udbudsdirektiver 2008 side 706.
- (26) Klager har hevdet at kravene til gulvenes oppbygning i realiteten er en angivelse av et bestemt merke, Boflex Champion, som det i følge klager kun er én leverandør som kan levere. Kravet i forskriften § 17-3 (2) er at tekniske spesifikasjoner ikke skal medføre *"unødvendige hindringer for konkurranse"*. Det kan ikke utledes av dette at det er et krav om at spesifikasjonene må utformes på en slik måte at *alle*, som kan tenkes å være potensielle leverandører, kan levere ytelsen. I så tilfelle ville det bli opp til markedet, dvs. leverandørene å definere innklagedes behov. At klager ikke kan tilby den gulvkonstruksjonen som innklagede etterspør, er derfor i seg selv ikke tilstrekkelig til å konstatere at de oppstilte kravene er til hinder for konkurranse. I følge innklagede ga syv leverandører i dette tilfellet inn tilbud. Ingen av disse tilbød Boflex Champion, men tilbudene ble likevel funnet å oppfylle kravene til oppbygning av gulv. Klagers anførsel om at andre produkter enn Boflex Champion ikke kan oppfylle kravspesifikasjonen uten avvik, er ikke nærmere underbygget, og kan derfor ikke tillegges vekt. Sekretariatet finner det på denne bakgrunn ikke sannsynliggjort at kravene som var stilt til oppbygning av gulv, var til hinder for konkurranse. Innklagede har følgelig ikke brutt forskriften § 17-3 (2).
- (27) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som u hensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsfor skriften § 9.

Anneline Vingsgård
sekretariatsleder

Elisabet Gjerde
rådgiver

