



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Vesentlige avvik.

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt sportsgulv i Voss idrettshall. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav e.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2017 i sak 2016/194

Klager: Gulv og Takteknikk AS

Innklaget: Voss kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Arve Rosvold Alver.

Bakgrunn:

(1) Voss kommune (heretter innklagede) kunngjorde 19. mai 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nytt sportsgulv i Voss idrettshall. Tilbudsfrist var 3. juni 2016 kl. 12:00.

(2) Kontraktens gjenstand ble i kunngjøringen beskrevet på følgende måte:

"Det skal anlegges sportsgulv i Voss idrettshall som tilfredsstillende de nasjonale kravene fra Kulturdepartementet (KUD) og den europeiske standarden, NS-EN 14904. KUDs funksjonskrav er et minimumskrav."

(3) Ovennevnte ble gjentatt i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget inneholdt også spesiell kravspesifikasjon hvor det ble stilt opp ytterligere krav. Av kravspesifikasjonens punkt 1 fremgikk det at

"[g]enerelle og spesielle kravspesifikasjoner må besvares positivt for at tilbudet skal være aktuelt å evaluere."

(4) Ett av de nærmere spesifiserte kravene gjaldt krav til oppbygging av gulv, og om dette fremgikk følgende:

"Daglig leder og brukergruppene har engasjert seg i prosjektet og har undersøkt hva som kan forventes av materiale på det nye sportsgulvet. I den sammenheng legges det noen føringer for hva som er et minimum av krav til hva slags gulv som etterspørres. Øvrige funksjonskrav i henhold til KKD's krav til kombielastisk sportsgulv.

a) Flateelastisk underkonstruksjon: luftet, ventilert og lavtbyggende.

- Konstruksjonen skal være aldringsbestandig og dimensjonsstabil fra godkjent testinstitutt.*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- *Løsningen skal inneha kantavslutning med ventilerte vaskelister og barrierelister*
- *Et definert progressivt dempnings- og deformasjonsforløp*

b) Punktelastisk toppkonstruksjon

- *Det skal redegjøres for tilpasninger til EN 14904*
- *Gulvet skal være aldringsbestandig og dimensjonsstabilt – fra godkjent testinstitutt*
- *Det skal redegjøres for oppmerkingsmetode"*

- (5) Kontrakt skulle tildeles den leverandør som kunne tilby laveste pris.
- (6) To firma, Gulv og Takteknikk AS (heretter klager) og OMJ Gulvleggerservice AS (heretter valgte leverandør), leverte tilbud.
- (7) Valgte leverandør ble tildelt kontrakten ved tildelingsbrev av 22. juni 2016.
- (8) Klager sendte inn klage på tildeling av kontrakt ved brev til Voss kommune av 30. juni 2016. Det ble der anført at tilbudet fra valgte leverandør blant annet ikke tilfredsstilte kravet til lufting og progressiv demping, og derfor skulle vært avvist fra anbudskonkurransen.
- (9) Ved brev av 1. juli 2016 ble klagen avslått med begrunnelse at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt noen forbehold, og at det i tilbudet var uttrykt at sportsgulvet som ble tilbudt, tilfredsstilte de krav som var satt i konkurransegrunnlaget.
- (10) Klager gjentok sine anførsler i brev til innklagede 3. juli 2016. Innklagede opprettholdt imidlertid sitt avslag på klagen ved nytt brev 8. juli 2016, og orienterte samtidig om at innklagede ville inngå kontrakt med OMJ Gulvleggerservice AS.
- (11) Kontrakt ble inngått 11. juli 2016. Arbeidene i Voss idrettshall har blitt ferdigstilt.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. desember 2016.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. september 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud.
- (15) Valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra minstekrav i konkurransegrunnlaget. Det bestrides ikke at valgte leverandør i sitt tilbud viste til at KUDs funksjonskrav og kravene i NS-EN 14904:2006 ville oppfylles, og at dette var dokumentert. Innklagede hadde imidlertid i konkurransegrunnlaget oppstilt en rekke tilleggskrav, som også måtte oppfattes som minstekrav, og som valgte tilbyder i sitt tilbud

ikke oppfylte. Tilbudet skulle således vært avvist med bakgrunn i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 11-11 første ledd bokstav e, eventuelt bokstav f.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Klagers anførsler om avvising av valgte leverandør bestrides. Valgte leverandør oppga i tilbudet at deres tilbud tilfredsstilte kravspesifikasjonene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og det var ikke tatt forbehold.
- (17) Et eventuelt avvik vil uansett ikke utgjøre et "*vesentlig*" avvik da gulvtypen som ble tilbudt oppfyller alle internasjonale standarder.
- (18) Tilbudet fra valgte leverandør inneholdt heller ingen ufullstendigheter, uklarheter eller lignende, og skulle derfor heller ikke vært avvist med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 11-11 første ledd bokstav f.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder legging av nytt sportsgulv i Voss idrettshall, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. 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 (heretter forskriften) del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning på grunn av vesentlige avvik

- (20) Det fremgår av forskriften § 11-11 første ledd bokstav e, at et tilbud skal avvises når "*det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*".
- (21) Klager anfører først og fremst at gulvet som valgte leverandør tilbød var et gulv uten luftekanaler, og at dette således ikke oppfylte kravet i kravspesifikasjonens punkt 2.4 om at gulvet skulle ha en flateelastisk underkonstruksjon som skulle være "*luftet, ventilert og lavtbyggende*".
- (22) I tilbudet fra valgte leverandør var det angitt følgende om underkonstruksjonen som ble tilbudt:

"Undergulv/Tarkett Lumaflex referance vil nå bli lagt etter fabrikantens leggeanvisning og tilpasninger for sportsgulv toppen vil bli gjort."
- (23) Det var så vist til vedlegg for nærmere beskrivelse av dette gulvet og hvordan det skulle legges.
- (24) Leggeanvisningen viser at undergulvet skulle legges med en skummatte direkte ned på betonggulvet, og det fremgår ikke noe om lufting. Underkonstruksjonen synes altså ikke å oppfylle kravet til lufting og ventilering.
- (25) Innklagede har heller ikke i sitt tilsvaret bestridt at gulvet som ble tilbudt, og som er lagt, ikke inkluderte lufting. Det er tvert imot bare gjentatt at gulvet er lagt på den måten som leggeanvisningen ga uttrykk for, uten kommentar til hvorvidt gulvets underkonstruksjon tilfredsstilte kravet til lufting. Det er altså intet, hverken i tilbudet eller i tilsvaret, som

tilsier at valgte leverandør skulle legge, eller har lagt, et gulv som oppfyller kravet til luftet og ventilert undergulv.

- (26) Nemnda må da legge til grunn at gulvet som ble tilbudt av valgte leverandør, og som senere er lagt, ikke tilfredsstiller kravet om luftet og ventilert underkonstruksjon. Tilbudet inneholdt således et avvik fra kravspesifikasjonen punkt 2.4.
- (27) Innklagede har anført at det likevel ikke forelå avvisningsplikt da beskrivelsen i tilbudet fra valgte leverandør, etter deres syn, ga uttrykk for at kravet til luftet og ventilert underkonstruksjon var hensyntatt, og at innklagede da måtte kunne legge dette til grunn ettersom det heller ikke var tatt forbehold.
- (28) Selv om det klare utgangspunkt er at oppdragsgiver skal kunne stole på de opplysninger som følger av en leverandørs tilbud, gjelder ikke dette ubetinget. Praksis viser at dersom det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning til kontroll, må oppdragsgiver undersøke disse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/160.
- (29) Innklagede ble i herværende sak gjort oppmerksom på det som etter klagers oppfatning var avvik fra konkurransegrunnlaget, ved klage innsendt 30. juni 2016. Klagen ga innklagede en klar oppfordring til å kontrollere de opplysninger som var gitt av valgte leverandør i deres tilbud.
- (30) Likevel undersøkte ikke innklagede disse opplysninger. Det ble i stedet, i brev av 8. juli 2016, kort vist til at valgte leverandør ikke hadde tatt forbehold, og at "*[d]ersom det viser seg at ikkje sportsgulvet blir utført i henhold til minstekrav, krav i konkurransegrunnlag og kontrakt vil det bli handtert etter kontraktsvilkåra i NS8407.*"
- (31) En oppdragsgivers sanksjonsmuligheter ved et eventuelt kontraktsbrudd kan ikke gi oppdragsgiver påskudd til å unnlate å følge opp en klar og konkret henvendelse fra en konkurrerende leverandør om et potensielt vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, slik tilfellet var i denne saken. Sanksjoner for manglende lufting av gulvets underkonstruksjon er etter det opplyste heller ikke gjort gjeldende overfor valgte leverandør.
- (32) Det tilbudte gulvet fra valgte leverandør inneholdt altså avvik fra kravspesifikasjonene, og innklagede ble gjort oppmerksom på avviket.
- (33) Det gjenstår å ta stilling til om avviket kan anses vesentlig, jf. forskriften § 11-11 første ledd bokstav e.
- (34) Hvorvidt et avvik kan anses vesentlig, beror på en konkret vurdering. Nemnda har i en rekke saker henvist til følgende uttalelse i sak 2008/58 premiss (46), som et utgangspunkt for vurderingen:

"Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig innholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."

- (35) Ved å anvende begrepet "*minstekrav*", eller lignende, vil det altså være naturlig å forstå dette som at kravet er ment å være ufravikelig, og at tilbud som ikke oppfyller kravet vil bli avvist, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2017/37 premiss (27).

- (36) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget i denne saken at både de generelle og spesielle kravspesifikasjoner måtte være oppfylt for at innleverte tilbud skulle være aktuelle å evaluere. Kravet til luftet og ventilert underkonstruksjon i kravspesifikasjonen var videre presentert som ett av de krav daglig leder og brukergruppene forventet at skulle oppfylles, og oppstilt under hva de hadde lagt som *"føringer for hva som er et minimum av krav til hvilket gulv som etterspørres"*.
- (37) Lest i sammenheng kan dette vanskelig forstås på annen måte enn at manglende oppfyllelse av kravet uten videre ville medføre avvisning. Slik nemnda forstår det innebærer også kravet til at underkonstruksjonen skulle både være luftet, ventilert og lavtbyggende, sterke begrensninger på hvilke gulv leverandørene kunne tilby. Nemnda finner heller ikke grunn til å betvile klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbudte gulv er billigere enn et gulv som oppfyller kravspesifikasjonen.
- (38) Samlet sett må avviket etter dette anses som vesentlig. Innklagede har dermed brutt forskriften § 11-11 første ledd bokstav e ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunn til å ta stilling til betydningen av de øvrige angivelige avvik i valgte leverandørs tilbud.

Konklusjon:

Voss kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav e, ved å ikke avvise tilbudet fra valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk