



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbud konkurranse for anskaffelse av luftbehandlingsanlegg. En påtenkt underleverandør klaget og anførte dels at innklagede hadde benyttet tekniske spesifikasjoner med omtale av bestemt produkt navn, dels at innklagede før avtaleinngåelse gjennomførte forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1), med den endring at klageren ble skiftet med en annen underleverandør. Klagenemnda kom til at klageren som underleverandør manglet klageinteresse, og klagen ble derfor avvist i medhold av klagenemnds forskriftens § 6 annet ledd.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2005 i sak 2004/304

Klager: F-Tech AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder:

Forskriftsstridig produktangivelse i tekniske spesifikasjoner, forskriftens § 12-2(2).
Klageinteresse – avvisning – klagenemnds forskriftens § 6 annet ledd

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. februar 2004 en åpen anbudskonkurranse for entreprise "K320 Luftbehandlingsanlegg".
- (2) I konkurransegrunnlagets tekniske spesifikasjoner var det for avfuktingsaggregatene i tillegg til de tekniske kravene angitt:

*"Fabr: Alfsen og Gunderson AS
Type: Econosorb
eller tilsvarende"*
- (3) Tilsvarende formuleringer var gjort for de ulike avfuktingsaggregatene som var etterspurt.
- (4) Fire leverandører leverte tilbud innen fristen. En av tilbyderne var Gunnar Karlsen AS (heretter kalt GK). GK innleverte tilbud på to alternative avfuktingsaggregater. Det ene var levert av Alfsen og Gunderson (heretter kalt AG) og den andre var levert av F-Tech AS (heretter kalt klager).

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

- (5) Ved evalueringen av tilbudet fra GK la innklagede avfuktingsaggregatet fra klager til grunn. GK hadde da det laveste tilbudet. Dersom avfuktingsaggregatet fra AG hadde blitt lagt til grunn ved evalueringen av tilbudet, ville GKs tilbud være ca. kr. 60.000,- dyrere enn det da laveste tilbudet.
- (6) Meddelelse om tildeling av kontrakt i henhold til forskriftens §§ 10-3/17-3 ble gitt 1. juli 2004, med underretning om klageadgang innen 12. juli. Det ble varslet om at kontrakt ville bli inngått rett etter klagefristens utløp.
- (7) I brev til GK datert 29. juli betegnet ”bestillingsbrev” fremgår:
- ”Bestillingsbrev
(...)
Statsbygg ønsker å tildele avtalen K320 Luftbehandlingsanlegg til Gunnar Karlsen AS. Avtalen tildeles med forbehold i avklaringer.
Bestillingssummen er beregnet som følger:
Tilbudspris ekskl. mva kr. 4.135.100
(...)
Vi tar sikte på å avholde avklaringer og signere kontrakt i august 2004.”*
- (8) Bestillingssummen skal være basert på avfuktingsaggregatet fra klager. Etter at brevet ble sendt, kom innklagede til at det var ønskelig å benytte avfuktingsaggregatet fra AG i stedet for aggregatet fra klager. GK opplyste om at endringen av underleverandør av avfuktingsaggregatet ikke ville få økonomiske konsekvenser for tilbudet.
- (9) Kontrakten ble signert 5. november 2004 av GK og 10. november av Statsbygg.

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Klager anfører at de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5 er brutt ved at innklagede påla den valgte leverandøren å benytte en annen underleverandør av avfuktingsaggregat enn klager.
- (12) Innklagede har brutt lovens § 5 om bruk av standarder og tekniske spesifikasjoner.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Klager har ikke deltatt i konkurransen og er ikke klageberettiget, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen må således avvises, jfr. forskriftens § 9.
- (14) Innklagede bestrider for øvrig å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser. De påklagde endringen ble foretatt etter avtaleinngåelse og omfattes derfor ikke av forskriftens regel om forhandlingsforbud. Innklagede endret kontrakten med hensyn til type avfuktingsaggregat da AG ble vurdert å være bedre enn klager. Det ble lagt vekt på at AG ble vurdert å være bedre kvalifisert underleverandør enn klager da AG i motsetning til klager kunne vise til mange relevante referanseprosjekter og hadde en mer overbevisende serviceorganisasjon.

Kvalifikasjonene til underleverandøren ville få betydning for den fremtidige drifts- og vedlikeholdssituasjonen.

- (15) Slik saken står, går klagenemnda ikke nærmere inn på de øvrige anførsler fra innklagedes side.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager anfører at innklagede har brutt de grunnleggende kravene etter lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å avtale med GK at denne uten pristillegg skulle benytte en annen underleverandør enn klager, som hadde lavest pris. Det anføres et brudd på regelverket som har konsekvenser for klager som underleverandør. Etter det opplyste er det tale om en anskaffelse som følger forskriftens Del I og Del III.
- (17) Klageforskriften FOR 2002-11-15 nr. 1288 § 6 annet ledd gir regelen om klagerett:

”Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlåtelse, handling eller beslutning.”

Hvis klager ikke har klagerett etter § 6 annet ledd, skal klagen avvises, enten av sekretariatet etter § 9 eller etter ordinær nemndsbehandling av spørsmålet.

- (18) Bestemmelsen åpner for at kretsen av klageberettigede skal trekkes nokså liberalt, hvilket har sammenheng med at klageordningen først og fremst skal bidra til en effektiv håndhevelse av forskriftens krav til saksbehandling ved kontraktstildeling. Allikevel må det forutsettes noe mer og annet enn at klager rent faktisk kan være berørt når det er gjort feil. En påtenkt eller oppgitt underleverandør vil normalt ikke stå i noe rettsforhold til anskaffelsesmyndigheten. Underleverandøren kan være bundet opp i forhold til sin egen oppdragsgiver, men da vil avtalen vanligvis være betinget av at oppdragsgiver også får sitt tilbud antatt av anskaffelsesmyndigheten. Det vanlige er at den som leverer tilbud refererer innhentede priser fra mulige underleverandører i markedet. Underleverandøren er derfor verken deltager i anbudskonkurransen eller direkte berørt som forbigått leverandør dersom anskaffelsesmyndigheten ikke har fulgt regelverkets prosedyrekrav. Klagenemnda mener etter dette at underleverandører normalt ikke har en slik tilknytning til tilbudsbehandlingen at det foreligger tilstrekkelig saklig klageinteresse etter klageforskriftens § 6 annet ledd. Dette har også vært utgangspunktet for tidligere saker behandlet av klagenemnda, så som i sak 2005/241. I det foreliggende tilfelle er underleverandørens og hovedleverandørens interesser ikke sammenfallende, hvilket underbygger at det er hovedleverandøren som er rette vedkommende til å fremme klage, hvilket ikke er gjort.
- (19) I sak 2005/241 ble underleverandøren rett nok gitt klagerett, men her var forholdet at regelbruddet etter sin art særlig rammet underleverandøren, hvilket vil være tilfellet når lovstridige produktspesifikasjoner etter forskriftens § 5-2(2) eller § 12-2(2) potensielt kan vri konkurransen i disfavør av underleverandører som da blir avskåret, jf. om et annet slikt tilfelle sak 2005/249. I vår sak fikk produktbetegnelsen ingen betydning, dels fordi GK tilbød både AG og klagers løsning, dels siden innklagede først hadde innstilt på å velge en utførelse med klagerens alternativ. Sakens hovedspørsmål er derfor om innklagede brøt

forskriften ved å få tilbyderer til å gå med på å skifte fra klagers løsning til AG uten prisendring. I dette anliggende mener klagenemnda at klageren ikke har klageinteresse. Forhandlingsforbudet skal sikre ryddig og etterprøvbar saksbehandling, og vedrører derfor først og fremst de leverandører som deltar i anbudskonkurransen. GK har ikke selv anfektet innklagedes håndtering av tildelingen. Slik saken står har klagenemnda dermed ingen foranledning til å vurdere om forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1 (1) er brutt, sml. en noe mer restriktiv løsning i sak 2005/139.

(20) Etter dette er klagenemnda kommet til at klagen må avvises.

Konklusjon:

Klagen avvises med henvisning til klageforskriftens § 6 annet ledd.

For klagenemnda,
5. desember 2005

Kai Krüger