



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede anga et bestemt fabrikat i kravspesifikasjonen uten at kontraktsgjenstanden berettiget til det og uten å tilføye ordene ”eller tilsvarende”. Klager, som var leverandør av et tilsvarende produkt som det innklagede hadde navngitt, ønsket å være underleverandør i andre leverandørers tilbud, men ble urettmessig utestengt fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 7. juli 2005 i sak 2005/157

Klager: System Integrator Consult AS

Innklaget: Stokke kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Siri Teigum, Bjørg Ven

Saken gjelder: Saklig klageinteresse for underleverandør, bruk av tekniske spesifikasjoner, åpning for alternative løsninger.

Sakens bakgrunn:

- (1) Stokke kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 23. mars 2005 en åpen anbudskonkurranse om bygg- og anleggsarbeider under terskelverdi. Konkurransen gjaldt riving, nybygg, tilbygg, ombygging og uteanlegg på Melsom skole. I kunngjøringen ble det oppgitt at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning.
- (2) Under kapittel A5, Orientering sto blant annet følgende:

”Det presiseres at alle poster for beskrevne løsninger skal være utfylt. Det er likevel mulig å gi anbud på alternative løsninger i tillegg til de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget. Dette angis separat i anbudsbrief. I anbudsbriefet skal samtlige av entreprenørens beskrevne alternativer være ivarettatt.”
- (3) I bok 0, orientering, sto blant annet følgende:
”Det er adgang til å gi tilbud på alternative løsninger i tillegg til, men ikke i stedet for de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget.”

- (4) For den delen av konkurransen som gjaldt elektro-entreprise, oppga innklagede i kravsspesifikasjonen flere steder at programvaren til EDB-utstyret skulle være "Citect". Kravsspesifikasjonen lød blant annet slik:

"Postnr 562.29

Det skal leveres og monteres komplett pc utstyr for programmeringsverktøyet ETS 3 og til visualiserings-programmet Citect.

[...]

Det stilles krav til at leverandør som leverer og bygger opp skjermbilder i Citect også skal levere pc.

[...]

Postnr 562.32

Levering av lisens for – Citect

Herunder skal det medtas komplett programvare/ lisens for visualiseringsprogram Citect for Windows 1500 I/O lisens for bygg.

Dette leveres av Autic AS i Tønsberg tlf: [...]

Komplett levert og installert.

[...]

Postnr 562.38

[...]

Alle hendelser/alarmer som utløses på EIB anlegg skal varsles i visualiseringsprogrammet Citect og til GSM telefoner.

All programmering av EIB komponenter skal utføres i henhold til vedlagte skjemaer og i samarbeid med leverandør av visualiserings- programmet Citect. [...]"

- (5) System Integrator Consult AS (heretter kalt klager) er en leverandør av en alternativ programvare til Citect, og ønsket å være underleverandør til aktuelle installatører som skulle inngi tilbud i konkurransen. For klager var det imidlertid uaktuelt å henvende seg til interesserte installatører, fordi det i konkurransegrunnlaget var krevet at tilbud skulle gis for visualiseringsprogrammet Citect.

Klager har i det vesentlige anført:

- (6) I spesifikasjonen for nybygget på Melsom skole, er det konkret angitt at programmet Citect skal inngå i anskaffelsen. Det er således angitt et produkt av et bestemt "fabrikat". Spesifikasjonene ved anskaffelsen strider mot lovens § 5 (5) bokstav b) som setter forbud mot å bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, samt mot forskriftens § 12-2 (2).
- (7) Valget av Citect favoriserer innehaveren av agenturet, samt leverandører som normalt videreforhandler deres programvare. Det foreligger dessuten flere ulike typer programvare som alle har samme funksjonalitet, deriblant Simbus levert av klager.

- (8) Det var uaktuelt for klager å henvende seg til interesserte installatører, fordi det i henhold til konkurransegrunnlaget var krevd at det skulle gis tilbud på visualiseringsprogrammet Citect.
- (9) Spesifikasjonen av produktet og varemerket Citect utelukker på en urimelig og diskriminerende måte flere leverandører i konkurransen. Det foreligger ikke grunnlag for direkte anskaffelse med hjemmel i forskriftens § 11-2, det dreier seg ikke om et produkt som bare kan anskaffes hos en leverandør i markedet.
- (10) Innklagede kunne ha beskrevet kontraktsgjenstanden i konkurransegrunnlaget uten å oppgi produktnavn. Innklagede har uansett unnlatt å tilføye ordene ”eller tilsvarende”, og har således brutt regelverket.
- (11) Konkurransegrunnlaget åpner ikke for alternative tilbud, med mindre man først deltar og gir tilbud basert på de i konkurransegrunnlaget nærmere bestemte produktmerkene. For leverandører som ikke ville eller kunne konkurrere på disse vilkårene, var det utelukket å delta i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket.
- (13) Leverandørene ble gitt anledning til å tilby alternativer til det som er beskrevet i alle beskrevne poster, jf konkurransegrunnlagets kapittel A5, Orientering.
- (14) I tillegg til denne teksten kunne ordene ”eller tilsvarende” vært lagt til teksten hvor ordet Citect er brukt for å definere standard. Utgangspunktet er likevel at anbyder plikter å gjennomgå hele beskrivelsen.
- (15) Innklagede benytter i dag Citect på noen av sine anlegg. Innklagede ser for seg at alle kommunale bygg med SD anlegg etc skal kunne styres fra samme sted. Det vil således være en fordel for innklagede at programvaren for visualisering på de forskjellige bygg er lik.
- (16) Innklagede har ikke avgjort hvilken type visualiseringsprogram som skal benyttes og leverandørene står fritt til å tilby alternative løsninger. Hvis for eksempel Simbus eller andre alternativer er tilbudt, så er det fullt mulig at denne løsning blir valgt fremfor Citect. Citect er kun beskrevet for å sette en standard med tanke på type visualiseringsprogram og pris på dette. Det kan leveres en rekke forskjellige visualiseringsprogrammer i dag som vil variere veldig i pris. Citect er beskrevet med tanke på å sette en viss standard og for at anbyderne ikke skal kunne kreve et evt. tillegg i ettertids hvis byggherre allikevel skulle ønske å benytte seg av dette programmet.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klagen er rettidig. Det første spørsmålet er om klager, som potensiell underleverandør i konkurransen, har saklig klageinteresse i anbudskonkurransen, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 som lyder:

”Klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

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

- (18) I forarbeidene til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det forutsatt at kjerneområdet for klageretten vil være leverandører (både de som faktisk har deltatt i konkurransen, og potensielle leverandører), deres organisasjoner og eventuelt tilsynsmyndigheter. For øvrig er innholdet i kravet til saklig klageinteresse overlatt til klagenemndas praksis.
- (19) Klager har påberopt et forskriftsbrudd som potensielt kan ha hatt rettslig betydning for dem ved at de urettmessig er fratatt muligheten til å bli underleverandør i konkurransen. Klagenemnda finner på bakgrunn av det som er opplyst, at klager har saklig interesse i å få prøvd spørsmålet om innklagede brøt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget.
- (20) I følge kunngjøringen ligger konkurransen under terskelverdien i forskriften § 2-2. Forholdet er ikke bestridt. Klagenemnda legger til grunn at konkurransen reguleres av forskriftens del III.
- (21) Forskriften § 12-2 (2) lyder slik:
- ”Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat [...] dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene ”eller tilsvarende”.*
- (22) Unntaksbestemmelsen i annet punktum gjelder blant annet dersom utstyr som skal anskaffes må være kompatibelt med eksisterende utstyr. Dersom oppdragsgivers behov kan oppfylles ved bruk av utstyr av et annet fabrikat, enn ved merkostnader, vil vilkåret for unntaket imidlertid ikke være oppfylt. Innklagede har anført at de ennå ikke har avgjort hvilken type visualiseringsprogram som skal benyttes. Klagenemnda forstår innklagede slik at deres behov kan oppfylles ved bruk av utstyr av annet fabrikat enn Citect. Spesifikasjonen av Citect kan således ikke hjemles i unntaksbestemmelsen i § 12-2 (2) annen setning om at *”kontraktsgjenstanden berettiger til det”*.
- (23) Innklagede har ikke godtgjort at det ikke var mulig å beskrive produktet tilfredsstillende på annen måte enn ved angivelse av produktnavnet Citect. Innklagede har heller ikke tilføyd ordene *”eller tilsvarende”* etter angivelsen, og har således brutt forskriftens § 12-2 (2).
- (24) Innklagede har vist til at de åpnet for alternative tilbud. Klagenemnda forstår innklagedes anførsel slik at en åpning for alternative tilbud skulle avhjelpe det forhold at det ble angitt et produktnavn i kravspesifikasjonen. Ut fra sakens faktum er klagenemnda ikke enig i dette. Det vises til at angivelsen av merket Citect er gjennomgående for hele den tekniske beskrivelsen. I kunngjøringen ble det oppgitt at alternative tilbud ikke ville bli tatt i betraktning. I konkurransegrunnlaget ble det derimot opplyst at leverandørene hadde adgang til å gi tilbud på alternative løsninger *i tillegg til, men ikke i stedet for* de løsninger som fremgår av anbudsgrunnlaget.

Leverandørene kunne således ikke velge å tilby et alternativt produkt, men måtte som minimum levere et tilbud med Citect. Leverandørene er ikke gitt den samme friheten som de ville hatt dersom innklagede hadde benyttet ordene ”eller tilsvarende”.

Konklusjon:

Stokke kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-2 (2) ved å angi et bestemt fabrikat i kravspesifikasjonen.

For klagenemnda, Oslo 7. juli 2005

Morten Goller