



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager var en av to alternative underleverandør av UV-anlegg i en konkurranse med forhandling om leveranse og montering av rør og maskin- og prosessstekniske installasjoner i et vannbehandlingsanlegg. Klager fikk ikke medhold i at hovedleverandørens inngåelse av kontrakt med underleverandøren var en anskaffelse som var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Kontrakt om hovedleveransen var inngått, mens anskaffelsen av UV-anlegg er holdt åpen i påvente av at den andre underleverandøren skal få Folkehelseinstituttets godkjenning av sitt utstyr. Etter konkurransegrunnlaget skulle slik godkjenning foreligge før kontrakt inngås. Klagenemnda kom likevel til at innklagede verken har satt seg ut over konkurransegrunnlagets krav eller har handlet i strid med kravet til likebehandling til skade for klageren.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2005 i sak 2005/194

Klager: Sterner AquaTech AS

Innklaget: Askøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Andreas Wahl, Bjørg Ven

Saken gjelder:

Saklig klageinteresse. Spørsmål om hovedleverandørens anskaffelse fra underleverandør var omfattet av regelverket. Likebehandling av underleverandører.

Bakgrunn:

- (1) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. juli 2004 en konkurranse med forhandling om leveranse og montering av rør og maskin- og prosessstekniske installasjoner i et vannbehandlingsanlegg, samt elektroteknisk installasjon. Av kunngjøringen fremgår at pumper, UV-anlegg, nødstrømsaggregat mv. er inkludert i anskaffelsen.
- (2) Konkurransegrunnlaget ble sendt til prekvalifiserte tilbydere 15. april 2005. I konkurransegrunnlaget fremgår det at UV-anlegg skal være biodosimetrisk testet og at sertifikat for dette skulle vedlegges tilbudet. Videre fremgikk det:

”Før kontrakt skal det foreligge godkjenning fra Folkehelseinstituttet. Denne godkjenningen skal angi hvilken kapasitet som aggregatet har for ulike UV-transmisjoner i henhold til krav i drikkevannsforskriften. Godkjenning skal være for en UV-dose på 40mWs/cm2.”

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

- (3) Fire leverandører ble prekvalifisert, hvorav tre leverandører innleverte tilbud innen tilbudsfristen 13. mai 2005. Lafopa AS var en av tilbyderne. Alle tilbyderne hadde angitt Sterner AquaTech AS (heretter kalt klager) og HOH Birger Christensen AS som alternative underleverandører for leveransen av UV-anlegg. Klager stod som leverandør av utstyr fra Wedeco, mens HOH Birger Christensen AS stod som leverandør av utstyr fra Berson.
- (4) Lafopa AS hadde bedt om tilbud på UV-anlegg fra klager og andre underleverandører 9. mai 2005. Spesifikasjonene i innklagedes konkurransegrunnlag ble tilsendt som grunnlag for utarbeidelse av underleverandørenes tilbud. Klager leverte tilbud til Lafopa AS samme dag.
- (5) I tilbudet fra Lafopa AS til innklagede fremgår det at Berson fra HOH Birger Christensen AS er angitt som hovedalternativ, mens det er gitt "alternativ pris" på Wedeco fra klager.
- (6) I forhandlingsmøter innklagede hadde med tilbyderne ble det avklart at UV-anlegg av typen Berson var å foretrekke fremfor UV-anlegg fra Wedeco. Dette er begrunnet med plassbehov og vaskesystemet.
- (7) I følge innklagedes fremstilling for klagenemnda hadde ingen av tilbyderne vedlagt sertifikat om at tilbudte anlegg var biodosimetrisk testet. Innklagede valgte derfor å se bort fra dette kravet.
- (8) I møtoreferat av 1. juni 2005 fra kontraktsmøte mellom innklagede og Lafopa AS fremgår:
- "Etterskrift: Det presiseres at det må foreligge godkjenning fra Folkehelseinstituttet på Inline 1000 fra Berson før endelig kontrakt signeres. Dersom slik godkjenning ikke foreligger må valg av type UV-aggregat tas opp igjen til vurdering."*
- (9) Det valgte utstyret fra Berson manglet slik godkjennelse fra Folkehelseinstituttet ved tilbudets innlevering.
- (10) HOH Birger Christensen AS har fremlagt en foreløpig bekreftelse datert 13. juni 2005 fra Folkehelseinstituttet på at utstyret fra Berson tilfredsstiller kapasitetskravene i konkurransegrunnlaget. I bekreftelsen fremgår det at bekreftelsen kan anses som en del av en typegodkjenning, men at Folkehelseinstituttet ikke kan utstede en godkjenning før det tyske DVGW har utstedt et sertifikat. DVGW avventer en revisjon av de tyske kravene til UV-aggregater før slikt sertifikat vil bli utstedt.
- (11) Innklagede valgte Lafopa AS som leverandør.
- (12) Innklagede har inngått kontrakt med Lafopa AS om hovedleveransen. Det er imidlertid ikke inngått kontrakt med Lafopa AS om den delen av leveransen som gjelder UV-anlegget. Forutsetningen for at kontrakt vil bli inngått om utstyr fra Berson, er at nødvendig godkjenning foreligger. Foreligger ikke slik godkjenning innen 10. september 2005, vil innklagede inngå kontrakt med Lafopa AS om leveranse av UV-anlegg fra klager.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (13) Klager har saklig klageinteresse.
- (14) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Anskaffelsen av UV-anlegg er en offentlig anskaffelse der innklagede står ansvarlig for feil i anskaffelsesprosessen. Kontraktsbegrepet er et EU-rettslig begrep og skal tolkes slik at anskaffelsesregelverkets effektive virkning sikres, jfr. C-399/98 (Scala) premiss 52.
- (16) Når innklagede har så stor innflytelse på valg av underleverandør at det i realiteten er den offentlige oppdragsgiver som tar valget, må regelverket følges. Det er innklagede som betaler for UV-anlegget, og anskaffelsen tilfaller innklagede direkte til bruk i innklagedes virksomhet. Videre er det innklagedes rådgiver som har utarbeidet kravspesifikasjonen for UV-anlegget. Det er innklagede som påla Lafopa AS å benytte denne kravspesifikasjonen ved innhenting av tilbud. Det er også innklagede som har besluttet hvilket UV-anlegg og hvilken leverandør av UV-anlegg som skulle velges. Saken skiller seg slik sett fra KOFA sak 2003/44.
- (17) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte leverandør dispensasjon fra kravet til testing og godkjenning av utstyret. Det er tale om et vesentlig avvik, som har direkte betydning for hvilken kategori produkter tilbudene baserte seg på. Det valgte tilbud skulle derfor ha vært avvist. Klager kunne dessuten ha innlevert tilbud på produkter til helt andre priser dersom klager hadde kjent til at kravet ville bli fraveket.

Innklagedes anførsler:

- (18) Det foreligger ikke saklig klageinteresse, jfr. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Saken skiller seg fra KOFA sak 2005/139. Det er ikke påstått at innklagede har brutt regelverket i den kunngjorte anskaffelsen. Det er ikke gjennomført en egen anskaffelsesprosess for UV-anlegg. Klager har da ingen saklig klageinteresse.
- (19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) Lov om offentlige anskaffelser kommer ikke til anvendelse på anskaffelser en tilbyder i en konkurranse inngår med underleverandører for å oppfylle en kontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Det er kun den formelle tilbyderen som har rettigheter overfor oppdragsgiver i en anskaffelsesprosess.
- (21) Lafopa AS er et privat selskap som ikke er oppdragsgiver etter lov om offentlige anskaffelser § 2. Selskapets avtaler med underleverandører må derfor ikke følge regelverket for offentlige anskaffelser.
- (22) Lafopa AS utfører ikke anskaffelsen av UV-anlegget på vegne av innklagede. Anskaffelsen av UV-anlegget er en del av den kunngjorte anskaffelsen.

- (23) Innklagede har ikke bedt Lafopa AS om å innhente tilbud fra underleverandører. Tilbudene ble innhentet før tilbudsfristens utløp, og på Lafopa AS' eget initiativ for å kunne gi et fullverdig tilbud i konkurransen. KOFAs avgjørelse i sak 2003/44 har ingen relevans.
- (24) Selv om innklagede har tatt beslutningen om at Benson er mest hensiktsmessig, har innklagede ikke hatt noen innvirkning på den prosessen som ledet frem til Lafopa AS' valg av underleverandører.
- (25) Innklagede kan heller ikke se hvordan det skal la seg praktisk gjennomføre for en offentlig oppdragsgiver å være ansvarlig for tilbud som innhentes av en tilbyder forut for tilbudsfristens utløp. Dette er en prosess som offentlige oppdragsgivere under ingen omstendigheter kan kontrollere.
- (26) Subsidiært bestrider innklagede at likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 er brutt.
- (27) Kravet til sertifikat for biodosimetrisk testing har ingen selvstendig betydning i forhold til kravet om godkjenning fra Folkehelseinstituttet. Godkjenning vil ikke bli gitt uten at de aktuelle sertifikater foreligger. Innklagede måtte derfor kunne se bort fra kravet til å fremlegge sertifikat. Uansett var det ingen av tilbyderne som la ved sertifikat for sine underleverandører, heller ikke klager.
- (28) Innklagede har ikke fraveket kravet til godkjenning fra Folkehelseinstituttet for HOH Birger Christensen AS. Godkjenning skal foreligge før kontrakt inngås. Innklagede har ikke inngått kontrakt med Lafopa AS for denne delen av leveransen. Kontrakt vil heller ikke bli inngått før slik godkjenning foreligger.
- (29) Klager har fått tilsendt de deler av konkurransegrunnlaget som angikk UV-anlegg. Klager måtte derfor ha visst at det var tilstrekkelig at godkjenning forelå før kontraktsinngåelsen. Klager hadde derfor på lik linje med HOH Birger Christensen AS mulighet til å fremsette tilbud på produkter som ikke var endelig godkjent på det tidspunktet Lafopa AS leverte inn tilbud.

Klagenemndas vurdering:

Saklig klageinteresse

- (30) Klager anfører at anskaffelsen av UV-anlegg som Lafopa AS gjennomfører, reguleres av regelverket for offentlige anskaffelser og at innklagede er ansvarlig for at dette følges. Dette er en konkurranse klager deltar i.
- (31) Klager anfører også at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å gi valgte underleverandør dispensasjon fra kravet til testing og godkjenning av utstyret. 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.
- (32) Klagenemnda finner at klager etter sin pretensjon har saklig klageinteresse. Det vises til klagenemnda saker 2005/139 og 2005/157.
- (33) Klagen er rettidig. Anskaffelsen er etter sin art omfattet av forsyningsforskriften, men siden anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdiene er det kun lov om offentlige anskaffelser som kommer til anvendelse.

Anvendelsesområdet til lov om offentlige anskaffelser

- (34) For at loven skal komme til anvendelse må det foreligge en anskaffelse foretatt av en oppdragsgiver som er omfattet av loven, jfr. lovens § 3, jfr. § 2. Lafopa AS er ikke en slik oppdragsgiver. Skal loven komme til anvendelse, må det derfor foreligge en anskaffelse som reelt sett er foretatt av innklagede. Anskaffelsen av UV-anlegg var en del av den anskaffelsen som ble kunngjort av oppdragsgiver 12. juli 2004. Utgangspunktet er derfor at anskaffelsen av UV-anlegg har vært gjenstand for konkurranse.
- (35) Hovedregelen er at loven ikke kommer til anvendelse på leverandørens kontrakter med underleverandører. Det kan imidlertid forekomme unntak fra dette hvor det i realiteten er inngått en kontrakt mellom den offentlige oppdragsgiver og "underleverandøren". Ved vurderingen av om loven kommer til anvendelse bør ikke uten videre det formelle partsforholdet legges til grunn, dersom dette avviker fra det reelle kontraktsforholdet.
- (36) Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått med Lafopa AS om hovedanskaffelsen, men anskaffelsen av UV-anlegg er holdt åpen i påvente av Folkehelseinstituttets godkjenning, jfr. premiss 11. Kontraktsinngåelsen baserer seg på Lafopa AS' tilbud i den kunngjorte konkurransen. Det er en naturlig følge av at Lafopa AS innhentet tilbud på en underleveranse, at kravene i innklagedes konkurransegrunnlag ble brukt som grunnlag for innhenting av tilbud fra blant annet klager. Det at det er inngitt tilbud på to alternative UV-anlegg og at innklagede kan velge mellom disse, medfører etter klagenemndas oppfatning ikke at kontraktsinngåelsen skjer direkte mellom innklagede og underleverandøren. Oppgjøret skal for UV-anlegget skje til Lafopa AS og det er Lafopa AS som har det kontraktsrettslige ansvaret for rett oppfyllelse. Forholdene har dermed de typiske karakteristika for et underleveranseforhold. Etter klagenemndas mening kan Lafopa AS' innhenting av tilbud på UV-anlegg ikke anses som en anskaffelse foretatt av innklagede.

Brudd på likebehandlingsprinsippet

- (37) Klagenemnda legger til grunn at innklagede valgte å se bort fra krav om biodosimetrisk testing for alle leverandører da ingen av leverandørene hadde vedlagt sertifikater fra sine underleverandører. Bortfall av dette kravet kan derfor ikke anses som brudd på kravet til likebehandling av tilbyderne, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (38) Innklagede har, som nevnt, valgt å utsette kontraktsinngåelsen med hensyn til UV-anlegget da godkjenning fra Folkehelseinstituttet ikke foreligger for det tilbudte utstyret fra Berson, mens kontrakt for "hovedleveransen" er inngått. I konkurransegrunnlaget er det fastsatt at godkjenning fra Folkehelseinstituttet skal foreligge før kontrakt inngås.
- (39) Klagenemnda legger til grunn at kravet til godkjenning fra Folkehelseinstituttet ikke er frafalt for det valgte utstyret, og at det er satt en relativ kort frist for oppfyllelsen av vilkåret. Klagenemnda kan da ikke se at innklagede har satt seg ut over konkurransegrunnlagets krav eller har handlet i strid med kravet til likebehandling til skade for klageren.

Konklusjon:

Askøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemnda
29. august 2005

Jens Bugge