



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager leverte tilbud i en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av et lyd- og bildeanlegg. Tilbudet ble levert i samarbeid med to andre leverandører. En av disse hadde opptrådt som rådgiver ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å avvise klager fra konkurransen på grunn av dette.

Klagenemndas avgjørelse 15. mars 2010 i sak 2009/150

Klager: Avitell AS

Innklaget: Universitetet i Agder

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Agder (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. april 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende innkjøp av lyd og bildeanlegg (AV-anlegg) til nye undervisningslokaler i Grimstad, kalt Kampus Grimstad. En kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A3.1:

"Det skal leveres lyd- og bildeanlegg til auditorier, klasserom, møterom og lignende. I tillegg skal det leveres utstyr for distribusjon av lyd og bilde internt i bygget og for fjernundervisning.

Leveransen omfatter også teatertekniske lysanlegg i to rom.

Installasjon og kursopplegg, samt vedlikehold og service, er en del av leveransen. Serviceavtale er nærmere beskrevet under kapittel D1.02.5. "

- (2) Innklagede benyttet selskapet Cowi AS som rådgiver ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. For klagenemnda er det fremlagt e-postkorrespondanse fra perioden 28. mai 2008 til 3. februar 2009, som viser at Cowi AS var i kontakt med rådgivere i andre selskaper ved utarbeidelsen av de tekniske spesifikasjonene. Blant rådgiverne Cowi AS var i kontakt med, var John Harry Simonstad hos Arendal El-team installasjon AS. Arendal El-team installasjon AS var tidligere tildelt entreprisen for elektrotekniske installasjoner på Kampus Grimstad.
- (3) Av e-post korrespondansen som er fremlagt for klagenemnda, fremgår blant annet at Arendal El-team, som rådgiver ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget for anskaffelsen av AV-anlegget, hadde hatt tilgang til de tekniske spesifikasjonene og vært

med på å legge til rette for å fastsette detaljene i disse. Arendal El-team installasjon AS hadde også hatt tilgang til kostnadsoverslaget for scenen i vestibulen på Kampus Grimstad.

- (4) Tre leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen 20. mai 2009 kl. 12.00. Blant disse var Avitell AS (heretter kalt klager). I klagers tilbud fremgikk blant annet følgende i kapittelet "prosjektgjennomføring":

"1. Generelle forhold

Avitell AS har valgt å inngå en samarbeidsavtale med firmaene Arendal El-Team og Scandec Systemer AS ved dette prosjektet. Vi betrakter disse som reelle samarbeidspartnere og ikke "bare" en underleverandør i dette prosjektet. Vi har inngått forpliktende samarbeid og ønsker å bygge en enhetlig organisasjon for dette prosjektet hvor vi utnytter hver enkelts styrke til å få frem en smidig og proaktiv organisasjon.

I prosjekter som dette er det mange og vanskelige interface.

Avitell har derfor valgt å samarbeide med Arendal EL-team som har elektro entreprisen. Dette for å få den smidigste løsning i forbindelse med kabling og montasje. Det viser seg ofte at det kan være vanskelig å gå opp klare grenser mellom fagene når det skal leveres fullintegrerte løsninger som i dette prosjektet. Arendal EL-team er for oss den samarbeidspartneren vi mener vi vil best kunne løse disse utfordringene sammen med.

[...]

2. Samarbeid med Arendal El team installasjon AS

Arendal EL.team installasjon AS ble etablert i 1997 og er i dag en av Aust-Agders ledende elektroentreprenører med 38 medarbeidere.

Vi har oppdrag for offentlig sektor, private bedrifter og er også aktive på bolig installasjoner. Vår hovedsatsning er som totalentreprenør elektro. Vi står da for prosjektering, tegning og utførelse av de elektrotekniske anleggene. Under prosjektering samarbeider vi med ledende utstyrsleverandører i Norge som T.A.C., ABB, Schneider Electric, Defa lighting, EFA, Glamox og Elko.

Vi setter vår ære i å levere komplette anlegg innen avtalt ramme og tidsfrister.

Arendal EL.team installasjon AS har stabile og gode medarbeidere hvor mange har vært med helt fra starten av. Stabilitet er et av stikkordene som er viktig for oss. Og vi tror at dette også er viktig for våre kunder.

[...]

På noen prosjekter velger vi å samarbeide med andre firma med spesial kompetanse. I dette tilfellet har vi valgt å samarbeide med Avitell da vi mener våre firma vil utfylle hverandre på en god måte for UiA. Dette med hensikt på utførelse, grensesnitt mot elektro, og oppfølging.

[...]

4. Teknisk kapasitet

[...]

Avitell har i løpet av kort tid rukket å gjennomføre flere AV-prosjekter, og er i ferd med å bli ledende leverandør på dette i Kristiansand. Se vedlagt referanseliste kap 4.

I tillegg til den "in-house" kompetansen og kapasiteten vi har hos Avitell, kommer vi til å samarbeide med Scandec om de lydtekniske løsningene og Arendal El-team om montasje og prosjektgjennomføringen.

Scandec har vært samarbeidspartner ved de fleste av anleggene som nevnt over, og vi kjenner hverandres styrke og vet hvordan vi kan dra nytte av hverandre og skape gode synergier.

Arendal El-team Installasjon AS med sine 38 medarbeidere og med sine 12 år i bransjen har flere store byggeprosjekter bak seg. Arendal El-team har allerede fått elektroentreprisen på dette prosjektet og vil sammen med Avitell og Scandec sørge for en god koordinering mellom elektro entreprisen og VA- entreprisen. I dette prosjektet vil Arendal El-team stå for det meste av kabling og montasje arbeidet samt ha det overordnede fremdriftsansvaret i prosjektet.

[...]

Sentrale prosjektdeltagere for prosjektet

Prosjektdeltagere i forbindelse med Kampus Grimstad vil være som følger:

<i>Prosjektleder</i>	<i>Jarl Myren</i>	<i>Avitell</i>
<i>Teknisk bas</i>	<i>Oddmar Viken</i>	<i>Avitell</i>
<i>Prosjektering lyd</i>	<i>Tore Steen</i>	<i>Scandec</i>
<i>Fremdriftsansvarlig</i>	<i>Nils Ove Bjørkli</i>	<i>Arendal El-team</i>
<i>HMS</i>	<i>Nils Ove Bjørkli</i>	<i>Arendal El-team</i>
<i>Teknisk Referanse Lyd</i>	<i>Bjørn J. Valsgård</i>	<i>Scandec</i>

- (5) Innklagede avviste klager fra konkurransen ved brev 23. juni 2009. Avvisningen ble begrunnet på følgende måte:

"Vi viser til Deres tilbud avgitt i fellesskap med Scandec Systemer AS og Arendal Elteam AS.

De orienteres herved om at Dere er avvist fra konkurransen. Bakgrunnen er at Arendal Elteam AS har opptrådt som rådgiver under utarbeidelsen av spesifikasjonen for konkurransen. UiA har vurdert at denne rådgivningen er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8. De tre partene som står bak tilbudet må i denne sammenheng identifiseres med hverandre.

Hjemmel for dette er forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) bokstav f, jfr. § 3-8.

Vi takker for Deres interesse og ønsker dere velkommen ved senere konkurranser. ”

- (6) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 29. juni 2009.
- (7) Ved brev 1. juli 2009 informerte innklagede tilbyderne om at innklagede ville inngå kontrakt med Østereng og Benestad AS (heretter kalt valgte leverandør). Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 18. august 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Det er ikke riktig at klager har levert tilbud sammen med Arendal El-team installasjon AS og Scandec AS. Det fremgår av tilbudsbrevet datert 15. mai 2009 at klager alene står for levering av tilbudet. Det er heller ikke riktig at innklagede har benyttet Arendal El-team installasjon AS som rådgiver for anskaffelsen av AV-anlegget. Arendal El-team installasjon AS er kun benyttet til avklaringer vedrørende grensesnittet mot det elektriske anlegget, slik som for eksempel føringer og plasseringer av strømuttak. Arendal El-team installasjon AS har dermed ikke hatt mulighet til å påvirke de AV-tekniske løsningene som er valgt.
- (9) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om det er grunnlag for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (10) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Ved forberedelsen av anskaffelsen har innklagede mottatt råd fra Arendal El-team installasjon AS på en måte som kan begrense konkurransen. Dette er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret ”utelukke konkurranse” i forskriften § 3-8. Gjennom rådgivningen har Arendal El-team installasjon AS hatt anledning til å påvirke konkurransedokumentene, ervervet informasjon som andre leverandører ikke har hatt tilgang til og hatt et kostnadsestimat for anskaffelsen til ettersyn. Innklagede har ikke tatt skritt for å utjevne disse fordelene ved gjennomføringen av konkurransen, for eksempel ved å gi de øvrige leverandørene tilgang på all informasjonen Arendal El-team installasjon AS har hatt tilgang til, eller gi en ekstra lang tilbudsfrist. Dette medfører plikt til å avvise Arendal El-team installasjon AS fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav f. Klager må i dette tilfellet identifiseres med Arendal El-team installasjon AS når det gjelder avvisningsspørsmålet. Det har i denne sammenheng ingen betydning hvorvidt klager, Arendal El-team installasjon AS og Scandec AS har levert tilbud som likeverdige partnere, eller om klager leverte et tilbud hvor Arendal El-team installasjon AS og Scandec AS var benyttet som underleverandører.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II.

Avvisning av klager

- (12) Innklagede har avvist klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav f, og spørsmålet er om denne avvisningen er i samsvar med regelverket. Dersom oppdragsgiver avviser en leverandør uten at forskriften gir hjemmel til det, er dette i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (13) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav f at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som *"har blitt benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner i strid med § 3-8 (bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner)"*.
- (14) I begrunnelsen for hvorfor klager er avvist fra konkurransen, har innklagede vist til at Arendal El-team installasjon AS er benyttet som rådgiver for innklagede ved utarbeidelsen av spesifikasjonen for konkurransen i strid med § 3-8, og at klager må identifiseres med Arendal El-team installasjon AS fordi klager har inngitt tilbud sammen med dette selskapet.
- (15) Etter forskriften § 3-8, skal oppdragsgiver ikke *"søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse"*.
- (16) Bestemmelsen bygger på kravet til likebehandling, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Rettleiar til reglane om offentlege anskaffingar"* side 69, hvor det uttales følgende om bakgrunnen for bestemmelsen:

"Foresegna er et utslag av kravet til likebehandling. Likebehandlingskravet foreset at opplysningar om vilkår og krav til produktet blir gjorde kjende for alle leverandørar samtidig. Rådgivarar som hjelper oppdragsgivaren med planlegging og/eller utforming av konkurransegrunnlaget, mellom anna behovsavklaring og kravspesifikasjon, kan gjennom dette arbeidet få konfidensiell informasjon eller meir informasjon om anskaffinga enn andre potensielle tilbydarar. Leverandørane er ofte under tidspress. Rådgivarar som deltek i den etterfølgjande konkurransen, vil få ein konkurransefordel ved at dei får lengre tid på seg til å førebu og utarbeide tilbodet, i tillegg til at dei kan sitje med kjennskap til detaljar om kva som vil vere vesentleg i samband med utforminga av tilbodet.

Rådgivaren kan gjennom arbeidet sitt òg ha hatt høve til å påverke utforminga av krav til fordel for eiga verksemd, og oppdragsgivaren misser fordelene ved at nøytrale rådgivarar naturleg nok vil sjå annleis på alternative løysingar."

- (17) Spørsmålet om en leverandør er benyttet som rådgiver på en måte som strider mot forskriften § 3-8, beror på en konkret vurdering av den aktuelle situasjonen, jf. EF-domstolens avgjørelser i sakene C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) og veilederen side 69 flg.
- (18) Av e-post korrespondanse som er fremlagt for klagenemnda fremgår det at Arendal El-team installasjon AS har vært involvert i prosessen med å utarbeide konkurransegrunnlag for anskaffelsen av AV-anlegg siden mai 2008. Av korrespondansen fremkommer videre at Arendal El-team installasjon AS, gjennom dette arbeidet, blant annet har hatt tilgang til de tekniske spesifikasjonene, og vært med på å tilrettelegge detaljer for disse. I tillegg har Arendal El-team installasjon AS hatt tilgang

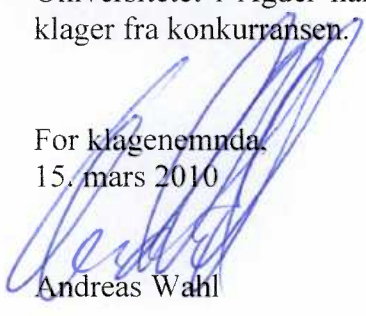
til funksjonsbeskrivelsen for AV-anlegget. Selskapet har også hatt tilgang til kostnadsoverslag for deler av anlegget. Slik klagenemnda ser det, kan dette medføre at Arendal El-team installasjon AS har fått en konkurransefordel som vil kunne utelukke konkurransen. Innklagede har opplyst at det ikke er gjort noe for å utligne konkurransefordelene for Arendal El-team installasjon AS. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har benyttet Arendal El-team installasjon AS som rådgiver i strid med forskriften § 3-8, og at innklagede derfor har plikt til å avvise Arendal El-team installasjon AS fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav f.

- (19) Klagenemnda bemerker imidlertid at det følger av kravene til konkurranse og likebehandling at oppdragsgiver innen rimelige grenser skal forsøke å utligne de fortrinn en leverandør, som har opptrådt som rådgiver, har, slik at også denne leverandøren kan delta i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2005/296 premiss (27). Det fremgår ikke av den dokumentasjonen som er levert til klagenemnda hvorvidt innklagede kunne ha utlignet Arendal El-team installasjon AS' konkurransefordeler. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på denne problemstillingen.
- (20) Det neste spørsmålet er om klager må identifiseres med Arendal El-team installasjon AS, slik at forskriften § 11-10 (1) bokstav f også medfører plikt til å avvise klager fra konkurransen. Det fremgår av tilbudet at klager inngir tilbud sammen med Arendal El-team installasjon AS og ikke bare anser selskapet som en underleverandør. Videre fremgår det at Arendal El-team installasjon AS skulle stå for det meste av kablings- og montasjearbeidet, samt ha det overordnede fremdriftsansvaret i prosjektet. Arendal El-team installasjon må etter dette anses som en likeverdig partner ved innlevering av tilbudet, som skulle ha et betydelig ansvar for gjennomføringen av kontrakten. Klager må identifiseres med Arendal El-team installasjon AS. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede hadde plikt til å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 11-10 (1) bokstav f.

Konklusjon:

Universitetet i Agder har ikke brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å avvise klager fra konkurransen.

For klagenemnda
15. mars 2010


Andreas Wahl