



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirmaet Selmer DA
v/Advokat Asbjørn Berg
Postboks 1324 Vika
0112 Oslo

Telefaks nr. 23 11 65 01

Deres referanse

Vår referanse
2009/26

Dato
6. mai 2009

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: CANON NORGE AS – FREDRIKSTAD
KOMMUNE M. FL.**

Sekretariatet besluttet ved brev av 23.04.2009 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9. Brevet ble mottatt av klagers advokat fredag 24.04.2009. Bakgrunnen for avvisningen var at saken anses uhensiktsmessig for behandling i nemnda fordi klagen ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutninger må etter klagenemndforskriften § 9 foreligge senest innen tre virkedager. Klager oversendte sin klage via e-post den 28.04.2009. Klagen må dermed anses rettidig fremsatt.

Etter klagenemndforskriften § 9 skal klagenemndas leder behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak. Lederen er i dette tilfellet inhabil, slik at saksdokumentene er oversendt nemndsmedlem Georg Fredrik Rieber-Mohn, som trer i hennes sted som setteleder i denne saken.

I klagen over avvisningen anføres to forhold.

For det første gjøres gjeldende at selv om anskaffelsesforskriften § 20-12(2)bokstav d gir innklagede en rett til å avvise en leverandør som har begått alvorlige etikkbrudd, har innklagede i denne saken valgt å skjerpe etikkkravet ved å gjøre det til et kvalifikasjonskrav. Og dette kvalifikasjonskravet, som ikke åpner for noe skjønn fra innklagedes side, er knyttet til en erklæring, som valgte leverandør har undertegnet. Derved har denne bekreftet at firmaet

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

ikke ”har vært involvert i noen form for forsøk på bestikkelser, korrupsjon, tilbud om utilbørlige fordeler til tjenestemenn...” mv. Men dette er feil, jf KOFA-sak 2008/2. Følgelig skulle valgte leverandør vært avvist.

For det annet anføres at sekretariatet ikke har sett at de mangler som valgte leverandørs tilbud innholdt når det gjaldt tekniske spesifikasjonskrav, ikke kunne rettes opp ved en etterfølgende korreksjon. Det var her ikke tale om en ”avklaring” av forhold ved det opprinnelige tilbudet, jf forskriften § 21-1(2)bokstav a. I realiteten tilbød valgte leverandør et nytt produkt i strid med forskriften § 21-1(1).

Setteleder Rieber-Mohn har, foruten avvisningsbeslutningen og klagen over denne, gått gjennom sakens dokumenter. Settelederen er kommet til at sekretariatets beslutning om avvisning av saken fra klagenemnda, må fastholdes.

Spørsmålet i saken er for det første om egenerklæringen som innklagede utferdiget, og som var gjort til en del av konkurransegrunnlaget, i realiteten gjorde etikkkravet til et kvalifikasjonskrav som ikke åpnet for skjønn, og som følgelig måtte medføre at valgte leverandørs alvorlige etikkbrudd uten videre måtte avvises.

Setteleder kan ikke se at denne anførselen fører frem. Etter forskriften § 20-12(2)bokstav d *kan* oppdragsgiver avvise leverandør som ”i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.”. Det er intet holdepunkt for at den egenerklæringen som innklagede hadde lagt ved konkurransegrunnlaget, er ment å være et absolutt kvalifikasjonskrav, som setter nevnte bestemmelse i forskriften til side. Egenerklæringens første avsnitt lyder slik:

”Leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige brudd på etiske krav i bransjen, vil kunne bli avvist fra konkurransen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (2) bokstav d). Som dokumentasjon på at det ikke foreligger forhold som kan gi grunnlag for avvisning, krever vi at leverandører som inngir tilbud fyller ut vedlagte egenerklæring.”.

Her er for det første vist til den forskriftsbestemmelsen som gir innklagede en skjønnsmessig adgang til å avvise en leverandør ved alvorlig etikkbrudd. Dertil sies det uttrykkelig i neste setning at dokumentasjon skal avkrefte at det foreligger forhold som *”kan gi grunnlag for avvisning”*. Setteleder er på denne bakgrunn enig med sekretariatet i at innklagede i dette tilfellet ikke var forpliktet til å avvise valgte leverandør. I det skjønnset som innklagede således utøvet, var det legitimt å legge vekt på valgte leverandørs redegjørelse i tilknytning til

egenerklæringen for det tidligere etikkbruddet og det arbeid som var gjort etterpå for å forhindre nye brudd.

Det neste spørsmålet er om innklagede har overtrådt forhandlingsforbudet i forskriftens § 12-1(1).

Det er ubestridt at valgte leverandør i sitt tilbud bekreftet at alle de tilbudte produktene oppfylte kravene til "*postscript*"- funksjon og "*10/100/1000 Base T*". Det er også erkjent at den maskin som valgte leverandør vedla brosjyre på - bizhub 211 - ikke oppfylte de nevnte tekniske kravene. Det fulgte videre av tilleggsopplysninger til konkurransegrunnlaget at det var frivillig om tilbyder ønsket å legge ved brosjyrer eller annen dokumentasjon i tillegg til bekreftelsen på at de tekniske krav var oppfylt.

Etter at tilbudene var innlevert og tilbudsfristen utløpt, og foranlediget av innvendinger fra klageren, opplyste valgte leverandør i e-post 6. januar 2009 til innklagede at den maskin som var beskrevet i brosjyren, var oppdatert og tilfredsstilte alle spesifikasjonskravene. Det ble også forklart hvorfor man i tilbudet bekreftet oppfyllelsen av kravene: "Vi har lenge vært kjent med at det ville komme nye versjoner på slutten av 2008 som tilfredsstilte alle oppgitte MÅ-krav i anbudsforspørselen. Derfor har vi hele tiden bekreftet at produktene som ville bli levert ved avtaleinngåelsen tilfredsstiller alle de krav som var angitt i anbudet.". Det ble videre opplyst at selv om valgte leverandør "var kjent med oppgraderingene, var ikke produktnavnet fastsatt.", og at produktet "som vil bli levert er en oppgradert versjon av 211 og erstatter nevnte modell.". Den oppgraderte modellen fikk betegnelsen bizhub 220.

Setteleder er enig med sekretariatet at denne e-posten er en avklaring av tilbudet som er fullt ut lovlig etter forskriften § 21-1(2)bokstav a, og at det ikke i realiteten er et endret tilbud i strid med forhandlingsforbudet i § 21-1(1).

Setteleder er således som sekretariatet kommet til at klagen ikke kan føre frem, og at saken må avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Denne beslutning sendes klager via e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fr. Rieber-Mohn
Setteleder

Denne beslutning sendes klager pr. telefaks og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Settleleder