



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt på ventilasjonstekniske arbeider tilknyttet anskaffelse av nytt avløpsrenseanlegg på Øyrane. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 17-3(10) ved å angi et spesifikt produktnavn i kravspesifikasjonen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. september 2009 i sak 2009/66

Klager: Biologisk Luktrensing

Innklaget: Førde kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Kravet til konkurranse. Bruk av rådgivere. Bruk av tekniske spesifikasjoner.

Bakgrunn:

- (1) Førde kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. september 2008 en konkurranse med forhandling for inngåelse av kontrakt på entrepris på ventilasjonstekniske arbeider. Konkurransen om ventilasjonstekniske arbeider er én av syv kunngjorte konkurranser innklagede har gjennomført for anskaffelse av et nytt avløpsrenseanlegg på Øyrane.
- (2) Anskaffelsen på ventilasjonstekniske arbeider ble i kunngjøringens punkt II.1.2 (a) betegnet som "utførelse av et bygge- og anleggsarbeid etter spesifikasjoner fra oppdragsgiver." I punkt II.1.6 er oppgitt CPV- klassifisering 45331210, som er betegnelsen på "arbeid i forbindelse med ventilasjonsanlegg". Under punkt II.2, "kontraktens mengde eller omfang", er opplyst følgende: "ventilasjonsanlegg: 8000m³/h, luktreduksjonsanlegg: 3700 m³/h".
- (3) Av kunngjøringen fremkommer i bilag A punkt I, II og III at tilbud/anmodning om å delta skal sendes til Asplan Viak AS.
- (4) Fra konkurransegrunnlaget post 36.06.2 hitsettes følgende utdrag:

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

"36.06.2	<i>Det skal leveres og monteres et anlegg for luktreduksjon fra avtrekksluft. Anlegget omfatter 2 system:</i> • <i>Generell ventilasjon</i> • <i>Prosessavtrekk</i> <i>Alt avtrekk i bygget skal behandles i et UV-aggregat der luftpartikler dekomponeres under påvirkning av UV-lys.</i> <i>Prosessavtrekk skal behandles i et UV-aggregat etterfølgende filter med aktivt kull</i> <i>Beskrevet konsept er basert på utstyr fra leverandøren Clairs/Lindum. Tilbyder står fritt til å foreslå alternativer, forutsatt at det kan anvises plass på det disponerte arealet. Ved evaluering vil drift- og vedlikeholdskostnad samt referanser bli tillagt stor vekt."</i>
----------	--

- (5) Innen tilbudsfristen den 20. oktober 2008 mottok innklagede tre tilbud. Disse var fra Nordvest Miljø AS, GK Norge AS (valgt tilbyder) og YIT AS.
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 26. mars 2009 av Biologisk Luktrenging (heretter kalt klager), som er en leverandør av luktreduksjonsanlegg.
- (7) Innklagede inngikk kontrakt med valgt tilbyder 30. mars 2009.
- (8) Innklagede besvarte klagen i brev av 30. april 2009. Vedlagt tilsvaret fulgte også et notat av 19. april 2009 fra innleid rådgiver Asplan Viak AS hvor det er oppgitt følgende oppdeling av entreprisene tilknyttet anskaffelsen av avløpsrenseanlegg:

<i>"Entreprise</i>	<i>Arbeider som inngår</i>
<i>E21 Bygg</i>	<i>Grunnarbeid for bygget og bunnledninger Betongarbeid Tømmer og stålarbeid inklusiv gulvluker Mur og flisarbeid Maling/byggtapetsering Hjelparbeid for de tekniske entreprisene</i>
<i>E29 Riving</i>	<i>Riving av eksisterende renseanlegg etter at det nye er satt i drift</i>
<i>E31 Rørtekniske anlegg</i>	<i>Sanitæranlegg, inkl. vasker, røddusjer m/tilkoplinger, sluk og bunnledninger etc. alle rørleggerarbeider for varmeanlegget slik som distribusjonsrør, gulvvarmerør, innstøpte varmekollektorer etc.</i>
<i>E36 Ventilasjon (E39 er inkl. i E36)</i>	<i>Ventilasjonsanlegg og luktbehandlingsanlegg</i>
<i>E41 Elektro</i>	<i>Kabling, fordeling Frekvensomformere</i>

	Lys Teleteknisk anlegg Tavler
E42 Driftskontroll	PLS-anlegg Programmering Operatørstasjoner
E61 Renseteknisk utstyr	Rør, ventiler og armatur Rister, sandavvanner og utstyr for utlasting av sand og ristgods Pumper

Anførsler:

Klagers anførsler:

Påstander om ulovlig direkte anskaffelse og brudd på kravet til konkurranse

- (9) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å ikke angi i kunngjøringen at konkurransen også omfattet luktreduksjonsanlegg. Det eneste stedet dette er omtalt er i kapittel II.2, hvor det opplyses at ventilasjonsanleggets kapasitet skal være 8.000 m³/h og luktreduksjonsanlegget skal betjene 3.700 m³/h.
- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, samt brutt kravet til konkurranse, ved å betrakte luktreduksjonsanlegget som en delleveranse under ventilasjon. Luktrenging er spesielt, og må betraktes som en egen bransje. Investeringsrammen for luktrenging anlegget ligger klart over krav om utlysning.
- (11) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5, herunder kravet til konkurranse, ved å sammenføre to likeverdige entrepriser og forfatte konkurransegrunnlaget på en slik måte at konkurranse innen luktrenging unngås.
- (12) Abonnerte søketjenester som bransjen benytter fant ikke at det skulle bygges luktrenging ved Førde rensanlegg. Det er via omveier klager har mottatt denne informasjonen. Dette viser indirekte at det er brudd på kravet til konkurranse, på utlysningsplikten, og en klar føring for å gjennomføre en ulovlig direkte anskaffelse.

Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner

- (13) Konsulenten i Asplan Viak AS som innklagede har benyttet, har lang erfaring og er godt orientert om alle bedrifter innen luktrenging i Norge. Klager spør seg om det eksisterer en samarbeidskonstellasjon mellom konsulenten/innklagede og det luktrengingfirmaet som er omtalt i konkurransegrunnlaget.

Bruk av tekniske spesifikasjoner med bestemte merkenavn

- (14) I konkurransegrunnlaget er det benyttet leverandør Clairs/Lindums navn i all dokumentasjon. Det er ikke oppgitt at det ønskes tilsvarende løsninger eller leverandører. Dette er et brudd på lovens § 5 hva gjelder diskriminering av andre aktuelle leverandører av luktrenging anlegg. Videre er det også et lovbrudd ettersom det legges opp til en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

Påstander om ulovlig direkte anskaffelse og brudd på kravet til konkurranse

- (15) Den samlede kunngjøringen omfatter forberedelse og montering av kanalsystem samt tilhørende utstyr, inkludert ventilasjonsaggregat og luktbehandlingsutstyr. At entreprisen også omfatter luktbehandlingsutstyr følger av punkt II.2.1 i kunngjøringen.
- (16) Innklagedes sammenslåing av entreprisene for ventilasjonsanlegg og luktreduksjonsanlegg er begrunnet med at en ville tilpasse entreprisene til krav om sentral godkjenning for de ulike håndverksfag, og at ventilasjonsentreprisen samlet sett ikke var særlig stor. Av lovens og forskriftens formål § 1 er det presisert at den skal "sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser". Oppdragsgivers vurdering av hva som vil være den beste løsningen i forhold til den tekniske løsningen og den praktiske gjennomføringen må veie tungt.

Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner

- (17) Innklagede har benyttet Asplan Viak AS som rådgiver for planlegging og oppfølging av byggearbeidene ved det nye avløpsrenseanlegget i Førde. Siden Asplan Viak AS ikke var en potensiell leverandør for denne anskaffelsen, har ikke bruk av deres rådgivningstjenester vært i strid med regelverket.

Bruk av tekniske spesifikasjoner med bestemte merkenavn

- (18) Klagers påstand om at det ikke har vært åpnet for å komme med alternative løsninger eller leverandører er positivt feil. Etter at en i konkurransegrunnlaget nevner leverandøren Clairs/Lindum, følger det av neste setning at "tilbyder står fritt til å foreslå alternativer." Dette er i tråd med kravet i forskriften § 8-3 fjerde ledd.

Klagenemndas vurdering:

Prosessuelle forhold

- (19) Den første delen av klagen inneholder både påstand om ulovlig direkte anskaffelse og påstand om brudd på kravet til konkurranse. Siden det faktiske grunnlaget for anførslene er sammenfallende, finner nemnda det hensiktsmessig å behandle disse samlet.
- (20) For klager på ulovlige direkte anskaffelser gjelder det ikke noe krav om saklig (klage-) interesse. Enhver kan derfor bringe slike saker inn for nemnda.
- (21) Når det gjelder de øvrige anførslene i klagen, fremgår det av klagenemndsforordningen § 6 (2) at en klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en unnlattelse, handling eller beslutning under gjennomføringen av en anskaffelse som er regulert av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.
- (22) I utgangspunktet er det kun tilbyderne i en konkret anskaffelse, eventuelt potensielle tilbydere, som har saklig interesse i å få avgjort en klage på anskaffelsen. Når det gjelder underleverandører, har disse vanligvis ikke blitt ansett for å ha saklig klageinteresse. Tidligere nemndspraksis viser imidlertid at det må foretas en konkret vurdering, basert på hvilke anførsler klager har fremsatt og hvilken betydning en vurdering av disse anførslene vil kunne ha, jf. blant annet klagenemndas saker 2005/241 (premiss 20) og 2005/139.

- (23) Kontrakten gjelder en entreprise på ventilasjonstekniske arbeider. Klager har ønsket å tilby luktreduksjonsanlegg, som er en del av den totale anskaffelsen. Klagers anførsler gjelder kunngjøringen, kravet til konkurranse, hvem som er benyttet som rådgivere ved gjennomføringen av anskaffelsen og bruk av spesifikke produktnavn. Dette er forhold som har betydning for hvordan anskaffelsen er presentert og kunngjort i markedet, og dermed hvem som har hatt anledning til å delta i konkurransen. På bakgrunn av dette finner klagenemnda at klager etter omstendighetene har saklig interesse i å få avgjort klagen.
- (24) Klagen er rettidig, og følger etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Påstandene om ulovlig direkte anskaffelse og brudd på kravet til konkurranse

- (25) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskriftens §§ 9-1 og 18-1. Av lovens § 5 (2) følger det at enhver anskaffelse, så langt det er mulig, skal være basert på konkurranse.
- (26) Klager har anført at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og således et brudd på kravet til konkurranse, ved at det ikke er angitt i kunngjøringen at konkurransen omfattet luktreduksjonsanlegg. Klager har imidlertid vist til at dette var angitt i kunngjøringens punkt II.2, "*kontraktens mengde eller omfang*", hvor det fremgår følgende: "*ventilasjonsanlegg: 8000m³/h, luktreduksjonsanlegg: 3700 m³/h*". Klager kan følgelig ikke høres med at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, eller brudd på kravet til konkurranse, på dette grunnlag.
- (27) Klager har så anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og brutt kravet til konkurranse, ved å betrakte luktreduksjonsanlegget som en delleveranse under ventilasjonsanlegget, sammenføre to likeverdige entrepriser og kunngjøre konkurransen slik at abonnerte søketjenester ikke fant den.
- (28) Slik klagenemnda oppfatter innklagedes kunngjøring av kontrakten på ventilasjonstekniske arbeider, omfatter den både anskaffelse av et ventilasjonsanlegg og anskaffelse av et luktreduksjonsanlegg, jf. blant annet kunngjøringens punkt II.2 og konkurransegrunnlaget post 36.06.2, hvor det i alle fall av sistnevnte klart fremgår at den kunngjorte kontrakten omfatter både ventilasjonsanlegg og luktreduksjonsanlegg. Videre har klagenemnda, etter å ha gjennomgått CPV nomenklaturet, funnet at det ikke finnes en egen CPV kode for luktreduksjonsanlegg. Den nærmeste CPV koden som finnes er 45331210, "*arbeid i forbindelse med ventilasjonsanlegg*", hvilket også er den koden innklagede i foreliggende sak har benyttet i kunngjøringen. Ett søk på tilsvarende anskaffelser på Doffin (som både omfatter ventilasjonsanlegg og luktreduksjonsanlegg), viser dessuten at det er denne koden som vanligvis benyttes i praksis. Videre har innklagede også opplyst at kontrakten om ventilasjonsarbeider og luktreduksjonsanlegg ble utlyst i samme kunngjøring da dette er hensiktsmessig for å tilpasse entreprisene til krav om sentral godkjenning for de ulike håndverksfag. Tilslutt viser også innsendt dokumentasjon at innklagede har mottatt flere tilbud på kontrakten som omfattet både ventilasjonsanlegg og luktreduksjonsanlegg. Dette viser at det er flere leverandører i markedet som kan tilby kontrakt på dette samlet.

- (29) Klagers anførsler om ulovlig direkte anskaffelse og brudd på kravet til konkurranse kan ikke føre frem.

Innklagedes benyttelse av Asplan Viak AS som rådgiver i konkurransen

- (30) Klagenemnda forstår klagers anførsel under dette punkt slik at klager mener det finnes en samarbeidskonstellasjon mellom innklagede og/eller Asplan Viak AS, og Clairs/Lindum, en leverandør av luktreanseanlegg, jf. forskriftens § 3-8.
- (31) Etter forskriftens § 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"*.
- (32) Innklagede har engasjert Asplan Viak AS til rådgivning for planlegging og oppfølging av byggearbeidene ved det nye avløpsrenseanlegget i Førde, herunder anskaffelsen av ventilasjons- og luktreduksjonsanlegget. Det er ikke fremlagt dokumentasjon som tilsier at innklagede eller Asplan Viak AS har et forhold til leverandør Clairs/Lindum. Det er dermed ikke sannsynliggjort at dette er tilfellet, og klagers anførsel om brudd på dette punkt kan følgelig heller ikke føre frem.

Innklagedes bruk av spesifikke produkt navn i konkurransegrunnlaget

- (33) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å henvise til Clairs/Lindum i konkurransegrunnlaget, jf. punkt 36.06.2.
- (34) I forskriftens § 17-3(10) heter det følgende:

"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket « eller tilsvarende »."

- (35) Innklagede har anført at konkurransegrunnlagets nest siste setning i punkt 36.06.2, *"tilbyder står fritt til å foreslå alternativer"* er i tråd med forskriftens krav til *"eller tilsvarende"*, og at det dermed ikke foreligger brudd på regelverket.
- (36) Klagenemnda påpeker at vilkåret for å benytte uttrykket *"eller tilsvarende"* etter en henvisning til et bestemt merke eller produkt navn, er at *"en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig"*.
- (37) I post 36.06.2 i konkurransegrunnlaget er det opplyst følgende generelle krav til ytelsen:

"Det skal leveres og monteres et anlegg for luktreduksjon fra avtrekksluft. Anlegget omfatter 2 system:

- Generell ventilasjon*
- Prosessavtrekk*

Alt avtrekk i bygget skal behandles i et UV-aggregat der luktpartikler dekomponeres under påvirkning av UV-lys. Prosessavtrekk skal behandles i et UV-aggregat etterfølgende filter med aktivt kull."

(38) Kravene er deretter etterfulgt av:

"Beskrevet konsept er basert på utstyr fra leverandøren Clairs/Lindum. Tilbyder står fritt til å foreslå alternativer, forutsatt at det kan anvises plass på det disponerte arealet. Ved evaluering vil drift- og vedlikeholdskostnad samt referanser bli tillagt stor vekt."

(39) Etter klagenemndas oppfatning viser dette at det er fullt mulig å beskrive kontraktens gjenstand uten bruk av produktnavn. Det er heller ingenting som tyder på at kontraktens gjenstand i dette tilfellet berettiget at det ble vist til et bestemt produktnavn. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriftens § 17-3 (10) ved å angi produktnavn i kravspesifikasjonen.

Konklusjon:

Førde kommune har brutt forskriftens § 17-3(10) ved å angi produktnavn i kravspesifikasjonen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

28. september 2009

Magni Elsheim

