



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av interaktive tavler. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forbudet mot å henvise til merkenavn i forskriften § 8-3 (4) ved å etterspørre tavler fra leverandøren SmartBoard.*

**Klagenemndas avgjørelse 1. april 2014 i sak 2012/73**

- Klager:** Scandec Systemer AS
- Innklaget:** Bø kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Andreas Wahl, Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Angivelse av merkenavn

**Bakgrunn:**

- (1) Bø kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. februar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av interaktive tavler. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget til denne konkurransen at innklagede ønsket tilbud på interaktive tavler fra merket SmartBoard. Scandec Systemer AS (heretter klager) sendte 13. februar 2012 en klage til innklagede der det ble påpekt at utformingen av konkurransegrunnlaget var i strid med regelverket fordi det ble etterspurt produkter fra en bestemt produsent.
- (2) På bakgrunn av denne klagen besluttet innklagede å avlyse konkurransen, dette ble meddelt klager i brev datert 17. februar 2012. Innklagede kunngjorde en ny konkurranse 17. februar 2012. Det er denne siste kunngjorte konkurransen klagen i foreliggende sak gjelder. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til å være ca. 700 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 24. februar 2012.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.1.1 "*Forventet innkjøpsvolum og minstekrav til produktene*" fremkom det at:

*"Oppdragsgiver ønsker å standardisere sine interaktive tavler til å gjelde merket SmartBoard® etter vurdering av slike løsninger. Standardiseringen har sin bakgrunn i ønske om at lærer kun skal forholde seg til en type tavle og programvare, da flere har undervisning ved flere skoler. En av skolene i Bø har flere SmartBoard® tavler i dag. Standardiseringen gjelder kun tavlene. Bø har et nært samarbeid med kommunene Nome og Sauherad. Nome har også valgt SmartBoard® noe som Bø vil utnytte kompetansemessig.*

*Oppdragsgiver ønsker tilbud på SmartBoard® X885 eller interaktive tavler med tilsvarende funksjonalitet."*

**Postadresse**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00  
Faks: 55 59 75 99

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

- (4) Videre var det oppstilt en rekke krav til tavlene. Under overskriften "*SMART Board/Interaktiv tavle*" fremkom det at "*[e]n ønsker ikke integrerte høyttalere i tavla*". Videre fremgikk det under overskriften "*Høyttalere*" at "*[h]øyttalere skal ikke være integrert i tavla*". Under overskriften "*Programvare*" fremkom det at "*[d]et skal finnes en webutgave av programvaren som gjør at hvem som helst skal kunne se filer laget på den interaktive tavlen, uten å ha tavleprogramvaren nedlastet selv.*"
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 "*Tildelingskriterier*" fremkom det at oppdragsgiver ville tildele kontrakt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "*Pris*", (60 %) "*Kvalitet og brukervennlighet produkt*" (20 %) og "*Tilbyders gjennomføringsevne, leveringskonsept og servicekonsept*" (20 %).
- (6) Innklagede mottok ti tilbud innen tilbudsfristen 24. februar 2012, heriblant fra Circle IT, (heretter valgte leverandør) som leverte inn tilbud på tavler fra leverandøren SmartBoard. Klager leverte ikke tilbud.
- (7) I en klage til innklagede 20. februar 2012, hevdet klager at innklagede hadde brutt regelverket ved å vise til et spesielt merke fra en produsent istedenfor å beskrive ønsket funksjonalitet, og ved å tilpasse de tekniske spesifikasjonene til samme produkt. Innklagede svarte i brev datert 28. februar 2012, og tok ikke klagen til følge.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. mars 2012.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 31. mars 2014

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

###### *Merkenavn*

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre et bestemt produkt fra en bestemt produsent i konkurransegrunnlaget. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket å kjøpe SmartBoard. Dette medfører at det bare er de leverandørene som kan tilby produkter fra dette merket som vil levere inn tilbud i konkurransen, og utgjør dermed et hinder for konkurransen.

###### *Tekniske spesifikasjoner*

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte tekniske spesifikasjoner som hindret konkurransen.
- (12) Klager viser for det første til at innklagede har oppstilt krav om at tavlene ikke skulle ha integrerte høyttalere. Innklagede burde heller vektlegge hvilke behov produktene skal dekke. Slik minstekravet var utformet var det kun oppstilt for å hindre tilbydere av tavler med integrerte høyttalere å kunne oppfylle kravet.
- (13) Klager viser for det andre til at innklagede har oppstilt et krav om at det skulle finnes en webutgave av programvaren. Det finnes mange ulike tekniske løsninger som vil kunne avhjelpe innklagedes behov for at alle som måtte ønske det skal kunne åpne/se filer laget på tavlen. Ved å definere at det må være en webutgave av programmet skisserer

innklagede igjen løsningen til en bestemt produsent og utelukker andre og kanskje bedre løsninger fra andre produsenter.

### ***Innklagedes anførsler:***

#### *Merkenavn*

- (14) Innklagede bestrider at det utgjorde et brudd på regelverket å vise til et produkt fra en bestemt leverandør i konkurransegrunnlaget. Årsaken til at innklagede ønsket å kjøpe SmartBoard var at flere skoler i Midt-Telemark har SmartBoard i dag. Det fremgikk også av konkurransegrunnlaget at også tilsvarende produkter kunne tilbys, og hensynet til konkurranse var dermed ivaretatt. Innklagede godtok også et tilbud på en tavle fra en annen leverandør enn SmartBoard.

#### *Tekniske spesifikasjoner*

- (15) Innklagede bestrider å ha benyttet tekniske spesifikasjoner som forhindret konkurransen unødvendig.
- (16) Når det gjelder anførselen knyttet til at tavlene ikke skal ha innebygde høyttalere, har klager misforstått. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ikke ønsket innebygde høyttalere, dette betyr ikke at det ikke kunne tilbys tavler med innebygde høyttalere, kun at innklagede ikke har behov for dette. Årsaken til dette er at det er ulike lydbehov i de ulike rommene, og enkelte av klasserommene har lydanlegg fra før.
- (17) Bakgrunnen for at innklagede krevde at det skulle finnes en webutgave av programvaren som gjør at hvem som helst kan se filer laget på den interaktive tavlen, var at dette er en funksjon ved SmartBoard tavler og muligens andre tavler som er viktig for at innklagede skal kunne drifte tavlesystemet på en enkel måte. Dersom det må installeres et program på alle PC'ene som skal se dokumenter lagret på tavlen, fører dette til mye arbeid som en slipper ved å bruke en webutgave.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av interaktive tavler som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til ca. kroner 700 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

#### *Merkenavn*

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre et bestemt produkt fra en bestemt produsent i konkurransegrunnlaget.
- (20) Forskriften § 8-3 stiller krav til måten en anskaffelse beskrives på i konkurransegrunnlaget. Hovedregelen er at de tekniske spesifikasjoner "*skal gi leverandørene like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter*", jf. forskriften § 8-3 (2) og loven § 5 (5) bokstav b. Dette innebærer at de tekniske spesifikasjonene ikke kan beskrives slik at de ekskluderer produkter som faktisk oppfyller den offentlige oppdragsgivers krav til ytelsen.

(21) I § 8-3 (4) heter det at:

*"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, (...) 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 ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»."*

- (22) Innklagede har i kravspesifikasjonen uttrykt at innklagede ønsket å standardisere sine interaktive tavler til å gjelde SmartBoard. Videre fremkom det i kravspesifikasjonen at *"Oppdragsgiver ønsker tilbud på SmartBoard® X885 eller interaktive tavler med tilsvarende funksjonalitet"*. Det er således vist til konkrete merkenavn i kravspesifikasjonen.
- (23) Spørsmålet blir dermed om henvisningen til merkenavn *"har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes"*, jf. forskriften § 8-3 (4). Det gjelder en lav terskel for at det anses å oppstå en slik konkurransevridende virkning, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/17 premiss (55) og sak 2013/148 premiss (19).
- (24) Slik kravspesifikasjonen var utformet ga den et klart inntrykk av at det var tavler av merket SmartBoard innklagede ønsket tilbud på. Selv om innklagede i kravspesifikasjonen åpnet for at det kunne tilbys tavler med *"tilsvarende funksjonalitet"*, ga utformingen av kravspesifikasjonen inntrykk av at det i realiteten var SmartBoard-tavler som var etterspurt. Innklagedes henvisning til at det ble åpnet for at tilbyderne kunne tilby tavler med tilsvarende funksjonalitet var derfor ikke tilstrekkelig til å hindre at SmartBoard ble favorisert, jf. også klagenemndas sak 2012/17 premiss (56). At aktuelle tilbydere oppfattet konkurransegrunnlaget på den måten at det var tavler av merket SmartBoard som var aktuelle i denne konkurransen, bekreftes av at ni av ti tilbud var på SmartBoard-tavler, og ved at klager, og kanskje også andre leverandører, som ikke kunne levere tilbud på tavler fra SmartBoard, avstod fra å levere tilbud i konkurransen.
- (25) I henhold til § 8-3 (4) er det likevel unntaksvis tillatt å vise til merkenavn der *"kontraktens gjenstand berettiger det"* eller der *"en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand ikke er mulig"*.
- (26) Innklagede har forsvart merkehenvissningen med at det er flere skoler i Midt-Telemark som har tavler fra SmartBoard i dag, og at det er en fordel at alle skolene i Midt-Telemark bruker samme type tavler og programvare. Innklagede viser til at Midt-Telemark skal starte et IKT-prosjekt for skolene i regionen, der det skal legges stor vekt på å samarbeide og dele informasjon, kunnskap, arbeid og planer. Spørsmålet blir dermed om *"kontraktens gjenstand"* av denne grunn berettiger merkehenvissningen.
- (27) Det nærmere innholdet i vilkåret om at *"kontraktens gjenstand berettiger"* merkehenvissning, fremgår ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen. Kjerneområdet for unntaket er når henvisningen til eksisterende utstyrs merkenavn er foranlediget av at produktet som anskaffes skal være kompatibelt med eksisterende utstyr. Det kan normalt ikke kreves at det eksisterende utstyret skal skiftes ut, jf. klagenemndas sak 2012/220 premiss (25) med videre henvisninger.
- (28) Bestemmelsen er en unntaksbestemmelse, og må derfor underlegges en restriktiv fortolkning. For at unntaket skal komme til anvendelse kreves det at oppdragsgiver gir en

god forklaring på hvorfor det var nødvendig å vise til merkenavn i dette konkrete tilfellet. Innklagede har ikke sannsynliggjort at det kun er tavler av merket SmartBoard som kan brukes sammen med tavlene fra SmartBoard som noen av samarbeidsskolene har valgt å anskaffe. Innklagede har heller ikke vist til at det er funksjoner ved tavlene fra SmartBoard som ikke vil fungere sammen med tavler fra andre leverandører. Innklagede kunne ivarett hensynet til at det var ønskelig å anskaffe tavler som var kompatible med andre skolers tavler, ved å oppstille et krav om kompatibilitet med tavler av merket SmartBoard, eller ved å utforme krav til hvilke egenskaper tavlene skulle ha, uten å henvise til merkenavn.

- (29) Som begrunnelse for at innklagede ønsket å kjøpe tavler fra SmartBoard viser innklagede også til at kommunen har investert tid og penger i å heve kompetansen på bruk av tavler fra SmartBoard.
- (30) Fornyings- administrasjons- og kirke departementet kom 6. juli 2012 med en fortolkningsuttalelse om adgangen til å vise til konkrete merkenavn ved kjøp av lisenser til eksisterende utstyr. Om forståelsen av forskriftens bestemmelse i § 17-3 (10), som tilsvarende bestemmelsen i § 8-3 (4) uttalte departementet i denne sammenheng at:

*"Departementet vil likevel understreke at prinsippet om at unntak skal tolkes innsnevrende tilsier at det vil være en terskel for når vilkåret "kontraktens gjenstand" kan gjøres gjeldende, slik også teorien er inne på. Hvorfor eksempel oppdragsgivers behov kan tilfredsstilles av en annen fabriks utstyr, men at dette vil medføre behov for mindre endringer/omstillinger i virksomheten – de ansatte må for eksempel lære å bruke det nye utstyret – synes det ubegrunnet å anvende "kontraktens gjenstand" i § 17-3 (10). Merknader som kan sies å være en naturlig følge av et leverandørbytte, kan heller vektlegges ved tildelingen av kontrakten som omstillingskostnader."*

- (31) Klagenemnda er enig i at ulemper knyttet til behov for opplæring i nytt utstyr som hovedregel ikke kan begrunne bruken av merkehenvvisninger. Basert på dette berettiget kontraktens gjenstand i foreliggende tilfelle ikke at innklagede henviste til merket SmartBoard i kravspesifikasjonen. Innklagede har dermed brutt forbudet mot å henvise til merkenavn i forskriften § 8-3 (4).
- (32) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda vurdere om den feil som her er konstatert innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (33) Basert på Rettens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61) og 2012/195 premiss (21):

*"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."*

- (34) Feilen i foreliggende sak var at innklagede henviste til merkenavn i kravspesifikasjonen. Dette er en feil som helt klart kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Klager har ikke deltatt i konkurransen på grunn av denne feilen, og det er dermed på det rene at

konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Når så er tilfellet, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved utlysning av ny konkurranse hvor merkehenviisningen fjernes, hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen.

- (35) Siden klagenemnda her har kommet til at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen, mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine to anførsler om at innklagede også har brutt regelverket ved å benytte tekniske spesifikasjoner som hindret konkurransen. Disse avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6.

***Konklusjon:***

Innklagede har brutt forbudet mot å henvide til merkenavn i forskriften § 8-3 (4) ved å etterspørre tavler fra leverandøren SmartBoard®.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 1. april 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl