



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om utbedring og forsterking av eksisterende vei før dekkelegging Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forbudet mot å henvise til merkenavn i forskriften § 8-3 (4).

Klagenemndas avgjørelse 3. juni 2014 i sak 2012/141

Klager: Frøseth AS

Innklaget: Møre og Romsdal fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Angivelse av merkenavn

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Møre og Romsdal fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde Statens vegvesen Region midt 30. januar 2012 en åpen anbudskonkurranse om utbedring og forsterking av eksisterende vei, før dekkelegging, på nærmere angitte fylkesveier i Sunndal kommune. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 23. februar 2012. Kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris.
- (2) I konkurransegrunnlaget D1, prosess 24.92, skulle det inngis pris på 45 000 m² fresing av grusdekke og tilsetning av Dustex:

"Fresing av grusdekke og tilsetning av Dustex.

Fresedybden er satt til minimum 10 cm. Det bør benyttes fres av type FAE STCL/R eller tilsvarende.

Mengden med Dustex skal være 5 - 6 liter/m² (Dustex-løsning med ca. 50 % tørrstoff). Omfanget gjelder vegens totalbredde på 3.80 meter inkl alle møteplasser og kryss. Se tekniske tegninger."

- (3) Det nevnes allerede her at "Dustex" er en betegnelse på et varemerke for et organisk bindemiddel basert på lignin – lignosulfat – som i hovedsak anvendes som støvbinder og stabilisator for veier.
- (4) Konkurransegrunnlagets beskrivelse av frestype og fresdybde ble endret i to tillegg datert 16. og 17 februar 2012. I det første tillegget fremgikk følgende:

"Det har sneket seg inn en feil under post 24.92 vedrørende beskrivelse av type fres og minimum fresedybde.

På side 50, kapittel D1-14, Prosess 24.92, Spesiell beskrivelse punkt a) skal det stå følgende:

Fresing av grusdekke og tilsetning av Dustex. Fresedybden er satt til minimum 16 cm. Det må benyttes fres av typen PTH2500HD med fresetenner BFS454 eller tilsvarende. Mengden med Dustex skal være 5-6 liter/m². Dustex-løsning med ca. 50 % tørrstoff. Omfanget gjelder vegens totalbredde inkl. alle møteplasser og kryss."

- (5) I det andre tillegget fremgikk følgende:

"Jeg har fått innspill fra en entreprenør på at tidligere rettelse av post 24.92 a) kan tolkes på to forskjellige måter. Jeg ønsker derfor å komme med følgende presisering, se under.

På side 50, kapittel D1-14, prosess 24.92, spesiell beskrivelse står det mellom annet følgende:

"Det må benyttes fres av typen PTH2500HD med frese tenner BFS454 eller tilsvarende."

Med dette menes at det ønskes tilbudt en fres av typen PTH2500HD eller annen tilsvarende fres.

Fresen skal være utstyrt med tenner av typen BFS454 eller andre tilsvarende tenner."

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud fra henholdsvis Veidekke Industri AS, Magne Nærum AS, Mesta Drift AS og Svensli & Sønner AS. Kontrakt ble tildelt Mesta Drift AS (heretter valgte leverandør). Kontrakt ble inngått 30. mars 2012.
- (7) I etterkant av kontraktsinngåelsen ble det klart at valgte leverandør hadde som intensjon å bruke et annet produkt enn det etterspurte "*Dustex*", som skulle tilsettes ved fresingen av grusdekket i henhold til prosess 24.92. Valgte leverandør ønsket å bruke Frøseth AS (heretter klager) som underleverandør, med lignosulfat og fres av en annen type enn den etterspurte. Innklagede aksepterte ikke dette.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved klage datert 31. mai 2012.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. juni 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre Dustex og fres av typen PTH2500HD.

Innklagedes anførsler:

- (11) Klager var ikke deltaker i konkurransen, og har som underleverandør ikke tilstrekkelig tilknytning til saken til at kravet om saklig klageinteresse er oppfylt. Uansett bestrides klagers anførsel.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse om utbedring og forsterking av eksisterende vei før dekkelegging, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen er kunngjort i medhold av kunngjøringseskjemaet for forskriften del II. I

tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (13) Det første som må avgjøres er om klager, som underleverandør til valgte leverandør, har saklig klageinteresse i anbudskonkurransen jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).
- (14) Det følger av klagenemndsforordningen § 6 (2) at en klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en unnløstelse, handling eller beslutning under gjennomføringen av en anskaffelse som er regulert av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.
- (15) Normalt anses ikke underleverandører for å ha saklig klageinteresse. Det er først og fremst der det anførte regelbruddet særlig rammer underleverandørene klagenemnda har ansett underleverandører for å ha saklig klageinteresse, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/144 med videre henvisninger.
- (16) Dette må anses å være tilfellet i foreliggende sak, jf. til sammenligning nevnte sak 2011/144 som gjaldt hvorvidt det var i strid med forhandlingsforbudet at innklagede og den innstilte leverandøren ble enig om at klager ble skiftet ut som underleverandør. I foreliggende sak hadde valgte leverandør til intensjon å benytte klager som underleverandør, men under henvisning til de omtvistede kravene aksepterte ikke innklagede dette. Som følge av dette fikk ikke klager oppdraget som underleverandør for valgte leverandør
- (17) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre Dustex og fres av typen PTH2500HD. Dustex er som nevnt en betegnelse på et varemerke for et organisk bindemiddel basert på lignin, som i hovedsak anvendes som støvbinder og stabilisator for veier. PTH2500HD er en fres fra Profiteam Holzer GmbH. Innklagede har således vist til konkrete merkenavn i kravspesifikasjonen.
- (18) 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»."
- (19) Det første spørsmålet er om henvisningen i denne sak til merkenavnene *"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. klagenemndas avgjørelse i sak 2012/73 med videre henvisninger.
- (20) I kravspesifikasjonen etterspurte innklagede Dustex, uten at det var åpnet for tilbud for tilsvarende produkter. Ved angivelsen av fres av typen PTH2500HD gav innklagede uttrykk for en preferanse for den aktuelle fresen. Dette må anses tilstrekkelig for at merkenavnhenvisningene må anses å ha *"som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes"*.
- (21) Selv om merkehenviisningene medfører redusert konkurranse, er det i henhold til § 8-3 (4) 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"*.

- (22) Som grunnlag for henvisningen til Dustex har innklagede fremholdt at Statens Vegvesen i en årrekke har dypstabilisert veier. Erfaringen fra støvbinding er blitt overført til stabilisering av grusbærelag. Erfaringen har vist at det er Dustex som har den beste egenskapen som bindemiddel, og dette er dokumentert gjennom en rapport om Dustex fra februar 2006, og en FOU-rapport om Dustex datert 21. februar 2008. Før foreliggende anskaffelse var innklagede etter det opplyste ikke klar over at det var andre produsenter av lignin med tilsvarende egenskaper som Dustex.
- (23) Slik nemnda forstår dette var det altså i utgangspunktet ikke noe til hinder for at innklagede hadde etterspurt lignosulfat, og spesifisert de egenskapene lignosulfatet skulle ha. I foreliggende sak kan derfor ikke de forhold som er fremført av innklagede rettferdiggjøre en henvisning i henhold til § 8-3 (4) om at *"kontraktens gjenstand berettiger det"*, eller at *"en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand ikke er mulig"*.
- (24) For fresen av typen PTH2500HD har innklagede fremholdt at innklagede gjennom tidligere arbeider har erfart at fresen gir et ønsket resultat samt er driftssikker. Det var derfor naturlig at den aktuelle fresen ble brukt som referansepunkt. Heller ikke dette berettiger en henvisning til merkenavn i henhold til § 8-3 (4).
- (25) Innklagede har på denne bakgrunn brutt forskriften § 8-3 (4) ved å etterspørre Dustex og fres av typen PTH2500HD.

Konklusjon:

Møre og Romsdal fylkeskommune har brutt forskriften § 8-3 (4) ved å etterspørre Dustex og fres av typen PTH2500HD.

Bergen, 3. juni 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven