



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

BOREPA A/S
Åsvegen 4
7510 Skatval
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2012/0232-14

Dato:
10.07.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 13. november 2012 vedrørende anskaffelse av solsenger til Osbadet KF. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Styret i Osbadet KF (heretter innklagede) besluttet i desember 2011 å utrede muligheten for å etablere et nytt solsenter som en del av sin virksomhet. Daglig leder Leif Gunnar Borgen satte i gang undersøkelser og skrev i flere likelydende e-poster til potensielle leverandører 13. desember 2011:

"[Innklagede] er i prosess og vurderer å opprette ett eget solsenter "utenfor" badedelen. Vi har eget lokale som i dag står delvis ubrukt på 90 m². Der vurderer vi å installere ett solsenter på 5-6 senger.

I den forbindelse ønsker vi pris på komplett leveranse av solceller. Dvs alt dere kan bidra med fra solarium med tilbehør som betalingsmåter, inndeling av rom osv."

- (2) E-postene ble sendt til Mida Sol AS, Soltron AS og Powertan Norway AS (heretter valgte leverandør).
- (3) Det var så en del e-postkorrespondanse mellom innklagede og de kontaktede tilbyderne. Innklagede besvarte en del spørsmål og flere av tilbyderne innga tilbud. I e-post 16. desember 2011 fra valgte leverandør, ble innklagede anbefalt en ren

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

betalingsterminal som betalingsløsning, som ble koblet opp mot solsengene og (sol)kremautomater. I tillegg fikk innklagede en del andre råd om videre fremdrift, eksempelvis å oppsøke nærmeste konkurrerende solstudioer, for se hvilke senger disse hadde, slik at innklagede kunne tilby bedre solsenger til sine betalende kunder. Da innklagede spurte om totalpris, henviste valgte leverandør 31. januar 2012 til sin samarbeidspartner, som var forhandler av valgte leverandørs produkter.

- (4) Innklagede mottok e-post fra samarbeidspartneren, Jostein Myklebust, 20. februar 2012. Ved siden av å anbefale en betalingsløsning, med bankkort, skrev han blant annet:

"En solariemodell som har blitt meget populær og gir mye sol for pengene, er Ergoline Passion TP350. Jeg oversender litt info om den.

Dette er et solarium med svært høy inntjening [...]

Ergoline er markedets beste solarium og har en levetid (timer og år) som ingen andre kan matche. De fleste andre solarier som er tilgjengelige i Norge vil etter hvert få både varmeskader og andre slitasjeskader, slik at varigheten blir lengre og kostnadene lavere med Ergoline. Denne solsengen veier f.eks. ca. 100 kg mer enn konkurrentens solsenger i samme prissegment, noe som klart indikerer at Ergoline-sengen er mer solid bygget og tåler mer varme og hyppig bruk mye bedre.

Solarier er et produkt som gir svært god inntjening i forhold til investeringen. Det er ikke uvanlig at et solarium i løpet av sin levetid genererer inntekter i størrelsesordenen 10-15 ganger anskaffelseskostnaden. I denne sammenhengen betyr egentlig noen få tusenlapper i innkjøpspris fra eller til lite, det viktigste er å ha solarier som har høy inntjening, beholder kvaliteten og er attraktive i årevis. Ergoline er et kvalitetsprodukt i svært høy klasse, produsert av det tyske firmaet JK, som har en ubestridt posisjon som verdens største produsent av proff-solarier og er markedsleder både når det gjelder teknisk kvalitet, innovasjon og design."

- (5) Myklebust gjentok mye av det samme i e-post av 23. februar 2012. I tillegg viste han til forskjellige utregninger om de fordelaktige økonomiske sidene ved å ha et solsenter til et badeanlegg. Prislister og produktkatalog ble oversendt.
- (6) Innklagede mottok også tilbud fra de øvrige tilbyderne som ble kontaktet. På bakgrunn av tilbudene, bestemte innklagede seg for å kunngjøre anskaffelsen på Doffin. Innklagede utarbeidet konkurransegrunnlag våren 2012. I den anledning var det noe e-postkorrespondanse mellom innklagede og Jannicke Odland, jurist ansatt i Os kommune. Spesielt ble tildelingskriterier drøftet og flere forslag til prisskjema verserte mellom dem. Innklagede skrev til Odland 2. april 2012:

"Har gjort de endringar vi snakka om, og har fått snakka med ein person om kvalitet. Se på tekst og ordlyd om dette kan brukas. I tillegg har eg endra noe på Prisskjema side 17 veit ikkje om det er relevant.

Har endra litt på fordelinga av kriterier da vedkommende sa at pris var mindre vesentlig og at kvalitet og inntening var like viktig, kanskje meir."

- (7) I en e-post av 25. april 2012 til Odland skrev innklagede:

"Har undersøkt en del ulike alternativ og sammenlignet priser på flere leverandører. Noe kan direkte kobles, men noe gir ikke direkte sammenligning.

Det eg står igjen med er ett minimum antall på 38 rør og minimum 100W, i tillegg til ett generelt krav om at det må være egne rør for ansikt (her varierer antall og styrke fra de ulike leverandørene) da får eg priser fra [...] og oppover. Ifølge det de da sier er dette "mye sol for pengene". I tillegg er det en del ekstra utstyr som kommer til, bl. a. lydtilkobling, aroma-systemer og ventliasjonskasser."

- (8) Innklagede kunngjorde anskaffelsen 24. mai 2012 som en åpen anbudskonkurranse etter forskriften del I og II. Innklagede sendte samme dag e-poster til de tidligere kontaktede tilbyderne om at anskaffelsen nå var kunngjort. Valgte leverandør ønsket i den forbindelse å prate med innklagede, og de ble gjennom e-poster samme dag, enige om å ringes 25. mai 2014. Også tilbyderne Solar AS og Mida Sol AS kontaktet senere innklagede via e-post og telefon med spørsmål.
- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 2.10 var tilbudsfristen satt til 30. juni 2012. Kravspesifikasjonen fremgikk av punkt 5:

"5 KRAV TIL YTELSEN

[Innklagde] har ansvar for drift av Os Idrettshall. I hallen er det en del unyttet ledige lokaler der vi ønsker å starte virksomhet.

I den gamle kafeteria er det et ledig område på 90 m², der vi vil starte et solsenter bestående av 5 solsenger i oppstarten (kan bli flere).

Rommet er 6 x 15 meter, takhøyde ca. 2,25m med unntak av dragere der det er 2,10 m, og vil være klargjort med yttervegger, gulv, tak, fremlagt elektriske pkt. til solsenger, ferdig malt og med ventilasjon og avløp.

5.1 Kravspesifikasjon

- *Elektrisk tilførsel gjelder 220/400 V frem til solsenger og ferdig koblet ventilasjon. Elektrisk kobling av ytterligere el installasjoner er ikke medtatt som f.eks. lyd og styring av betalingssystemer, og det forventes at leverandører gjør dette og har dette inkl. i pris ferdig montert, testet og igangkjørt.*
- *Valgt leverandør må spesifisere behovet for elektriske kurser og ventilasjon som er krav til deres leveranse.*
- *Prisen skal innbefatte leveranse av et komplett solstudio med vegger, dører og tilpasset innredning, inventar og detaljer i interiøret. Bilder for dekorering skal inngå i leveransen.*
- *Betalingsløsninger som takler alderskontroll, den skal være selvbetjent.*
- *Lydtilkobling til hver sol må være med, dvs. hver sol må leveres med høyttaleranlegg.*
- *Sengene skal ha montert ventilasjon/gjenvinning av varme.*
- *Alle senger skal tilfredsstillende og være godkjent ihht. Statens Strålevern sine retningslinjer for solarier.*

- *Alle solsengene skal leveres med minimum 38 rør og minimum 100 W. Det skal leveres egne rør for ansiktsbehandling.*
 - *Serviceavtale må beskrives. Det skal foretas årlig ettersyn, herunder utbedring av feil og mangler. Arbeidet skal være inkludert i prisen, men deler skal belastes etter medgått materiell.*
 - *Anlegget skal være ferdig installert innen utgangen av september 2012."*
- (10) Tildelingskriteriene med vekting fremgikk av punkt 6.1 og var "Pris" 40 %, "Kvalitet" 40 %, "Service" 10 % og "Produktgaranti" 10 %. I de etterfølgende punktene stod det at tilbyderne skulle fylle ut et prisskjema hvor innklagede ba om én totalpris som i "samsvar med anbudsdokumentene og de opplysninger og forbehold som er gitt i medfølgende anbudsbrief", skulle gjelde levering av fem solsenger. Om de andre tildelingskriteriene stod det i konkurransegrunnlaget:

"6.3 Kvalitet

Det vil bli lagt vekt på utstyrsnivå utover kravspesifikasjonen herunder antall rør, watt pr. rør, type ansiktsrør og funksjon, og andre tilleggsfunksjoner som er inkludert i pris.

Videre vil [innklagede] vektlegge støynivå fra solsengene og forbruk av strøm.

Det vil også legges vekt på solsengenes komfort, funksjonalitet og brukervennlighet.

[...]

6.4 Service

Under dette kriteriet vil vi vurdere hvilken responstid (timer/dager) leverandøren oppgir når det gjelder driftsavbrudd/feil, samt pris på serviceavtale.

6.5 Produktgaranti

Produktets oppgitte garanti og levetid vil bli samlet vurdert."

- (11) Innklagede mottok tilbud fra Mida Sol AS og valgte leverandør, men begge tilbudene ble avvist 9. juli 2012. Innklagede gjennomførte så en ny konkurranse, og mottok tilbud fra Borepa AS (heretter klager), valgte leverandør og Mida Sol AS. I brev av 12. september 2012 ble tilbyderne meddelt at innklagede ville inngå kontrakt med valgte leverandør. Det fremkom av brevet at denne fikk 8,3 poeng i totalscore (av 10 mulige), klager fikk 8 og Mida Sol AS fikk 7,8 poeng.
- (12) Mida Sol AS klaget på tildelingen. Klager klagde også til innklagede i e-post av 13. september 2012. I begge klagen ble det anført at innklagedes evaluering vitnet om manglende kunnskap om solarier, at valgte leverandør tidlig hadde påvirket utformingen av konkurranseforutsetningene og det ble vist til andres negative erfaringer ved valgte leverandør. Innklagede tok ikke klagen til følge.
- (13) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 12. september 2012. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. november 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte en rådgiver som samtidig var salgsagent for valgte leverandør. Rådgiver Jostein Myklebust hadde tidligere avtale med innklagede om drift av solsenger hos innklagede. Han er også salgsagent for valgte leverandør. Det er vanlig at salgsagenter mottar 20 % fortjeneste på salg som skjer gjennom deres virksomhet. Rådgiveren kan derfor ha mottatt en fortjeneste på omtrent kr 200 000,- ved at valgte leverandør vant konkurransen.
- (15) Det vises til e-postkorrespondansen mellom rådgiver Myklebust og innklagede. I e-poster til innklagede av 20. og 23. februar 2012 argumenterer rådgiveren for at valgte leverandørs solarium hadde høy inntjening og levetid, og at innklagedes kunder ville oppfatte tilleggsutstyret som uttrykk for god kvalitet. Ifølge e-post av 4. april 2012 endret innklagede tildelingskriteriene etter råd om at pris var mindre viktig, mens kvalitet og inntjening var viktigere. I slutten av april samme år, brukte innklagede begrepet "*mye sol for pengene*", som er tatt ut av e-postene fra Myklebust. Klager har ikke fått mulighet til å gi råd til innklagede. Konkurransen var tilpasset solsenger med 38 solarierør, noe som valgte leverandør er en av svær få i markedet som tilbyr. Øvrige leverandører må tilby færre eller flere rør, noe som påvirker deres priser negativt.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider at regelverket er brutt. Ingen spesifikasjoner i konkurransen ble utformet av Myklebust eller valgte leverandør. Heller ingen konkurransevidende spesifikasjoner ble utformet av innklagede på bakgrunn av råd fra valgte leverandør. Flere leverandører enn valgte leverandør tilbød solsenger med mer enn 38 rør, eksempelvis tilbød Mida Sol AS 59 rør, hvorav 38 var rør med effekt på 100 W. Dette minstekravet utgjør derfor ikke en regelstridig fordel i valgte leverandørs favør. Kravet om minimum 38 rør ble stilt av innklagede selv, på bakgrunn av hvilken kvalitet (antall rør) innklagede mente ville appellere til kundene. Valgte leverandør har således ikke fått en utilbørlig fordel.
- (17) Klagers vektlegging av sitater i e-postene, er tatt ut av sin sammenheng. Innklagede gjorde selv grundige markedsundersøkelser før kunngjøringen for å identifisere hva som fantes i markedet og prisnivåer. Det er ikke ulovlig for en oppdragsgiver å ha dialog med markedet før kunngjøring. Innklagede ønsket kun å orientere seg i markedet, og om hvilke funksjoner som var tilgjengelige der, før disse ble etterspurt i en anskaffelseskonkurranse. I den forbindelse innhentet innklagede informasjon fra flere forskjellige potensielle tilbydere. Det er derfor mye e-postkorrespondanse med tilbakemeldinger til innklagede fra potensielle leverandører. De viser bare at innklagede har gjort en ordinær sondering av markedet, for å skaffe solsenger som innklagedes kunder ønsket, og som dermed ga innklagede inntjening. Gjennom samtale med statens strålevern i månedsskiftet mars/april, fikk innklagede bekreftet at forhold som solsengenes størrelse, komfort og effekt var relevante, og at det ikke fantes noen offisiell norm for kriterier til solarium i Norge. Etter dette fant ikke innklagede behov for å foreta ytterligere sonderinger i markedet.

Sekretariatets vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder i

hovedsak kjøp av solsenger, som er en vareanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (19) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å motta råd fra en rådgiver som har nær tilknytning til valgte leverandør.
- (20) 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"*.
- (21) Spørsmålet om oppdragsgiver har mottatt rådgivning i strid med forskriften § 3-8, beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, jf. EU-domstolens saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) og Veilederen punkt 5.4. Regelen er et utslag av kravet til likebehandling nedfelt i loven § 5. Det sentrale spørsmålet er om rådgivningen har skjedd på en måte som kan utelukke konkurranse, jf. klagenemndas sak 2010/28.
- (22) Det er rådgivningen fra Myklebust som klager mener er forskriftsstridig, og klager har i denne forbindelse påpekt at Myklebust også var salgsagent for valgte leverandør, at han tidligere hadde levert solsenger til innklagede, og at han som følge av sin provisjonsordning hadde en konkret økonomiske interesse i at valgte leverandør ble tildelt kontrakten. Slik saken er opplyst for sekretariatet, er det vanskelig å vurdere salgsagentens økonomiske interesse i denne konkrete anskaffelsen. Til dette kommer også at Myklebust ikke synes å ha blitt formelt engasjert som rådgiver av innklagede, men innledet en korrespondanse med innklagede etter at denne sendte e-poster for å undersøke priser og produkter i markedet. Tilsvarende e-poster ble sendt til i alle fall to andre tilbydere også. Disse har også gitt sine tilbakemeldinger til innklagede.
- (23) I den konkrete e-postkorrespondansen som klager har vist til, ser sekretariatet at det var betydelig mer korrespondanse med Myklebust enn mellom innklagede og de øvrige tilbydere. Selv om Myklebust i denne korrespondansen gikk langt i å fremheve fordeler ved valgte leverandørs solsenger og utstyr, ga han også noen generelle tilbakemeldinger, blant annet oppfordret han innklagede til å foreta befaringer i forskjellige solarier for å få et inntrykk av andre solstudioer.
- (24) At Myklebust synes å ha introdusert begrepet *"mye sol for pengene"*, som innklagede senere brukte i sin korrespondanse med Os kommune, kan etter sekretariatets vurdering ikke være avgjørende. Det vektlegges i den forbindelse at begrepet er kommersielt og generelt. Innspillene fra Myklebust relaterte seg i stor grad til valgte leverandørs produkter og fordelaktige grep ved drift av solarium, eksempelvis kontantfrie betalingsløsninger. Innspillene gjaldt ikke den direkte eller detaljerte utformingen av konkurransedokumentene. Disse drøftet derimot innklagede med Os kommune. At det i den korrespondansen ble foretatt justeringer i tildelingskriteriene *"Pris"* og *"Kvalitet"* i løpet av samtalene, kan heller ikke være avgjørende. Det fremstår naturlig ved utarbeidelsen av et konkurransegrunnlag, og pris og kvalitet er hver for seg vektet 40 %, hvilket ikke umiddelbart virker unormalt.
- (25) Når det gjelder minstekravet om at solsengene skulle ha minimum 38 lysrør med en effekt på 100 W, er det riktig at valgte leverandør kunne tilby dette. Men det kunne også for eksempel tilbyderen Mida Sol AS.

- (26) Etter en helhetsvurdering, der det særlig er lagt vekt på at en offentlig oppdragsgiver må kunne, og ofte også oppfordres til, å sondere markedet i forkant av en konkurranse slik at denne kan utarbeide en kunngjøring og et konkurransegrunnlag som er best mulig tilpasset de produkter og de leverandører som eksisterer i markedet, er sekretariatet kommet til at sonderingen innklagede i dette tilfellet har gjort, herunder den korrespondansen som var med Myklebust, ikke er i strid med forskriften § 3-8. Innklagede har etter sekretariatets syn ikke søkt eller mottatt råd til bruk i utarbeidelsen av spesifikasjonene til foreliggende anskaffelse, på en måte som ville kunne utelukke konkurranse.
- (27) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Med hilsen

Erlend Pedersen
*sekretariatsleder/direktør for
offentlige anskaffelser*

Kristian Strømsnes
rådgiver

Kopi til:

Advokatfirma
Steenstrup
Stordrange DA

Postboks 1150
Sentrum

5811 BERGEN

Norge

Åshild
Fløisand