



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kjøp av kontor- og datarekvisita. Når det gjaldt tonerkassetter og blekkpatroner har innklagede etterspurt kun originale produkter med bestemte merkenavn. Klagenemnda kom til at kontraktens gjenstand berettiget slik henvisning, jf. forskriften § 17-3 (10), og klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen førte dermed ikke fram.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2012 i sak 2012/220

Klager: Maske Gruppen AS

Innklaget: Sogn og Fjordane fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av produktnavn i kravspesifikasjon

Bakgrunn:

(1) På vegne av Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter kalt innklagede), 21 kommuner i fylket, fylkesmannen i Sogn og Fjordane, Høgskulen i Sogn og Fjordane og Sogn og Fjordane Energi kunngjorde Flora kommune 4. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kjøp av kontor- og datarekvisita. Rammeavtalens varighet var i kunngjøringen punkt II.1.4 oppgitt til 2 år, og anskaffelsens verdi "*av kontraktene i løpet av hele rammeavtalens varighet*" er i samme punkt angitt til å være kroner 1 000 000,-. I punkt II.2.1 er imidlertid "*Samlet mengde eller omfang inkludert eventuelle delarbeid, delleveranser og opsjoner*" estimert til kroner 20 000 000,-.

(2) Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 15. mai 2012, men ble senere endret til 12. juni 2012.

(3) I kravspesifikasjonen var det inntatt "*Krav til datarekvisita*". Fra kravene til "*Tonarkassetter*" og "*Blekkpatroner*" gjengis:

"K Datarekvisita 06 Tonarkassetter skal ikke lekke

K Datarekvisita 07 Tonar skal ikke verta klumpa

K Datarekvisita 08 Oppdragsgjevar er opptatt av at produkta skal være av ein slik kvalitet at produksjon av utskriftar pr tonar er høg. I produktskjemaet skal det gjevast opp forventa tall på utskrifter/levetid pr tonar. Returordning markerast også.

K Datarekvisita 09 Utskriftskvaliteten på resirkulerte tonarkassetar skal ha like god yting som originale tonarkassetar

(...)

K Datarekvisita 12 Blekkpatroner må tåle å stå utan at blekket tørkar

K Datarekvisita 13 Oppdragsgjevar er opptatt av at produkta skal være av ein slik kvalitet at produksjon av utskriftar pr patron er høg. I produktskjemaet skal det gjevast opp forventa tall på utskrifter/levetid pr patron. Returordning markerast også."

- (4) I prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget var det i "*Gruppe 42 – Tonar original*" oppstilt merkenavn, type, farge og antall på i alt 118 ulike tonere. Alle disse var av merkene Canon, HP, Lexmark, Oki og Ricoh. Tilsvarende i "*Gruppe 44 – Blekk original*", med totalt 53 ulike blekkpatroner. Her var de opplistede patronene av merkene Brother, Canon, HP og Lexmark. Det var ikke etterspurt andre tonere eller blekkpatroner enn disse.
- (5) Innklagede hadde åpnet for innsending av spørsmål innen tilbudsfristen. I et av spørsmålene ble innklagede spurt om følgende: "*Dere ønsker originale tonere, kan disse defineres som compatible tonere også eller kan man kun tilby originale?*" Innklagedes svar ble meddelt alle tilbyderne 5. juni 2012: "*I prisskjemaet skal berre originale tonere prisast*".
- (6) Innklagede avviste klagers tilbud ved brev 29. juni 2012. Avvisningen ble begrunnet med at det i prisskjemaet var etterspurt originale tonere, og klager hadde tilbudt compatible tonere som ikke var originale.
- (7) Klager påklaget avvisningen som urettmessig 3. juli 2012, og innklagede opprettholdt beslutningen i brev 18. september 2012.
- (8) Det er ikke inngått kontrakt i saken, og innklagede har meddelt at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda avgjørelse foreligger.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 18. oktober 2012.
- (10) I forberedelsen av saken for klagenemnda har innklagede vedlagt utsnitt av garantivilkår fra produsentene av innklagedes eksisterende maskiner. Lexmark, Canon, HP: Herfra gjengis:

"[HP]

Hva menes med produktgaranti?

Garanti betyr at HP er ansvarlig for at produktet er fritt for material- og produksjonsfeil som begrenser eller umuliggjør funksjonalitet som er beskrevet for produktet.

Hva dekker produktgarantien?

Under garantiperioden vil HP etter eget valg reparere produktet eller skifte ut defekte deler med nye eller brukte deler som tilsvarer de opprinnelige i funksjon og ytelse. Dersom HP etter gjentatte forsøk ikke er i stand til å utbedre feilen slik at produktet fungerer i henhold til produktets beskrivelse, kan HP etter eget valg refundere kjøpesummen eller erstatte produktet med et funksjonelt likeverdig produkt. Alle deler og produkter som er skiftet ut i forbindelse med garantitjenester blir HPs eiendom.

Hva dekkes ikke av garantien?

(...)

- *Funksjonssvikt forårsaket av skade (også utilsiktet). inkludert transportskade, **bruk av ikke originale HP deler**. Service eller modifikasjoner utført av andre enn: HP, HP-service-partner, egne reparasjoner med HP kundeutskiftbare deler (CSR)*

(...)

[Canon]

Garantivilkår

1) Garanti

Canon Norge garanterer sine produkter til å være i god driftsmessig stand i hele garantiperioden. Dersom det skulle oppstå feil på produktet i garantiperioden vil Canon Norge reparere eller skifte ut det defekte produktet uten ekstra kostnad for kjøperen.

3) Garantien omfatter ikke:

- *Forbruksmateriell (skrivehoder, blekk, toner, etc)*

(...)

- ***Feil som oppstår på grunn av bruk av uoriginale reservedeler og forbruksmateriell som ikke er kompatibelt med produktet. Kompatibiliteten kan kun garanteres på forbruksmateriell som er godkjent av Canon***

(...)

[Lexmark]

Limitations on Warranty Service

Lexmark does not warrant uninterrupted or error-free operation of any product or the durability or longevity of prints produced by any product.

Warranty service does not include repair of failures caused by:

(...)

- *Products, supplies, parts, materials (such as toners and inks), software, or interfaces not furnished by Lexmark.*

(11) På bakgrunn av at Canon sin garanti omfatter kompatibelt forbruksmaterieell når dette er godkjent av Canon, spurte innklagede Canon om det finnes uoriginale produkter som er forhåndsgodkjent. Svaret fra Canon i e-post av 9. november 2012 var avkreftende.

(12) Innklagede har i sakens anledning også innhentet en uttalelse fra egen IKT-driftskoordinator:

1. *"(...) Alle produsentar av skrivarar fråskriv seg ansvaret dersom skrivar vert defekt om du har nytta uoriginal toner. I prinsippet gjeld dette berre dersom skaden oppstår som ein konsekvens av at ein har nytta uoriginal toner, men i praksis vil produsentane alltid skulde eventuelle defektar på at ein har nytte uoriginal toner.*
2. *Vi ynskjer ikkje å bruke ressursar på å eventuelt dokumentere kva som er årsak til at ein skrivar sluttar å fungere. Det vert svært dyrt for oss å bruke tid på slike ting. Dersom vi får eit problem med ein skrivar, så vert den umiddelbart returnert til leverandør, så må dei reparere den om den er innanfor garantitida. (...)*
3. *Konsekvensar til tap av garanti på skrivar er etter vår meining at kostnaden i tid og kroner vert høgare enn å forholde seg til leverandøren sine krav om å nytte original toner.*

I tillegg til dette er det som mange andre gode grunnar til å nytte original toner:

- *Ein må ha original toner for å få full funksjonalitet på skrivar. Dei fleste skrivarar i dag detekterer om det er original eller uoriginal toner installert. Dersom det er uoriginal toner vil maskina ikkje kunne gi informasjon om gjenståande tonernivå, automatisk bestilling og andre funksjonar som t.d. automatisk omrøring av tonerpulver mm.*
- *Ved bruk av sparemodus på skrivar vil ikkje maskina klare å nytte den uoriginal toneren på same måte som original grunna manglande informasjon om tonernivå."*

(13) Klager har også vedlagt dokumentasjon fra produsentene av produktene de tilbød. Av Xerox sitt brev til klager 12. november 2012 følger det at: *"Når du velger å bruke en tonerkassett fra Xerox utgjør det ingen fare for OEM [Original Equipment Manufacturer] garantien. Dersom våre tonere skulle forårsake noen form for skade på skriveren vil vi dekke alle utgifter".* Fra den vedlagte dokumentasjonen fra Pelikan gjengis her:

"Pelikan står for velprøvd kvalitet og gir 3 års garanti på alle tonerprodukter. Kassettene har samme kvalitet og levetid som produsentenes originalprodukter. Visse skriverprodusenter truer med at skriverens garanti ikke gjelder dersom du bruker toner fra andre produsenter, men dette er juridisk uholdbart. (...) Dersom produktet skulle forårsake en skade på maskinen og dette skyldes et PELIKAN-produkt, så tar Pelikan ansvar for denne skaden i overensstemmelse med loven om produktansvar".

(14) Innklagede har ikke opplyst kjøpstidspunkt eller garantiperiode for maskinene der forbruksmaterieellet skal benyttes. Det er heller ikke opplyst hvor stor andel av innklagedes maskiner dette er aktuelt for.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, fordi det er angitt bestemte merkenavn i de tekniske spesifikasjonene. Unntaket i § 17-3 (10) kommer ikke til anvendelse.
- (16) Det bestrides at innklagedes garantier på eksisterende maskiner bortfaller ved bruk av kompatibelt forbruksmateriell. Det fremgår av garantiene fra produsentene av klagers tilbudte materiell at man ikke løper noen risiko ved bruk av dette materiellet, og at eventuelle feil vil dekkes av materiellprodusent, jf. premiss (13).
- (17) Dersom merkevarehenvisning tillates, vil dette medføre at maskinleverandøren blir eneste leverandør av forbruksmateriell gjennom hele maskinens levetid. En slik svekkelse av konkurransen synes ikke berettiget, særlig i lys av garantiene fra leverandørene av kompatibelt materiell.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede hadde anledning til å angi merkenavn på blekk og tonere i konkurransen med hjemmel i unntaket i forskriften § 17-3 (10) ved at *"kontraktens gjenstand berettiger det"*. Det foreligger derfor ikke plikt til å avlyse konkurransen.
- (19) Maskinene det skulle kjøpes inn blekk og tonere til er av ulike merker, og brukes på forskjellige steder. Det er gjort betydelige investeringer i maskinene, og det foreligger avtalefestede og viktige garantier for dem. Felles for disse garantiene er at de bortfaller dersom ikke originale tonere og blekk benyttes. Investeringen i maskinene har vært betydelig, og bortfall av garantien innebærer stor økonomisk og praktisk ulempe. Brukerne av maskinene er i hovedsak ikke fagpersoner hva gjelder datautstyr. En garanti er derfor sentralt for å ha en enkel kommunikasjonslinje ved utbedring av feil, slik at det ikke er behov for undersøkelser av årsakssammenheng og ansvar før feilretting kan rekvireres. Dersom feil ikke rettes effektivt og uten unødige ressursbruk fra brukerne vil det videre gå på bekostning av de tjenestene personene skal yte. Det vises i denne forbindelse til formålet bak unntaket i forskriften § 17-3 (10) – økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder rammeavtale med én leverandør for kjøp av kontor- og datarekvisita, som er en vareanskaffelse. I kunngjøringen punkt II.1.4 er anslått *"samlet verdi av kontraktene i løpet av hele rammeavtalens varighet"* kroner 1 000 000,-. I punkt II.2.1 er imidlertid *"Samlet mengde eller omfang inkludert eventuelle delarbeid, delleveranser og opsjoner"* estimert til kroner 20 000 000,-. Anskaffelsen er kunngjort som en anskaffelse over EØS-terskelverdiene. 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 III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (21) Saken gjelder spørsmålet om innklagede lovlig kunne vise til merkenavn i prisskjemaet, jf. forskriften § 17-3 (10). For det tilfelle at henvisningen er lovlig, er partene enige om at klagers tilbud kunne avvises, og om den er ulovlig, er partene enige om at konkurransen må avlyses.

- (22) Forskriften § 17-3 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 § 17-3 (2). Dette innebærer at de tekniske spesifikasjonene ikke kan beskrives slik at de ekskluderer produkter som faktisk oppfyller den offentlige oppdragsgivers krav til ytelsen. Bakgrunnen for regelen er i fortalen til direktiv 18/2004/EF, premiss (29), uttrykt som:

"Der er behov for, at de tekniske specifikationer, der udarbejdes af det offentlige som indkøber, sikrer, at der skabes muligheder for en konkurrencesituation ved tildeling af offentlige kontrakter."

- (23) Paragraf 17-3 (10) presiserer denne regelen ytterligere:

"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 i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»."

- (24) Innklagede har i denne konkurransen angitt spesifikke merkenavn i prisskjemaet, og det er derfor klart at de tekniske spesifikasjonene ekskluderer andre produkter. Bestemmelsen oppstiller to mulige unntak fra hovedregelen – der *"kontraktens gjenstand berettiger det"*, og *"der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand (...) ikke er mulig"*. Kravet om at henvisningen skal ledsages av uttrykket *"eller tilsvarende"*, knytter seg kun til det siste av disse unntakene.
- (25) Det nærmere innholdet i vilkåret om at *"kontraktens gjenstand berettiger"* merkehenviisning, 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 ikke normalt kreves at det eksisterende utstyret skal skiftes ut, jf. klagenemndas sak 2009/124 premiss (37) med videre henvisninger.
- (26) Foreliggende sak gjelder ikke et krav om kompatible produkter, men om originale produkter fra maskinleverandøren. Alternativet til å kreve originale produkter er videre ikke at eksisterende maskiner må skiftes ut, men å kreve kompatibilitet med disse. Klagenemnda uttalte om tilsvarende bestemmelse i den nå opphevede forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 (§§ 5-2 (2) og 12-2 (2)), at *"bestemmelsen bør tolkes på linje med hjemmelen for konkurranse med forhandling i forskriften § 4-3 bokstav f"*. Forskriften § 4-3 bokstav f er videreført i forskriften § 14-4 bokstav f.
- (27) Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver anskaffe tilleggsleveranser til delvis fornyelse av normale leveranser eller installasjoner, når *"skifte av leverandør vil pålegge oppdragsgiveren å anskaffe utstyr som er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr, eller som skaper uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold"*. Denne bestemmelsen gir et hensiktsmessig utgangspunkt også i foreliggende sak. Sammenlignet med hjemmelen til å anskaffe tilleggsleveranser fra opprinnelig leverandør i § 14-4 bokstav f, er imidlertid hensynet til konkurranse delvis ivaretatt i foreliggende sak, ved at anskaffelsen sikrer konkurranse i leverandørleddet,

om ikke i produsentleddet. Dette kan tale for en lempeligere terskel for hvilke vanskeligheter som kreves.

- (28) Innklagedes alternativ til å be om originalt forbruksmateriell er i foreliggende sak å stille krav om kompatibelt materiell. Spørsmålet er dermed om bruk av compatible tonere og blekkpatroner vil skape uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter for innklagede ved drift og vedlikehold.
- (29) Garantiene fra maskinprodusentene omfatter ikke bare maskinen som er levert. Også bruk av tonere og blekkpatroner er omfattet av garantien, så lenge det brukes originale produkter. Konsekvensen for innklagede ved bruk av kompatibelt materiell i stedet for originalt, er at innklagede ved feil på maskinen ikke lengre kun kan forholde seg til maskinleverandøren. For de tilfeller det er den uoriginale toneren eller blekkpatronen som er årsak til feilen, har ikke maskinleverandøren noe ansvar for dette. Innklagedes IKT-koordinator har i denne forbindelse uttalt at *"i praksis vil produsentane alltid skulde eventuelle defektar på at ein har nytte uoriginal toner"*.
- (30) Anskaffelsen gjelder her forbruksmateriell som skal brukes i en rekke maskiner, for et stort antall brukere, med stor geografisk spredning. Det oppstår erfaringsvis regelmessig feil ved slike maskiner. Innklagede har fremhevet at brukerne av angjeldende maskiner ikke er fagkyndige, og at det derfor er et særlig behov for en enkel kommunikasjonslinje ved retting av feil. Også muligheten til å rekvirere feilretting uten undersøkelser av årsakssammenheng og ansvar er fremhevet av innklagede.
- (31) På den ene side vil det at det kan være en utfordring å plassere ansvar for feil når en maskins bruk fordrer forbruksmateriell, normalt ikke kunne anses som en uforholdsmessig teknisk vanskelighet ved drift og vedlikehold. Foreliggende sak gjelder imidlertid hyppig brukte maskiner som brukerne er avhengig av for å kunne avvikle en effektiv drift. Brukerne kan ikke forventes å være fagkyndige, tilegne seg slik kunnskap, eller å ha ekspertise lett tilgjengelig. En enkel kommunikasjonslinje for retting av feil, og effektiv rekvirering av feilretting, vil dermed representere viktige ressursbesparelser for innklagede. Motsetningsvis vil situasjonen uten anledning til å kreve originale produkter, medføre tilsvarende tekniske vanskeligheter.
- (32) Innklagede har også opplyst at det følger en del ytterligere funksjonalitet ved bruk av originale tonere og blekkpatroner. Innklagede har innhentet uttalelser fra ikt-driftskoordinator, som viser til at maskinene ved bruk av originale produkter gir informasjon om gjenstående tonernivå, automatisk bestilling, automatisk omrøring av tonerpulver med mer. Det vises også til at maskinene ikke vil kunne utnytte uoriginale tonere på samme måte ved bruk av sparemodus på skriverne. Innklagede står i utgangspunktet fritt til å stille krav til de produktene som skal anskaffes. Den nevnte funksjonaliteten synes imidlertid kun å kunne ivaretas av originale produkter, slik at krav om slik funksjonalitet i realiteten ville representert et krav om originale produkter.
- (33) Samlet sett finner klagenemnda det sannsynliggjort at manglende adgang til å etterspørre originalt forbruksmateriell vil innebære en potensielt betydelig vanskeliggjort arbeidssituasjon, der defekt utstyr ikke lar seg utbedre på en enkel og effektiv måte. Bakgrunnen for unntaket i anskaffelsesforskriften § 17-3 (10) er nettopp å finne i regelverkets hovedformål – å sikre mest mulig effektiv ressursbruk, jf. klagenemndas sak 2009/124 premiss (37).

- (34) På bakgrunn av det ovenstående finner klagenemnda at kontraktens gjenstand berettiget henvisningen til forbruksmateriell av bestemte merker, jf. § 17-3 (10). Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Sogn og Fjordane fylkeskommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å etterspørre bestemte produktnavn i prisskjemaet.

Bergen, 17. desember 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl