



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av møbler for innredning av innklagedes nye kontorlokaler. Klagenemnda fant at innklagede rettmessig kunne henvise til merkenavn på møbelproduktene av hensyn til at anskaffelsen gjaldt et suppleringskjøp. Klagenemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved at det ut fra konkurransegrunnlaget fremstod som uklart for tilbyderne på hvilke betingelser tilbudte produkt kunne aksepteres som "tilsvarende" de merkeprodukt som var oppstilt i kravspesifikasjonen. Konkurransen skulle som følge av dette vært avlyst.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2014 sak 2013/148

Klager: Inventum AS

Innklaget: Fylkesmannen i Troms

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av merkenavn, uklart konkurransegrunnlag, avlysning

Bakgrunn:

- (1) Fylkesmannen i Troms (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. oktober 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av møbler for innredning av innklagedes nye kontorlokaler. Anskaffelsen gjaldt en suppleringsanskaffelse der de møbler som skulle kjøpes inn skulle benyttes i samspill med eksisterende møbler og kontorutstyr. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til kroner 950 000. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 28. oktober 2013. Konkurransen ble gjennomført med bistand fra Arkitektkontoret Amundsen AS.
- (2) Kontrakten skulle tildeles den leverandøren som tilbød lavest pris, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1. De etterspurte varene skulle prises i henhold til tilbudsskjema og kravspesifikasjon oppgitt i konkurransegrunnlaget punkt 3 og 4. I kunngjøringen punkt II.1.9 fremgikk det at alternative tilbud ville bli tatt i betraktning.
- (3) Tilbudsskjemaet inneholdt en rekke møbler som skulle prises av tilbyderne. Alle de etterspurte møbelproduktene i tilbudsskjemaet var angitt med merker fra møbelprodusentene "HÅG", "Edsbyn", "RBM", "Foraform", "Lium" eller med merkenavn som knyttet seg til disse eller andre spesifikke møbelprodusenter. Hver vare var nærmere beskrevet ut fra ønsket materiale, stoff, farge, og hvor møbelet skulle plasseres i kontorlokalet. En del av produktene var også beskrevet med mål og andre spesifikasjoner. Fra kravspesifikasjonen hitsettes følgende eksempel på et etterspurt produkt:

"4. LØST INVENTAR

I henhold til tegning A23-101, A23.102, A23-103 og A23-104

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

Anførsler:***Klagers anførsler:***

- (10) Innklagede har brutt forskriften § 8-3 (4) ved å benytte merkenavn for de etterspurte møbelproduktene. Innklagede kunne foretatt en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand uten å angi merkenavn, ved eksempelvis å spesifisere form, stoff og fargeønsker på produktene. I dette tilfellet har merkenavnene vært favoriserende overfor valgte leverandør, ettersom denne har en eneforhandleravtale på Edsbyn kontormøbler i Troms fylke. Selv om det er åpnet for tilsvarende produkter, vil det alltid være enklere, og innebære en mindre risiko for avvising, om tilbudet baseres på de produktnavn som er etterspurt. Også av denne grunn hadde henvisningen til merkenavn som virkning at visse produkter ble favorisert eller utelukket. Det er ikke riktig at det er vanlig praksis å benytte merkenavn i konkurranser om anskaffelse av møbelprodukt, slik innklagede hevder.
- (11) Merkehenvisningen har medført at klager ble avvist, idet det ble misforstått hva som regnes for å være et "tilsvarende" produkt på det som er oppgitt i kravspesifikasjonen. Konkurransen må avlyses.
- (12) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (13) Det bestrides at innklagede har brutt § 8-3 ved å angi bestemte varemerker i kravspesifikasjonen. Det var ikke mulig å foreta en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand uten å henvise til bestemte varemerker. Dette blant annet fordi møblene skulle benyttes i samspill med eksisterende møblement og kontorutstyr. Denne vurdering anføres å ligge innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Henvisningen til varemerker hadde ikke som virkning at visse produkter ble favorisert eller utelukket, ettersom det åpnes for tilsvarende produkter, og bransjen er kjent med denne praksisen. Dette underbygges av at flere av tilbyderne har levert tilbud basert på tilsvarende produkter, og som ble akseptert av oppdragsgiver. Avvisningen av klagers tilbud var ikke et resultat av favorisering av merkenavn. Klagers produkt tilbuds under punkt 4.1.2 og som medførte avvising brøt med grunnleggende trekk ved referanseproduktet fordi det hadde fire i stedet for ett bein.
- (14) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder innkjøp av møbler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til kroner 950 000. 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. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (16) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 8-3 (4), ved å vise til bestemte merkenavn i kravspesifikasjonen.

(17) Forskriften § 8-3 (4) lyder:

"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til 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 ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket "eller tilsvarende"."

- (18) Innklagede har i kravspesifikasjonen angitt merkenavn på samtlige av de etterspurte møbelproduktene. Det er vist til produkter fra møbelprodusentene "HÅG", "Edsbyn", "Foraform", "RBM" og "Lium". Videre er det vist til merkenavn som knytter seg til spesifikke møbelprodusenter. Dette gjelder "Planet" bord og stol, som er produkt tilhørende Foraforms kolleksjon, "Haga 572" som henviser til stoler fra Edsbyn, og stolen "Pato 4212" som tilhører varemerket Fredericia Furniture. Det er således vist til merker, varemerker eller en bestemt opprinnelse eller produksjon for samtlige produkter i kravspesifikasjonen, og forskriften § 8-3 (4) kommer følgelig til anvendelse.
- (19) Spørsmålet er først 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). Innklagedes henvisning til at det ble åpnet for tilsvarende produkter, og at bransjen er kjent med denne praksisen, er ikke tilstrekkelig, jf. også klagenemndas sak 2012/17 premiss (56). Uavhengig av om innklagede favoriserte merkenavnene ved tildelingsevalueringen, er det uansett nærliggende at utformingen av tilbudene ble påvirket av merkehenvisingene.
- (20) 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*".
- (21) Innklagede har forsvart merkehenvisingene med at møblene skulle benyttes i samspill med eksisterende møblement og utstyr. Spørsmålet er om "*kontraktens gjenstand*" av denne grunn berettiger merkehenvisingene.
- (22) Anskaffelsen av møbler var foranlediget av at innklagede skulle utvide sine kontorlokaler, og i den forbindelse supplere sitt eksisterende møblement. I denne forbindelse var det sentralt for innklagede at de nye møblene inngikk i et samspill med de eksisterende. Dette formålet berettiger etter klagenemndas syn at innklagede viste til bestemte merker på de møblene som skulle suppleres. Det ville vært i strid med formålet om å sikre mest mulig effektiv ressursbruk å kreve at eksisterende møblement skiftes ut for at nytt møblement skal være likt det eksisterende. Merkehenvisinger anses berettiget av "*kontraktens gjenstand*" med den begrunnelse at møblene skulle benyttes i samspill med eksisterende møblement.
- (23) Ettersom unntaket kommer til anvendelse, har ikke innklagede brutt forskriften § 8-3 (4) ved å benytte merkenavn i kravspesifikasjonen.
- (24) I tillegg til å angi de etterspurte produktene med bestemte merker, hadde innklagede opplyst i konkurransegrunnlaget at tilsvarende produkter kunne leveres. Selv om konkurransegrunnlaget åpnet for tilsvarende produkter, inneholdt kravspesifikasjonen

sparsomme opplysninger til hvilke egenskaper som var sentrale ved tilsvarende produkt. Til dette kommer at innklagede i kunngjøringen hadde krysset av for at alternative tilbud ville godtas, men uten å angi alternative krav for disse, jf. forskriften § 11-4.

- (25) Det følger av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. EU-domstolen uttalte i sak C-368/10 (Max Havelaar), premiss 109, at gjennomsiktighetsprinsippet, nedfelt i direktiv 2004/18/EF artikkel 2, innebærer at *"alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsprosedyren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt"*, slik at det er mulig for alle *"rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde"*, og slik at oppdragsgiver effektivt kan etterprøve *"om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt"*.
- (26) De etterspurte produktene i kravspesifikasjonen var beskrevet med hvilken type materiale, farge og hvor produktet skulle plasseres i kontorlokalet. Kun en utvalgt mengde av produktene var også beskrevet med mål og andre anmerkninger, som for eksempel at kontorstolen Håg H05 5600 hadde justerbare armlener, eller at hjørnebord fra Edsbyn Connect, type 371 hadde bordplate med magebue og avrundede hjørner. Innklagede hadde vedlagt tegninger av de etterspurte merkeproduktene i kravspesifikasjonen, men disse var utydelige og anga heller ikke mål på mange av møblene.
- (27) Etter klagenemndas mening fremgikk det ikke klart av konkurransegrunnlaget hvilke nærmere egenskaper *"tilsvarende"* produkt måtte ha opp mot de oppstilte merkeproduktene. Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget om tilsvarende produkt eksempelvis kun krevde funksjonell brukslikhet til de oppstilte produkt, eller om det var krav til like dimensjoner og konstruksjon, og/eller om det var et strengt eller mer fleksibelt krav til visuell likhet. Angivelsen av at alternative tilbud ville godtas bidro til å gjøre dette ytterligere uklart. Hertil kommer også at markedsføringsloven § 30 oppstiller forbud mot å benytte etterligninger av annens produkt på nærmere vilkår.
- (28) Konkurransegrunnlaget sin beskrivelse av de oppgitte merkeprodukt med tillegg av bilder uten særlig nærmere spesifikasjoner, gir etter klagenemndas syn ikke presis nok veiledning for tilbyderne med hensyn til hvilke fravikelser fra de oppgitte merkeprodukt som ville godtas som *"tilsvarende"*. Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (29) Spørsmålet er om konkurransen må avlyses som følge av at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet. Klagenemnda har i sak 2011/171 premiss (61) uttalt at:
- "innklagede har 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"*.
- (30) Et brudd på kravet til forutberegnelighet ved uklart konkurransegrunnlag vil være en feil som etter sin art kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen for klagers vedkommende. Neste spørsmål blir da om klager har påvist at konkurransen uten denne feilen *"kunne fått et annet utfall"* for klagers vedkommende.

- (31) Klager ble avvist med den begrunnelse at klagers tilbudte produkt ikke kunne karakteriseres som "*tilsvarende*" produkt som oppstilt i kravspesifikasjonen. Dersom innklagede hadde opplyst på en tilstrekkelig klar måte hvilke krav som stiltes til "*tilsvarende*" produkt, kan ikke klagenemnda utelukke at klager hadde tilbudt andre produkt, og at klager dermed kunne unngått avvisning. Konkurransen kunne således fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom feilen ikke var begått. Det kan heller ikke utelukkes at feilen kan ha avholdt leverandører fra å delta i konkurransen, ettersom uklarheten medførte en risiko for avvisning ved å tilby antatte tilsvarende produkt. På denne bakgrunn finner nemnda at konkurransen må avlyses som følge av at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet.

Konklusjon:

Fylkesmannen i Troms har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved at det ut fra konkurransegrunnlaget fremstod som uklart for tilbyderne på hvilke betingelser tilbudte produkt kunne aksepteres som "*tilsvarende*" de merkeprodukt som var oppstilt i kravspesifikasjonen. Konkurransen skulle som følge av dette vært avlyst.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 24. januar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl