



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til ytelsen/teknisk spesifisering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av idrettsutstyr. Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt forskriften § 15-1 (4) ved å henvise til varemerker i kravspesifikasjonen. Klager fikk medhold i denne anførselen. De øvrige anførselene fra klager ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 25. september 2018 i sak 2017/123

Klager: Tress C Monsen AS

Innklaget: Hedmark fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

(1) Hedmark fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 9. mars 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av idrettsutstyr til Hedmark og Oppland fylkeskommune og kommunene Lillehammer, Øyer og Gausdal. Tilbudsfristen var 24. april 2017.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var formålet med anskaffelsen beskrevet kort:

«Anskaffelse av idrettsutstyr, primært til bruk i barnehager, barneskoler, ungdomsskoler og videregående skoler. I tillegg skal det anskaffes servicekontroller til gymsaler, idretts- og svømmehaller.»

(3) I kravspesifikasjonen punkt 8-10 fremgikk det:

«I prisskjemaet har oppdragsgiver oppgitt de varer som faktisk er kjøpt de siste 2 årene. Det betyr IKKE at oppdragsgiver krever identiske varer tilbudt. Prisskjemaet benytter derfor formuleringen «eller tilsvarende». Oppdragsgiver vil presisere at dette innebærer at tilbudte produkter må ha minst samme egenskaper/funksjoner/kvalitet som oppgitte produkter.

Det er tilbyder som har bevisbyrden for at tilbudte produkter er «eller tilsvarende».

(4) Under følger et utvalg varer som skulle prises i prisskjemaet:

- *«Biljardbord Black Pool 8 fot Biljardbord med skiferplate*
- *Fotballspill i betong Utendørs fotballspill*

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- *Airhockeybord Toronot*
- *Fotballspill Roberto College Høy kvalitet og etter internasjonale mål*
- *Stort bowlingspill Fargerike kjebler med kule av plast*
- *Enhjulssykkkel Qu-Ax Luxus 24" Minimum benlengde: 68 cm*
- *Enhjulssykkkel Qu-Ax Luxus 20" Minimum benlengde: 61 cm*
- *Frisbeemål DISCatcher ® PRO fast Frisbeegolfmål*
- *Hoppestokk QU-Ax Pogo 50-80 kg Hoppestokk for barn/voksne inntil 80 kg*
- *Poengmatte med 8 erteposer 150x150 cm, gulyblink*
- *Miniski – Ny modell Klassisk miniski med enkel montering*
- *Akematte Rød 120 x 50 x 5 cm*
- *Plystreball Vortex Aero Howler Kast riktig og hør ballen hyle!*
- *Frisbee Guru 110 gram Kvalitetsfrisbee med god flyteevne*
- *Frisbee Guru 175 gram Allround kvalitetsfrisbee for voksne*
- *Frisbeegold Deluxe mellomdistanse Mellomdistanse»*

- (5) Under kolonnen «VAREBESKRIVELSE» sto det etter hvert produkt: «*ELLER TILSVARENDE*».
- (6) Tildelingskriteriene var ifølge konkurransegrunnlaget punkt 9.1 pris, som talte 50 prosent, «*garantier material og fabrikasjonsfeil*», som talte 25 prosent, og kvalitet, som talte 25 prosent.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører, herunder Tress C Monsen (heretter klager) og Klubben AS (heretter valgte leverandør).
- (8) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 13. juni 2017.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. august 2017.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. september 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt forskriften § 15-1 (4) ved å bruke merkenavn i angivelsen av kravene til egenskapene til de varene som skulle anskaffes. Det var ikke nødvendig å gjøre det på denne måten ut fra anskaffelsens formål, og det var mulig for oppdragsgiver å beskrive varene tilstrekkelig presist og forståelig uten merkehenviing ved å vise til funksjoner

materialtyper, kvaliteter, aldersgrupper eller nivå på de som skulle bruke produktene, eller lignende.

(12) På grunn av resultatet klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det bestrides at § 15-1 (4) er brutt, ettersom det er adgang til å vise til merkenavn så lenge dette ikke fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Det er vanlig å bruke henvisninger som de aktuelle ved offentlige innkjøp. Innklagede har her sørget for at det ikke vil skje noen favorisering ved å presisere i konkurransegrunnlaget at det er egenskapene/funksjonene/kvalitetene som etterspørres. I de fleste tilfellene er også varene gitt en ytterligere beskrivelse ut over merkenavn, slik som for eksempel: «*Badmintonracket Victor Allround – Allround badmintonracket til hard bruk*». Artikkelnummeret til dagens leverandør var også oppgitt, slik at leverandørene fikk tilgang til bilde og beskrivende tekst. For en rekke varelinjer er det ikke benyttet merkenavn.
- (14) Under enhver omstendighet er det tillatt å bruke merkenavn med tillegget «*eller tilsvarende*» i henhold til forskriften § 15-1 (4) bokstav b. Det må i denne forbindelse foretas en hensiktsmessighetsvurdering knyttet til bruken av merkenavn, der hensyn til ressursbruk og presisjonsnivå i beskrivelsen vektlegges. Bruk av merkenavn økte i dette tilfellet presisjonsnivået. I tillegg ville detaljerte beskrivelser av over 200 produkter være svært ressurskrevende for oppdragsgiver, det ville være vanskelig å forholde seg til for leverandørene og det ville åpnet for mange spørsmål og forskjellige tolkningsmuligheter.

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 anskaffelse av idrettsutstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ca. to millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (16) Det følger av denne forskriften § 15-1 (4) at angivelsen av de krav som stilles til en vare ikke kan «*vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*». Dette gjelder likevel ikke dersom «*det ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd*», jf. bokstav b.
- (17) Det er ikke omtvistet at innklagede for flere av produktene har angitt merkenavn, slik som for eksempel: «*Enhjulssykkel Qu-Ax Luxus 20" Minimum benlengde: 61 cm*» og «*Airex Balanseputer Bestselger til trening og rehabilitering*». Merkenavnene er imidlertid ledsaget av tilføyelsen «*eller tilsvarende*», hvilket innebar «*at tilbudte produkter må ha minst samme egenskaper/funksjoner/kvalitet som oppgitte produkter*». Klager har anført at dette er i strid med forskriften § 15-1 (4). Et første spørsmål er dermed om henvisningen til merkenavnene «*fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*».

- (18) En sak med en viss overføringsverdi er klagenemndas avgjørelse i sak 2016/47. Saken gjaldt kjøp og montering av ishockeyvant, og det var i kravspesifikasjonen vist til NIHFs reglement, samt «*Raita Hornium eller tilsvarende sertifisert vant*». På NIHFs nettsider fremgikk det to referansevanter, men det var understreket at disse kun var «*referansevant, til hjelp i forbindelse med spesifisering av innkjøp*». Nemnda kom til at når opplysningene fra konkurransegrunnlaget og nettsiden ble lest i sammenheng, var det nærliggende å forstå henvisningen til merkenavnene slik at de kun var nevnt for å illustrere hvilke vant det var tale om.
- (19) I vår sak presiserer konkurransegrunnlaget at angivelsen av merkenavnene ikke betyr at samme produkt må tilbys. Merkenavnene tjener likevel ikke kun den funksjon at de eksemplifiserer det produktet som er etterspurt. Merkenavnene (og presiseringen av at tilbudte produkter må ha minst samme egenskaper/funksjoner/kvalitet som oppgitte merker) utgjør i flere tilfeller *selve beskrivelsen* av hvilke egenskaper produktene skal ha.
- (20) Terskelen for når bruk av merkenavn eller lignende skal anses å ha konkurransevridende virkning er lav, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2012/73 premiss (23) med videre henvisninger. I sak 2016/47 var pris det eneste tildelingskriteriet. Nemnda fant at oppdragsgiver ikke hadde brutt regelverket, men uttalte at vurderingen kunne vært en annen dersom kvalitet var et tildelingskriterium, fordi det i slike tilfeller er lettere å se for seg at visse produkter favoriseres på bekostning av andre.
- (21) I foreliggende sak er kvalitet et tildelingskriterium som teller 25 prosent. Når henvisningen til merkenavn beskriver de egenskaper/funksjoner/kvalitet produktet forventes å ha, kan det føre til en favorisering eller utelukkelse av visse leverandører eller produkter, eksempelvis ved at det blir utfordrende for andre leverandører enn innehaveren av merkenavnene å klarlegge hvilke egenskaper produktet forventes å ha, og hva som vil bli premiert av oppdragsgiver ved evalueringen. Klagenemnda finner derfor at henvisningen til bestemte varemerker «*fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*».
- (22) Et neste spørsmål blir dermed om det «*ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd*», jf. forskriften § 15-1 (4) bokstav b. I tredje ledd nevnes blant annet ytelses- og funksjonskrav, tekniske spesifikasjoner og kombinasjoner av disse. Ordlyden «*ikke er mulig*» tilsier at det rent faktisk skal være svært vanskelig å beskrive produktet på annen måte.
- (23) Bestemmelsen i § 15-1 (4) bygger EU-direktiv 2014/24/EU artikkel 42 (4), som presiserer at unntaket gjelder «*on an exceptional basis*». Det samme kommer til uttrykk i klagenemndas avgjørelse i sak 2012/17 premiss 60 og Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 20.3.5, som omtaler bestemmelsen som en snever unntaksregel:
- «Terskelen for når det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig med bruk av ytelses- eller funksjonsbeskrivelser eller ved henvisning til tekniske spesifikasjoner eller standarder, er høy. Unntaket skal tolkes snevert.»*
- (24) Innklagede anfører at det vil være svært ressurskrevende, lite hensiktsmessig, vanskelig å forholde seg til for leverandørene og gi forskjellige tolkningsmuligheter dersom hvert produkt skal beskrives uten henvisning til bestemte merkenavn.

- (25) Klagenemnda deler ikke dette synet. Anskaffelsen gjelder riktignok omtrent 200 ulike typer sportsartikler, treningsutstyr gymnastikkutstyr og lignende, men den omstendighet at det etterspørres et vidt produktspekter er ikke i seg selv noe argument for bruk av merkenavn i beskrivelsen av produktenes egenskaper. For en rekke av produktene der merkenavn er brukt, finnes det internasjonale standarder, og nemnda har i det hele vanskelig for å se at det er en uoverkommelig oppgave å beskrive egenskapene ved de produktene innklagede ønsket tilstrekkelig presist uten å gjøre bruk av merkenavn.
- (26) Innklagede har følgelig brutt forskriften § 15-1 (4). Dette kan ha hindret leverandører fra å delta i konkurransen, og kan ikke rettes på annen måte enn gjennom avlysning.
- (27) Bruddet kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.
- (28) Ettersom det forelå avlysningsplikt, har klager ikke rettslig interesse i å få prøvd sine øvrige anførsler.

Konklusjon:

Hedmark fylkeskommune har brutt forskriften § 15-1 (4) ved å vise til bestemte varemerker som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes.

Klagers øvrige anførsler blir ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk