



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2003 i sak 2003/36

Klager: Låsservice Midt-Norge AS

Innklaget: Sør-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Bruk av rådgiver som selv deltar i konkurransen. Forbud mot å angi konkrete produkttyper i kravspesifikasjonen. Likebehandling. God anbudsskikk. Gjennomsiktighet.

Bakgrunn:

Sør-Trøndelag fylkeskommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde i Norsk Lysingsblads elektroniske database (DOFFIN) 10.2.2003 en åpen anbudskonkurranse for "Byggherrestyrte delentrepriser...Utførelse av påbygg og ombygging av Melhus videregående skole".

Anskaffelsen var delt opp i fem entrepriser. En av entreprisene, "E2401 – Hovedentreprise bygg", var videre delt opp i 11 ulike bygningsarbeider, herunder "Tømrer og snekkerarbeider". Anskaffelsen av tømrer- og snekkerarbeidene omfattet låser og beslag til en anslått verdi av kr. 270 000,-

Innklagede har en rammeavtale med Industribeslag AS om levering av låser og beslag til fylkeskommunen. Innklagede engasjerte Lusparken arkitekter AS til å utarbeide kravspesifikasjonen for entreprisen "E2401 – Hovedentreprise bygg", men ba om at Industribeslag AS skulle utarbeide kravspesifikasjonen for låsene og beslagene.

Industribeslag AS deltok deretter i selve konkurransen, ved å levere inn et tilbud på låser og beslag.

Nærmere om konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen:

Kravspesifikasjonen av låser og beslag som ble utarbeidet av Industribeslag AS, inneholdt en liste over sylindere, låskasser, dørvidere mv., beskrevet med en angivelse av en sifferkode. Denne sifferkoden er hentet fra TrioVings produktkatalog, og er dermed en angivelse av

konkrete produkttyper fra denne produsenten. Åtte av produktene viste kun til Industribeslag AS sine interne produktkoder. Det var ikke tatt inn noen angivelse av at det kunne gis tilbud på tilsvarende produkter i listen.

I den øvrige del av konkurransegrunnlaget, post 06.24A.243, var det under ”Tømrer og snekkerarbeider” tatt inn følgende:

”For dører som ikke skal ha terskel, skal det leveres og monteres rustfritt beslag i hele karmens bredde, inkludert i enhetsprisen for dørene. Beslaget skal skrus til underlaget, og legges etter at gulvbelegget er lagt....Type dør: Skellefteå Snickerisentral el tilsvarende kvalitet. Leverandør oppgis...

...

INNERDØRER...Vrider/ skilt: Iht. beslagsskjema...For øvrig gjelder generell beskrivelse”.

I konkurransegrunnlagets Bok 0, pkt. 1.3. var det videre tatt inn følgende:

”Krav til innleverte tilbud...Postbeskrivelsen skal fylles ut uten tilføyelser. Evt. endringer skal angis som alternative priser og fylles ut i et eget følgebrev til tilbudet.”

I tilbudsskjema vedlagt konkurransegrunnlaget ble det i ”2.2 FORBEHOLD, ALTERNATIVE PRISER ETC” opplyst at:

”...Eventuelle alternative priser til løsninger / funksjoner skal føres opp i eget følgebrev til tilbudet. Han skal angi konsekvensene dette har for andre entrepriser eller andre elementer i entreprisen Disse vil ikke bli vurdert dersom tilbyder ikke har levert inn tilbud som angitt”.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at det i bransjen er vanlig at leverandører utarbeider kravspesifikasjoner vederlagsfritt, mot at de får spesifisere egne produkter. Leverandørene får i tillegg inngående kjennskap til prosjektet og store fordeler i anbudsfasen. Klager anfører at Industribeslag AS ikke skulle fått delta i konkurransen når de får konkurransefordeler ved å være fylkeskommunens faste leverandør, har vært engasjert til å utarbeide kravspesifikasjonen og kravspesifikasjonen tar utgangspunkt i produkter Industribeslag AS fører.

Klager anfører at vilkårene for å angi konkrete produktnavn i kravspesifikasjonen ikke er oppfylt. Klager viser til at det er mulig å bruke nøytrale beskrivelser av låser og beslag, idet klager ved flere anledninger har deltatt i konkurranser om kontrakter med dette som utgangspunkt.

Klager anfører videre at innklagede ved å benytte Industribeslag AS som rådgiver ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen og deretter tillate at Industribeslag AS deltar i konkurransen har opptrådt i strid med forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.6.2001 om offentlige anksaffelser § 3-6.

Innklagedes anførsler:

Klager anfører prinsipalt at det er tatt inn ”eller tilsvarende” i angivelsen av låser og beslag. Klager anfører at alle de beskrevne produktene er tilgjengelig for alle i bransjen. Leverandørene kunne dermed gi tilbud på tilsvarende produkter også fra andre låsprodusenter enn TrioVing, og produktbeskrivelsen kan ikke anses konkurransevridende og dermed ulovlig. Det har kommet inn seks tilbud, og i hvert fall ett tilbud er lavere priset enn Industribeslag AS sitt tilbud. Dette viser at kravspesifikasjonen ikke har vært konkurransevridende.

Subsidiært anfører innklagede at det under enhver omstendighet ikke får noen betydning uansett om formuleringen ”eller tilsvarende” kan anses benyttet eller ikke. Innklagede viser her til at det fremgår av konkurransegrunnlaget at det er anledning til å gi alternative tilbud.

Industribeslag AS har særlig kompetanse og kunnskap om innklagedes virksomhet, og det må derfor være tillatt å benytte disse som rådgivere ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen.

Verdien av de åtte beslagene hvor det bare var vist til Industribeslag AS sine interne produktkoder var begrenset til kr. 800,-, og kan derfor ikke ha hatt noen betydning.

Klagenemndas vurdering:

Klager er leverandør av låser og beslag, og klagenemnda finner at han har saklig klageinteresse i forhold til den aktuelle anskaffelsen. Klagen er rettidig, jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Innklagede har i kunngjøringen av anskaffelsen tatt utgangspunkt i at den følger reglene i forskriften del III, og klagenemnda legger dette til grunn. Saken gjelder en delentreprise.

Saken reiser tre spørsmål, nemlig (1) hvorvidt innklagdes bruk av Industribeslag AS var i strid med habilitetsregelen i forskriftens § 3-6, (2) hvorvidt Industribeslag AS skulle vært avvist fra deltagelse i konkurransen om tømmer og snekkerarbeider fordi låser og beslag innen Industribeslag AS sitt produktregister var inntatt i kontraktsunderlaget etter råd og anvisning fra samme – og (3) hvorvidt kontraktsgrunnlagets referanser til et bestemt låsfabrikat som Industribeslag AS forhandlet innebar et brudd på forskriftens § 12.2(2).

Ad (1) *om bruk av Industribeslag AS som rådgiver*. Forskriften § 3-6 fastsetter forbud mot at oppdragsgiver søker eller mottar råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjonen for en bestemt anskaffelse fra noen som har en økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse. I NOU 1997:21 s. 132 er det nevnt som eksempel på anvendelsen av bestemmelsen at vedkommende ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget utformer prosjektbeskrivelsen på en slik måte at det spesielt tilpasses hans eget produksjonsapparat. I slikt tilfelle vil rådgiveren ikke være uhildet når han bistår anbudsinnbyder, og han skal derfor ikke engasjeres fordi dette vil kunne undergrave fri konkurranse om oppdraget. Bestemmelsen forutsetter at konkurranse vil kunne utelukkes, men må tolkes slik at også risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av vedkommende rådgiver omfattes. Slik saken er opplyst, mener klagenemnda at innklagde

ikke skulle anvendt Industribeslag AS fordi dette foretak etter alt å dømme hadde en egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt.

Ad (2) om hvorvidt Industribeslag AS skulle vært avvist fra anbudskonkurransen fordi dette foretak allerede hadde deltatt som rådgiver med anvisning om bruk av det låsprodukt som rådgiveren i egenskap av tilbyder ville ha fordel av å levere. Bestemmelsen i § 3-6 er en prosedyreregulering og avgrenser seg til å gjelde valg av rådgivere. Den vedrører etter sitt innhold ikke spørsmålet om hvorvidt rådgiver som er i den stilling som § 3-6 omhandler - etter å ha vært rådspurt i strid med forskriften - allikevel tillates å delta i den etterfølgende konkurranse. Forskriftens regler om avvisning med henvisning til forhold ved leverandøren omhandles i forskriftens (Del III) § 15-12 og er i hovedsak ment å skulle være uttømmende. Hvis rådgivers deltagelse i konkurransen kan sies å være et utslag av ”alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje”, kan avvisning skje etter § 15-12(2) bokstav d. Men nemnda har ikke materiale til å uttale seg om et slikt spørsmål. I utgangspunktet er det ellers ikke hjemmel for å avvise en tilbyder som har deltatt som rådgiver i strid med § 3-6, slik som når det gjelder tilbud fra ansatte hos oppdragsgiver etter § 3-5. Deltar rådgiveren allikevel, skjerpes kravene til fullstendig og ikke-diskriminerende håndtering av oppdragets opplysningsunderlag, og særlig i relasjon til prinsippet om konkurranse, likebehandling av tilbydere – og krav til ”god anbudsskikk” nedfelt i lov om offentlige anskaffelser § 5 første og annet ledd, jf tilsvarende forskriftens § 3-1. Enten må oppdragsgiver i slikt tilfelle selv sørge for at likhetsprinsippet ivaretas ved håndteringen av saken, eller han må engasjere en ny og uhildet rådgiver til å forberede kontraktsdokumentasjonen. Den følgende drøftelse av bruk av produktrelaterte kontraktsspesifikasjoner må ses i lys av dette.

Ad (3) om hvorvidt kontraktsgrunnlagets referanser knyttet opp mot ett av flere konkurrerende produkter i markedet er i strid med regelverket.

Tekniske spesifikasjoner i kontraktsunderlaget omhandles i forskriftens § 12-2 (2):

”Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av et bestemt fabrikat eller opprinnelse, eller angir en særlig produksjonsmetode, dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger til det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene ”eller tilsvarende”.”

Klagenemnda konstaterer at anbudsgrunnlaget anvender spesifikasjoner for et bestemt låsprodukt, men kan ikke se at innklagede har godtgjort at vilkårene for å gjøre dette foreligger etter den refererte bestemmelse. Klageren har fremholdt at det finnes andre låsprodukter i markedet og innklagde har ikke vist at kontraktsgjenstanden – posten dørlåssystemer - er til hinder for å benytte en nøytral funksjonsbeskrivelse. Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å komme nærmere inn på dette, idet det under enhver omstendighet ikke fremkomme tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at det kan gis tilbud på produkter ”tilsvarende” det som er spesifisert. Generelle eller spesielle bestemmelser om adgang til å levere inn alternative tilbud, jf innklagdes anførsler gjengitt ovenfor, oppfyller ikke forskriftens mer presise krav, klarligvis heller ikke oppfatninger i bransjen eller praksis om at leverandører vanligvis legger til grunn at det kan gis tilbud på ”tilsvarende” produkter. Vilkaene for å benytte en produktbeskrivelse slik som i det foreliggende tilfelle kan derfor uansett ikke anses å være tilstede. Klagenemnda vil tilføye: Det er etter nemndas oppfatning uforenlig med grunnleggende krav om konkurranse, likebehandling og god anbudsskikk å la

anbudssinnbyders faste rådgiver utarbeide en kravspesifikasjon som angir produkttyper som vedkommende rådgiver selv er forhandler av, når samme rådgiver senere gis adgang til å delta i konkurransen.

Klagenemnda sammenfatter sitt syn på saken ved å uttale at Industribeslag AS sine ulike roller, og det endelige resultat av rådgivningsprosessen, må medføre dels at Industribeslag AS med sin kombinerte egeninteresse som rådgiver og forhandler ikke skulle vært engasjert som rådgiver, at Industribeslag AS tross dette nok kunne deltatt i konkurransen, men da under forutsetning av at kontraktsspesifikasjon ikke gir dette foretak noen fordeler og ganske særlig ikke dreies inn mot rådgiverens leverandør av et bestemt merkeprodukt. På de anførte punkter mener klagenemnda at det er tale om brudd dels på kravet til likebehandling og god anbudsskikk i forskriften § 3-1, dels på forskriftens § 12-2 om tekniske spesifikasjoner.

Konklusjon:

Sør-Trøndelag fylkeskommune har brutt plikten til å likebehandle leverandørene og kravet til god anbudsskikk i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved gjennomføring av konkurranse om påbygg og ombygging av Melhus videregående skole. Sør-Trøndelag fylkeskommune har videre brutt forbudet mot bruk av tekniske spesifikasjoner i forskriften § 12-2.

For klagenemnda,

Svein Dahl,

7.5.2003