



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS
Att: Christian Hambro
Rådhusg. 5 B
0151 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2008/179

Dato
30. mars 2009

AVVISNINGSBESLUTNING I KLAGESAK

Det vises til klage på offentlig anskaffelse av 8. oktober 2008. 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 ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsvedtak kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Fiskeri- og havbruksnæringens forskningsfond (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. juli 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om en juridisk utredning av innklagedes handlingsrom innenfor statsstøtteregelverket.
- (2) Oppdraget var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 4.3 "*Problemstillinger som skal belyses*":

"Utredningen har følgende mandat:

"FHF ønsker å gjennomgå og utrede forholdet mellom FHF's virksomhet og statsstøtteregelverket på fiskerisektoren (inkludert havbruk).

Bakgrunnen for dette er å klarlegge likheter og forskjeller i tilnærming til støttepraksisen for derigjennom å synliggjøre, samt utvide eller avgrense det mulige handlingsrom som foreligger.

Følgende problemstillinger skal utredningen i det minste inneholde.

- *Generelle prinsipper for ulike former for statsstøtte (WTO, EU og EØS)*
- *Forholdet mellom EØS-avtalen og statsstøtteregelverket på fiskerisektoren*
- *Parallele ordninger til FHF i EU*
- *Spørsmål om definering av FoU-begrepet i forhold til statsstøtte*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

- *Spørsmål om forskning, utvikling og innovasjon skal behandles ut fra samme kriterier, herunder spørsmål om*
 - *intellektuelle rettigheter og åpenhet, og prinsipper for håndtering av slike rettigheter, og*
 - *konkurransetsetting av midler, jf gjeldende regelverk og praksis for de ulike ordninger*
- *En vurdering av FHF's virksomhet opp mot gjeldende regelverk"*
FHF vil gi følgende utfyllende opplysninger til mandatet:

Oppdragsgiver ønsker at utredningen skal være fremoverskuende fremfor en revisjon av eksisterende praksis hos Oppdragsgiver. Utredningens primære fokus skal være en kartlegging av det handlingsrom som foreligger for FHF i forhold til regelverket for statsstøtte med de eventuelle særlige bestemmelser som gjelder innenfor fiskeri- og havbrukssektoren.

Utgangspunktet er at FHF's virksomhet skal være i overensstemmelse med det regelverk om offentlig støtte som gjelder nasjonalt og internasjonalt. Kartleggingen av regelverket og implikasjonene for FHF bør primært omfatte relevant norsk regelverk om offentlig støtte og relevant regelverk om offentlig støtte i EØS.

Tilbyder skal blant annet vurdere i hvor stor grad FHF's virksomhet vil falle inn under ulike gruppeunntak, og eventuelt hvilke tilpasninger som eventuelt kan gjøres for å falle inn under aktuelle unntak.

Utredningen skal bygge på eksisterende kompetanse, for eksempel i form av eventuelle vurderinger gjort av Norges Forskningsråd eller Innovasjon Norge om definering av FOU-begrepet og om ulike støttesatser.

Det skal særlig vurderes hvilken betydning de særlige bestemmelser om fiskeri i EØS-avtalen har for FHF's handlingsrom i forhold til statsstøtteregelverket.

FHF er kjent med at det blant annet foreligger følgende lignende ordninger innenfor fiskerisektoren i EU i Danmark, Nederland og England. Oppdraget innbefatter innhenting av informasjon om disse ordningene, samt en vurdering av hvilken betydning slike parallelle ordninger i EU har i forhold til FHF's handlingsrom innenfor statsstøtteregelverket. FHF vil kunne bistå i forhold til innhenting av informasjon om disse ordningene.

Tilbyder skal innhente nødvendige opplysninger fra Oppdragsgiver i forhold til avklaring av spørsmål og innhenting av informasjon knyttet til FHF's virksomhet av relevans i forhold til utredningen. Etter inngåelse av kontrakt skal det holdes et oppstartsmøte hos Oppdragsgiver med gjennomgang av prosjektet og overlevering av informasjon."

- (3) Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget punkt 5 gitt følgende informasjon om tildelingskriteriene:

"Kontrakten tildeles den Tilbyder som etter en helhetsvurdering har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende kriterier i prioritert rekkefølge:

- *Kompetanse og erfaring fra tidligere oppdrag med relevans for denne utredningen.*
- *Tilbyders forståelse av oppdraget i Tilbyders besvarelse.*
- *Pris.”*

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 var det gitt regler for hvordan tilbudet skulle utformes:

”3.2 TILBUDETS UTFORMING

[...]

3.2.3 Besvarelse av kravspesifikasjon

Tilbyder skal gi en kortfattet beskrivelse av hvordan man vil oppfylle de enkelte krav i kravspesifikasjonen, jf. pkt. 4. Videre skal tilbyder referere til relevant dokumentasjon på Tilbyders kompetanse på de enkelte områder det stilles krav om at utredningen skal omfatte.

Tilbyders besvarelse skal gi et bilde på Tilbyders forståelse av oppdraget.

Tilbyders besvarelse vil inngå i den endelige kontrakten.

[...]

3.2.6 Dokumentasjon på kompetanse

Tilbyder skal vedlegge CV’er for nøkkelpersoner som vil yte de forespurte tjenester i henhold til dette oppdraget. Den enkeltes særlige erfaring på rettsområder av relevans for denne utredning skal fremgå av dokumentasjonen.

Oppdragsgiver skal levere annen relevant dokumentasjon på kompetanse for oppdraget. Dette kan for eksempel være en oversikt over Tilbyders lignende leveranser de siste 3 årene.”

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 15. september 2008 kl. 12.00. Seks leverandører leverte tilbud innen fristen. Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS (heretter kalt klager) leverte tilbud 12. september 2008. Fra tilbudet hitsettes:

”5. Arbeidsmetodikk. Sluttproduktet

Utredningen vil basere seg på eksisterende internasjonalt og nasjonalt regelverk ramt rettspraksis. Den vil bygge videre på arbeider som advokat Hambro alt har gjort.

Det vil bli lagt opp til en dialog med kontaktpersoner i FHF under arbeidets gang. I tillegg vil det være naturlig å konferere med fagpersoner i Fiskeridepartementet, Landbruksdepartementet og Næringsdepartementet. Når utredningsarbeidet har kommet godt i gang, vil aktuelle problemstillinger bli drøftet under hånden med fagfolk i ESA og i EU. Slike kontakter vil skje i samråd med FHF, og internasjonale kontakter vil etter behov skje i forståelse med Fiskeridepartementet.

Utredningen vil ha et sammendrag på 2-5 sider, der hovedkonklusjonene blir presentert, og den vil ha en detaljert innholdsfortegnelse.

Hvert hovedavsnitt i utredningen vil ha et innledende sammendrag, og vil ellers få fram hvilke forhold FHF kan være særlig interessert i og hvilke forhold FHF i særlig grad må passe på.

Det antydes at utredningen vil bli på om lag 50 sider, men heller mer enn mindre.

I tillegg til selve utredningen vil det bli overlevert en mappe med kopi av det mest relevante regelverket på området.”

- (6) Blant de øvrige leverandørene som leverte tilbud i konkurransen var Thommessen Krefting Greve Lund AS (heretter kalt valgte leverandør). Fra valgte leverandørs tilbud hitsettes:

”2.2 Dedikerte ressurser

For å sikre at Disiplinærnemnden alltid blir ivaretatt, enkelt kommer i kontakt med oss og raskest mulig får den bistand som er nødvendig ønsker vi å tilby FHF tre kontaktpersoner:

- 1. [...]*
- 2. [...]*
- 3. [...]*

Vedlegg 5: CV for [...]

2.2.2 [...]: Partnerkontakt

[...]

2.2.3 [...]: FHF's hovedkontaktperson

[...] vil være FHF's hovedkontaktperson og vil til enhver tid være tilgjengelig for FHF. Han vil ha et særskilt ansvar for oppdraget og klientrelasjonen.

Fast advokat [...] er operativt ansvarlig for kjernetemaet for generell EU/EØS-rett og statsstøtterett i Thommessens avdeling for EU/EØS/konkurranserett. Han jobber eksklusivt med generell EU/EØS-rett (fire friheter og statsstøtte) og konkurranserett, med hovedvekt på førstnevnte kategori.

[...] jobber gjennomgående med en eller flere statsstøttesaker til enhver tid, og har konkret også vurdert saker tilknyttet FoU-ordninger. Han har erfaring fra offentlig sektor, ved Rettavdelingen i DU, hvor han blant annet var ansvarlig for statsstøtterett i EU/EØS og SCM-avtalen ('Subsidies and Countervailing Measures') og Antidumpingavtalen i WTO. I samme periode satt [...] i EFTAs ekspertgruppe for rettslige og institusjonelle spørsmål (Underkomité V). Han har også vært Assistant Director ved NHO Brussel, og har en særlig god personlig kjennskap til ESA og Kommisjonen. [...] har mer enn ti års erfaring med å jobbe med de problemstillinger som reises i konkurransegrunnlaget, hvor av åtte år som advokat.

[...]

2.3 Erfaring fra tidligere oppdrag

Thommessen har lang erfaring med å arbeide sammen med nasjonale og internasjonale virksomheter og myndigheter. Thommessen har således gjennom mange år hatt utstrakt samarbeid med norske bedrifter, organisasjoner, departementer, Kommisjonen og ESA. Vi arbeider daglig med statsstøtterettslige problemstillinger, herunder har vi også arbeidet konkret med prosjekter innen forskning og utvikling. [...]”

- (7) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev av 24. september 2008. Fra brevet hitsettes:

”Alle tilbydere dokumenterte at de var godt kvalifisert for oppdraget.

I forhold til kompetanse var det en gjennomgående høy kvalitet på tilbudene. Alle tilbydere hadde relevant høy kompetanse. Den valgte leverandøren tilbød et team som hadde gjennomgående sterk faglig kompetanse. Noen av tilbyderne, herunder den valgte leverandøren, skilte seg ut med mer direkte relevant erfaring enn de øvrige.

Alle tilbydere viste god forståelse av oppdraget. Den valgte leverandøren skilte seg likevel positivt ut med hensyn til forståelsen av oppgaven i besvarelsen. Særlig med hensyn til de særlige regler som gjelder i forhold til EØS-avtalen og statsstøtteregelveverket på fiskerisektoren.

Det var betydelige forskjeller i pris mellom de mottatte tilbud. Høyeste pris lå ca. 60 % over laveste. Den valgte leverandøren hadde et tilbud som lå ca. 15 % over laveste. Forståelsen av oppgaven, sammenholdt med sterk kompetanse og erfaring og et gjennomgående sterkt faglig team ble ansett å oppveie merkostnaden i forhold til lavere tilbud.”

- (8) På forespørsel fra klager, ga innklagede en nærmere begrunnelse for valg av leverandør i brev av 7. oktober 2008:

”Om vurderingsprosessen

Seks leverandører leverte tilbud på tjenesten. Alle leverte tilbud innen fristens utløp.

Det var gjennomgående høyt nivå på tilbudene. Alle tilbydere ble vurdert som kvalifisert til å utføre oppdraget.

Tilbudene ble vurdert av to eksterne advokater og FHF's administrasjon. Det var en samlet oppfatning at tilbudet fra Thommessen var det beste. Tilbudet fra Thommessen ble således vurdert foran tilbudet fra Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS (GHG).

Vi vil i det følgende gjøre rede for hvordan tilbudene fra Thommessen og GHG ble vurdert opp mot hverandre i forhold til tildelingskriteriene.

Nærmere begrunnelse

- *Kompetanse og erfaring fra tidligere oppdrag med relevans for denne utredningen*

Sentrale deler av utredningen gjelder forholdet til det internasjonale statsstøtteregelverket, herunder spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse og de konsekvenser det har om EØS-avtalen kommer til anvendelse. Utredningen skal videre blant annet gjøre rede for generelle prinsipper for ulike former for statsstøtte og for parallelle ordninger i EU. Utredning skal også behandle spørsmål knyttet til det regelverk som gjelder for FHF's virksomhet, herunder definisjon av FOU i forhold til statsstøtte, spørsmål om forskning, utvikling og innovasjon skal behandles ut fra samme kriterier, samt vurdere FHF's virksomhet opp mot gjeldende regelverk.

Thommessen tilbød et team som hadde gjennomgående sterk faglig kompetanse og erfaring. Alle de tilbudte advokater hadde relevant EU/EØS-rettslig og statsstøtterettslig kompetanse og erfaring. Thommessen dokumenterte også bred relevant erfaring med utredninger og oppdrag innen EU/EØS-rettslige problemstillinger og i forhold til statsstøtteregelverket. Samlet sett ble Thommessen vurdert på høyeste nivå i forhold til kompetanse og erfaring.

GHG ble vurdert som svært sterk med hensyn til kompetanse og erfaring i forhold til gjeldende regelverk på forskningsområdet. I forhold til statsstøtte/EU/EØS-rettslig kompetanse og erfaring ble denne vurdert som god, men likevel noe svakere enn Thommessen.

Samlet sett ble Thommessen vurdert som noe sterkere enn GHG i forhold til tildelingskriteriet kompetanse og erfaring. Dette skyldes blant annet vurdering av EU/EØS-rettslig kompetanse særlig i forhold til utredning av i hvilken grad EØS-avtalens bestemmelser om statsstøtte får anvendelse på FHF's virksomhet.

- *Tilbyders forståelse av oppdraget i Tilbyders besvarelse*

Alle tilbydere viste god forståelse av oppdraget. Thommessen skilte seg likevel positivt ut med hensyn til forståelsen av oppdraget i besvarelsen. Særlig gjaldt dette med hensyn til de EØS-rettslige problemstillinger, herunder spørsmålet om hva som anses som statsstøtte etter EØS-avtalen og EØS-avtalens anvendelsesområde. Thommessen dokumenterte gjennomgående svært god forståelse for oppgaven og hadde en poengtert og direkte redegjørelse for de sentrale spørsmål som ville berøres nærmere i utredningen.

Tilbudet fra GHG viste god forståelse av oppdraget. Besvarelsen fra GHG ble likevel oppfattet som mindre dyptgående med hensyn til EØS-rettslige problemstillinger og den betydning dette har for FHF's handlingsrom. Arbeidsmetodikken i tilbudet fra GHG ble vurdert som å legge vel mye opp mot avklaring med ulike myndigheter, mens konkurransegrunnlaget etterspør en mer selvstendig vurdering av de problemstillinger som er reist.

Thommessen ble etter dette vurdert som bedre enn GHG i forhold til forståelsen av oppdraget.

- *Pris*

Tilbudet fra Thommessen kr 494.375 inkl. mva. lå ca. 15 % over tilbudet fra GHG. GHG var således bedre enn Thommessen med hensyn til prisen for utredningen.

Helhetsvurdering

Thommessen ble vurdert foran GHG både med hensyn til kompetanse og erfaring, og med hensyn til forståelse av oppdraget. GHG var bedre på pris. Etter en helhetsvurdering ble fordelene ved tilbudet fra Thommessen ansett å oppveie merkostnaden i forhold til tilbudet fra GHG."

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 8. oktober 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Det er ikke grunnlag for å avvise saken fra behandling i klagenemnda. Innklagedes tildelingsbeslutning er ikke saklig og forsvarlig begrunnet, og innklagede har lagt feil faktum til grunn for evalueringen.
- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å vurdere valgte leverandør som bedre enn klager på tildelingskriteriet "*kompetanse og erfaring*". Oppdraget forutsetter kompetanse både i forhold til EØS-avtalens regler om statsstøtte generelt, og i forhold til de særlige reglene som gjelder for støtte til FoU. Den mest nærliggende fortolkningen av konkurransegrunnlaget er at det i første rekke skal legges vekt på erfaring med hensyn til EØS avtalens regler og praksis innenfor området statsstøtte/FoU. Etter det klager kjenner til har valgte leverandør god generell EØS-rettslig kompetanse, men ingen særlig kompetanse eller erfaring vedrørende EØS-avtalen i forhold til FoU. Klager har omfattende og dokumentert kompetanse vedrørende dette spørsmålet. Når innklagede har lagt avgjørende vekt på valgte leverandørs generelle kompetanse vedrørende EØS-avtalen, har innklagede evaluert tildelingskriteriet i strid med opplysningene i konkurransegrunnlaget.
- (12) Det fremgår av innklagedes begrunnelse at innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør har kompetanse vedrørende spørsmålet om EØS-avtalens bestemmelse får anvendelse på innklagedes virksomhet. Slik kompetanse har også klager i mer enn tilstrekkelig grad, noe som fremgår av klagers tilbud. Det kan ikke telle positivt ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud at valgte leverandør tar opp problemstillingen om innklagedes midler er å anse som statsmidler etter EØS-avtalen. Det er sikker rett at så er tilfelle. Det kan heller ikke telle positivt at valgte leverandør reiser spørsmål om ESA har overvåkningskompetanse på fiskerisektoren. ESA mener selv at det ikke har slik kompetanse. Om utredningen skulle konkludere med noe annet vil det ikke ha betydning for innklagedes handlingsrom. I tilfellet ESA ikke har denne kompetansen tilligger den kommisjonen. Hvem som har kompetansen skal ikke ha betydning for fortolkningen av regelverket.
- (13) Det bestrides ikke at valgte leverandør har erfaring med anvendelse av statsstøttereglene i forhold til fiskerisektoren. Dette er imidlertid ikke særlig relevant for vurderingen. Hoveddelen av den FoU-virksomheten innklagede har finansiert, og trolig vil finansiere

i fremtiden, vil foregå i bedriften og institusjoner utenom fiskerinæringen. For disse vil situasjonen enten være at de faller utenfor forbudet mot statsstøtte fordi de ikke er å anse som foretak, eller at man må følge de vanlige reglene om statsstøtte til FoU.

- (14) Innklagede har videre lagt vekt på det teamet valgte leverandør stiller med. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at dette er et relevant moment ved evalueringen. Det at valgte leverandør tilbyr flere personer er heller ikke relevant ved vurderingen, da ingen av de tilbudte personene har erfaring på området statsstøtte til FoU.
- (15) Når det gjelder tildelingskriteriet *"tilbyders forståelse av oppdraget i tilbyders besvarelse"* ser innklagede ut til å bygge på en feilaktig tolkning av klagers tilbud og hvilke perspektiver som bør være med for å forstå innklagedes handlingsrom. Klagers tilbud legger opp til en grundig og selvstendig juridisk fremstilling. For å beskrive innklagedes handlingsrom er det etter klagers mening et poeng å supplere den rent juridiske fremstillingen av regelverket med kjennskap til hvilken praksis relevante myndigheter vil legge til grunn, hvordan de anvender regelverket og hvordan de vektlegger de ulike hensynene. En del av dette vil fremgå av de skriftlige avgjørelsene, men nyansene og de dypere resonnementene vil man i en god del tilfeller bare få frem gjennom samtaler. Dette er grunnen til at klager har angitt at det vil bli tatt kontakt med fagpersoner både i Fiskeridepartementet, ESA og Kommisjonen. Ut fra dette er klagers tilbud mer komplett enn tilbudet fra valgte leverandør. Det er en mangel ved valgte leverandørs tilbud at den praktiske håndhevingen av statsstøtteregelverket ikke er tatt inn i tilbudet.
- (16) Uansett er det ikke tvil om at klagers tilbud omfatter en komplett leveranse med beskrivelse av alle regler prinsipper og praksis på feltet i samsvar med konkurransegrunnlaget. Dersom denne leveransen er like god eller bedre enn det valgte leverandør har beskrevet, er det ikke en svakhet ved klagers tilbud at det også omfatter et element som innklagede ikke var interessert i.
- (17) Dersom innklagede ikke ønsket at det ble tatt kontakt med myndigheter under arbeidets gang, kunne dette elementet i arbeidet uansett vært ekskludert. Det vises til at innklagede selv har forutsatt at det skal foretas en finjustering av opplegget på oppstartsmøte. Det fremgår også av klagers tilbud at det ikke vil bli tatt kontakt med myndigheter uten samtykke fra innklagede. Det er således urimelig og usaklig å gi trekk for dette ved evalueringen av tilbudet.
- (18) Innklagede har i tilsvaret endret synsvinkelen når det gjelder avsnittet om myndighetskontakt i klagers tilbud til at kontakten med myndigheter vil ta tid, noe som vil redusere tiden til å foreta en selvstendig vurdering av problemstillingene. Heller ikke denne begrunnelsen er holdbar. Som nevnt ville kontakten med myndigheter være en svært liten del av utførelsen av oppdraget. Innklagede kunne også ha sagt at innklagede ikke ønsket denne delen av tilbudet utført. For øvrig er det slik at når det gjelder et tilbud av den art som i dette tilfelle, vil klager levere kvalitet og om nødvendig ta de økonomiske konsekvensene av at timeforbruket blir høyere enn forutsatt. For fullstendighetens skyld nevnes også at klager på grunn av sitt nettverk i stor utstrekning kunne fått den informasjonen som var aktuell ved bruk av e-post, og uten særlig tidsforbruk.

- (19) Valgte leverandørs tilbud gir ikke grunnlag for innklagedes vurdering om at valgte leverandør *"skilte seg positivt ut med hensyn til forståelse av oppgaven i sin besvarelse"*. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 at *"[t]ilbyder skal gi en kortfattet beskrivelse av hvordan man vil oppfylle de enkelte krav i kravspesifikasjonen"*. I punkt 4.3 er hovedpunktene av hva som etterspørres fremhevet i kursiv. Det er tilbydernes beskrivelse av hvordan man vil gå inn i disse punktene som skal legges til grunn ved vurderingen av tilbudene. Valgte leverandørs tilbud er tilnærmet blank når det gjelder punktene *"Spørsmål om definering av FoU-begrepet i forhold til statsstøtte"*, *"Intellektuelle rettigheter og åpenhet, og prinsipper for håndtering av slike rettigheter"* og *"Konkurranseutsetting av midler, jf. gjeldende regelverk og praksis for de ulike ordningene"*. Valgte leverandørs ufullstendige beskrivelse av oppgaveforståelsen gjør at grunnlaget for å vurdere valgte leverandørs oppgaveforståelse opp mot klagers oppgaveforståelse mangler. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor vært avvist etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f.
- (20) Om man ut fra en konkret vurdering skulle komme til at det var adgang til å la valgte leverandørs tilbud delta i konkurransen, er det uansett ikke grunn til å si at klagers besvarelse var dårligere enn valgte leverandørs besvarelse.
- (21) Subsidiært anføres at innklagede ikke har godtgjort at det er en så betydelig forskjell mellom tilbudene at det er berettiget å velge et tilbud som er 15 % dyrere enn klagers tilbud. Ut fra anførslene ovenfor er det ikke grunnlag for å hevde at valgte leverandør vil levere en mer verdifull ytelse enn det klager ville levert.

Innklagedes anførsler:

- (22) Klager har anført at klagers tilbud var bedre enn valgte leverandørs tilbud på alle tre tildelingskriteriene. Klagen gjelder således at klager er uenig i innklagedes skjønnsmessige vurdering. Dette faller utenfor det klagenemnda kan prøve, og klagen bør derfor avvises fra behandling i nemnda.
- (23) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud på grunn av tvil om hvordan tilbudet skulle sammenlignes med de øvrige tilbudene i konkurransen. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 at tilbyderne skulle gi en *"kortfattet beskrivelse av hvordan man vil oppfylle de enkelte krav i kravspesifikasjonen"*. Ingen av tilbyderne behandlet alle underpunkter og detaljer i kravspesifikasjonen. Tilbudene var imidlertid mer enn tilstrekkelig detaljerte til å vurdere tilbyderne opp mot hverandre.
- (24) Når det gjelder klagers konkrete innsigelser mot valgte leverandørs tilbud, vises det til at valgte leverandør, riktignok kortfattet, har behandlet både spørsmålet om *"definering av FoU-begrepet"* og spørsmålet om *"intellektuelle rettigheter og åpenhet"*. Det er riktig at valgte leverandør ikke har nevnt konkurranseutsetting av midler. Dette er et underpunkt til det som i kravspesifikasjonen er omtalt som *"spørsmål om forskning, utvikling og innovasjon skal behandles ut fra samme kriterier"*. Det har ikke betydning at valgte leverandør ikke har redegjort spesielt for spørsmålet om konkurranseutsetting av midler. Valgte leverandørs tilbud var mer enn tilstrekkelig dekkende til å vurderes opp mot de øvrige tilbyderne.
- (25) For øvrig bemerkes at dersom anvisningen om utformingen av tilbudet skulle forstås slik klager anfører, skulle også klagers tilbud vært avvist. Klager har i sitt tilbud ikke behandlet spørsmålet om *"intellektuelle rettigheter og åpenhet"*, som er det andre

underpunktet under *"spørsmål om forskning, utvikling og innovasjon skal behandles ut fra samme kriterier"*. Klager har kun her kun omtalt hvordan intellektuelle rettigheter bør fordeles.

- (26) Innklagedes vurdering av tilbyderne på tildelingskriteriet *"kompetanse og erfaring"* var relevant, forsvarlig og bygget på tilbyderne besvarelser. Konkurranses grunnlaget stiller ingen absolutte krav til tilbyderne erfaring. Ved evalueringen ble tilbyderne vurdert opp mot hverandre på den kompetanse og erfaring fra tidligere oppdrag som var relevant ut fra konkurranses grunnlaget punkt 4. Det er ikke riktig at den mest nærliggende tolkningen av konkurranses grunnlaget er at man *"i første rekke skal legge vekt på erfaring mht EØS-avtalens regler og praksis innen området statsstøtte/FoU"*. Dette var riktignok områder hvor tilbyderne burde vise kompetanse og erfaring. Det fremgår imidlertid av konkurranses grunnlaget at vel så sentralt som de generelle reglene i EØS-avtalen og statsstøtte/FoU, vil det være å avklare hvorvidt EØS-avtalens bestemmelser i det hele tatt kommer til anvendelse på innklagedes virksomhet. Det var videre klart at kompetanse og erfaring i forhold til å anvende de særlige regler som gjelder for EØS-avtalen og statsstøtteregulverket på fiskerisektoren ville bli vektlagt.
- (27) Innklagede har ved evalueringen ikke lagt vekt på om leverandørene har tilbudt et team eller en enkeltperson til å gjennomføre utredningen. For de tilbyderne som tilbød et team ble teamets samlede kompetanse og erfaring evaluert. I forhold til enkelte av de øvrige leverandørene som tilbød et team, skilte valgte leverandør seg ut ved å tilby et team med gjennomgående sterk faglig kompetanse og erfaring, noe som ble vurdert som positivt. Etter en samlet vurdering ble valgte leverandør ansett som noe bedre enn klager på dette tildelingskriteriet. Dette skyldes blant annet vurderingen av leverandørenes EØS-rettslige kompetanse, særlig i forhold til utredning av i hvilken grad EØS-avtalens bestemmelser om statsstøtte får anvendelse på innklagedes virksomhet.
- (28) Innklagede har heller ikke brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet *"forståelse av oppdraget"*. Konkurranses grunnlaget stiller ingen absolutte krav til hvordan tilbyderne bør løse oppdraget. Det legges imidlertid opp til at oppdraget kan løses basert på tilgjengelige kilder, muligens med unntak av innhenting av informasjon om spesifikke parallelle ordninger. Det er således ikke nødvendig å supplere den rent juridiske fremstillingen av regelverket ved å innhente synspunkt fra embetsmenn i ulike departement og internasjonale organ. Det er dermed ikke en mangel ved valgte leverandørs tilbud at det ikke er lagt opp til en slik arbeidsmetodikk.
- (29) Innklagede har ved vurderingen av klagers tilbud lagt til grunn at klager ville levere en selvstendig fremstilling av de ulike problemstillingene. Det er en misforståelse når klager tolker innklagedes begrunnelse annerledes, og formuleringene i begrunnelsen gir ikke grunnlag for klagers konklusjoner. I en, tross alt, begrenset utredning la klager opp til en relativt stor grad av avklaring av ulike myndigheters syn. Dette ville nødvendigvis ta tid, noe som ville redusere tiden til selvstendig vurdering av problemstillingene. Innklagede vurderte denne type innhenting av informasjon som vel omfattede sett i forhold til oppdragets omfang, noe som trakk ned i innklagedes vurdering av klagers forståelse av oppdraget. Det var ikke usaklig av innklagede å gi klager trekk for et element i klagers tilbud som innklagede ikke var interessert i. Det fremgikk av tildelingskriteriet at det var forståelsen av oppdraget slik den fremkom i besvarelsen som ville bli lagt til grunn. Dersom innklagede hadde tillatt klager å justere sitt tilbud under oppstartsmøtet, ville dette vært i strid med forhandlingsforbudet.

- (30) Klagers tilbudspris var cirka 15 % lavere enn den prisen valgte leverandør tilbød. Klager hadde laveste tilbudspris, men prisforskjellen ble i forhold til tre andre tilbud, herunder tilbudet fra valgte leverandør, vurdert som relativt begrenset.
- (31) Innklagede vurderte valgte leverandørs tilbud som bedre enn klagers tilbud på de to tildelingskriteriene som innklagede prioriterte høyest. Etter en helhetsvurdering ble fordelene ved tilbudet fra valgte leverandør for å oppveie merkostnaden i forhold til tilbudet fra klager.

Sekretariatets vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforordningen) § 6 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (33) Det følger av forskriften § 11-11 (1) bokstav f at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *”det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene”*.
- (34) Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 at tilbyderne skulle gi en *”kortfattet beskrivelse av hvordan man vil oppfylle de enkelte krav i kravspesifikasjonen”*. I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 fremgikk det hvilke punkter utredningen minst skulle innholde. Blant disse var *”Spørsmål om definering av FoU-begrepet i forhold til statsstøtte”*, *”Intellektuelle rettigheter og åpenhet, og prinsipper for håndtering av slike rettigheter”* og *”konkurranseutsetting av midler, jf. gjeldende regelverk og praksis for de ulike ordningene”*. De to siste er underpunkter til punktet *”Spørsmål om forskning, utvikling og innovasjon skal behandles ut fra samme kriterier”*.
- (35) Innklagede anfører at ingen av tilbyderne hadde behandlet alle underpunkter og detaljer i kravspesifikasjonen, og at innklagede mente valgte leverandørs tilbud var tilstrekkelig detaljert til å sammenlignes med de øvrige tilbudene. Etter sekretariatets oppfatning kan konkurransegrunnlaget ikke tolkes slik at alle de enkelte punktene i konkurransegrunnlaget pkt. 4.3 måtte kommenteres enkeltvis. Det må være opp til oppdragsgiver å vurdere om tilbudet som helhet har slike uklarheter, avvik eller feil at dette kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Etter en gjennomgang av klagers og valgte leverandørs tilbud finner sekretariatet at innklagede ikke hadde plikt til å avvise tilbudet som følge av tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (36) Når det gjelder tildelingsevalueringen, kan klagenemnda bare prøve om evalueringen er saklig, forsvarlig og i overensstemmelse med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet i lovens § 5, samt og

oppdragsgiver har lagt riktig faktum til grunn, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/140 premiss 28 og 2008/193 premiss 24.

- (37) Klager har anført at innklagede har vurdert tildelingskriteriet "*kompetanse og erfaring*" i strid med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget. Det følger av kravet til forutberegnelighet at oppdragsgiver må forholde seg til opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2008/39 premiss 82.
- (38) Klager har for det første anført at når innklagede har lagt avgjørende vekt på valgte leverandørs generelle kompetanse vedrørende EØS-avtalen, har innklagede evaluert tildelingskriteriet i strid med opplysningene i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget punkt 5 er tildelingskriteriet i sin helhet angitt som "*[k]ompetanse og erfaring fra tidligere oppdrag med relevans for denne utredningen*". Hvilken type kompetanse og erfaring som er relevant må avgjøres ut fra en tolkning av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget punkt 4. I den nærmere begrunnelsen for valg av leverandør av 7. oktober 2008 trekker innklagede frem flere problemstillinger som tilbydernes erfaring må vurderes opp mot, herunder spørsmålet om EØS-avtalens anvendelse og konsekvensene dersom denne avtalen får anvendelse, generelle prinsipper for ulike former for statsstøtte og det regelverket som gjelder for innklagedes virksomhet, herunder definisjonen av FoU i forhold til statstøtte. Sekretariatet kan ikke, basert på oppdragets beskrivelse i kravspesifikasjonen, se at innklagede har vektlagt forhold som ikke naturlig kan henføres under nevnte tildelingskriterium, eller at vurderingen ellers ikke har vært saklig og forsvarlig.
- (39) Sekretariatet kan på samme bakgrunn heller ikke se at det er usaklig å legge vekt på i positiv retning at valgte leverandør ville ta opp spørsmålet om hvorvidt innklagedes midler er å anse som statsmidler og spørsmålet om ESA har overvåkningskompetanse på fiskerisektoren da forholdet må anses å falle innunder en naturlig forståelse av oppdragets karakter. Slik oppdraget er beskrevet i konkurransegrunnlagets pkt. 4.3. utelukker ikke dette at også andre problemstillinger enn de som direkte er angitt kan være relevant, jf. konkurransegrunnlagets pkt. 1.3 under "*Anskaffelsens formål*" hvor det fremgår at "*FHF ønsker å utrede FHF's handlingsrom innenfor statsstøtteregelverket*". Klagers anførsler vedrørende vurderingen av tildelingskriteriet "*kompetanse og erfaring*" har etter dette ikke ført frem.
- (40) Når det gjelder tildelingskriteriet "*Tilbyders forståelse av oppdraget i Tilbyders besvarelse*", har klager for det første anført at innklagede har lagt feil tolkning av klagers tilbud til grunn. I innklagedes nærmere begrunnelse for valg av leverandør i brev av 7. oktober 2008 fremgår det at "*[a]rbeidsmetodikken i tilbudet fra GHG ble vurdert som å legge vel mye opp mot avklaring med ulike myndigheter, mens konkurransegrunnlaget etterspør en mer selvstendig vurdering av de problemstillinger som er reist*". Klager og innklagede er uenige om hvorvidt denne formuleringen innebærer at innklagede har lagt til grunn at klager ikke ville levere en selvstendig vurdering av de problemstillingene utredningen skulle omfatte. Innklagedes uttalelse er en skjønnmessig vurdering av klagers tilbud, og sekretariatet kan ikke se at tolkningen av tilbudet ikke er forsvarlig og saklig.
- (41) Det er på det rene at innklagede vurderte det som negativt at klager ville kontakte ulike myndigheter som en del av utredningen. Spørsmålet er om dette var urimelig eller usaklig av innklagede. Kontakt med ulike myndigheter om deres praksis og

skjønnsutøvelse er ikke nevnt i kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen angir hvilke problemstillinger som skal utredes. Det er i svært liten grad gitt føringer på arbeidsmetodikken. Det er da opp til leverandørene å utforme tilbudet ut fra de arbeidsmetodene den enkelte leverandør anser som best egnet til å oppfylle kravene. Når konkurransegrunnlaget, slik som i dette tilfellet, ikke angir noen arbeidsmetode, må det i stor grad være opp til oppdragsgiver selv å vurdere hvor godt oppdragsgiver liker de metodene leverandørene legger opp til i tilbudet. Sekretariatet finner på bakgrunn av dette at det ikke var urimelig eller uforsvarlig av innklagede å anse det som negativt at klager ville kontakte ulike myndigheter som en del av utredningen.

- (42) På bakgrunn av ovennevnte kan det etter sekretariatets mening heller ikke anses som en mangel ved valgte leverandørs tilbud at valgte leverandør ikke ville ta kontakt med andre myndigheter under arbeidet med utredningen.

Vektlegging av teamets kompetanse

- (43) Klager har videre anført at det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede ikke kan vektlegge hele temaet. Sekretariatet forstår anførselen slik at klager mener at alle medlemmenes kompetanse/erfaring i det tilbudte teamet ikke kan tas med i vurderingen av i hvilken grad tilbyder oppfyller tildelingskriteriet. Denne anførselen kan ikke føre frem. Det kan ikke utledes fra konkurransegrunnlaget at tjenestene kun skal gjennomføres av en person, og det må da være opp tilbyder å velge å dokumentere kompetanse og erfaring gjennom flere personer som tilbys innenfor det etterspurte fagfeltet. At innklagede legger vekt på hele teamets kompetanse i sin vurdering kan derfor ikke være i strid med kravet til forsvarlighet eller de generelle kravene i lovens § 5.

Etterprøvbarehet

- (44) Klager har anført subsidiært at innklagede ikke har godtgjort at det var en så betydelig forskjell mellom tilbudene at det var berettiget å velge et tilbud som var 15 % dyrere enn klagers tilbud. Innklagede har i sin nærmere begrunnelse av 7. oktober 2008 vist til hva som var vurderingene bak de ulike tildelingskriteriene, og hvorfor valgte leverandør ble vurdert som bedre enn klager på hvert enkelt tildelingskriterium. Dette må anses tilstrekkelig for å ivareta kravet til etterprøvbarehet. Klagers anførsel kan således ikke føre frem.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagesaken ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Med vennlig hilsen

Linda Midtun
førstekonsulent

Kopi: innklagede

