



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av løsning for straffegjennomføring med elektronisk kontroll. Kriterier brukt til kvalifisering ble i realiteten anvendt også som tildelingskriterier i strid med forskriftens § 20-1, jf. C-532/06 "Lianakis". Klagenemnda fant dernest at innklagede hadde brutt forskriftens § 21-1 (1), jf. kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ved å oppjustere klagers pristilbud til 24 sett spesialutstyr.

Klagenemndas avgjørelse 8. desember 2008 i sak 2008/92

Klager: Rambøll Informatik AS

Innklaget: Kriminalomsorgens IT-Tjeneste (KITT)

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Lovlighet av tildelingskriterier. Vekting av underkriterier. Oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Tolkning av kvalifikasjonskrav. Oppjustering av pristilbud. Klagefrist. Begrunnelse. Oppførsel ved kontraktsinngåelse. Erstatning. Klagenemndas tidsfrister.

Bakgrunn:

- (1) Kriminalomsorgens IT-Tjeneste KITT (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mars 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av løsning for straffegjennomføring med elektronisk kontroll. Tilbudsfrist var satt til 21. april 2008.
- (2) Konkurranses grunnlaget bestod av følgende dokumenter:
 - Krav til konkurransen
 - Kjøpsavtalen
 - Krav til kjøpsavtalen med Bilag 1 – Kravspesifikasjon for Kjøpsavtalen
 - Vedlikeholdsavtalen
 - Krav til Vedlikeholdsavtalen med Bilag 1 – Kravspesifikasjon for Vedlikeholdsavtalen.
- (3) I konkurransegrunnlagets "Krav til konkurransen", fremgikk det av punkt 2 om målsetning, at:

"Vi har som målsetting å inngå Kjøpsavtale og Vedlikeholdsavtale for løsningen i slutten av juni 2008. Vi tar sikte på å igangsette arbeidet i juli samme år og ønsker løsningen idriftsatt 1. september i år."
- (4) I konkurransegrunnlagets "Krav til konkurranse" var det i punkt 18 oppstilt kvalifikasjonskrav. Følgende hitsettes fra punkt 18.4 om kravene til leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner:

"Krav D1

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

Leverandøren skal ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag.

Bilag D1

Som bevis for oppfyllelse av kravet skal det fremlegges følgende dokumentasjon:

- *En liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste 5 år med relevans til kontrakten, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt samt navn på den offentlige eller private mottaker.*

Dersom det gjelder ytelser til offentlige oppdragsgivere, skal det dokumenteres ved attester utstedt eller bekreftet av vedkommende myndighet. Dersom det gjelder ytelser til private, skal attester utstedes eller bekreftes av denne. I mangel av dette, kan en erklæring fra leverandøren godtas.

Krav D2

Leverandøren skal kunne gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig gjennom meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring.

Bilag D2

Som bevis for oppfyllelse av kravet skal det fremlegges følgende dokumentasjon:

- *En beskrivelse av leverandørens tekniske personell eller tekniske enheter leverandøren disponerer over til oppfyllelse av kontrakten, enten de tilhører foretaket eller ikke, særlig de som er ansvarlig for kvalitetskontrollen.*
- *En beskrivelse av metoder for kvalitetssikring, samt beskrivelse av leverandørens undersøkelses- og forskningsmuligheter.*

- (5) Fra konkurransegrunnlagets "Krav til konkurransen", hitsettes følgende fra punkt 17 om kriterier for tildeling av kontrakt:

"Kontrakt vil bli tildelt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter de under angitte kriterier som er vektet (%):

- *Kvalitet på løsning – målt opp mot kravspesifikasjonen i Krav til kjøpsavtalen (20 %).*
- *Gjennomføringsevne målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen (5 %).*
- *Fremdrift og ansvarsfordeling målt opp mot krav til fremdriftsplan i Krav til Kjøpsavtalen (25 %).*
- *Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen (20 %).*
- *Total pris beregnet som summen av kontraktspris for Kjøpsavtalen og akkumulert pris for Vedlikeholdsavtalen over 3 år inklusivt opsjon for høyere tjenestenivå som skal forutsettes iverksatt ved start av 3. år (30 %).*

Forbehold og avvik som ikke medfører avvisning vil bli særskilt vurdert og vil trekke ned i vår vurdering av leverandørens tilbud mot tildelingskriteriene. Avvik skal fremgå klart av tilbudet og skal være så presist og entydig beskrevet at oppdragsgiver kan vurdere dem uten kontakt med leverandøren."

- (6) Fra konkurransegrunnlagets "Krav til kjøpsavtalen" hitsettes punkt 7.5.3, "Spesialutstyr for montering og demontering":

”Leverandøren bes å sette opp en oversikt over pris og samlet pris på spesialutstyr for montering og demontering av EK-utstyr. Det skal legges til grunn behov for spesialutstyr for betjening av 24 sett EK-utstyr.”

- (7) Fra kravspesifikasjonen til konkurransegrunnlagets ”Krav til kjøpsavtalen”, hitsettes følgende:

”2.3 Hva anskaffelsen omfatter

Løsninger som kan være aktuelle antas å bestå av følgende komponenter:

Fotlenke som festes til den domfelte på en slik måte at domfelte ikke kan unndra seg kontroll. Det vil primært være ønskelig med fotlenker, men feste andre steder på kroppen, som på arm, må også støttes.

Basestasjon i domfeltes bolig som ved å kommunisere med fotlenken på domfelte kan avgjøre om vedkommende er innenfor kontrollsonen eller ikke på avtalte tidspunkter.

Verktøy for montering og demontering av EK-utstyr.

Forbruksmateriell som er nødvendig for å montere EK-utstyr på/hos en domfelt etter en demontering

Eventuelt annet utstyr som kreves i forbindelse med autentisering og konfigurering av basestasjon.

Sentral programvare som kommuniserer med basestasjonene, og som gjør det mulig å følge opp alarmer og endre/justere avtalte planer

Servere og kommunikasjonsutstyr til å kjøre sentral programvare på og sikre god kommunikasjon mot basestasjon

2.4 Omfang

Det skal i 2008 etableres forsøksvirksomhet i 6 av 19 fylker i Norge. De seks lokale EK-gruppene/pilotenhetene skal ha ansvar for de domfelte på straffegjennomføring med elektronisk kontroll.

Hver av EK-gruppene skal administrativt være en del av et friomsorgskontor, men de skal også samarbeide tett med fengslene. Følgende forsøkssteder er valgt:

- *region øst: Oslo (Oslo friomsorgskontor)*
- *region nordøst: Hedmark (Hedmark og Oppland friomsorgskontor)*
- *region sør: Vestfold (Vestfold friomsorgskontor)*
- *region sørvest: Rogaland (Rogaland friomsorgskontor)*
- *region vest: Sogn og Fjordane (Sogn og Fjordane friomsorgskontor)*
- *region nord: Troms (Troms friomsorgskontor)*

Løsningen som anskaffes skal i første omgang omfatte 160 fotlenker med tilhørende basestasjoner, samt en kontrollsentral. Prøveprosjektet skal i perioden etablere en kapasitet som tilsvarer 130 samtidige straffegjennomføringer.

- (8) Fra konkurransegrunnlagets "Krav til vedlikeholdsavtalen", hitsettes fra punkt 6.2 om leverandørens personell:

"Leverandøren bes å oppgi det personell som skal utføre tjenestene – herunder nøkkelpersonell. For hver person skal det angis navn, om personen er en nøkkelperson, tilhørighet (om personen tilhører kundens egen organisasjon eller underleverandør), hvilken rolle personen har i tjenesteytingen og antall års erfaring i rollen. Dersom en person tilhører en underleverandør skal underleverandørens navn oppgis.

Antall års erfaring vil bli vektlagt i Kundens vurdering av kvalitet på tjenesten."

- (9) Fra kravspesifikasjonen til konkurransegrunnlagets "Krav til vedlikeholdsavtalen", hitsettes fra punkt 2 "Oversikt over tjenestene":

"Følgende tjenester ønskes levert over vedlikeholdsavtalen:

- *Brukerstøtte*
- *Driftsstøtte*
- *Feilretting og reparering*
- *Kjøp av utstyr og programvare*
- *Kjøp av forbruksmateriell*
- *Opplæring*
- *Nye versjoner*
- *Konfigurasjonsstyring og versjonskontroll*
- *Bistand til installering/driftsetting*
- *Oppdatering av dokumentasjon*
- *Rapporter/statistikk over utførte tjenester*
- *Bistand til periodisk/forebyggende vedlikehold*
- *Rådgivning og videreutvikling"*

- (10) Fra kravspesifikasjonen til konkurransegrunnlagets "Krav til vedlikeholdsavtalen", hitsettes fra punkt 3.12:

"3.12.1 Integrasjon mot fagsystem

Saksbehandling og utvelgelse av personer som skal ha straffegjennomføring med elektronisk kontroll foregår i fagsystemet Kompis. Personopplysninger og annet vil derfor allerede være registrert der. Det er ønskelig at opplysninger som registreres i Kompis overføres elektronisk til Elektronisk Kontroll-programvaren (programvaren).

[...]

3.12.2 Avgi data til datavarehus

Kriminalomsorgen planlegger innføring av datavarehus. Dette datavarehuset skal ta vare på oppdaterte og historiske data som har relevans for statistikk, analyse og styring av kriminalomsorgen. Det er derfor viktig at programvaren kan avgi data til et datavarehus.”

- (11) Innen tilbudsfristens utløp 21. april 2008 mottok innklagede to tilbud, fra henholdsvis Rambøll Informatik AS (heretter kalt klager) og Guidance Monitoring Limited. I det følgende har klagenemnda tatt ut opplysninger i saksdokumentene som antas å utgjøre forretningshemmeligheter, så som enhetspriser og detaljer vedrørende leverandørens befatning med tilsvarende oppdrag i fortid, jf. forskriftens § 3-6.
- (12) I klagers tilbud var det i punkt 7.5.3 ”Spesialutstyr for montering og demontering”, oppgitt enhetspriser for henholdsvis installasjonssett, batteritester og remtester. I tilbudet fremgikk det videre at ”[l]everandøren forventer at Kundes behov for spesialutstyr for montering og demontering til 6 EK-grupper og 130 domfelte vil være 14 installasjonssett, 7 batteri testere og 7 rem testere.”
- (13) Fra Guidance Monitoring Limiteds tilbud hitsettes fra bilag nr. D1 om kravene til leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner:

”Leverandøren spesialiserer seg innen utvikling, produksjon, levering, tjenester og support innen elektronisk kontrollteknologi for strafferettslig bruk. Selskapet har vært i bransjen i mer enn ti år.

*Selskapet har vært ledende innen utvikling og innføring av både mobilkommunikasjon (GSM) og i den senere tid IP-kommunikasjon (GPRS) som kostnadsreduserende tiltak innen den elektroniske kontrollbransjen i Europa. En oppsummering av leverandørens meritter finnes i **Underbilag 1: Guidance Limited – selskapets profil.***

Leverandøren leverer produkter via en leieavtale med større private sikkerhetselskaper som deltar i den britiske regjeringens nasjonale program for elektronisk kontroll (UK Government electronic monitoring programme).

I overkant av 11 000 (elleve tusen) utstyrsett er daglig i bruk i programmet. Leverandøren støtter programmet direkte og via fjernstyring via en dedikert VPN-kobling som gir kontraktsfestet tjenestedekning 24 timer i døgnet, hele året. Leverandørens kontoer viser at denne kontrakten hadde en verdi på cirka NOK 15 millioner i 2005/2007. Denne veksten fortsetter, og i inneværende finansår anslås en dobling til cirka NOK 40 millioner ettersom kontrakten øker.

[...]

Leverandøren leverer også teknologi til det elektroniske kontrollprogrammet i Jersey og til enkelte regionale programmer i USA.

Leverandøren er et datterselskap av Guidance Limited. Leverandøren deler ressurser og medarbeidere med to andre datterselskaper, og har for tiden 32 medarbeidere som jobber med elektronisk kontroll.”

- (14) Guidance Monitoring Limiteds tilbud har en redegjørelse for historikk og tidligere oppdrag. Disse opplysningene tatt ut som forretningshemmeligheter. Det som er utelatt er ikke tillagt betydning for sakens utfall.
- (15) I brev av 8. mai 2008 informerte innklagede om at Rambøll Informatik AS og Guidance Monitoring Limited var kvalifiserte som leverandører.
- (16) Fra innklagedes vurdering av om Guidance Monitoring Limited var kvalifisert, hitsettes vurderingen av kvalifikasjonskrav D1 og D2:

<i>Vurdering av kvalifikasjoner til Guidance Monitoring Limited</i>			
<i>Krav</i>	<i>Fakta</i>	<i>Vurdering</i>	<i>OK (J/N)</i>
<i>[...]</i>			
Krav D1: <i>Leverandøren skal ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag</i>	<i>Guidance Monitoring Ltd. opplyser at Guidance Ltd., dvs morselskapet er hovedleverandør til programmet UK Government electronic monitoring program med omtrent 11000 utstyrssett i daglig bruk. Leverandøren, dvs. Guidance Monitoring Ltd. leverer produktene via leieavtale med større private sikkerhetselskaper som deltar i den britiske regerings nasjonale program for elektronisk kontroll. Leverandøren støtter programmet direkte og via fjernstyring over dedikert VPN-kobling som gir kontraktstestet tjenestedeckning 24 timer i døgnet hele året. Kontrakten hadde en verdi på 15 millioner i 2005/2007. Leverandøren leverer også teknologi til det elektroniske kontrollprogrammet i Jersey og til enkelte regionale programmer i USA.</i>	<i>Guidance Monitoring Ltd. har spesialisert seg innen utvikling, produksjon og levering av tjenester og support innen elektronisk kontrollteknologi for strafferettslig bruk, har hatt store leveranser til programmet i Storbritannia og har vært i bransjen i 10 år. Leverandøren må derfor anses å ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag.</i>	<i>OK</i>
Krav D2: <i>Leverandøren skal kunne gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig gjennom meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring</i>	<i>Guidance Ltd er en spesialdesigner og produsent av "smart" posisjonering og sporingssensorer. Selskapet ble grunnlagt i 1991 og reorganisert i 2005 til to datterselskaper Guidance Monitoring Ltd og Guidance Navigation Ltd. Guidance Ltd har tredoblet sin størrelse de siste fem årene og har nå 85 ansatte. Guidance Monitoring Ltd har 32 ansatte og har samarbeid med underleverandører om produksjon, reparering og testing. Leverandøren satser sterkt på produktutvikling og reinvesterte ca [...] % av fortjenesten i 2007 til dette. Leverandøren har et omfattende kvalitetssikringssystem (QMS) som griper inn i alle deler av selskapets aktiviteter via et intern intranett. Leverandøren er et ISO 9001-2000-sertifisert selskap.</i>	<i>Guidance Monitoring Ltd har tilstrekkelig personellmessig og teknisk kapasitet til å gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig.</i>	<i>OK</i>

- (17) I brev av 20. mai 2008 informerte innklagede om at kontrakt ville tildeles Guidance Monitoring Limited (heretter kalt valgte leverandør). Klagefrist var satt til 6. juni 2008. Fra brevet hitsettes:

”Vi har nå evaluert tilbudene. Begge leverandørene har levert kvalitetsmessig meget gode tilbud.

[...]

Begge leverandørene oppfyller tildelingskriteriene (1), (2), (3), (4) meget godt og det er praktisk talt ingen forskjell mellom leverandørene med hensyn til hvor godt kriteriene er oppfylt bortsett fra at Rambøll-Informatik AS er vurdert litt bedre på kriteriet (2) som imidlertid bare har en vekt på 5 %.

Når det gjelder kriteriet (5) er det meget stor forskjell mellom leverandørene i favør av Guidance Monitoring Limited. Rambøll-Informatik AS har en totalpris som er ca. det dobbelte av totalprisen til Guidance Monitoring Limited. Da pris er vektet høyt (30 %) blir en avgjørende i vurderingen av hvilken leverandør som har det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

På grunnlag av en samlet vurdering av leverandørenes tilbud opp mot tildelingskriteriene har vi besluttet å tildele kontrakt til Guidance Monitoring Limited.”

- (18) I e-post av 28. mai 2008 anmodet Rambøll Informatik AS om å få en nærmere begrunnelse for kontraktstildelingen. Klager bad også om en bekreftelse på at valgte leverandør ikke brukte underleverandører, og om å få innsyn i diverse dokumenter:

”For at vi bedre kan forstå bakgrunnen for kontraktstildelingen og som nevnt i telefonsamtalen med Arne Støvland, så vil vi være meget takknemlige, hvis KITT kunne utdype grunnene for kontraktstildelingen til Guidance. I øvrig vil vi i den forbindelse gjerne motta følgende:

- *En bekreftelse av at Guidance ikke har noen underleverandør*
- *En kopi av anbudsprotokollen*
- *En kopi av evalueringsskema, evalueringsrapporten eller et lignende produkt, der viser vurderingen af Guidance og Rambølls respektive tilbud, herunder deres respektive kvaliteter og fordele overfor hinannen.*
- *Kopi av den informasjon og dokumentasjon som Guidance har given som svar på seksjon 18.4, underseksjon D1 i krav til tilbud. I den forbindelse er vi særlig interesserte i at motta en kopi av listen over Guidance viktigste leveranser eller services fra de siste 5 år, som er relevante for kontrakten.”*

- (19) I e-post av 28. mai 2008 informerte innklagede om at man tok sikte på å besvare klagers anmodning så snart som mulig og i alle fall innen forskriftsmessig frist.

- (20) I e-post av 2. juni 2008 informerte innklagede at valgte leverandør ikke var innstilt på å gi tillatelse til at klager fikk kopi av den etterspurte dokumentasjon. Innklagede ville likevel informere klager om hovedinnholdet i dokumentasjonen, men uten å gi kopi.

- (21) Fra e-post fra klager av 2. juni 2008 hitsettes følgende:

”Klagefristen er som kjent 6. juni kl 0800. Den begrunnelse som er gitt i KITTs brev av 20. mai 2008, gir ikke Rambøll noen realistisk mulighet til å vurdere om tildelingsbeslutningen er i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Rambøll ønsker å unngå en situasjon hvor man må ta stilling til spørsmålet om klage og eventuelt rettslige skritt uten å ha mottatt den informasjon man mener å ha krav på i henhold til kvalifikasjons- og tildelingsbeslutning, og for at vi på Rambølls vegne har forsøkt å oppnå kontakt de siste dager for å avklare om KITTs svar vil foreligge i tide til at Rambøll vil ha mulighet til å vurdere tildelingsbeslutningen før klage må inngis og eventuelle andre skritt vurderes. Vi antar at det også er i KITTs interesse å bidra til at Rambøll får en best mulig forståelse for KITTs vurderinger.

Som det fremgår av e-posten fra Rambøll 28. mai, er man på denne side innforstått med at KITT ikke kan utlevere forretningshemmeligheter. Etter vårt skjønn må det være mulig for KITT å gi den etterspurte informasjon på en slik måte og i et slikt format at konkrete forretningshemmeligheter blir utelatt.

Dersom KITT trenger tid til å vaske noe av den etterspurte informasjon for å unngå at Rambøll mottar forretningshemmeligheter, og dette innebærer at Rambøll ikke vil få rimelig tid til å vurdere tildelingsbeslutningen før klagefristen utløper 6. juni kl 0800, antar vi at dette kan håndteres ved at KITT utsetter klagefristen.”

- (22) I e-post av 4. juni 2008 informerte klager om at man hadde iverksatt arbeidet med å utforme en klage på tildelingsbeslutningen, og en klage til klagenemnda. Innklagede ble bedt om å bekrefte at kontrakt med valgte leverandør ikke ville bli inngått før det forelå en avgjørelse fra klagenemnda, og begge parter hadde hatt anledning til å vurdere klagenemndas avgjørelse av saken.
- (23) I e-post av 4. juni 2008 informerte innklagede om at man tok sikte på å gi nærmere begrunnelse i løpet av dagen, og videre at:

”Vi har gjennomgått tilbudene og evalueringen på nytt, men kan ikke se at det er noe grunnlag for å endre vår beslutning om å tildele kontrakten til Guidance Monitoring AS.

Følgelig er vi innstilt på å inngå kontrakten etter klagefristens utløp”.

- (24) I brev av 4. juni 2008 gav innklagede en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Fra brevet hitsettes:

”Guidance Monitoring Ltd er vurdert å ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag. Leverandøren har spesialisert seg innen utvikling, produksjon og levering av tjenester innen elektronisk kontrollteknologi for straffegjennomføring og har levert utstyr og tjenester til en stor oppdragsgiver i løpet av de siste 8 år. Leverandøren er hovedleverandør i leveransene og har levert i overkant av 11000 utstyrsett. Til sammenligning har kriminalomsorgen i Norge i sitt pilotprosjekt kun planlagt 160 utstyrsett. Leverandøren har også levert til andre oppdragsgivere.

[...]

Vi kan ikke bekrefte at Guidance Monitoring Ltd. ikke har underleverandører, men slike inngår ikke i tilbudet. Selskapet forventer ikke å involvere underleverandører i gjennomføring av kontraktene.

[...]

I det følgende redegjør vi nærmere for premissene for evalueringen, evaluert resultat i form av tildelingskriterium, vekt og karakter og poeng, samt for karaktersettingen og det valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler.

[...]

På gjennomføringsevne har vi vurdert leverandøren ut fra det tilbudte personellet erfaring med den rollen de er tiltenkt i vårt prosjekt og allokeringen av personellet der vi også har sett hen til antall personer som tilbys, men med en begrenset uttelling for flere enn 8 personer.

Rambøll-Informatik AS har tilbudt 21 personer og Guidance Monitoring Ltd. har tilbudt 11 personer.

[...]

"KRAVMATRISE MED ANBUD/TILBUDSEVALUERING 0-5 (5 BEST)						
Evalueringskriterier		Vekting av kravene	Rambøll		Guidance	
			Karakter	Poeng	Karakter	Poeng
1	<i>Kvalitet på løsning – målt opp mot kravspesifikasjonen i Krav til kjøpsavtalen</i>	20 %	4,49	90	4,65	93
2	<i>Gjennomføringsevne målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen</i>	5 %	4,50	23	4,25	21
3	<i>Fremdrift og ansvarsfordeling målt opp mot krav til fremdriftsplan i Krav til Kjøpsavtalen (25%).</i>	25 %	5,00	125	5,00	125
4	<i>Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen</i>	20 %	4,92	98	4,89	98
5	<i>Total pris beregnet som summen av kontraktspris for Kjøpsavtalen og akkumulert pris for Vedlikeholdsavtalen over 3 år inklusivt opsjon for høyere tjenestenivå som skal forutsettes iverksatt ved start av 3. år</i>	30 %	0,89	27	5,00	150
	TOTALSUM	100 %		362		487

[...]

Gjennomføringsevne – målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen

Begge leverandører har tilbudt et stort antall personer. Det er imidlertid noe variasjon mht. erfaring og allokeringen av de enkelte personer. Vi har gitt en vurdering av hver enkelt person hvor både personens erfaring i rollen og allokeringen er tatt hensyn til. Erfaring under 8 år gir grunnlag for et gradvis trekk ned mot 0, og allokering under 60-80% avhengig av hvor kritisk rollen er gir også grunnlag for trekk.

Rambøll for fått trekk for flere personer allokering på 5 %, noe vi anser som svært utilstrekkelig. En person har også tilnærmet ingen erfaring i rollen han skal ha og er åpenbart under opplæring. Denne personen antar vi ikke vil tilføre prosjektet verdi, kun være en ekstra belastning. En del personer er allokert 15-40 % og får noe trekk for dette, og noen får større eller mindre trekk for kort erfaring.

Guidance har totalt tilbudt færre personer, men har generelt noe bedre allokering på de personene. De har flere personer med 5-30 %, tre på 50 % og to på 80 %. Erfaringen til de tilbudte personene anses som god, men også her har de fått noe trekk på enkelte personer.

Det valgte tilbud (Guidance) ansees på dette tildelingskriteriet ikke å ha noe fortrinn fremfor Rambøll.

[...]

Kvalitet på vedlikeholdstjenester – målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen

Dette kriteriet er todelt, med lik vekt på hhv. kravspesifikasjonen og krav til erfaring. På besvarelsen i henhold til kravspesifikasjonen fikk begge leverandører en meget god karakter, tett opp under toppkarakteren. Rambøll fikk imidlertid en noe høyere karakter enn Guidance.

Rambøll ble trukket på følgende punkter på vurderingen i forhold til kravspesifikasjonen:

Krav	Vurdering av Rambøll's løsningsbeskrivelse
<i>Kapittel 3.2.2: I kravspesifikasjonen i tabellen på side 8 beskrives de nivåer av feil som benyttes av Kriminalomsorgen (samsvarer med standard vedlikeholdsavtale). For de ulike kategoriene av feil skal leverandøren beskrive og prise det servicenivå som er angitt i kolonnen "Frister"</i>	<i>Rambøll har endret betingelsene knyttet til beskrivelse av feilkategorier og knyttet til frist for kritiske feil.</i>
<i>Kapittel 3.5 Leverandøren skal kunne tilby kurs/opplæring av nyansatte ved behov. Leverandør må beskrive et opplegg for opplæring både for driftspersonell og for brukere i EK-gruppene og kontrollsenteret. Slik opplæring kan også gis som et e-</i>	<i>Rambøll tilbyr ikke noen e-lærings løsning på nett, men tilbyr en DVD-basert løsning.</i>

På krav til erfaring har Rambøll lagt til noen personer i forhold til de personene de oppga under gjennomføringsevne. På erfaring knyttet til vedlikeholdstjenester har vi vurdert personene litt annerledes enn for prosjektet da rollene er noe annerledes, bl.a. har vi ikke bedt leverandørene oppgi allokering og trekker derfor ikke dette inn i vurderingen av enkeltpersonene. Rambøll har ikke fått noen trekk på denne delen av kriteriet.

Valgte leverandør (Guidance) har ett fortrinn kun på ett punkt under dette tildelingskriteriet. De har ikke foreslått endringer til Kriminalomsorgens ulempe i betingelsene knyttet til feilkategorier og frister. Rambøll kommer imidlertid litt bedre ut i totalvurderingen på dette tildelingskriteriet.

- (25) Fra innklagedes nærmere begrunnelse av 4. juni 2008, hitsettes videre om evalueringen av priskriteriet:

<i>Årlige kostnader (inkl mva)</i>	<i>Rambøll</i>	<i>Guidance</i>
<i>År 2008</i>	<i>kr 13 452 968</i>	<i>kr 3 181 309</i>
<i>År 2009</i>	<i>kr 1 627 892</i>	<i>kr 1 156 972</i>
<i>År 2010</i>	<i>kr 2 394 879</i>	<i>kr 2 350 693</i>
<i>År 2011</i>	<i>kr 2 572 881</i>	<i>kr 2 511 289</i>
<i>SUM</i>	<i>kr 20 048 620</i>	<i>Kr 10 620 263</i>

I pristilbudet fra Rambøll er det gjort en retting i punkt 7.5.3, Spesialutstyr for montering og demontering. I våre krav til kjøpsavtalen var det under dette punktet oppgitt at det skal legges til grunn behov for spesialutstyr for betjening av 24 sett EK-utstyr. Rambøll hadde oppgitt prisen for ett sett spesialutstyr. For å gjøre tilbudene sammenlignbare ble pristilbudet fra Rambøll justert til 24 sett av hver type spesialutstyr, som er det samme som valgte leverandør har oppgitt. Samlet pris på spesialutstyr ble justert til NOK 495.480,-. Med forutsetningen til Rambøll om 14 installasjonssett, 7 batteritestere og 7 rem-testere ville samlet pris blitt NOK 156.135,- (NOK 339.345,- mindre enn vi har lagt til grunn). Med dette hadde imidlertid tilbudene ikke blitt direkte sammenlignbare, og forskjellen utgjør uansett ikke nok til å påvirke sensitiviteten i vurderingen i noen særlig grad (se nedenfor) da øvre referansepunkt fortsatt måtte ha vært satt til ca. 116 mill. for å endre utfallet.”

- (26) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 5. juni 2008. Samme dag ble saken også brakt inn for klagenemnda.
- (27) I e-post av 9. juni meddelte innklagede at tildelingsbeslutningen ble opprettholdt.
- (28) I e-post av 10. juni 2008 kl 09.25 varslet klager om at det ville bli begjært midlertidig forføyning for å forhindre rettstap, med mindre innklagede kunne bekrefte senest klokken 11.00 samme dag at kontrakt ikke ville bli inngått før klagenemndas avgjørelse forelå. Denne e-posten ble sendt til Arne Støvland og i kopi til blant andre Bjørn Holstad.

(29) Klager begjærte midlertidig forføyning 10. juni 2008. I kjennelse fra Oslo Byfogdembete av 11. juni 2008 ble klagers krav om midlertidig forføyning tatt til følge. Kjennelsen ble forkynt for Justis- og politidepartementet 11. juni kl 13.50.

(30) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 11. juni 2008 kl 10.15.

(31) I e-post av 12. november 2008, bad klagenemndas sekretariat om å få presisert hvilke krav i "Krav til kjøpsavtalen" det ble referert til i tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen". I brev av 13. november opplyste innklagede at kravet det ble referert til var punkt 6.2, og dette hitsettes i det følgende:

"Leverandøren bes å angi nøkkelpersonell som kontraktsansvarlig, prosjektleder og øvrig nøkkelpersonell samt annet personell som er allokert til gjennomføring av kontrakten – herunder personell hos eventuelle underleverandører. For hver person skal det opplyses om navn, tilhørighet (Leverandøren eller underleverandør), rolle i Kundens prosjekt, allokering (i % av full tid i angitt periode), hvilke tilsvarende leveranser (oppdragsgivers navn) den aktuelle person har deltatt i, hvilken rolle personen hadde i leveransen og rollens varighet (fra dato- til dato).

I vurderingen av Leverandørens gjennomføringsevne vil det bli lagt vekt på det tilbudte personells erfaring med rollen i Kundens prosjekt og allokeringen til prosjektet.

Person (Navn)	Nøkkel-person (X)	Tilhørighet	Rolle i Kundens prosjekt	Allokering (fra dato-til dato og % av full tid)	Tilsvarende leveranser (oppdragsgivers navn)	Rolle i leveransen	Rollens varighet (fra dato-til dato)"
	X						
	X						

(32) I e-posten av 12. november 2008, bad klagenemndas sekretariat videre om å få presisert hvilke krav i "Krav til vedlikeholdsavtalen" det ble referert til i tildelingskriteriet "Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til vedlikeholdsavtalen". I brevet av 13. november 2008 opplyste innklagede at det ble vist til kravspesifikasjonen og til punkt 6.2, og det sistnevnte hitsettes i det følgende:

"6.2 Leverandørens personell

Leverandøren bes å oppgi det personell som skal utføre tjenestene – herunder nøkkelpersonell. For hver person skal det angis navn, om personen er en nøkkelperson, tilhørighet (om personen tilhører kundens egen organisasjon eller underleverandør), hvilken rolle personen har i tjenesteytingen og antall års erfaring i rollen. Dersom en person tilhører en underleverandør skal underleverandørens navn oppgis.

Antall års erfaring vil bli vektlagt i Kundens vurdering av kvalitet på tjenesten.

Navn	Nøkkel Person	Tilhørighet	Rolle i tjenesteytingen	Antall års erfaring

				<i>i rollen</i>
	X			
	X			

- (33) I e-post av 2. desember 2008, ba klagenemndas sekretariat om en presisering av hva innklagede bygget på ved vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om *"meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag."* I telefonsamtale av 3. desember 2008 informerte innklagede at kontrakten valgte leverandør har med Storbritannia-programmet, ble ansett for å inneholde i det vesentlige de samme elementene som den foreliggende anskaffelsen. Klagenemndas sekretariat mottok også to e-poster av 3. desember 2008, med ytterligere presiseringer.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier og avlysning av konkurransen

- (34) Klager anfører prinsipalt at det andre og det fjerde tildelingskriteriet som er listet opp i konkurransegrunnlaget, er ulovlige. Det andre underkriteriet har ordlyden: *"Gjennomføringsevne, målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen (5 %)"*. Det fjerde tildelingskriteriet har ordlyden: *"Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen (20 %)"*.
- (35) Etter klagers oppfatning er det i strid med anskaffelsesregelverket å benytte *"gjennomføringsevne"* og *"erfaring"* i evalueringen av tilbudene, da disse kriteriene ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriftens § 22-2. Dette følger av EF-domstolens dom i sak 31/87 *"Beentjes"*, og i sak C-532/06 *"Lianakis"*. Lasse Simonsen virker å være av samme oppfatning i sin artikkel publisert på Gyldendal Rettsdata.
- (36) Rettsvillfarelse om Lianakis-saken er ingen unnskyldning, da det må kunne forventes at det offentlige, og særlig statlige instanser, holder seg oppdatert på regelverket for offentlige anskaffelser. Uansett ble innklagede kjent med dommen gjennom klagen av 5. juni 2008, og burde da ha reagert med å avlyse konkurransen. Det forhold at ulovlige tildelingskriterier har vært benyttet er i seg selv grunn til at anskaffelsesprosessen ikke lovlig kan fortsette, jf EF-domstolens dom C-448/01 Wienstrom, og Dragsten/Lindalen, 2005, bind II. Konkurransen skulle således vært avlyst.

Vektingen av tildelingskriteriene

- (37) Dersom klagenemnda kommer til at konkurransen ikke skulle vært avlyst, anføres det at kravene til gjennomsiktighet og likebehandling kan være brutt ved at den innbyrdes vektingen av tildelingskriteriet *"Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen"* ikke ble oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagede har opplyst at 10 % vekt ble lagt på kvalitet målt opp mot kravspesifikasjonen og 10 % på kvalitet målt opp mot krav til erfaring i *"Krav til Vedlikeholdsavtalen"*. Senere har innklagede opplyst at *"kvalitet"* var hovedkriteriet,

mens erfaring og kravspesifikasjon var underkriterier. Heller ikke dette fremkommer av konkurransegrunnlaget. Dersom vektingen ble fastsatt før kunngjøringen, burde leverandørene vært opplyst om dette. Hvis oppdragsgiver endret vektingen av tildelingskriteriene etter åpning av tilbudene, fremstår en slik endring som usaklig og vilkårlig. Klager ber derfor om at klagenemnda anmoder innklagede om å fremlegge møtereferater og eventuell annen dokumentasjon for å redegjøre nærmere for på hvilket tidspunkt de bestemte seg for å fordele vektingen av tildelingskriteriet på den måten som beskrevet, samt på hvilket tidspunkt innklagede bestemte seg for å kategorisere "kvalitet" som hovedkriterium og erfaring og kravspesifikasjon som underkriterier.

Grov saksbehandlingsfeil

- (38) Hvis klagenemnda er av den oppfatning at de ovennevnte forhold ikke leder til at konkurransen skulle ha vært avlyst, mener klager at disse forholdene, enten det enkelte eller samlet, utgjør en grov saksbehandlingsfeil.

Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravene og skulle vært avvist

- (39) Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravene og skulle derfor ha vært avvist fra konkurransen etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav a. Etter klagers syn virker det som valgte leverandør er kvalifisert basert på en misforståelse om at han har "meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag".
- (40) Klager forstår dette kravet slik at leverandøren må ha solid erfaring fra oppdrag som omfatter alle elementene i leveransen. Valgte leverandør har erfaring som leverandør av EK-utstyr (fotlenker og basestasjon i den domfeltes bolig), men har så vidt klager kjenner til, ikke erfaring som leverandør av de øvrige produkter og tjenester som inngår i leveransen, dvs. sentralt overvåkingssystem mv., vedlikeholdstjenester, driftsstøtte og brukerstøtte. Kontrakten med innklagede synes derfor å være valgte leverandørs første oppdrag som "fullservice"-leverandør. Under henvisning til valgte leverandørs manglende erfaring med komplette løsninger, bestrides det at han oppfyller konkurransegrunnlagets krav om "meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag".
- (41) Med referanse til leveransens omfang og valgte leverandørs kapasitet stiller klager seg videre undrende til at valgte leverandør kan sies å oppfylle kravet om at leverandøren "skal kunne gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig gjennom meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring".
- (42) Også i "Krav til vedlikeholdsavtalen" punkt 6.2 blir det stilt strenge krav til leverandørens personell, ved at det for hver person skal angis "hvilken rolle personen har i tjenesteytingen og antall års erfaring i rollen." Videre fremgår det at "antall års erfaring vil bli vektlagt i Kundens vurdering av kvalitet på tjenesten". Etter hva klager kjenner til har valgte leverandør ikke erfaring med installering eller vedlikehold av IT-løsninger og driftsstøtte/brukerstøtte, og klager stiller således spørsmålsteget ved om valgte leverandør kan ha oppfylt dette kvalifikasjonskravet.
- (43) I "Krav til vedlikeholdsavtalen" punkt 3.12 er det blant annet oppstilt krav om at leverandøren skal kunne tilby integrasjon mot fagsystem og at programvaren skal kunne avgi data til et datavarehus. Så vidt klager er kjent med, har valgte leverandør ikke noen erfaring med dette.

Uklart konkurransegrunnlag

- (44) Innklagede har forklart at avgjørende for om kravet til erfaring fra "tilsvarende" oppdrag var oppfylt, var om leverandøren hadde kunnet dokumentere solid erfaring med leveranser av fotlenke, basestasjoner og software. Dette fordi hovedessensen i anskaffelsen var fotlenke og basestasjon. Etter klagers oppfatning må konkurransegrunnlaget imidlertid forstås slik at kvalifikasjonskravet gjaldt samtlige elementer i oppdraget. Dersom klager hadde kjent til at hovedessensen i anskaffelsen var fotlenker og basestasjon, hadde tilbudet vært utformet annerledes og prisen selvfølgelig vært lavere. Innklagede har dermed brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5, ved ikke å opplyse i konkurransegrunnlaget om at hovedessensen i anskaffelsen var fotlenker og basestasjon, til tross for at dette kunne ha betydning for leverandørenes utforming av tilbud samt beregning av tilbudspriser. Også kravet til likebehandling i lovens § 5 må anses brutt, da det uklare konkurransegrunnlaget åpenbart har medført at leverandørene har tolket det ulikt.

Grunnløs økning av klagers pristilbud

- (45) I den nærmere begrunnelsen for tildelingsbeslutningen fremgår det at innklagede har justert klagers pristilbud fra ett til 24 sett av hver type spesialutstyr for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Klagers tilbud er således økt fra kr 20 645 til kr 495 480. Ved valg av det spesialutstyr som inngår i klagers tilbud, er det tilstrekkelig med ett sett spesialutstyr for å betjene hver type EK-utstyr. Klagers tilbud var derfor i samsvar med kravspesifikasjonen, og innklagede hadde ikke grunnlag for å multiplisere klagers tilbud med 24 på dette punktet. Innklagede foretok den betydelige økningen uten noen forutgående avklaring med klager, noe som var i strid med kravet til forutberegnelighet.

Klagefrist

- (46) Klager fikk ikke en begrunnelse som tilfredstilte kravene i forskriftens § 20-16 før 4. juni. Ettersom klagefristen gikk ut 6. juni kl. 08.00, ble denne således for kort til å oppfylle kravet til "rimelig tid" i anskaffelsesforskriftens § 22-3 (1). Det vises i denne sammenheng til klagenemndas sak 2005/218. Klagefristen burde derfor ha vært forlenget.

Manglende begrunnelse

- (47) Videre anføres det at innklagedes manglende begrunnelse av avslaget på klagen utgjør en saksbehandlingsfeil. Det vises til at klagen inneholdt omfattende argumentasjon om forhold som ikke tidligere var besvart av oppdragsgiver. I en slik situasjon medfører de grunnleggende krav om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, at oppdragsgiver må gi en begrunnelse for de beslutningene som har betydning for leverandørene.

Innklagedes oppførsel ved kontraktsinngåelsen

- (48) I konkurransegrunnlaget var det uttrykkelig sagt at inngåelse av avtale var planlagt i slutten av juni 2008. At innklagede fremskyndet kontraktsinngåelsen i forhold til det som var opplyst i konkurransegrunnlaget, gir inntrykk av manglende vilje til å gjøre en forsvarlig vurdering av klagers innsigelser mot kontraktstildelingen, og fremstår dermed som brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5, og på kravet til god anbuds- og forretningskikk i forskriftens § 3-1 (6).
- (49) Det var også i strid med de grunnleggende kravene til god forretningskikk, gjennomsiktighet og forutberegnelighet, at innklagede nektet å opplyse klager om tidspunktet for planlagt kontraktssigneringsmøte.

- (50) At innklagede gjennomførte kontraktssigneringsmøtet på tross av kjennskap til at retten på dette tidspunkt behandlet en begjæring om midlertidig forføyning, var klart i strid Norges forpliktelser etter Håndhevelsesdirektiv 89/665 og dermed EØS-avtalen. Dette direktivet krever at klageprosedyren skal være effektiv og forhindre at leverandøren lider tap som følge at det begås feil, jf. Sue Arrowsmith, *“The Law of Public and Utilities Procurement”*, 2 utg. 2005, s. 1416-1421. Bjørn Holstad underskrev kontrakten på vegne av innklagede, og han var en av mottakerne av e-posten av 10. juni kl. 09.25, hvor klager varslet at det ville bli begjært midlertidig forføyning. Det er således ingen tvil om at innklagede visste eller måtte forstå at begjæring om midlertidig forføyning var sendt til retten da kontrakten ble underskrevet. Når oppdragsgiver oppfører seg slik, har leverandøren i utgangspunktet vært fratatt alle muligheter til å kreve erstatning for å få saken overprøvd i klageomgangen. Klagers siste mulighet er således å kreve erstatning.

Erstatning

- (51) Klager mener at vilkårene for erstatning er oppfylt. Det foreligger vesentlige brudd på regelverket, og innklagedes kontraktssignering er et brudd på Norges forpliktelser etter Håndhevelsesdirektiv 89/665 og dermed EØS-avtalen. Det understrekes at innklagede er underlagt Kriminalomsorgens sentrale forvaltning, som igjen hører under Kriminalomsorgsavdelingen i Justisdepartementet. Det skjerper kravet til oppdragsgivers handlemåte at oppdragsgiver i dette tilfellet er Justisdepartementet, som burde kjenne reglene i anskaffelsesregelverket.
- (52) Hvis klagenemnda kommer til at konkurransen ikke skulle ha vært avlyst, anføres det at vilkårene for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Etter klagers oppfatning foreligger det en klar sannsynlighet for at klager ville fått kontrakten om ikke feilene var blitt begått. Dette fordi valgte leverandør da ville ha blitt avvist, og det dermed bare ville ha vært klager som stod igjen av tilbyderne.
- (53) Subsidiært krever klager erstatning for den negative kontraktsinteresse, da klager aldri ville ha deltatt i konkurransen om man visste hvordan den ville bli gjennomført.

Om klagenemndas tidsfrister

- (54) Klager stiller seg uforstående til at klagenemnda tillater en overtredelse av fristene som fremgår av klagenemndas informasjonsbrev til partene. Det vises til at innklagede hadde en frist til 31. juli 2008 med å sende inn tilsvaret til klagers kommentarer av 14. juli 2008 (8 virkedager+5 virkedager). Innklagede sendte imidlertid inn tilsvaret først 18. august 2008.

Innklagedes anførsler:

Ulovlige tildelingskriterier

- (55) Det bestrides at innklagede har benyttet ulovlige tildelingskriterier.
- (56) ”Lianakis”-saken gjaldt evaluering av om leverandørene hadde *den erfaring som var nødvendig* for en tilfredsstillende gjennomføring av kontrakten. Det er således ikke sagt at det skulle være forbudt å evaluere kvalitet som et tildelingskriterium, og det bør fremdeles være rom for dette. Dersom det er tale om en resultatforpliktelse, vil leverandørens erfaring være en indikator på risikoen for kontraktsbrudd, ettersom

kvalitetsnivået da er satt på forhånd. Dersom anskaffelsen gjelder en innsatsforpliktelse, vil leverandørens erfaring kunne være relevant for å vise hvilken kvalitet som tilbys.

- (57) I den foreliggende sak er det i konkurransegrunnlagets angivelse av tildelingskriteriene uttrykkelig sagt at det som skal evalueres er: *"Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen (20 %)."* Oppfyllelse av kravspesifikasjonen og erfaring er altså formelt sett mer å anse som underkriterier av kvalitet, heller enn selvstendige tildelingskriterier.
- (58) I klagenemndas sak 2008/110 (premiss 83) uttalte nemnda at når tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*, kunne ses på linje med *"tid for levering eller ferdigstilling"*, var det ikke i strid med regelverket. Tilsvarende må det være slik at når innklagede har anvendt de to foreliggende kriteriene for å komme frem til hvilken kvalitet som tilbys, vil kriteriene i denne konkrete saken være i samsvar med regelverket.
- (59) Innklagede har under tildelingskriteriene vurdert de konkrete personer som er tilbudt til utføring av oppdraget, og gitt poeng for disse. Deres kompetanse ble poengsatt, slik at den kunne holdes opp mot pris ved vurderingen av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Videre ble det vektlagt hvordan leverandøren ville løse oppdraget.
- (60) Innklagede vil understreke at dersom klagers fortolkning av regelverket legges til grunn, vil dette kunne få store konsekvenser. Anskaffelsesreglene forutsetter at for anskaffelser som følger forskriftens del III, er det ikke tillatt å kreve at leverandørene skal ha mer enn tre års erfaring som kvalifikasjonskrav. Dette følger underforstått av at § 17-9 er uttømmende. Dersom man både skulle legge til grunn at alle som har mer enn tre års erfaring er kvalifisert, og det i tillegg bestandig er forbudt å bruke dette som et tildelingskriterium, vil offentlig sektor ikke lenger kunne sikre seg god kvalitet på kontrakter om innsatsforpliktelser.
- (61) Videre vises det til at det å benytte *"gjennomføringsevne"* som et tildelingskriterium, er i samsvar med lang doms- og Kofa-praksis. Innklagede var heller ikke kjent med den påberopte dommen fra EF-domstolen når konkurransegrunnlaget ble sendt ut. Det kan tilføyes at kriteriet *"gjennomføringsevne"* var motivert ut fra at det var svært viktig at elektronisk kontroll kunne driftsettes den 1. september 2008.
- (62) Kriteriet *"gjennomføringsevne"* hadde en vekt på 5 %, mens bare halvparten av det andre kriteriet, *"kvalitet"*, som var vektet 20 %, relaterte seg til erfaring. Erfaring har således kun påvirket 15 % av tildelingsvurderingen. Når det gjelder leverandørens erfaring, er valgte tilbyderer for øvrig vurdert som noe svakere enn Rambøll. Dersom man ser bort fra kriteriet, vil klager således komme enda dårligere ut i forhold til valgte leverandør. Det er etter innklagedes syn lite trolig at kriteriet kan ha virket inn på tilbudenes innhold, og det er i alle fall ikke grunnlag for å si at utfallet av konkurransen kunne blitt påvirket, da prisforskjellen mellom tilbudene var så stor.
- (63) Dersom nemnda likevel skulle komme til at tildelingskriteriene var ulovlige, anføres det at innklagede uansett ikke hadde plikt til å avlyse konkurransen. Innklagede kan ikke se at EF-domstolen tok stilling til om et ulovlig tildelingskriterium alltid skal medføre at konkurransen avlyses, og verken norsk rett eller EF-rett oppstiller en plikt til avlysning når tilbyderne ikke har lidt skade som følge av de ulovlige kriteriene.

Vektingen av tildelingskriteriene

- (64) Innklagede hadde ikke plikt til å oppgi den innbyrdes vektingen under tildelingskriteriet ”Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen (20 %)”, i konkurransegrunnlaget. Plikten til å vekte tildelingskriteriene gjelder ikke for underkriterier, men bare for hovedkriterier. For øvrig kan det ikke ha vært uventet at halvparten av kvalitetskriteriet fordelte seg på oppfyllelse av kravspesifikasjonene, og halvparten på erfaring.

Grov saksbehandlingsfeil

- (65) Av klagenemndsforordningen følger det at klagenemnda ikke skal uttale seg om de rettslige konsekvenser av eventuelle brudd på regelverket. Innklagede kan uansett ikke se å ha gjort noen saksbehandlingsfeil, og den vil under enhver omstendighet neppe være særlig grov. Dette fordi innklagede har fulgt en praksis som har vært fast i Kofa over flere år, nemlig å akseptere erfaring og leveringsikkerhet som tildelingskriterier. Leveringsikkerhet ble også godtatt av Høyesterett for noen få måneder siden, da Høyesterett mente dette ”åpenbart” var lovlig.

Valgte leverandør oppfylte ikke kvalifikasjonskravene og skulle vært avvist

- (66) I kvalifiseringen har innklagede i hovedsak lagt vekt på valgte leverandørs erfaring med levering av utstyr og vedlikehold, brukerstøtte og driftsstøtte i tilknytning til dette, da utstyret er kjernen i leveransen. Det komplekse og hovedessensen er levering av utstyr, mens innklagede selv skal stå for driften av utstyret. Vedlikeholdstjenester i tilknytning til programvaren utgjør kun en liten del av leveransen. Vedlikeholdstjenestene som skal ytes er enkel fjerdelinje support, med hovedvekt på feilretting av utstyr (men også programmer dersom det skyldes leverandøren).
- (67) Evalueringen av kvalifikasjonene er basert på den dokumentasjon, og de beskrivelser leverandørene har gitt i forespørselen om å delta i konkurransen. Valgte leverandør ble ansett å oppfylle kvalifikasjonskravet om meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag, først og fremst ut fra tilbudets opplysninger om kontrakten i England.
- (68) I tilbudet fremgår det at valgte leverandør yter tjenestedekning til dette prosjektet 24 timer i døgnet. Det er lagt til grunn at dette omfatter slik enkel fjerdelinjesupport som er aktuelt også i den foreliggende anskaffelse. Innklagede har her basert seg på at de opplysninger som er gitt om dette er korrekt. I tillegg fremgår det av tilbudets bilag D2 en oversikt over hvilke oppgaver de ulike medarbeiderne i Guidance har. Denne viser at flere personer jobber fast med vedlikehold, support mv. Indirekte viser dette også hva kontraktene valgte leverandør har løpende inneholder av oppgaver. Dette underbygger at valgte leverandør ikke er en ren utstyrsleverandør, som mangler forutsetninger for å drive support, vedlikehold og feilretting på egne produkter.
- (69) Til klagers anførsler som gjelder programvare, er valgte leverandør vurdert til å ha god erfaring også på dette. Det fremgår blant annet at selskapet introduserte GPRS kommunikasjonsmodus for sine kontrollenheter i juni 2005, i tillegg til ”over-luften”-programvareoppgradering, som følge av kundenes behov for automatisert vedlikehold. Videre vil programutvikling, inkludert versjonskontroll og programvarefeil og oppretting, følges opp i et eget kvalitetssystem i forhold til leveringen av løsningen. Det fremgår også at annengenerasjonssystem (OM247) ble lansert i august 2004.

Uklart konkurransegrunnlag

- (70) Innklagede mener klager har forstått at hovedessensen for anskaffelsen var fotlenker og basestasjon. Det vises til at delsum i tilbudet fra klager på vedlikeholdsavtalen var på kr 6 307 412,-, mens delsum på kjøpsavtalen var kr 9 731 427,-. Under enhver omstendighet er det ikke dokumentert at klager ville ha gitt et vesentlig annet pristilbud om han hadde vært klar over hva som var hovedessensen i anskaffelsen.

Grunnløs økning av klagers pristilbud

- (71) I kravene i kjøpsavtalen ble det angitt at det i tilbudet skulle legges til grunn behov for spesialutstyr for betjening av 24 sett EK-utstyr. Klager hadde i sitt tilbud oppgitt prisen for kun ett sett spesialutstyr, og innklagede rettet dette til 24 sett for å gjøre tilbudene sammenlignbare, og i samsvar med konkurransegrunnlaget. Innklagede anser slik kontrollregning for å være i samsvar med anskaffelsesregelverket, idet det var en åpenbar feil, og det var utvilsomt hvordan feilen skulle rettes. Under enhver omstendighet har dette beløpet ikke hatt noen konsekvens for utfallet av konkurransen.
- (72) Innklagede kan ikke forstå klagers anførsel om at det er tilstrekkelig med ett sett med spesialutstyr for montering og demontering, da det i konkurransegrunnlaget tydelig er oppgitt at bruken av utstyret vil være spredt på 6 ulike regioner, med flere team i regionene. Konkurransegrunnlagets angivelse av antallet må uansett være bestemmende for evalueringen.

Klagefrist

- (73) Innklagede kan ikke klandres for å ha vanskeliggjort forfølgning av kravet ved å gi for kort klagefrist. Klager var allerede 20. mai 2008 klar over at klagefristen utløp 6. juni 2008, og hadde således anledning til å begjære midlertidig forføyning på et tidligere tidspunkt. Klagefristen var for øvrig lenger enn det som ville fulgt av minimumskravene i anskaffelsesregelverket.
- (74) I forskriftens § 20-16 (4) fremgår det at nærmere begrunnelse skal gis innen 15 dager etter at skriftlig krav fremsettes av en leverandør. Innklagede gav den nærmere begrunnelsen én uke etter at krav var fremsatt, og i god tid før kontraktssigneringen. Innklagede kan således ikke klandres for at klager ventet med å begjære midlertidig forføyning.

Manglende begrunnelse

- (75) Innklagede kan ikke se at anskaffelsesregelverket stiller opp en plikt til å gi særskilt begrunnelse når en klage ikke blir tatt til følge.

Innklagedes oppførsel ved kontraktsinngåelsen

- (76) Innklagede bestrider anførselene om at det plutselig skal ha hastet med å inngå kontrakten, og at innklagede manglet vilje til å foreta en forsvarlig vurdering av klagers innsigelser. I starten av evalueringen så innklagede at det ville ta mindre tid enn planlagt, ettersom det bare var to tilbud å evaluere. I brev av 8. mai 2008 til de kvalifiserte leverandører opplyste derfor innklagede at man tok sikte på kontraktstildeling i begynnelsen av juni 2008, og før klagen til klagenemnda hadde innklagede allerede berammet kontraktsigneringsmøtet den 11. juni 2008.
- (77) At en tilbyder sier han har til hensikt å begjære midlertidig forføyning, kan ikke innebære et forbud mot å inngå kontrakt på det tidspunkt som er forhåndsvarslet. Dersom klager hadde gjort oppmerksom på at begjæring om midlertidig forføyning var

sendt til retten, og lå til behandling der, ville kontraktsinngåelsen selvsagt blitt utsatt. Når innklagede ikke hørte noe mer, og tidspunktet som var varslet kommer, kan det ikke være noe rettslig forbud mot å inngå avtale.

Erstatning

- (78) Det avvises at innklagede visste om at retten behandlet begjæringen om midlertidig forføyning da kontrakten ble inngått. Vilklårene for erstatning er ikke til stede allerede av den grunn at det ikke foreligger noe ansvarsgrunnlag. Heller ikke krav til årsakssammenheng mellom et økonomisk tap og et eventuelt ansvarsgrunnlag er dokumentert.

Klagenemndas vurdering:

- (79) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene

- (80) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist fordi han ikke oppfylte flere av kvalifikasjonskravene.
- (81) Etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen. Klagenemnda etterprøver at kvalifikasjonskriteriene er i samsvar med forskriften og at oppdragsgiver har anvendt kriteriene i tråd med det som er kunngjort, men etterprøver ikke utøvelse av det innkjøpsfaglige skjønn. I denne saken er det tale om et komplisert oppdrag der nemnda ikke kan forventes å ha teknisk ekspertise.
- (82) Klager har anført at det er tvilsomt om valgte leverandør oppfyller kravet til at *"Leverandøren skal ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag"*. I konkurransegrunnlaget fremgår det at kravet skal dokumenteres ved en liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste 5 år med relevans til kontrakten, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt samt navn på den offentlige eller private mottaker.
- (83) Innklagede har opplyst at valgte leverandør ble ansett kvalifisert først og fremst på grunn av et tidligere oppdrag, det såkalte Storbritannia-programmet. I tilbudet fremgår det at i overkant av 11 000 utstyrsett daglig er i bruk i programmet, og at leverandøren støtter programmet direkte og via fjernstyring via en dedikert såkalt VPN-kobling som gir kontraktsfestet tjenstedekning 24 timer i døgnet, hele året. Innklagede har videre opplyst at det ble vurdert slik at kontrakten med Storbritannia-programmet inneholdt i det vesentlige de samme elementer som kontrakten i den foreliggende sak, og at innklagede derfor ble ansett for å ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag. Klagenemnda kan ikke se at det er gjort feil ved å legge til grunn at kvalifikasjonskravet om meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag etter det opplyste var oppfylt.

- (84) Klager har videre stilt seg undrende til at valgte leverandør kan sies å oppfylle kravet om at leverandøren *”skal kunne gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig gjennom meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring”*.
- (85) I bilag D2 i valgte leverandørs tilbud fremgår det blant annet at leverandøren har 32 ansatte og samarbeid med underleverandører om produksjon, reparering og testing. Det blir oppgitt at leverandøren satser sterkt på produktutvikling og at han reinvesterte deler av fortjenesten i 2007 til dette. Videre fremgår det at leverandøren har et omfattende kvalitetssikringssystem som griper inn i alle deler av selskapets aktiviteter via et internt intranett, og at leverandøren er et ISO 9001-2000-sertifisert selskap.
- (86) Basert på disse opplysningene har klagenemnda ikke grunnlag for å si at det hefter feil ved innklagedes vurdering om at valgte leverandør oppfylte kravet til meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring.
- (87) Klager har videre stilt spørsmålstegn ved om valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet i *”Krav til vedlikeholdsavtalen”* punkt 6.2, samt at valgte leverandør ikke har dokumentert erfaring med integrasjon mot fagsystem og programvare om avgivelse av data til et datavarehus.
- (88) I *”Krav til vedlikeholdsavtalen”* punkt 6.2 blir leverandøren bedt om å oppgi det personell som skal utføre tjenestene. For hver person skal det blant annet oppgis hvilken rolle personen har i tjenesteytingen og antall års erfaring i rollen. Innklagedes vurdering er at valgte leverandør ved siden av å stå for utstyrsleveransen har nødvendige forutsetninger for å drive support, vedlikehold og feilretting på egne produkter. Klagenemnda overprøver ikke denne vurdering og bemerker for øvrig til klagers anførsel at innklagede ikke kan ses å ha stilt opp noe krav om at leverandøren skulle ha særskilt erfaring med å tilby integrasjon mot fagsystem eller om at programvaren skal avgi data til et datavarehus.
- (89) Klagers anførsler om manglende kvalifikasjoner fører etter dette ikke frem.

Hvorvidt tildelingskriteriene var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

- (90) Forskriftens § 20-1 regulerer forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier:

”§ 20-1. Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter

Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2 (kriterier for valg av tilbud).”

Forskriften gjengir her Dir 2004/18 Art. 44 nr 1 og forutsetter at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører ikke kan gjentas som kriterier for tildeling av kontrakt etter forskriftens § 22-2 basert på valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

- (91) I EF-domstolens dom C-532/06 “Lianakis”, tok EF-domstolen ex officio opp spørsmålet om følgende tildelingskriterier var lovlige: *”(1) the proven experience of the expert on*

projects carried out over the last three years; (2) the firm's manpower and equipment; and (3) the ability to complete the project by the anticipated deadline, together with the firm's commitments and its professional potential." Bakgrunnen for dette var direktivenes krav om sonndring mellom kvalifikasjons- og tildelingskriterier, slik disse er praktisert i EF-domstolens praksis, særlig i "Beentjes"-saken C-31/87.

- (92) EF-domstolen kom i "Lianakis" til at tildelingskriteriene i det aktuelle tilfelle var ulovlige, og fra dommen hitsettes følgende:

"Criteria chosen as 'award criteria' (Articles 23 and 36(1) of Directive 92/50)

25 It must be borne in mind that Article 23(1) of Directive 92/50 provides that a contract is to be awarded on the basis of the criteria laid down in Articles 36 and 37 of the Directive, taking into account Article 24, after the suitability of the service providers not excluded under Article 29 has been checked by the contracting authorities in accordance with the criteria referred to in Articles 31 and 32.

26 The case-law shows that, while Directive 92/50 does not in theory preclude the examination of the tenderers' suitability and the award of the contract from taking place simultaneously, the two procedures are nevertheless distinct and are governed by different rules (see, to that effect, in relation to works contracts, Case 31/87 Beentjes [1988] ECR 4635, paragraphs 15 and 16).

27 The suitability of tenderers is to be checked by the authorities awarding contracts in accordance with the criteria of economic and financial standing and of technical capability (the 'qualitative selection criteria') referred to in Articles 31 and 32 of Directive 92/50 (see, as regards works contracts, Beentjes, paragraph 17).

28 By contrast, the award of contracts is based on the criteria set out in Article 36(1) of Directive 92/50, namely, the lowest price or the economically most advantageous tender (see, to that effect, in relation to works contracts, Beentjes, paragraph 18).

29 However, although in the latter case Article 36(1) of Directive 92/50 does not set out an exhaustive list of the criteria which may be chosen by the contracting authorities, and therefore leaves it open to the authorities awarding contracts to select the criteria on which they propose to base their award of the contract, their choice is nevertheless limited to criteria aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous (see, to that effect, in relation to public works contracts, Beentjes, paragraph 19; Case C-19/00 SIAC Construction [2001] ECR I-7725, paragraphs 35 and 36; and, in relation to public service contracts, Case C-513/99 Concordia Bus Finland [2002] ECR I-7213, paragraphs 54 and 59, and Case C-315/01 GAT [2003] ECR I-6351, paragraphs 63 and 64).

30 Therefore, 'award criteria' do not include criteria that are not aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous, but are instead essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question.

31 In the case in the main proceedings, however, the criteria selected as 'award criteria' by the contracting authority relate principally to the experience, qualifications and means of ensuring proper performance of the contract in question. Those are criteria which concern the tenderers' suitability to perform the contract and which

therefore do not have the status of 'award criteria' pursuant to Article 36(1) of Directive 92/50.

32 Consequently, it must be held that, in a tendering procedure, a contracting authority is precluded by Articles 23(1), 32 and 36(1) of Directive 92/50 from taking into account as 'award criteria' rather than as 'qualitative selection criteria' the tenderers' experience, manpower and equipment, or their ability to perform the contract by the anticipated deadline."

- (93) Dommens rekkevidde er usikker. I klagenemndas sak 2008/120 uttalte nemnda følgende om "Lianakis":

"(56) Det knytter seg altså en viss uklarhet til tolkningen av Lianakis-dommen. Nemnda mener at dommen må forstås slik at oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste alltid må regnes som et kvalifikasjonskriterium som ikke kan videreføres eller gjentas som et tildelingskriterium. "Kompetanse" og "erfaring" kan allikevel etter omstendighetene inngå i en kvalitativ sammenligning mellom leverandørens tilbudte tjenestekvalitet der konkurransegrunnlaget ikke låser oppfyllelsen til kontraktsvilkår om tjenestens innhold eller leveringstid, slik som i NIDA-dommen Rt. 2007 s 1783. Lianakis-saken problematiserer ikke bruk av sammenfallende kriterier ved både kvalifikasjon og tildeling. Premiss 30 sitert ovenfor kan derfor forstås slik at man utelukker som tildelingskriterier slike som er "essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question", men ikke kriterier som fortsatt kan sies å være "aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous". Premiss (32) er gitt en svært kategorisk utforming ved at domstolen tilsynelatende avviser at "tenderers' experience, manpower and equipment" overhodet kan figurere som tildelingskriterier, men konteksten og det foregående premiss (31) kan også tolkes dit hen at det her er en forutsetning at momentene innvirker på oppfyllelsesevne i forhold til "proper performance of the contract in question". For tjenester der markedets tilbud ut over kontraktens basiskrav kan variere fordi oppdraget krever innovasjon og kreativitet, slik som ved konsulenttjenester, totalentrepriser prosjekteringsoppdrag, vil man etter dette lettere kunne skille mellom kvalifikasjoner og tilbudskvalitet. Spørsmålet er om dommen må forstås dit hen at oppdragsgiver ikke har den mulighet å åpne for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til teamwork og personer som tilbys. Nemnda stiller seg tvilende både til hensiktsmessigheten av en slik begrensning, og til om dommen virkelig er slik å forstå. Nemnda stiller seg også tvilende til den tolkning som nemnda legger til grunn bryter med kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5, sml direktivets Art 2.

(57) I vår sak har innklagede i evalueringsrunde nr. 2 under tildelingskriteriet "kompetanse" vektlagt forhold som er rettet mot tilbudet og den konkrete gjennomføringen av kontrakten, og som kan være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda forstår "Lianakis"-dommen slik at dommen ikke nødvendigvis stenger for dette.

(58) Innklagedes konkurransegrunnlag klargjorde imidlertid ikke godt nok at kriteriene under pkt 6.2. skulle gjelde mer og annet enn de grunnleggende kvalifikasjonskrav som allerede var omtalt i og vurdert etter pkt 3.1. Slik sett skjedde innklagedes håndtering av evalueringen i runde 2 ikke slik leverandørene kunne

forvente ut fra det kunngjorte. Ved dette brøt innklagede kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.”

- (94) I sak 2008/120 var det spørsmål om de forhold som skulle vurderes under tildelingskriteriet ”kompetanse” i realiteten var de samme som det som skulle vurderes under de angitte kvalifikasjonskriteriene, og dermed på dette grunnlag var i strid med regelverket. Nemnda godtok at kompetanse og erfaring i det aktuelle tilfelle (ombygning og rehabilitering av et bolighus) kunne si noe om den tilbudte tjenestekvalitet, men fant at kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var uklart og tvetydig på dette punkt, og tildelingskriteriet ”kompetanse” ble følgelig ansett for å være i strid med forskriftens § 13-2 (2).
- (95) Klagenemnda har således lagt til grunn at ”Lianakis”-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet etter kriteriet ”økonomisk mest fordelaktig”.
- (96) Klager har anført at tildelingskriteriene ”Gjennomføringsevne, målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen (5 %)”, og ”Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen (20 %)”, er ulovlige. Dette fordi kriteriene etter klagers oppfatning ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, noe som etter klagers mening følger av ”Beentjes” og ”Lianakis”.
- (97) Det var i konkurransegrunnlaget oppgitt at tildelingen skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriftens § 22-2. Videre må vurderingstemaet under de angitte tildelingskriterier ikke være det samme som under de kvalifikasjonskrav oppdragsgiver har fastsatt, jf. det siterte ovenfor og sakene 2007/93 og 2008/120. Videre har klagenemnda i sak 2008/120 lagt til grunn at konkurransegrunnlaget utvetydig må klargjøre at vurdering av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med – eller en gjentakelse av - vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (98) Det første spørsmål blir derfor om det fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at det var forutsatt en annen slags vurdering av de to aktuelle tildelingskriteriene enn for kvalifikasjonskravenes vedkommende. Konkurransegrunnlaget oppstiller som kvalifikasjonskrav D1 at ”Leverandøren skal ha meget solid erfaring fra tilsvarende oppdrag”, og D2 at ”Leverandøren skal kunne gjennomføre kontraktsytelsene effektivt og pålitelig gjennom meget god personellmessig og teknisk kapasitet og god kvalitetssikring.” De aktuelle tildelingskriteriene (pkt 17) er gruppert med bl.a. sub-kriteriene ”Gjennomføringsevne målt opp mot krav til erfaring og allokering i Krav til Kjøpsavtalen”, og ”Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen.”
- (99) Det kunngjorte oppdrag som beskrevet ovenfor i (7) består i å levere utstyr og tjenester med forhåndsbeskrevne kvaliteter, dels utstyr (fotlenke, basestasjon, forbruksmaterieell, servere og kommunikasjonsutstyr med beskrevne spesifikasjoner), dels tjenester i form av programvare for autentisering og konfigurasjon av basestasjon egnet til å overvåke

kontrollsonen ved alarmfunksjon og endring/justering av avtalte planer. Tilbudenes kvalitet er innrettet på dette. Nemnda vurderer det slik at den etterspurte erfaring og kompetanse dokumenterer hvorvidt leverandøren kan fylle disse etterspurte definerte funksjoner og dermed i begrenset grad sier noe om tjenestetilbudets kvalitet. Det er da tale om evne til å oppfylle kontrakten slik den er kunngjort, ikke om kvalitetsvariasjoner egnet til å rangere de foreliggende tilbud.

- (100) Når det dernest spesielt gjelder tildelingskriteriet (pkt. 17) ”Kvalitet på vedlikeholdstjenester målt opp mot kravspesifikasjonen og krav til erfaring i Krav til Vedlikeholdsavtalen”, er det i punkt 6.2 i ”Krav til Vedlikeholdsavtalen” bedt om at leverandøren oppgir det personell som skal utføre tjenestene. Det blir opplyst at det for hver person blant annet skal oppgis antall års erfaring i den rollen personen har i tjenesteytingen, og at antall års erfaring vil bli vektlagt i oppdragsgivers vurdering av kvalitet på tjenesten. Etter klagenemndas syn er det for dette tildelingskriteriet også tale om erfaringsgrunnlag som i hovedsak er dekket av de krav som innklagede har satt til oppfyllelse av vedlikeholdsavtalen som sitert ovenfor under (8). Også her handler det om leverandørens evne til å fylle de etterspurte funksjoner, altså evne til å oppfylle kontrakten.
- (101) Etter klagenemndas syn er det både for oppdraget og vedlikeholdstjenesten så stort sammenfall mellom de to typer vurderinger av erfaring og kompetanse at oppdelingen må anses som et brudd mot forskriftens § 20-1, slik bestemmelsen må tolkes etter ”Lianakis”-dommen.
- (102) Feilen kan ikke korrigeres under tildelingsprosessen i og med at konkurransegrunnlaget ikke kan endres, jf. forskriftens forutsetning i § 17-2 (1). Konkurransen skulle derfor vært avlyst.

Øvrige anførsler

- (104) Med det syn nemnda har på uriktig bruk av tildelingskriterier ser nemnda ingen grunn til å behandle klagerens øvrige materielle anførsler ut over anførselen knyttet til påplussing i klagers pristilbud.

Økning av klagers pristilbud

- (105) Klager har anført at innklagede ikke hadde grunnlag for å justere klagers pristilbud fra ett til 24 sett av hver type spesialutstyr for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Det vises til at klagers tilbud var i samsvar med kravspesifikasjonen, da det ved valg av det spesialutstyr som inngikk i klagers tilbud, etter klagers mening ville være tilstrekkelig med ett sett spesialutstyr for å betjene hver type EK-utstyr.
- (106) I konkurransegrunnlagets ”Krav til kjøpsavtalen”, blir leverandøren bedt om å sette opp en oversikt over pris og samlet pris på spesialutstyr for montering og demontering av EK-utstyr. Det oppgis at det skal legges til grunn behov for spesialutstyr for betjening av 24 sett EK-utstyr.
- (107) Etter klagenemndas syn viser ikke ordlyden i seg selv at leverandørene nødvendigvis må oppgi pris på mer enn ett sett spesialutstyr, så lenge dette kan brukes for å betjene 24 sett EK-utstyr. Og selv om det i punkt 2.4 i kravspesifikasjonen til ”Krav til

kjøpsavtalen” var opplyst at forsøksvirksomheten skulle etableres i seks fylker, kunne man ikke ut fra dette forstå kravspesifikasjonen slik at det var 24 sett spesialutstyr som skulle prissettes.

- (108) I tilbudet har klager gitt en samlet pris på spesialutstyr, som er basert på at det leveres ett sett av hver type spesialutstyr. Imidlertid fremgår det også av tilbudet at det forventes at kundens behov for spesialutstyr for montering og demontering til 6 EK-grupper og 130 domfelte vil være 14 installasjonssett, 7 batteritestere og 7 remtestere. Et slikt behov samsvarer ikke med en forutsetning om at ett sett av hver type spesialutstyr vil være tilstrekkelig for å betjene 24 sett EK-utstyr. Det fremstår imidlertid som klart at 14 installasjonssett, 7 batteritestere og 7 remtestere i alle fall vil være tilstrekkelig for å betjene 24 sett EK-utstyr.
- (109) Innklagede multipliserte imidlertid de tre enhetsprisene for hver type spesialutstyr med 24. Innklagedes oppjustering av må etter dette sies å utgjøre et brudd på forskriftens § 21-1 (1), som forbyr endring i tilbyders pristilbud. Endringen har imidlertid ikke hatt betydning siden klagers pris fortsatt lå betydelig over valgte leverandørs tilbud i en konkurranse der de to leverandørene for øvrig ble ansett for å ligge jevnt.
- (110) Etter dette legger klagenemnda til grunn at innklagede har brutt regelverket ved forskriftsstridig bruk av tildelingskriterier for kontrakten samt ved ulovlig endring i klagers tilbud. Nemnda bemerker at feilene ikke kan ses å ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Klagefrist

- (111) Klager har anført at klagefristen var for kort til å oppfylle kravet til *”rimelig tid”* i forskriftens § 22-3 (1). Dette fordi klager ikke fikk en begrunnelse som tilfredstilte kravene i forskriftens § 20-16 før 4. juni 2008, mens klagefristen gikk ut 6. juni 2008.
- (112) Av forskriftens § 22-3 (1) følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal meddeles til alle deltakerne *”i rimelig tid”* før kontrakt inngås.
- (113) Det kan reises spørsmål ved om begrunnelsen som gis i meddelelsen må være i samsvar med forskriftens krav i § 20-16 (1), for at klagefristen skal begynne å løpe. Nemnda drøfter først om begrunnelsen i meddelelsen av 20. mai 2008 tilfredsstiller forskriftens krav.
- (114) I § 20-16 (1) fremgår det at oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier. Et sentralt formål bak begrunnelsesplikten er at leverandøren skal få et grunnlag for å vurdere om han skal imøtegå tildelingsbeslutningen, enten ved å be leverandøren endre avgjørelsen eller ved å begjære midlertidig forføyning, jf. Veileder FAD s. 201.
- (115) I tildelingsmeddelelsen av 20. mai 2008 fremgikk det at klager og valgte leverandør var vurdert som tilnærmet like gode på samtlige tildelingskriterier, med unntak av priskriteriet, hvor klagers tilbud ble oppgitt å være omtrent dobbelt så dyrt som valgte leverandørs tilbud.

- (116) Selv om innklagedes begrunnelse er noe knapp, fremgår det klart hva som var avgjørende for tildelingen, og hva som skilte tilbyderne på dette punktet. Klagenemnda har derfor kommet til at begrunnelsen tilfredsstilte kravet i forskriftens § 20-16 (1).
- (117) Klagefristen var dermed på 16 dager, og klagenemnda har da ingen foranledning til å vurdere når klagefristen ville begynt å løpe dersom den opprinnelige begrunnelsen ikke var i samsvar med § 20-16 (1). Klagenemnda kan ikke se at en frist på 16 dager er i strid med kravet til "*rimelig tid*" i forskriftens § 22-3 (1).

Kontraktsinngåelsen

- (118) Klager har anført at det at innklagede fremskyndet kontraktsinngåelsen i forhold til det som var opplyst i kontraktsgrunnlaget, ga inntrykk av manglende vilje til å gjøre en forsvarlig vurdering av klagers innsigelser mot kontraktstildelingen, og derfor var i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5, og med kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1 (6).
- (119) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at innklagede hadde som målsetning å inngå avtale i slutten av juni 2008. Klagenemnda forstår ikke dette som en bindende angivelse av når kontrakt skulle inngås, og kan derfor ikke se at innklagedes kontraktsinngåelse den 11. juni 2008 var i strid med anskaffelsesregelverket.
- (120) Klager har også anført at innklagede nektet å opplyse om tidspunktet for kontraktsinngåelse, og at dette var i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5, og med kravet til god anbuds- og forretningsskikk i forskriftens § 3-1 (6).
- (121) Av konkurransegrunnlagets "*Krav til konkurransen*" punkt 2 fremgikk det at oppdragsgiver hadde som målsetning å inngå kontrakt i slutten av juni 2008. Videre fremgår det at oppdragsgiver i e-posten av 4. juni 2008 opplyste at man var "*innstilt på å inngå kontrakten etter klagefristens utløp*". Basert på dette kan klagenemnda ikke se at innklagede har nektet å opplyse om tidspunktet for kontraktinngåelse.
- (122) Klager har videre anført at det at innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør på tross av kjennskap til at retten på dette tidspunkt behandlet en begjæring om midlertidig forføyning, klart var i strid med Norges forpliktelse etter Håndhevelsesdirektiv 89/665 og dermed EØS-avtalen. Klagenemnda kan ikke se at anskaffelsesregelverket forbyr oppdragsgiver å inngå kontrakt mens retten behandler en begjæring om midlertidig forføyning.

Erstatning

- (123) Nemnda avstår fra å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningens § 12.

Om klagenemndas tidsfrister

- (124) Klager stiller seg uforstående til at klagenemnda tillater en overtredelse av fristene som fremgår av klagenemndas informasjonsbrev til partene. Det vises til at innklagede hadde

en frist til 31. juli 2008 med å sende inn tilsvaret til klagers kommentarer av 14. juli 2008 (8 virkedager+5 virkedager). Innklagede sendte imidlertid inn tilsvaret først 18. august 2008.

(125) Til dette vil nemnda bare kort bemerke at de fristene som er satt i oversendelsesbrevet er satt med hensyn til å få en fremdrift av saken, og kan derfor ikke på noen måte anses absolutte i den forstand at de ikke kan utsettes eller at nemnda vil være avskåret fra å ta hensyn til kommentarer som innkommer etter fristens utløp.

Konklusjon:

Kriminalomsorgens IT-Tjeneste (KITT) har brutt forskriftens § 20-1 ved å kunngjøre og gjennomføre en tilnærmet felles vurdering av leverandørens kvalifikasjoner (erfaring og kompetanse) og tildelingskriterier for konkurransen.

Kriminalomsorgens IT-Tjeneste (KITT) har brutt kravet til forutberegnelighet i forskriftens § 21-1 (1), jf. lovens § 5, ved å oppjustere klagers pristilbud til 24 sett spesialutstyr.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
8. desember 2008

Kai Krüger