



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende inngåelse av rammeavtale om rådgivningstjenester knyttet til brannteknikk. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge feil faktum til grunn ved evalueringen av klagers tilbud på tildelingskriteriet "leveringssikkerhet". Klagenemnda fant videre at det også forelå brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede hadde lagt vekt på erfaring fra kursvirksomhet ved evalueringen av tildelingskriteriet "kompetanse". Innklagede hadde også brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5, ved å legge vekt på CV'en til en person som ikke var ansatt hos valgte leverandør, ved evalueringen av tildelingskriteriet "kompetanse". Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 23.november i sak 2009/98

Klager: Skansen Consult AS

Innklaget: Statsbygg

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Tildelingsevaluering

Bakgrunn:

- (1) Statsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om rådgivningstjenester innen fagområdene brannteknikk og bygningsfysikk. Denne saken gjelder rammeavtalen om rådgivningstjenester innen brannteknikk.
- (2) Anskaffelsen var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 2:

"2 Orientering om rammeavtalen og oppdraget

2.1 Orientering

Rådgiverne vil bli engasjert til å utføre oppgaver som vanligvis utføres av ansatte i seksjon Bygg (FB). Eksempler på aktuelle arbeidsoppgaver er utarbeidelse av tilbudsgrunnlag for engasjering av prosjekterende (RIB), gjennomføring av tilbudsevaluering ved anskaffelser, rådgivning og kvalitetssikring av prosjektert materiale samt annen oppfølging og kontroll av kontraherende leverandører,- både entreprenører og de prosjekterende.

Alle oppdrag vil bli utført etter medgått tid og etter avtalens timesatser innenfor tids- og kostnadsrammer som avtales ved den enkelte bestilling.

For enkelte oppdrag vil det kunne være et vilkår at rådgiveren under oppdragsutførelsen kan arbeide i Statsbyggs lokaler.

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

Beskrivelse av det arbeidet som skal utføres av konsulenten vil bli angitt ved tildeling av det enkelte oppdrag.

Det vil bli inngått rammeavtale med ett firma innenfor hvert av de to fagområdene byggteknikk og brannteknikk.

2.1 Rammeavtalens omfang

Det er vanskelig å anslå omfanget av oppdrag som vil bli bestilt under rammeavtalene, da dette bl.a. beror på fremtidige bevilgninger og fremtidig bemanningssituasjon. Hensikten med rammeavtalene er å kunne ta "toppbelastninger" i seksjonen og til enhver tid å kunne yte tilfredsstillende bistand til virksomhetsområdene i Statsbygg.

Behovet kan ligge i størrelsesorden 0,5-1 årsverk pr avtale.

Når et behov oppstår, vil Statsbygg rette forespørsel om bistand iht avtalen. Tilbyder forventes å kunne stille med en av de tilbudte rådgiverne innen ca. 14 dager etter hver forespørsel.

2.2 Eksempler på oppgaver innenfor de ulike rammeavtalene

1. Bygningsfysikk

[...]

2. Brannteknikk

- Utføre tilstandsvurderinger på eksisterende bygg. Påpeke avvik, gi forslag til utbedringer.
- Gjennomgang av brannrapporter for å sikre at forskrifter er fulgt, og at økonomiske løsninger er valgt. (3. parts kontroll)
- Kontrollere at branntekniske forhold er blitt tatt hensyn til, før og etter en rehabilitering/ombygging/nybygg.
- Kontrollere at brannteknisk rapport, inkludert branntekniske tegninger, er utarbeidet og oppdatert før og etter en rehabilitering/ombygging.
- Kontrollere at det er samsvar mellom de prosjekterte og godkjente branntekniske løsningene og det som faktisk er levert. (Gjelder ombygging og nybygg)
- Kontroll av at eventuelle avvik fra preaksepterte løsninger er ivarettatt ved brannteknisk risikoanalyse, og at avviket er akseptabelt. (Beregnet brannbelastning og brannetid)"

(3) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.5:

"Tildeling skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

Prioritet/vekt	Kriterier	Dokumentasjon
30 %	Pris	- Tilbudsskjemaet
60 %	Tilbudte	- Navn og CV for tilbudte rådgivere

	saksbehandleres kompetanse Se pkt 2.2 om kompetanse som særlig kommer til å bli vektlagt	(alder, utdanning, arbeidserfaring). Det skal tilbys minimum to og maksimum tre utførende rådgivere. Alle tilbudte forventes å ha kompetanse på seniornivå. - Nærmere beskrivelse av de tilbudte personenes kompetanse. - Referanseliste med beskrivelse av oppdrag med overføringsverdi. Det skal gis en kort omtale av oppdragenes/arbeidets nærmere innhold, omfang, navn på oppdragsgiver og tidspunktet for utførelse.
10 %	Leveringssikkerhet	- Redegjørelse for de tilbudte personers oppdragsmengde (kapasitet) p.t og forventet fremtidig kapasitet.

- (4) Seks leverandører leverte tilbud innen fristen 3.februar 2009 kl. 14.00. Blant disse var Skansen Consult AS (heretter kalt klager) og BrannSafe AS (heretter kalt valgte leverandør). Fra klagers tilbud hitsettes:

”De tilbudte ingeniørers kapasitet varierer. Basert på den generelle nedgangen i bygg og anleggsbransjen, som medfører lavere aktivitet for vår virksomhet, vil vi kunne tilby oppdragsstart innenfor 5-10 virkedager. Eventuelt vil vi fordele prosjekter internt, slik at de tilbudte ingeniører vil være tilgjengelig for Statsbygg, da dette vil være en prioritert kunde.”

- (5) Fra valgte leverandørs tilbud hitsettes følgende om bruk av ekstern bistand:

”Ekstern bistand – brannteknisk rådgiver på seniornivå

BrannSafe AS har de siste par år på regulær basis hyret inn ekstern bistand for branntekniske rådgivningstjenester på seniornivå/tiltaksklasse 3 hos NEAS Nbc AS v/ [...].”

- (6) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved brev av 23. mars 2009. Fra brevet hitsettes:

”I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser, meddeles herved at Statsbygg har til hensikt å inngå kontrakt med firma Brannsafe as.

Denne tilbyder er foretrukket av følgende årsaker:

Tildelingskriterium:		Relativ fordel:
Prioritet/vekt	Kriterier	
30 %	Pris	Timeprisene fordelte seg mellom kr 740 – 890. Brannsafe as hadde kr 850. Etter en matematisk utregning etter en vektingsskala fra 1 – 4.

		Karakter 3,3
60 %	Tilbudte saksbehandleres kompetanse Se pkt 2.2 om kompetanse som særlig vil bli vektlagt	Brannsafe as har gjennom mange år arbeidet med oppgraderinger og "friskmeldinger" av eldre bygninger i samråd med kommunale og statlige myndigheter. Firmaet har tilbudt 3 personer: [...]. [...] har tidligere vært ansatt i Norsk Brannvern Forening og gjennomført kursvirksomhet for nøkkelpersonell siden 1990, da nye brannforskrifter (FOBTOB) ble gjort gjeldende. Hun har lang erfaring med å vurdere den branntekniske helheten samt branntekniske fordeler og ulemper med de ulike løsninger og konstruksjoner i et eksisterende bygg. [...] har i tillegg til brannteknisk prosjektering utført tilstandsanalyser, innsatsleder ved brann og ansvarlig for forebyggende avdeling i kommunalt brannvesen. Omfattende internasjonale forelesninger -/ kursvirksomhet innen brannfaget. [...] har gjennom praktisk virke og kursing i Brannsafe fra 2002 – 2009 bygget opp god kunnskap og innsikt i alle relevante lover og forskrifter, samt branntekniske særområder som verneverdige bygg, omsorgsboliger/PFU, fengsler, anstalter, sykehus og hoteller. Brannsafe as fikk best karakter på kompetanse. Karakter: 4,0
10 %	Leveringssikkerhet	Brannsafe as kan avsette en person 30-40 timer pr. uke i toppbelastningsperioder. Ut i fra opplysninger i tilbudet anses kapasiteten som god. Karakter: 3,7

Etter dette er Brannsafe as innstilt som vinner av konkurransen."

- (7) Klager rettet deretter noen spørsmål til innklagede, som ble besvart ved e-post 3. april 2009. Av e-posten fremkommer blant annet følgende:

”Viser til deres e-post, der vi ble bedt om å besvare nedenstående spørsmål i tilknytning til anbudskonkurransen om rammeavtale for kjøp av branntekniske tjenester. I det følgende gis våre svar.

- *Leveringssikkerhet: Hvorfor er Skansen Consult tildelt poengsummen 3,5 da vi har tydeliggjort i vårt tilbud at vi vil fordele oppdrag internt for å fristille tilbudte rådgivere for Statsbygg. Skansen Consult har 31 ansatte hvorav 27 med spisskompetanse innenfor brannteknisk prosjektering og rådgivning slik at vi alltid vil kunne stille de tilbudte rådgiverne til Statsbyggs disposisjon. Vi har fått tildelt lavere score enn et firma som totalt består av 3 medarbeidere, som i tillegg har en begrensning på 30-40 timer pr. uke i topp-perioder.*

Vurderingstemaet skal her være de tilbudte personers kapasitet. Tilbyderne er bedt om å redegjøre for tilbudte personers oppdragsmengde p.t og forventet fremtidig kapasitet. Det er vår forutsetning at oppdrag under rammeavtalen utføres av de personer som er angitt i tilbudet; det er bare disse personenes kvalifikasjoner som er vurdert i konkurransen. Videre er det viktig for Statsbygg at vi, for de aktuelle oppdragene, kan forholde oss til de samme personer. At tilbyder er et stort firma med mange ansatte gir derfor ikke nødvendigvis uttelling under dette kriteriet. Imidlertid har Skansen Consult fått godt skår på dette punkt; av konkurransens seks deltakere fikk Skansen nest beste karakter.

- *Hvorfor er Skansen Consult tildelt poengsummen 3,6 på kompetanse? I brev vedr. tildeling ser det ut til at vurderingen av Brannsafe baserer seg på at de tilbudte personer har lang erfaring innenfor kursing samt at de har kompetanse på verneverdige og spesielle bygg. Det er ikke synliggjort i konkurransegrunnlaget at dette er erfaring som vektlegges.*

Det er ikke slik at vi kun har sett på kursing og kompetanse på verneverdige og spesielle bygg, eller at dette er tillagt noen avgjørende/dominerende vekt. Vi mener imidlertid at det ikke kan karakteriseres som uforutsigbart at omfattende erfaring med forelesnings- kursvirksomhet for brannteknisk personell tillegges positiv vekt. Ved karaktersettingen har vi sett på totaliteten i den erfaring/kompetanse tilbudte personer angir. I vinnertilbudet hadde samtlige tilbudte personer en sterk CV og sammenlagt meget lang og bred erfaring med ulike branntekniske problemstillinger. Tilbyderen fikk altså toppscore. Skansen Consult har også tilbudt personer med relevant og god erfaring og de fikk godt score, dog ikke så godt som vinnertilbudet, som etter vår vurdering er noe bedre på dette punkt.

- *Hvorfor gir ikke laveste pris høyeste score? Vi er tilgodesett med karakteren 3,9 på en skala som går til 4.*

Statsbygg benytter en regnemodell ved omdanning av pris til poeng. I denne modellen skal laveste tilbyder få lik karakter som gjennomsnittet av de beste karakterer som er gitt for de øvrige tildelingskriterier i konkurransen. Gjennomsnittet av de beste karakterene var i denne konkurransen 3,9.”

- (8) Innklagede har for klagenemnda også levert inn sin tilbudsinnstilling. Her fremgår følgende om evaluering av valgte leverandørs kompetanse og begrunnelse for valg av leverandør:

"C. Kriteriet Tilbudte saksbehandleres kompetanse

[...]

Tilbyder 4 Brann Safe as tilbyr[...]. [...] er svært erfaren med stor kompetanse. [...] middels god kompetanse. [...] er senioringeiør, har bra og variert erfaring, har tidligere vært hos NEAS Byggforsk, Techno Consult. Videre har hun drevet omfattende forelesnings-/ kursvirksomhet for Brannteknisk personell i Sverige, Norge, USA, England og Polen.

[...]

D. Oppsummering/ konklusjon

Her kommenteres eller oppsummeres egenskaper ved vinnertilbudet:

Brannsafe AS har totalt oppnådd høyeste poengsum etter avsluttet vektning. Firmaets virksomhet er rådgivning og prosjektering innen brann- og sikkerhet samt oppgaver tilhørende dette. De tilbudte personer har alle bred erfaring med brannteknisk prosjektering i tiltaksklasse 3, risikoanalyser og såkalt "friskmelding" av eldre bygninger. Firmaets grunnlegger har tidligere vært ansatt i Norsk Brannvern Forening, og har således vært med på å lansere og etterleve Forskrift Om Brannforebyggende Tiltak og Brannsyn (FOBTOB) fra 1990. De tilbudte personer vil kunne foreta en tilfredsstillende faglig overlapping om nødvendig. Leveringssikkerheten virker betryggende."

- (9) Klager påklaget tildelingsevalueringen ved brev av 14. april 2009. Klagen ble avslått av innklagede ved e-post 29. april 2009.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 5. mai 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "leveringssikkerhet". Det vises til at klager, som ikke har noen begrensninger i forhold til kapasitet, fikk karakteren 3,5 på dette kriteriet, mens valgte leverandør, som har en begrensning på tretti til førti timer i uken i toppbelastningsperioder, fikk karakteren 3,7.
- (12) Ved evalueringen av tildelingskriteriet "kompetanse", har innklagede brutt regelverket ved å legge vekt på at personene valgte leverandør tilbyr til oppdraget, har lang erfaring innen kursvirksomhet. Dette var ikke spesifisert i konkurransegrunnlaget, og kunne derfor ikke vektlegges ved evalueringen.
- (13) Innklagede har ved evalueringen av tilbydernes kompetanse, også lagt vekt på at en av ingeniørene valgte leverandør tilbyr, har kompetanse innen særområder som verneverdige bygg, omsorgsbygg, sykehus, hoteller og fengsler. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget at dette skulle vurderes, og innklagede kunne derfor ikke legge vekt på det ved evalueringen.

- (14) Det anføres videre at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbydernes kompetanse når innklagede legger vekt på CV'en til den ingeniør som bare var utleid til valgte leverandør og ikke ansatt hos dem
- (15) Klager anfører i tillegg at innklagede har brutt regelverket ved poenggivningen vedrørende tildelingskriteriet "*kompetanse*" ved å legge feil faktum til grunn, og ved å se bort fra egne kommentarer ved poenggivningen. I konkurransegrunnlaget er det bedt om at alle tilbudte rådgivere skal ha kompetanse på seniornivå. Det fremgår av innklagedes evaluering at en av valgte leverandørs tilbudte ingeniører bare har middels god kompetanse. Likevel har innklagede gitt valgte leverandør høyeste poengsum på dette kriteriet. Det fremgår også av innklagedes evaluering at de rådgivere som valgte leverandør tilbød, har bred erfaring med brannteknisk prosjektering i tiltaksklasse 3. I valgte leverandørs tilbud er det imidlertid opplyst at en av ingeniørene kun kan prosjektere i tiltaksklasse to, da han ikke har formell utdanning innenfor ingeniør eller brannfaglig område.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede anfører at det ikke foreligger brudd på regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*". Innklagedes oppfatning av innholdet i tilbudene stemmer ikke overens med klagers. Valgte leverandør fikk en litt bedre poengsum enn klager på dette kriteriet, fordi det i valgte leverandørs tilbud er opplyst at det kan avsettes en person i tretti til førti timer per uke. Dette dekker innklagedes behov. Det er videre opplyst i tilbudet at rammeavtalen ikke vil medføre kapasitetsproblemer. Klager har i sitt tilbud ikke gitt konkrete opplysninger om de tilbudte personenes oppdragsmengde eller forventet fremtidig kapasitet, selv om det var bedt om dette i konkurransegrunnlaget.
- (17) Innklagede anfører videre at det ikke foreligger brudd på regelverket når innklagede har vektlagt at personene valgte leverandør tilbød, har forelest i brannteknikk. Innklagede kan ikke se at det skulle vært opplyst i konkurransegrunnlaget at dette ville bli vektlagt. Slik anskaffelsen var beskrevet, var det opp til tilbyderne selv å vurdere hva slags kompetanse og hvilke referanser det var relevant å opplyse om. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at rådgiverne blant annet skulle gjennomføre branntekniske tilstandsvurderinger av eksisterende bygg, herunder kontroll og kvalitetssikring av prosjekteringsmateriale og entreprenørers utførelse relatert til brannteknikk. Det var ut fra dette ikke uforutsigbart at forelesningsvirksomhet innen ulike branntekniske problemstillinger var relevant.
- (18) Det var heller ikke i strid med regelverket å legge vekt på at tilbudte personer har erfaring med verneverdige bygg, omsorgsbygg, sykehus og hoteller. Innklagede fører opp og forvalter statlige bygg, og har hovedsaklig store og spesialiserte bygg i porteføljen. Det var da ikke uforutsigbart at erfaring fra arbeid med spesialiserte og komplekse bygg, ville bli vektlagt positivt ved evalueringen av tilbudene.
- (19) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å legge vekt CV'en til valgte leverandørs innleide ingeniør ved evalueringen av tilbudene. Innklagede kan ikke se at regelverket inneholder et forbud mot at tilbydere benytter utførende personell som ikke er fast ansatt hos tilbyder.

- (20) Poenggivningen på tildelingskriteriet *"Tilbudte saksbehandlers kompetanse"* er ikke i strid med regelverket. Etter en samlet vurdering av tilbudte ingeniører, oppnådde valgte leverandør fire poeng på dette kriteriet. Tilbyderne kunne velge om de ville tilby to eller tre personer. Valgte leverandør tilbød tre personer. To av personene er etter innklagedes mening usedvanlig godt kvalifisert. Den tredje ble ikke vurdert å ha like god kompetanse, men er etter oppdragsgivers oppfatning velegnet til å medvirke ved ulike oppdrag. Tilbudet ble vurdert som det klart beste, og fikk av den grunn høyest mulig poengsum på dette kriterium. Ettersom det fremgår av valgte leverandørs tilbud at en av ingeniørene ikke har kompetanse eller erfaring med brannteknisk prosjektering i tiltaksklasse 3, har innklagede lagt dette til grunn ved tilbudsevalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes etter sin opplyste verdi av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III.
- (22) Klagenemnda bemerker innledningsvis - i lys av EF-domstolens sak C-532/06 *"Lianakis"* - at denne saken gjelder utføring av tjenester der personell kompetanse utvilsomt bidrar til å karakterisere den kvalitet som leverandørene tilbyr. Etterspurt *"leveringssikkerhet"* må også godtas som et relevant tildelingskriterium etter forskriften § 22-2 (2), jf. Rt. 2007 s. 1783 *"NIDA"*.
- (23) Klagen gjelder i det vesentlige ulike sider av innklagedes skjønnsutøvelse ved tilbudsevalueringen. Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som nemnda ikke befatter seg med. Klagenemnda kan bare overprøve skjønnsutøvelsen dersom det foreligger formelle regelbrudd, dersom oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 - eller dersom oppdragsgiver lagt feil faktum til grunn eller der skjønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig.

Evaluering av tildelingskriteriet "leveringssikkerhet"

- (24) Klager har anført at innklagede har lagt feil faktum til grunn ved poenggivningen av tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*, og at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det vises til at valgte leverandør er gitt flere poeng enn klager, til tross for at klager ikke har opplyst å ha noen kapasitetsbegrensning, mens valgte leverandør hadde angitt en kapasitetsbegrensning på tretti til førti timer i toppbelastningsperioder.
- (25) Av konkurransegrunnlaget fremkommer at tilbyderne skulle tilby to eller tre utøvende rådgivere, som skulle utføre oppdrag som ble tildelt under rammeavtalen. For at innklagede skulle kunne evaluere tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*, hadde innklagede i konkurransegrunnlaget bedt leverandørene opplyse om de tilbudte personenes nåværende og fremtidige kapasitet. Klager tilbød tre ingeniører, og la ved CV for disse. Klager opplyste samtidig i sitt tilbud at de tilbudte personers kapasitet varierte, herunder at klager kunne fordele prosjekter internt, slik at de tilbudte ingeniører ville være tilgjengelige for innklagede, som ville være en prioritert kunde. Dette må etter klagenemndas mening forstås slik at de tilbudte personene alltid ville bli gjort tilgjengelige for innklagede ved behov. Denne informasjonen må anses å oppfylle kravet i konkurransegrunnlaget punkt 4.5.

- (26) I e-post til klager av 3. april 2009, svarte innklagede på spørsmål om hvorfor klager hadde fått færre poeng enn valgte leverandør på tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*. Innklagede uttalte at det var en forutsetning at oppdrag under rammeavtalen skulle utføres av personene som var angitt i tilbudet, og at det kun var disse personenes kapasitet som skulle vurderes under tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*. Videre ble det uttalt at det derfor ikke ga uttelling at klager var et stort firma, med mange ansatte. Disse uttalelsene tyder på at innklagede har forstått klagers tilbud slik at klager ville stille andre enn de tre tilbudte ingeniørene til disposisjon for innklagede, dersom de tilbudte ingeniørene ikke hadde ledig kapasitet. Denne forståelsen er etter klagenemndas oppfatning ikke i samsvar med det som fremgår av klagers tilbud. Det vises til det som fremkommer ovenfor om at klager stilte tre konkrete ingeniører til innklagedes disposisjon, herunder at det i tilbudet ble uttalt at klager eventuelt ville fordele prosjekter internt, slik at de tilbudte ingeniører alltid ville stilles til innklagedes rådighet. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge feil faktum til grunn ved evalueringen av klagers tilbud.

Evaluering av tildelingskriteriet kompetanse – vektlegging av kursvirksomhet

- (27) Klager har anført at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede, ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kompetanse"*, legger vekt på at ingeniørene valgte leverandør tilbød, hadde lang erfaring innen kursvirksomhet.
- (28) Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med det som må anses påregnelig ut fra de opplysninger som er gitt om dette for eksempel i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2009/4 premiss (34).
- (29) Det fremgår om tildelingskriteriet *"[t]ilbudte saksbehandleres kompetanse"* i konkurransegrunnlaget punkt 4.5, at tilbyderne skulle *"[s]e pkt 2.2 om kompetanse som særlig kommer til å bli vektlagt"*. Konkurransegrunnlaget punkt 2.2 inneholdt eksempler på oppgaver som kunne bli aktuelle å utføre under rammeavtalen. Arbeidsoppgavene som er nevnt her, gjelder særlig tilstandsvurderinger av bygg, gjennomgang av branntekniske rapporter og kontroll av rapporter og bygg. Det fremgår ikke at kursvirksomhet er en aktuell oppgave. Punkt 2.2 gir likevel bare eksempler på arbeidsoppgaver. Beskrivelsen av tildelingskriteriet i konkurransegrunnlaget punkt 4.5, innebærer at også annen kompetanse enn den som fremgår av punkt 2.2 kan bli vektlagt. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at erfaring fra kursvirksomhet har noen sammenheng med eller på noen annen måte kan relateres til de arbeidsoppgavene som oppgis som eksempler i konkurransegrunnlaget. Undervisningserfaring kan ikke likestilles med praktisk arbeid slik som de oppgaver konkurransegrunnlaget omtaler. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge vekt på erfaring fra kursvirksomhet ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kompetanse"*.

Evaluering av tildelingskriteriet kompetanse – vektlegging av spesialkompetanse

- (30) Klager har videre anført at innklagede har tatt utenforliggende hensyn i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ved å legge vekt på at en av personene valgte leverandør tilbød, har kompetanse innen særrområder som verneverdige bygg, omsorgsbygg, sykehus, hotell og fengsler.

- (31) Som nevnt over, beror spørsmålet om kravet til forutberegnelighet er brutt ved at oppdragsgiver har tatt utenforliggende hensyn, på en tolkning av opplysningene som er gitt om evalueringen av tildelingskriteriet, jf. klagenemndas sak 2009/4 premiss (34).
- (32) Det er særlig kompetanse som er nødvendig for utførelse av arbeidsoppgaver nevnt i konkurransegrunnlaget punkt 2.2, som skal vektlegges ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kompetanse"*. Det er i dette punktet i konkurransegrunnlaget angitt at arbeidsoppgavene som skal utføres, er knyttet til både eksisterende bygg, rehabilitering av eksisterende bygg og oppføring av nybygg. Innklagede forvalter statlige bygg, og det dreier seg i stor grad om bygg som skal oppfylle bestemte formål, slik som skoler og fengsler. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er i strid med kravet til forutberegnelighet at innklagede legger vekt på spesialkompetanse. Klagers anførsel fører ikke frem.

Evaluering av tildelingskriteriet kompetanse – vektlegging av innleid konsulent

- (33) Det neste spørsmålet er om det er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede, ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kompetanse"*, legger vekt på CV'en til en person som ikke er ansatt hos valgte leverandør, men som leies inn ved behov.
- (34) Etter forskriften § 17-9 (2) kan en tilbyder i en konkurranse *"støtte seg på andre foretaks kapasitet"*. I slike tilfeller *"skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene"*.
- (35) Bruken av uttrykket *"skal"* i bestemmelsen tilsier at tilbyder har plikt til å dokumentere sin rådighet over ressursene som tilbys.
- (36) Bestemmelsen inntatt i § 17-9 gjelder dokumentasjon av at kravene til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner er oppfylt. Tilsvarende regel må imidlertid gjelde for evalueringen av tilbudene, jf. klagenemndas sak 2009/11, hvor en likelydende regel i forskriften § 17-8 (2) ble benyttet analogisk på tildelingsevalueringen.
- (37) Valgte leverandør har i sitt tilbud redegjort for at én av medarbeiderne som tilbys er leid inn fra et annet selskap. Det er rett nok lagt ved CV for denne medarbeideren på samme måte som for de øvrige tilbudte medarbeiderne. Det er imidlertid ikke levert inn formell dokumentasjon som viser slik rådighet over medarbeideren som forskriften krever. Det vil da være i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet når oppdragsgiver ser bort fra påkrevd dokumentasjon ved tildelingsevalueringen.

Evaluering av tildelingskriteriet kompetanse – vektlegging av personer med lavere tiltakskompetanse enn forutsatt i konkurransegrunnlaget

- (38) Klager har videre anført at innklagede har lagt feil faktum til grunn ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kompetanse"*, og at dette innebærer brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det er vist til at innklagede har lagt til grunn at én av medarbeiderne valgte leverandør tilbød, hadde erfaring fra prosjektering i tiltaksklasse tre, selv om det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at vedkommende bare kunne prosjektere i tiltaksklasse to.

- (39) Innklagede erkjenner at det fremgår av valgte leverandørs tilbud at den aktuelle personen kun kan prosjektere i tiltaksklasse to, og anfører å ha lagt dette til grunn i sin evaluering. Det fremgår imidlertid av innklagedes tildelingsevaluering, under oppsummeringen av vinnertilbudets egenskaper, at de tilbudte personer *”alle har bred erfaring med brannteknisk prosjektering i tiltaksklasse 3, risikoanalyser og såkalt ”friskmelding” av eldre bygninger”*. På den annen side fremgår det under evalueringen av selve tildelingskriteriet *”kompetanse”* at den aktuelle personen har *”middels god kompetanse”*, noe som kan tilsi at innklagede faktisk har lagt til grunn at vedkommende bare kan prosjektere i tiltaksklasse 2. Klagenemnda har på bakgrunn av den motstridende dokumentasjon ikke forutsetninger for å ta stilling til hvorvidt innklagede har lagt feil faktum til grunn ved evalueringen av dette kriteriet. Anførselen avvises derfor fra som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 første punktum.

Evaluering av tildelingskriteriet kompetanse – vektlegging av kompetansenivå

- (40) Klagenemnda forstår klager slik at det videre anføres at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når det synes som om innklagede, ved poenggivningen av tildelingskriteriet *”kompetanse”* har sett bort fra sin uttalelse om at én av ingeniørene valgte leverandør tilbød, bare hadde middels god kompetanse.
- (41) Klagenemnda har som nevnt begrenset prøvelsesrett når det gjelder oppdragsgivers tildelingsevaluering. I klagenemndas sak 2008/112, ble det blant annet uttalt at *”[d]et følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/201 premiss (42), sak 2006/90 premiss (34) og sak 2007/30 premiss (39)”*.
- (42) Som nevnt ovenfor fremgår det av innklagedes evaluering av tildelingskriteriet *”kompetanse”* at en av personene valgte leverandør tilbød, ble ansett å ha middels god kompetanse. Likevel har valgte leverandør fått maksimalt antall poeng på dette tildelingskriteriet. Spørsmålet blir om dette var i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (43) Innklagede anfører at valgte leverandørs tilbud, til tross for at en av de tilbudte rådgiverne bare hadde middels god kompetanse, totalt sett var det beste tilbudet på tildelingskriteriet *”kompetanse”*. Klagenemnda kan ikke overprøve denne vurderingen. Etter klagenemndas mening, kan det ikke anses i strid med kravet til forutberegnelighet at det beste tilbud på et aktuelt tildelingskriterium får maksimalt antall poeng. Oppdragsgiver må imidlertid ta hensyn til det beste tilbudets egenskaper ved vurderingen av hvor mange poeng de øvrige tilbyderne skal gis på samme tildelingskriterium. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt kravet til forutberegnelighet ved å gi valgte leverandørs tilbud full score ved evalueringen av tildelingskriteriet *”kompetanse”*.

Konklusjon:

Statsbygg har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge feil faktum til grunn ved evalueringen av klagers tilbud på tildelingskriteriet *”leveringssikkerhet”*.

Statsbygg har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å legge vekt på erfaring fra kursvirksomhet ved evalueringen av tildelingskriteriet kompetanse.

Statsbygg har brutt forskriften § 17-9 (2) og kravene til likebehandling og forutberegnelighet ved å legge vekt på CV'en til en person som ikke var ansatt hos valgte leverandør uten dokumentasjon for rådighet over denne personen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
23. november 2009

Kai Krüger