



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Fortum fjernvarme AS
Att. Atle Nørstebø
Brynsveien 2
1338 SANDVIKA

Deres referanse
AN/200710

Vår referanse
2010/228

Dato
13.09.2010

Avvisningsbeslutning i klagesak

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 20. juli 2010. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Universitetet for miljø- og biovitenskap (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. mai 2010 en konkurranse om bygg- og anleggskonsesjon for bygging, eie og drift av fjernvarmesentral. Frist for inngivelse av søknad om prekvalifisering til konkurransen var satt til 14. juni 2010.
- (2) Av prekvalifiseringsgrunnlagets punkt 1.5 fremkom det følgende om konkurranseform/prosedyre:

*"Konkurransen skjer i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.
[...]*

For denne anskaffelsen gjelder forskriftens del I og del IV, kap. 24 om bygg- og anleggskonsesjoner.

Ved tildeling av en kontrakt om bygge- og anleggskonsesjon er det oppdragsgiver selv som fastsetter hvilke prosedyreregler som skal gjelder for konkurransen, forutsatt at bl.a. de grunnleggende kravene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, og god anbuds- og forretningsskikk ivaretas, jf. anskaffelsesloven § 5, samt bestemmelsene i forskriftens del I og IV.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

UMB har valgt å følge prosedyren kjøp etter forhandlinger, med elementer av konkurransepreget dialog. For nærmere orientering vises til punkt. 2.1”

- (3) Av punkt 2.1. om konkurranseform, utforming og innlevering av forespørsel fremkom blant annet:

”Alle som er interessert kan søke om å få delta i konkurransen. Det vil bli foretatt en prekvalifisering basert på de innkomne anmodningene om deltagelse.
[...]

- (4) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 3 var det stilt ”Krav til søker – kvalifikasjonskrav – prekvalifisering”. Under punkt 3.1. ”Generelt om kvalifikasjonskrav” var det blant annet uttalt at:

”Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til konsesjonssøkerens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at søkere har det faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som anses nødvendig for å gjennomføre kontrakten.

Alle krav må oppfylles for at virksomheten skal bli kvalifisert. Søkeren må dokumentere oppfyllelsen av kravene gjennom innlevering av den dokumentasjon som er angitt under det enkelte krav.

Kvalifikasjonene vil bli vurdert ut fra innlevert dokumentasjon. Utvelgelse av leverandører til videre deltagelse i konkurranse, jf. punkt 2.1 ovenfor, vil skje blant de søkere som er funnet kvalifiserte.

Dette innebærer at:

Søkere vil bli avvist dersom kvalifikasjonskravene ikke er oppfylt.

Søkere vil bli avvist ved manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravene under punkt 2.2.

[...]

- (5) Kvalifikasjonskravene var videre angitt i punkt 3.2. ”Obligatoriske og ufravikelige krav”. Fra punkt 3.4 ”Tekniske og faglige kvalifikasjoner” hitsettes:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt
Krav 1: - Det kreves betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg	- Foretakets viktigste leveranser (de siste 5 årene) inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker - Referanseprosjekter skal oppgis m/telefon og e-postadresse til aktuell oppdragsgiver - Ved den skjønnsmessige vurderingen av hvem som oppfyller dette kravet best, jf. punkt 4, vil det være sentralt om man kan vise til kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg for rå skogsflis med installert effekt over 10 mw. Det innebærer ikke at søkere som ikke kan vise til slik kompetanse og erfaring automatisk vil bli diskvalifisert.
Krav 2:	- Redegjørelse vedrørende foretakets

<i>Det kreves et velfungerende kvalitetssikringssystem</i>	<i>kvalitetssikrings- og styringssystem</i>
<i>Krav 3: Det kreves utarbeidede strategier innen FoU</i>	<i>Plan for innovasjon, bruk av ny miljøvennlig teknologi og av fornybare energikilder.</i>

- (6) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 4.2 "Avvisning" var det blant annet tilkjennegitt at "Videre vil søkere som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene bli avvist, jf. punkt 3 ovenfor. For øvrig gjelder avvisningsbestemmelsene i FOA § 20-12 fullt ut."
- (7) Fortum fjernvarme AS (heretter kalt klager) sendte inn prekvalifikasjonssøknad 10. juni 2010. Av søknaden fremkom blant annet:

"Forespørsel om bygg- og anleggskonsesjon – Fjernvarmeanlegg

Fortum fjernvarme AS vil med dette forespørre om å bli prekvalifisert til konkurransen om bygg- og anleggskonsesjon for bygging, eie og drift av fjernvarmeanlegg i Ås kommune.

Fortum fjernvarme har sin hovedvirksomhet i Bærum kommune, hvor det driftes fjernvarme- og fjernkjøleanlegg med en leveranse på samlet ca 220 GWh per år. Se ellers en grundigere beskrivelse av søkeren under skilleark 5.

Fortum fjernvarme vil, i fall vi får tildelt bygg- og anleggskonsesjonen, gjøre arbeidet i nært samarbeid med Bioenergi AS ved Erik Nilssen, kanskje i et felles selskap. Vi vil derfor også referere til hans erfaringer der det er relevant.

Fortum fjernvarme er eid av det finske energiselskapet Fortum OYi med aktiviteter i hele Norden. Vi ser det som særlig interessant å kunne dra nytte av erfaringer fra Fortums mange biovarmeanlegg internasjonalt og bidra til kontakter med forskningsmiljøet på Ås."

- (8) Som kontaktpersoner for søknaden var satt opp Kåre Gjerde fra Fortum fjernvarme AS og Erik Nilssen fra Bioenergi AS. Søknaden var underskrevet av administrerende direktør i Fortum fjernvarme AS, Atle Nørstebø.
- (9) Vedlagt søknaden var blant annet i vedlegg 5 en "Kort og overordnet beskrivelse av virksomheten." Av denne fremkom blant annet følgende:

"Eierforhold

Fortum fjernvarme er et aksjeselskap som er 100 % eid av Fortum Holding Norway AS, som igjen er eid 100 % av Fortum konsernet. Fortum Oyj er et allmennaksjeselskap notert på børsen i Helsingfors.

Den finske stat eier 50,6 % av aksjene. Omsetningen i 2009 var på ca. 43 milliarder kr. Fortums satsningsområde er Norden og landene rundt Østersjøen. Fortum er det største energiselskapet når det gjelder varme i Norden med en omsetning på ca. 25 TWh per år.

Virksomhet

Fortum fjernvarme har sin hovedvirksomhet i Bærum, men driver også varmeanlegg i Oslo, Lørenskog og Mosjøen. I Bærum har Fortum fjernvarme bygget opp og drifter to separate fjernvarmeanlegg, ett i Sandvika og ett på Lysaker/Fornebu. I begge disse er grunnlastkilden varmepumper. Selskapet har også de siste årene bygget og drifter varme- og kjøleanlegg for det nye universitetssykehuset i Akershus og for Postens nye terminalbygg i Lørenskog. Det samme gjelder et fjernvarmeanlegg i Mosjøen, der vi bruker spillvarme fra aluminiumsverket som grunnlast.

Til sammen ble det levert 160 GWh varme og 60 GWh kjøling i 2009.

Organisasjon

[...]

I staben til Fortum fjernvarme er det 1 dr. ing., 2 siv.ing., 1 cand. real. og flere ingeniører, alle med flere års erfaring med prosjektering, byggeledelse og drift av fjernvarmeanlegg. Selskapet har 20 års erfaring fra drift av produksjonsanlegg, distribusjonssystemer og kudeanlegg, og var sannsynligvis det første selskapet i Norden som startet med fjernkjøling i kommersiell forstand. Vi kan også trekke på ressursene fra over 200 personer i Fortums varmevirksomhet i Sverige og Finland med kompetanse og erfaring fra alle områder innen varmeproduksjon og –leveranser. I tillegg vil vi selvsagt benytte oss av ulike rådgivningsfirmaer.

I samarbeidet med Bioenergi AS kan vi også benytte Erik Nilssens lange erfaring innen bioenergianlegg. Han har gjennom de siste 15 årene stått for bygging og drift av en rekke bioenergianlegg i Osloområdet, se oversikten under flik 6. Gjennom dette har han førstehåndserfaring angående gode, og mindre gode, løsninger innen produksjonsanlegg for biobrensel.”

(10) Som vedlegg 6 var gitt følgende oversikt over viktigste leveranser:

”Fortum fjernvarme AS:

- a) Egne prosjekter som Sandvika, Lysaker og Fornebu med 5 store varmepumper, to av dem, en på Fornebu og en i Sandvika, hver på ca 8 MW, er installert de siste tre årene. I Sandvika benyttes avløpsvann som energikilde, mens det ellers benyttes sjøvann. Fra alle anleggende leveres både varme og kjøling.
- b) Det nye universitetssykehuset i Akershus. Fortum fjernvarme har bygget ny varmesentral og energilager i fjell og leverer varme til sykehuset. Det er 4 ammoniakk varmepumper på til sammen 6,6 MW. Energilageret består av 210 borehull. Fortum fjernvarme står for driften av anlegget og leverer ca 26 GWh varme og 8 GWh kjøling. Anlegget leverer varme og kjøling til ventilasjonssystemet samt varme til radiatorer og bruker brønnparken som varme/kjøleanlegg. Verdi ca 100 mill. kr. Mottaker av termisk energi: AHUS ved Jan-Widar Foss, tlf. [...], mail: [...]
- c) Postens nye terminal på Robsrud, Lørenskog. Fortum fjernvarme har bekostet, bygd ut og drifter anlegget som har en varmepumpe på ca. 1400 kW varmeytelse, oljekjel på 3 WM og leverer ca. 4,5 GWh på nåværende utbyggingsstadium. Brønnparken er på 90 brønner. Verdi ca 20 mill. kr. Mottaker av termisk energi: Posten Norge ved Oddvar Endresen. [...]

- d) Personell fra Fortum er også med i styre og som rådgivere for Drammen Fjernvarme og Fredrikstad Fjernvarme, som er deleide av Fortum. I Drammen er grunnlasten biobrensel.

Fortum internasjonalt:

Fortum eier og driver 22 kombinerte kraft- varmekverk og flere hundre rene varmekverk i Norden, Baltikum og Polen. Årlige leveranser av fjernvarme er ca 20 000 GWh, herav blir ca 4 500 GWh produsert med biobrensel. Andre energikilder er avfall, gass, torv, etc.

I 2009 ble det bl.a. igangsatt et kraft-varmekverk på 50 MW varme og 25 MW el i Pärnu i Estland basert på biofyring. Av mindre anlegg fra 2009/10 kan nevnes:

- Hankø, biokjel for fjernvarme og damp til industri, 18 MW
- Joensuu, biokjel for fjernvarme, 30 MW
- Loppu, biokjel for et lite fjernvarmenett, 3 MW

En oversikt over andre mindre anlegg kan skaffes om det er interesse for det.

Bioenergi AS:

Bioenergi AS eies av Erik Nilssen med familie. Selskapet driver utvikling, bygging og drift av mindre, biobrenselbaserte fjernvarmeanlegg. Anlegg i Lier og Eidsvoll ble bygget høsten 2009 og er nå i drift, og utvidelser på begge steder bygges i sommer.

Erik Nilssen har i tidligere stillinger i Hydro Energi, Hydro Texaco og BioVarme vært ansvarlig for utvikling og bygging av fire fjernvarmeanlegg basert på biobrensel i Oslo og Nannestad med en samlet varmeproduksjon på 35 GWh. Videre har han vært ansvarlig for utvikling av fjernvarmeprosjektene i Moss og Sandefjord.”

- (11) Innklagede meddelte ved brev 23. juni 2010 at klager var avvist fra prekvalifiseringsrunden. Fra brevet hitsettes:

”Vedr deres forespørsel – sak 10/788 bygg og anleggskonsesjon for bygging, eie og drift av fjernvarmeanlegg for UMB:

Det vises til Deres forespørsel om bygg- og anleggskonsesjon i forbindelse med etablering av fjernvarmeanlegg for UMB.

De referanseprosjektene som er fremlagt, jf. krav 1 i pkt. 3.4, er, etter oppdragsgivers syn, ikke relevante for dette oppdraget, da det i liten grad dreier seg om fjernvarmeanlegg basert på bio-brensel.

[...]”

- (12) Klager påklaget avvisningen direkte til innklagede ved e-post 1. juli 2010. Av e-posten fremkommer:

”[...]

Angående deres begrunnelse for avvisningen vil vi kommentere:

Referanseprosjektene inkluderer flere biobrenselanlegg utført av Erik Nilsen, som har noe av Norges beste kompetanse på bioenergianlegg. Erik Nilsen har vært prosjektleder for bl.a. følgende bioenergianlegg i størrelsesområdet som er aktuelt for UMB: Sogn Videregående Skole, Haugerud Bioenergi, Nannestad Bioenergi, Lier Bioenergi.

*I tillegg har Fortum mange bioenergianlegg innen konsernet. På side 56 i den vedlagte årsrapporten til søknaden om prekvalifisering fremgår det at Fortum leverer 22 % av sin fjernvarmeproduksjon fra biobrensel, tilsvarende 5 TWh, hvor anlegget i Ås vil utgjøre en økning i volum på 8 promille. Det er både store og små anlegg i Fortums anleggsregister, og det finnes kompetanse fra disse som ville blitt anvendt i Ås. Se bl.a. en opplistning av noen anlegg i brosjyren Fortum and Climate Change, side 27 – 29.
[...]*

- (13) Innklagede besvarte klagen ved brev 12. juli 2010, hvor beslutningen om å avvise klager fra prekvalifiseringen ble opprettholdt. Innklagede gjør innledningsvis i brevet rede for en del rettslige utgangspunkter, hvor det blant annet vises til forskriften § 17-8 (2) om dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling og § 17-9 (2) om dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. Fra brevet hitsettes:

”[...]

Ad krav 1 – ”betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg”

Det understrekes innledningsvis at vi ved vurderingen må forholde oss til de opplysninger og den dokumentasjon som er gitt om ansvarlig søker og potensiell kontraktsparts kompetanse og erfaring, dvs. Fortum Fjernvarme AS, jf. Deres innsigelser. Dette i mangel av dokumentasjon for at Fortum Fjernvarme AS vil råde – både faktisk og rettslig – over ressurser innen eller utenfor konsernet, jf. redegjørelsen under punkt 1.

Følgende ble opplyst i vårt brev av 23. juni:

De referanseprosjektene som er fremlagt, jf. krav 1 i pkt. 3.4 er, etter oppdragsgivers syn, ikke relevante for dette oppdraget, da det i liten grad dreier seg om fjernvarmeanlegg basert på bio-brensel.

Denne uttalelsen kunne ha vært mer utfyllende, vurdert opp mot den vurdering som utgjorde grunnlaget for denne konklusjonen, jf. nærmere nedenfor. Den kan gi et uriktig inntrykk av at oppfyllelse av kvalifikasjonskravet fordret kompetanse og erfaring med fjernvarmeanlegg bio-brensel, jf. følgende nedfelt i prekvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.4:

- *Ved den skjønnsmessige vurderingen av hvem som oppfyller dette kravet best, jf. punkt 4, vil det være sentralt om man kan vise til kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg for rå skogflis med installert effekt over 10 mw. Det*

innebærer ikke at søkere som ikke kan vise til slik kompetanse og erfaring automatisk vil bli diskvalifisert.

Sistnevnte understrekte var ment å uttrykke at slik manglende erfaring ville kunne bli oppveid dersom dokumentert kompetanse og erfaring, vurdert på grunnlag av referanseprosjektene både kvantitativt og kvalitativt samt evt. andre opplysninger, oppveide slik manglende erfaring.

Slik det fremgår av Deres søknad eier og drifter Fortum Fjernvarme AS 2 varmeanlegg i Sandvika og i Lysaker/Fornebu, der grunnlastkilde i henhold til vår kunnskap er varmepumper. Videre vises til lignende anlegg ved Universitetssykehuset i Akershus og ved Postens nye terminalbygg i Lørenskog. Vi oppfatter Fortum Fjernvarme AS sin kompetanse å være relatert til bygging og drifting av denne type anlegg.

Ingen av disse anleggene har teknologi relatert til produksjonsanlegg med forbrenningsteknologi for fuktige brenslers som for eksempel rå skogflis, og Fortum Fjernvarme AS synes heller ikke å ha egen kompetanse innen dette feltet.

Vi har ikke forstått det slik at referanseprosjekter i Norden, Baltikum og Polen er underlagt Fortum Fjernvarme AS sin organisasjon eller driftsansvar. Følgelig har vi ikke anledning til å vektlegge disse ved evalueringen av hvorvidt Fortum Fjernvarme AS oppfyller aktuelle kvalifikasjonskrav, jf. merknaden innledningsvis.

Etter dette foreligger det beklageligvis ikke grunnlag for å anse kravet om betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg som oppfylt. Unnlatelse av avvisning ville derfor ha innebåret et regelbrudd.”

- (14) Klager påklaget avgjørelsen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 20. juli 2010. Innklagede har opplyst at det vil forventes å inngå kontrakt til klagenemndas uttalelse foreligger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at innklagedes begrunnelse for å avvise klager fra prekvalifiseringen, er sterkt urimelig og usaklig i forhold til de kriterier som var listet opp i prekvalifiseringsgrunnlaget, samt at den ikke er etterrettelig i forhold til oppgitte kvalifikasjonskrav. Klager er på denne bakgrunn urettmessig avvist fra konkurransen.
- (16) Vedrørende kvalifikasjonskravet ”betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg” vises det til at klager har 12 års erfaring i bygging og drift av fjernvarmeanlegg, og er Norges fjerde største fjernvarmeselskap med 161 MNOK i omsetning i 2009. Klager er heleid av Fortumkonsernet, som er Nordens største fjernvarmeaktør, med en produksjon på 23 TWh i 2009 (hele Norges produksjon var ca 3 TWh). Fortumkonsernet er organisert etter fagdisipliner, slik at ressurstilgang og investeringsbeslutninger skjer gjennom linjer direkte til konsernledelsen i Finland. På denne bakgrunn har klager tilgang til hele Fortums kompetanse innen fjernvarme.
- (17) Klager viser videre til at selskapet besitter betydelig kompetanse på bio-basert fjernvarme, også med fuktig brensel, og ikke minst at klager har lang fartstid og erfaring vedrørende bygging og drift av fjernvarmeanlegg.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede bemerker at en oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Klagenemnda og domstolene har således bare anledning til å prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling. Terskelen for å konstatere at det foreligger grov urimelighet/vilkårlighet ved skjønnsutøvelsen er i følge rettspraksis og juridisk teori høy. Innklagede viser i den forbindelse til klagenemndas sak 2006/39.
- (19) Når det gjelder muligheten til å støtte seg på andre foretaks kvalifikasjoner, viser innklagede til forskriften § 17-8 (2) og 17-9 (2). Bestemmelsene er likelydende og for tolkningen vises det til Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder, side 115, og klagenemndas praksis, blant annet sak 2009/98, hvor det fremkommer at uttrykket ”skal” tilsier at tilbyder plikter å dokumentere sin rådighet over ressursene som tilbys. Innklagede viser videre til at klagenemnda i sak 2009/21 har lagt til grunn at tilsvarende må gjelde for anskaffelser som faller inn under forskriften del II. Innklagede er på denne bakgrunn av den oppfatning at dette også må gjelde ved evaluering av kvalifikasjoner ved en prekvalifisering som er gjennomført i henhold til anskaffelsesforskriften del IV.
- (20) Vedrørende spørsmålet om hva som kreves av dokumentasjon for at andre foretaks kapasitet skal kunne inngå i evalueringen, viser innklagede til sak 2003/9, 2009/21, 2009/98 og 2009/242.
- (21) Når det gjelder forholdet mellom plikten til å avvise ved manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet og retten til å avvise ved manglende etterspurt dokumentasjon, viser innklagede til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/219 premiss (35) og (36).
- (22) Innklagede bemerker at klager ikke har imøtegått det faktum som innklagede la til grunn om klagers kompetanse og erfaring, jf. brevet av 12. juli 2010. Det foreligger således ikke grunnlag for å konstatere at det er lagt feil faktum til grunn ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene var oppfylt.
- (23) Innklagede bemerker videre at deres fagkyndige konsulent var av den oppfatning at det ikke var tvilsomt at klager hadde kunnskap om å bygge et fjernvarmesystem begrenset til varmeleveranse fra varmepumper via fjernvarmerør og kundesentraler. Den aktuelle kontrakten gjelder imidlertid et komplett varmesystem inkludert fjernvarmesentral for biobrensel basert på rå skogflis. Det var da et spørsmål om leverandøren har kunnskap om hele driftsprosessen. Det vises videre til at det er viktig at leverandøren har allsidig erfaring og kunnskap om forbrenning av ulike former for biobrensel, herunder rå skogflis for å kunne oppnå optimal forbrenning ved hjelp av anleggets tekniske utrustninger, og derigjennom sikre økonomien i prosjektet. I følge de opplysninger innklagede har om klager, er erfaringen og kompetansen utelukkende knyttet til selskapets anlegg bestående av varmepumper komplettert med olje. Klager har således ingen kompetanse på håndtering og forbrenning av biobrensel, herunder rå skogflis som er aktuelt i dette prosjektet. Dette innebærer at klager må stole på eksterne tjenester ved byggingen og driften, trolig over en lengre tidsperiode. Klager har ikke dokumentert å ha råderett over slike eksterne ressurser. Innklagede kan etter dette ikke se at det foreligger grunnlag for å konstatere at evalueringen bryter med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 eller ellers fremstår som grovt urimelig eller usaklig.

Sekretariatets vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bygge- og anleggskonsesjonskontrakt, og anskaffelsen følger da reglene i lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og IV, kapittel 24.
- (25) Klager har anført at begrunnelsen for avvisningen av klager fra prekvalifiseringsrunden, det vil si begrunnelsen for den manglende oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet ”betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg”, er sterkt urimelig eller usaklig, og dessuten ikke mulig å etterprøve, slik at den er i strid med loven § 5.
- (26) Ved vurderingen av om en tilbyder oppfyller kvalifikasjonskravene, har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda og dets sekretariat ikke kan overprøve med mindre oppdragsgiveren har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller dersom skjønnsutøvelsen for øvrig er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig.
- (27) Sekretariatet forstår klager slik at det for det første anføres at det var sterkt urimelig eller usaklig av innklagede å ikke vektlegge erfaringen og kompetansen til det konsernet klager er en del av, samt erfaringen og kompetansen til Bioenergi AS ved Erik Nilssen, ved vurderingen av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet ”betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg”.
- (28) Av forskriften § 17-9 (2) fremgår det at *”En leverandør kan for en særskilt kontrakt, der dette er hensiktsmessig, støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem. I så fall 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.”*
- (29) Det følger således av denne bestemmelsen at en leverandør kan støtte seg på den tekniske eller faglige kvalifikasjonen til et annet selskap ved inngivelse av tilbud i en anbudskonkurranse. Formålet med bestemmelsen er å bidra til konkurranse, og det avgjørende er at den aktuelle tilbyder har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår, jf. klagenemndas sak 2009/21.
- (30) Forskriften § 17-9 er plassert i forskriften del III, og kommer således ikke direkte til anvendelse i foreliggende sak. Det kan likevel reises spørsmål om en tilbyder har tilsvarende adgang til å støtte seg på andre foretaks tekniske og faglige kvalifikasjoner når anskaffelsen følger forskriften del I og del IV kapittel 24, slik som i denne saken. Sekretariatet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette, ettersom klagers tilbud ikke inneholdt dokumentasjon på at klager hadde rådighet over disse ressursene, og innklagede har vurdert dette slik at klager ikke har dokumentert at de har faktisk eller rettslig råderett over ressursene. Dette er en vurdering som i utgangspunktet tilligger innklagedes skjønn, og sekretariatet finner ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering.

- (31) Klagers anførsel kan ut fra ovenstående ikke føre frem.
- (32) Sekretariatet forstår klager videre slik at det anføres at innklagedes vurdering av at klager ikke anses å ha oppfylt kvalifikasjonskravet, har vært usaklig eller sterkt urimelig.
- (33) I konkurransegrunnlaget er kvalifikasjonskravet altså angitt slik at det kreves *”betydelig kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg”*. Under rubrikken dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt, uttales det blant annet at *”Ved den skjønnsmessige vurderingen av hvem som oppfyller dette kravet best, jf. punkt 4, vil det være sentralt om man kan vise til kompetanse og erfaring med bygging og drift av fjernvarmeanlegg for rå skogsflis med installert effekt over 10 mw.”* Det presiseres imidlertid at dokumentasjonskravet ikke innebærer at søkere som ikke kan vise til slik kompetanse og erfaring, automatisk vil bli diskvalifisert.
- (34) Ved vurderingen av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet, viser innklagede i avvisningsmeddelelsen 23. juni 2010 til at *”De referanseprosjekter som er fremlagt, jf. krav 1 i pkt 3.4 er, etter oppdragsgivers syn, ikke relevante for dette oppdraget, da det i liten grad dreier seg om fjernvarme basert på bio-brensel”*. I innklagedes svarbrev på klagen er dette utdypet noe, herunder ved at innklagede bemerker at uttalelsen isolert sett kunne gi et uriktig inntrykk av at oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet fordret kompetanse og erfaring med fjernvarmeanlegg bio-brensel.
- (35) Innklagede viser til at det kun er klagers egen kompetanse og erfaring som er vurdert, og ikke konsernets eller Bioenergi AS’ kompetanse og erfaring. Innklagede viser videre til at ingen av klagers oppgitte referanseanlegg har teknologi som er relatert til produksjonsanlegg med forbrenningsteknologi for fuktige brensel, som for eksempel rå skogsflis. Innklagede legger ut fra det som er dokumentert til grunn at klager eier og drifter to fjernvarmeanlegg der grunnlastkilden er varmepumper, og at klager i tillegg har to lignende anlegg. Det uttales at klagers kompetanse synes å være knyttet til bygging og drift av denne type anlegg. Innklagede legger videre til grunn at ingen av disse anleggene har forbrenningsteknologi for fuktige brenslar, og at det synes som om klager ikke har egen kompetanse på dette feltet. Etter sekretariatets oppfatning har innklagede, slik det fremgår av konkurransegrunnlaget, mulighet til å legge vekt på om fjernvarmen er basert på biobrensel i den skjønnsmessige vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt, og begrunnelsen for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kan ut fra det ovenstående ikke anses usaklig eller sterkt urimelig.
- (36) Vedrørende klagers anførsel om at begrunnelsen ikke var etterrettelig i forhold til de oppgitte kvalifikasjonskravene, forstår sekretariatet dette som en anførsel om at kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 ikke er oppfylt. Til dette bemerkes at det foreligger to skriftlige begrunnelser vedrørende vurderingen av klagers eventuelle oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at disse begrunnelsene, som vist ovenfor, er relativt utfyllende. Sekretariatet kan på denne bakgrunn ikke se at kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 er brutt, og klagers anførsel fører etter dette ikke frem.
- (37) På basis av ovennevnte kan Deres klage klart ikke føre frem, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Marie Trovåg
seniorrådgiver