



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sammendrag: Innklagede inviterte tre selskaper, som hadde vist interesse for å etablere privat barnehage i kommunen, til å søke om å få bygge og drive slik barnehage. Den aktuelle barnehagetomten var i privat eie. En av interessentene hadde opsjon på kjøp av deler av tomten. Alle de tre interessentene ble godkjent og fikk tilsagn om kommunal lånegaranti dersom de ønsket det. Klager mente kommunen hadde overtrådt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre en konkurranse, og ved å velge den utbygger som hadde opsjon på tomten, i stedet for klager, som hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda kom til at de offentlige støtteordningene som forelå, ikke medførte at det måtte anses å foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom kommunen og den private utbyggeren. Forholdet var derfor ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 2. februar 2004 i sak 228/2003.

Klager: Barnebygg AS

Innklaget: Nannestad kommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Per Christiansen, Andreas Wahl

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

Saken gjelder: Virkeområdet for regelverket om offentlige anskaffelser. Privat barnehageutbygging.

Bakgrunn:

Som følge av mangel på barnehageplasser i Nannestad kommune inviterte kommunen (heretter kalt ☐innklagede☐) tre selskaper, som hadde meldt sin interesse for å etablere privat barnehage i kommunen, til å søke om å bygge og drive barnehage på en tomt i det området hvor behovet for barnehageplasser var størst. De tre selskapene var Barnebygg AS (heretter kalt klager), Trygge Barnehager AS og Vifo-barnehagene AS. Den aktuelle tomten var i privat eie, og Trygge barnehager AS hadde skaffet seg en opsjonsavtale på kjøp av deler av tomten.

I brev av 13. juni 2003 til klager skrev kommunen:

Det vises til vedtak i kommunestyresak 16/03 som tidligere er oversendt.

I følge pkt 4 i dette vedtaket inviteres Vifo-barnehagene as, Barnebygg og Trygge barnehager til å søke om å bygge og drive barnehage på O18.

Nannestad kommune er gjort kjent med at Trygge Barnehager AS har en opsjonsavtale med grunneier Einar Breen om kjøp av deler av tomten 018.

Dette innebærer at det nå er usikkert om kommunen kan eller ønsker å kjøpe eller regulere denne tomten. Sak vedrørende dette vil bli lagt fram til politisk behandling i FØ/OO i september.

Trygge barnehager har henvendt seg til kommunen med spørsmål om når en garantisøknad kan behandles. Dette kan tidligst skje i september etter at

politikerne har tatt stilling til momentene i ovennevnte sak. Søknaden må være kommunen i hende innen 1. august for å kunne bli behandlet i ovennevnte møte.

Kommunen er ikke kjent med om det fremdeles er aktuelt for andre interessenter å søke om kommunal garanti og en tilsvarende avtale med grunneier.□

I brev av 30. juli 2003 leverte klager □tilbud□ på bygging og drift av barnehage på den tomten som var valgt ut. Tegninger og beskrivelse av den planlagte barnehagen var vedlagt, og barnehagen ble tilbudt levert □klar for drift□. Videre fremgikk antall heltidsplasser og pris per barn per måned. Det ble også opplyst at barnehagen ville kreve en investering på kr 11.350.000 og kunne åpnes 27. april 2004. Tilbudet forutsatte at alle formalia og offentlige godkjennelser inklusive festekontrakt var avklart/mottatt senest 15. oktober 2003.

Den 27. oktober 2003 fattet kommunestyret følgende vedtak:

□*Vedtak:*

1. *Nannestad kommune tar barnehagelovens bestemmelser om private barnehagers frie etableringsrett til etterretning.*
2. *Nannestad kommune godkjenner de tre interessentene Vifo barnehager, Trygge barnehager og Barnebygg, som samarbeidspartnere for etablering av privat barnehage i Nannestad. Valg av utbygger anses å være et forhold mellom privat grunneier og interessent til den aktuelle tomten P 18.*
3. *Nannestad kommune gir den av de tre interessentene nevnt i pkt. 2, som velges til utbygger for tomten P 18, garanti ved simpel kausjonserklæring på inntil kr 11,6 mill, som tilsvarer kostnad ved etablering av barnehagebygg med inventar, tomt og opparbeidelse av barnehagens uteområde.*

Garantitiden settes til inntil 32 år regnet fra kommunestyrets vedtaksdato, og reduseres i takt med nedbetaling av lånet. Det forutsettes at investeringstilskudd og

eventuell kompensasjon for merverdiavgift kommer til fradrag på garantibeløpet ved utbetaling.

Dersom utbygging forestås og garanti søkes av en annen interessent enn en av de ovenfor nevnte, må denne godkjennes av kommunen.

Barnehagen skal minst halvårlig orientere kommunen om den løpende økonomiske situasjonen.

Det tas forbehold om at dersom utbygger ikke søker om kommunalt garantivedtak, bortfaller kommunenes garanti.

Nannestad kommune tar også forbehold om at garantien vil bortfalle dersom byggeprosjektet ikke er gjennomført i løpet av 2005.□

Før vedtaket av 27. oktober ble truffet, brakte klager saken inn for klagenemnda og ba om hurtigst mulig behandling. Klagesaken har ikke hatt betydning for den videre prosessen i kommunen, og klagen er derfor ikke blitt prioritert.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser får anvendelse, og at kommunen har brutt forskriften § 13-1/§ 6-2 , § 17-2/§ 10-2.

Innklagede skulle for det første ha kunngjort anskaffelsen.

Klager ble prekvalifisert sammen med Vifo-Barnehagene AS og Trygge Barnehager AS og har i sitt tilbud konkurrert på pris per barn per måned og på at man ikke søkte om kommunal garanti.

Kommunen trakk seg fra konkurransen i forslag til vedtak 9. oktober 2003 og overlot til tilbyderne å sloss om tomten. Trygge Barnehager AS hadde opsjon på tomten, men grunneier bekreftet at den utbyggeren som ble valgt av kommunen, ville få tomten. Uten disse opplysningene ville klager aldri levert tilbud. Etter klagers brev til kommunen 27. august 2003, hvor klager gjorde oppmerksom på at man hadde tilbudt å bygge barnehage uten garanti, trakk kommunen seg fra å velge utbygger.

Klagers tilbud skulle vært valgt som det økonomisk mest fordelaktige, og kommunen skulle ikke ha vektlagt bruk av lokale entreprenører, da dette er i strid med prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandling.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes intensjon i denne saken har vært å legge til rette for etablering av privat barnehagedrift. Kommunen eier ikke det utvalgte arealet. Hvem som skal få bygge og drive barnehage der, er derfor et rent privat forhold. Forholdet faller ikke inn under regelverket for offentlige anskaffelser.

Det har ikke vært innklagedes hensikt å gjennomføre en prekvalifisering av aktuelle utbyggere. De tre interessentene ble invitert til å levere søknad fordi innklagede trengte å vite om det ville bli aktuelt å stille kommunal garanti.

Klagenemndas vurdering:

Klager er potensiell utbygger av den aktuelle tomte og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Sakens hovedspørsmål er om forholdet omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

Lov om offentlige anskaffelser gjelder *anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider*, jf loven § 3. Anvendelsesområdet er i forskrift om offentlige anskaffelser nærmere presisert til å gjelde inngåelse av *gjensidig bebyrdende avtale[r]*, jf § 1-4 a.

Spørsmålet blir om det i dette tilfellet er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt om anskaffelse av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

Det er et offentlig ansvar å skaffe tilstrekkelig antall barnehageplasser, og kommunen skal stimulere til privat barnehageutbygging i tillegg til selv å bygge barnehager. Hvem som helst kan etablere en privat barnehage under forutsetning av at prosjektet oppfyller barnehagelovens krav til barnehagedrift. Kommunen skal godkjenne private barnehager, men alle virksomheter som tilfredsstiller lovens krav, har krav på godkjenning.

Staten yter tilskudd til privat barnehagedrift etter samme prinsipper som til offentlige barnehager. I tillegg er det mange kommuner som yter støtte til private barnehager, f eks i form av driftstilskudd, gratis tomt, kommunal lånegaranti eller dekning av utgifter til søskenmoderasjon. Det fremgår av sakens dokumenter at Nannestad kommune bidrar med dekning av utgifter til søskenmoderasjon, og med kommunal garanti dersom utbyggers långiver krever det.

Spørsmålet blir om forholdet mellom privat barnehageutbygger og kommunen på denne bakgrunn er av en slik karakter at det er tale om en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Det dreier seg ikke om anskaffelse av varer eller bygge- og anleggsarbeider. Slik klagenemnda ser det, er det heller ikke naturlig å si at kommunen i dette tilfellet anskaffer barnehagetjenester. Tjenestekonsesjon anses heller ikke aktuelt. De støtteordningene som foreligger, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av gjensidig bebyrdelse, men det kan neppe ses som kontraktsrettslig *vederlag*.

Ved barnehagedrift tilbys offentlig støtte til alle som oppfyller vilkårene for å kunne drive barnehage. Den kommunale garantien, som gis på visse generelle betingelser, ligger kanskje nærmest opp til å kunne kalles ledd i et gjensidig bebyrdende forhold. Kommunale garantier er imidlertid ikke noe nødvendig ledd i en privat barnehageutbygging. Bare i de tilfellene hvor utbyggers långiver krever det, vil det være aktuelt for utbygger å søke om garanti. Barnebygg har f eks ikke søkt om garanti.

Klagenemnda er kommet til at den aktuelle private barnehageutbyggingen ikke er knyttet til en gjensidig bebyrdende kontrakt som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.

Kommunen har i flere sammenhenger formulert seg slik at man kan få inntrykk av at det dreier seg om en konkurranse. Dette er uheldig, men kan ikke være avgjørende i forhold til hvilke regler som får anvendelse.

Klager har anført at man ikke ville ha levert noe □tilbud□ dersom man hadde vært klar over at Trygge Barnehagers opsjonsavtale ble avgjørende for hvem som fikk bygge. Klagenemnda vil nevne at behovet for barnehageplasser i Nannestad kommune ikke er dekket gjennom Trygge Barnehagers utbyggingsprosjekt. Det fremgår av dokumentene i saken at kommunen har behov for ytterligere en 4-avdelings barnehage samt mindre enheter, og at det er pekt ut flere potensielle barnehagetomter. Ved å skaffe seg rådighet over en tomt og få den regulert til barnehageutbygging, skulle også andre kunne etablere privat barnehagedrift i kommunen.

Konklusjon:

Saken omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, og regelverket er derfor ikke brutt.

For klagenemnda,

2. februar 2004

Inger Marie Dons Jensen