



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om bygging og drift av barnehager. En av de valgte leverandørene hadde ikke inngitt dokumentasjon på sin finansielle og økonomiske kapasitet. Klagenemnda fant at denne leverandøren skulle ha vært avvist, da innklagede ikke hadde tilstrekkelig informasjon til å kunne gjøre en forsvarlig vurdering av om de nødvendige kvalifikasjoner var oppfylt. Klagenemnda fant også at innklagedes tildelingsevaluering var usaklig og vilkårlig på flere punkter. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 4. september 2006 i sak 2005/185

Klager: Barnebygg Gruppen AS

Innklaget: Stavanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning. Tildelingsevaluering. Reelle forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. januar 2005 en konkurranse med forhandling for privat oppføring og drift av fire nye barnehager på kommunale tomter. Kontrakt gav valgte tilbyder rett til feste av barnehagetomt med varighet på 50 år til redusert festeavgift.
- (2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det følgende om krav til tilbyderen:

"3.4 Tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Oppdragsgiver krever at tilbydere som ønsker å delta i konkurransen godtgjør at de er registrert i et bransjeregister eller annet foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i den stat hvor de er etablert.

Dokumentasjon (eksempelvis firmaattest) på dette skal vedlegges tilbudet.

3.5 Tilbyderens økonomiske og finansielle kapasitet

Det kreves god soliditet.

Følgende dokumentasjon skal vedlegges tilbudet:

Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette

En erklæring om foretakets totale omsetning og dets omsetning de siste tre regnskapsår for de ytelser kontrakten omhandler.

[...]

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

3.6 Tilbyderens tekniske og faglige kvalifikasjoner

Vurdering av tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner baseres på kriterier som faglig kompetanse, erfaring og pålitelighet.

Det kreves betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag.

Det kreves at den fysiske og juridiske person som står ansvarlig overfor oppdragsgiver for gjennomføring av prosjektet i henhold til avtalen, skal dokumentere god gjennomføringsevne. I dette ligger krav om at tilbyder har valgt en organisasjonsform som gir klare ansvarsforhold mht. til de forpliktelser som følger av avtaleforholdet med oppdragsgiver, samt inneha ressurser, i form av relevant kompetanse og/eller erfaring, som er egnet til å sikre en god gjennomføring av prosjektet innenfor fastsatte rammer.

Når det gjelder gjennomføring av selve byggeprosjektet er det imidlertid tilstrekkelig at det er benyttet kvalifisert underleverandør.”

[...]

5.3 Avvisning av leverandøren

Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbydere som ikke har sendt inn skatteattester og HMS-erklæring (gjelder bare tjenestekjøp) innen de angitte fristene, og de tilbydere som ikke oppfyller de fastsatte og kunngjorte kvalifikasjonskravene.

(3) Følgende fremgikk om tildelingskriteriene:

”6.2 Tildelingskriterier

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

1. Driftskonsept

Åpningstid

Oppholdstid

Bemanningsplan (antall voksne pr. barn)

Ansattes kvalifikasjoner

Barnehagens innhold

2. Kvalifikasjonskrav som stilles til de ansatte

3. Kostnadskalkyle/finansiering av investeringen

4. Driftsbudsjett

5. Planløsning”

(4) Om det nærmere innholdet i oppdragets første del, drift av barnehage, står det i konkurransegrunnlagets del 2 om kravspesifikasjon:

”8.2 Driftskonsept

[...]

Ansattes kvalifikasjoner: Oppdragsgiver er opptatt av å sikre et barnehagetilbud som pedagogisk holder et høyt kvalitativt nivå. I den forbindelse vurderes det som

særlig viktig med et godt kvalifisert personell. Det er ønskelig at tilbyder viser til høy pedagog-tetthet i barnehagen.

[...]

Barnehagens innhold: Oppdragsgiver er opptatt av å sikre bredde i det totale barnehagetilbudet i kommunen.

Barnehagen må ha satsingsområder og spesiell pedagogisk profil. Tilbyder må derfor gi opplysninger om barnehagens innhold.”

[...]

8.3 Planskisse – romløsning/uteareal

Oppdragsgiver er opptatt av at barnehagen skal ha en god planløsning som gir en mest mulig funksjonell utnyttelse og fleksibel bruk av arealene, også ut over tradisjonell barnehagedrift.”

- (5) Syv leverandører leverte tilbud innen fristen. Forhandlinger ble deretter gjennomført med fem av tilbyderne, herunder Barnebygg Gruppen AS (heretter kalt klager), Scalabarnehagene og Trygge Barnehager. Innklagede og klager møttes i forhandlinger 11. mars 2005. Møtereferat ble ført 13. mai 2005. I referatet fremgår det at innklagede ga uttrykk for at:

”.. byggene var forholdsvis tradisjonelle. Byggene har mulighet til fleksibilitet i forhold til inntak av barn, men rom-inndelingen fører til begrensinger når det gjelder bruk av noen rom.”

- (6) I brev av 7. april 2005 opplyste kommunen at kontrakt var tildelt for tre av de fire utlyste tomtene for bygging og drift av barnehager. Scalabarnehagene var tildelt to tomter, mens Trygge Barnehager var tildelt én. Tildelingsbrevet inneholdt blant annet en poengfordelingsmatrise for henholdsvis klagers, Scalabarnehagenes og Trygge Barnehagers tilbud og kommentarer til utfallet av vurderingen av de enkelte tildelingskriterier. På anmodning utdypet kommunen begrunnelsen for tildelingen i e-post av 14. april 2005. Det ble her forklart at det var særlig tilbyders forslag til planløsning som førte til lavere poengsum enn de valgte leverandører.
- (7) Klager påklaget tildelingsbeslutningen til kommunen 15. april 2005. Klager påklaget blant annet det forhold at kommunens evaluering var basert på en annen prioritering/vekting av tildelingskriteriene enn det som fremgikk i konkurransegrunnlaget, og at klager ikke hadde fått anledning til å komme med et revidert tilbud. På begge punkter tok Stavanger kommune klagen til følge, og kommunen besluttet i brev av 4. mai 2005 å annullere tildelingsbeslutningen. Samtlige deltakere i konkurransen ble deretter gitt anledning til å inngi tilbud på bakgrunn av det som var fremkommet i forhandlingene. Ny frist ble satt til 18. mai 2005.
- (8) Klager utdypet planløsningen i tilbud av 12. mai 2005, men foretok ingen endringer vedrørende dette punktet.

- (9) Kommunen meddelte i brev datert 27. mai 2005 at den fornyede evalueringen var gjennomført. Tildelingsbeslutningen var sammenfallende med beslutningen i den første evalueringen. Brevet inneholdt en poengfordelingsmatrise for de to valgte tilbudene og klagers tilbud.

- (10) I innstilling til tildeling av 24. mai 2005 fremgår det i pkt. 8 følgende om begrunnelse for valg av leverandør:

”Det mest fordelaktige tilbudet er gitt av Scalabarnehagene. For å oppnå målsetningen om størst mulig bredde i barnehagetilbudet, som angitt i kravspesifikasjonen for konkurransen, har en valgt å innstille på valg av to leverandører til de tre tildelingsklare tomtene.

Begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene er beskrevet i evalueringsmatrisene jf vedlegg x og 2.”

- (11) I evalueringsmatrisene fremgår det følgende:

BARNEBYGG					
VURDERING FØRSTE RUNDE			VURDERING ANDRE RUNDE		
Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng 1.runde	Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng
Driftskonsept med fokus på natur, miljø og uteliv	40	32	Driftskonsept med fokus på natur, miljø og uteliv	45	37
Driftskonsept med fokus på matematikk		35			
Planløsning	24	12	Kvalifikasjonskrav- ansatte	16	16
Kvalifikasjonskrav	8	8	Kostnads kalkyle	14	14
Kostnad- driftsbudsjett	16	16	Driftsbudsjett	13	13
			Planløsning	12	7
Totalsum	88	68/71		100	87

SCALABARNEHAGEN					
VURDERING FØRSTE RUNDE			VURDERING ANDRE RUNDE		
Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng 1.runde	Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng
Driftskonsept	40	32	Driftskonsept	45	42
Planløsning	24	24	Kvalifikasjonskrav- ansatte	16	16
Kvalifikasjonskrav	8	6	Kostnads kalkyle	14	14
Kostnad- driftsbudsjett	16	16	Driftsbudsjett	13	13
			Planløsning	12	12
Totalsum	88	78		100	97

TRYGGE BARNEHAGER					
VURDERING FØRSTE RUNDE			VURDERING ANDRE RUNDE		
Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng 1.runde	Tildelingskriterier	Maks. poeng sum	Poeng
Driftskonsept	40	33	Driftskonsept	45	39
Planløsning	24		Kvalifikasjonskrav- ansatte	16	16
- alternativ 1		15			
- alternativ 2		18			

Kvalifikasjonskrav	8	4	Kostnadskalkyle	14	14
Kostnad- driftsbudsjett	16	16	Driftsbudsjett	13	13
			Planløsning	12	9
Totalsum	88	70/73		100	91

- (12) I meddelelse av kontraktstildeling av 27. mai 2005 ble det gitt følgende begrunnelse for ikke å velge klager:

”Evalueringen viser at det er innenfor kriteriene driftskonsept og planløsning den avgjørende forskjellen mellom tilbudene ligger.

[...]

Driftskonsept

[...]

Barnebygg viser ikke til satsingsområde eller spesiell pedagogisk profil som oppfattes å styrke bredden i kommunens samlede barnehagetilbud. I tilbudet blir det vist til hva Barnebygg gjør i enkelte andre kommuner, men det sies lite om hva en konkret ønsker å satse på i Stavanger kommune, utenom vektlegging på natur, miljø og utendørsliv. Stavanger kommune har allerede mange barnehager som har natur, miljø og utendørsliv som satsingsområde. Likeledes arbeider flere av kommunens barnehager etter Reggio Emilia sin pedagogikk. I tilbudet sier Barnebygg at barnehagens spesielle profil først blir fastlagt ved etablering, og da i samråd med personale og foreldre. Dette gir Stavanger kommune som oppdragsgiver en mindre grad av forutsigbarhet med hensyn til hvilke satsingsområder og hvilken pedagogisk profil en faktisk vil få. Dette har medført at Barnebygg har fått lavere poengscore enn både Scalabarnehagen og Trygge Barnehager.

Nettopp vektleggingen av å sikre bredden i det totale barnehagetilbudet har resultert i at oppdragsgiver velger å tildele de tre tomtene til to ulike tilbydere, fordelt på to tomter til Scalabarnehagen og en tomt til Trygge barnehager.”

Planløsning

[...]

Barnebygg tilbyr en planløsning som er fleksibel i forhold til inntak av barn, men har begrenset mulighet til bruk av lokalene utover ordinær barnehagedrift. Det er lagt opp til en romløsning på utnyttelse av utearealene. Barnebygg er trukket noe mer enn Trygge barnehager for den valgte planløsningen, samt for mulighetene til fleksibel bruk av bygget utover ordinær barnehagedrift.

På de øvrige tildelingskriteriene har Barnebygg oppnådd full poengscore, i likhet med Scalabarnehagen og Trygge barnehager.”

- (13) Det var ikke gitt begrunnelse for valg av leverandør i anskaffelsesprotokollen av 16. juni 2005.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Innklagede har brutt plikten til å avvise tilbyderer Scalabarnehagene AS. Bakgrunnen er at tilbyderer ikke har oppfylt kvalifikasjonskravene oppstilt i konkurransegrunnlaget, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a.
- (16) Tilbyderen har ikke dokumentert *"god soliditet"*. Selskapet ble stiftet 26. april 2005, altså etter den opprinnelige tilbudsfristen. Tilbyderen har derfor ikke oppfylt kravet om *"fremleggelse av foretakets årsregnskap"* og fremleggelse av *"en erklæring om foretakets omsetning for de siste tre regnskapsår"*, samt kravet om at leverandørene skal være *"registrert i et bransjeregister eller tilsvarende register"*.
- (17) Av samme grunn har selskapet ikke oppfylt kravet om *"betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag"*. Videre kan ikke klager se at for oppdragets første del (drift av barnehager) er valgte leverandørs fagkompetanse og erfaring tilstrekkelig relevant eller tilfredsstillende til å oppfylle kommunens kvalifikasjonskrav. Kommunen har heller ikke dokumentert at underleverandør/samarbeidspartnere innehar den nødvendige erfaring. For øvrig er ikke sistnevntes erfaring under noen omstendigheter relevant for vurderingen av tiltakshavers erfaring med barnehagedrift.
- (18) Unnlatelsen av å avvise leverandøren har hatt direkte betydning for tildelingsbeslutningen, og klager har grunn til å tro at selskapet ville ha blitt tildelt én eller flere av tomtene dersom kommunen hadde opptrådt korrekt på dette punktet.
- (19) Innklagede har videre brutt plikten til å avvise tilbyderer Scalabarnehagene AS etter forskriftens § 15-10 (1) bokstav d. Bakgrunnen er at tilbyderer har tatt atskillige forbehold i sitt tilbud, som både enkeltvis og samlet må medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Forbeholdet knytter seg til sammensetning av barnegruppene, personalbehov og driftsbudsjett, samt endelige løsninger for bygg og uteområder.
- (20) Klager anfører at innklagedes tildelingsevaluering er usaklig og vilkårlig. Klager hevder for det første at det i den andre tildelingsevalueringen ble foretatt en usaklig oppjustering av konkurrentenes tilbud og en usaklig reduksjon av klagers tilbud, uten at dette er tilstrekkelig begrunnet av innklagede. Dette fremkommer blant annet for tildelingskriteriene *"Driftskonsept"* og *"Kvalifikasjonskrav – ansatte"*.
- (21) Videre hevder klager at evalueringen av de ulike tildelingskriteriene har vært usaklig og vilkårlig. Det er blitt foretatt en usaklig vurdering ved at Scalabarnehagene scoret høyt på tildelingskriteriet *"Driftskonsept"* med begrunnelse økt antall plasser for barn under 3 år. Bakgrunnen er at leverandøren ikke gav noe endelig tilbud med tanke på gruppesammensetning av barn over og under 3 år, og at klager, basert på en økonomisk forutsetning om lik fordeling av avdelinger for små og store barn, kan tilby flere plasser enn valgt leverandør. I tillegg hevder klager at denne har fått usaklig liten uttelling for dette forholdet.

- (22) Evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalifikasjonskrav – ansatte*" er usaklig og vilkårlig ved at Scalabarnehagenes lave pedagogtetthet og klagers høye ikke har blitt tatt hensyn til i evalueringen. I tilbudet av 12. mai 2005 tilbyr Scalabarnehagene en pedagogtetthet som ligger under kravene i forskrift om pedagogisk bemanning § 1. Klager har derimot tilbudt en pedagogtetthet som ligger 34,5 % høyere enn de lovbestemte krav, jf tilbud av 12. mai 2005. Kommunen selv har opplyst at man vil legge stor vekt på høy pedagogtetthet, jf konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon under punkt 8.2. Det er da uforståelig at Scalabarnehagene tildeles full poengscore på dette tildelingskriteriet.
- (23) Videre er evalueringen av tildelingskriteriet "*Planløsning*" usaklig og vilkårlig. Klager finner det uforståelig at Scalabarnehagene har fått full uttelling på kriteriet. Grunnlaget er at tilbyder i svært liten grad har konkretisert og dokumentert tilbudte løsninger for bygg og uteområder.
- (24) Evalueringen av tildelingskriteriet "*Driftsbudsjett*" er usaklig og vilkårlig. Bakgrunnen er at driftsbudsjettet åpenbart ikke har latt seg fastsette på tilbudstidspunktet på grunn av manglende definisjon av gruppesammensetning for barn og dermed også bemanning. Forholdene brukt for å vurdere kriteriet; akseptabelt utgiftsnivå og hvorvidt budsjettet reflekterer fornuftig og troverdig drift, er så skjønnsmessige at de i realiteten gir oppdragsgiver et fritt skjønn, og dermed ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Ved å anvende disse evalueringsbegreper fratas oppdragstaker i realiteten muligheten for å etterprøve vurderingen som er gjort, og bruken av kriteriet er i strid med EF-domstolen i sak C-513, særlig premiss 59-61.
- (25) Innklagede har ikke ivaretatt plikten til å føre reelle forhandlinger. Klager er enig i at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres, men klager fikk ikke noen tilbakemeldinger på hvilke forhold i eget tilbud som var svake og burde forbedres for å hevde seg i konkurransen med de øvrige leverandørene. Dette støttes av møtereferatet fra forhandlingene. Klager bemerker også at møtereferatet aldri ble mottatt av klager, og at bevisverdien til dokumentet er begrenset ettersom det er skrevet over 2 måneder etter at møtet ble holdt.
- (26) Klager anmoder klagenemnda til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning for henholdsvis den positive og negative kontraktsinteresse anses oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (27) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (28) Innklagede bestrider at valgte tilbyder Scalabarnehagene skulle ha vært avvist etter forskriftens § 15-12 (1) bokstav a. Innklagede anfører at kravet om å fremlegge årsregnskap eller omsetningserklæring er utelukkende et dokumentasjonskrav, ikke et kvalifikasjonskrav i seg selv. Ordlyden innebærer intet krav om at tilbyderforetak må ha eksistert i (i dette tilfellet) 3 år. Som et nystartet foretak er Scalabarnehagene avskåret fra å kunne fremlegge slik foretaksdokumentasjon.
- (29) Det kan ikke legges til grunn at kvalifikasjonskravet om "*betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag*" ikke er oppfylt grunnet mangel på denne dokumentasjon. Videre innehar de aktuelle representantene for foretaket de etterspurte

kvalifikasjoner. Tilbudet, i tillegg til tiltakshavers egen dokumentasjon, inneholder også dokumentasjon som viser at underleverandør og samarbeidspartnere innehar den nødvendige erfaring. Samlet sett er tilbyders kompetanse og erfaring vurdert som forsvarlig.

- (30) Påstanden om at klager har ”grunn til å tro” at selskapet ville ha blitt tildelt én eller flere av tomtene hvis oppdragsgiver hadde avvist Scalabarnehagene fra videre deltagelse i konkurransen, fremstår som grunnløs. Innklagede viser her til at også Trygge Barnehager hadde høyere poengsum enn klager, og samtlige tomter kunne derfor vært tildelt denne.
- (31) Innklagede bestrider også at valgte tilbyder Scalabarnehagene skulle ha vært avvist med hjemmel i forskriftens § 15-10 (1) bokstav d. Innklagede anfører at oppdragsgiver har vurdert de ulike tilbydernes konsept og uttrykt vilje til fleksibilitet, og ikke lagt avgjørende vekt på tilbyders beskrivelse av antatt sammensetning av barnegruppene. Oppdragsgiver ønsket å ta standpunkt til endelige løsninger på et senere tidspunkt. Dette fordi det reelle sammensetningsbehovet erfaringsmessig aldri blir slik en har anslått det på forhånd. Denne premissen er lik for alle tilbydere og har derved ikke vanskeliggjort sammenligningen av tilbudene.
- (32) Innklagedes tildelingsevaluering er ikke mangelfull.
- (33) Innklagede viser til at anførselene til klager er basert på en sammenstilling av prosentvis oppnådd score i opprinnelig og fornyet evaluering. Innklagede avviser en slik sammenstilling som usaklig. Bakgrunnen for dette er at evalueringsgrunnlaget i den fornyede evalueringen endret karakter grunnet at tildelingskriteriene ble vektet slik de var oppstilt i konkurransegrunnlaget (prioritert rekkefølge). De enkelte kriteriene fikk derved ny innbyrdes vekt i evalueringen i forhold til første evaluering. Videre fikk tilbyderne anledning til å sende inn et endelig tilbud etter de gjennomførte forhandlingene.
- (34) Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet ”*Driftskonsept*” har ikke vært usaklig og vilkårlig. Innklagede viser til at klagers opprinnelige tilbud ikke inneholdt noen beskrivelse av spesiell pedagogisk profil som oppfylte kravene i pkt. 8.2 i konkurransegrunnlaget. Konseptet med begynnende matematikk, slik dette ble presentert under forhandlingsmøtet, førte til pluss i poengscoren ved første evaluering. I klagers endelige tilbud ble ikke innspillet fulgt opp med en ytterligere konkretisering. Tvert imot fremhevet klager at barnehagens spesielle profil først ville bli fastlagt ved etablering, og da i samspill med personale og foreldre. Dette understreker at innklagede i den endelige evalueringen ikke var i stand til å fastslå hvilket pedagogisk opplegg klager gjennom sitt tilbud forpliktet seg til å gi.
- (35) Vedrørende klagers anførsel om at det er uforståelig at Scalabarnehagene scoret høyt på tildelingskriteriet ”*Driftskonsept*” med begrunnelse økt antall plasser for barn under 3 år, viser innklagede til at det er blitt lagt vekt på tilbyders evne til fleksibilitet og høy andel av barn i aldersgruppen 0-3 år.
- (36) Videre har ikke skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet ”*Kvalifikasjonskrav - ansatte*” vært usaklig og vilkårlig.

- (37) Innklagede viser til brev av 17. juni 2005, der det går frem at valgte tilbydere fikk styrket score – og derved oppnådde samme score som klager under dette kriteriet – ved at de begge fullt ut innfridde innklagedes forventninger til tydelighet på kvalifikasjonskrav for ikke-pedagogisk personale. Som en følge av dette oppnådde de to leverandørene samme score som klager under dette kriteriet.
- (38) Innklagede legger til grunn at Scalabarnehagene oppfyller kravene til pedagogtettethet. Innklagede viser også til at styrerstillingen vil bli brukt som ordinær pedagogressurs.
- (39) Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Planløsning*" har ikke vært usaklig og vilkårlig, da den enkelte tilbyder hadde inngående dialog og drøfting om tilbyders forslag til løsning i forhandlingsmøtet.
- (40) Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Driftsbudsjett*", ved forholdene akseptabelt utgiftsnivå og troverdig drift, har ikke vært usaklig og vilkårlig.
- (41) Innklagede bestrider at plikten til å føre reelle forhandlinger er blitt brutt. Innklagede anfører at tilbakemeldinger ble gitt til tilbyderne i forhandlingsmøtene, jf blant annet dialog om planløsninger. For øvrig viser innklagede til at KOFA i tidligere avgjørelser ikke har funnet grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf KOFA sak 2004/275.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens anslåtte verdi fremgår ikke av de fremlagte dokumenter. I konkurransegrunnlaget er det lagt til grunn at anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, og det er ikke bestridt fra innklagede at regelverket for offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Klagenemnda legger derfor dette til grunn i sin vurdering.

Avvisning

- (43) Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise tilbydere som ikke oppfyller de materielle krav som er satt til deltakelse i konkurransen, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a.
- (44) De materielle krav i den foreliggende anskaffelsen var blant annet et krav om "*god soliditet*" hos tilbyderen. Dette skulle dokumenteres i form av "*årsregnskap*" og "*erklæring om foretakets omsetning totalt og de tre siste regnskapsår.*" Det er ikke bestridt at Scalabarnehagene ikke leverte inn noe dokumentasjon på om kravet til "*god soliditet*" var oppfylt.
- (45) Spørsmålet er om Scalabarnehagene av denne grunn skulle vært avvist fra konkurransen til tross for at Scalabarnehagene var et nystartet selskap som av naturlige årsaker ikke kunne fremvise verken årsregnskap eller omsetningserklæring.
- (46) Utgangspunktet er at ikke ethvert krav om dokumentasjon kan tolkes som et absolutt krav som må være oppfylt for å delta i konkurransen, jf klagenemndas uttalelser i sak 2003/38. Unnlattelse av å gi opplysninger eller dokumentasjon på at

kvalifikasjonskravene er oppfylt, gir skjønnsmessig adgang til avvisning ("kan"), men ingen plikt, jf § 15-12 (2) bokstav g. Konkurranses grunnlagets pkt. 5.3 er i samsvar med dette. Manglende dokumentasjon kan derimot være en indikasjon på at kravene for deltakelse ikke er oppfylt, og dermed også en del av vurderingen av om en leverandør skal avvises. I medhold av kravet til likebehandling i lovens § 5, kreves det at oppdragsgiver foretar en forsvarlig vurdering av om leverandør som har levert utilstrekkelig dokumentasjon, likevel oppfyller kvalifikasjonskravene, jf klagenemndas uttalelser i saker 2003/57 og 2003/176.

- (47) Klagenemnda legger til grunn at selv om et selskap under stiftelse ikke kan legge frem årsregnskap og tilsvarende dokumentasjon som forutsetter tidligere drift, kan oppdragsgiver ta andre skritt for å opplyse selskapets soliditet. Til illustrasjon nevnes klagenemndas avgjørelse i sak 2004/238, der nemnda fant det tilstrekkelig å innhente kredittvurdering av den aktuelle tilbyder for å ivareta hensynet til likebehandling, samt sak 2005/85, der innlevert næringsoppgave og skatteattest var tilstrekkelig for at oppdragsgiver kunne vurdere om leverandørene var egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene.
- (48) Klagenemnda kan ikke se at Scalabarnehagen har levert, eller at innklagede har innhentet noen informasjon om valgte tilbyders soliditet i den foreliggende saken. Det synes dermed som om soliditet faktisk ikke ble evaluert i kvalifikasjonsfasen, hvilket utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5. Innklagede pliktet å avvise tilbudet siden innklagede ikke hadde grunnlag for å vurdere tilbyders soliditet. Klagenemnda finner det etter dette unødvendig å ta stilling til de andre anførselene om avvisning.

Usaklig og vilkårlig tildelingsevaluering

- (49) Klager har anført at en rekke forhold ved innklagedes evaluering er i strid med anskaffelsesregelverkets krav til forsvarlig og saklig saksbehandling, og de grunnleggende krav som er nedfelt i anskaffelseslovens § 5.
- (50) Klager hevder for det første at innklagede i andre evalueringsrunde har gitt klager mindre poeng enn i den første evalueringen, og at konkurrentene har fått flere poeng i den andre evalueringen enn i den første.
- (51) Klagenemnda bemerker at anskaffelsesprotokollen i den foreliggende sak er svært mangelfull. Den inneholder ingen holdepunkter for grunnlaget for oppjustering og nedjustering av poengfordeling knyttet til flere av tildelingskriteriene i den andre evalueringen. Klagenemnda har som følge av dette ikke grunnlag for å ta stilling til om innklagede har foretatt en usaklig evaluering, og kan på generelt grunnlag, ikke utelukke at den nye evalueringen er et resultat av nye momenter og ny poengberegning som følge av at det ble tatt hensyn til vektingen av de ulike tildelingskriteriene.
- (52) Klagenemnda finner imidlertid grunnlag for å vurdere evalueringen av tildelingskriteriet "*Driftskonsept*". Klagenemnda legger til grunn, basert på den foreliggende dokumentasjon, at klager konkretiserte driftskonseptet i sitt endelige tilbud. Det var derfor usaklig av innklagede å gi redusert score på dette tildelingskriteriet med grunnlag i manglende utdypelse.

- (53) Vedrørende tildelingskriteriene "*Kvalifikasjonskrav som stilles til de ansatte*" og "*Planløsning*", finner klagenemnda at vurderingen av disse ligger under det innkjøpsfaglige skjønn og ikke er egnet for overprøving av nemnda, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.
- (54) Det er ikke sannsynliggjort at innklagede har gjennomført en uforsvarlig saksbehandling ved bedømmelsen av tildelingskriteriet "*Driftsbudsjett*". Klagenemnda kan ikke se at forholdene brukt ved bedømmelsen er uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, eller at dette kriteriet med ovennevnte innhold fremstår som så uventet for leverandørene at det strider mot kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (55) Klagenemnda finner videre at kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 er brutt som følge av manglende begrunnelse for endringene i anskaffelsesprotokollen.

Reelle forhandlinger

- (56) Etter forskriftens § 16-3 (5) jf § 3-1 (2) skal forhandlingene skje i samsvar med kravet til likebehandling. Bestemmelsen innebærer at det skal gjennomføres reelle forhandlinger med samtlige leverandører som har rett til å delta i forhandlingene. Det følger imidlertid av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/105 at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres. Imidlertid bør oppdragsgiver kunne påpeke forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf sak 2005/218.
- (57) Av tildelingsbrevet og annen dokumentasjon fremgår det at innklagede la avgjørende vekt på planløsningen i klagers tilbud. Det går frem av møtereferatet fra forhandlingsmøte mellom klager og innklagede av 11. mars 2005 at tilbagemeldinger ble gitt i tilknytning til dette tildelingskriteriet. Klager hevder imidlertid at oppdragsgiver ikke gav noen tilbagemeldinger på tilbudet under forhandlingene. Klagenemnda legger til grunn at det er uenighet mellom partene angående dette forholdet. Uansett fikk klager tilbagemelding på tilbudet, herunder planløsningen i tildelingsbrev av 7. april 2005, og fikk mulighet til å inngi et nytt tilbud etter at klager klaget på forhandlingene etter den første tildelingen. Kravet til reelle forhandlinger anses dermed ivaretatt gjennom klagers mulighet til å inngi et nytt tilbud basert på den informasjon som fremgikk av det første tildelingsbrevet.

Erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse

- (58) Klagenemnda har ikke kompetanse til å uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd, men kan uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.
- (59) Klager kan bli tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom det foreligger en vesentlig feil og klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått, jf Rt.2001 s.1063 (Nucleus). Innklagede anfører at også den andre valgte tilbyder Trygge Barnehager hadde høyere score i tildelingsevalueringen enn klager, og oppdragsgiver kunne derfor tildele denne alle tre tomtene. Klagenemnda kan således ikke legge til grunn sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått oppdraget dersom valgte tilbyder Scalabarnehagene hadde blitt avvist.

(60) Klagenemnda finner ikke grunnlag i den fremlagte dokumentasjon til å uttale seg om vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Konklusjon:

Stavanger kommune har ved anskaffelse av oppføring og drift av fire nye barnehager brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 15-12 (1) bokstav a ved at den valgte leverandør ikke ble avvist til tross for at det manglet opplysninger om hvorvidt vedkommende oppfylte kvalifikasjonskravene.

Stavanger kommune har brutt kravet til etterprøvnbarhet og forutberegnelighet i lovens § 5 ved å foreta en usaklig og vilkårlig evaluering av tilbudene i den andre tildelingsevalueringen.

For klagenemnda,
04.09.06

Björg Ven