



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for kjøp av institusjonsplasser fra ideelle organisasjoner. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved gjennomføringen av konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2009 i sak 2009/69

Klager: Stiftelsen Kirkens Bymisjon Rogaland

Innklaget: Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Regelverk for anskaffelsen. Utforming av kvalifikasjonskrav. Avvisning av valgte leverandører. Gjennomføring av forhandlinger. Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

(1) Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. juni 2008 en konkurranse med forhandling for kjøp av institusjonsplasser fra ideelle organisasjoner. Konkurransen skulle gjennomføres med prekvalifisering, jf. kunngjøringens punkt 3.1.

(2) Fra kvalifikasjonsgrunnlaget hitsettes fra punkt 2.1 "Kontraktens omfang":

"Oppdragsgiver forbeholder seg videre retten til å inngå avtale om færre plasser enn det som vil fremgå av konkurransegrunnlaget, dersom det samlede tilbudet viser seg ikke å dekke behovet på en tilfredsstillende måte."

(3) Videre hitsettes fra kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.1 "Anskaffelsesprosedyre":

"For denne anskaffelsen gjelder forskriftens del I. Anskaffelsen blir gjennomført som kjøp etter forhandlinger, og gjennomføres som totrinns prosedyre, hvor denne prekvalifiseringen er første trinn. Dette innebærer at alle interesserte kan delta i prekvalifiseringen, trinn 1, men at konkurransegrunnlag og invitasjon til å komme med tilbud kun vil bli sendt til tilbydere som blir kvalifisert i trinn 1."

(4) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4 "Kvalifikasjonskrav – krav til leverandøren" fremgikk følgende:

"I samsvar med gjeldende politiske føringer vil denne anskaffelsen rette seg kun mot tilbydere som er ideelle organisasjoner, jf. nedenfor under pkt. 4.1.2. Begrepet "ideelle organisasjoner" er ikke definert i forskrift om offentlige anskaffelser. Det følger av FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser at dette spørsmålet må avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet."

En beskrivelse som nevnes i ulike sammenhenger er FADs beskrivelse i sin veileder: Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag.

Bufdir vil vurdere kvalifikasjonskriteriet "ideelle organisasjoner" i tråd med gjeldende rettslige standarder. Som et minimum må følgende karaktertrekk foreligge.

- 1. Virksomheten har et ikke-kommersielt formål.**
- 2. Virksomheten deler ikke ut overskudd til annet enn formålet til virksomheten**

Virksomheten må som et klart utgangspunkt også være selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser.

For en nærmere gjennomgang av de kjennetegn og vilkår som Bufdir vil legge vekt på i vurderingen vises det til FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser. [...]

Det vises videre til relevant avgjørelse av KOFA; Sak 2005/180 [...]

Tilbyder vil bli avvist dersom kvalifikasjonskravene ikke er oppfylt, jf. § 11-10 (1) a). Tilbyder kan bli avvist dersom dokumentasjon viser at dette ikke er sannsynlig. Dersom tilbyder er klar over at opplysninger tilknyttet kvalifikasjonskravene kan medføre tvil om tilbyders evne til å oppfylle en kontrakt, bør relevant tilleggsinformasjon legges ved tilbudet.

Tilbyder vil bli avvist ved manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravene under punkt 4.1, jf. anskaffelsesforskriften § 11-10 (1) b), c) og e).

4.1 Tilbyderens organisatoriske og juridiske stilling

[...]

4.2.2 [feilnummerert, skulle vært 4.1.2] Lovlig etablert foretak/Stiftelse – krav om å være en ideell organisasjon

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt
Krav: Det kreves at leverandøren er et lovlig, etablert foretak eller en lovlig etablert stiftelse, <u>og at virksomheten er en ideell organisasjon.</u> Vilkåret om å være en ideell organisasjon vil vurderes konkret og skjønnsmessig i hvert tilfelle av oppdragsgiver og i tråd med gjeldende rettslige	• Attest fra Stiftelsesregisteret/Enhetsregisteret/Foretaksregisteret eller evt. registrering i faglig register i leverandørens hjemland • Attesten skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra innleveringsdato • Utskrift av foretakets/stiftelsens vedtekter • Foretakets/stiftelsens årsregnskap for de siste 3 år, inkludert revisjonsberetning og

<i>standarder. Som et minimum må følgende vilkår være oppfylt:</i> <i>1. Virksomheten har et ikke-kommersielt formål.</i> <i>2. Virksomheten deler ikke ut overskudd til annet enn formålet med virksomheten</i> <i>Virksomheten må som et klart utgangspunkt være selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser.</i>	<i>styrets årsberetning inkludert noter. Jf. også kvalifikasjonskravet i pkt. 4.3.</i> <i>Dersom leverandøren er et underforetak av en moderorganisasjon i en konsernstruktur, kreves det regnskaper for både moderforetaket og underforetaket (institusjonen).</i> <i>• Ved behov vil ytterligere dokumentasjon etterspørres særskilt etter at kvalifikasjonsdokumentene er mottatt. ”</i>

- (5) I et tillegg til kvalifikasjonsgrunnlaget kunngjort 22. juli 2008 ble det i punkt 2 opplyst følgende:

”Vi presiserer også at kunngjort behov som ikke dekkes av denne konkurransen (som er rettet mot ideelle organisasjoner), senere vil bli kunngjort i en konkurranse som er åpen også for kommersielle virksomheter. Det er altså ikke noe generelt krav om å være en ideell virksomhet for å kunne tilby barneverntjenester til Bufetat. ”

- (6) Av tillegget til kvalifikasjonsgrunnlaget fremgikk videre av punkt 3 vedrørende forlenget frist for prekvalifisering:

”Med bakgrunn, blant annet, i at enkelte kommersielle virksomheter vil vurdere å omstille sin virksomhet, slik at de tilfredsstiller kravene til å bli kvalifisert som ideell organisasjon, har Organisasjonen for private barneverntiltak (OPB) på vegne av sine medlemmer bedt om én måneds utsettelse på fristen for å levere søknad om prekvalifisering.

Bufdir finner ikke å kunne etterkomme dette ønsket, men vil åpne for at virksomheter som er under omstilling kan ettersende dokumentasjon knyttet til kravet om å være en ideell organisasjon (jfr. Kvalifikasjonsgrunnlaget, pkt 4.1.2) senest innen den fristen som blir satt for å inngi tilbud. Denne muligheten vil bli gitt til virksomheter som ellers tilfredsstiller de øvrige kvalifikasjonskravene, og som i søknad om prekvalifisering legger frem en realistisk plan for å tilfredsstille kravene for å bli kvalifisert som ideell organisasjon. I slike tilfeller vil virksomheten eventuelt bli prekvalifisert med forbehold om at den nevnte dokumentasjonen foreligger innen fristen for å inngi tilbud, og virksomheten vil dermed risikere å få sitt tilbud avvist dersom Bufdir ikke finner vilkårene for ideell organisasjon tilstrekkelig dokumentert.

I slike tilfeller hvor virksomheten legger om driften for å bli kvalifisert som ideell organisasjon, vil enkelte av de øvrige kravene i kvalifikasjonsgrunnlagets pkt 4.1 ikke kunne dokumenteres, f.eks årsregnskaper og skatteattest for en nyopprettet stiftelse. I

slike tilfeller skal denne dokumentasjonen legges fram for virksomheten slik den var før omstillingen."

- (7) I tillegg til kvalifikasjonsgrunnlaget ble videre følgende presisert i punkt 4:

"Kommende konkurranse hvor kommersielle virksomheter kan delta":

"Det er stilt spørsmål om hvorvidt det senere vil bli kunngjort konkurranse som er åpen for kommersielle aktører, og hvor mange plasser som da eventuelt vil bli kunngjort. Svaret på dette spørsmålet er at behov som er kunngjort i denne konkurransen og ikke blir dekket av ideelle organisasjoner, vil bli kunngjort i en ny konkurranse som er åpen for kommersielle virksomheter. Hvor mange plasser det da vil dreie seg om, vil blant annet være avhengig av hvor stor del av behovet som blir dekket av ideelle organisasjoner i denne konkurransen."

- (8) Innen fristen 11. august 2008 mottok innklagede 27 forespørsler om deltakelse i konkurransen, herunder fra Stiftelsen Kirkens Bymisjon Rogaland (heretter kalt klager), Minde Barne- og ungdomshjem og Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS.

- (9) Fra forespørselen fra Minde Barne- og ungdomshjem hitsettes følgende:

"VEDRØRENDE STIFTELSESATTEST FOR HØYLAND MENIGHETSPLEIE

Det ble avholdt et stiftelsesmøte hos advokat Sekse, Sandnes 14.03.08, hvor vedtekter for Høyland menighetspleie ble gjennomgått og stiftelsespapirer undertegnet.

Vi har ikke mottatt selve Stiftelsesattesten fra Brønnøysundregisteret. Etter samtale med advokatkontoret kommer det frem at de sendte saken til behandling hos Lotteri- og stiftelsestilsynet 25.07.08, da de hadde mottatt en frist datert til 20.08.08 fra tilsynet.

Ut ifra at vi ikke kan sende Stiftelsesattesten enda, legger vi ved en kopi av Samordnet registermelding som ble undertegnet og sendt i mars 2008.

Vi vil ettersende Stiftelsesattesten så snart denne foreligger."

- (10) I kopien av Samordnet registermelding fremgikk det at Minde Barne- og ungdomshjem var en del av virksomheten Stiftelsen Høyland Menighetspleie.

- (11) Vedlagt forespørselen var vedtekter for Stiftelsen Høyland Menighetspleie av 14. mars 2008. Fra vedtektene hitsettes følgende:

"2. FORMÅL

Stiftelsens formål er å drive veldedig virksomhet i menigheten. Støtte kan også gis til veldedig virksomhet i tilgrensende menigheter.

Virksomheten skal bygge på Guds ord og den lutherske trosbekjennelse.

[...]

10. UTDELING FRA STIFTELSEN

Utdeling av stiftelsens midler vedtas av styret. Utdelingene skal være i samsvar med stiftelsens formål. Styret bestemmer hvor stor del av midlene som til enhver tid skal anvendes og hvilke av de angitte formål som skal anvendes midler til.

- (12) Vedlagt forespørselen var også en utskrift fra Enhetsregisteret. Minde Barne- og ungdomshjem var her registrert som en "forening/lag/innretning".
- (13) Fra forespørselen fra Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS hitsettes følgende:

"Oslo Sanitetsforening vedtok på sitt årsmøte i 2007 å omgjøre sine institusjoner til egne aksjeselskaper. Oslo Sanitetsforening Brusetkollen er derfor fra 01.01.08 omgjort til et aksjeselskap, 100 % eid av Oslo Sanitetsforening. Ved å organisere sine institusjoner som aksjeselskaper oppnår eieren et tydelig og avgrenset ansvarsforhold, der spørsmålet om det juridiske subjekt er klart. De vedlagte dokumenter viser det ideelle humanitære formål for Oslo Sanitetsforening Brusetkollen."

- (14) Vedlagt forespørselen var selskapets stiftelsesdokument av 28. mars 2008. Følgende fremgikk av § 3 om virksomhet:

"Selskapets virksomhet skal være å gi tilbud innen barneverns- og opplæringstjenester og slik virksomhet som naturlig står i forbindelse med dette. Selskapet skal ikke ha erverv til formål. Selskapets midler skal kun benyttes i selskapets virksomhet, videreutvikling av virksomheten og annen virksomhet av sosial eller allmennyttig eller veldedig karakter, begrenset til virksomhetsområde som naturlig faller inn under Oslo Sanitetsforenings sosiale, veldedige eller allmennyttige virkefelt."

- (15) I e-post fra innklagede av 15. august 2008 til Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS ble det etterspurt følgende:

- *"Utskrift av aksjeeierboken*

Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS er et aksjeselskap, og det vil derfor ha betydning for vurderingen hvem som er eier av aksjene. For at aksjeselskapet skal anses som ideelt, må også eier være ideell. Ut fra den tilsendte dokumentasjon kan det tyde på at aksjonær er Oslo Sanitetsforening, men det er ønskelig at dette bekreftes med en utskrift fra aksjeeierboken.

- *Vedtekter*

I det tilfelle at Oslo Sanitetsforening ene og alene er aksjonær, har vi via deres nettsider funnet at "Oslo Sanitetsforening er forpliktet til å følge N.K.S.' vedtekter som vedtas på landsmøtet". Vedtektene til Norske Kvinners Sanitetsforening er derfor innhentet fra denne foreningens nettsider (senest endret september 2007), og vil derfor bli lagt til grunn i vurderingen. I det tilfelle at disse vedtektene ikke skal legges til grunn, bes dette opplyst snarest. Dersom Oslo Sanitetsforening har egne vedtekter, bes disse oversendt.

- *Utskrift fra enhetsregisteret*

Det er ønskelig med en utskrift fra enhetsregisteret for Oslo Sanitetsforening, og gjerne også Norske Kvinners Sanitetsforening."

(16) I brev av 20. august 2008 oversendte Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS en del tilleggsinformasjon, blant annet nøkkelopplysninger fra Enhetsregisteret om Oslo Sanitetsforening og Norske Kvinners Sanitetsforening. Videre var det lagt ved aksjeeierbok av 28. mars 2008, hvor det fremgikk at Oslo Sanitetsforening eide samtlige av aksjene i Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS.

(17) I brevet av 20. august 2008 var det opplyst at vedtekter for Oslo Sanitetsforening var lagt ved. Vedtektene som faktisk lå ved var for Norske Kvinners Sanitetsforening. Følgende fremgikk av § 1 om formålet:

"Norske Kvinners Sanitetsforening er en landsdekkende organisasjon av lokalforeninger med sterk forankring i nærmiljøet. Norske Kvinners Sanitetsforening har som formål å mobilisere til frivillig innsats for et bedre og tryggere samfunn ved å engasjere seg årvåkent innenfor

- *helse- og sosialområdet*
- *miljøberedskap*
- *krise- og katastrofeberedskap"*

(18) I innklagedes notat av 22. august 2008 fremgikk følgende om Minde Barne- og ungdomshjem:

"Oppsummering/konklusjon

De spørsmål som for tiden avklares av Stiftelsestilsynet vil ha betydning for om og når Stiftelsen Høyland Menighetspleie blir registrert som stiftelse. Jeg ser ingenting som skulle tyde på at stiftelsen i så tilfelle ikke er en ideell organisasjon, men vil påpeke at vedtektene burde inneholde at formålet også er barnevern. Dette er jo påpekt av Stiftelsestilsynet og adv. Sekse har bedt om at spørsmålet avventes til spørsmålet om statlig overtakelse er avklart.

Jeg foreslår at vi derfor prekvalifiserer dem med følgende forbehold:

- *Vedtektenes formål endres i tråd med anbefalinger fra Stiftelsestilsynets brev av 22. juli.*
- *Stiftelsestilsynet godkjenner opprettelsen av stiftelsen, og at Minde er en del av stiftelsen."*

(19) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk det at 15 leverandører ble ansett å være prekvalifisert uten forbehold. Blant disse var klager og Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS. Videre fremgikk det av protokollen at 11 leverandører fikk tilbud om å delta i konkurransen med forbehold om at etterspurt tilleggsdokumentasjon ble mottatt innen tilbudsfrist, og at denne dokumentasjonen førte til at leverandøren ble funnet å være kvalifisert. Blant leverandørene som fikk delta i konkurransen med forbehold var Minde Barne- og ungdomshjem. Innklagede krevde at denne institusjonen ettersendte økonomisk dokumentasjon/garanti.

(20) I brev av 25. august 2008 ble Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS meddelt at selskapet ble ansett for å være kvalifisert til å delta i konkurransen.

(21) I brev av 25. august 2008 ble Minde Barne- og ungdomshjem meddelt følgende:

"Bufdir har vurdert søknaden med tilhørende dokumentasjon over Minde Barnehjem og ungdomshjem. Søknaden gir mulighet for to ulike vurderinger i forhold til kvalifikasjonskravene knyttet til ideelle organisasjoner. Slik vi har tolket søknaden har Minde Barnehjem og ungdomshjem søkt på grunnlag av at de vil bli en del av Stiftelsen Høyland Menighetspleie. I det tilfelle at dette ikke vil skje, vil vi også gi en vurdering av søknaden basert på dagens organisering der Minde Barnehjem og ungdomshjem er registrert som en "forening/lag/innretning" i enhetsregisteret.

1. Stiftelsen Høyland Menighetspleie

I forbindelse med behandlingen av søknaden fra Minde Barnehjem og ungdomshjem, ble det klart at Stiftelsen Høyland Menighetspleie har søkt om å bli opprettet som en stiftelse. I søknaden er det opplyst at Minde Barnehjem og ungdomshjem er en avdeling i stiftelsen. Bufdir tok derfor kontakt med Lotteri- og Stiftelsestilsynet, og fikk opplyst at søknaden var under behandling. I det tilfellet at Stiftelsen Høyland Menighetspleie blir opprettet med Minde Barnehjem og ungdomshjem som en del av stiftelsen, vil det være stiftelsen som må bli vurdert som en eventuell ideell organisasjon, jf. kvalifikasjonsgrunnlaget.

I det tilfellet at stiftelsen blir opprettet, ber vi derfor om at følgende dokumenter blir oversendt innen tilbudsfristen:

- Stiftelsesattest*
- Endelige vedtekter for stiftelsen*
- Stiftelsens åpningsbalanse*

[...]

2. Minde Barnehjem og ungdomshjem som en selvstendig forening

Ifølge enhetsregisteret er Minde Barnehjem og ungdomshjem pr. i dag registrert som en "forening/lag/innretning". Utgangspunktet for slike foreninger er at de er uten profittformål, og kan dermed være en ideell organisasjon. I søknaden fra Minde Barnehjem og ungdomshjem er det derimot ikke vedlagt vedtekter for foreningen, og dette er nødvendig for at Bufdir skal kunne vurdere om foreningen er ideell, jf. kvalifikasjonsgrunnlaget. Dersom det er ønskelig at barnehjemmet skal vurderes som en selvstendig forening, bes det derfor om at vedtekter ettersendes innen tilbudsfristen.

[...]

På bakgrunn av ovennevnte vurderinger inviteres Minde Barnehjem og ungdomshjem til deltakelse i konkurranse om kjøp av barneverntjenester fra ideelle organisasjoner. Dette forutsetter dog at tilleggskvalifikasjonsdokumentasjon ettersendes, jf. alternativ 1 og 2. I det tilfellet at man velger alternativ 1, vil det eventuelt være Stiftelsen Høyland Menighetspleie som vil måtte bli vurdert i henhold til kvalifikasjonskravene. Dersom man velger alternativ 2 vil vurderingen kun omfatte Minde Barnehjem og ungdomshjem.

For eventuell videre deltakelse i konkurransen etter tilbudsfrist, er det også forutsatt at menighetspleien eller barnehjemmet har blitt godkjent som en ideell organisasjon i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser og at innsendt dokumentasjon tilsier økonomisk forsvarlig drift."

- (22) Lotteri- og stiftelsestilsynet meddelte i brev av 26. august 2008 at det var fattet vedtak om at Stiftelsen Høyland Menighetspleie skulle registreres i Stiftelsesregisteret. Vedtaket ble sendt i kopi til innklagede. Fra vedtaket hitsettes:

"Stiftelsestilsynet har med hjemmel i stiftelsesloven § 7 truffet følgende vedtak:

Stiftelsen Høyland Menighetspleie, org nr 992 843 764 registreres i Stiftelsesregisteret.

Kopi av vedtaket er sendt Enhetsregisteret. Stiftelsen er ikke endelig registrert før Enhetsregisteret har ferdigbehandlet saken. Når Enhetsregisteret har bekreftet registrering, vil stiftelsen være registrert som stiftelse i Stiftelsesregisteret.

Stiftelsen har opplyst at Minde barne- og ungdomshjem, registrert med org nr 944 766 332 som "barneverninstitusjon", er fullt ut eid av stiftelsen Høyland Menighetspleie. Stiftelsestilsynet legger dette til grunn ved registreringen av stiftelsen. Stiftelsen ber om at org nr 944 766 332 blir merket med at det er en del av org nr 992 843 764. Enhetsregisteret bes besørge dette, jf. også samordnet registermelding der dette fremgår."

- (23) Konkurranses grunnlaget og kravspesifikasjonen ble sendt ut 29. august 2008.
- (24) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "Omfang" var det angitt et behovsanslag fordelt på fire målgrupper:

	<i>"Antall plasser:</i>			
<i>Region:</i>	<i>Barn og unge med tilleggsproblematikk</i>	<i>Ungdom med alvorlige atferdsvansker vist ved vedvarende misbruk av rusmidler</i>	<i>Ungdom med alvorlige atferdsvansker vist ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet samt på annen måte</i>	<i>Barn/unge med behov for akutt plassering (rammeavtale)</i>
<i>Nord</i>	<i>1</i>	<i>5</i>	<i>1</i>	<i>0</i>
<i>Midt-Norge</i>	<i>15</i>	<i>10</i>	<i>15</i>	<i>10</i>
<i>Vest</i>	<i>27</i>	<i>21</i>	<i>52</i>	<i>14</i>
<i>Sør</i>	<i>3</i>	<i>22</i>	<i>4</i>	<i>0</i>
<i>Øst</i>	<i>20</i>	<i>20</i>	<i>20</i>	<i>5</i>

[...]

Oppdragsgiver tar forbehold om mindre justeringer underveis i prosessen. Bufdir forbeholder seg også retten til ikke å inngå avtale for hele det innmeldte behovet, dersom leverandørenes tilbud ikke i tilstrekkelig grad tilfredsstiller våre krav til kvalitet og pris."

- (25) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk følgende om prising av tjenesten:

"Det bes om at prisen oppgis som pris pr. plass, pr. dag, se vedlegg 1 – tilbudsbrief, samt punkt 3.1 i kravspesifikasjonen.

Dagprisen skal omfatte alle kostnader forbundet med plasseringen, herunder blant annet kostnader med tilbakeføring ved rømming, avrusing, inntak og utskrivning, familie- og nettverksarbeid.

De barna som skal tilbys disse plassene vil kreve ulikt omfang med ressurser. Dette kan variere fra barn til barn og kan også være forskjellig for samme barn avhengig av hvor man er i oppholdet. Slike faktorer må leverandør ta med i grunnlaget for fastsettelsen av sin dagpris. Det er også ønskelig at institusjoner som tilbyr plasser for flere målgrupper oppgir en felles dagpris som gjelder uavhengig av målgruppe. Akuttplasseringer skal prises særskilt.

For prising av tjenesten benyttes mal for pristilbud i kravspesifikasjonen.”

- (26) Fra konkurransegrunnlaget hitsettes videre fra punkt 2.1 om anskaffelsesprosedyre:

”Private institusjonsplasser er etter regelverket om offentlige anskaffelser å anse som uprioriterte tjenester. Anskaffelsen er rettet mot ideelle organisasjoner og bestemmelsen i FOA § 2-1 (3) kommer til anvendelse. Dette innebærer at Forskrift om offentlige anskaffelser del I ”Alminnelige bestemmelser”, samt § 17-3 (krav til ytelsen) og 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultater) kommer til anvendelse i denne konkurransen. Prinsippene i FOA § 11-11 om avvisning og § 13-3 om meddelelse om kontraktstildeling vil følges også i denne konkurransen.”

- (27) I konkurransegrunnlaget punkt 2.13 fremgikk følgende om tildelingskriterier:

”Med basis i det oppgitte behovet for hver målgruppe og region vil tilbudene bli evaluert etter følgende kriterier:

Kvalitet

Ved vurdering av tiltakenes kvalitet vil de punktene som fremkommer av dokument 2, kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget bli lagt til grunn. Kvaliteten på tjenesten vil bli vurdert ut i fra de opplysninger som fremkommer i tilbudet, supplert med opplysninger som fremkommer gjennom forhandlinger og referansesjekk. Bufetat forbeholder seg også retten til å innhente informasjon fra egne fagteam, samt tilsynsmyndigheten.

Totalpris på tjenesten

Prisen på tjenesten skal gis i henhold til de betingelser som fremkommer av forslaget til kontrakt, samt øvrige opplysninger i konkurransegrunnlaget.

Det vil også bli tatt hensyn til en hensiktsmessig geografisk fordeling av plassene innen hver av regionene.

Det vil bli inngått avtaler med de leverandører som etter en helhetsvurdering av behovsdekning, kvalitet og pris gir det beste tilbudet.”

- (28) Fra kravspesifikasjonen del 1 ”Anskaffelsens formål” hitsettes følgende:

"Hvis institusjonen har flere enn en målgruppe, beskriv hvordan utfordringene knyttet til å ha flere målgrupper i samme tiltak løses. Dette gjelder både i forhold til målsetting og metodikk men også bygningsmessige tilpasninger, institusjonens beliggenhet og de ansattes kompetanse. Leverandørene bes også beskrive hvordan de løser utfordringer knyttet til å ha mange ungdommer med samme type problematikk på samme sted."

(29) I kravspesifikasjonen del 2 "Målgrupper" var det opplyst følgende:

"2.2 Ungdom med alvorlige atferdsvansker vist ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet samt på annen måte

For å kunne gi et tilbud til denne målgruppen må leverandøren være godkjent for §§ 4-24 og 4-26."

(30) Følgende hitsettes fra kravspesifikasjonen punkt 2.5 "Kvalitetskrav til tjenesten":

"Under dette punkt beskrives de krav til kvalitet som oppdragsgiver vektlegger og leverandør bes beskrive ulike forhold knyttet til disse kravene. Under hver beskrivelse bes leverandøren besvare for de målgrupper som tilbys, med unntak av akuttplaner som skal besvares ovenfor.

2.5.1 Teoretisk grunnlag

*Beskriv institusjonens teoretiske grunnlag
[...]*

2.5.2 Oppholdets forløp - fra inntak til avslutning

Planen for oppholdet skal være forutsigbar og strukturert. Leverandøren bes i korte trekk beskrive fremdrift i oppholdet med bakgrunn i institusjonens målsetting og metode:

- *Beskriv institusjonens praksis for gjennomføring av forvern og inntak.*
- *Beskriv framdrift i oppholdet med bakgrunn i barnets behov. Oppgi gjennomsnittlig planlagt behandlingstid*
- *Beskriv institusjonens rutiner for å tilrettelegge for utflytting. Leverandør bes beskrive hvordan institusjonen tilrettelegger utskriving og ivaretar oppfølging av ungdommen og familien etter utflytting*

[...]

2.5.3 Institusjonens praksis

Leverandøren skal gi en beskrivelse slik at oppdragsgiver kan se hvordan det teoretiske grunnlaget kommer til anvendelse i det praktiske arbeidet. Vi ønsker et barnevern som er kunnskapsbasert. Kunnskapsbaserte tiltak er tiltak som har vist seg å gi resultater, og som er beskrevet med hensyn til målgruppe, innhold, gjennomføring og resultater, helst slik at tiltaket kan etterprøves av andre.

Oppdragsgiver vektlegger følgende kriterier:

1. Institusjonens tilrettelegging for brukermedvirkning, herunder utvikling av handlingsplan

Beskriv institusjonens praksis for å:

- Informere barna om oppholdet
- Ivareta rettighetsforskriften
- Forebygge/hindre seksuelle overgrep i institusjonen. Legg ved rutiner
- Forebygge/håndtere vanskelige situasjoner f.eks i forbindelse med rømming eller misbruk av rusmidler. Legg ved rutiner

Beskriv praksis for arbeid med handlingsplan:

- Beskriv hvordan handlingsplanen skapes, innholdet i den og hvordan den løpende evalueres. Hvilke faglige premisser legges til grunn for dette arbeidet.
- Utarbeiding av individuelle mål på en slik måte at de kan etterprøves
- Konkretisering av oppfølging etter opphold

[...]

2. Institusjonens arbeid med familie og nettverk

Beskriv følgende:

- Institusjonens teoretiske fundament for og generelle målsetting med familie- og nettsverksarbeid
- Hvordan foreldrene/foresatte involveres og informeres om barnas/ungdommens utvikling
- Institusjonens endringsarbeid i hjemmet/evt. den basen barnet/ungdommen vender tilbake til etter oppholdet
- Institusjonens endringsarbeid med nettverket til barnet/ungdommen

[...]

3. Tilrettelegging for gjennomføring av skolegang

Alle barn i Norge har rett og plikt til grunnskoleopplæring jf. § 2-1 i opplæringsloven.

Beskriv følgende:

- Institusjonens samarbeid med skole, PPT evt. OT eller andre kommunale/statlige organer som har skole som ansvarsområde
- Institusjonens rutiner for å takle skolevegring
- Beskriv hvordan institusjonene legger til rette for at barnet skal kunne lykkes på skolen. Rutiner for;
 - o oppmøte (vekking, frokost, transport)
 - o samarbeid med skolen – samarbeidsrutiner ved f.eks skoleskulk eller lekser
 - o institusjonens rutiner under gjennomføring av lekser
- Hvis barnet av ulike årsaker ikke er i stand til å følge ordinær undervisning bes det om at institusjonen beskriver samarbeidsrutiner har med instanser som tilbyr alternativer til skolegang
- Dersom institusjonen har eget skoletilbud bes det om at dette beskrives inkl. timeomfang

[...]

4. Plan for samarbeid med plasserende kommune og det øvrige hjelpeapparatet

Beskriv følgende:

- Institusjonens tilrettelegging for samarbeid med plasserende kommune herunder oppfølging av tiltaksplan og/eller omsorgsplan
- Gi eksempel på adekvate samarbeidspartnere i forhold til arbeide med den aktuelle målgruppen og beskriv hvordan dette samarbeidet er organisert

- Gi eksempler på innholdet i et slikt samarbeid
[...]

Leverandører som tilbyr plasser for målgruppen "tilleggsproblematikk" besvare på punkt 5.

Leverandører som tilbyr plasser for målgruppen "alvorlige atferdsvansker vist ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet samt på annen måte" besvare på punkt 6.

[...]

5. Institusjonens tilrettelegging for positiv utvikling hos barna/ungdommene

Beskriv institusjonens praksis for:

- Miljøterapeutisk tilnærming – hvordan institusjonen legger til rette for endring
- Tilrettelegging for utvikling av god sosial kompetanse hos barna
- Tilrettelegging for mulighet til deltakelse på arenaer utenfor institusjonen
- Tilrettelegging for at barna som bor på institusjonen skal kunne ha med seg andre barn hjem

[...]

6. Institusjonens behandlings/opplæringstilbud

Beskriv følgende:

Institusjonens behandlings/opplæringstilbud:

- Hvilke behandlingsmetoder vektlegges i endringsarbeidet – hva skaper endring
- Hvordan det jobbes med personalgruppa i forhold til å sikre felles praksis
- Forholdet mellom autonomi og kontroll i institusjonen
- Hvordan institusjonen behandler eventuelle avvik/behandlingsavbrudd

Trening i prososial atferd

- Metoder som ligger til grunn for arbeidet med utvikling av sosiale ferdigheter
- Hva som gjøres i praksis i forhold til arbeid med utvikling av sosiale ferdigheter
- Tilrettelegging for fritidsaktiviteter som sikrer tilgang til positiv påvirkning
- Tiltak for å begrense tilgang til negativ, sosial påvirkning

- (31) I kravspesifikasjonen del 3 "Pristilbud" var det under punkt 3.1 utformet et prisskjema som leverandørene skulle fylle ut. For hver av de fire målgruppene skulle leverandørene fylle ut antall plasser, pris per oppholdsdag, dagpris for ikke benyttet plass og gjennomsnittlig pris per opphold.
- (32) Det ble avholdt et informasjonsmøte 3. september 2008 for tilbydere som var prekvalifisert med og uten forbehold. Fra møtereferatet hitsettes følgende:

"1. [...] Videre ble det presisert at det ikke vil bli inngått avtaler som svarer til hele det innmeldte behovet dersom

- Tilbudene ikke tilfredsstiller de kravene Bufdir setter til kvalitet på tjenestene (sett i forhold til aktuell målgruppe)
- Tilbudte priser ikke står i forhold til tjenestene som skal ytes

[...]

5. Eventuelt (Spørsmål og svar)

Spørsmål vedrørende regelverket: Hvilke prosedyrekrav er det Bufdir er fritatt fra å følge i henhold til unntaksbestemmelsen om kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner?

Svar: Siden dette er en stor og omfattende anskaffelse, vil det (uavhengig av kravene i regelverket) være viktig å gjennomføre en strukturert prosess og kravene til dokumentasjon vil alltid stå i forhold til anskaffelsens størrelse. Det som vil være hovedforskjellen fra anskaffelser rettet mot kommersielle, er at vi som oppdragsgiver har muligheten til å gjennomføre prosessen på en mer fleksibel måte, for eksempel slik vi nå har gjort med hensyn til postgang og tilbudsfrist, jf vedlegg 3.

- (33) På informasjonsmøtet opplyste innklagede om følgende på s. 4 i en presentasjon av anskaffelsen:

- *"Unntaksbestemmelse i regelverket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner – fritar fra detaljerte prosedyrekrav, men ikke fra grunnprinsippene i loven"*

- (34) Innen tilbudsfristen 26. september 2008 mottok innklagede 19 tilbud. Klager leverte inn tilbud på ni plasser i målgruppene barn og unge med tilleggsproblematikk og ungdom med alvorlige atferdsvansker (kriminalitet og på annen måte).

- (35) Fra klagers tilbud hitsettes fra s. 4 om målgrupper:

"Vel 15 års erfaring fra arbeid med ungdommer fra ulike målgrupper har lært oss at de har langt mer felles problematikk enn ulikheter, forskjellige diagnoser og kategoriseringer til tross. Selv om det er nødvendig å være klar over at det er snakk om ulike målgrupper, er det uansett slik at tiltakene må være individuelt tilpasset. Skal arbeidet med ungdommene lykkes, må vi satse på opplegg som tar på alvor den enkeltes livshistorie, problematikk og muligheter. Dette kan ikke automatisk leses ut av hvilken målgruppe de plasseres i."

- (36) Fra klagers tilbud hitsettes fra s. 17-18, punkt 3, om tilrettelegging for gjennomføring av skolegang:

"Vi legger vekt på å få oversikt over hvordan skoleforholdene er rundt barnet. Vi må vite hvem vi skal samarbeide med og hva behovene er, slik at vi kan klare å nå målsettingen om et individuelt tilpasset opplæringstilbud. Det er viktig at vi gjør denne jobben i tett samarbeid med barneverntjenesten og foreldre.

Dersom ungdommen har et etablert og fungerende opplæringstilbud, er samarbeid med involverte skoleinstanser uproblematisk. Problemene oppstår ved skifte av skole, enten det skyldes geografiske forhold ved flytting til institusjon, eller ved at eleven "dropper ut" av videregående opplæring, eller skolen opplever seg inkompetent til de store menneskelige og pedagogiske utfordringene enkelte elever representerer. I disse tilfellene er arbeid for å skaffe nytt tilpasset undervisningstilbud en nær på umulig oppgave. Det finnes ikke noe etablert koordinerende inntakssystem, og vi arrangerer møter med alle involverte instanser, som alle beklager sine manglende økonomiske og personellressurser og generelle maktesløshet. For å illustrere dette problemet: i 2007 hadde 7 av 9 ungdommer på Dreieskeivå ikke tilpasset videregående opplæring, på tross av at vi hele året drev fram samarbeidsmøter for å skaffe dette.

[...]

Vi har ikke en rutinebeskrivelse for hvordan vi håndterer skolevegring. Vi jobber likevel med problematikken på ulike måter. Vi forsøker å møte ungdommen med en normal forventning om at skolegang er viktig. Det handler om å legge inn daglige rutiner, med vekking i rett tid, frokost, smøring av matpakker, vi tilrettelegger skyss, betaling av busskort og lignende. Vi avklarer i hvert tilfelle hvilke avtaler den enkelte har i forhold til leksearbeid, prøveforberedelser osv. Lekseoppfølging er hos oss lagt inn i den daglige oppfølgingen av ungdommene. Personalets motløshet i forhold til skoleetatens innsats, gjør det til en utfordring å opprettholde troen på at også disse ungdommene har muligheter for å lykkes med utdanning. For at ungdommene skal klare å delta, er det en forutsetning at personalet signaliserer håp og optimisme og kontinuerlig motiverer og tilbyr hjelp og støtte.

Videre jobber vi tett med lærerne, eventuelt skoleledelsen i hver skole. Det handler om å legge til rette for den dialogen som er nødvendig. Det handler om å utvikle et forum der skolefolket og vi kan ta opp små og større utfordringer og der vi kan være kreative sammen. Det handler også om å sikre elevens samlede ressurser som den trenger for å mestre en skolehverdag. Dette er ofte en stor utfordring. Vi ser gjerne at PPT ikke har vært inne tidligere, og de viser raskt til sine lange ventelister. Vi ser også at ungdommen og lærerne har slitt med hverandre over lang tid. Når vi kommer inn i bildet er skolefolket ofte i ferd med å gi opp eller de har gitt opp. Det blir da viktig å sjekke ut hva som da må gjøres; er det mer å hente ut av skolen eller må vi tenke alternativ skoletilbud.

- Hvis barnet av ulike årsaker ikke er i stand til å følge ordinær undervisning bes det om at institusjonen beskriver samarbeidsrutiner den har med instanser som tilbyr alternativer til skolegang.

Det finnes for få plasser og for lite differensiering av tilrettelagte tilbud for denne gruppa. I de tilfellene ungdommene får dette knapphetsgodet, er våre samarbeidsrutiner tilsvarende som med skoleetaten. Å løse mangel på pedagogiske tilbud med å lage sysselsettingstilbud i institusjonene synes vi er feil vei å gå. Ungdommene trenger, som andre, å gå ut av hjemmet sitt for å lære, yte og mestre, og komme hjem og ha fritid.

Som kjent er det et problem i den videregående skole at vel 30 % av elevene faller ut. Da er det ingen overraskelse at tallene for vår gruppe er enda høyere. Når våre elever faller ut av skoletilbudet, viser skolen liten evne til å etablere nye, tilpassede tilbud. Det faktum at ungdom blir gående i institusjonen uten skoletilbud stiller krav til både økt kunnskap, penger og bemanning."

- (37) Følgende hitsettes fra tilbudets s. 19, punkt 4, om plan for samarbeid med plasserende kommune og det øvrige hjelpeapparat:

"Her viser vi også til punktet 2.5.2. "Beskriv framdrift i oppholdet etc.". Det generelle samarbeidet består i hovedsak av ansvarsgruppemøter minimum hver 6. uke, hvor vi tilbyr saksbehandlerne å innkalle og referatføre og huse disse. I tillegg arrangerer Bufetat årlige eller halvårlige evalueringer knyttet til hvert enkelt barn. De fleste ungdommene som kommer til Dreieskjeivå har så store utfordringer og problem at det i

tillegg, i perioder, er behov for hyppige samarbeidsmøter. Dette kan være både for å håndtere kriser og samarbeide om alternative behandlingstilnærminger.

[...]

I tillegg til saksbehandler i barnevernet er medarbeidere i fagteamene i bufetat våre viktigste samarbeidspartnere. Fastleger og/eller spesialisthelsetjenesten er ofte involvert. Også ulike deler av skolemyndigheter både på kommune og fylkesnivå har vi hyppig og utstrakt samarbeid med. Fylkesmann/fylkeslege er også hyppig konsultert for avklaringer og kvalitetsikring. Det hender også at medarbeidere i Kirkens bymisjon inviteres for å være med å diskutere anonymiserte problemstillinger knyttet til ungdommene. I hovedsak er det vi, eventuelt gjennom barneverntjenesten eller Bufetat som inviterer til samarbeidet.

[...]

Ungdommene som kommer til oss kan sjelden nyttegjøre seg ordinære skole eller helsetilbud. Derfor trenger de spesielt tilrettelagte tilbud. For å skaffe dem dette, kreves det forståelse og vilje fra mange instanser. Vår erfaring er at dette fremmes lettest og best gjennom samarbeidsfora.”

- (38) Videre hitsettes fra tilbudets s. 21-22, punkt 6, om institusjonens behandlings-/opplæringstilbud:

”Beskriv følgende:

Institusjonens behandlings/opplæringstilbud:

Hvilke behandlingsmetoder vektlegges i endringsarbeidet – hva skaper endring

Se foregående punkt om tilrettelegging for positiv utvikling. I tillegg til dette, dersom positiv tilrettelegging over tid ikke er tilstrekkelig, må andre tiltak, som behandling vurderes.

[...]

I arbeidet for å finne nye, gode måter å tilrettelegge tilbudet bruker vi vårt faglige og juridiske nettverk i stor utstrekning. Ofte er fylkesmannen viktig for å avklare juridiske grenseganger for bruk av tvangstiltak. Psykologisk- og sosialkompetanse i BUP- og Bufetat-systemene kan hjelpe oss å forstå mekanismer som gjør at ungdommen tilsynelatende prøver å presse seg ut av institusjonen, og eventuelt bistå i vurdering av behandlings- eller utredningstiltak. Vi har også tilgjengelige kollegaer i Rogaland A senter, som også eies av Kirkens Bymisjon, når vi trenger bistand i forhold til rusproblematikk.”

- (39) Av anskaffelsesprotokollen punkt 1.9 fremgår det at fem av leverandørene som fikk delta i konkurransen med forbehold om at de ettersendte dokumentasjon, ble ansett som prekvalifiserte etter tilbudsfristen. Blant disse var Minde Barne- og ungdomshjem.
- (40) I faks av 7. oktober 2008 mottok innklagede et brev fra Minde Barne- og ungdomshjem av 3. oktober 2008. I brevet var det opplyst følgende:

"Minde barne- og ungdomshjem har funnet alternativ 1 som ønsket organisasjonsform [...]"

- (41) Vedlagt brevet var vedtaket om registrering av stiftelse fra Lotteri- og stiftelsestilsynet av 26. august 2008. Også vedtekter for Stiftelsen Høyland Menighetspleie, protokoll for Stiftelsen Høyland Menighetspleie og åpningsbalanse for Stiftelsen Høyland Menighetspleie var vedlagt brevet av 3. oktober 2008.
- (42) I faks av 8. oktober 2008 la Minde Barne- og ungdomshjem ved et nytt tilbudsbrev, hvor virksomhetens navn var endret til Stiftelsen Høyland Menighetspleie, avdeling Minde barne- og ungdomshjem.
- (43) Vedlagt faksen var også en registerutskrift fra Enhetsregisteret av 6. oktober 2008. Under punktet "virksomhet/art/bransje" var det opplyst følgende:

"Alminnelig stiftelse som virker til fordel for veldedig virksomhet i menigheten Høyland Sokn, Sandnes kommune. Kristent grunnsyn. Drift av Minde Barne- og ungdomshjem."

Videre fremgikk følgende under punktet "institusjonell sektorkode":

"770 Private konsumorienterte organisasjoner uten profittformål (ideelle organisasjoner)"

- (44) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med klager 30. oktober 2008. Fra møtereferatet hitsettes følgende:

"Tilbudet, kort oppsummert

Fakta

<i>Leverandør</i>	<i>Kirkens bymisjon, Rogaland - Dreieskjeivå</i>
<i>Institusjonen er godkjent for antall plasser:</i>	<i>9 plasser</i>
<i>Institusjonen er godkjent for følgende plasseringshjemler iht. lov om barneverntjenester:</i>	<i>§§ 4-4.femte ledd, 4-12, 4-24 og 4-26.</i>
<i>Antall avdelinger, med antall plasser per avd.:</i>	<i>2 avdelinger med plass til 6 ungdommer og 3 ungdommer</i>
<i>Antall stillinger totalt</i>	<i>38 årsverk – inkludert ekstravakter</i>

Tilbud

<i>Antall plasser, fordelt pr målgruppe</i>	<i>4 plasser for barn/unge med tilleggsproblematikk 5 plasser for ungdom med alvorlige atferdsvansker (kriminalitet)</i>
<i>Presisering av målgruppe</i>	<i>Innenfor begge målgruppene håndterer Dreieskjeivå omfattende og sammensatte problemer. Fordelingen av plasser mellom de to målgruppene er derfor ikke viktig for Dreieskjeivå.</i>

<i>Forbehold ift målgruppe</i>	<i>Ikke etablert rusmisbruk</i>
<i>Dagpris</i>	<i>[...]</i>
<i>Antall stillinger</i>	<i>38 årsverk - inkludert</i>

1 Gjennomgang av tilbudet – faglig innhold

Oppklaringsspørsmål/forhandlingstema

Spørsmål	Leverandørens svar:
	Eventuelt om noe skal utdypes, ettersendes, og frist for dette
<i>Målgrupper, hvem lykkes Dreieskjevå best med?</i>	<i>[...]</i>
<i>[...]</i>	
<i>Samarbeidet omkring skole</i>	<i>Samarbeidet med skolen er vanskelig. Alle ressurser er allerede disponert før disse barna kommer. Alt for lite tilpasset undervisning, både i grunnskolen og i videregående skole. Når ikke fram for å få et tilpasset tilbud, ungdommene på Dreieskjevå blir sett på som for vanskelige prosjekter.</i>
<i>Samarbeid med BUP</i>	<i>Dette er veldig krevende. Vanskelig å få til samarbeid på systemnivå, når vurderingene blir så personavhengige. BUP definerer atferdsproblemer ut av psykiatrien. Må true barna inn til behandling. BUP virker redde for at barna blir værende hos dem. Klare forventninger og tydelige rammer for samarbeidet kan bidra positivt.</i> <i>En annen utfordring kan være at ungdommen ikke er motivert til behandling.</i>

2. Pris

[...]

Tilbudet fra Dreieskjevå er vesentlig høyere enn andre tilbud innenfor begge de to målgruppene som Dreieskjevå tilbyr plasser til. For målgruppen barn/unge med tilleggsproblematikk ligger Dreieskjevå mer enn 50 % høyere enn gjennomsnittet. Også i målgruppen ungdom med alvorlige atferdsvansker ligger prisen langt over gjennomsnitt (mer enn 30 %). Begge deler uten at kvaliteten vurderes å være tilsvarende høyere, sammenliknet med andre tilbud i denne anskaffelsen. ”

(45) Klager leverte inn et revidert tilbud av 4. november 2009.

(46) I en udatert poengmatrise fremgår innklagedes vurdering av klagers tilbud før og etter forhandlingene:

"Vekt	Kvalitetskrav	Samlet vurdering	Samlet vurdering etter forhandling

2	Teoretisk grunnlag	4	4
1	Oppholdets forløp	4	4
1	Institusjonens praksis pkt 1	3	3
1	Institusjonens praksis pkt 2	4	4
1	Institusjonens praksis pkt 3	2	3
1	Institusjonens praksis pkt 4	3	2
1	Institusjonens praksis pkt 5/6/7	4	3
3	Logisk/teoretisk sammenheng mellom teori,	4	3
1	Kompetanse	5	5
1	Personalforvaltning, bemanning mv	4	4
1	Organisasjonskultur	4	4
1	Evaluerings og forbedringsarbeid	4	4

15 Total poengsum
90"

57,0

53,0

- (47) I brev av 8. desember 2008 ble klager meddelt at stiftelsen ikke ble tildelt kontrakt. En vedlagt liste over tildelte kontrakter viste at 16 leverandører var tildelt kontrakt innenfor målgruppen barn og unge med tilleggspromblematikk. Dette var Stiftinga Sveio bufellesskap, Bokn bufellesskap, Solstrand barnevernsenter, Minde barne- og ungdomshjem, Frelsesarmeens Tryggeheim, Josephines stiftelse barnehjem, Garnes ungdomssenter, Stiftinga Voss barneheim, Frelsesarmeens Solgløtt, Frelsesarmeens Heggli, Stiftelsen Rostad, Frelsesarmeens Solgry, Fagertun, Frelsesarmeens Lillebo, Oslo Sanitetsforening Brusetskollen og Frelsesarmeens Soldammen.
- (48) Av listen som var vedlagt brevet av 8. desember 2008, fremgikk det videre at seks leverandører var tildelt kontrakt innenfor målgruppen ungdom med alvorlige atferdsvansker (kriminalitet og på annen måte). Dette var Stiftinga Sveio bufellesskap, Minde barne- og ungdomshjem, Garnes ungdomssenter, Styve gard kollektivet, Stiftelsen Bjørklund og Stiftelsen Milepælen.
- (49) Fra tildelingsbrevet av 8. desember 2008 hitsettes for øvrig:

"Deres tilbud omfatter 4 plasser innenfor målgruppen "barn og unge med tilleggspromblematikk" og 5 plasser til målgruppen "ungdom med alvorlige atferdsvansker (kriminalitet eller på annen måte)".

Kontrakter er nå tildelt i henhold til vedlagte liste. Dreieskjeva oppnådde dessverre ikke kontrakt. Til grunn for kontraktstildelingen ligger Bufetats behov slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget, og i tillegg til konkurransegrunnlag som ble sendt ut etter informasjonsmøtet for tilbydere den 3. september 2008. Tildelingen er videre gjort etter en helhetsvurdering av kvalitet og pris, hvor kvalitet har vært viktigst.

Når det gjelder kvalitet vurderes institusjonen svak på flere områder innenfor "institusjonens praksis". I særdeleshet gjelder dette innenfor området "samarbeid med plasserende kommune og det øvrige hjelpeapparatet". Institusjonens beskrivelse av "tilrettelegging for brukermedvirkning" og "gjennomføring av skolegang" vurderes også som kvalitetsmessig svakere enn de tilbyderne som ble tildelt kontrakt. Bufetats prosjektgruppe har også vurdert sammenhengen i tilbudet som noe mangelfull. Det ble

spesielt fokusert på disse områdene under forhandlingene, uten at dette ga grunnlag for justering av dette inntrykket.

Institusjonens dagpris ble vurdert som høy, sammenlignet med andre leverandørers priser innenfor begge målgruppene det ble tilbudt plasser til. Revidert tilbud mottatt 04.11.08 endret likevel ikke Dreieskjevå sin posisjon i forhold til de andre tilbyderne. Sett i lys av kvaliteten på tilbudet, framstår ikke prisen som konkurransedyktig."

- (50) Klager og innklagede hadde et møte 11. desember 2008, hvor klager ble gitt tilbakemeldinger på sitt tilbud. Fra møtoreferatet hitsettes:

"3. Rammer for gjennomføring av denne anskaffelsen

[...]

Vår vurdering av resultatet av konkurransen er at

- Kvaliteten på tilbudene stort sett har vært svært god*
- Det var noe manglende samsvar mellom våre behov og de tilbudene vi fikk*

	<i>Omsorg med tilleggsproblematikk</i>	<i>Alvorlig adferd/kriminalitet</i>	<i>Alvorlig adferd/rus *</i>	<i>Akutt (ramme)</i>
<i>Behov</i>	<i>91</i>	<i>82</i>	<i>68</i>	
<i>Tilbud</i>	<i>133</i>	<i>24</i>	<i>86</i>	
<i>Tildelt</i>	<i>121</i>	<i>17</i>	<i>71*</i>	

**nasjonal tildeling*

** * Region nord trengte etter nærmere vurdering tre ekstra plasser*

- 80 prosent av tilbudte plasser ble tildelt*
- Akseptert betydelig høyere priser enn det vi har gjort i tidligere konkurranser, og enn det vi betaler i dag for plasser ved disse institusjonene*

[...]

5. Overordnet om vurderingen av Dreieskjevå sitt tilbud til barn og unge med tilleggsproblematikk

Josephine Stiftelse, Tryggheim og Minde barnehjem og ungdomshjem er de institusjonene i det samme geografiske området som har fått tildelt kontrakt på plasser til denne målgruppen. Alle disse institusjonene vurderes som sterkere på kvalitet enn Dreieskjevå, og den tilbudte prisen fra Dreieskjevå ligger betydelig høyere enn de øvrige. Vurderingen omkring kvaliteten i tilbudet er utdypet i vedlagte notat.

6. Konkret om vurderingen av Dreieskjevå sitt tilbud til ungdom med alvorlige atferdsvansker vist ved kriminalitet og på annen måte.

I denne målgruppen ble det tilbudt færre plasser enn det Bufetat hadde behov for å kjøpe. Når vi likevel velger ikke å tildele kontrakt til Dreieskjevå på dette området, skyldes dette at kvaliteten i tilbudet ikke vurderes å være god nok i forhold til de kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget. Vurderingen omkring kvaliteten i tilbudet er utdypet i vedlagte notat. I tillegg er prisen høy sett i forhold til samtlige andre tilbydere

i denne anskaffelsen, og Bufetat har forbeholdt seg retten til ikke å kjøpe alle plasser dersom prisen ikke står i forhold til tjenesten.”

- (51) I et udatert brev fra innklagede ble det gitt en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Fra brevets s. 4 hitsettes følgende:

”Konklusjon i forhold til vurderingen fra prosjektgruppa:

I forhold til noen av kvalitetskravene vi ønsker belyst i denne anskaffelsen, gir Dreieskjevå et kompetent og godt inntrykk. Dette gjelder i forhold til oppholdets forløp der de beskriver godt hvordan de jobber rundt inntak og også rundt planlegging og utflytting. Dreieskjevå gir også et godt inntrykk av hvordan de jobber med familie og nettverksarbeid. Dreieskjevå viser også til høy formell kompetanse hos de ansatte.

Vår vurdering er likevel at Dreieskjevå har et kvalitetsmessig svakere tilbud enn de institusjonene som er tilbudt kontrakt. Dette henger i hovedsak sammen med følgende forhold:

- Institusjonen skiller ikke mellom ulike målgrupper og gir heller ikke ungdommer plassert etter §§ 4-24 og 4-26 det lovpålagte kravet om behandling eller opplæring i institusjonen.*
- Dreieskjevå ønsker ikke å skille de ungdommene med størst atferdsvansker og de med mer moderate atferdsvansker. Gjennom dette utsettes ungdommene med moderate atferdsvansker for potensielt uheldig smitteeffekt fra de med størst atferdsvansker.*
- Institusjonen beskriver mangelfulle samarbeidsklima med særlig skole og psykiatri. Vi ser ikke bort fra at det kan skyldes forhold ved den lokale skole eller bup, men konsekvensene for de ungdommene som bor på Dreieskjevå er uansett store. Ungdommene fratas gjennom dette mulighet både til integrering i et skolemiljø som kan bidra i positiv retning både faglig og sosialt, og til behandling i psykiatrien som de har krav på.”*

- (52) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 16. desember 2008 Dette ble fulgt opp med et tilleggsbrev.

- (53) I brev av 12. januar 2009 ble klager meddelt at klagen ikke ble tatt til følge. Fra brevet hitsettes følgende fra s. 3:

”Bufdir har valgt å holde denne anskaffelsesprosessen på et detaljeringsnivå som tilsvare prosedyrekravene for en ordinær anskaffelsesprosess.”

- (54) Videre hitsettes fra brevets s. 6:

”Som det er redegjort for, ble det varslet i konkurransegrunnlaget at Bufdir tok forbehold om å ikke inngå avtale for det innmeldte behovet dersom kvaliteten var for lav og prisen for høy eller en kombinasjon av dette. Denne vurderingen foretas gjennom skjønn i forbindelse med evalueringen av tilbudene. Det er korrekt at det ikke er kunngjort et minimumsnivå på kvalitet eller et maksimumsnivå på pris. Dette er det heller ikke krav om under det sett av regler som gjelder for denne anskaffelsen så lenge kravet til forutberegnelighet følges gjennom det kunngjorte forbehold.”

- (67) Ved kvalifiseringen ble leverandørene forskjellsbehandlet både med hensyn til tidspunkt for innlevering og dokumentasjon, og med hensyn til standard. Kvalifiseringen skjedde i to leverandørgrupper. En gruppe tilbydere (15 stk.) ble kvalifisert og vurdert til å oppfylle kriteriene for kvalifiseringen. En annen gruppe ble ansett å ikke oppfylle kriteriene for kvalifisering, men ble likevel funnet kvalifisert. At disse likevel ble funnet å være kvalifisert, er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling etter lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Gjennomføring av forhandlinger

- (68) Forhandlingsmøtet ble gjennomført på en måte som er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (69) Før forhandlingsmøtet ble klagers tilbud gitt en høyere score enn etter møtet, selv om klager ikke trakk noen deler av tilbudet under forhandlingene. Dette indikerer at forhandlingene ikke ble gjennomført på en måte som samsvarer med kravene til forretningsmessighet og likebehandling.
- (70) Referatet fra forhandlingsmøtet viser at innklagede ikke engang stilte spørsmål, men kun kom med stikkord. Det ble forventet at stikkordene ble besvart på en uttømmende måte fra klager, og mangelfulle svar ble tillagt avgjørende vekt ved tildeling av kontrakt. Dette var klart i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Ifølge prosjektlederen var forhandlingene basert på "*åpne spørsmål*", noe som i hovedsak bekreftes av vedtaksbrevet og referatet fra forhandlingsmøtet. Formuleringen av "*åpne spørsmål*" i stikkordsform gjør det vanskelig å gi en adekvat og uttømmende tilbakemelding til oppdragsgiver. Åpne spørsmål har liten plass i forhandlinger som omhandler meget kompliserte tjenester.
- (71) Innklagede skulle videre tatt opp de påpekte svakhetene ved klagers tilbud under forhandlingene. For det første skulle uklarhetene vært tatt opp med klager på grunn av alvorligheten i de opplevde avvikene. For det andre skulle uklarhetene vært tatt opp av hensyn til det faktum at klager, som en ideell organisasjon, hadde liten eller ingen forhandlingskompetanse knyttet til offentlige anskaffelser i det hele tatt. På grunn av kommunikasjonssvikten forårsaket av oppdragsgiver, ble klager fratatt muligheten til å gi et dekkende svar. Dette medførte at klager heller ikke fikk reell mulighet til å nå opp i konkurransen.
- (72) Under forhandlingsmøtet antok klager at innklagede hadde lest og forstått tilbudet som beskrev et nært og godt samarbeid med skolen og BUP. Klager ser nå at innklagede ikke hadde forstått tilbudet på denne måten. At innklagede ikke gav uttrykk for sin forståelse av tilbudet på forhandlingsmøtet, gjorde at klager ikke fikk tilstrekkelig mulighet til å korrigere den feilaktige forståelsen.
- (73) I brev av 8. desember 2008 har innklagede lagt til grunn at det ble spesielt fokusert på de svake punktene i klagers tilbud under forhandlingene, uten at dette gav grunnlag for justering av inntrykket. Dette er ikke i samsvar med de faktiske forhold, og heller ikke referatet underbygger at innklagede spesielt tok opp de svake punktene i klagers tilbud.

Kvalitative minimumskrav

- (74) Innklagede har lagt til grunn kvalitative minimumskrav for kontraktstildeling som ikke er kunngjort i konkurransen. Det vises til referat fra møte 11. desember 2008, hvor det

under punkt 6 fremgår at innklagede valgte å ikke tildele kontrakt til klager i målgruppen ungdom med alvorlige atferdsvansker knyttet til kriminalitet, fordi kvaliteten i tilbudet ikke ble vurdert som god nok i forhold til kravene som var stilt i konkurransegrunnlaget. Klager har provosert innklagede om å legge frem de krav referatet viser til, dvs. hvor og hvordan kravet er formulert, hvilket nivå som skulle vært oppfylt av klager, samt på hvilken måte klager ikke oppfylte kravene. Dette har innklagede ikke gjort.

Feil faktum i tildelingsevalueringen – tilbudet

- (75) Det anføres at tildelingsevalueringen bygger på feil faktisk grunnlag. Dette skyldes for det første at innklagede feilaktig har lagt vekt på faktiske forhold som ikke fremgår av klagers tilbud.

Ulike målgrupper

- (76) Innklagede har uriktig lagt til grunn at klager ikke skiller mellom ulike målgrupper. Av klagers tilbud fremgår det at klager skiller mellom ulike målgrupper, jf. tilbudets s. 4 andre avsnitt.
- (77) Videre er det i den nærmere begrunnelsen lagt til grunn at klager svarte på spørsmålet om presisering av målgruppe under forhandlingene. Klager kan imidlertid ikke se at det i forhandlingene er bedt om en presisering av målgruppe, det er kun bedt om et svar på hvilke av målgruppene klager lykkes best med.

Behandling eller opplæring i institusjonen

- (78) Innklagede har lagt til grunn at klager ikke gir ungdommer plassert etter §§ 4-24 og 4-26 det lovpålagte kravet om behandling eller opplæring i institusjonen.
- (79) Klager ble senest i september, med godkjenning i oktober, vurdert av kompetent myndighet til å oppfylle lovkravene etter §§ 4-24 og 4-26. Dette fremgår både av tilbudet og av referatet fra forhandlingsmøtet.
- (80) Innklagede har dermed ikke dekning i klagers tilbud for å hevde at ett av lovkravene ikke er oppfylt. Klager provoserer fremlagt dokumentasjon som bekrefter riktigheten av innklagedes påstand, og ber nemnda om å kreve dette fremlagt.

Skille mellom ungdommer

- (81) Innklagede har vist til at klager ikke ønsker å skille ungdommene med størst atferdsvansker fra de med mer moderate atferdsvansker. Dette medfører etter innklagedes syn en potensielt uheldig smitteeffekt. Til dette vil klager bemerke at stiftelsen har et veletablert og kompetent fagmiljø som håndterer ungdommene i tråd med beste praksis på området. Undersøkelser viser at 75 prosent av de som har bodd på institusjonen har klart seg bra. Dette illustrerer at klager lykkes godt med sitt arbeid, og jobber på en god måte også opp mot de ungdommene med størst atferdsvansker. Klager foretar en individuell vurdering av hvert barn, og tilpasser tilbudet deretter. På den måten skilles det mellom de ulike målgrupper, noe som er godt beskrevet i klagers tilbud, s. 4, punkt 1.

Samarbeid med skole og psykiatri

- (82) Innklagede har vurdert klagers tilbud slik at det er beskrevet mangelfulle samarbeidsklima særlig med skole og psykiatri, noe som får store konsekvenser for

ungdommene på institusjonen. Heller ikke her har innklagede basert vurderingene på tilbudet/opplysninger fra klager. Klager har selvsagt ikke gitt uttrykk for at det faktisk er et dårlig samarbeid med skolen, tvert imot er den faktiske situasjon slik at klager samarbeider meget godt med både lokal skole og BUP. Dette fremgår også av klagers tilbud, særlig s. 17 og 18. Når det gjelder samarbeid med BUP, er dette meget godt, se side 22, samt tilbudets punkt 3 og 4. Det vises også til punkt 5 i "Årsmelding for Dreiskjevå", som ble oversendt i forbindelse med kvalifiseringen til konkurransen. At klagers tilbud holder en meget god kvalitet, bekreftes også av uttalelser fra berørte samarbeidsparter i skole og BUP. Klager provoserte innklagede til å dokumentere at det foreligger et mangelfullt samarbeidsklima med den lokale skolen og psykiatrien. Innklagede har ikke vist til faktisk informasjon om dette.

Feil faktum i tildelingsevalueringen – konkurransegrunnlaget

- (83) Innklagede har også lagt til grunn feil faktum i tildelingsevalueringen av den grunn at konkurransegrunnlaget var uklart. Uklare tildelingskriterier gjorde at klager ikke kunne gi fullstendige og uttømmende opplysninger om sin virksomhet knyttet til tildelingskriteriene.

Føring og forutsetninger for anskaffelsen

- (84) I strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget, har innklagede unnlatt å tildele plasser som det er et udekket behov for. Dette er i strid med både interne føring fra departementet og med regelverket for offentlige anskaffelser, ettersom vilkårene for å ikke tildele plasser er uklare og i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 1 og forskriftens § 3-1.
- (85) Klager anser at vedtaket strider mot føring for anskaffelsen fra overordnet myndighet, og vil vurdere å påklage beslutningen til departementet.

Innklagedes anførsler:

Regelverket for konkurransen

- (86) Det bestrides at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1 ved å unnlate å angi hvilke regler som gjaldt for konkurransen.
- (87) Forskriftens § 2-1 tredje ledd gir hjemmel for å holde anskaffelsesprosesser rettet mot ideelle organisasjoner uten konkurranse fra kommersielle aktører, og uten at de omfattende reglene i forskriftens del II må følges. Innklagede valgte likevel å legge detaljnivået til dokumentene og forhandlingene nært opp til de krav som stilles til en ordinær anskaffelsesprosess etter del II. I innklagedes dokumenter ble rammene og reglene for konkurransen grundig gjennomgått og presentert. Det vises til kvalifikasjonsgrunnlaget s. 4, konkurransegrunnlaget s. 4 og referatet fra dialogmøtet s. 2. I utklippet fra presentasjonsfoilene som ble presentert under dialogmøtet, fremgår det på s. 3 og 4 en oversikt over hva som ble presentert om regelverket i tilknytning til unntaksbestemmelsen om ideelle organisasjoner. Spørsmålene fra klager med svar, og svarene på felles spørsmål etter dialogmøtet, viser at leverandørene ikke stilte ytterligere spørsmål om hvilke regler som gjaldt i konkurransen. I konkurransegrunnlaget s. 4-7 gjennomgås videre alle sentrale elementer i anskaffelsesprosessen, fra tilbudets utforming til forhandlinger og tildelingskriterier. Dette dokumenterer at alle leverandørene både skriftlig og muntlig er gjort kjent med rammene og prosedyrene for anskaffelsen. Det er åpnet for oppklaringsspørsmål, gitt veiledning i hvordan

kravspesifikasjonen skal besvares, samt gitt begrunnelser for hvorfor prosessen ble lagt opp som den ble.

- (88) Når det gjelder klagers anførsel om at det i kvalifikasjonsgrunnlaget er henvist direkte til en bestemmelse i forskriftens del II, fremgår det eksplisitt av konkurransegrunnlaget at prinsippene i spesifikke bestemmelser i del II knyttet til avvisning og meddelelse om kontraktstildeling vil følges. Innklagede mener for øvrig at denne henvisningen må leses i sammenheng med det som står rett før i kvalifikasjonsgrunnlaget, hvor det fremgår at det er regelverkets del I som gjelder. Videre må det ses i sammenheng med hva som er sagt i brev av 17. juni 2008 til alle leverandørene. Henvisningen kan således ikke sies å skape tvil om hvilke regler som gjelder. Den aktuelle bestemmelsen om avvisning i del II er for øvrig utslag av de grunnleggende krav til likebehandling i lovens § 5, og henvisningen ved bruk av "jf." var ikke ment som noe annet enn å tydeliggjøre at tilbydere som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene ville bli avvist.

Kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon"

Utformingen av kravet

- (89) Det bestrides både at kravet om at leverandørene måtte være en "ideell organisasjon" var uklart utformet, og at leverandører er forskjellsbehandlet ved vurderingen av dette kvalifikasjonskravet.
- (90) Begrepet "ideell organisasjon" er ikke definert i forskrift om offentlige anskaffelser. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 87-88, samt brev av 19. desember 2007 fra Barne- og likestillingsdepartementet til Hiimsmoenkollektivet, viser at det ikke er en fast klarlagt matematisk øvelse å benytte kvalifikasjonskriteriet "ideelle organisasjoner" etter forskriftens § 2-1 (3). Siden begrepet ikke er definert i forskriften, og hver leverandør må vurderes konkret, er det ikke mulig å fremstille kvalifikasjonskriteriet mer presist enn å fortelle hvilke karakteristikk og egenskaper gjeldende rett legger vekt på, samt henvise til eksisterende juridisk teori og praksis fra klagenemnda. Kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon" er etter innklagedes syn forklart så presisert som mulig. Leverandørene er veiledet grundig i hvordan kriteriet er å forstå og hvordan det skal oppfylles, herunder hvilken dokumentasjon som kreves oversendt.
- (91) Innklagede informerte også forut for kunngjøringen av denne anskaffelsen hvordan Bufetat forholdt seg til hva som var å anse som en ideell organisasjon. I brev av 17. juni 2008 til alle godkjente barnevernsinstitusjoner er det gitt en detaljert redegjørelse for hvilke prinsipper som legges til grunn og hvilken informasjon som er relevant å undersøke for å få avklart spørsmålet.

Forskjellsbehandling av leverandørene

- (92) Det bestrides at tilleggsfristen for innlevering av dokumentasjon i tilknytning til kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon" var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Bakgrunnen for fristforlengelsen var å gi aktører som var i ferd med å omdanne sin virksomhet til en ideell organisasjon, mulighet til å bli med i anskaffelsesprosessen, selv om ikke alle dokumentasjonskrav i forbindelse med omdanningen forelå ved fristen for innlevering av kvalifikasjonssøknaden. Alle aktører ble gitt denne muligheten, og det var således ikke tale om noen forskjellsbehandling.

- (93) Begge de to leverandørene klager har vist til ble vurdert til å oppfylle kravet om "*ideell organisasjon*" ved prekvalifiseringen.
- (94) Minde Barne- og ungdomshjem er ikke en selvstendig juridisk enhet, men en underavdeling av Stiftelsen Høyland Menighetspleie. Denne stiftelsen oppfylle kravet til å være en ideell organisasjon. Problemstillingen i forkant av at Minde Barne- og ungdomshjem ble funnet prekvalifisert var ikke om barneverninstitusjonen var en ideell organisasjon eller ikke, men om den var en selvstendig ideell organisasjon eller en del av den ideelle organisasjonen Stiftelsen Høyland Menighetspleie. Selve barneverninstitusjonen hadde vært en del av de ideelle organisasjonene som i sin tid hadde driftsavtale med det fylkeskommunale barnevernet før staten overtok ansvaret.
- (95) Den aktuelle dokumentasjonen innklagede ville ha fra Lotteri- og stiftelsestilsynet, dvs. vedtaket om registrering av 26. august 2008, ble sendt i kopi til innklagede direkte fra Stiftelsestilsynet. Innklagede anså etter mottaket av vedtaket problemstillingene som avklart, og at Minde Barne- og ungdomshjem kunne kvalifiseres som en institusjon under den ideelle organisasjonen Stiftelsen Høyland Menighetspleie.
- (96) Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS er et aksjeselskap eid og kontrollert av Oslo Sanitetsforening, som er en/et uavhengig "*forening/lag/innretning*". Begrepet "*forening/lag/innretning*" er en organisasjonsform som tilsvarer stiftelsesbegrepet og flere andre ideelle organisasjoner har denne formen, som f.eks. Frelsesarmeen. Samtlige egenskaper som kreves for å være en ideell organisasjon er oppfylt også for Oslo Sanitetsforening. Aksjeselskaper av denne art som er eid og kontrollert av en ideell organisasjon, og hvor alt overskudd blir sendt oppover og inn i det ideelle (ikke-kommersielle) formålet, kan anses som en ideell organisasjon gjennom identifikasjon med kontrollerende enhet, i dette tilfellet Oslo Sanitetsforening.

Gjennomføring av forhandlinger

- (97) Innklagede bestrider at det er i strid med regelverket å gi et tilbud bedre score før enn etter forhandlingene. Evalueringen av leverandørene kan naturlig nok gå opp eller ned etter forhandlingene. Det er heller ikke riktig at spørsmålsbruken under forhandlingene skjedde gjennom stikkord. Referatet er ført stikkordsmessig, men spørsmålene ble stilt i hele setninger.
- (98) Videre bestrides det at innklagede ikke tok opp svakheter ved klagers tilbud under forhandlingene. Som det fremgår av referatet til forhandlingene, ble de sentrale kvalitets- og prislelementer søkt avklart, herunder de forhold som begrunnet hvorfor kontrakt ikke ble tildelt klager. I forhandlingene var 14 sentrale kvalitetsselementer forhandlingstema, herunder svake sider ved tilbudet. Klager hadde således mulighet til å rette opp eventuelle mangler i sin besvarelse. Referatet fra forhandlingsmøtet ble gjennomgått og signert av klager i forhandlingsmøtet. Det må derfor legges til grunn at referatet gir et riktig bilde av hvilke temaer som var oppe under møtet.

Kvalitative minimumskrav

- (99) Klager har anført at innklagede har lagt til grunn kvalitative minimumskrav som ikke er kunngjort i konkurransen. Videre er det hevdet at fremprovosert redegjørelse ikke er besvart av innklagede, noe som ikke er korrekt. På s. 6 i innklagedes brev av 12. januar 2009 er dette besvart. Klager ble i konkurransegrunnlaget gjort oppmerksom på at ingen av institusjonene var garantert å bli tildelt kontrakt. Regelverket for offentlige

anskaffelser ble ikke brutt ved innklagedes beslutning om å unnlate å tildele kontrakt til klager.

Feil faktum i tildelingsevalueringen – tilbudet

- (100) Det bestrides at innklagede har lagt til grunn feil faktum ved evalueringen av klagers tilbud, og at innklagede ikke har besvart disse forhold tidligere. Det vises til brev av 12. januar 2009, hvor det ble redegjort for de forhold klager har pekt på.

Ulike målgrupper

- (101) Innklagede kan ikke se at klager har besvart spørsmål 2 i kravspesifikasjonen vedrørende målgrupper. Dette fordi klager verken har beskrevet hvordan institusjonen løser utfordringer knyttet til å ha flere målgrupper i ett tiltak, eller hvordan de løser utfordringer knyttet til å ha mange ungdommer med samme type problematikk på samme sted.

Behandling eller opplæring i institusjonen

- (102) Innklagedes vurdering bygde på opplysningene som fremgikk av klagers tilbud. Punkt 2.5.3.6 i tilbudsmalen skulle bare besvares av institusjoner som tilbød plasser til ungdom med alvorlige atferdsvansker, plassert etter barnevernloven §§ 4-24 eller 4-26. Klager besvarte dette ved å vise til et foregående punkt om tilrettelegging for positiv utvikling, og tilføyde at andre tiltak måtte vurderes dersom positiv tilrettelegging over tid ikke var tilstrekkelig. Det ble ikke beskrevet metoder for å fremme atferdsendring som henviste til anerkjent fagteori. Innklagede har vurdert det slik at klagers tilbud ikke gir noen metodebeskrivelse av et lovpålagt tilbud institusjonen skal ha, selv om det eksplisitt er bedt om dette. Det skal heller ikke vurderes om barn som er plassert etter § 4-24 skal få behandling/opplæring, dette er noe de har krav på.

Samarbeid med skole og psykiatri

- (103) Innklagede har også på dette punkt vurdert klager på grunnlag av opplysningene som fremkom av tilbudet eller under forhandlingene. Opplysningene om samarbeid med skole og psykiatri som ble gitt som udokumenterte utklipp i klagers brev av 6. januar 2009, ble vurdert som en del av den interne klageprosessen. Innklagede kunne ikke se at disse opplysningene var tungtveiende nok til å gjøre en endret vurdering. Vurderingene av kvaliteten på dette punkt, dreide seg ikke bare om klimaet i samarbeidet, men også om hvilket innhold og metodikk som karakteriserte samarbeidet.
- (104) Innklagedes svarbrev av 12. januar 2009 fremhevet også at selv om kvaliteten til klager på enkelte punkter skulle bli vurdert til å være av høyere kvalitet, ville kvaliteten som helhet fremdeles vurderes som svakere enn de institusjoner som var tildelt kontrakt. I tillegg var prisen i klagers tilbud vesentlig høyere enn hos institusjonene som fikk tildelt kontrakt.

Feil faktum i tildelingsevalueringen - konkurransegrunnlaget

- (105) Det bestrides at konkurransegrunnlaget har vært uklart, og at dette har medført at innklagede har lagt til grunn feil faktum i tildelingsevalueringen.
- (106) Innklagede har lagt seg nært opp til de krav som følger av forskriftens del II ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og anskaffelsesprosessen for øvrig. I kravspesifikasjonen med tilbudsmal er det over tretten sider redegjort grundig for hvilke kvalitetskrav som stilles til leverandørene, og det er listet opp i overkant av 20

spørsmålskategorier (kvalitetskrav) som leverandørene skulle svare på. Kravspesifikasjonen redegjør tydelig og omfattende for hvilke krav som stilles, hvorfor kravene stilles, og hvordan leverandørene bør svare på de enkelte elementene. Under dialogmøtet med de kvalifiserte leverandørene 3. september 2008 ble i tillegg kravspesifikasjonen gjennomgått og alle leverandørene ble gitt anledning til å gi uttrykk for det dersom det var noe de ikke forstod. I etterkant av dialogmøtet ble forholdet det var stilt spørsmål til, besvart til samtlige leverandører. Av konkurransegrunnlaget punkt 2.11 og 2.13 fremkom at det var de skriftlige tilbudene supplert med utdypninger i forhandlingene som ville bli lagt til grunn ved evalueringen.

- (107) Det er for øvrig ingen andre leverandører enn klager som har hevdet at konkurransegrunnlaget var uklart.

Føringer og forutsetninger for anskaffelsen

- (108) Evalueringen av tilbudene og tildelingsbeslutningen var i samsvar med gjeldende instruks fra Barne- og likestillingsdepartementet. For øvrig kan innklagede ikke se at det er relevant for avgjørelsen av klagesaken om tildelingsbeslutningen er i strid med føringer fra overordnet myndighet. Instruks av politisk art innebærer ikke at en oppdragsgiver slipper å følge regelverket om offentlige anskaffelser, jf. klagenemndas sak 2007/19 premiss (18).

- (109) Innklagedes tildelingsbeslutning er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Klager har dermed ikke anledning til å klage tildelingsbeslutningen inn for Barne- og likestillingsdepartementet etter forvaltningsloven § 41.

- (110) Klager har hevdet at innklagede, i strid med konkurransegrunnlaget, unnlot å tildele plasser som det var et udekket behov for. Dette bestrides av innklagede. I kvalifikasjonsgrunnlaget s. 4, og i konkurransegrunnlaget s. 3, fremgår det at innklagede forbeholder seg retten til ikke å inngå avtaler for hele det innmeldte behovet, dersom leverandørenes tilbud ikke i tilstrekkelig grad tilfredsstiller innklagedes krav til kvalitet og pris. Dette ble også kommunisert på dialogmøtet.

Klagenemndas vurdering:

- (111) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig.

Regelverket for konkurransen

- (112) Klager har anført at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 ved å unnlate å angi hvilke regler som gjaldt for gjennomføringen av konkurransen. Det er vist til at det ikke var mulig for deltakerne å vite på forhånd om også forskriftens del II gjaldt for anskaffelsen.

- (113) For kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon, er oppdragsgiver ikke forpliktet til å følge reglene i forskriftens del II eller III, jf. forskriftens § 2-1 tredje ledd. Det vil si at det kun er lov om offentlige anskaffelser, samt forskriftens del I, som kommer til anvendelse på slike anskaffelser. Dersom kontrakten overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2, gjelder likevel § 17-3 og § 18-4, jf. forskriftens § 2-1 tredje ledd.

- (114) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.1 var det opplyst at forskriftens del I kom til anvendelse. I punkt 4 fremgikk det at en tilbyder ville bli avvist dersom kvalifikasjonskravene ikke var oppfylt, og det ble i denne sammenheng vist til forskriftens § 11-10 første ledd bokstav a.
- (115) Også i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 var det angitt at forskriftens del I, samt §§ 17-3 og 18-4, kom til anvendelse på anskaffelsen. Videre var det blant annet opplyst at innklagede ville følge prinsippene i forskriftens § 11-11 om avvisning i den foreliggende konkurranse.
- (116) Ordlyden i kvalifikasjons- og konkurransegrunnlaget tilsier etter nemndas syn at anskaffelsen kun fulgte forskriftens del I (samt §§ 17-3 og 18-4, jf. forskriftens § 2-1 tredje ledd), men at visse prinsipper/bestemmelser i forskriftens del II også ville komme til anvendelse. Klagenemnda kan ikke se at formuleringene kunne oppfattes slik at forskriftens del II i sin helhet kom til anvendelse på anskaffelsen. Innklagede har dermed ikke formulert seg uklart med hensyn til hvilket regelverk som kom til anvendelse, og klager kan ikke høres med sin anførsel.

Kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon"

Utformingen av kravet

- (117) Klager har prinsipalt anført at kravet til at leverandørene måtte være en "ideell organisasjon" var uklart utformet. Det er vist til at innklagede ikke har angitt hvordan kravet skal forstås og oppfylles.
- (118) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5 følger det at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas saker 2005/245 premiss (24), 2005/290 premiss (36) og 2008/206 premiss (32). Dette følger også av Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder s. 114.
- (119) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4.2.2 var det stilt krav om at tilbyder måtte være en "ideell organisasjon". Innklagede ga en nærmere redegjørelse for innholdet i dette kravet i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4 og 4.2.2. Her fremgikk det at innklagede ville vurdere kvalifikasjonskravet i tråd med gjeldende rettslige standarder. Som et minimum måtte virksomheten ha et ikke-kommersielt formål, og ikke dele ut overskudd til annet formål enn til virksomheten. Videre måtte virksomheten som et klart utgangspunkt være selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser. For en nærmere gjennomgang av de forhold innklagede ville vektlegge ble det vist til beskrivelsen av ideelle organisasjoner i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene for offentlige anskaffelser.
- (120) Slik klagenemnda ser det, har innklagede her i tilstrekkelig grad presisert hvilke forhold som er relevante ved vurderingen av om leverandøren er en ideell organisasjon. Nemnda kan derfor ikke se at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved utformingen av kvalifikasjonskravet "ideell organisasjon".

Kvalifikasjonsvurderingen

- (121) Klager har subsidiært anført at flere av leverandørene som ble tildelt kontrakt, ikke oppfylte kravet om å være en "ideell organisasjon" på tidspunktet for innlevering av

forespørsel om deltakelse i konkurransen. Dette gjelder i hvert fall Minde Barne- og ungdomshjem og Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS. Etter klagers syn har innklagede brutt kravet til likebehandling både med hensyn til tidspunkt for innlevering av dokumentasjon og med hensyn til standard. Det er vist til at en gruppe tilbydere som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene, likevel ble ansett å være kvalifisert.

- (122) Klagenemnda forstår dette for det første slik at klager mener forlengelsen av dokumentasjonsfristen var i strid med kravet til likebehandling. Dette legges til grunn i det følgende.
- (123) I et tillegg til kvalifikasjonsgrunnlaget kunngjort 22. juli 2008 fremgår det at innklagede åpnet for at virksomheter som var under omstilling, senest innen tilbudsfristen kunne ettersende dokumentasjon knyttet til kravet om å være en ideell organisasjon. I søknaden om prekvalifisering måtte det i tilfelle legges frem en realistisk plan for at leverandøren ville oppfylle dette kravet. Innklagede har i tilsvaret av 24. april 2009 opplyst at varsel om denne kunngjøringen ble sendt ut per e-post til samtlige godkjente institusjoner.
- (124) Etter klagenemndas syn ligger det innenfor oppdragsgivers skjønn å avgjøre på hvilket tidspunkt et dokumentasjonskrav må være oppfylt, så fremt de grunnleggende kravene i lovens § 5 er ivarettatt. Av tillegget til kvalifikasjonsgrunnlaget fremgikk det klart at dokumentasjon for at leverandørene oppfylte kravet til en *"ideell organisasjon"*, senest måtte leveres innen tilbudsfristen. Ettersom tillegget både var kunngjort og det var sendt ut varsel om dette til samtlige godkjente institusjoner, kan nemnda ikke se at denne presiseringen skulle være i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette heller ikke se at det skulle være i strid med regelverket at leverandører som på tidspunktet for kvalifikasjonsvurderingen ikke oppfylte dokumentasjonskravet for en *"ideell organisasjon"*, ble invitert til å delta i konkurransen med forbehold om at dette kravet ble oppfylt innen tilbudsfristen.
- (125) For det andre forstår nemnda klagers anførsel slik at klager mener Minde Barne- og ungdomshjem og Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS ikke oppfylte kravet om å være en *"ideell organisasjon"*.
- (126) Når det gjelder Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS, er organiseringen som et aksjeselskap ikke til hinder for at virksomheten kan anses som en ideell organisasjon etter forskriftens § 2-1 (3), jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene for offentlige anskaffelser s. 87.
- (127) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4 er det oppstilt to minimumskrav som må være oppfylt for at leverandøren kan anses som en ideell organisasjon. For det første må virksomheten ha et ikke-kommersielt formål. Det fremgår av stiftelsesdokumentet av 28. mars 2008 at Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS ikke har erverv til formål, og dette kravet er således oppfylt.
- (128) For det andre må virksomheten ikke dele ut overskudd til annet enn formålet til virksomheten. Nemnda forstår det slik at hovedformålet bak denne bestemmelsen er at overskudd ikke skal gå til kommersielle aktører. Av stiftelsesdokumentet fremgår det at Oslo Sanitetsforening Brusetskollen AS' formål er å gi tilbud innen barneverns- og opplærings tjenester og slik virksomhet som står i naturlig sammenheng med dette. Selskapets midler skal kun benyttes i selskapets virksomhet, videreutvikling av

virksomheten og annen virksomhet av sosial, allmenntillegelig eller veldedig karakter, begrenset til virksomhetsområder som naturlig faller inn under Oslo Sanitetsforenings sosiale, veldedige eller allmenntillegelige virkefelt, jf. stiftelsesdokument av 28. mars 2008. Slik klagenemnda forstår det, følger Oslo Sanitetsforening vedtektene til Norske Kvinners Sanitetsforening. Formålet til denne foreningen er å engasjere seg innenfor helse- og sosialområdet, miljøberedskap og krise- og katastrofeberedskap. Et eventuelt overskudd fra Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS skal således kun brukes til å fremme ideelle formål, og nemnda finner at minstekravet i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4 er oppfylt.

(129) Nemnda forstår det videre slik at Oslo Sanitetsforening Brusetkollen AS er selvstendig og uavhengig av offentlige og kommersielle interesser. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at det var uriktig av innklagede å legge til grunn at selskapet var en *"ideell organisasjon"* etter kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4. Klager kan således ikke høres med sin anførsel på dette punkt.

(130) Når det gjelder Minde Barne- og ungdomshjem, opplyste innklagede i brev av 25. august 2008 at dersom Stiftelsen Høyland Menighetspleie ble opprettet med Minde Barne- og ungdomshjem som en del av stiftelsen, måtte stiftelsesattest, endelige vedtekter for stiftelsen og stiftelsens åpningsbalanse oversendes innen tilbudsfristen. Det er på det rene at vedtak om registrering av Stiftelsen Høyland Menighetspleie i Stiftelsesregisteret ble oversendt innklagede 26. august 2008, dvs. før tilbudsfristen 26. september. Selv om endelige vedtekter for stiftelsen og stiftelsens åpningsbalanse først ble oversendt i brev av 3. oktober, dvs. etter tilbudsfristen, var vedtektene til Stiftelsen Høyland Menighetspleie oversendt allerede i søknaden om prekvalifisering. Vedtektenes punkt 2 og 8 viste klart at de to minstekravene i kvalifikasjonsgrunnlaget var oppfylt. Slik klagenemnda forstår det, er Stiftelsen Høyland Menighetspleie uavhengig av offentlige og kommersielle interesser. Etter dette finner nemnda at det ikke var uriktig av innklagede å legge til grunn at Minde Barne- og ungdomshjem oppfylte kravet om å være en *"ideell organisasjon"* etter kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 4.

Gjennomføring av forhandlinger

(131) Klager har anført at gjennomføringen av forhandlingene er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

(132) For det første er det vist til at klagers tilbud ble gitt en høyere score før forhandlingsmøtet enn etter møtet. Dette indikerer etter klagers syn at forhandlingene ikke ble gjennomført i tråd med kravene til forretningsmessighet og likebehandling. Klagenemnda kan ikke se at dette forhold skulle være relevant ved vurderingen av om forhandlingene ble gjennomført i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å endre sin vurdering av et tilbud etter at det er gjennomført forhandlinger, så lenge vurderingen er i tråd med de grunnleggende kravene i lovens § 5, og ellers er saklig og forsvarlig.

(133) For det andre er det vist til at innklagede har stilt såkalte åpne spørsmål i stikkordsform, noe som etter klagers syn gjør det vanskelig å gi en adekvat og uttømmende tilbakemelding til oppdragsgiver. Innklagede har opplyst at spørsmålene ble stilt i hele setninger, men at referatet ble ført stikkordsmessig. Nemnda kan ikke se at selve spørsmålsformuleringene i den foreliggende sak var i strid med regelverket for

offentlige anskaffelser. Dersom klager var usikker på hvordan spørsmålene skulle forstås, hadde stiftelsen for øvrig anledning til å be om å få disse presisert.

(134) Videre er det vist til at innklagede skulle ha tatt opp de påpekte svakhetene ved klagers tilbud under forhandlingene. Klagenemnda forstår dette slik at klager refererer til de punktene som innklagede har vist til i tildelingsbrevet av 8. desember 2008 og i den udaterte nærmere begrunnelsen. Dette legges til grunn i det følgende.

(135) I tildelingsbrevet er det lagt til grunn at klagers pris ble vurdert som høy innenfor begge målgruppene. Videre fremgår det at under kvalitet er klagers tilbud vurdert som svakt på punktene *"samarbeid med plasserende kommune og det øvrige hjelpeapparatet"*, *"tilrettelegging for brukermedvirkning"* og *"gjennomføring av skolegang"*. I den nærmere begrunnelsen er det opplyst at klager ble vurdert som å ha et kvalitetsmessig svakere tilbud enn institusjonene som ble tildelt kontrakt. Dette hang hovedsakelig sammen med at institusjonen ikke skilte mellom ulike målgrupper og heller ikke ga ungdommer plassert etter §§ 4-24 eller 4-26 det lovpålagte kravet om behandling eller opplæring i institusjonen. Videre ble det lagt vekt på at klager ikke ønsket å skille ungdommene med størst atferdsvansker fra de med mer moderate atferdsvansker. Til sist ble det fremhevet at institusjonen beskrev mangelfulle samarbeidsklima med særlig skole og psykiatri.

(136) Fra klagenemndas sak 2008/136 premiss (94) hitsettes følgende:

"I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/105, 2008/123 premiss (46) og FAD Veileder s. 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas saker 2005/218 premiss (33) og 2008/123 premiss (47). Innklagede kan også ha plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47)."

(137) På bakgrunn av referatet fra forhandlingene kan nemnda ikke se at innklagede har tatt opp spørsmålet om krav på behandling og opplæring for barn plassert i medhold av barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Selv om innklagede har spurt hvilke målgrupper klager lykkes best med, kan dette etter nemndas syn ikke forstås som et spørsmål om hvorfor klager ikke skiller mellom ulike målgrupper, eller mellom ungdommer med ulike grader av atferdsvansker. Referatet viser imidlertid at innklagede har tatt opp forhold knyttet til samarbeid med skole og Barne- og ungdomspsykiatrisk klinikk. Innklagede har også tatt opp at klagers pris var vesentlig høyere enn andre tilbud innenfor begge målgruppene. Selv om innklagede har unnlatt å ta opp enkelte elementer av en viss vekt i vurderingen av tildelingskriteriet *"kvalitet"*, kan nemnda etter en helhetsvurdering ikke se at dette var i strid med plikten til å føre reelle forhandlinger. Innklagede har dermed ikke brutt kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 på dette punkt.

Kvalitative minstekrav

- (138) Klager har anført at innklagede har lagt til grunn kvalitative minimumskrav for kontraktstildeling som ikke er kunngjort i konkurransen.
- (139) Konkurranses grunnlaget og kunngjøringen skal inneholde de opplysninger som trengs for at tilbyderne kan utforme fullstendige og fullverdige tilbud som har reelle utsikter til å nå opp i konkurransen, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder s. 114. Eventuelle minstekrav til anskaffelsen må således fremgå av konkurranses grunnlaget eller kunngjøringen.
- (140) I referat av 11. desember 2008 opplyste innklagede at det ikke ble tildelt kontrakt til klager for målgruppen ungdom med alvorlige atferdsvansker knyttet til kriminalitet, selv om det var tilbudt færre plasser enn det innklagede hadde behov for å kjøpe. Dette ble begrunnet med at kvaliteten i tilbudet ikke var god nok vurdert mot kravene som var stilt i konkurranses grunnlaget, og med at prisen lå betydelig høyere enn hos de øvrige tilbyderne.
- (141) Klagenemnda forstår det slik at innklagede har gjort en vurdering av klagers tilbud opp mot tildelingskriteriene, og funnet at klagers tilbudte kvalitet og pris er av en slik karakter at innklagede ikke ønsker å kjøpe plasser av institusjonen. Nemnda har ikke holdepunkter for at innklagede har vurdert tilbudet opp mot kvalitative minstekrav som ikke var angitt i konkurranses grunnlaget. Klager kan derfor ikke få medhold i sin anførsel på dette punkt.

Feil faktum i tildelingsevalueringen - tilbudet

Ulike målgrupper

- (142) Klager har anført at innklagede flere ganger har lagt til grunn feil faktum i tildelingsevalueringen. For det første er det vist til at innklagede har lagt til grunn at klager ikke skiller mellom ulike målgrupper, mens det etter klagers syn fremgår av tilbudet at klager foretar et slikt skille.
- (143) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering er usaklig eller uforsvarlig, om den er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, og om den er basert på korrekt faktum,
- (144) I kravspesifikasjonen del 1 var institusjoner som hadde flere enn én målgruppe, bedt om å beskrive hvordan utfordringene knyttet til å ha flere målgrupper i samme tiltak ble løst. Klager besvarte dette ved å uttale at ungdommer fra ulike målgrupper hadde langt mer felles problematikk enn ulikheter. Selv om det var nødvendig å være klar over at det var tale om ulike målgrupper, var det uansett slik at tiltakene måtte være individuelt tilpasset.
- (145) Klagenemnda kan ikke se at det var uforsvarlig av innklagede å forstå opplysningene fra klagers tilbud slik at klager ikke skilte mellom ulike målgrupper. Klager kan derfor ikke høres med sin anførsel på dette punkt.

Behandling eller opplæring i institusjonen

- (146) Klager har anført at innklagede uriktig har lagt til grunn at klager ikke oppfyller det lovpålagte kravet om behandling eller opplæring i institusjonen for ungdommer som er plassert etter §§ 4-24 eller 4-26. Klager har vist til at det av tilbudet fremgår at

institusjonen er vurdert av kompetent myndighet til å oppfylle lovkravene etter §§ 4-24 og 4-26.

- (147) Klagenemnda legger til grunn at klager var en godkjent institusjon etter lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100 §§ 4-24 og 4-26, jf. premiss (44). Slik nemnda forstår det, har innklagede imidlertid ikke vurdert det slik at klager manglet formell godkjenning etter disse bestemmelsene, men som at klager ikke har beskrevet en behandling som oppfyller kravene i disse bestemmelsene, jf. premiss (51) og (102). Klagenemnda har ikke forutsetninger for å vurdere hvorvidt klagers tilbud på dette punkt er i samsvar med de krav som blir oppstilt i barnevernloven §§ 4-24 og 4-26. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Skille mellom ungdommer

- (148) Klager har vist til at innklagede har lagt til grunn at klager ikke ønsker å skille ungdommene med størst atferdsvansker fra de med mer moderate atferdsvansker, og at dette medfører en potensielt uheldig smitteeffekt. Til dette har klager bemerket at stiftelsen har et veletablert og kompetent fagmiljø, og at det blir gjort en individuell vurdering av hvert barn, for å tilpasse tilbudet deretter. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering på dette punkt, og klager kan derfor ikke høres med sin anførsel.

Samarbeid med skole og psykiatri

- (149) Klager har anført at innklagede uriktig har lagt til grunn at klager har beskrevet mangelfullt samarbeidsklima med skole og psykiatri.
- (150) I klagers tilbud fremgår det at institusjonen har problemer med å skaffe ungdommer tilpasset undervisning, og at personalet er motløse på grunn av skoleetats mangelfulle innsats for å få dette til. I referatet fra forhandlingsmøtet fremgår det at samarbeidet med skolen er vanskelig, og at samarbeidet med Barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk er veldig krevende. Klagenemnda kan etter dette ikke se at det var urettmessig av innklagede å vurdere det slik at klager hadde beskrevet mangelfulle samarbeidsklima med skole og psykiatri.

Feil faktum i tildelingsevalueringen - konkurransegrunnlaget

- (151) Klager har anført at innklagede har bygd på feil faktum i tildelingsevalueringen fordi konkurransegrunnlaget var uklart. Det er vist til at utformingen av tildelingskriteriene har medført at klager ikke har kunnet gi fullstendige og uttømmende opplysninger om sin virksomhet knyttet til tildelingskriteriene.
- (152) Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det at tildelingskriteriene skal være tilstrekkelig klart utformet, jf. klagenemndas sak 2008/119 premiss (28) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. I dette ligger det at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf EF-domstolens dom C-19/00 ("*SIAC Construction*") premiss (42).
- (153) I konkurransegrunnlaget punkt 2.13 fremgår det at tilbudene vil bli evaluert på grunnlag av "*kvalitet*" og "*totalpris på tjenesten*", samt at det vil bli tatt hensyn til en hensiktsmessig geografisk fordeling innen hver av regionene. Når det gjelder kvalitet, er

det presisert at dette vil vurderes opp mot besvarelsen av kravspesifikasjonen. Videre er det opplyst at det er opplysningene i tilbudet, supplert med opplysninger som fremkommer gjennom forhandlinger og referansesjekk, som vil vektlegges. Når det gjelder pris, er det opplyst at pris skal gis i henhold til de betingelser som fremkommer av forslaget til kontrakt, samt øvrige opplysninger i konkurransegrunnlaget. I kravspesifikasjonen del 3 var det utformet et prisskjema som tilbyderne skulle fylle ut. Klagenemnda kan i lys av dette ikke se at tildelingskriteriene skulle være uklart utformet. Utformingen av tildelingskriteriene var således ikke til hinder for at leverandørene kunne gi fullstendige og uttømmende opplysninger i tilbudene, og klager kan ikke høres med denne anførselen.

Føringer og forutsetninger for anskaffelsen

(154) Klager har anført at innklagede, i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget, har unnlatt å tildele plasser som det er et udekket behov for.

(155) Det er på det rene at det i målgruppen ungdom med alvorlige atferdsvansker vist ved kriminalitet og på annen måte, ble tilbudt færre plasser enn det innklagede hadde behov for å kjøpe, jf. referat av 11. desember 2008. Innklagede valgte likevel ikke å tildele kontrakt til klager. Dette var begrunnet med at kvaliteten ikke var god nok vurdert mot kravene som var stilt i konkurransegrunnlaget, og at prisen var høy sammenlignet med samtlige andre tilbydere i anskaffelsen.

(156) Klagenemnda forstår det slik at innklagede har gjort en vurdering av klagers tilbud opp mot tildelingskriteriene, og funnet at klagers tilbudte kvalitet og pris er av en slik karakter at innklagede ikke vil kjøpe plasser av institusjonen. I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at innklagede forbeholdt seg retten til ikke å inngå avtale for hele behovet, dersom leverandørens tilbud ikke i tilstrekkelig grad tilfredstilte innklagedes krav til kvalitet og pris. Etter nemndas syn var det dermed forutsigbart at innklagede ikke nødvendigvis ville tildele kontrakt til en leverandør, selv om det kunngjorte behovet for institusjonsplasser ikke var dekket. Innklagedes avgjørelse om ikke å tildele kontrakt til klager var således ikke i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Klager kan dermed ikke høres med sin anførsel.

Konklusjon:

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

19. oktober 2009

Morten Goller