



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av etablering og drift av bofellesskap for enslige mindreårige flyktninger. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør, da denne ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at "det kreves et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveranse av denne art og omfang". Klagers øvrige anførsler ble enten ikke behandlet, eller førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2012 i sak 2011/194

Klager: Solhaugen Miljøhjem AS

Innklaget: Gran og Lunner kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Jakob Wahl, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør, brudd på kravet til god anbuds- og forretningsskikk.

Bakgrunn:

- (1) Kommunene Gran og Lunner (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. mai 2011 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av etablering og drift av bofellesskap for enslige mindreårige flyktninger. Det er også kommet en klage som gjelder kun Gran kommune. Denne har saksnummer 2011/187 og behandles også i dag. Anskaffelsens anslåtte verdi var anslått til å være kroner 41 000 000,-. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 19. mai 2011.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 4 "kvalifikasjonskrav" fremgikk følgende:

"4.1 Lovlig etablert foretak"

Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak.

Dokumenteres med:

- *Firmaattest (ikke eldre enn seks måneder regnet fra tilbudsfristen).*
- *For utenlandske selskaper: godtgjørelse på at selskapet er registrert i bransjeregister eller foretaksregister som foreskrevet i lovgivningen i den stat hvor leverandøren er etablert.*

4.2 Ordnete forhold mht. skatteinnbetaling og momsinnbetaling

Det kreves at leverandøren har ordnete forhold mht. skatteinnbetaling og innbetaling av merverdiavgift.

Dokumenteres med:

- *Skatteattest (Skatteattest for skatt utstedes av kemner/kommunekasserer (skjema RF-1244)) som ikke er mer enn 6 måneder gammel.*
- *Merverdiavgiftsattest (Attest for betalt merverdiavgift utstedes av skattefogden (skjema RF-1244)) som ikke er mer enn 6 måneder gammel.*

Utenlandske leverandører skal fremlegge attester fra tilsvarende myndighet som de norske.

4.4 Fungerende HMS- og Internkontrollsystem

Det kreves at leverandøren har et fungerende HMS- og internkontrollsystem.

Dokumenteres med:

- *HMS – egenerklæring*

I samsvar med forskrift for offentlige anskaffelser skal det vedlegges HMS-egenerklæring om at leverandøren oppfyller, eller ved en eventuell tildeling av kontrakt vil oppfylle, lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet. Egenerklæring skal være undertegnet av daglig leder og en representant for de ansatte, se vedlegg 5. Egenerklæring skal ikke være eldre enn 3 måneder, regnet fra tilbudsfristens utløp.

4.5 Økonomi

Det kreves et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveranse av denne art og omfang.

Dokumenteres med:

- *Foretakets komplette årsregnskap for 2010 dersom dette foreligger, eventuelt fra 2009 og siste års beretning, samt eventuelle nyere opplysninger som har eller vil kunne påvirke leverandørens økonomiske situasjon.*

Oppdragsgiver vil ved behov be leverandøren om en kredittvurdering, ev. selv innhente kredittvurdering".

- (3) *I konkurransegrunnlaget punkt 5.4 "bemanning og organisering av denne" fremkom det at:*

"5.4.1 Krav til bemanning og organiseringen av denne

De som utfører oppdraget må ha en tilstrekkelig kompetanse til å utføre oppdraget og deres arbeid må organiseres på en måte som tilfredsstiller oppdragsgivers behov. Nedenfor angis minstekravene til bemanningen og organiseringen av denne som leverandøren er forpliktet til å oppfylle:

- *50 % av personalet skal ha sosialfaglig og/eller pedagogisk høyskoleutdanning*
- *Alt personale skal ha ny politiattest og ha undertegnet taushetserklæring jf. Lov om barneverntjenester.*
- *Bofellesskapet skal ha en turnusordning med døgkontinuerlig bemanning.*
- *Bofellesskapet skal ha en daglig leder som deltar i driften og er faglig ansvarlig.*
- *De ansatte skal være vurdert i forhold til personlig egnethet for arbeid med målgruppen.*
- *Beboerne skal behandles med respekt og verdighet og det skal tilstrebes høy grad av tilgjengelighet og imøtekommenhet fra personalets-side.*
- *Hvis oppdragsgiver ikke er tilfreds med miljøarbeider/terapeutens kompetanse/utførelse av oppdraget har oppdragsgiver rett til å påpeke dette overfor*

leverandøren og kreve at leverandøren setter i verk tiltak for å sikre at tjenestene leveres i tråd med kontrakten.

- *Tilbyder har det fulle ansvar for at miljøarbeider/terapeutene har arbeidsmengde som ikke medfører at arbeidstidsreglene i arbeidsmiljøloven (kap.10 § 10.2) overskrides eller tas med i kontrakt.*

5.4.2 Tilbudet om bemanning og organisering utover minimumskravene

Det er i punkt 5.4.1 stilt konkrete krav til bemanningen og personalet. Utover disse kravene og lovpålagte krav har tilbyder frihet til å forme sitt tilbud.

Personalet skal vektlegge den enkeltes muligheter for å bli en fullverdig borger i Norge, bofellesskapet bør ha en bemanning som kan bidra til dette.

Bofellesskapets turnus og bemanningsplan bør både sikre stabilitet og forutsigbarhet og en fleksibel drift tilpasset ungdommenes behov.

Det bes om:

- *Beskrivelse av innholdet i tilbudet på dette punkt, herunder:*
 - *Redegjørelse for hvordan personalet skal brukes for å skape et ønsket oppvekstmiljø for ungdommene.*
 - *Beskrivelse av valg av turnusordning med begrunnelse.*
 - *En rekrutterings-, kompetanse og opplæringsplan".*

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.5 "samarbeid" fremkom følgende:

"5.5 Samarbeid

Nedenfor angis minstekrav til samarbeid:

- *Oppdragsgiver krever en fast kontaktperson hos tilbyder. Vedkommende skal koordinere aktivitetene mot oppdragsgiver kostnadsfritt.*
- *Daglig leder for bofellesskapet og leder av barneverntjenesten skal ha halvårlige samarbeidsmøter.*
- *Den enkelte ungdom skal ha en primærkontakt som er kontaktperson for saksbehandler i barnevernet.*
- *Det skal utarbeides forpliktende rutiner for samarbeid mellom tilbyder, bofellesskapet, kommunen ved barneverntjenesten.*
- *Leder i bofellesskapet eller primærkontakt skal møte på samarbeidsmøter med skole, fritidsaktiviteter og alle andre instanser som er en del av ungdommens liv.*
- *Kommunen oppnevner hjelpeverge for den enkelte ungdom.*
- *Tilbyder plikter å samarbeide med representanter for organer som fører tilsyn og kontroll med barneverntjenesten."*

- (5) Om pris fremkom følgende i konkurransegrunnlaget punkt 5.8 "Pris":

"5.8 Pris

Døgnpris for en enkelt beboer kan ikke overstige kr. 4500,-

Tilbyder skal oppgi døgnpris for hver av de 5 ungdommer i prisskjema — vedlegg 4. I døgnprisen skal alle kostnader tilbyder har (bolig, bilhold, fritidsaktiviteter, overtid,

forsikringer, sosiale kostnader osv) være innkalkulert og spesifisert. Døgnprisen skal oppgis eks mva i NOK. Faktura skal ikke inneholde andre tillegg (fakturagebyr o.l).

Alle kostnader skal være innenfor refusjonsordningen jf. vedlegg 7

Dokumentasjon

- vedlagt prisskjema i utfylt stand".

- (6) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 6, "Kriterier for valg av leverandør", at:

"6. KRITERIER FOR VALG AV LEVERANDØR

Tildeling vil skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende kriterier:

Kvalitet

Som kvalitet forstås kompetanse på målgruppen og utførelse av tjenesten, herunder bemanning og samarbeid.

Kvalitet vurderes i hht. et helhetlig inngitt tilbud, og herunder beskrivelsene bedt om i kap. 5.1, 5.2, 5.4 og 5.5.

Kriteriet vektes 55 %

Boligens egnethet til formålet

Som egnethet forstås boligens beliggenhet, romløsninger, estetiske kvaliteter og grad av mulighet til å oppfylle formålet.

Boligens egnethet til formålet vurderes i hht. et helhetlig inngitt tilbud, herunder beskrivelsen bedt om i kap. 5.3 og befaring

Kriteriet vektes 20 %

Pris

Som pris forstås døgnpris pr. ungdom der alle kostnader er inkludert som beskrevet i kap. 5.8 og i prisskjema vedlegg 4.

Kriteriet vektes 25 %

6.1 Vurdering av tilbudene

Hvert kriterium rangeres etter en poengskala fra 1-10, der 10 er høyest. Det beste tilbud innenfor hvert kriterium oppnår 10 poeng. Hvor stor del av skalaen som vil bli benyttet ved poenggivningen avhenger av hvor store forskjeller det er mellom tilbudene innen det enkelte kriteriet. Oppnådd poeng multipliseres med kriteriets vekt gir "vektet poeng". Det tilbud som oppnår den høyeste summen av "vektede poeng" for alle kriteriene vil bli valgt som leverandør".

- (7) Innklagede mottok 6 tilbud innen tilbudsfristen 19. mai 2011, deriblant fra Solhaugen Miljøhjem AS (heretter kalt klager) og Otrera.

- (8) I tilbudet fra Otrera var det vedlagt en registerutskrift fra Brønnøysundregistrene. Av denne fremkom det at Otrera Siri Skogvold Isaksen var registrert som et enkeltpersonforetak, uten ansatte. Næringskoden som var oppgitt for foretaket var 78.100 "rekruttering og formidling av arbeidskraft".
- (9) Av den innsendte skatteattesten til Otrera fremkom det at det ikke var registrert ansatte i enkeltpersonforetaket og at foretaket ikke hadde betalt skatt.
- (10) I brev datert 25. januar 2011 fra regnskapsfører Hans Erik Flatla, som lå vedlagt tilbudet, uttales det at:

"Virksomheten har hatt en forventet utvikling. Det tar tid å komme inn på markedet, og omfanget av driften må en si seg fornøyd med.

Anser det som en styrke for din drift at du har et tett samarbeid med et autorisert regnskapskontor. Dette vil gi deg mulighet for en tett oppfølging av økonomien i virksomheten din.

Ut fra orden og struktur i mottatt regnskapsmateriale og avtalegrunnlag, gis det et seriøst inntrykk av virksomheten".

- (11) Om den økonomiske stillingen til Otrera, var det lagt ved resultater for desember 2010, som viste et driftsresultat på vel kroner 46 000,-. Om den økonomiske stillingen var det i dette dokumentet videre uttalt at:

"Otrera er en nyetablert virksomhet. Otrera AS vil først bli en realitet i det vi vinner vårt første anbud". Vi har mao ikke flere års drift å vise til mht regnskapstall.

Vi har, siden januar 2011, vært i dialog med sparebank 1 Ringerike Hadeland, ved ass. Banksjef, Elisabeth G. Haakenstad vedrørende finansiering av oppstart av bofellesskap for enslige mindreårige flyktninger i kommunene Gran og Lunner

Banken har hele tiden vært positiv til vår presentasjon av budsjett, planlagt likviditetsbudsjett, lån og evt kreditt til oppstart av prosjektet. Vi er fortsatt i dialog med hverandre og avventer nå en kontraktstildeling- og kontraktsinngåelse mellom Otrera og kommunene Gran og Lunner".

- (12) I tilbudet fra Otrera fremkom det følgende usladdete opplysninger om bemanning:

"Innledningsvis ønsker Otrera å bekrefte at vi har forstått konkurransegrunnlagets krav om at 50 % av personalet skal ha sosialfaglig og/eller pedagogisk høyskoleutdanning. Alt personale skal også kunne framvise gjeldende politiattest og ha undertegnet taushetserklæring jfr Lov om barneverntjenester. Otrera vil tegne arbeidsavtaler med de ansatte hvor de også signerer taushetserklæring som en del av en ansettelse i virksomheten.

I og med Otrera er en nystartet bedrift, og samarbeidet mellom Siri Skogvold Isaksen og Roger Korup er nytt har vi en unik mulighet til å skape en bedrift og en kultur som vi ønsker skal være synonymt med det beste hjemmet for ungdommen.

Vi har ikke personale som har vært ansatt "i mange år" og som blir "dyttet" inn i et prosjekt de muligens ikke ønsker å være i. Vårt personale skal håndplukkes til dette formål.

Vi skal ansette en pedagogisk ansvarlig inn i tiltaket, en lærer, som kan ivareta skole og utdanning best mulig for våre beboere. Den pedagogiske stillingen som skal utføre arbeid ligger inne i begge boligene. Videre vil vi søke å få dekket funksjoner som vaktmester og husmor gjennom våre ansettelser".

- (13) I brev datert 7. juni 2011 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til Otrera (heretter kalt valgte leverandør). Som begrunnelse for valg av leverandør fremkom det at:

"Tildelingskriteriene som tildelingen gjøres på bakgrunn av er:

Kvalitet, som vektes 55 %

Som kvalitet forstås kompetanse på målgruppen og utførelse av tjenesten, herunder bemanning og samarbeid. Kvalitet vurderes i hht. et helhetlig inngitt tilbud, og herunder beskrivelsene bedt om i kap. 5.1, 5.2, 5.4 og 5.5.

Otrera får på dette tildelingskriteriet 10 poeng i hver av kommunene.

Otrera leverer et tilbud som skiller seg ut i følgende områder: etablering og drift (punkt 5.2), og oppfølging og omsorg (punkt 5.2). I beskrivelsen av tjenesten fra oppstart til utførelse er det en sammenheng i alle deler av tilbudet som gjør at helheten er særdeles godt ivaretatt.

Boligens egnethet til formålet, som vektes 20 %

Som egnethet forstås boligens beliggenhet, romløsninger, estetiske kvaliteter og grad av mulighet til å oppfylle formålet. Boligens egnethet til formålet vurderes i hht. et helhetlig inngitt tilbud, herunder beskrivelsen bedt om i kap. 5.3 og befaring.

Otrera får på dette tildelingskriteriet 10 poeng i Lunner og 9,5 i Gran.

Av de som leverer tilbud i Lunner kommune, leverer Otrera den boligen som vurderes som best egnet til formålet. Av de som leverer tilbud i Gran kommune, leverer Otrera den boligen som vurderes som 2. best egnet til formålet.

Pris, som vektes 25 %

Som pris forstås døgnpris pr. ungdom der alle kostnader er inkludert som beskrevet i kap. 5.8 og i prisskjema vedlegg 4.

Otrera får på dette tildelingskriteriet 8,15 poeng i Lunner og 7,16 i Gran.

Av de som leverer tilbud i Lunner kommune, leverer Otrera den 5. beste pris.

Av de som leverer tilbud i Gran kommune, leverer Otrera den 3. beste pris.

- (14) *Samlet gir dette Otrera en skår på 9,54 i Lunner og 9,19 i Gran. For sammenligning av øvrige tilbud, se tabell."*
- (15) Klager sendte 14. juni 2011 en e-post til innklagede. Vedlagt e-posten fulgte en klage på tildelingsbeslutningen. I e-posten ba klager om en garanti for at kontraktsinngåelse ville avventes til klager hadde mottatt svar på klagen og vært gitt en rimelig frist til eventuelt å ta rettslige skritt. Klager uttalte at en frist på fire arbeidsdager fra klager hadde mottatt svar på klagen, ville bli regnet som en rimelig frist.
- (16) I klagen påpekte klager at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. Dette fordi leverandøren som skulle oppfylle oppdragene ikke hadde deltatt i konkurransen, fordi valgte leverandør ikke oppfylte kravet til tilstrekkelig økonomisk fundament og fordi valgte leverandør ikke hadde fremlagt firmaattest. Videre påpekte klager at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist basert på at det forelå vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager påpekte også at verken innklagedes evaluering av priskriteriet eller kvalitetskriteriet var i tråd med regelverket.
- (17) Innklagede svarte på klagers e-post 14. juni 2011. Her ble det opplyst at kontrakt ikke ville bli inngått før klagen var besvart, og at innklagede ville komme tilbake til det eksakte tidspunktet for kontraktsinngåelse i sitt svar på klagen.
- (18) Klager sendte en ny e-post til innklagede 20. juni 2011. Klager ba her om at innklagede redegjorde for gangen i den videre klagebehandlingen, herunder når klager kunne vente oppdragsgivers svar på klagen. Innklagede svarte 22. juni 2011 at klager kunne forvente svar på klagen innen 23. juni 2011.
- (19) Klager sendte en ny e-post til innklagede 22. juni 2011, og uttalte at dersom klagen ikke ble tatt til følge, ville klager legge til grunn at kontraktsinngåelse ikke ville finne sted før det var gått minimum fire arbeidsdager fra klager hadde mottatt svar på klagen fra innklagede.
- (20) Innklagede avslo klagen i brev av 23. juni 2011.
- (21) Klager sendte en e-post til innklagede 24. juni 2011, hvor det ble opplyst at klager ville bringe saken videre for overprøvelse snarest. Klager oppfordret innklagede til å avvente kontraktsinngåelse i minimum 4 arbeidsdager regnet fra fredag 24. juni 2011.
- (22) Den 24. juni 2011 svarte innklagede på klagers e-post og opplyste at kontrakt ville bli inngått førstkommende tirsdag klokken 12.00. Dette var den 28. juni 2011.
- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) i brev av 1. juli 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klagen fra klager må avvises

- (24) Klager avviser innklagedes påstand om at klager benytter klagen som et bevisst virkemiddel for å begrense/vanskeliggjøre adgangen til markedet for enslige mindreårige asylsøkere for nye aktører.

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (25) Klager anfører at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av forhold ved leverandøren, basert på to ulike grunnlag:
- (26) Klager anfører for det første at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a og kravet til konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å avvise valgte leverandør basert på at tilbyder og leverandør ikke var samme rettssubjekt. Det vises til at valgte leverandør var et personlig foretak frem til undertegning av kontrakt, og at en omdannelse til et aksjeselskap vil innebære en nyetablering av et selskap. I dette ligger det at valgte leverandør har lagt opp til at kontrakt skal inngås med et annet subjekt enn det som deltok i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke tildele kontrakt til en leverandør som ikke har deltatt i konkurransen.
- (27) Klager anfører for det andre at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a og kravet til konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at det kreves "*et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveransen av denne art og omfang*". Det vises til at valgte leverandør er et nyetablert foretak, og derfor ikke har regnskapstall å vise til. Det eneste valgte leverandør kan vise til er at det er engasjert et regnskapsfirma og at innehaveren er i dialog med Sparebanken 1 Ringerike Hadeland om en mulig finansiering. Klager påpeker at innklagedes argument om at det ikke foreligger noe større kapitalbehov fremstår underlig. Kontraktene forutsetter anskaffelse/leie/tilgang til to store, møblerte boliger og i hvert fall to biler, samt lønnsutgifter, forsikring, utgifter til mat og alt annet som står i forbindelse med å drive to store husholdninger.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e og kravet til likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom det var et vesentlig avvik fra minstekravene til personell som var oppstilt i konkurransegrunnlaget at valgte leverandør ikke hadde noen ansatte. Det vises til at tilbudet etterlot stor usikkerhet med hensyn til hvorvidt minstekravene ville bli oppfylt, det forelå dermed et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, og tilbudet skulle vært avvist.

Feil i evalueringen av tilbudene

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved at evaluering og anvendelse av poengsystem under priskriteriet fremstod som urimelig og vilkårlig, ettersom valgte leverandør fikk 7,16 prispoeng til tross for at valgte leverandør tilbød en døgnpris som lå rett under den maksprisen som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Leverandøren med lavest pris har kun fått 2,84 poeng mer enn valgte leverandør som tilbød den høyeste prisen. Kravet til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at oppdragsgiver har en plikt til å legge til grunn en poengberegning som gjenspeiler forskjellene i tilbudene.
- (30) Klager anfører videre at innklagede har brutt forbudet mot forskjellsbehandling og diskriminering i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved å gi valgte leverandør 10 av 10

mulige poeng under tildelingskriteriet "*kvalitet*". Det vises til at valgte leverandør ikke hadde ansatte, men kun en plan om å ansette personell. Hvordan tilbydere med etablerte, samkjørte og erfarne personalgrupper med riktig kompetanse kan ha blitt honorert dårligere enn valgte leverandør fremstår som uforståelig. Lovord og intensjoner er av svært begrenset verdi sammenlignet med konkret og dokumentert erfaring og referanser.

Brudd på kravet til god anbuds- og forretningsskikk

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å besvare klagers henvendelser for å få opplyst om oppdragsgiver ville avvente kontraktsinngåelse til det var foretatt en rettslig overprøvelse av innklagedes tildelingsbeslutning. Det vises til at oppdragsgiver søkte å unngå å svare på spørsmålet ved å vise til tilsvaret som skulle besvare dette. Klager reiser spørsmål ved om oppdragsgiver på denne måten forsøkte å få klager til å tro at det ikke ville bli nødvendig å gå til rettslige skritt med det samme. Da oppdragsgiver 24. juni 2011 ga beskjed om at kontrakt ville bli inngått 28. juni 2011, så klager det som for risikabelt å ta skritt for å begjære midlertidig forføyning.

Erstatning

- (32) Klager ber klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager anses oppfylt, herunder grovheten av ovennevnte brudd på regelverket isolert sett og samlet.

Innklagedes anførsler:

Klagen fra klager må avvises

- (33) Innklagede hevder at klagen er ubegrunnet og at den bør avvises jf. klagenemndforskriften § 9. Det vises til at klagen må oppfattes som et bevisst virkemiddel for å begrense/vanskeliggjøre adgangen for nye aktører til et voksende marked, omsorg for enslige mindreårige asylsøkere.

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (34) Innklagede bestrider at tilbyder og leverandør ikke var samme rettssubjekt, og det foreligger dermed ikke noe brudd på regelverket ved at valgte leverandør ikke ble avvist på dette grunnlag. Det vises til at tilbudet fra valgte leverandør var levert av Otrera Siri Skogvold Isaksen, som var et lovlig etablert enkeltmannsforetak. Det er ikke stilt krav i konkurransegrunnlaget om spesifikke selskapsformer. I valgte leverandørs tilbud var det opplyst at dersom selskapet fikk kontrakten, skulle det omdannes til et aksjeselskap. Tilbudet må derfor anses å være fra et aksjeselskap under stiftelse. Formuleringen "*lovlig etablert*" kan ikke anses å begrense muligheten for dette. Innklagede hevder at det heller ikke er et krav i regelverket at den juridiske personen som skal levere tjenesten faktisk og formelt har etablert den aktuelle selskapsformen forut for tildelingen av kontrakten. Det vises i denne sammenheng til forskriften § 17-7(1).
- (35) Innklagede bestrider at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at det kreves "*et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveransen av denne art og omfang*", og det foreligger således ikke et brudd på regelverket ved at valgte leverandør ikke ble avvist på dette grunnlag. Det vises til at det ikke var absolutte krav til dokumentasjon, og at det skal mye til før det foreligger en absolutt avvisningsplikt på

grunn av manglende dokumentasjon jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. De økonomiske kvalifikasjonskravene må ses i sammenheng med den aktuelle anskaffelsen. Den aktuelle kontrakten angir et betalingsregime som gjør at det ikke vil være lange perioder mellom utbetalinger til leverandøren fra kommunen. Kravet til egenkapital og annen finansiering anses derfor som meget begrenset og fullt ut overkommelig selv for et nystartet selskap. Valgte leverandør har innlevert informasjon som innklagede, basert på sitt faglige skjønn, har ansett tilfredsstillende for å vurdere at tilbyderer har et "*godt økonomisk fundament*".

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (36) Innklagede bestrider at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt avvik fra de minstekrav som var stilt i konkurransegrunnlaget, og det foreligger således ikke et brudd på regelverket ved at valgte leverandørs tilbud ikke ble avvist på dette grunnlag. Det vises til at minstekravene til personell gjelder i kontraktsperioden, og at det ikke var krav om at dette skulle være oppfylt ved tilbudsinngivelsen.

Feil i evalueringen av tilbudene

- (37) Innklagede bestrider at evaluering og anvendelse av poengsystem under priskriteriet har vært urimelig eller vilkårlig, og det foreligger således ikke noe brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved at evaluering og anvendelse av poengsystem under priskriteriet. Det vises til at innklagede hele tiden har vært tydelig på at rangeringen ville skje innenfor en skala på 1-10. Dette er en anerkjent evalueringsmodell. Når tilbudene ligger tett opp til hverandre, vil de poengmessig også være nære hverandre. Dette oppfyller kravene til forutberegnelighet.
- (38) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å gi valgte leverandør 10 av 10 mulige poeng under tildelingskriteriet "*kvalitet*". Innklagede hevder at evalueringen har vært saklig og forsvarlig. Det vises til at konkurransegrunnlaget ikke oppstilte krav til at leverandøren skulle ha ansatte før selskapet fikk kontrakten. Videre vises det til at valgte leverandør har sannsynliggjort at selskapet har evnen til å knytte til seg den riktige kompetansen og at frontfigurene hos valgte leverandør har lang erfaring som leder av bofellesskap. For innklagede anses det minst like godt at valgte leverandør har mulighet til å ansette de riktige menneskene som å plassere eksisterende arbeidstakere inn i et prosjekt disse kanskje ikke er 100 % motivert for.

Brudd på kravet til god anbuds- og forretningskikk

- (39) Innklagede bestrider at det forelå en plikt til å gi klager tilbakemelding på hvorvidt kommunene ville avvente kontraktsinngåelse til klager hadde fått en rettslig overprøvelse av innklagedes tildelingsbeslutning. Innklagedes unnlatelse av å gjøre dette utgjør således ikke et brudd på regelverket. Det vises til at det må være den enkelte tilbyders risiko å vurdere om og eventuelt når de ulike klageprosedyrene bør iverksettes.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder etablering og drift av bofellesskap for enslige mindreårige flyktninger som er en uprioritert tjeneste i kategori 25, jf. forskriftens vedlegg 6, med CPV kode 85312400

(Omsorgstjenester utenfor institusjoner). Anskaffelsens anslåtte verdi er opplyst å være kroner 41 000 000,-. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Klagen fra klager må avvises

- (41) Innklagede hevder at klagen er ubegrunnet og at den bør avvises jf. klagenemndforskriften § 9. Det vises til at klagen må oppfattes som et bevisst virkemiddel for å begrense/vanskeliggjøre adgangen for nye aktører til et voksende marked, omsorg for enslige mindreårige asylsøkere. Basert på det resultat klagenemnda har kommet til nedenfor, er det ikke grunn til å avvise klagen med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (42) Klager har gjort gjeldende at valgte leverandør skulle vært avvist av to forskjellige grunner. Klagenemnda vurderer først om kravet til økonomisk stilling i konkurransegrunnlaget punkt 4.5 ikke kan anses oppfylt og om innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør på dette grunnlag.
- (43) I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav til økonomisk stilling: *"Det kreves et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveranse av denne art og omfang"*. Dette skulle dokumenteres med: *"Foretakets komplette årsregnskap for 2010, dersom dette foreligger, eventuelt fra 2009 og siste års beretning, samt eventuelle nyere opplysninger som har eller vil kunne påvirke leverandørens økonomiske situasjon. Oppdragsgiver vil ved behov be leverandøren om en kredittvurdering, ev. selv innhente kredittvurdering"*.
- (44) I forskriften § 11-10 (1) bokstav a er det fastsatt at: *"Oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen."*
- (45) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skønnsutøvelse har vært usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum eller om skjønnets for øvrig er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav.
- (46) I foreliggende sak fremkom det av Otreras tilbud under punktet *"Økonomisk stilling – kommentar"* at det var Otrera AS, som på det daværende tidspunkt ikke var etablert, som skulle utføre kontrakten om denne ble tildelt Otrera. Det kan reises spørsmål ved om regelverket tillater at et enkeltpersonforetak leverer tilbud på vegne av et ennå ikke etablert aksjeselskap. Dette er det imidlertid ikke nødvendig for klagenemnda å ta endelig stilling til ut fra det resultat nemnda er kommet til i denne saken. Av samme grunn, er det heller ikke nødvendig å ta endelig stilling til om det i foreliggende sak er den økonomiske situasjonen til Otrera eller Otrera AS, eller begge to, som skal legges til grunn i vurderingen av om kvalifikasjonskravet til økonomi i dette tilfellet kan anses oppfylt.

- (47) Når det gjelder Otrera og Otrera AS sin økonomi hadde Otrera i tilbudets punkt "Økonomisk stilling – kommentar" uttalt følgende om dette:

"Otrera er en nyetablert virksomhet. Otrera AS vil først bli en realitet i det vi vinner vårt første anbud". Vi har mao ikke flere års drift å vise til mht regnskapstall.

Vi har, siden januar 2011, vært i dialog med sparebank 1 Ringerike Hadeland, ved ass. Banksjef, Elisabeth G. Haakenstad vedrørende finansiering av oppstart av bofelleskap for enslige mindreårige flyktninger i kommunene Gran og Lunner

Banken har hele tiden vært positiv til vår presentasjon av budsjett, planlagt likviditetsbudsjett, lån og evt kreditt til oppstart av prosjektet. Vi er fortsatt i dialog med hverandre og avventer nå en kontraktstildeling- og kontraktsinngåelse mellom Otrera og kommunene Gran og Lunner".

- (48) Som informasjon om den økonomiske stillingen til Otrera var det lagt ved resultater for desember 2010, som viste et driftsresultat på vel 46 000 kroner. Dette innebærer altså at det for Otrera kun var dokumentert et driftsresultat for én måned. For Otrera AS, var det kun uttalt at Otrera hadde vært i kontakt med sin bankforbindelse, og at denne ifølge Otrera hadde uttalt at denne var "positiv" til Otreras presentasjon av budsjett, planlagt likviditetsbudsjett, lån og evt. kreditt til oppstart av prosjektet. Det forelå derfor for eksempel ingen forpliktende uttalelse om at det ville bli ytt nødvendig lån til oppstart av Otrera AS fra banken. Når innklagede hadde valgt å oppstille et kvalifikasjonskrav til at: "Det kreves et godt økonomisk fundament for å sikre gjennomføring av leveranse av denne art og omfang", må dette forstås som at det kreves et minstemål av dokumentert god økonomi for å kunne bli ansett kvalifisert. Nemnda kan ut fra de opplysningene Otrera ga i sitt tilbud, ikke se at det kan anses forsvarlig at innklagede la til grunn at dette var oppfylt for valgte leverandør. Innklagede har derfor brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør på dette grunnlag. Basert på at nemnda har kommet til at valgte leverandør skulle vært avvist på dette grunnlag, er det ikke grunn for nemnda til å ta stilling til om valgte leverandør også skulle vært avvist på det andre grunnlag klager har anført.

Brudd på kravet til god anbuds- og forretningsskikk

- (49) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å svare på klagers spørsmål om oppdragsgiver ville avvente kontraktsinngåelse til klager hadde fått en rettslig overprøvelse av innklagedes tildelingsbeslutning, jf. klagers e-poster av 14., 20., 22. og 24. juni 2011. Det er på det rene at det først var fredag den 24. juni 2011 at innklagede eksplisitt svarte klager på når kontrakt ville bli inngått. Det ble her uttalt at kontrakt ville bli inngått tirsdag den 28. juni 2011 kl. 12.00. Spørsmålet i det følgende blir derfor om det var i strid med kravet til god anbuds- og forretningsskikk ikke å besvare klagers spørsmål om kontraktsinngåelse på et tidligere tidspunkt.
- (50) Det følger av forskriften § 13-3 (1) at oppdragsgiver skal meddele alle deltakerne i konkurransen om hvem som skal tildeles kontrakt. Denne meddelelsen skal gis i "rimelig" tid før kontrakt inngås, og skal inneholde en frist for leverandørene til å klage over beslutningen. Kontrakt kan ikke inngås før klagefristen er utløpt, og eventuelle klager er vurdert, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-81(98 (Alcatel) og klagenemndas sak 2008/32 premiss (44). Hensynet bak at kontraktsmeddelelsen skal gis

i rimelig tid før kontrakt inngås og at det skal gis en klagefrist, er at leverandørene skal være sikret en periode hvor disse kan forfølge tildelingsbeslutningen rettslig før kontrakt inngås. Reglene som er gitt i forskriften § 13-3 (1) må etter nemndas syn anses uttømmende mht hvilke opplysninger leverandørene har krav på vedrørende kontraktsinngåelsestidspunktet. Leverandørene skal kunne være trygg på at kontrakt ikke vil bli inngått innen klagefristens utløp og vurdering av eventuelle klager, og må således planlegge de eventuelle rettslige skritt disse ønsker å foreta seg ut fra dette. Dette innebærer at nemnda ikke kan se at det kan utledes ytterligere plikter vedrørende opplysning om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt fra de grunnleggende kravene i regelverket, slik klager har hevdet. Selv om det naturligvis hadde vært positivt om innklagede i foreliggende sak hadde opplyst om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt på et tidligere tidspunkt, kan nemnda ikke se at regelverket oppstiller noen plikt til dette. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Øvrige anførsler

- (51) Basert på det resultat klagenemnda her er kommet til, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Erstatning

- (52) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12 (2).

Konklusjon:

Kommunene Gran og Lunner har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke blitt behandlet eller ikke ført fram.

Bergen, 29. oktober 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl