



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

05 / 218 - 23	
DATO 24 AUG 2006	
AN	741,2
Eksp.	ERPE

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om bygging og drift av privat barnehage. Innklagede hadde i tilbudsevalueringen lagt avgjørende vekt på kriteriet "universell utforming". Det var dermed i strid med kravet til god forretningsskikk ikke å påpeke vesentlige forhold klager kunne ha forbedret tilknyttet dette under forhandlingene. Innklagede kunne ikke dokumentere at to av tildelingskriteriene var evaluert, hvilket nemnda fant i strid med kravet til forutsigbarhet. Innklagedes skjønnsutøvelse tilknyttet evalueringen av ett av tildelingskriteriene, ble også funnet mangelfull. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. august 2006 i sak 2005/218

Klager: Barnebygg AS

Innklaget: Halden kommune

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Per Christiansen, Svein Dahl.

Saken gjelder: Reelle forhandlinger. Etterprøvbarehet. Tildelingsevaluering. Begrunnelse for tildeling.

Bakgrunn:

(1) Halden kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. mars 2005 en konkurranse med forhandling om bygging og drift av privat barnehage i kommunen. Anskaffelsen var av innklagede klassifisert som en bygge- og anleggskontrakt med verdi under EØS-terskelverdi, og derfor kunngjort i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III. For øvrig ble det opplyst i konkurransegrunnlaget at anskaffelsen også var kunngjort i henhold til forskriftens kapittel 19, om bygge- og anleggskonsesjoner.

(2) Tildeling av kontrakt skulle etter konkurransegrunnlagets punkt 4 skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud etter følgende uprioriterte tildelingskriterier:

”- Driftskonsept.

- Åpningstid.
- Bemanningsplan (antall voksne pr barn/ pedagogtettethet/ annet personale).
- Oppholdstid (mulighet for fleksibilitet/ deltidsplasser).
- Hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til de ansatte.
- Personalets pensjonsordninger, herunder tilleggspensjon ut over folketrygden.
- Foreldrebetaling/ søskenmoderasjon.
- Kostnads kalkyle/ finansiering av investeringen.
- Driftsbudsjett, årsbudsjett og økonomiplan (min. 4 år).
- Behov for kommunalt driftstilskudd ut over statstilskudd.
- Leverandørens referanser, erfaringer med bygg og drift av barnehager.
- Planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger samt skisse for uteareal.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- Det forutsettes at barnehagen gis en universell utforming både ute og inne, noe som innebærer at barnehagen er tilgjengelig for alle mennesker med nedsatt funksjonsevne.
- Leverandørens forbehold.
- Byggetid".

(3) Fire leverandører innga tilbud innen tilbudsfristen 2. mai 2005. Tre av disse ble utvalgt til å være med i forhandlingene, deriblant Barnebygg Gruppen AS (heretter kalt klager) og Borg Barnehager AS. Det ble avholdt separate møter mellom innklagede og tilbyderne 25. mai 2005. Møtereferatene gir en nærmere beskrivelse av hva partene gjennomgikk på møtene. I referatet fra møtet med klager fremgår det at innklagede ga uttrykk for at personalrommet synes lite egnet som møterom, og at det ble spurt om muligheten for å installere heis. Det fremgår ikke om innklagede ga uttrykk for sitt syn på klagers tilbudte to etasjers planløsning.

(4) I vedlegg til anskaffelsesprotokollen fremgår det blant annet følgende om evalueringen av klagers tilbud:

"Bygget er tegnet i avdelinger og to etasjer noe som vi mener er uheldig ut fra ønsket om en universell utforming og som gjør bygget mer oppstykket. [...] Tilbudt installasjon av trappeheis finner vi ikke vil gi tilfredsstillende løsning for fleksibilitet og funksjonaliteten. "

(5) Under referanser/erfaring fremgår det følgende om evalueringen av Borg:

"Eiere og drifter Jon Remme og Huseby har til sammen 30 års erfaring fra drift av barnehager. Huseby sitter også i landsforeningen for barnehager. [...] Referanseprosjekter – barnehager: 4 stk barnehager i drift. Prosjekter 2005: 5 barnehager. Totalt vil de i løpet av 2005/2006 eie og drifte ca 9 barnehager med totalt 560 barnehageplasser."

(6) Det ble i oppsummeringen uttalt at det avgjørende for valget av tilbud var forskjeller tilknyttet *"planskisse/romløsninger"*.

(7) I brev av 3. juni 2005 ble klager meddelt at Borg Barnehager AS ville bli tildelt kontrakten. Brevet ga følgende begrunnelse for valget av tilbud:

"Halden kommune har etter en totalvurdering i henhold til kunngjorte tildelingskriterier valgt å foreta følgende innstilling: Kommunen innstiller på å tildele oppdraget til Borg Barnehager AS. Borg Barnehager AS er vurdert å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

(8) I brev av 7. juni 2005 anførte klager at kommunens begrunnelse for valg av tilbud var mangelfull, og ba samtidig om en nærmere begrunnelse. Følgende konkrete spørsmål ble i tillegg bedt besvart spesifikt:

"1. Hvordan de forskjellige tildelingskriteriene er vektet i forhold til hverandre. 2. Når vektings- og prioritetsmodell for evalueringen ble fastsatt. 3. Hvordan tilbudene til henholdsvis Borg Barnehager AS og Barnebygg ble vurdert i relasjon til samtlige tildelingskriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. (Med score, poeng eller tilsvarende vektingsverktøy). 4. Hvilke opplysninger eller grunnlag i tilbudene til henholdsvis Borg Barnehager AS og Barnebygg evalueringen er basert på. 5. Hvilke krav til leverandørens finansielle og økonomiske stilling som måtte oppfylles for å kvalifisere seg til å delta i konkurransen".

(9) Klagers henvendelse ble besvart 14. juni 2005, hvor det blant annet ble uttalt følgende:

"Vurderingen er basert på momenter som fremkommer i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen. Avklaringer er foretatt i møtet 25. 05. 2005, jf. protokoll fra møtet. I henhold til kunngjorte tildelingskriterier er Barnebygg Gruppen AS vurdert som følger:

** Mht de punkter som følger under driftskonsept i pkt 4 i konkurransegrunnlaget er samtlige punkter vurdert tilfredsstillende og likestilles med Borg Barnehager AS.*

** Mht referanser og erfaring har Barnebygg Gruppen AS gode referanser fra tilsvarende oppdrag og drift. Dette punktet er likestilt tilbyderne imellom.*

** Mht tildelingskriteriet planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger, skisse for uteareal, samt forutsetning om universell utforming både ute og inne, som innebærer at barnehagen er tilgjengelig for alle mennesker med nedsatt funksjonsevne. Borg Barnehager AS er vurdert å ha den beste løsningen mht tilgjengelighet for alle brukere, uansett funksjonsevne, og den beste løsningen mht møte, konferanserom og arbeidsplasser for de ansatte. Barnebygg gruppen AS har skissert bygget på to plan som gir en klar skille mellom 4 avdeling m/ funksjonshemmede til de øvrige barna. Videre er personal rom og møterom tenkt plassert sammen noe vi finner reduserer fleksibiliteten og funksjonaliteten og finner dette uheldig ut i fra tanken om en universell utforming. Bygget var opprinnelig ikke utstyrt med heis, men det er påpekt at trappeheis kan monteres.*

** Mht leverandorens forbehold er dette kriteriet likestilt tilbyderne imellom.*

** Mht byggetid har Barnebygg Gruppen AS noe kortere byggetid. Imidlertid er forskjellen så liten og dette veier ikke opp oppdragsgivers vurdering av planskisse/ løsninger som nevnt ovenfor."*

(10) Klagers konkrete spørsmål ble besvart på følgende måte:

"1. Tildelingskriteriene er ikke vektet prosentmessig opp mot hverandre. Det er imidlertid valgt å legge vekt på om kravene iht konkurransegrunnlaget, forskrift om miljørettet helsevern i skoler og barnehager m.v. samt barnehageloven er oppfylt. De tilbud som oppfyller kravene er tildelt maksimal poeng. Videre er planløsning, skisse vurdert ut i fra oppdragsgivers vurdering av tilfredsstillende løsning mht fleksibilitet, integrering etc.

2. En vektings- og prioritetsmodell ble ikke fastsatt for konkurransen ble annonsert.

3. Jf ovenfor.

4. Evalueringen er basert på de opplysninger som er gitt i tilbudene som svar på oppgitte tildelingskriterier jf pkt 4 i konkurransegrunnlaget, konkurransegrunnlagets kapittel 2.

5. Iht konkurransegrunnlaget er det oppgitt at tilbyder ikke må være i gjeldsforhandlinger eller konkurs. Fremlagt regnskapsdata viser akseptabel egenkapital og drift, og er vurdert gode nok til å oppfylle kontraktsforpliktelser for den ytelse som skal leveres jf § 12-5."

(11) Innklagedes besvarelse ble i brev av 21. juni 2005 kommentert slik av klager:

"Hovedproblemet med kommunens tildelingsbeslutning er at den må antas å være basert på en fullstendig mangelfull og uriktig evaluering. Ut fra kommunens fremstilling, synes det som om evalueringen har foregått på følgende vis: visse krav til kontraktsgjenstanden og leverandørens kvalifikasjoner er blitt vurdert, og dersom tilbudene er funnet tilfredsstillende i forhold til kommunens krav, er tilbudene gitt maksimal poengsum. Deretter har ett enkelt av de seks oppgitte tildelingskriteriene ("Planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger samt skisse for uteareal") blitt vurdert, og tillagt avgjørende vekt i evalueringen. "

(12) I brev av 5. juli 2005 meddelte kommunen at den etter en ny gjennomgang av saken ikke fant grunnlag for å omgjøre tidligere innstilling. Det het blant annet følgende i dette brevet:

”Vi ser (likevel) at formuleringene i vårt brev av 21. juni 2005 kan fremstå som noe uklare og vi ønsker derfor å klargjøre nærmere hva som har vært grunnlaget for kommunens innstilling. Når det gjelder vurderingen av klagers driftskonsept opp mot Borg Barnehager AS (Borg) har kommunen vurdert forskjellene som små. Barnebygg Gruppen AS (Barnebygg) har bl.a. en noe lenger åpningstid enn Borg, noe som er blitt vurdert positivt ved kommunens evaluering. Forskjellen mellom partenes driftskonsept er likevel så liten at denne forskjellen ikke har hatt avgjørende betydning for kommunens innstilling, derav formuleringene ”samtlige punkter er vurdert tilfredsstillende” og ”likestilt”. Formuleringer, som nevnt ovenfor, kan synes noe uklare. Også forskjellene i partenes driftsbudsjett var små, og fikk etter en samlet vurdering liten betydning for kommunens innstilling. Vi vil likevel nevne at Barnebygg har budsjettert med en større andel statstilskudd og kommunalt tilskudd enn Borg. Dette som følge av at det er budsjettert med flere delte plasser. Videre er Barnebygg blitt vurdert bedre enn Borg når det gjelder ”Leverandørens referanser, erfaring med bygg og drift av barnehager”. Den største forskjellen mellom partene var under tildelingskriteriet ”Planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger samt skisse for uteareal”. Barnebygg hadde en løsning som gikk over to plan, noe som etter kommunens syn medfører en mindre tilgjengelighet for brukerne enn løsningen som Borg tilbød. Dette får etter kommunens syn så vidt store konsekvenser for driften av barnehagen at denne forskjellen er tillagt større vekt enn andre mindre forskjeller. Selv om Halden kommune ikke har foretatt en prosentvis vektingsforhold mellom de ulike tildelingskriteriene har kommunen sett på innhold og betydning av tildelingskriteriene ved den endelige evalueringen og konklusjonen. Når det gjelder påstanden om at det er tatt utenforliggende hensyn ved tildelingsevalueringen er kommunen ikke enig i dette. Barnehageloven med forskrifter er ikke blitt benyttet som tildelingskriterium. Regelverket er kun benyttet som et utgangspunkt ved vurderingene av tildelingskriteriene. På bakgrunn av oppdaterte fremlagte regnskaper er Borg funnet kvalifisert etter våre minstekrav.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

(13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(14) Kommunens tildelingsmeddelelse av 3. juni 2005 inneholder overhodet ingen begrunnelse. Kommunens nærmere begrunnelser i brev av 14. juni og 5. juli 2005 er også innbyrdes motstridende, hvilket i seg selv er et brudd på begrunnelsesplikten. Videre gir de gitte begrunnelsene også et uriktig bilde av hvilke vurderinger oppdragsgiver de facto har foretatt når disse sammenlignes med det som fremgår om dette i anskaffelsesprotokollen.

(15) Innklagede har ikke foretatt noen reell evaluering hva angår flere av tildelingskriteriene, jf. innklagedes brev av 14. juni 2005. Innklagede har nøydt seg med å konstatere at tilbudene oppfyller fastsatte minstekrav, og deretter tildelt ”maksimal poeng”. Dette gjelder kriteriene ”Driftskonsept”, og herunder underpunktet tilknyttet regnskap, ”Leverandørens referanser, erfaringer med bygg og drift av barnehager” og ”Leverandørens forbehold”. Når det gjelder byggetid kom klagers tilbud best ut, uten at dette fikk avgjørende betydning. Det synes som om konkurransen i realiteten er avgjort på bakgrunn av kriteriene ”planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger, skisse for uteareal” og ”universell utforming”. Dette er i strid med forskriftens § 17 (2), og lovens krav til gjennomsiktighet og

forutberegnelighet i § 5. Når kommunen har oppgitt et tildelingskriterium, har kommunen plikt til å foreta en rangering av tilbudene ut fra hvor godt det enkelte tilbud oppfyller de forskjellige kriterier. Det er ikke anledning til å anse oppgitte kriterier som minstekrav, jf. klagenemndas saker 2004/76, 2004/77 og 2004/294.

(16) Innklagede har ikke gjennomført reelle forhandlinger med klager. Møtet 25. mai 2005 var et "avklaringsmøte" og ikke et forhandlingsmøte, hvilket også ble bekreftet fra kommunen på direkte spørsmål fra klager. Kommunen virket i møtet ikke mottakelig for å drøfte innholdet i klagers tilbud, og syntes på forhånd å ha bestemt seg for å velge Borgs løsning. Når kommunen i ettertid har lagt avgjørende vekt på kriteriet "*Planskisse, eksterne og interne trafikk og romløsninger, samt skisse for uteareal*" og kriteriet "*universell utforming*", skulle kommunen gjort Barnebygg oppmerksom på dette, jf. kravet til likebehandling i lovens § 5. Dette gjelder særlig når kommunen tilsynelatende mente at tilbudene var like gode på de øvrige kriteriene. Dermed ville Barnebygg hatt mulighet til å revidere sitt tilbud på disse punkter. Klager bestrider at kommunen ga uttrykk for at en to etasjers løsning var uheldig. En eventuell bevisstil vedrørende hva som ble sagt på møtet må gå ut over kommunen, idet det er denne som har utarbeidet møtereferatet.

(17) Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Driftskonsept*" har vært usaklig, sterkt urimelig og vilkårlig. I kommunens brev av 14. juni ble det opplyst at Barnebyggs og Borgs tilbud under dette kriteriet ble vurdert som "*likestilt*", mens det i kommunens brev av 5. juli 2005 ble opplyst at kommunen på dette punkt "*vurderte forskjellene som små*". Det er kun underkriteriet "*åpningstid*" som synes vurdert under kommunens vurdering av dette tildelingskriteriet. De øvrige underkriterier burde ha vært de sentrale i kommunens evaluering, idet det er disse som er driftsmessig og økonomisk "tunge".

(18) Under tildelingskriteriet "*Leverandørenes referanser, erfaringer med bygg og drift av barnehager*" må det være på det rene at Barnebygg, med mer enn 10 års erfaring, 14 barnehager i drift og ytterligere 4 under utbygging på tilbudstidspunktet, og en omsetning på 215 mill. kr. i 2004, måtte score betydelig bedre enn Borg, som kun hadde én barnehage i drift på tilbudstidspunktet, totalt manglet omsetning i 2002 og 2003, og kun hadde beskjeden omsetning i 2004. De øvrige tre barnehager Borg oppga å ha i drift på tilbudstidspunktet er ikke drevet av Borg. Når kommunen i brev av 14. juni opplyste at klager og valgte leverandør var "*likestilt*" på dette kriteriet, må dette vitne om en usaklig, sterkt urimelig og helt vilkårlig skjønnsutøvelse. Når kommunen i brev av 5. juli 2005 opplyser at Barnebygg er "*vurdert bedre enn Borg*" på dette punkt, må dette leses som et forsøk på å redusere dette inntrykk. Når kommunen, heller ikke her prøver å kvantifisere de relative fordeler ved Barnebyggs tilbud, og det er åpenbart at kommunen har lagt avgjørende vekt på visse kriterier, fremstår skjønnsutøvelsen som usaklig, sterkt urimelig og vilkårlig.

(19) Kommunen kan ikke legge vekt på antallet referanser isolert sett. Den må også ta hensyn til hvorvidt referansene er gode eller dårlige, jf. EF domstolens uttalelse i sak C-315/01 (GAT).

(20) Kommunen kan heller ikke legge vekt på hvilke barnehager Borg planlegger å ha i drift etter kontraktstildelingstidspunktet.

(21) Hvilke erfaringer to av styremedlemmene har, kan kun tillegges vekt dersom det kan påvises at Borg kan utnytte disse ressursene.

(22) At Huseby sitter i landsforeningen for barnehager har ingen betydning for Borgs evne til å drive aktuelle barnehage.

(23) Kommunens begrunnelse i brev av 14. juni 2005 under kriteriet "*byggetid*" viser at poenggivningen som kommer til uttrykk i anskaffelsesprotokollen ikke er den reelle vurderingsmetode som er benyttet. I brevet fremgår det at kommunen har veid kriteriet "*byggetid*" opp mot kriteriet "*planskisse*", i stedet for å foreta en samlet vurdering av alle tildelingskriteriene basert på oppnådd poengscore. Kommunens gjennomføring av vektingen gjør at punkter hvor Barnebygg får god score nøytraliseres før den endelige sammenligningen av tilbudene foretas. Dette innebærer at kriteriet "*planskisse*" avgjør hele konkurransen. Kommunens anvendelse av vektingsmodellen er i strid med forutberegnelighetsprinsippet, og er i seg selv usaklig.

(24) Barnebygg ber klagenemnda om å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning for henholdsvis den positive og den negative kontraktsinteresse anses oppfylt.

Innklagedes anførsler:

(25) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(26) Innklagede bestrider at begrunnelsesplikten er brutt. Klager fikk i brev av 3. juni, 14. juni og 5. juli 2005 begrunnelse for hvorfor Borg ble tildelt kontrakten. Dette skjedde i god tid før kontrakt ble inngått den 26. juli 2005, og klager hadde dermed god tid til å bestride tildelingen. Den samlede begrunnelse må ses under ett, jf. klagenemndas sak 2003/49.

(27) Innklagede bestrider at tildelingsevalueringen har vært mangelfull. Kommunen har skjønnsmessig evaluert alle tildelingskriteriene, jf. anskaffelsesprotokollen med vedlegg.

(28) De avholdte forhandlingene var reelle, jf. møteprotokollene. At det også ble foretatt "avklaringer" er ikke uvanlig, og må kunne sies å være en del av forhandlingene. Hvis møtet ikke innebar forhandlinger ville det vært naturlig at dette kom til uttrykk i møteprotokollen eller etterfølgende e-post korrespondanse mellom partene. Klager har signert protokollen som er benevnt "forhandlings/avklaringsmøte". Kommunen har ikke favorisert Borg. Det foreligger ingen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas saker 2003/61 og 2003/105. Uansett ble det meddelt klager at innklagede anså løsningen over to etasjer som uheldig, dette særlig i forhold til kriteriet om at barnehagen skal gjøres tilgjengelig for personer med nedsatt funksjonsevne.

(29) De skjønnsmessige vurderingene tilknyttet evalueringen av kriteriet "*Driftskonsept*" har ikke vært usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig. Samtlige underpunkter under kriteriet er vurdert. Forskjellen mellom leverandørene var på mange områder små.

(30) Når det gjelder innklagedes vurdering av tilbydernes referanser og erfaring med barnehagedrift, har kommunen vurdert Barnebygg i et videre perspektiv enn kun ut i fra driftsselskapet, da driftsselskapet under stiftelse naturlig nok ikke kan vise til referanser og erfaring. Det samme gjelder for den valgte leverandør. Borg Barnehager AS har dokumentert at de hadde 4 barnehager i drift ved anbudsåpning, og ytterligere 5 f.o.m. høsten 2005. Fordi Barnebygg hadde 14, har klager fått bedre uttelling her, uten at dette var avgjørende for tildelingen. Klagers sammenligning er misvisende fordi den sammenligner Barnebyggs konsernregnskap med regnskapet til Borg Barnehager AS. Det er forskjeller knyttet til den

universelle utformingen som vil ha størst betydning, idet dette er forhold det er vanskelig å rette i ettertid.

(31) Innklagede har ikke opptrådt erstatningsbetingende. Barnebygg er rangert som nr. 3, og kunne derfor uansett ikke ha vunnet konkurransen. Vilkårene for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse er heller ikke tilstede.

Klagenemndas vurdering:

(32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er lyst ut både som en bygge- og anleggskonsesjon og som en bygge- og anleggskontrakt. Innklagede har ikke bestridt at det er reglene for bygge- og anleggskontrakter som skal gjelde, og har i tillegg gjennomført anskaffelsen som en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda legger derfor til grunn at konkurransen reguleres etter reglene for bygge- og anleggskontrakter, og den følger etter sin verdi forskriftens del I og III, jf. §§ 2-1 og 2-2.

Forhandlingsplikten

(33) Av forskriften fremgår det at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk, jf § 16-3 (5) jf. § 3-1 (2). I dette ligger det blant annet at tilbyderne som er invitert til forhandling har rett til reelle forhandlinger, hvilket igjen må innebære at oppdragsgiver påpeker forhold som vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen. Dette selv om klagenemnda i sak 2003/105 uttalte at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider ved leverandørenes tilbud som kan forbedres.

(34) Av anskaffelsesprotokollen og annen innsendt dokumentasjon fremgår det at innklagede la avgjørende vekt på hensynene til planløsning og universell utforming. Innklagede hevder at dette forhold ble tatt opp på forhandlingsmøtet, mens klager bestrider dette. Klagenemnda tar utgangspunkt i det som fremgår om dette i forhandlingsreferatet, idet dette er utarbeidet av innklagede og undertegnet av klager. Her fremgår det at innklagede etterspurte muligheten for installering av heis mellom etasjene, men ingenting om at den tilbudte to etasjers planløsning ble ansett uheldig, eller hvorvidt denne kunne endres. På basis av dette legger klagenemnda til grunn at dette forhold ikke har blitt påpekt eller vært gjenstand for forhandlinger. Når innklagede således har unnlatt å påpeke forhold, som i den etterfølgende tildelingsevaluering ble tillagt avgjørende vekt i disfavør av klager, finner klagenemnda dette i strid med kravene til likebehandling og god forretningsskikk i forskriftens § 16-3 (5) jf. § 3-1 (2). Det kan ikke utelukkes at klager kunne ha endret tilbudt planløsning om innklagedes holdning til denne løsning hadde blitt tatt opp på forhandlingsmøtet.

Evaluerings- og vekting av tildelingskriteriene

(35) Oppdragsgiver skal evaluere og rangere de kvalifiserte tilbud på basis av samtlige oppgitte tildelingskriterier, jf. forskriftens § 17-2, lovens § 5 og klagenemndas saker 2003/9, 2003/178 og 2003/280. Dersom oppdragsgiver ikke kan dokumentere at samtlige tildelingskriterier med underpunkter er evaluert er dette i strid med kravet til etterprøvbarhet, jf. klagenemndas saker 2003/234 og 2003/289. Ved oppdragsgivers poenggivning under det enkelte kriterium må relevante egenskaper og forskjeller mellom tilbudene premieres, jf. klagenemndas saker 2005/201, 2006/14 og 2006/90. Tilbudene skal evalueres i forhold til tildelingskriteriene, og ikke ikke anvendes som minstekrav, jf. klagenemndas saker 2003/61, 2004/24, 2004/162 og 2004/294.

(36) Innklagede har i tilsvaret anført at samtlige tildelingskriterier med underpunkter er evaluert, og henvist til at dette fremgår av anskaffelsesprotokollen. Når det imidlertid gjelder kriteriet *”foreldrebetaling/søskenmoderasjon”* under driftskonsept og kriteriet *”leverandørens forbehold”*, fremgår det ikke noe om evalueringen av dette i protokollen, og i mangel av annen dokumentasjon på at forholdet er vurdert, finner klagenemnda at det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

(37) Når det gjelder de øvrige kriteriene fremgår det av protokollen at disse er evaluert og rangert. Klagenemnda kan derfor ikke se at disse har blitt evaluert kun som minstekrav, slik klager har anført. At det avgjørende for valget av tilbud tilslutt ble forskjeller tilknyttet planløsning og universal utforming, har innklagede gitt en forsvarlig forklaring på i tilsvaret. I tillegg fremgår det av tildelingskriteriene at universell utforming var spesielt viktig.

Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet ”driftskonsept”

(38) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at samtlige underkriterier under driftskonsept er evaluert og rangert, unntatt kriteriet tilknyttet foreldrebetaling/søskenmoderasjon, jf. ovenfor. Klagenemnda kan ikke se at skjønnsutøvelsen ved evalueringen av kriteriet har vært mangelfull. At innklagede i brevet av 14. juni 2005 oppga at tilbudene var likestilte på dette kriteriet, for deretter i brevet av 5. juli 2005 å oppgi at forskjellene var små, finner klagenemnda upresist. Dette alene er imidlertid ikke nok til å anse skjønnsutøvelsen mangelfull. Nemnda kan heller ikke se at dette har hatt noen betydning for klager i dette tilfellet.

Evalueringen av tildelingskriteriet ”Leverandørens referanser, erfaringer med bygg og drift av barnehager”

(39) Hvorvidt det var riktig å legge til grunn at Borg Barnehager AS kun hadde én barnehage i drift på tilbudstidspunktet, eller fire, mangler klagenemnda grunnlag for å ta stilling til.

(40) Eevaluering av tilbydernes erfaring på basis av referanselister er i seg selv ikke ulovlig, såfremt innholdet i listene er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas sak 2003/242 og EF- domstolens uttalelser i sak C-315/01. Dersom listene kun inneholder navnet på de tidligere oppdragsgiverne, slik at det kun er antallet referanser som kan evalueres, er dette imidlertid ikke tilstrekkelig.

(41) I den aktuelle tilfelle inneholdt tilbydernes referanselister, foruten formelle opplysninger om de tidligere oppdragsgivernes navn med mer, også en del andre opplysninger, blant annet om prosjektenes verdi/antall barnehageplasser. På basis av dette kan klagenemnda ikke se at innklagede i utgangspunktet skulle vært forhindret fra å ta hensyn til dette i vurderingen av tilbydernes tidligere erfaring fra bygg og drift av barnehager.

(42) Når det gjelder Borgs referanseprosjekter, refererer samtlige oppgitte prosjekter seg til barnehager som på tidspunktet for tilbudsfristens utløp ennå ikke var åpnet. Det er også uklart om byggingen av barnehagene var påbegynt på dette tidspunkt. På denne bakgrunn, finner nemnda det usaklig av innklagede å vektlegge disse prosjektene i tildelingsevalueringen av Borgs tilbud.

(43) Videre finner klagenemnda det usaklig å legge vekt på hvilke erfaringer styremedlemmene i Borg Barnehager AS har med drift av barnehager, når det ikke er

dokumentert at barnehagen kan utnytte disse ressursene. Å legge vekt på at en av eierne av Borg sitter i landsforeningen for barnehager må også anses usaklig.

(44) For øvrig finner klagenemnda det vilkårlig at poengdifferansen mellom klager og valgte leverandør ikke er større, tatt i betraktning at klager har fremvist langt større erfaring i bygging og drift av barnehager enn det valgte leverandør har gjort.

Skjønnsutøvelsen ved evalueringen av tildelingskriteriet "byggetid"

(45) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at klager er gitt 5 poeng under dette kriteriet, mot Borg som fikk 4,80. Klagenemnda kan ikke se at skjønnsutøvelsen tilnyttet dette har vært mangelfull, eller at evalueringen av kriteriet er sammenblandet med evalueringen av kriteriet planskisse.

Begrunnelsesplikten

(46) Oppdragsgivers meddelelse om hvem som skal tildeles kontrakt skal inneholde en begrunnelse for valget, jf forskriftens § 17-3 (2), jf. § 3-8 (3). I klagenemndas saker 2003/3, 2003/251 og 2004/24 ble det fastslått at en ren henvisning til tildelingskriteriene med en kommentar om at det valgte tilbudet er det økonomisk mest fordelaktige, ikke er tilstrekkelig. Det avgjørende må være om begrunnelsen inneholder nok informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, basert på korrekt faktum, og i samsvar med angitte tildelingskriterier, jf. klagenemndas saker 2003/49, 2003/230 og 2004/215. Dersom oppdragsgivers opprinnelige begrunnelse senere er utdypet er det adgang til å ta hensyn til dette, jf. klagenemndas sak 2003/49. Dette forutsetter dog at dette har skjedd i god tid før kontraktsinngåelse, idet begrunnelsen skal danne grunnlaget for å vurdere om det skal begjæres midlertidig forføyning eller hvorvidt beslutningen skal påklages.

(47) Det er klart at begrunnelsen som ble gitt i brevet av 3. juni 2005 ikke tilfredsstiller regelverkets krav. Idet innklagede, i god tid før kontraktsinngåelse kom med en mer utførlig begrunnelse i brevene av 14. juni og 5. juli 2005, er klagenemnda etter en samlet vurdering kommet til at regelverkets krav er overholdt. Begrunnelsene gitt i sistnevnte brev må også anses for å tilfredsstille forskriftens krav til en nærmere begrunnelse, jf § 3-8 (4).

Erstatningsspørsmålet

(48) Klagenemnda finner ikke grunnlag i den fremlagte dokumentasjon til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 (2).

Konklusjon:

Halden kommune har brutt kravene til likebehandling og god foretningsskikk i forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (5) jf. § 3-1 (2), ved å unnlate å påpeke vesentlige forhold klager kunne ha forbedret under forhandlingene.

Halden kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ved ikke å kunne dokumentere om kriteriene "foreldrebetalings/søskenmoderasjon" og "leverandørens forbehold" er evaluert.

Halden kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, ved at skjønnsutøvelsen under evalueringen av leverandørenes referanser og erfaring på flere punkter har vært usaklig og vilkårlig.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

21. august 2006



Andreas Wahl