



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, Tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en kontrakt om oppføring av nytt fylkeshus. Klager anførte forjeves at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket fordi valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, subsidiært fordi det var foretatt en ulovlig tildelingsevaluering.

Klagenemndas avgjørelse 16. november 2020 i sak 2019/534

Klager: Constructa Entreprenør AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Hordaland fylkeskommune (nå Vestland fylkeskommune, heretter *innklagede*) kunngjorde 3. oktober 2018 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av en kontrakt om oppføring av nytt fylkeshus i Bergen. Tilbudsfristen var 13. mars 2019.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at prosjektet ville bli gjennomført som en totalentreprise med samspill i to faser. I «*Bok 0 Konkurranseregler – Begrenset anbudskonkurranse*» (konkurransegrunnlaget) var dette nærmere beskrevet slik:

«[...] I den første fasen, samspillsfasen vil leverandøren som tildeles kontrakt være ansvarlig for å videreutvikle sitt tilbud frem til ett endelig forprosjekt. Utviklingen skal skje i tett samarbeid med oppdragsgiver. Søknad om rammetillatelse og eventuelle andre planavklaringer vil skje i denne fasen. Dersom oppdragsgiver godkjenner forprosjektet vil prosjektet gå over i fase to, utførelsesfasen. Det inngås egne avtaler for henholdsvis samspills og utførelsesfasen. [...]».
- (3) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.1 skulle «*konkurransen innledes med en kvalifiseringsfase. Bare de tilbyderne som oppfyller kvalifikasjonskravene og har blitt invitert vil få anledning til å levere tilbud*». Fristen for å levere søknad om prekvalifisering, var den 5. november 2018.
- (4) I punkt 2.4 av konkurransegrunnlaget var det tatt inn en tabell over de vedlagte anskaffelsesdokumentene. Det fremgikk av det samme punktet hvilke dokumenter som ville gå foran ved en eventuell motstrid mellom de ulike dokumentene:

«1. Breeam-krav går foran alle andre dokumenter.

2. Strategidokumentet går foran alle andre dokumenter enn de nevnt i punkt 1.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

3. Spesielle kravspesifikasjoner går foran generelle kravspesifikasjoner

4. Spesielle og generelle kravspesifikasjoner går foran øvrige dokumenter foruten dokumenter som nevnt i punkt 1 og 2.»

- (5) Arealplankart og reguleringsbestemmelser vedtatt 15. juni 2016, samt dispensasjonsvedtak av 3. september 2018, var også vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (6) I reguleringsbestemmelsene fremgikk følgende om den maksimale tillatte byggehøyden for fylkeshuset:

«Byggeområdene kan maksimalt tillates bebygd med den utnyttelsesgrad og byggehøyde som er angitt på plankartet. Dette forutsetter at planens kvalitetskrav og krav til utearealer er oppfylt.

[...]

2.3.4 *Maksimal byggehøyde er vist på plankartet».*

- (7) Plankartet viste en maksimal byggehøyde for nordre tårn, mellombygg og søndre tårn på henholdsvis k¹+45, k+30 og k+55. Tegningene forutsatte også en fri siktlinje over mellombygget.
- (8) Av dispensasjonsvedtaket datert 3. september 2018 fremgikk følgende om byggehøyder og tomteutnyttelse:

«Det søkes om dispensasjon for å kunne bygge heistårn inntil 1,5m over maksimalt angitt byggehøyde for maksimalt 10 % av takarealet, samt øke maksimalt antall m² [BRA] til 27000m².

[...]

Dispensasjon for §§ 2.1 og 2.3.4 vedrørende byggehøyde og utnyttelse innvilges.»

- (9) I Strategidokumentet sto følgende om byggets totale arealer, byggehøyde og forholdet til reguleringsplan:

«Målet er eit nytt moderne kontorbygg med totalt bruksareal på 27.000 m². Om ein oppnår meir arealeffektive løysingar (lågare brutto/netto faktor) enn grunnlaget i vedlagt rommatrise, er det ynskjeleg at dette arealet vert nytta til å auke talet på arbeidsplassar med same kvalitet. Fylkeskommunen vil nytta knapt 50% av nettoarealet, medan resten av areala vil bli leigd ut til ein eller fleire eksterne aktørar. Rom- og funksjonsprogrammet og rommatrisa viser behovane våre, og er basert på vedtaket om at Fylkeskommunen skal ha eit aktivitetsbasert arbeidsplasskonsept.

Reguleringsplanen for området vart vedtatt i 2016, og tilet påbygging av eit nytt tårn mot Aasegården og auking av byggehøgda mellom eksisterande og nytt tårn. Riving av bygget var ikkje eit tema i planarbeidet, men plankartet viser byggjehøgde på kote +55 for eksisterande tårn og heilt ut til vegglivet til dei fire nedste etasjane. Når det no er vedteke

¹ Kotehøyde

å rive bygget, ynskjer fylkeskommunen å sjå på forbetningspotensialet i høve til føreliggjande reguleringsplan. Vi vil opne for å lage breiare tårn, trekkje inn vegglivet for å lage eit romslegare fortau mot Agnes Mowinckels gate, og vurdere å lage ein gangpassasje mot Aasegården for å bidra til eit meir finmaska gatenett som møter Jonas Reins gate. Kva følgjar dette vil ha for sakshandsaminga i Bergen kommune vil bli avklåra i løpet av hausten. Elles vert reguleringsplanen og kommuneplanen for Bergen forande. Vinnaren av pris- og designkonkurransen går vidare til ein samspelfase med brukarar og byggherre, og skal drive fram byggjesaken i høve til alle offentlege myndigheiter.

Kommunen ga nyleg dispensasjon frå reguleringsplanen for auka bruksareal i tråd med intensjonen i planen samt auka byggehøgde for heistårn trekt inn frå gesims. Reguleringsplanen set krav til god materialbruk og utforming med høg arkitektonisk kvalitet, samt at plassering og utforming skal gi god funksjonell og arkitektonisk verknad i høve til omgjevnadene. Tårnverknad og siktliner har vore sentrale tema i reguleringsplanen og må takast omsyn til saman med ivaretaking av uteareala på St. Jakobs plass.

Reguleringsplanen set krav om arkitektkonkurranse der tilpassing til eksisterande bygnader i nærområdet er eit sentralt tema. Vi legg til grunn at vektinga av de ulike tildelingskriteria vil kunne tilfredsstillere kravet, jf Bok 0, Konkurranseregler.

Bergen kommune er i prosess med å rullere kommuneplanens arealdel. Sidan fylkeskommunen no lagar eit nybygg bør prosjektet ta arkitektonisk omsyn til §§ 8 (Byform og arkitektur) og 26.1 og 2. (Bebyggelse og anlegg). Der står det mellom anna at område som ligg sentralt skal ha høg tettleik og kvalitet, basert på staden sitt særpreg. Alle nye byggeprosjekt skal skildre kva nye bruksmessige og visuelle kvaliteter som vert tilført omgjevnadene og tilstøytande byrom. Avstand mellom gangårer skal vere maksimalt 70 meter.»

- (10) I de spesielle kravspesifikasjonene fremgikk krav til varemottak og lager i forbindelse med kantinen:

«Varemottak og lager

Varemottak må ha en sluse mellom friluft og lagerrom (for plassering av nyankomne vareleveranser og vern mot skadedyr). Plass nok til å håndtere pallegods».

- (11) Ytterligere krav fulgte av punktet om utstyr for oppsamling og behandling av avfall:

«Sentrale avfallsbeholdere skal plasseres i avfallsrom med lett tilgang for renovasjonsbil. Rommet skal være låsbart, skadedyrsikkert og utstyrt med avtrekksvifte. Rommet skal ha vann og avløp, slik at det kan spyles rent. Overflater må tåle høytrykksvask. Avfallsbeholdere er normalt rullecontainere, 400 eller 600 liter, som trilles ut ved avhenting av renovasjonsbil. Avfallsrommet skal ha leddheiseport.»

- (12) I de generelle kravspesifikasjonene – «Utomhus» fremgikk om «[v]aretransport, avfallshåndtering» at:

«Der det er mulig og hensiktsmessig bør det være egne adkomster for varetransport og service biler, adskilt fra ferdselsområder for persontrafikk. Dimensjoneres for tyngre kjøretøyer.»

- (13) I «Rom- og funksjonsprogram» fremgikk vidare: «kva behov og ynskjer organisasjonen har i samband med eit nytt fylkeshus, korleis tilsette og aktivitetar i eit nytt fylkeshus kan fungere saman, og kva areal dette krev. Programmet inneheld eit stort sett av anbefalingar og behovsskildringar, og skal gje alle dei som har vore involvert i prosessen transparens i forhold til si medverknad og for å gje føringar for det vidare arbeidet med planlegging og prosjektering.

[...]

Rom- og funksjonsprogrammet (RFP) gjev uttrykk for kva mål og behov fylkeskommunen har knytt til det nye bygget. Dokumentet er fyrst og fremst utarbeidd for å skildre funksjonar, og rommatrisa som vert utarbeidd i etterkant som ein del av byggeprogrammet vil skildre dei definerte areal og rom. Ei skildring av kvar avdeling er utarbeidd, og desse skildringane er nytta til å definere kva spesialrom kvar avdeling har bruk for og som underlag for å utarbeide riktig utforming av eit aktivitetsbasert kontorkonsept for Hordaland fylkeskommune. RFP er utarbeidd ut frå sånn fylkeskommunen ser ut i dag, og ein veit ut frå dei endringsprosessar som går føre seg at det vil kome endringar. Endringane kan vere at fylkeskommunen får fleire oppgåver og tilsette, at nokon av dei tenestane som i dag leverast i dagens fylkeshus i Bergen kan vert flytta til Leikanger, at ein får nye oppgåver som gjer bruk for andre spesialrom med meir. Ein har likevel skildra dagens avdelingar og struktur for å synleggjere korleis fylkesadministrasjonen ser ut i dag, og skape eit bilete av kva tenester ein leverer og behov knytt til dette. Der det er nytta omgrep som «skal» og «må», må desse lesast som uttrykk for noko som ein ynskjer realisert i så stor grad som mogeleg. Anbefalingane i RFP er retta mot å møte behova til brukarane, og utvikling over tid, og gje ei lang bruks- og levetid for bygningsstrukturen.»

- (14) I den nevnte rommatrisen var det tatt inn en tabell med oversikt over de definerte arealene og rommene, der nettorareal (NTA) nederst i tabellen var satt til 19 983 m².

- (15) Videre fremgikk det om bruksareal (BRA) i rom- og funksjonsprogrammet at:

«På tomte der fylkeshuset i dag ligg, skal det etablerast areal som svarar til det samla arealet som reguleringsplanen gir høve til, som er 27 000 m² [BRA]».

- (16) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 8.1 bli tildelt den leverandøren som totalt sett scoret best på følgende kriterier:

Tildelingskriterium	Dokumentasjon	Vekt %
Pris	Ferdig utfylt tilbuds brev	40
Løsningsforslag Ved vurderingen vil det bli lagt vekt på: Arkitektonisk hovedgrep 50 % Oppfyllelse av ønsker til rom og funksjoner 30 % Generalitet og fleksibilitet 15 %	Vedlagt løsningsforslag	50

<i>Plan for digital samhandling og systematisk ferdigstillelse 5 %</i>		
Samspillskompetanse og gjennomføringsevne	Gjennomført gruppeintervju	10

(17) Vurderingsmomentene for kriteriene under «Løsningsforslag» ble nærmere beskrevet under punkt 8.2.2:

«Arkitektonisk hovedgrep (50 %)

- *Ved vurderingen vil det i hovedsak bli lagt vekt på:*
 - *Arkitektonisk helhetsvirkning.*
 - *Fasadeuttrykk og volumoppbygging.*
 - *Bruksmessige og visuelle kvaliteter som blir tilført omgivelsene og tilstøtende byrom.*
 - *Overordnet planløsning, logistikk og flyt.*
 - *Materialvalg*

Vurderingen vil bli gjort på bakgrunn av en helhetsvurdering hvor kriteriene over vil være en del av momentene i vurderingen.

Oppfyllelse av ønsker til rom- og funksjoner (30 %)

- *Ved vurderingen vil det i hovedsak bli lagt vekt på:*
 - *Oppfyllelse av arealønsker i rommatrise, herunder også ønsker for total BRA.*
 - *Oppfyllelse av ønsker til innhold i og utforming av de enkelte romtyper (inklusive hjemmeområder)/funksjoner oppgitt i rom- og funksjonsprogram, foruten materialvalg.*

Vurderingen vil bli gjort på bakgrunn av en helhetsvurdering hvor kriteriene over vil være en del av momentene i vurderingen.

Generalitet og fleksibilitet (15 %)

Det er ønskelig at bygget som oppføres utformes så generelt og fleksibelt at det vil kunne håndtere alle endringsbehov som vil kunne oppstå i byggets levetid. Ved vurderingen av dette vil det i hovedsak bli lagt vekt på:

- *Bæresystem*
- *Fleksibilitet i fasader*
- *Bygningsmessige løsninger*
- *Funksjonell og fleksibel sonedeling*

- *Tekniske løsninger*
- *Plassering av rom som vanskelig kan flyttes.*

Vurderingen vil bli gjort på bakgrunn av en helhetsvurdering hvor kriteriene over vil være en del av momentene i vurderingen.

Plan for digital samhandling og systematisk ferdigstillelse (5 %)

Leverandøren skal legge ved en plan som viser hvordan leverandøren vil benytte digital samhandling og systematisk ferdigstillelse i prosjektet jf. vedlagte kravspesifikasjoner for digital samhandling og systematisk ferdigstillelse.

Bedømmelseskomiteen vil bli oppnevnt og oppgitt senere.

Særlig om rom og funksjonsprogrammet:

Oppdragsgiver ønsker å gjøre tilbyderne oppmerksom på at en rekke krav i rom og funksjonsprogrammet er oppgitt med ord som «skal», «må» eller andre betegnelser som kan gi inntrykk av at kravet er absolutt. Dette er ikke tilfelle. Ingen krav i rom og funksjonsprogrammet er absolutte.»

- (18) Etter prekvalifiseringen ble Consto AS, Hent AS, Veidekke Entreprenør AS, LAB (heretter *valgte leverandør*) og Constructa Entreprenør AS (heretter *klager*) invitert med videre i konkurransen for å gi tilbud.
- (19) Alle de inviterte leverandørene leverte tilbud innen tilbudsfristen.
- (20) Den 1. april 2019 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt valgte leverandør.
- (21) Vedrørende tildelingskriteriet «Pris» (40 %) fremgikk det at leverandørene hadde tilbudt å utføre oppdraget til følgende priser:

«Consto: Kr 849 490 000

Constructa: Kr 671 683 000

HENT: Kr 861 739 030

LAB: Kr 736 780 000

Veidekke: Kr 727 547 231»

- (22) Klager, som tilbød den laveste prisen, fikk dermed full score (40 vektete poeng). Valgte leverandørs tilbud, som var ca. 10 prosent dyrere, fikk en vektet poengscore på 33,6
- (23) For tildelingskriteriet «Løsningsforslag» (50 %) var det nedsatt en bedømmelseskomité som skulle foreta tilbudsevalueringen. Komiteen kom frem til følgende resultat:

<i>Underkriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Consto</i>	<i>Constructa</i>	<i>Hent</i>	<i>LAB</i>	<i>Veidekke</i>
<i>Arkitektonisk hovedgrep</i>	<i>50 %</i>	<i>6,4</i>	<i>7,8</i>	<i>7,1</i>	<i>10</i>	<i>5,3</i>

Ønsker for rom og funksjoner	30 %	8,4	8,6	7,2	10	6,9
Generalitet og fleksibilitet	15 %	7,5	10	8,2	9,8	9,1
Plan for systematisk ferdigstillelse og digital samhandling	5 %	5	10	6	7,5	7
Justert total karakter [vektet poengsum]		72,07 [36,03]	86,14 [43,07]	73,54 [36,77]	100 [50]	65,36 [32,68]

(24) For tildelingskriteriet «*Samspillskompetanse og gjennomføringsevne*» (10 %) fulgte en individuell vurdering av hver av tilbyderne, med følgende evalueringsresultat: «*LAB og Constructa er [...] gitt 10 vektete poeng. Veidekke er gitt 7 vektete poeng. Consto er gitt 6 vektete poeng. HENT er gitt 5 vektete poeng.*»

(25) I oppsummeringen var de totale poengsummene angitt som følger:

«*LAB: 93,60*

Constructa: 93,07

Veidekke: 74,19

Consto: 64,56

HENT: 63,09»

(26) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør den 24. april 2019.

(27) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 26. august 2019.

(28) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. oktober 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(29) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å ha avvist valgte leverandørs tilbud som følge av en rekke avvik, som enkeltvis eller samlet må anses vesentlige. Alternativt må avvikene ha skapt relativ bedømmelsestil ved sammenligningen av tilbudene. Avvikene er ikke priset, hvilket tilsier at kravene til konkurranse og likebehandling i loven § 4 også måtte medført avvisning.

(30) Bygget i valgte leverandørs tilbud overskrider reguleringsplanens krav til maksimal byggehøyde og byggevolum/siktlinje. Reguleringsplanen var inntatt i konkurransegrunnlaget som absolutte krav til utformingen av løsningsforslaget. Uansett er begge avvik «*vesentlige*», og tårnhøyden muliggjorde løsningsforslaget med 11 etasjer i det nordre tårnet, noe som ga høyere totalt bruksareal (BRA) og totalt nettoareal (NTA). Avviket er på 1,8 meter og kan ikke rettes uten at valgte leverandør reduserer takhøyden i hele første etasje eller fjerner en etasje fra tårnet, hvilket ville hatt betydning for evalueringen. Karnappene er vesentlige for kommunikasjonen mellom etasjene og

avviket kan dermed ikke rettes enkelt. De er også gitt positiv uttelling under evalueringen, hvor trapperommene i hvert tårn er fremhevet.

- (31) Valgte leverandørs tilbud inneholder også avvik fra kravet til BRA. Våre beregninger viser at valgte leverandørs bygg hadde en BRA som var lavere enn 27 000 m². Dersom avvikene nevnt ovenfor rettes, vil arealet bli desto lavere. Det foreligger også avvik fra kravet til NTA i «Rommatrise», vedlagt konkurransegrunnlaget. Disse avvikene er «vesentlige».
- (32) Valgte leverandørs tilbud inneholder også en rekke avvik fra krav til rom og funksjoner.
- (33) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved evalueringen av tilbudene. Evalueringen av underkriteriet «*oppfyllelse av ønsker til rom- og funksjoner*» er foretatt i strid med kravene til forutberegnelighet. Det foreligger ikke noe saklig eller forsvarlig grunnlag for karakterforskjell mellom klager og valgte leverandør. Dersom de nevnte avvikene ikke skulle medført avvisning, skulle de i alle fall ha utgjort momenter ved evalueringen, og disse skulle ha medført trekk i den totale poengsummen til valgte leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (34) Det foreligger ikke brudd på anskaffelsesregelverket. LABs tilbud inneholder ikke avvik, og eventuelle avvik kan verken enkeltvis eller samlet anses vesentlige. Konkurransegrunnlaget la opp til at reguleringsplanen kunne avvikes. I den grad det forelå avvik fra krav til byggehøyde og byggevolum/siktlinje, ble disse vurdert å enkelt kunne rettes i samspillsfasen, uten å gå på bekostning av kvaliteten i valgte leverandørs tilbud. Avvikene har heller ikke gitt valgte leverandør noen konkurransemessige fordeler, sammenlignet med øvrige tilbud. Flere av tilbudene inneholdt enkelte avvik fra reguleringsplanen som ikke er gitt uttelling i noen retning.
- (35) Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen krav til BRA eller NTA. Dispensasjonsvedtaket åpnet, som klager selv har fremhevet, for at det kunne bygges noe mer eller noe mindre enn nøyaktig 27 000 m² BRA. Rommatrisen var utformet i sammenheng med Rom- og funksjonsprogrammet. Denne var uttrykkelig presisert å ikke inneholde absolutte krav, og inneholdt kun anbefalinger og beskrivelser av behov og ønsker for byggets rom og funksjoner. Summen for NTA i rommatrisen var følgelig ikke et krav i seg selv.
- (36) Ettersom rom- og funksjonsprogrammet ikke ga klare krav, inneholdt valgte leverandørs tilbud heller ingen avvik fra angivelige krav til adkomst til logistikkenter, størrelse på solokontorer, antall toaletter eller mengde utleieareal. Disse var ikke oppstilt som absolutte krav i konkurransegrunnlaget.
- (37) Ingen av de angivelige avvikene i LABs tilbud medfører at det foreligger relativ bedømmelsestvil. Relativ bedømmelsestvil er under enhver omstendighet ikke videreført som selvstendig avvisningsgrunnlag i anskaffelsesforskriften av 2016, og det avvises at det foreligger mulighet for å avvise med hjemmel i anskaffelsesloven § 4.
- (38) Evalueringen er ikke beheftet med feil eller mangler. LABs tilbud inneholdt ikke avvik som skulle ha vært prissatt. Videre var ikke evalueringen av underkriteriet «*oppfyllelse av ønsker til rom- og funksjoner*» upåregnelig, usaklig, vilkårlig, uforsvarlig eller på annen måte i strid med anskaffelsesregelverket. Ingen av tilbudene imøtegikk samtlige anbefalinger og behovsskildringer i rom- og funksjonsprogrammet. Bedømmelseskomitéen foretok en grundig vurdering av samtlige tilbud, og ikke alle

aspektene av hvert tilbud fremkommer av rapporten. Således er det foretatt en rekke vurderinger som det ikke var plass til å fremheve i den endelige begrunnelsen for evalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en kontrakt om oppføring av nytt fylkeshus, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene, men tilbudsprisene varierte fra 671 683 000 kroner til 861 739 030 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (40) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.
- (41) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver skal avvise tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (42) Vurderingen av om det foreligger et *«avvik»*, og om dette i så fall er *«vesentlig»*, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Hvordan oppdragsgiver har lagt opp konkurransen, og hvilke føringer konkurransegrunnlaget gir med tanke på avvik fra kravene til ytelsen/utførelsen, har dermed stor betydning. Ved vurderingen av hvordan konkurransegrunnlaget skal forstås, tar klagenemnda utgangspunkt i en objektiv fortolkning, hvor anbudsdokumentene sees i sammenheng, jf. blant annet HR-2019-830 avsnitt 37-38 med videre henvisning til Rt. 2012 s.1729 (Mika).
- (43) Denne konkurransen gjelder en såkalt samspillsavtale, hvor *«leverandøren som tildeles kontrakt [vil] være ansvarlig for å videreutvikle sitt tilbud frem til ett endelig forprosjekt»*. Den omstendighet at valgte leverandørs tilbud skal videreutvikles etter kontraktsinngåelse, er imidlertid ikke det samme som at det at det ikke var oppstilt rammer for tilbudene i konkurransen. Den planlagte videreutviklingen av det beste tilbudet i samspillsfasen kan derimot ha betydning for vurderingen av om et avvik er *«vesentlig»*. Oppdragsgiver vil som et utgangspunkt ha noe større fleksibilitet i denne vurderingen, hvis avviket kan håndteres i samspillsfasen, se til sammenligning klagenemndas avgjørelser i sakene 2019/41, avsnitt 32–34 og 2019/277, avsnitt 21 og 22.
- (44) Etter denne generelle gjennomgangen går klagenemnda over til å vurdere de avvikene som klager anfører at foreligger i valgte leverandørs tilbud.

Avvik fra reguleringsplanen

- (45) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi løsningsforslaget i valgte leverandørs tilbud fravek kravet til maksimal byggehøyde i reguleringsplanen som er inntatt i konkurransegrunnlaget. Videre er det anført å foreligge avvik fra reguleringsplanens krav til byggevolum og siktlinje.
- (46) Det fremgår av reguleringsplanen at *«[b]yggeområdene kan maksimalt tillates bebyggt med den [...] byggehøyde som er angitt på plankartet»*. Videre følger det av tegningene

i plankartet og dokumenter knyttet til reguleringsplanen, at byggets utforming skulle ivareta en fri siktlinje over k+30 fra øst til vest, mellom nordre og søndre tårn. Det er ikke tvilsomt at valgte leverandørs tilbud avviker fra disse to kravene i reguleringsplanen.

- (47) Hvorvidt avvikene er vesentlige, avhenger av deres størrelse og betydning, herunder om de er egnet til å forrykke konkurransen, jf. eksempelvis LH-2009-45911. Lagmannsretten og klagenemnda har i flere saker konstatert at leverandørens avvik fra gjeldende reguleringsplan utgjorde vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. blant annet Eidsivating lagmannsretts avgjørelse i sak LE-2015-102226 *Seby* og klagenemndas avgjørelser i sakene 2019/108, avsnitt 39 og 2016/138, avsnitt 32. Felles for disse sakene var at konkurransegrunnlaget ikke åpnet for at tilbudene kunne avvike fra den gjeldende reguleringsplanen for området.
- (48) I vår sak ble imidlertid leverandørene oppfordret til å utfordre reguleringsplanen. Dette fremgår blant annet av strategidokumentet fra innklagede, hvor det sto at innklagede *«ynskjer [...] å sjå på forbettringspotensialet i høve til føreliggjande reguleringsplan»*. Det ble videre konkretisert hva slags løsninger som kunne være aktuelle. I samme avsnitt ble det opplyst at den valgte leverandøren *«går vidare til ein samspelfase med brukarar og byggherre, og skal drive fram byggjesaken i høve til alle offentlege myndigheiter»*.
- (49) Etter klagenemndas syn åpnet konkurransegrunnlaget med dette altså opp for å levere løsningsforslag som avviker fra reguleringsplanen. Så vidt klagenemnda kan se, leverte også alle leverandørene løsningsforslag som inneholdt avvik fra bestemmelsene i reguleringsplanen.
- (50) Når det gjelder avviket fra reguleringsplanens bestemmelse om maksimal byggehøyde, har innklagede videre forklart at valgte leverandørs tilbud oversteg reguleringsplanens byggehøyde med 1,65 meter, og at den økte høyden ikke vil ha nevneverdig betydning for siktlinjer, skyggeeffekt eller fjernvirkning. Om karnappene har innklagede forklart at valgte leverandørs tilbud i begrenset grad hindrer den frie siktlinjen mellom tårnene, både fordi trappehusene er delvis gjennomsiktede og fordi bredden på tårnene er trukket noe inn fra byggegrensen. Formålene med reguleringsplanen kan da ivaretas.
- (51) Slik saken er opplyst, har klagenemnda ingen rettslige innvendinger mot innklagedes vurderinger av at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene på disse to punktene.

Avvik i bruksareal

- (52) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud er i strid med kravet om utnyttelsesgrad (totalt bruksareal). Ifølge klagers utregninger har valgte leverandørs løsningsforslag en utnyttelsesgrad som er lavere enn 27 000 m².
- (53) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at konkurransegrunnlaget uttrykkelig åpnet for å levere løsningsforslag med avvik fra bestemmelsene i reguleringsplanen, herunder kravet til maksimal utnyttelsesgrad på 27 000 m². Det er heller ingenting i konkurransegrunnlaget som tilsier at en *lavere* utnyttelsesgrad må betegnes som et (vesentlig) avvik. Tvert imot inneholdt strategidokumentet en oppfordring om å foreslå *«meir arealeffektive løysningar»*.

- (54) Klagers anførsel om at valgte leverandørs løsningsforslag inneholdt et vesentlig avvik fra kravet om utnyttelsesgrad, kan dermed ikke føre frem.

Avvik i nettoareal

- (55) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra krav til at bygget skulle ha et totalt nettoareal (NTA) på 19 983 m².
- (56) Klagenemnda finner imidlertid ikke at noe slikt krav kan utledes av konkurransegrunnlaget. Rom- og funksjonsprogrammet og rommatrisen retter seg åpenbart mot å fremme nødvendige og ønskelige *funksjoner* i bygget, fremfor å fastsette krav til det totale nettoarealet bygget skal ha. Det totale nettoarealet på bunnen av rommatrisen fremstår kun å være et tenkt resultat av samtlige arealfunksjoner i matrisen, og ikke et krav i seg selv.
- (57) Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra et krav til NTA kan følgelig ikke føre frem.

Avvik fra krav til adkomst og varelevering/-mottak

- (58) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra konkurransegrunnlagets krav til adkomst for tyngre kjøretøy – for eksempel BIR sine renovasjonsbiler – til logistikkcenteret.
- (59) Det fremgikk av kravspesifikasjonen punkt 761.3 at «[d]er det er mulig og hensiktsmessig bør det være egne adkomster for varetransport og service biler, adskilt fra ferdselsområder for persontrafikk. Dimensjoneres for tyngre kjøretøyer».
- (60) Valgte leverandørs løsningsforslag la opp til adkomst for liten lastebil til logistikkcenteret. Av innklagede ble denne løsningen ansett som tilfredsstillende.
- (61) Klagers anførsler gir ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik på dette punkt.

Avvik fra funksjonskrav

- (62) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av avvik fra flere av kravene i rom- og funksjonsprogrammet.
- (63) Innledningsvis skal det bemerkes at det var presisert i konkurransegrunnlaget punkt 8.2.1 at «en rekke krav i rom og funksjonsprogrammet er oppgitt med ord som "skal", "må" eller andre betegnelser som kan gi inntrykk av at kravet er absolutt. Dette er ikke tilfelle. Ingen krav i rom- og funksjonsprogrammet er absolutte».
- (64) Rom- og funksjonsprogrammet inneholder beskrivelser av behov og ønsker som i størst mulig grad skal dekkes gjennom utformingen av løsningsforslaget, uten at enkelte avvik ville lede til at tilbudet ble avvist fra konkurransen. Det følger også av de innledende bemerkningene i rom- og funksjonsprogrammet at programmet var ment slik.
- (65) Klager anfører for det første at valgte leverandør ikke oppfylte rom- og funksjonsprogrammets krav til at solokontorer skulle være minst 6 m². Valgte leverandørs tilbud inneholder flere solokontorer med nettoareal på 5,3 m².

- (66) Innklagede viser til at selv om løsningsforslaget legger opp til at 113 av kontorene vil ha et noe mindre areal enn den veiledende standarden på 6 m², så vil 103 av dem ha et areal på 7,5 til 13 m². Kontorene er atskilt med skillevegger og er plassert enten vegg i vegg, mot gang eller andre tilgrensende arealer. I den grad det er nødvendig å justere størrelsen på hvert enkelt kontor, er det dermed uproblematisk å flytte på skillevegger eller omrokere på kontorene.
- (67) For det tredje var det ifølge klager stilt krav til 6 unisex-toalett og ett HC-toalett per etasje. Valgte leverandørs tilbud avviker fra dette for flere av etasjene.
- (68) Innklagede fremholder på sin side at kravet går ut på at det skulle være ett toalett for hver femtende arbeidsplass, og at graden av oppfyllelse ble hensyntatt i evalueringen. Det var imidlertid ikke et sentralt punkt og er derfor ikke reflektert i bedømmelseskomiteens rapport. I alle tilfeller er det bare snakk om behov som ønskes dekket i størst mulig grad, noe de øvrige tilbudene bekrefter. Flere av disse har lagt opp til noe flere arbeidsplasser per toalett enn retningslinjene i rom- og funksjonsprogrammet.
- (69) Til sist har klager anført at de ovennevnte avvikene i areal har medført at kravene til utleieareal ikke er oppfylt, hvilket bryter med forutsetningene i konkurransegrunnlaget.
- (70) Klagenemnda kan – slik innklagede fremholder – ikke se at det var stilt krav til at bygget skulle inneholde en spesifikk mengde utleieareal. I rom- og funksjonsprogrammet punkt 2.2.1 går det frem at «[d]et kontorarealet, som fylkeskommunen etter romprogrammet ikke trenger, skal leggest til rette for utleige». Dette arealet vil naturligvis komme an på løsningsforslaget, og vil antakelig variere med tiden etter at bygget blir tatt i bruk.
- (71) Samlet sett finner klagenemnda at de anførte avvikene knytter seg til beskrivelser av behov og ønsker som skulle dekkes i størst mulig grad ved utformingen av løsningsforslaget til det nye bygget. Oppfyllelsen av disse behovene ville være vurderingstema i tildelingsevalueringen og dermed er forholdene ikke å anse som avvik fra konkurransegrunnlaget.
- (72) Klagers anførsler om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av avvik fra rom- og funksjonsprogrammet, kan følgelig ikke føre frem.

Ulovlig tildelingsevaluering

- (73) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene i tilknytning til underkriteriet «Oppfyllelse av ønsker til rom- og funksjoner». Klager anfører nærmere bestemt at innklagede har brutt regelverket ved ikke å vektlegge antall kvadratmeter NTA og BRA, antall arbeidsplasser, størrelsen på utleiearealet og avvik fra krav til adkomst, solokontorer og toaletter.
- (74) Den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Klagenemnda kan prøve om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783, avsnitt 44.
- (75) Oppdragsgiver har ingen plikt til å gi en detaljert beskrivelse av alle forhold som skal vurderes under hvert enkelt underkriterium. Videre kan oppdragsgiver vektlegge forhold

som ikke er uttrykkelig nevnt i konkurransegrunnlaget, men som omfattes av en naturlig forståelse av underkriteriet, se til sammenligning klagenemndas sak 2016/54, avsnitt 26, med videre henvisning til Underrettens avgjørelse i T-477/15, avsnitt 131. Bedømmelsen av tildelingskriteriene vil ofte være sammensatt, hvor enkelte egenskaper vil trekke kvaliteten opp og andre vil trekke den ned. I større og mer komplekse anskaffelser vil ikke leverandørene ha en berettiget forventning om at ethvert fortrinn ved det tilbudte produktet gir utslag i poengscoren. Det kan i slike tilfeller heller ikke stilles krav om at absolutt alle vurderinger oppdragsgiver har gjort, skal inngå i begrunnelsen for valg av leverandør, jf. LG-2017-28938 og klagenemndas sak 2018/125, avsnitt 69.

(76) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*» (vektet 50 prosent) var inndelt i tre underkriterier, deriblant «*Oppfyllelse av ønsker til rom og funksjoner*». Det var presisert at det ved vurderingen «*i hovedsak [vil] bli lagt vekt på:*

- *Oppfyllelse av arealønsker i rommatrise, herunder også ønsker for total BRA.*
- *Oppfyllelse av ønsker til innhold i og utforming av de enkelte romtyper (inklusive hjemmeområder)/funksjoner oppgitt i rom- og funksjonsprogram, foruten materialvalg.*

Vurderingen vil bli gjort på bakgrunn av en helhetsvurdering hvor kriteriene over vil være en del av momentene i vurderingen.»

(77) Når det gjelder antall kvadratmeter NTA og BRA og antall arbeidsplasser, bestrider innklagede at dette skulle ha vært tillagt større vekt.

(78) Klagenemnda kan ikke se at denne vurderingen ligger utenfor de rettslige rammene for evalueringen av tilbudene. Konkurransegrunnlaget gir flere steder klare signaler om at det var utformingen og bruken av arealene som ville bli tillagt størst vekt. Av bedømmelseskomiteens rapport fremgår det derfor også at «*Kvalitativt gode aktivitetsbaserte arbeidsplasser er vektet fremfor oppfyllelse av et høyt antall arbeidsplasser innpasset*».

(79) Når det gjelder de øvrige momentene som klager viser til, har innklagede forklart at disse ble hensyntatt i evalueringen. Disse momentene var imidlertid ikke utslagsgivende, og ble derfor ikke fremhevet i rapporten fra bedømmelseskomiteen.

(80) Heller ikke på dette punktet gir klagers anførsler grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket ved ikke å legge større vekt på de nevnte momentene.

(81) Klagers anførsel om at evalueringen er i strid med regelverket, kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk