



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Ulovlig tildelingskriterium. Avvisning av tilbud. Habilitet. Etterprøvbarehet. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for inngåelse av totalentreprisekontrakt med samspill for oppføring av ny videregående skole og vitensenter i Kaupanger. Klager fremsatte en rekke anførsler, blant annet at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det inneholdt vesentlige avvik fra de oppstilte krav til øvingsareal for tunge kjøretøy. Klagenemnda kom til at denne anførselen førte frem. Som følge av resultatet nemnda kom til, ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 5. mai 2021 i sak 2020/489

Klager: HS Bygg AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Vestland Fylkeskommune (den gang Sogn- og Fjordane fylkeskommune, heretter *innklagede*) kunngjorde 15. mai 2019 en begrenset anbudskonkurranse i form av en pris- og designkonkurranse med samspill, for anskaffelse av totalentreprenør til oppføring av ny videregående skole og vitensenter i Kaupanger. Tilbudsfrist var 20. september 2019.
- (2) Konkurransereglene var inndelt i to deler, der del I inneholdt generelle regler for konkurransen, mens del II inneholdt et rom- og funksjonsprogram.
- (3) Entreprisen ble organisert som en totalentreprise med samspill i to ulike faser. Første fase var samspillsfasen, og om denne het det i konkurransegrunnlagets del I punkt 1.3 at *«leverandøren som tildeles kontrakt [vil] 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.»*
- (4) Tildelingskriteriene var ifølge konkurransereglenes del I punkt 8.1; «Pris» (40 prosent), «Løsningsforslag» (50 prosent) og «Samspillskompetanse og gjennomføringsevne» (10 prosent). Det fulgte videre at det ved evalueringen av tildelingskriteriet, «Løsningsforslag», ville bli lagt vekt på:

«Arkitektonisk hovedgrep 50 %

Oppfyllelse av ønsker til energieffektivitet og miljøvennlige materialer 30%

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

Oppfyllelse av ønsker for rom og funksjoner, fleksible og pedagogiske løsninger 15%

Plan for digital samhandling og gjennomføringsevne 5 %»

- (5) I konkurransegrunnlagets del I punkt 8.2 «Særlig om rom og funksjonsprogrammet» het det at:

«Oppdragsgiver ønsker å gjøre leverandørene 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.»

- (6) Av rom- og funksjonsprogrammets generelle informasjon om prosjektet, fulgte det av punkt 2.2 at:

«Eit overordna mål er å etablere fellesbygg for Sogndal vgs og Vitensenteret på Kaupanger med opning i 2020.

Bygget skal vere godt synleg frå riksvegen og framstå med eit inviterande ytre.

Vitensenteret sin hovudinngang skal vere tydeleg markert i bygningens fasade mot sør, og det skal etablerast gode uterom for opphald, også i samband med uteservering.

Det skal leggest opp til effektiv avvikling av trafikk både for privatbilar, bussar og sykklar.

Øvingsareal for tunge køyretøy er ein viktig treningsarena for Sogndal vgs, og dette må løysast slik at det ikkje oppstår kryssande konfliktar med Vitensenteret.

Det skal etablerast eit uteområde – vitenpark – for utandørs aktivitetar og utstilling.

Det vert lagt opp til utstrakt bruk av tre og massivtrekonstruksjoner der dette let seg gjere utan at det blir i overkant kostnadsdrivande. Det er óg muleg å få til konstruksjonar med betre miljømessig yting enn standard materialar utan at det nødvendigvis er massivtre. Dette går meir detaljert fram i Miljøoppfølgingsplan.

Senteret skal når det står ferdig framstå som eit interessant og attraktivt besøksmål i kraft av sin utforming og materialbruk.»

- (7) I rom- og funksjonsprogrammets orientering om Sogndal vidaregåande skole, fremgikk det av punkt 2.3 at:

«Sogndal vidaregåande skule avdeling Kaupanger har 3 utdaningsprogram; vg 2 Transport og logistikk, vg 3 Yrkessjåførfaget og vg 2 Anleggsteknikk.

Av utdaningsprogramma skal vg 2 Transport og logistikk og vg 3 Yrkessjåførfaget inngå 100% i dette konkurranseprogrammet.

For vg 2 Anleggsteknikk gjeld dette berre delvis. Alle sosiale rom for elevane og alle personalrom for lærarane i anleggsteknikk inngår i programmet, men utøvande undervisningsareal- og rom for anleggsteknikk - både innomhus og utomhus - skal ikkje inngå i konkurransen. Denne delen av anleggsteknikk vil føregå på tomte og nabohuset kalla «Hansabygget».

Sogndal vgs skal ha eige øvingsareal for manøvrering og parkering av tunge køyretøy, men óg trening med tunge køyretøy i rørsle med og utan lastsikring.

Sogndal vgs har også eit utstrakt behov for kursing av elevar.

Målsettinga er å skape eit så godt læringsmiljø som råd både i teori og praksis.»

- (8) Parallelt med gjennomføringen av konkurransen, var det iverksatt en prosess for å vedta ny reguleringsplan for tomten, som var beskrevet i rom- og funksjonsprogrammets punkt 4.2 «Ny reguleringsplan»:

«Gjeldande reguleringsplan er frå 1975, og det er frå kommunen si side stilt krav om at det må utarbeidast ny plan.

Fylkeskommunen har sett i gang arbeid med ny reguleringsplan. Planarbeidet blir utført i regi av Norconsult. Oppstartsmøte med Sogndal kommune vart halde 12.12.2018, og ein reknar med at reguleringsplanen blir ferdig handsama og godkjent i kommunestyre ved utgangen av første halvår 2019.

Ei av dei viktigaste utfordringane innanfor planområdet er krysset ved Rv.5/Skarpeteigvegen. Reguleringsplanprosessen vil avklare om krysset blir stengt (ønske frå Vegvesenet) eller om det blir stilt krav om endra utforming (eksempelvis bygd avkøyringsfil på Rv5 i retning frå Sogndal).

Byggegrensa vil truleg bli satt til 30 meter frå senter veg (Rv5), dvs slik bygningane står i dag og som er nedfelt i gjeldande plan. Det vert forutsatt at arealet mellom byggegrensa og eigedomsgrensa mot Rv5 kan opparbeidast til p-plassar og internt trafikkareal.

Ein reknar ikkje med at det blir stilt strenge krav til utforming, utnyttingsgrad og gesimshøgder.

Rv5 produserer støy og det er lagt inn omsynssoner for gul- og raud sone i reguleringsplan. Støysonene er også vist på illustrasjonsplan på figur 7 på side 27. For å skape gode uterom er det viktig å ta omsyn til trafikkstøyen.

I dag er tilkomst for skulen sine (tunge) køyretøy via Kvernhusaugvegen og Skarpeteigvegen. Denne er bratt ved innpåkøyring til Skarpeteigvegen, Spesielt om vinteren kan det vere vanskar med glatte vegar ved innpåkøyringa. Det er difor planlagt som ein del av reguleringsplan, at SVGS får ny tilkomst for tunge køyretøy via 105/233 Hansabygget. Avkøyrsla direkte inn frå Skarpeteigvegen blir opprettholdt som i dag.

Ein reknar med at planarbeidet ikkje vil få andre vesentlege konsekvensar for aktuell utbygging inne på tomtene 105/252 og 105/81 enn det som er nemnt ovanfor.»

- (9) I rom- og funksjonsprogrammet punkt 8 «Utearealer», fremgikk kravene til prosjektets uteareal. I punkt 8.1 «Utenomhus generelt, tilkomst og parkering» var hovedelementene på tomten beskrevet:

«1 Avkøyrslar både frå Skarpeteigvegen og Kvernhusaugvegen/ Hansabygget.

2 Tilkomst- og parkeringsområde for VS/ SVGS med bil, sykkel og gåande inkl buss

3 Vitenpark

4 Byggeområde

5 Øvingsområde»

- (10) I rom- og funksjonsprogrammets punkt 8.2 «*Utomhus Sogndal vgs*» het det videre at:

«Sogndal vgs skal ha areal for trening med tunge kjøretøy i rørsle og lastsikring med demonstrasjon. Med tunge kjøretøy meiner ein semitrailer, vogntog og bussar, men ikkje modulvogn. På øvingsområdet skal de vere plass til at køyretøya skal kunne parkere, snu 190 og 360 grader, kunne svinge 90 grader og øve på parkering og gjennomkøyring mellom andre parkerte vogntog. Dette arealet skal vere minimum 65m x 65m og asfaltert. I arealet er det teke omsyn til overheng på bilane og at det er uerfarne sjåførar som er under opplæring og som difor treng ekstra svingareal.

I tillegg skal det vere areal på 120 m for retardasjon og akselerasjonsøvingar med tunge køyretøy for opplæring i lastsikring. I dag nyttar ein Kvernhusaugvegen til dette, og ein forutset at reguleringsplanen stadfestar denne mulegheiten.

Sogndal vgs ynskjer fylgjande parkeringsdekking for tilsette, elevar og besøkande:

40 p-plassar for elevar

10 p-plassar for lærarar

5 p-plassar for besøkande

Sum 55 p-plassar»

- (11) Vedlagt konkurransegrunnlaget, var forslag til ny reguleringsplan for området, utarbeidet av Norconsult. Forslaget besto av dokumentene «*Detaljreguleringsplan Planomtale*» og «*Detaljreguleringsplan Føresegner*», som begge var datert 1. mars 2019.
- (12) Av detaljreguleringsplanens planomtale, punkt 5.2 «*Sogndal vgs (SVGS) og Vitensenteret (VS)*», fremgikk det at:

«Det er utarbeidd eit romprogram for både SVGS og VS, men det føreligg p.t. ingen konkret plan for utbygginga. Fylkeskommunen vil parallelt med reguleringsprosessen lyse ut ein pris- og designkonkurranse. Reguleringsplanen må difor utformast så open og fleksibel som råd er slik at fylkeskommunen vert sikra moglegheitene for å kunne realisere eit framtidsretta og mest mogeleg tenleg bygg og anlegg.

(...)

Utbyggingsområdet er lite i høve til eit arealkrevjande rom- og funksjonsprogram. Øvingsområdet åleine måler 65m x 65m og legg beslag på heile tomtebreidda på tvers.

- (13) Øvingsområdet for tunge kjøretøy var nærmere beskrevet i punkt 5.4 «*Øvingsareal SVGS*»:

Sogndal vgs skal ha areal for trening med tunge køyretøy i rørsle og lastsikring med demonstrasjon. Med tunge køyretøy meiner ein semitrailer, vogntog og bussar, men ikkje modulvogntog.

På øvingsområdet skal det vere nok plass til at skal kunne akselerere, retardere, parkere, snu 180 og 360 grader, kunne svinge 90 grader, øve på parkering, gjennomkøyning mellom andre parkerte vogntog og at alle køyretøya til fylkeskommunen skal kunne stå oppstilt.

Dette arealet må vere minimum 65m x 65m, og det må vere tilnærma flatt og asfaltert. I arealet er det teke omsyn til ekstraareal ut over normale sporingskurver pga overheng på bilane og at det er uerfarne sjåførar som er under opplæring og som difor treng ekstra svingareal.

(...)»

- (14) I planomtalen var det også inntatt merknader fra Statens vegvesen knyttet til muligheten for å plassere områder for intern trafikk innenfor byggegrensen til den eksisterende Riksvei 5. Statens vegvesen kommenterte at det var uheldig og utfordrende at planprosessen for den videregående skolen og Vitensenteret kom forut for kommunedelplanen for Riksvei 5. Utfordringene knyttet seg til at man på tidspunktet merknadene skulle inngis, ikke visste hvilke krav som ville stilles til den fremtidige riksveien, og hvordan det ville påvirke byggegrensen, det eksisterende veikrysset og tilkomsten til den videregående skolen. Konkret om byggegrensen, het det at:

«På bakgrunn av pågåande planarbeid for ny rv. 5, krev Statens vegvesen ei byggegrense på 30 meter frå midten av eksisterande rv. 5.

Dei vil ikkje tillate parkering innanfor byggegrensa, utan ein skiftleg avtale som sikrar at slike parkeringsplassar kan fjernast vederlagsfritt dersom dei kjem i konflikt med framtidig kommunedelplan.»

- (15) Statens vegvesens merknader var deretter kommentert av innklagede i planomtalen:

«Statens vegvesen har signalisert krav til byggegrense på 30 m, og at dei ikkje vil ha parkering og evt. opparbeida trafikkområde, dvs. arbeidstun for tunge køyretøy, innanfor forbodssone bygging (mellom rv.5 og 30 m byggegrense). Dette punktet er heilt klart i strid med fylkeskommunen sine interesser.

Praktisk øvingskøyning med tunge køyretøy er ei av kjerneaktivitetane til den vidaregåande skulen. På øvingsområdet skal det vere nok plass til at køyretøya skal kunne akselerere, retardere, parkere, snu 180 og 360 grader, kunne svinge 90 grader, øve på parkering, gjennomkøyning mellom andre parkerte vogntog og at alle køyretøya til fylkeskommunen skal kunne stå oppstilt. Dette arealet må vere minimum 65m x 65m, og det må vere tilnærma flatt og asfaltert. I arealet er det teke omsyn til ekstraareal ut over normale sporingskurver pga overheng på bilane og at det er uerfarne sjåførar som er under opplæring og som difor treng ekstra svingareal. For fylkeskommunen er det heilt avgjerande at det vert høve til opparbeiding av eit permanent øvingsområde heilt i eigedomsgrensa mot vest mot Rv5 og innafor byggegrensa (30m).

Dersom Statens vegvesen set fram krav om permanent forbod mot parkering og opparbeiding av arbeidstun innanfor byggegrensa på 30m mot Rv 5, vil dette truleg gjere det umogeleg med ei utbygging i området.»

- (16) Den 16. mai. 2019 publiserte Sogn Avis artikkelen «*Motsegn kan bremsa opp Vitensenteret*», der det het at «*I og med at vegvesenet ikkje veit den eksakte plasseringa av ny og større veg, har dei stilt krav om ei byggjegrænse på 30 m frå midtlinje rv. 5. Eit sentralt utgreiingstema i planarbeidet er å få løyst nok areal for å dekkja det auka parkeringsbehovet, samt øvingsområde for vogntog på området. Store delar av dette ligg innanfor areal som er definert som byggjegrænse mot veg, heiter det.*»
- (17) Foranlediget av dette, stilte en av tilbyderne 20. mai 2019 spørsmål til innklagede om hvordan leverandørene skulle forholde seg til «*at Statens Vegvesen har kome med motsegn i forhold til planane om SVGS/Vitensenteret.*»
- (18) Innklagede svarte samme dag at «*Tilbydarane forholder seg til konkurransens forslag til ny reguleringsplan inntil vidare, evt. justeringar som følger av motsegn og anna vert mest sannsynleg handtert i samspelsfasen av prosjektet.*»
- (19) Den 28. mai 2019 ba innklagede Statens vegvesen om aksept for en midlertidig løsning der innklagede kunne disponere arealene innenfor byggegrensen på 30 meter til parkeringsplasser. Statens vegvesen svarte samme dag at innklagede måtte fremme en dispensasjonssøknad, og at Statens vegvesen kun ville akseptere en midlertidig løsning av fem års varighet.
- (20) Dette resulterte i at innklagede gjorde visse endringer i detaljreguleringsplanen, i et forsøk på å imøtekomme vegvesenets ønsker, og Statens vegvesen svarte i brev av 5. juni 2019 at:

«Kommunen legg opp til blant anna følgjande endringar ved handsaming av plan:

- *Føresegn 3.2.2 endrast til slik ordlyd: Byggegrense mot Rv. 5 er 30 meter rekna frå senterline til riksvegen.*
- *Føresegn 3.2.3 endrast til slik ordlyd: Byggegrense er 10 meter rekna frå senterlinje til Skarpeteigvegen.*
- *Føresegn 5.2.3 endrast til slik ordlyd: Innanfor BKB skal det opparbeidast 90 parkeringsplassar.*

Konkret inneber dette at det ikkje lenger er opning for parkeringsareal og øvingsområde for tunge køyretøy innanfor 30 m byggegrensa til rv. 5. Vi viser elles til vårt brev av 29.05.2019 der vi akseptera ei løysing der det vert gjeve mellombels dispensasjon frå byggegrensa mot rv. 5. Dette inneber at vi får teke stilling til endeleg utforming når vi får detaljerte teikningar på høyring. Mellombels bruk skal vere inntil fem år, med moglegheit for forlenging. Etter vår vurdering vil dette gje tiltakshavar tid til å planlegge og realisere alternativ parkeringsløysing i fleire nivå som skissert i møte 23. mai 2019.

Vi stadfestar med dette at endringane er tilstrekkeleg til at varselet om motsegn vert trekt.»

- (21) Klager stilte 7. juni 2019 spørsmål om «*deler av, eller hele, arealet for Garasje 6 vogntog (900m²) og Garasje og vaskeplass (182m²) [kan] ligge innenfor / overlappe Øvingsområde for tunge køyretøy (4225m²)?*», hvorpå innklagede samme dag svarte at:

«So lenge krav og funksjonar ikkje er råka av dette er det heilt greitt. Evt. plassering av andre funksjonar inne på øvingsområdet, eller med overlapping skal med dette ikkje føre til at øvingsområde vert mindre enn spesifisert. I tillegg må det sikrast at plasseringa ikkje medfører at mulegheita for fri manøvrering vert gjort vanskeleg som følge av plasseringa.»

- (22) Informasjon om at endelig reguleringsplan var vedtatt, ble meddelt tilbyderne gjennom en offentlig informasjonsmelding i TendSign 14. juni 2019:

«REGULERINGSPLAN:

Sogndal kommune har no vedteke ny detaljreguleringsplan, ref. dokument tilhøyrande forslag til ny reguleringsplan.

I medhald av plan- og bygningslova §12-12, vedtek kommunestyret detaljreguleringsplan for Sogndal vidaregåande skule og Vitensenter, PlanID1420-2018008, med desse endringane:

Føresegn 3.2.2 endrast til slik ordlyd: Byggegrense mot Rv. 5 er 30 meter rekna frå senterline til riksvegen.

Føresegn 3.2.3 endrast til slik ordlyd: Byggegrense er 10 meter rekna frå senterlinje til Skarpeteigvegen.

(...)

Føresegn 5.2.3 endrast til slik ordlyd: Innafor BKB skal det opparbeidast 90 parkeringsplassar.

Vedteken plan skal ikkje kunngjerast før godkjent overvassplan ligg føre.

DISPENSASJONSSØKNAD:

Nb. det vert i tillegg søkt om dispensasjon frå vedteken detaljreguleringsplan, med følgande ordlyd: Byggegrensa mot Rv. 5 er 30 meter rekna frå senterline til riksvegen. Utanfor byggegrensa, dvs. inntil eigedomsgrensa mot Rv 5, kan det etablerast parkeringsplass og øvingsområde for tunge køyretøy, inntil ein minste avstand på 13 meter rekna frå senterline til riksvegen. Bygging nærare riksvegen forutset sikringstiltak langs vegen. Før det vert gjeve løyve til tiltak innanfor byggegrensa skal det som ein del av arbeidet med søknad om gjennomføring av tiltak dokumenterast at parkeringsplassane og øvingsbanen kan tilpassast plan for framtidig Rv. 5 forbi området, dvs. flyttast utanfor byggegrensa til Rv 5. Dispensasjonssøknaden skal og på høyring hjå Statens Vegvesen. Som følge av dette må tilbydar ta stilling til utføring av parkeringsplassar. Viss delar av disse vert utført innanfor område for dispensasjonssøknad må resterande plassar tilpassast slik at alle parkeringsplassar (min. 90 stk.) på seinare tidpunkt kan vere utført i fleire etasjar, ved f.eks. split level. Dette fører mest sannsynleg til at fyrste utgåve av parkeringsareal vert gravd ned i terrenget. Alternativt kan alle parkeringsplassar utførast direkte i fleire etasjar/integrert i bygningsmassen, dvs. innanfor byggjegrrensa.

For øvingsområde vert det teke utgangspunkt i at det vert utforma med omsyn til dispensasjonssøknaden.»

- (23) Ved tilbudsfristens utløp den 20. september 2019 forelå det tilbud fra Veidekke Entreprenør AS, Åsen&Øvrelid AS (heretter *valgte leverandør*) og HS Bygg AS (heretter *klager*).
- (24) Ved tildelingsbeslutning av 21. oktober 2019 ble leverandørene informert om at Åsen&Øvrelid AS var innstilt som vinner av konkurransen. Det fulgte her at klager hadde inngitt en pris på 143.716.250 kroner, mens Veidekke Entreprenør AS sin pris lå på 137.125.000 kroner. Valgte leverandør innga et pristilbud på 133.336.378 kroner.
- (25) Valgte leverandør beskrev sin tilbudte løsning for «*Garasje og øvingsområde – SGV*» på følgende måte:

«Øvingsområdet skal vere 65x65 m i følge grunnlaget. Vi har plassert Øvingsområdet der tomta er på sitt breiaste. Her er det mogleg å få omlag 60 m breidde. Andre vegen er Øvingsfeltet 55 m inkludert 3 m under utkraga garasje. Det er mogleg å skyve Vitensenter/SVG 5-10 m lenger mot sør, og såleis oppnå 60-65 m denne vegen. Framleis blir parken stor nok om ein summerer arealet på bakkeplan og øvre parkplan. Ut frå ei totalvurdering, har vi valgt å prioritere ein grøn park på bakkeplan og såleis skape ein attraksjon for besøkande, men og ein triveleg skule og arbeidsplass.

Garasjen ligg lengst mot nord der tomta er smalast. Her er det plass til 6 vogntog/bussar og garasje/vaskeplass. Bygningen er kraga ut omlag 5,0 m for å vinne plass til øvingsfeltet. Vi tilrår at det vert gjort ei vurdering av storleiken på garasjen opp mot storleiken på Øvingsfeltet.

Fordi det er god avstand mellom avstigningsfeltet og Kvernhusvegen og fordi avstigning skal skje i sørenden ved parken, kan Kvernhusvegen framleis nyttast som veg for øving av retardasjon og akselerasjon med tunge køyretøy for opplæring i lastsikring.»

- (26) Om evalueringen av tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*» het det at:

«Juryen har utarbeida ein eigen rapport som nærere gjer greie for juryen sine vurderingar av dei ulike forslaga. Sjå vedlagt rapport for nærare informasjon. Juryen har komme fram til følgende poengsum og rangering:

		HS Bygg	Veidekke	Å & Ø
Hovedområde	Vekting	Karakter	Karakter	Karakter
Arkitektonisk hovedgrep	50 %	7,0	6,5	10,0
Miljøplan	30 %	10,0	7,7	6,3
Rom og funksjoner	15 %	9,8	7,8	10,0
Plan for digital samhandling og systematisk ferdigstilling	5 %	10,0	4,5	4,0
Normalisert samlet karakter, Forslag til løysing	50 %	98,6	81,0	100,0

- (27) Ved endt evaluering oppnådde valgte leverandør en samlet sum på 95,00 poeng, mens klager endte med en samlet sum på 94,16 poeng.

- (28) Leverandørens tilbudte øvingsområde og parkeringsmuligheter, ble i juryrapporten vurdert under punktet «*Arkitektonisk hovedgrep*». Om valgte leverandørs tilbudte øvingsareal og parkeringsmuligheter, het det i juryrapporten at:

«Avstand mellom parkering og inngang til skule og Vitensenter er vurdert som god i løysing frå Åsen og Øvrelid. Tydelege gangliner for gåande frå parkering manglar. Parkering i ytterkant av øvingsareal kan gi kryssande gangtrafikk på øvingsareal, vurdert som ei mindre god trafikksikker løysing. Varelevering er egna løyst for tilkomst. Øvingsareal er vurdert som for trangt, for dei aktivitetane som konkurransegrunnlaget har spesifisert. Vendehammar for buss er ikkje vist, men det er lagt opp til akseptabel løysing der bussane køyrer inn Vangstadvegen og opp Kvernhusvegvegen til egna avstigingsfelt og busslomme.»

- (29) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved klage av 1. og 13. november og gjorde i hovedsak gjeldende at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klager mente at avvikene i valgte leverandørs tilbud muliggjorde kostnadsbesparende løsninger, som ble premiært av innklagede i tildelingsevalueringen. Klagen ble ikke tatt til følge.

- (30) Av referatet fra oppstartsmøte mellom innklagede og valgte leverandør 27. november 2019, følger det om øvingsområdet under punktet «*Gjennomgang av arkitektoniske hovudgrep og innspel til endringar frå BH*», at partene må «*kvalitetssikre funksjon opp mot bruker/skule. Må gjennomføre eigen seanse på dette. Behov var for dårlig definert i anbud.*»

- (31) Dette var også tema i samhandlingsmøte mellom innklagede og valgte leverandør 3. desember 2019, der det følger av referatets punkt om «*Uteområde*», at:

«Gjennomkøyringsgarasje er eit stort ønskje. Innkøyring ved kvernhusvegen. Brukar treng 35m friareal for svingradius. Mogleg plassering for carport er i nordvestlege hjørne. Det er ønskje 6 løp + vaskehall. Kwart løp skal ha min. 24m lengde. Vaskehall 28m. minimumsbredde for kvart løp er 5m.»

- (32) Kontrakt med valgte leverandør ble signert 4. desember 2019.

- (33) I «*Situasjonsplan*» datert 6. mars 2020 fremgikk endringene valgte leverandør i forprosjektet gjorde i sin tilbudte løsning, der seks carporter og en vaskehall ble plassert inne på det tegnede øvingsområdet.

- (34) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. juni 2020.

- (35) Av endringsloggen fra samhandlingsfasen fulgte det at en av endringene som var gjort under punktet «*Trafikkareal*», var «*Auka omfang støttemurar pga. flytting av carport/terreng/utviding øvingsområde 143 lm*», og «*utvida øvingsområde, asfalt og grunnarbeid vekktrauing og tilbakefylling.*» Disse endringene medførte at kontraktssummen ble justert til 135.391.501 kroner.

- (36) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (37) Innklagede har brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b ved å akseptere tilbudet fra valgte leverandør. Valgte leverandørs tilbud inneholder «*vesentlige avvik*» fra kravene i konkurransen. Det foreligger avvik fra konkurransegrunnlagets oppstilte krav til øvingsareal for tunge kjøretøy, avvik fra reguleringsplanens krav til byggehøyde og avvik fra kravet til etasjehøyder. Alle avvikene er både hver for seg og samlet å anse som «*vesentlige*», og medfører en avvisningsplikt.
- (38) Subsidiært anføres det at de identifiserte avvikene måtte gi negativ uttelling i tildelingsevalueringen. Enhver negativ uttelling ville som følge av den samlede poengforskjellen ledet til en endret rangering av tilbudene i konkurransen.
- (39) Innklagede har brutt forskriften § 28-2 bokstav a ved å gjøre ulovlige endringer av kontrakten i samspillsfasen. De ulovlige endringene knytter seg til etablering av gjennomkjøringsgarasje og vaskehall på øvingsarealet for tunge kjøretøy. Dersom klager hadde vært kjent med at dette kunne plasseres innenfor/overlappe øvingsarealet, hadde klager valgt en annen løsning enn å plassere de aktuelle arealene i en kostbar parkeringskjeller.
- (40) Det utgjør også en vesentlig endring av samspillskontraktens punkt 3.3 at det fra innklagedes side ble akseptert at prosjektlederen ble skiftet ut underveis i entreprisen uten at det ble sanksjonert på en slik måte som bestemmelsene i samspillskontrakten la opp til.
- (41) Innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 ved ikke å gi klager innsyn i evalueringsmatrisen som dannet grunnlaget for poengutregningen i tildelingsevalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (42) Det bestrides at innklagede har brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Det var ikke oppstilt absolutte krav i denne konkurransen, og anskaffelsesdokumentene la opp til at avvik i første rekke skulle vurderes som en del av tildelingsevalueringen. Det er dermed ikke grunnlag for å tolke anskaffelsesdokumentene slik at avvik fra kravene skulle lede til avvisning. Avvikene har heller ikke gitt valgte leverandør noen konkurransemessige fordeler, sammenlignet med øvrige tilbud.
- (43) Det ble ikke gjort vesentlige endringer av kontrakten i samspillsfasen i strid med forskriften § 28-2 bokstav a. I spørsmål- og svarrunden besvarte innklagede spørsmålet om vaskehall og garasjene kunne plasseres innenfor/overlappe øvingsarealet med at det var «*heilt greit*», så lenge krav og funksjoner ikke ble berørt av dette. Selv om innklagedes svar med fordel kunne vært mer presist, leder ikke mangelen på presisjon til at innklagedes senere endringer i samspillsfasen kan klassifiseres som en vesentlig endring.
- (44) Beslutningen om å skifte ut prosjektlederen underveis var noe partene ble enige om, og eksistensen av en dagmulktbelagt sanksjon ved endringer i prosjektorganisasjonen hindrer ikke at partene kan bli enige om slike endringer. Uansett var det adgang til å tilby forskjellige prosjektledere for henholdsvis samspillsfasen og gjennomføringsfasen.

- (45) Det bestrides at innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvnbarhet i loven § 4. Kravet er blant annet ivaretatt gjennom den grundige beskrivelsen av evalueringen som ble gitt i juryrapporten. Innklagedes avslag på innsyn i evalueringsmatrisen er påklaget til Statsforvalteren, som har opprettholdt innklagedes avslag på innsyn.

Klagenemndas vurdering:

- (46) 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 ny fagskole og vitensenter, som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene, men tilbudsprisene i konkurransen varierte fra 133.336.378 til 143.716.250 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (47) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder flere avvik fra anskaffelsesdokumentene, og dermed skulle vært avvist i medhold av forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (48) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skal avvise tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (49) 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).
- (50) Denne konkurransen gjelder en såkalt samspillsavtale, hvor *«leverandøren som tildeles kontrakt [vil] være ansvarlig for å videreutvikle sitt tilbud frem til ett endelig forprosjekt»*. Det at valgte leverandørs tilbud skal videreutvikles etter kontraktsinngåelse, er imidlertid ikke det samme som at det ikke er oppstilt rammer for tilbudene i konkurransen. Også i samspillskonkurranser skal oppdragsgiver ha et forsvarlig grunnlag for å kunne sammenligne tilbudene og utpeke det beste tilbudet.
- (51) 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. Det er i den forbindelse også av betydning at det i denne konkurransen var opplyst at kravene i rom- og funksjonsprogrammet ikke var absolutte, men inngikk i bedømmelsen av tildelingskriteriet *«Løsningsforslag»*. En forutsetning for at et avvik skal kunne rettes i samspillsfasen, er imidlertid at avviket ikke har gitt leverandøren en konkurransefordel ved evalueringen, i strid med kravet til likebehandling i loven § 4.

- (52) Etter denne generelle gjennomgangen går klagenemnda over til å vurdere avvikene som klager anfører at foreligger i valgte leverandørs tilbud.

Øvelsesområde for tunge kjøretøy

- (53) Klagenemnda tar først stilling til om størrelsen på valgte leverandørs tilbudte øvelsesområde for tunge kjøretøy er et vesentlig avvik.
- (54) Et «avvik» foreligger der oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse av krav i anskaffelsesdokumentene dersom tilbudet antas, se Borgarting lagmannsretts kjennelse i sak LB-2019-85112.
- (55) Det fremgår flere steder i konkurransedokumentene at tilbudte løsning skulle inneholde et øvelsesområde for kjøring av tunge kjøretøy, og at dette skulle være minimum 65x65 meter. Valgte leverandør tilbød et øvelsesområde på 55x60 meter, og tilbudet inneholdt dermed et avvik.
- (56) Spørsmålet for klagenemnda er om avviket er vesentlig.
- (57) Ved vurderingen av om et avvik er vesentlig, må det blant annet ses hen til hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/494. Avvik fra krav som oppdragsgiver har angitt som «*absolutte*» eller lignende, vil som et klart utgangspunkt anses vesentlige, jf. blant annet kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett i LB-2010-115884. For tilfeller hvor det ikke er eksplisitt angitt at kravet er absolutt, vil det imidlertid være en presumpsjon for at det ikke er et slikt krav, se Forenklingsutvalgets uttalelse i NOU 2014: 4 punkt 25.4.5.2.
- (58) Klager har anført at konkurransedokumentene må forstås slik at det var oppstilt et absolutt minstekrav om at øvelsesområdet skulle være minimum 65x65 meter, slik at ethvert avvik fra dette må anses vesentlig og dermed ikke kan utbedres i samspillfasen. Klager har i den forbindelse vist til at innklagede i konkurransedokumentene gjennomgående har benyttet en begrepsbruk som tilsier at kravet er absolutt, samt at kravet også var inntatt i reguleringsplanen. Innklagede hevder på sin side at selv om begrepsbruken isolert sett kan tolkes som at det var oppstilt et absolutt krav, så var det eksplisitt angitt at kravene i rom- og funksjonsprogrammet ikke var absolutte krav og at avvik var forutsatt håndtert i prosjektets samspillfase.
- (59) Slik klagenemnda ser det, er det i denne saken ikke nødvendig å ta stilling til om kravet til øvelsesområdets størrelse var et ufravikelig minstekrav. Det fremgikk av konkurransedokumentene at øvelsesområdet var en forutsetning for utøvelse av kjerneaktiviteter ved Sogndal videregående skole, og at et funksjonelt øvelsesområde derfor var sentralt for det utlyste prosjektet. Når det gjaldt størrelsen på øvelsesområdet mer konkret, var det i rom- og funksjonsprogrammet grundig redegjort for hvorfor området måtte være minimum 65x65 meter for å kunne fungere i henhold til sin tilsiktede funksjon. Kravet til størrelsen på øvelsesområdet var også inntatt og fremhevet i forslaget til ny reguleringsplan, hvor det var redegjort for at «*[u]tbyggingsområdet er lite i høve til eit arealkrevjande rom- og funksjonsprogram. Øvingsområdet åleine måler 65m x 65m og legg beslag på heile tomtebreidda på tvers.*»
- (60) Konkurransedokumentene sett i sammenheng, tilsier dermed at kravet til et øvelsesområde på minimum 65x65 meter var av vesentlig betydning for innklagede, og

tilbyderne måtte derfor legge til grunn at selv små avvik fra dette kunne medføre at tilbudet ble avvist.

- (61) Valgte leverandør tilbød et øvelsesområde på 55x60 meter. Det var dermed snakk om et stort avvik, på ca. 900 kvadratmeter. Tilbudet inneholdt en beskrevet mulighet for å øke arealet noe, på bekostning av tilbudt parkareal, men slik klagenemnda forstår det ville heller ikke den alternative løsningen gi et øvelsesområde på 65x65 meter. Innklagede har forklart at man likevel ikke anså avviket som vesentlig, fordi det kunne utbedres i prosjektets samspillsfase.
- (62) Som nevnt, vil en forutsetning for å kunne håndtere avvik i samspillsfasen være at det lar seg gjøre innenfor kravene i loven § 4, og da særlig kravet til likebehandling. Slik denne saken ligger an, var en særlig utfordring ved prosjektet nettopp at utbyggingsområdet var lite sammenholdt med de funksjonene innklagede ønsket å oppnå. Av denne grunn ville retting av selv små størrelsesmessige avvik fort være egnet til å forrykke konkurransen, da arealet ville måtte tas fra prosjektets øvrige elementer, som inngikk i evalueringen av tilbudene.
- (63) Når det gjelder bedømmelsen av valgte leverandørs tilbud, har innklagede forklart at man vurderte det slik at det tilbudte øvelsesområdet var for lite, og at det ikke var mulig å få til et øvingsområde som var stort nok til å oppfylle de angitte funksjonskravene uten store bearbeidelser av løsningsforslaget. Slik klagenemnda ser det, er det i et slikt tilfelle ikke mulig å håndtere avviket i samspillsfasen på en måte som ivaretar prinsippet om likebehandling og som gir oppdragsgiver et forsvarlig grunnlag for å sammenligne tilbudene.
- (64) Dette forandres ikke av at innklagede i løpet av samspillsfasen ble klar over at brukerne av øvelsesområdet ville akseptere at garasjeanlegg for vogntog og vaskehall ble bygget som en gjennomkjøringsgarasje på øvelsesområdet, slik at den endelige løsningen tilsynelatende ikke har medført den typen store bearbeidelser som innklagede så for seg. Klagenemnda viser i den forbindelse til at innklagede vurderte det slik at Veidekkes løsningsforslag, som nettopp la opp til å plassere vaskehall og parkering for vogntog under et overbygg som strakte seg utover deres tilbudte øvelsesområde, ble ansett for ikke å oppfylle kravet til størrelsen på øvelsesområdet, noe som ble hensyntatt ved evalueringen av tilbudet.
- (65) Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at valgte leverandørs tilbud inneholdt et vesentlig avvik. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (66) På bakgrunn av dette resultatet finner ikke klagenemnda grunn til å behandle klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket.

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (67) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk