



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en minikonkurranse mellom eksisterende rammeavtaleleverandører for levering av arkitekttjenester med mer for Rud videregående skole. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av flere vesentlige avvik og forbehold, herunder avvik fra reguleringsplanen og konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at valgte leverandørs tilbud inneholdt et avvik fra konkurransegrunnlaget, og at dette var vesentlig. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 11. mai 2021 i sak 2020/711

Klager: Asplan Viak AS

Innklaget: Viken fylkeskommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Arnt Skjefstad.

Bakgrunn:

- (1) Akershus FK eiendom FKF, som etter fylkessammenslåingen med virkning fra 1. januar 2020 ble en del av Viken Fylkeskommune (heretter *innklagede*), kunngjorde 10. november 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av tre til fem parallelle rammeavtaler om innleie av arkitekt, interiørarkitekt, landskapsarkitekt, prosjekteringsgruppeleder og teknisk tegner. Tilbudsfrist var satt til 13. desember 2017. Rammeavtalene hadde en varighet på to år, men opsjon på forlengelse for oppdragsgiver i ett + ett år.
- (2) Parallelle rammeavtaler ble inngått med blant andre Asplan Viak AS (heretter *klager*) og Jostein Rønsen Arkitekter AS.
- (3) Innklagede inviterte 8. november 2019 de eksisterende rammeavtaleleverandørene til en minikonkurranse for kjøp av arkitekttjenester i forbindelse med utvidelse og ombygging av Rud videregående skole. Av konkurransegrunnlaget gikk det nærmere bestemt frem at man hadde behov for prosjekteringsgruppeledelse, arkitekt, landskapsarkitekt, interiørarkitekt og BIM¹-koordinator. Tilbudsfristen for levering av tilbud i minikonkurransen, var 3. mars 2020.
- (4) I konkurransegrunnlaget var det under overskriften «Opplysninger om prosjektet» opplyst følgende:

¹ Building Information Modelling/Bygningsinformasjonsmodell

«Arkitektkonkurransen gjelder Rud videregående skole, et eksisterende skoleanlegg i Bærum kommune, som skal utvides og ombygges. [...]

Ved ferdigstilling vil Rud videregående skole i hovedsak bestå av eksisterende bygg som inneholder undervisningsarealer og nybygg som inneholder fellesarealer, personalarealer, driftsarealer, undervisningsarealer og en idrettshall. [...]

Rud videregående skole har i dag ca 770 elever og ca 216 ansatte, innenfor studieforberedende og yrkesfaglige utdanningsprogram.

Nye Rud videregående skole skal dimensjoneres for 1316 elever, 430 voksenopplæringsplasser og 130 fagskoleplasser. Ca 306 ansatte vil ha sitt arbeid i skoleanlegget. [...]

Skolen ligger på egen tomt og eies av Akershus fylkeskommune. Dagens bygningsmasse er organisert med hovedvekt av byggene langs tomtens vestsida og mot Hauger skolevei i nord. Bygningsmassen som skal beholdes er lokalisert mot tomtens vestsida.»

- (5) Det var også inntatt et kart som viste tomtegrensene, samt en avgrensning som det var opplyst at var «[p]lanområde for konkurransen, med unntak av skravert område (fotballbane)».
- (6) Under overskriften «Gjennomføringsmodell» var det videre opplyst følgende:

«Vinneren av arkitektkonkurransen vil inngå kontrakt med oppdragsgiver om gjennomføringen av skisseprosjekt og forprosjekt, med forbehold om avlysning redegjort for i pkt 11.2.13.

Forprosjektet vil danne grunnlaget for en egen anbudskonkurranse for kontrahering av totalentreprenør for selve byggeoppdraget. Arkitekt skal tiltransporteres totalentreprenøren, og denne ytelsen skal prises i tillegg til skisseprosjekt, forprosjektet, anbudsdokumenter og ansvarlig søker. Arkitekt skal være ansvarlig søker for hele prosjektet, fra rammesøknad til de igangsettingssøknader som totalentreprenør måtte ønske, samt søknad for bruks- og ferdigattest.

Arkitekten skal før forprosjektet ferdigstilles, også klargjøre anbudsdokumentene til totalentreprisenkonkurransen. Parallelt med dette skal rammesøknaden utarbeides og sendes inn samtidig med at anbudskonkurransen starter. Hensikten er å få rammetillatelse før kontrakt med totalentreprenør inngås.»

- (7) Tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av kriteriene «Arkitektur og funksjonalitet» vektet 55 prosent, «Miljø» vektet 10 prosent, «Gjennomførbarhet og oppgaveforståelse» vektet 20 prosent og «Pris» vektet 15 prosent. For samtlige tildelingskriterier var det oppgitt flere momenter som ville ha betydning i evalueringen av tilbudene.
- (8) Under punktet «Andre forhold» var det gitt opplysninger om Holmen skole:

«Ved fremtidig lokalisering av Holmen grunn- og videregående skole arbeides det videre med sikte på nybygg nord for tomten ved dagens J-bygg, vedtatt i FT-sak 2/199. Bygg J er en eksisterende bygning som ligger utenfor byggegrense og plasseringen krever en endring i vedtatte reguleringsplan.

Oppdragsgiver presiserer at etableringen av Holmen grunn- og videregående skole ikke er en del av denne konkurransen».

- (9) Om fotballbanen var det angitt at denne *«ligger innenfor byggegrensen, men skal ikke flyttes og er heller ikke en del av prosjektet.»*

- (10) Under overskriften *«Forutsetninger»* var det videre angitt at:

«Overordnede forutsetninger for konkurransen er gitt av gjeldende reguleringsbestemmelser, (vedlegg E7) og byggeprogram (vedlegg 1), med tilhørende vedlegg (E1 – E12).

Reguleringsplanen er å forstå som absolutt, men oppdragsgiver åpner for unntak ved utformingen av takene.»

- (11) Anskaffelsens hovedformål var angitt til *«å finne frem til gode løsningsforslag som samlet sett best tilfredsstiller konkurransegrunnlagets krav».*

- (12) I reguleringsplanen for Rud videregående skole, under overskriften *«Bebyggelse og anlegg (pbl. § 12-5 nr. 1)»*, fremgikk det blant annet:

«Minste uteoppholdsareal (MUA) pr. elev skal være:

- Inntil 300 elever: minimum 15 000 m² MUA.*
- 300-800 elever: 12,5 m² MUA pr. elev.*
- 800-1500 elever: 8 m² MUA pr. elev.*
- Mer enn 1500 elever: 5 m² MUA pr. elev.*

Inntil 3000 m² av takterrasser kan medregnes i MUA.

Inntil 2/3 av idrettsbanen kan medregnes i MUA.»

- (13) Mellom invitasjonen til å delta i minikonkurransen og tilbudsfristen 3. mars 2020, ble det avholdt to befaringer. Den første befaringen ble avholdt 26. november 2019.

- (14) På befaringen ble det stilt spørsmål ved om hvor *«grensen til «arbeidsområdet» for LARK [landskapsarkitekt]»* gikk. Dette ble besvart skriftlig av innklagede i etterkant, sammen med avklaringsnotatet fra befaringen. Det var her lagt ved et kart som viste hva som ble regnet som konkurranseområdet. Dette var et annet område enn det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget som byggegrense, og vedlegget viste at området var på 33 330 m².

- (15) Den andre befaringen ble avholdt 4. februar 2020. På denne befaringen ble følgende spørsmål stilt:

«Vurdering av grense for «konkurranseområde». Kan noe av området utenfor grensen tegnes ut? Hvordan skal kostnader for arealer plassert utenfor området medtas uten å være tegnet ut? Kan noe av dette arealet regnes inn i MUA?»

- (16) Til dette svarte innklagede:

«Treningsapparater, oppholds- og bål plasseres innenfor konkurranseområdet. Ev. kostnader til joggeløype/natursti utenfor konkurranseområdet skal medtas. Dette er en presisering i forhold til spørsmål og svar pkt 18».

- (17) Det ble også utarbeidet et samlet dokument som inneholdt samtlige spørsmål og svar i konkurransen, ut over de spørsmål som dukket opp på befaringene. Et av disse spørsmålene var hva kravet til minste uteoppholdsareal for 1316 elever var. Til dette svarte innklagede at «MUA for full utbygging [er] 25 378 m²».
- (18) På spørsmål om hvor stort areal som skulle settes av til bebygd areal og minste uteoppholdsareal for Holmen skole, svarte innklagede at dette «avsettes utenfor «konkurranseområde»».
- (19) Til spørsmålet «Hva betyr «regulert areal» i tilbudsskjema for utendørs?» svarte innklagede «Det er det angitte området som defineres som konkurranseområde. Arealet er målt til 33.330 m².»
- (20) Til spørsmålet «MUA er oppgitt til 25.378 m². Innenfor hvilken avgrensning skal dette arealet ligge?» svarte innklagede følgende:
- «Konkurranseområdets avgrensning følger av «00 Avklaringer fra befaringsnotat 26.11.19», pkt 1.9. Avgrensningen definerer hvilken del av tomten som skal opparbeides. MUA skal ligge innenfor konkurranseområdet på 33.330 m².»*
- (21) Før tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra klager og Jostein Rønsen Arkitekter AS.
- (22) Ved tildelingsbrev datert 19. juni 2020 ble leverandørene informert om at kontrakten var tildelt Jostein Rønsen Arkitekter AS (heretter *valgte leverandør*). Vedlagt tildelingsbrevet var en evalueringsrapport som redegjorde for evalueringen under tildelingskriteriene.
- (23) Av valgte leverandørs tilbud fremgikk følgende om reguleringsmessige forhold:
- «Alle byggene forholder seg til dagens reguleringshøyder og byggelinjer. For å tilfredsstille MUA kravene i prosjektet, er andel takterrasser en del over minimumskravet i reguleringsbestemmelsene og andel grønne tak tilsvarende redusert. Vedtatt reguleringsplan med bestemmelser begrenser valgmulighetene for plassering av nybyggene og gir sterke føringer for løsningsforslaget.»*
- (24) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 25. september 2020.
- (25) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som ikke oppfyller reguleringsplanens krav til minste uteoppholdsareal. Kravet må forstås som et absolutt krav, og at avvik fra kravet ville føre til avvising uten nærmere vurdering. Dette blant annet på bakgrunn av at kravet gjaldt en hovedfunksjon ved skolen som fremgikk av den nylig vedtatte reguleringsplanen, det var fremhevet i konkurransegrunnlaget at

reguleringsplanen skulle forstås som absolutt, og at resterende tomteareal var avsatt til Holmen skole, som tilsa at avvik ikke kunne aksepteres på bekostning av Holmens areal.

- (27) Innklagede har presisert at minste uteoppholdsareal skulle være 25 378 m² innenfor konkurranseområdet. Valgte leverandørs tilbud inneholder et avvik på minst 2 718 m². Innklagedes utregning av arealet er dermed feil.
- (28) Det var angitt at 2/3 av idrettsbanen kunne regnes med i minste uteoppholdsareal. Innklagede har operert med et område som også omfatter området rundt idrettsbanen, med mellom 2,5 og 10 meter avstand fra kanten av selve banen. Innklagede har lagt til grunn at arealet som kunne telles med fra idrettsbanen var 6 280 m², når det korrekte er 4 420 m².
- (29) Valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik både fordi det ikke oppfyller et absolutt krav, men også fordi avviket var betydelig og det gjelder et viktig krav som utgjør en vesentlig funksjon ved det ferdige prosjektet. Videre avviker tilbudet fra reguleringsplanen, og har ført til at valgte leverandør har fått en konkurransefordel ved at de ikke hadde like mange begrensninger for utformingen av tilbudet.
- (30) Det var ikke naturlig å forstå konkurransegrunnlaget slik at innklagede ville akseptere avvik fra reguleringsplanens krav til minste uteoppholdsareal innenfor konkurranseområdet, basert på at man kunne redusere arealet avsatt til Holmen skole. Da måtte dette ha fremgått tydeligere av konkurransedokumentene.
- (31) Valgte leverandørs tilbud skulle også ha vært avvist som følge av vesentlig avvik fra byggeprogrammets krav til dagslys og utsyn. Dette er umulig å oppfylle for rommene whitebox og dansesal 1, 2 og 3 da de er delvis nedsenket i kjelleretasjen. Dette har innklagede vektlagt positivt i evalueringen, noe som også er i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling.
- (32) Til sist inneholder valgte leverandørs tilbud flere forbehold som både alene og samlet utgjør vesentlig avvik, og medfører avvisningsplikt. Disse forbeholdene kan ikke prises. Det er gitt nye timepriser for eventuelle endringsarbeider når timepris allerede er fastsatt i rammeavtalen, og det er angitt en utvidelse av skisseprosjektets lengde. Videre er det tatt forbehold om timebetaling for medgått tid ved endringer av forutsetningen for prosjekteringen, endringer som skyldes reguleringsmessige forhold og arbeider med dispensasjonssøknader. Til sist er det inntatt et forbehold mot at innklagede blir eier av alle innleverte tilbud ved at det opplyses om at opphavsretten tilhører valgte leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (33) Det bestrides at regelverket er brutt. Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlige avvik.
- (34) Konkurransen er en arkitektkonkurranse, og formålet med konkurransen var å komme frem til og velge det beste konseptet basert på tildelingskriteriene, ikke at tilbudene skulle oppfylle samtlige krav som var oppstilt til punkt og prikke. Som forventet var tilbudene som ble levert ideer og skisser. Dette justeres gjennom den videre prosessen, hvor det på konkurransetidspunktet ennå var lenge igjen til byggestart. Arkitektkonkurransen utgjør kun omtrent 2,4 prosent av prosessen fra idé til ferdig bygg.

- (35) Det eneste absolutte kravet som var oppstilt i konkurransegrunnlaget var at reguleringsplanen var å forstå som absolutt. Reguleringsplanen gjelder imidlertid for hele tomten, mens konkurransen kun gjaldt et avgrenset område av tomten. Valgte leverandørs tilbud brøt derfor ikke med kravet til minste uteoppholdsareal i reguleringsplanen, men overskred en avgrensning i konkurranseområdet som ble avklart underveis i konkurransen. Avgrensningen av området minste uteoppholdsareal skulle være innenfor innebar imidlertid ikke et absolutt krav, og valgte leverandørs tilbud ble vurdert å ikke inneholde et vesentlig avvik, da det kun var et konsept, og ikke et endelig tilbud.
- (36) Byggeprogrammet inneholdt ingen absolutte krav, og det fremgår tydelig av konkurransegrunnlaget at dette var overordnede forutsetninger og behov for skolen. Oppfyllelse av byggeprogrammet hadde betydning for evalueringen av tilbudene, men kunne ikke føre til at tilbudene inneholdt avvik. Det ble også presisert i forkant av tilbudslevering at det ikke skulle leveres dagslysberegninger.
- (37) Valgte leverandørs tilbud brøt ikke med kravet til minste uteoppholdsareal i reguleringsplanen, da denne gjelder hele tomten. Valgte leverandør overskred dermed en avgrensning i konkurranseområdet til minste uteoppholdsareal som ble avklart underveis i konkurransen. Det er gjort en egen utregning av minste uteoppholdsareal for samtlige tilbud, og leverandørenes beregninger er ikke lagt til grunn. Denne er gjort likt for alle tilbydere, og er derfor ikke i strid med regelverket.
- (38) De øvrige forhold klager har påpekt at utgjør forbehold, er ikke annet enn forhold som allerede følger av kontrakten, og dermed ikke utgjør forbehold. Timepris har ikke vært en del av prisvurderingen, og kontrakten gjennomføres med prisene fra rammeavtalen. Ved fastprisavtaler er det oppdragsgiver som sitter med risikoen for å ha beskrevet leveransen godt nok.

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 anskaffelse av arkitekttjenester. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i konkurransedokumentene, men de innkomne tilbudene var på cirka 30 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (40) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om 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) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og § 23-3 (2).

- (43) Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731, avsnitt 39 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*.

Avvik fra anskaffelsesdokumentenes krav om minste uteoppholdsareal

- (44) Klagenemnda ser først på om valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist på grunn av avvik fra kravet til minste uteoppholdsareal.
- (45) I Byggteknisk forskrift (TEK17) er minste uteoppholdsareal beskrevet og definert på følgende måte:

«For boliger, skoler, barnehager og andre bygninger der det etter kommunens skjønn er nødvendig å avsette et minste uteoppholdsareal, bør det i planbestemmelsene angis minste uteoppholdsareal inklusiv lekeareal. [Minste uteoppholdsareal] angis i m² hele tall per enhet, bolig, skoleelev eller barnehagebarn mv. og skrives m² [minste uteoppholdsareal]. Uteoppholdsareal er de delene av tomten som er egnet til formålet og som ikke er bebygd eller avsatt til kjøring og parkering. Kommunen kan bestemme at hele eller deler av ikke overbygd del av terrasser og takterrasser kan regnes som uteoppholdsareal».

- (46) Minste uteoppholdsareal i reguleringsplanen for Rud videregående skole, ble angitt som gjengitt i avsnitt 12 ovenfor. Reguleringsplanen ble av innklagede angitt som «*absolutt*». I løpet av konkurransen ble det presisert at minste uteoppholdsareal for full utbygging (1316 elever), var 25 378 m². På spørsmål fra en av leverandørene, presiserte innklagede videre at minste uteoppholdsareal «*skal ligge innenfor konkurranseområdet på 33 330 kvadratmeter*».
- (47) Ved innklagedes kontrollregning av tilbudene inneholdt valgte leverandørs tilbud 24 530 m² minste uteoppholdsareal, det vil si 848 m² mindre enn kravet som var angitt i anskaffelsesdokumentene.
- (48) Valgte leverandørs tilbud inneholdt dermed et avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (49) Spørsmålet er om avviket er vesentlig, og dermed om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (50) Ved vurderingen av om et avvik er vesentlig, må det ses hen til blant annet 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 2020/355, avsnitt 48 med videre henvisninger. Avvik fra krav som er oppgitt som «*absolutte*» eller lignende i konkurransedokumentene, vil som et klart utgangspunkt anses å utgjøre et vesentlig avvik, jf. blant annet LB-2010-115884.
- (51) Kravet om minste uteoppholdsareal fremgikk av reguleringsplanen for området. Reguleringsplanen ble som nevnt angitt som «*absolutt*». Der konkurransegrunnlaget, som her, ikke åpner for at tilbudene kan avvike fra den gjeldende reguleringsplanen for området, har lagmannsretten og klagenemnda også i flere saker konstatert at avvik fra reguleringsplanen utgjør et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/534, avsnitt 47, med videre henvisninger til Eidsivating lagmannsretts avgjørelse i sak LE-2015-102226 *Seby* og klagenemndas

avgjørelser i sakene 2019/108, avsnitt 39 og 2016/138, avsnitt 32. Et tiltak som er i strid med gjeldende planbestemmelser, vil som utgangspunkt ikke tillates truffet. Vedtak om dispensasjon fra eller endring i reguleringsplanen, fattes av bygningsmyndighetene, og er på denne måten «*betinget av forhold utenfor tilbyders kontroll*», jf. lagmannsrettens avgjørelse i sak LE-2015-102226.

- (52) Det gikk klart frem av opplysningene innklagede ga i løpet av konkurransen at kravet til minste uteoppholdsareal måtte oppfylles «*innenfor konkurranseområdet*». Hvilket område som utgjorde konkurranseområdet, var tegnet inn på et kart, og var som nevnt angitt til 33 330 m².
- (53) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke tvilsomt at anskaffelsesdokumentene, for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør, måtte forstås slik at innklagede, verken for kravet om minste uteoppholdsareal på 25 378 m², eller det tilhørende kravet om å oppfylle kravet til minste uteoppholdsareal innenfor konkurranseområdet, ville akseptere avvik. Dersom meningen var å oppfordre leverandørene til å utfordre reguleringsplanen og konkurransegrunnlaget på det aktuelle punktet, måtte dette fremgått tydeligere av konkurransegrunnlaget, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/534, avsnitt 48.
- (54) At kravet om minste uteoppholdsareal innenfor konkurranseområdet ble oppfattet som et absolutt krav, fremgår også av tilbudene. Valgte leverandør oppga at det for å «*tilfredsstille [...] kravene i prosjektet*» til minste uteoppholdsareal var tegnet inn større andel takterrasse enn kravet i reguleringsbestemmelsene tillot, og at andelen grønne tak var tilsvarende redusert. For klagers vedkommende resulterte kravet til minste uteoppholdsareal i at det ble tegnet inn en parkeringsgarasje, fremfor parkering på bakkeplan. Dette nettopp for å frigjøre uteoppholdsareal.
- (55) Avviket i valgte leverandørs tilbud må på denne bakgrunn anses som vesentlig, jf. § 24-8 (1) bokstav b. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra konkurransen.
- (56) Feilen som er konstatert har hatt betydning for utfallet av konkurransen, og gir derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (57) Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Konklusjon:

Viken fylkeskommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk