



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en begrenset anbudskonkurranse om totalentreprise vedrørende bygging av ny barne- og ungdomsskole inklusiv kulturskole i Kirkenes, i tillegg til riving av eksisterende barne- og ungdomsskole og kompetansesenter. Klagenemnda fant at innklagede har brutt forskriften § 22-3(1), jf. § 20-16 (1), ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen. Videre fant klagenemnda at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarehet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 ved ikke å ha gitt klager en reell klagemulighet. Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Klagenemndas avgjørelse 27. juni 2011 i sak 2010/148

Klager: Skanska Norge AS

Innklaget: Sør- Varanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Klagefrist, tildelingsevalueringen og brudd på grunnleggende krav

Bakgrunn:

- (1) Sør- Varanger kommune (heretter kalt innklagede) publiserte 13. mai 2009 en veiledende kunngjøring vedrørende en begrenset anbudskonkurranse om totalentreprise med samspill for bygging av Kirkenes barne- og ungdomsskole inklusiv kulturskole. Anbudskonkurransen omfattet også riving av eksisterende barneskole, ungdomsskole og kompetansesenter. Konkurranses grunnlaget ble sendt ut til tilbyderne 14. oktober 2009. Anslått verdi på kunngjøringstidspunktet var mellom 150 - 200 millioner kroner, jf. kunngjøringsteksten punkt II.2.1).
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 "Tilbudsinnbydelse" fremgår det at fem prekvalifiserte leverandører ble invitert til å inngi tilbud, deriblant Skanska Norge AS (heretter kalt klager). Tilbudsfrist var 16. februar 2010.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 4 "Konkurransetekniske forhold" fremgår det av punkt 4.1 "Tildelingskriterier" at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier "Gruppens prosjektforslag (50 %)" og "Pris (50 %)". Videre opplyses det at tilbudene ville bli evaluert av en bedømmelseskomité oppnevnt av formannskapet i kommunen, og at det i tillegg til plan- og byggekomitéen ville bli oppnevnt to eksterne arkitekter NAL og en ekstern landskapsarkitekt MNLA.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.4 "Tildelingskriterium nr. 1 – Gruppens prosjektforslag" fremkommer det under punkt 4.4.2 "Evalueringsskriterier" at tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag" var oppdelt i følgende underkriterier:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

"Følgende elementer vil bli vektlagt ved evalueringen:

- *Arkitektonisk hovedgrep – 30 %*
- *Oppfyllelse av programkrav – 30 %*
- *Arealeffektivitet – 30 %*

Dokumenteres ved brutto/ netto faktor

- *Generalitet og fleksibilitet – 10 %*

Bedømmelseskomitéen vil ut fra en helhetsvurdering ende opp med en nærmere begrunnet rangering av prosjektforslagene.

Prosjektforslagene vil få karakter innenfor en skala på 1-10, hvor 10 er best".

- (5) Fra konkurransegrunnlaget punkt 4.5 "Tildelingskriterium nr. 2 – Pristilbud" hitsettes følgende:

"4.5.1 Det oppgis et bindende pristilbud pr. 28. november 2011 for hele prosjektet.

Opsjonspris gis på følgende elementer:

1. *Riving av eksisterende gymsal og "scene 2" og bygging av ny idrettshall og nye arealer for samovarteateret.*

I evalueringen vektlegges totalpris etter en skala 1-10, hvor rimeligste tilbud gir karakter 10.

Avvik vil bli beregnet lineært og være grunnlag for vekting av hvert tilbud".

- (6) Av notat datert 21. desember 2009, utarbeidet av Myklebust AS, som er sendt ut til de prekvalifiserte tilbyderne, fremgår det at tilbudet med laveste pris får maks score (10 poeng). Det er i notatet vist med regneeksempler hvordan beregningen av poeng ved pristilbud skal skje.
- (7) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra de fem prekvalifiserte tilbyderne. Av udatert anskaffelsesprotokoll fremkommer det at tilbudet fra Consto AS (heretter kalt valgte leverandør) var priset til 231.243.706 kroner, tilbudet fra Hent AS (nest beste leverandør) var priset til 212.700.000 kroner og at klagers tilbud var priset til 197.100.000 kroner. To leverandører ble avvist som følge av at tilbudene inneholdt vesentlig avvik/forbehold.
- (8) Innklagede meddelte i brev 11. mars 2010 til klager at man hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. I brevet var det opplyst at begrunnelsen fra arkitektene som hadde deltatt i bedømmelseskomitéen ville bli ettersendt. Frist for å klage på tildelingsbeslutningen var 24. mars 2010. Følgende hitsettes fra brevet:

"Nedenstående tabell/matrise viser resultatet av bedømmelseskomiteens arbeid og innstilling.

Kirkenes barneskole og Kirkenes ungdomskole inkl kulturskole

Ihht. Konkurranseunderlaget kap. 4 er tildelingskriterier i innkomne tilbud vektlagt ihht. følgende:

Gruppens prosjektforslag 50 %

	<i>Arkitektonisk hovedgrep 30 %</i>	<i>Oppfyllelse av programkrav 30 %</i>	<i>Arealeffektivitet brutto-/netto faktor 30 %</i>	<i>Generalitet og fleksibilitet 10 %</i>	
<i>Tilbydere</i>	<i>Karakter 1</i>	<i>Karakter 2</i>	<i>Karakter 3</i>	<i>Karakter 4</i>	<i>Poeng</i>
<i>Skanska AS</i>	4	2	10	2	2,50
<i>Consto AS</i>	10	10	8	10	4,70
<i>Hent AS</i>	7	6	8,5	7	3,58

Hver karakter for arkitektur er behandlet etter følgende formel:

Poeng = Karakter (1-3)x0,3x0,5+karakter 4x0,1x0,5

Økonomi teller 50 %

<i>Tilbydere</i>					<i>Poeng</i>
<i>Skanska AS</i>					5,00
<i>Consto AS</i>					4,14
<i>Hent AS</i>					4,61

Sum gruppens prosjektforslag og økonomi

<i>Tilbydere</i>	<i>Poeng for gruppens prosjektforslag</i>	<i>Poeng for økonomi</i>			<i>Poeng</i>
<i>Skanska AS</i>	2,50	5,00			7,50
<i>Consto AS</i>	4,70	4,14			8,84
<i>Hent AS</i>	3,58	4,61			8,19

Ihht ovenstående er Consto AS vinner med totalt 8,84 poeng.

Arkitektene Jan Vidar Monsen, Jan Støring og Ann-Kjersti Johnsen som har deltatt i bedømmelseskomiteen, vil utarbeide en faglig begrunnelse av elementet "Gruppens prosjektforslag". Begrunnelsen vil bli ettersendt så snart den foreligger, i første del av uke 11.

Total vurdering og oppsummering

I vår totalvurdering og oppsummering ihht tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget, kommer vi ut med at Consto AS har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbud."

- (9) Klager ba i brev av 15. mars 2010 om en bekreftelse på at klagefristen ville gjelde fra den datoen begrunnelsen fra bedømmelseskomiteen ville bli mottatt.
- (10) I innklagedes brev av 16. mars 2010 ble den opprinnelige klagefristen på 24. mars 2010 opprettholdt. Vedlagt brevet var komiteens faglige sluttrapport av tildelingskriteriet

”Gruppens prosjektforslag” for de tre evaluerte tilbyderne. Komitéens bedømmelse og poengsetting var enstemmig. Fra komitéens sluttrapport hitsettes følgende:

”GENERELL KRITIKK

Tomtegrep

Tomt med en etasjes høydeforskjell som åpner seg mot sør, vest og øst.

De tre prosjektene har tolket tomten på tre ulike måter. Ett prosjekt; CONSTO, har hovedadkomst på øvre plan fra Presteveien, ett prosjekt; HENT, har hovedadkomst fra en forplass på nedre plan vendt mot vest og ett prosjekt; SKANSKA, har hovedadkomst fra Kirkegårdsveien.

CONSTO OG SKANSKA gir på denne måten skoleanlegget klar og entydig henvendelse mot adkomstveier, mens HENT viser en løsning hvor skolen blir mer introvert.

Bedømmelseskomiteén anser den løsningen som SKANSKA viser for lite heldig for skolens identitet i forhold til dens betydning som ”felleseie”.

Uteområde

Programmet for uteområdene er krevende og omfattende:

[...]

De tre prosjektene har løst uteprogrammet på ulike måter:

CONSTO og HENT har etterstrebet en fullstendig oppfyllelse av de ulike programmerte kravene, mens SKANSKA har introdusert en offentlig park som et supplement og delvis omtolkning av programmet.

CONSTO viser to uterom; ett for ungdomsskolen (8-10) mot sør og ett for barnetrinnet (1-4) mot sør og øst med mellomtrinnet (5-7) i overgangen mellom disse, samt en egen adkomstplass fra Presteveien mot nord.

HENT viser tre uterom; ett for ungdomsskolen (8-10) mot vest i kombinasjon med hovedadkomsten, ett i sør for barne- og mellomtrinnet (1-7) og ett fellesområde mot sør og øst.

SKANSKA viser ett sammenhengende uteområde, avdelt med lave bygninger, med sone for barnetrinnet mot vest (også åpent mot sør), ett for ungdomstrinnet i kombinasjon med hovedadkomsten mot sør med mellomtrinnet i overgangen mellom disse. I sør er det foreslått en skole og en idrettspark som et fellesareal for skolen og nærområdet.

Som hovedgrep mener komitéén at den løsningen som er vist for uteområdene som helhet, er mest vellykket i CONSTO.

Hovedgrep innvendige arealer

Prosjektene har ulik løsning for organisering av skolen:

Mens CONSTO legger stor vekt på å skape klart og entydig romforløp i de enkelte delene og organisering av bygningsvolumene som lesbare enheter for skolens to hoveddeler samt egen lesbar avdeling for kulturskolen, fremstår HENT som uklart organisert og med liten grad av lesbarhet. SKANSKA fremstår som en samlet enhet,

med klar identitet som en skole, men har vesentlige mangler mht organisering av skolens undervisning og arbeidsområdenes kvaliteter,

Arkitektoniske kvaliteter

Prosjektene viser høyst ulik kvalitet med hensyn til romlige kvaliteter og formuttrykk:

CONSTO har gode romforløp, klart og lesbart skille mellom de ulike enhetene, gode sammenbindende fellesfunksjoner og godt forhold mellom ute og inne, både i fellesområdene og i de to skolene. Spesielt vil komiteen fremheve den klare og entydige adkomstsituasjonen til anlegget med direkte kontakt med de ulike delene av skolen og ikke minst kontakten ut til det gode uterommet mot sør.

Anlegget har en god proporsjonering og et klart enkelt formtrykk.

HENT viser en løsning som gir muligheter for å utvikle akseptable forhold, men er, slik det er vist, uforløst på en rekke områder. Hovedadkomsten til skolen, kombinert med adkomsten til ungdomsskolen, er ikke tydelig plassert i forhold til tomtens omgivelser, adkomstveier og uterom, og gir ikke skolen en ønsket identitet. Avgrensningen av de to skoleenhetene er ikke entydig og kulturskolen er plassert noe tilfeldig.

Anlegget har proporsjoner og form som er noe uavklart og viser fasader som er lite utviklet.

SKANSKA er et interessant konsept med klare prioriteringer, et klart og entydig formspråk og en god henvendelse mot adkomstveier og omgivelser. Prosjektet viser gode romforløp og gode romlige kvaliteter i fellesarealene, men har ikke utnyttet konseptets sterke sider til å skape en skole som fungerer som en god lærings- og arbeidsplass.

Konklusjon

Konkurransen har vært vellykket idet to av de bedømte prosjektene viser løsninger som kan videreutvikles til gode og hensiktsmessige arenaer for læring og nærområdefunksjoner i henhold til byggherrens intensjoner og de gitte programforutsetningene. I tillegg har det tredje prosjektet gitt interessante innspill for en skole med stor grad av fleksibilitet og kompakthet, men med vesentlige mangler med hensyn til oppfyllelse av krav til gode arbeidsforhold for lærerne og organisering av elevenes adkomst- og undervisningsforhold.

Prosjektene rangeres av bedømmelseskomiteén på følgende måte:

Beste prosjekt: CONSTO

Nr 2: HENT

Nr 3: SKANSKA

[...]

SKANSKA

ARKITEKTONISK HOVEDGREP

Hoveddisposisjon i forhold til tomt/adkomst

Hovedgrepet er klart og tydelig og bygger på en grei analyse av tomte og omgivelsene. Forfatteren har en intensjon om å gi et formsvar som skaper gode pedagogiske rammer og lave investerings- og driftskostnader. I tillegg ønsker man å gi et tilskudd til Kirkenes by med en ny park for nærområdet.

Skolen har fått en klar og entydig hovedadkomst fra Kirkegårdsveien, med et inviterende adkomstparti.

Byggets organisering og plassering gir flere adkomstsoner. Forslaget legger opp til adkomst fra Presteveien, Kirkegårdsveien og Parkveien. Inngangen til både barne- og ungdomsskoletrinnet er lett tilgjengelige via dette vegsystemet.

Adkomst til økonomigård er lagt til Kirkegårdsvegen, med inn- og utkjøring. Nye avkjørsler fra den høyt trafikkerte Kirkegårdsvegen lagt nært opp til vegkrysset vurderes som lite realistisk å gjennomføre.

Trafikk- parkering

Inngangene til både barne- og ungdomsskoletrinnet er lett tilgjengelige via vegsystemet. Noe parkering er lagt langs Presteveien, øvrig parkering er lagt mot idrettspark og innenfor økonomigård øst for bygning. Oppdeling av parkering vurderes som god. Parkering av el-biler lagt inntil bygningsfasade i øst- synes som en dårlig løsning.

Parkeringen langs Presteveien forutsetter at biler må rygge ut i veien. Dette vurderes som mindre heldig.

Hovedadkomst til tomte inkl. av- og påstigning samt hente-/bringe plasser, bussoppstillingsplasser og sykkelparkering, er lagt til Kirkegårdsveien. En slik løsning ville kreve en skjermende rabatt og en indre trafikkåre med tanke på trafikkbelastningen i Kirkegårdsveien.

Uterommenes kvalitet og brukbarhet

Løsningen viser en kompakt bygning som frigjør store deler av tomtens uteareal. I utgangspunktet en god løsning med tanke på å skape store og solfylte uterom.

Bygningen legger seg opp mot Presteveien og tar opp terrengspranget mellom øvre og nedre nivå. Forslagsstiller har valgt å definere et nytt parkområde i Kirkenes og foreslår at store deler av uterommet innenfor skolens arealer gis et parkmessig preg hvor idrettsaktiviteter fra idrettsparken inngår sammen med skolens aktiviteter. I parkområdet inngår mange av de lekefunksjoner som fremgår av programmet for ungdomstrinnet og for felles aktiviteter/funksjon. Kirkenes kunne muligens trenge et nytt parkområde, men juryen vurderer løsningen utenfor det program som er beskrevet og at løsningen kan legge begrensninger på de behov som skolen har for leke- og oppholdssoner. Videre at det vil være riktig å arealmessig prioritere skolens behov for lek og opphold fremfor et felles parkområde. Amfi er plassert i gresskråning mot nordøst. Denne kunne med fordel vært lagt mot sør/sørvest. Leke- og oppholdssonene er for øvrig klart adskilte, med lite sammenheng mellom de ulike aktivitets- og opplevelsessonene.

Forslaget beskriver og forklarer vegetasjonsbruken som romdannende element, men forklarer ikke bruk av vegetasjon som nødvendig vinddemper.

Forslaget viser en god overvannshåndtering og god løsning for utendørs belysning.

Planløsning viser bare delvis forståelse for nødvendigheten av romslige brøytesoner fri for innretninger inntil og nær innganger, vendearealer for brøyteutstyr og en materialbruk som takler brøyteutstyret.

Foran inngangen til barneskolen vil brøyting være vanskelig å få til. Snøopplag er ikke vist for denne sonen.

Hovedgrep innvendige arealer

Fellesarealer/bydelsfunksjoner

Hovedadkomsten til skolen ligger klart definert og er innbydende løst. Kantine og bibliotek ligger godt plassert og er hjertet i fellesområdet som ligger godt organisert på adkomstplanet. Forbindelsen til kulturskolen kunne vært bedre slik at den lettere kunne samspille med fellesarealene. Det viste skillet mellom kulturskolen og fellesarealene gir en løsning som ikke er optimal for nærområdets behov.

Pedagogiske arealer

Løsningen for fellesarealene er god, men både barnetrinnet og ungdomstrinnet mangler romlige opplevelser og har et sterkt preg av korridorskole.

Barneskolen: *Garderobeanlegget for barnetrinnet er samlet i en enhet med trange korridorer og en rekke dører for å komme inn til baseområdet. Både selve garderobeanlegget og forløpet fra denne og inn til baseområdene, vurderes av bedømmelseskomitéen som lite gjennomtenkt, både pedagogisk og opplevelsesmessig. Lange avstander og utstrakt korridorkarakter gir lite rom for opplevelse og ro i forløpet. Plassering av SFO midt inne i bygget gir dårlige lysforhold og vanskeliggjør sambruk av inne- og utearealer. Formidlingsrom og elevarealer i basene må fysisk og lydmessig adskilles for å oppnå tilfredsstillende undervisningsforhold. Den viste løsningen gir en korridorskole, noe som er lite ønskelig.*

Ungdomsskolen: *Garderobene med inngang fra forplassen mot sør på plan 1 er grei, men det anses som uheldig at basearealene ligger to etasjer opp. Organiseringen av basearealene er lik løsningen for barnetrinnet og har samme karakter og mangel på opplevelse i trafikkarealene.*

Kulturskolen: *Plasseringen adskilt fra fellesarealene er lite heldig.*

En rekke av øvingsrommene er uten dagslys.

Personalarealer

Lærerarbeidsplassene er plassert i byggets indre sone og har ikke tilfredsstillende dagslysforhold for å kunne godkjennes som arbeidsplasser.

Administrasjonen er delt i en avdeling for barnetrinnet og en for ungdomstrinnet. Enhetene er plassert perifert i forhold til hovedadkomsten til skolen og adkomsten til de to skoledelene, og fremstår som lite gjennomtenkt.

Personalrommene er sentralt plassert, men med kun indirekte dagslys, noe som synes uheldig.

Universell utforming

Prosjektet viser et greit og oversiktlig trafikkmonster i de to skolene. Løsningen viser kun en heis, sentralt i vestibyleområdet, en heis som skal betjene to skoler over fire plan. Kun en heis kan virke noe knapt for denne løsningen, men den er godt plassert for alle delene av skolen. For øvrig er løsningene grei med hensyn til universell utforming både innvendig og utvendig.

OPPFYLLELSE AV PROGRAMKRAV

Programkravene er formelt oppfylt, men ikke redegjort for på tilfredsstillende måte. Deler av løsningen oppfyller ikke programmets krav til dagslysforhold, og kan dermed ikke sies å oppfylle programkravene fullt ut.

AREALEFFEKTIVITET

Kontrollert brutto/nettofaktor 1,40.

GENERALITET OG FLEKSIBILITET

Prosjektet fremstår som lite robust på grunn av delvis dårlige lysforhold.

KONKLUSJON

Utkastet har flere interessante trekk, men faller gjennom som prosjekt på grunn av utilfredsstillende dagslysforhold, dårlige garderobeløsning for barnetrinnet og lite opplevelsesrike baseområder. ”

- (11) Klager ba innklagede om innsyn i tilbudene til valgte leverandør og Hent AS i e-post av 17. mars 2010, som ble purret opp i ny e-post dagen etter. Tilbudsbrevene fra valgte leverandør og Hent AS ble oversendt av innklagede i e-post 19. mars 2010, mens selve tilbudene ble på grunn av størrelsen oversendt som vedlegg til tre separate e-poster av 21. mars 2010.
- (12) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 22. mars 2010, hvor det ble anført at innklagede hadde satt for kort klagefrist, begjæring om innsyn i tilbudene til valgte leverandør og Hent AS ble for sent imøtekommet, og at tildelingsevalueringen var mangelfull. Videre ble det bedt om en bekreftelse på at kontrakt ikke ville bli inngått før fem dager etter at klagen ble behandlet og besvart.
- (13) Innklagede opplyste i e-post av 23. mars 2010 at klagen ville bli besvart senest 25. mars 2010, og at det ikke ville bli inngått kontrakt før tidligst 6. april 2010.
- (14) I innklagedes svar av 25. mars 2010 på klagen ble tildelingsbeslutningen opprettholdt og klagen ikke tatt til følge. Fra begrunnelsen refereres følgende:
”1) Klagefristens lengde
[...]

SVK kan ikke se at klagefristen her er for kort. FOA § 22-3 angir ingen eksakt frist, og iht. veilederen (s. 204) skal fristen være så vidt lang at tilbydere skal kunne ha mulighet for å vurdere hvorvidt tilbyder skal anmode oppdragsgiver om å omgjøre tildelingsbeslutningen evt. fremme begjæring om midlertidig forføyning, jf. også Deres henvisning til Veilederens side 205 om vurdering av tidsperioden mellom klagefrist og kontrahering.

SVK er enig i at en klagefrist som utgangspunkt bør være 10 dager, jf. bl.a. KOFA 2008/12 (premiss 36 og 37). SVK har her gitt en klagefrist på 13 dager, og beklager for så vidt at bedømmelseskomitéens begrunnelse ikke ble oversendt Skanska før 8 dager før klagefristens utløp. SVK kan imidlertid ut fra en konkret vurdering ikke se at det i herværende sak medfører at klagefristen ikke er i samsvar med FOA. Det vises i den sammenheng til at det som gjenstod å få informasjon om er bedømmelseskomitéens vurdering. Den er konkret og meget klar, og vi kan her konstatere at Skanska rent faktisk har inngitt klage over bedømmelseskomitéens innstilling.

Konklusjon: SVK beklager at det her ikke har vært anledning til å forlenge klagefristen, men mener at klagefristen ikke er i strid med regelverket.

2) Frist for å imøtekomme Skanskas begjæring om innsyn

Begjæring om innsyn ble sendt fra Skanska Norge AS ved sin advokat den 17. mars 2010. Den 19. mars 2010 ble det fra advokatfirmaet Vogt & Wiik etterlyst en tilbakemelding på hvorvidt man ønsket tilbudsbrief eller de komplette tilbudsdokumenter oversendt. Tilbudsbriefene ble oversendt pr e-post til Skanska Norge AS' advokat samme dag kl 15:07. Komplette tilbud ble oversendt pr. e-post i 13 stk e-poster den 21. mars 2010 mellom kl 08:37 og kl 08:59. Vurdering og imøtekommen av kravet om innsyn ble gjort uten ugrunnet opphold og i samsvar med offentlighetsloven § 29. Innsyn er gitt på et så tidlig tidspunkt at den potensielle klager Skanska Norge AS har fått anledning og mulighet for å etterprøve kommunens valg av leverandør, jf. LOA § 5. Som allerede nevnt, har den aktuelle klagen flere utførlige henvisninger og synspunkter knyttet til de respektive tilbud. Disse synspunktene er fremmet hele to dager før klagefristens utløp. Dette underbygger etter vårt skjønn at innsyn er gitt rettidig.

3) Feil i karaktersettingen

Skanska har flere anførsler på dette punkt. Vi skal kort gi bemerkninger til de punkter som angitt av Skanska:

[...]

Pkt. 4.3 i klagen fra Skanska – evaluering av tildelingskriteriene

[...]. Bedømmelseskomitéen har vært veldig opptatt av å foreta en saklig og korrekt evaluering basert på tildelingskriteriene. Gjennomgangen av tilbudene, bedømmingen og poenggivningen ble gjort av bedømmelseskomitéen i plenum. Komiteen var enstemmig i sin bedømmelse og poengsetting. Det er kun den skriftlige begrunnelsen som ble utformet i ettertid, og da av et utvalg av bedømmelseskomitéens medlemmer. Alle i komitéen står inne for evalueringen, herunder at den skriftlige rapport gjenspeiler vurderingene og bedømmelsen.

Pkt. 4.3.1: Fremstår som generelle anførsler uten tilknytning til herværende sak.

Pkt.4.3.2: SVK benekter at det på noe punkt er gjort endringer i vektingen underveis i konkurransen. Vi er noe usikker på om dette hevdes fra Skanska.

Pkt. 4.3.3. Skanska hevder at tildelingskriteriet pris er tillagt for liten vekt i den samlede evaluering.

Karaktersetting av pris har vært forutberegnelig. Det vises her til konkurransegrunnlagets pkt. 4.5 hvor det angis at "i evaluering vektlegges totalpris etter en skala 1-1, hvor rimeligste tilbud gir karakter 10. Avvik vil bli beregnet lineært og være grunnlag for vekting av hvert tilbud". I den grad det skulle være tvil om hvordan dette kan forstås, ble det også presisert gjennom supplerende informasjon sendt alle tilbydere fra Myklebust AS 21.12.2009.

Det er i klagen, jf. også pkt. 4.3.6, gjort et poeng av at det er benyttet en priskala som innebærer at hvert prispoeng tilsvarer en endring i prisen på 40 millioner kroner. Dette er det imidlertid opplyst om i forkant- dvs. at dersom beste pris var 200 MNOK, vil et tilbud på 240 MNOK få karakter 8 i prisevalueringen, dvs. 4 poeng ved samlet evaluering.

Skanskas anførsel på dette punkt er følgelig uberettiget.

Pkt. 4.3.4: Skanska hevder det er gjort feil i evaluering av tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag".

Skanska har innsigelser til bedømmelseskomitéens skjønn. SVK kan ikke se at innsigelsens treffer. Under enhver omstendighet har bedømmelseskomitéen et vidt rom for skjønn, og det er her ingen innsigelser som gir grunnlag for å anse bedømmelseskomitéens skjønnsutøvelse som ugyldig,[...].

Den generelle innsigelse fra Skanska er at bedømmelseskomitéens avgjørelse ikke i tilstrekkelig grad reflekterer forskjell mellom tilbudene. I tillegg anfører Skanska at begrunnelsen er mangelfull.

SVK bestrider dette. Begrunnelsen skal være tilstrekkelig til å prøve om anskaffelsen er i samsvar med regelverket, ikke slik at tilbyderne har krav på en uttømmende begrunnelse på hvert enkelt punkt som er vurdert, se Veilederen s. 206. Det skal dog tilføyes at når Skanska etterlyser en nærmere begrunnelse på hvorfor det av bedømmelseskomitéen anses som uheldig at det må rygges ut i veien fra parkeringsplasser, så fremstår Skanskas anførsler som grunnløse. Begrunnelsen fra komitéen fremstår som selyforklarende og tilstrekkelig og det kan her bl.a. også vises til at det dreier seg om et skoleområde for barn og ungdom.

Enn videre anfører Skanska at poengsettingen blir vilkårlig.

[...]

Tilbudet fra Skanska var klart billigere enn tilbudet fra Consto. Utslaget i karakter på pris er som nevnt i samsvar med det som i forkant er angitt. Vurderingen av karaktersettingen ved tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag" er i utgangspunktet underlagt bedømmelseskomitéens skjønn. SVK er av den klare oppfatning at bedømmelseskomitéen vurdering her fullt ut er i samsvar med tildelingskriteriene, dvs. at det er gjort en vurdering som er egnet til å premiere forskjeller av betydning i pris. Bedømmelseskomitéen har konkludert med at forskjellene i tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag" er større (i Constos favør) enn forskjellen i pris (i Skanskas favør). Dette skjønnnet er saklig og forsvarlig, basert på foreliggende tildelingskriterier.

Pkt. 4.3.5: Skanska hevder det også er brudd på likebehandlingskravet, SVK tilbakeviser dette. Consto har presentert et tilbud som av bedømmelseskomitéen fremstår som det klart "beste". Alle tilbud ville ha rom for forbedringer, og det er i samspillmodellen lagt opp til nettopp samspill- etter kontrahering.

Pkt. 4.3.6. Skanska hevder poengmodell og poengsetting er vilkårlig og grovt urimelig.

Anførselen er nevnt også i flere av punktene ovenfor, og kommentert av oss i den sammenheng. På dette punkt skal vi derfor nøye oss med å anføre at prisskalaen er forutberegnelig. Spørsmålet er om dette skjønnet som ligger i vurdering av "pris" mot "Gruppens prosjektforslag" er gyldig. De anførsler som Skanska kommer med på dette punkt treffer etter vårt skjønn ikke, og i alle fall anføres at SVKs skjønn her er saklig, forsvarlig og derved gyldig.

[...]"

(15) Kontrakt i saken mellom valgte leverandør og innklagede ble inngått 6. april 2010.

(16) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. mai 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

I) For kort klagefrist

(17) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-3 (1), ved å ha fastsatt for kort klagefrist. Det vises til at klagefristen var oppgitt til 24. mars 2010 i innklagedes brev 11. mars 2010. Klager ba i brev 15. mars 2010 om en bekreftelse på at klagefristen ville gjelde fra den datoen begrunnelsen fra komitéen ville bli mottatt. Innklagede opprettholdt klagefristen i brev 16. mars 2010. Av klagenemndas sak 2009/57 fremgår det at klagefristen ikke blir utløst, dersom tildelingsmeddelelsen ikke oppfyller kravet til begrunnelse etter forskriften § 20-16 (1). Klager hadde her ikke mulighet til å vurdere om innklagedes valg av leverandør var saklig og forsvarlig og i samsvar med angitte tildelingskriterier før begrunnelsen ble mottatt. Innklagede skulle derfor ha forlenget klagefristen, og den skulle ha vært på minimum 10 dager.

II) Begjæring om innsyn ble for sent imøtekommet

(18) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 ved at det er gitt innsyn på et for sent tidspunkt i forhold til klagefristen, spesielt siden det var satt en kort klagefrist. Det vises til at tilbudsbrevene fra valgte leverandør og Hent AS ble oversendt fredag 19. mars 2010, men at begjæringen om innsyn i tilbudene ikke ble fullstendig etterkommet før søndag 21. mars, dvs. bare et par dager før klagefristens utløp. I sak 2009/85 fant klagenemnda at oppdragsgiver hadde brutt kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved ikke å etterkomme klagers anmodning om innsyn i anskaffelsesprotokoll og vinnende tilbud innen klagefristens utløp/kontraktstidspunkt. Tilsvarende må gjelde i foreliggende sak.

III) Feil ved tildelingsevalueringen

III.1) Karaktersettingen skal gjenspeile relevante forskjeller

- (19) Klager anfører at innklagedes skjønnsutøvelse ved evalueringen av klagers tilbud er vilkårlig og grovt urimelig, og at innklagede har brutt forskriften § 17-1 (1) bokstav b nr 4 og kravet til forutberegnelighet. Relevante forskjeller i tilbudene skal premieres i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt, jf klagenemndas saker 2005/201, 2007/30, noe som ikke er tilfellet her. Ettersom det ikke er samsvar mellom karaktersettingen ved de to tildelingskriteriene "*Pris*" og "*Gruppens prosjektforslag*", er vektingen av tildelingskriteriene blitt endret i forhold til det som var angitt i konkurransegrunnlaget. Dersom poenggivingen i større grad hadde fulgt juryens begrunnelse, ville klager fått en vesentlig høyere poengsum. Valgte leverandørs tilbud var priset til 231 243 706 kroner og fikk 4,14 poeng. Tilbudet fra nest beste leverandør var priset til 212 700 000 og fikk 4,61 poeng. Klagers tilbud var priset til 197 100 000 kroner og fikk 5 poeng. Prisforskjellene på henholdsvis 34 143 706 kroner og 15 600 000 kroner medførte ikke nevneverdige trekk i karakter, selv om dette i realiteten gjaldt store prisforskjeller.
- (20) Innklagedes prisskala medfører at hvert prispoeng tilsvarer en endring i prisen på 40 millioner kroner. Siden pris er vektet like høyt som tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" innebærer det at hvert poeng (i skalaen 0-5) for dette kriteriet har en verdi på 40 millioner kroner, og at hvert poeng har en verdi på 20 millioner kroner med en poengskala fra 0-10. Brutt ned på de fire underkriteriene under tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" (poengsatt med skalaen 0-10), innebærer det at hvert poeng under underkriteriene arkitektonisk hovedgrep, oppfyllelse av programkrav og arealeffektivitet er vurdert å gi en merverdi for oppdragsgiver på 6 millioner kroner. Hvert poeng for underkriteriet generalitet og fleksibilitet har en verdi på 2 millioner kroner. Innklagedes poengsetting innebærer at valgte leverandørs arkitektoniske hovedgrep gir en merverdi for innklagede på 36 millioner kroner (seks poengs forskjell á 6 millioner kroner per poeng). Til sammen er valgte leverandørs tilbud evaluert til å ha en merverdi for innklagede på hele 88 millioner kroner sammenlignet med klagers tilbud.
- (21) Det vises til klagenemnda sak 2009/51, hvor ble det konstatert brudd på forskriften § 22-2 (2) ved at innklagede hadde benyttet en metode som medførte at kriteriet fikk lavere vekt enn de 50 prosent som var angitt i konkurransegrunnlaget. I foreliggende sak har innklagede benyttet skalaene slik at store utslag i pris har gitt lavt utslag i poeng, og små kvalitetsforskjeller har gitt store utslag i poeng. Skalaene er dermed ikke benyttet på tilsvarende måte.

*III.2) Vedrørende tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*"*

- (22) Forskjellene i tilbudene med hensyn til arkitektur har fått uforholdsmessig store utslag i karaktersettingen. Innklagede har ikke adgang til fritt å benytte hele karakterskalaen ved evalueringen av dette kriteriet, når det bare er benyttet en liten del av karakterskalaen ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris*". Ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" fikk klager kun 2,5 poeng, mens valgte leverandør fikk 4,7 poeng og Hent AS fikk 3,58 poeng. Karaktergivingen fremstår som vilkårlig og konstruert for å nå et ønsket resultat, og det er ikke samsvar mellom bedømmelsen til komitéen og karaktersettingen, jf. følgende eksempler:

- (23) På side 1, uttales under overskriften *"tomtegrep"* at *"bedømmelseskomitéen anser den løsningen som SKANSKA viser for lite heldig for skolens identitet i forhold til dens betydning som "felleseie"*. Utsagnet er svært lite presist, og dessuten i kontrast med uttalelsen på side 2 om at *"Skanska fremstår som en samlet enhet, med klar identitet som en skole"*.
- (24) Under overskriften *"uteområde"* fremgår det at programmet for uteområdene er krevende og omfattende. Klagers tilbud ivaretar de fremhevede behovene best, men dette er ikke reflektert i poenggivingen.
- (25) På side 2 er det uttalt under overskriften *"arkitektoniske kvaliteter"* at klager ikke har *"utnyttet konseptets sterke sider til å skape en skole som fungerer som en god lærings- og arbeidsplass"*. Utsagnet er svært uklart, og det er behov for en nærmere presisering.
- (26) Under konklusjonen er det uttalt at klagers prosjekt har gitt *"interessante innspill for en skole med stor grad av fleksibilitet og kompakthet, men med vesentlige mangler med hensyn til oppfyllelse av krav til gode arbeidsforhold for lærerne og organisering av elevenes adkomst- og undervisningsforhold"*. Det er uklart hvilke krav til arbeidsforhold det her siktes til, og om dette er noe som er medtatt i konkurransegrunnlaget. I tillegg står utsagnet i kontrast til utsagnet på side 10 under overskriften *"generalitet og fleksibilitet"*: *"Prosjektet fremstår som lite robust på grunn av delvis dårlige dagslysforhold"*. Formuleringen om at skolen har stor grad av fleksibilitet og kompakthet er riktig etter klagers syn, og viser at prosjektet skulle ha fått en høyere karakter.
- (27) På side 9 er det under overskriften *"trafikk- parkering"* uttalt at parkering av el- biler lagt inntil bygningsfasade i øst *"synes som en dårlig løsning"*. Det fremkommer ikke hvorfor dette synes å være en dårlig løsning, og det er behov for en nærmere presisering.
- (28) I begrunnelsen er det videre uttalt at *"parkeringen langs Presteveien forutsetter at biler må rygge ut i veien. Dette vurderes som mindre heldig"*. Det fremgår ikke hvorfor løsningen vurderes som mindre heldig. I følge klager er det nesten ikke trafikk i Presteveien, som følge av at den er enveiskjørt.
- (29) Under overskriften *"uteområdenes kvalitet og brukbarhet"*, er det uttalt at *"amfi er plassert i gressskråning mot nordøst"*. Dette er ikke riktig, da amfiet er plassert rett øst, dvs. mot skolens inngangssone med morgensol for elevene. For øvrig er det ingenting i veien for å orientere amfiet i alle mulige retninger. Under den samme overskriften er det i tillegg uttalt at *"leke- og oppholdssonene er for øvrig klart adskilte, med lite sammenheng mellom de ulike aktivitets- og opplevelsessonene"*. Klager er usikker på hvorvidt komitéen har oppfattet dette korrekt. For øvrig er det vesentlig mer sammenheng i klagers forslag enn i valgte leverandørs forslag.
- (30) Komitéen har uttalt at *"forslaget beskriver og forklarer vegetasjonsbruken som romdannende element, men forklarer ikke bruk av vegetasjon som nødvendig vinddemper"*. Dette må komitéen ha misforstått. Klager har foreslått flyttet inn større trær nettopp for å kunne oppnå vinddemping.
- (31) Valgte leverandørs skolebygg vil innebære langt høyere driftskostnader enn prosjektet til klager, og dette burde vært hensyntatt under underkriteriet arealeffektivitet.

- (32) Klager sin plassering av bygget på tomten innebærer en maksimal utnyttelse av solforholdene, og langt bedre solforhold enn løsningen til valgte leverandør.
- (33) Klager fikk bare karakteren 2 når det gjelder underkriteriet *"oppfyllelse av programkrav"*, mens valgte leverandør fikk 10. Under overskriften oppfyllelse av programkrav i komitéens begrunnelse fremgår det at *"programkravene er formelt oppfylt"*. Karakter 2 på dette punktet fremstår da som svært urimelig og kan ikke være riktig.
- (34) Komitéen har kommentert dårlige lysforhold under flere av punktene i begrunnelsen, se overskriftene *"oppfyllelse av programkrav"*, *"generalitet og fleksibilitet"* og konklusjonen. I henhold til klagenemndas praksis er det ikke tillatt å vektlegge det samme forholdet flere ganger på samme måte.

Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved å ha forutsatt og vektlagt at det kan foretas endringer av valgte leverandørs tilbud, mens dette ikke er tilfellet i forhold til klagers tilbud. Dette tilsier at komitéen allerede hadde bestemt seg for å velge valgte leverandørs tilbud da begrunnelsen ble utarbeidet. For klagers del fokuseres det på opplevde svakheter ved tilbudet, selv om forholdene som fremheves av bedømmelseskomitéen er av en karakter som innebærer at de kan avhjelpes i den videre prosessen, såfremt dette virkelig er svakheter ved tilbudet.

Erstatning for den negative kontraktsinteresse

- (36) Det anføres at det foreligger ansvarsgrunnlag for innklagede. Klager har ikke blitt tildelt kontrakt, selv om klager har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagede har selvfor skyldt pådratt klager utgifter ved at klager unødvendig har deltatt i en konkurranse hvor det er gjort en rekke feil. Videre er det klart at kravet til årsakssammenheng er oppfylt, ettersom klager ikke ville deltatt i konkurransen dersom klager hadde visst at innklagede ville begå de aktuelle feil. Klager har satset tid og utgifter på å utarbeide anbud, og har rett til å stole på at innklagede overholdt regelverket. Utgiftene som vil bli krevd erstattet er rimelige og nødvendige, og er pådratt som en direkte følge av feilene.

Innklagedes anførsler:

1) For kort klagefrist

- (37) Innklagede bestriker at det var gitt for kort klagefrist, ettersom forskriften § 22-3 ikke angir eksakt frist og fristen i henhold til FADs veileder skal være så lang at tilbyderne har mulighet for å vurdere hvorvidt oppdragsgiver skal anmodes om å omgjøre tildelingsbeslutningen. Det er her gitt en klagefrist på 13 dager, og det er beklaget overfor klager at komitéens begrunnelse ikke ble oversendt før 8 dager før klagefristens utløp. Innklagede er enig i at klagefristen som utgangspunkt bør være 10 dager, jf. klagenemndas sak 2008/12. Innklagede kan imidlertid ut fra en konkret vurdering ikke se at klagefristen ikke er i samsvar med forskriften. Komitéens vurdering, som var konkret og meget klar, ga klager mulighet for å inngi en begrunnet klage innen den fastsatte klagefrist. Klagen til klagenemnda var i det alt vesentlige i samsvar med klagen som ble levert til innklagede 22. mars 2010, hvilket også underbygger at klagefristen ikke var for kort.

II) Frist for etterkommelse av innsynsbegjæring

- (38) Innklagede bestrider at anmodning om innsyn er etterkommet for sent. Det vises til at begjæring om innsyn ble sendt fra klager 17. mars 2010, og at det ble avklart 19. mars at klager ønsket innsyn i tilbudene som helhet. Tilbudsbrevene ble deretter oversendt til klager 19. mars, mens komplette tilbud ble oversendt i flere e-poster 21. mars 2010. Vurdering og imøtekommelse av kravet om innsyn ble følgelig gjort uten ugrunnet opphold og i samsvar med offentleglova § 29. Innsyn er gitt på et så tidlig tidspunkt at klager har fått anledning og mulighet til å etterprøve kommunens valg av leverandør, jf. loven § 5. Aktuelle klage har flere utførlige henvisninger og synspunkter knyttet til de respektive tilbud, men disse synspunktene er fremmet før klagefristens utløp og underbygger at det er gitt rettidig innsyn. Dette underbygges ytterligere av at det i klagen til klagenemnda ikke er omhandlet andre forhold enn det som allerede var medtatt i klagen til innklagede datert 22. mars 2010.

III) Feil ved tildelingsevalueringen

III.1) Karaktersettingen skal gjenspeile relevante forskjeller

- (39) Innklagede bestrider at det er begått feil i forbindelse med tildelingsevalueringen. Det er ikke lagt for stor vekt på kvalitetsforskjeller og derved for liten vekt på prisforskjeller, slik som klager anfører. Videre foreligger det ikke brudd på kravet til forutberegnelighet, ettersom det var klart angitt i konkurransegrunnlaget hvordan evalueringen skulle gjennomføres og evalueringen ble gjennomført på angitt måte.
- (40) Pris skulle vektas 50 %, og med 10 poeng til billigste tilbud (klager) og lineær poenggivning til øvrige. Valgte leverandør fikk følgelig 8,28 poeng på pris. Kvalitet skulle vektas 50 %. I hvor stor grad skalaen skal brukes for kvalitet kan selvsagt ikke angis i forkant, men beror på hvilke reelle kvalitetsforskjeller som brukes. Innklagede sendte ut en orientering i notat 21. desember 2009 til alle påmeldte tilbydere som viste *"Eksempel på beregning av poeng ved pristilbud"*. Oppsettet er ingen endring, men kun eksempel som viser hvordan konkurransegrunnlagets punkt 4.5 skulle forstås. Av komitéens begrunnelse fremgår det at skalaen er brukt i varierende grad for de fire kvalitetselementene, dvs. basert på en konkret vurdert av hva som var de reelle kvalitetsforskjeller. Skalaen for arkitektonisk hovedgrep er brukt fra 4 til 10, skalaen for oppfyllelse av programkrav er brukt fra 2 til 10, skalaen for arealeffektivitet brutto/netto er brukt fra 8 til 10 og skalaen for generalitet og fleksibilitet er brukt fra 2 til 10. Det er vurdert å være relativt liten forskjell mellom tilbyderne når det gjelder arealeffektivitet, der klager var best, mens det er vurdert å være stor forskjell når det gjelder øvrige forhold, særlig programkrav og generalitet/fleksibilitet (valgte leverandør best). Ett poengs forskjell på de tre første skalaene vil tilsvare 3 % av totalsum for det billigste tilbudet. Det er gjort klart i forkant og det er slik det er evaluert. I realiteten er det komitéens konkrete vurdering, dvs. hvilke deler av skalaen som er brukt for de forskjellige kriteriene som kritiseres av klager. I forhold til det, har innklagede et skjønn som ikke kan kritiseres.
- (41) Når to leverandører er vurdert til å ha gitt et økonomisk mer fordelaktig tilbud enn klager, skyldes det at kvalitetskriteriet *"Gruppens prosjektforslag"* er funnet å veie mer i favør av tilbudene fra valgte leverandør og nest beste leverandør enn prisforskjellene. Når komitéen har funnet at valgte leverandørs tilbud likevel fremsto som det økonomisk mest fordelaktige tilbud skyldes det at kvalitetsforskjellen er vurdert å ha en større verdi enn nevnte prisforskjell. Klagers tilbud måtte ha vært ca 86 millioner kroner billigere enn valgte leverandørs tilbud for at det skulle ha blitt evaluert like godt. Komitéen har

behandlet prosjektforslagene meget grundig med hensyn til kvalitetsforskjeller og utviklingsmuligheter innenfor konseptets rammer.

- (42) I følge innklagede er klagenemndas avgjørelse i sak 2008/106, som vist til av klager, ikke sammenlignbar med foreliggende sak, ettersom det der var brukt avvikende skala for pris i forhold til de øvrige tildelingskriteriene. Klagenemndas sak 2008/16, jf. premiss (50), og 2008/67 er imidlertid sammenlignbare, og underbygger at innklagede i foreliggende sak har opptrådt formelt og reelt i samsvar med regelverket.

III.2) Vedrørende tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag"

- (43) Klagers logikk, dvs. at konklusjonen på evaluering av kvalitet ikke kan avvike mer enn evalueringen av pris, vil alltid medføre at billigste pris blir samlet vinner, noe som ikke er riktig. At valgte leverandør er vurdert til 10 og klager til 4 innebærer at det etter komitéens vurdering forelå betydelig kvalitetsforskjell.
- (44) Uttalelsen fra komitéen på side 1, under overskriften "*tomtegrep*" vedrørende begrepet "*felleseie*", menes anleggets karakter av et bygg for nærmiljøet og ikke kun som skole som i sitatet på side 2. Utsagnet om felleseie er meget presist og forståelig for alle som kjenner programmet og denne type skoles betydning for det totale miljøet i området. Klagers kritikk er ufundert og forfeilet.
- (45) Komitéen tilbakeviser også kritikk som vist til av klager på side 12, og finner det vanskelig å forstå at budskapet om kvaliteten på lærings- og arbeidsplasser er uklart. Det er et grunnleggende (forskriftskrav) at arbeidsplasser skal ha tilfredsstillende daglysforhold og komitéen fant at spesielt barnetrinnet og SFO var organisert på en måte som gir lange kommunikasjonslinjer, liten trygghet og få romlige kvaliteter. Løsningen fra klager var ikke svar på programmets forutsetninger. Dette måtte vektlegges i evalueringen.
- (46) Når det gjelder komitéens manglende begrunnelse av klagers parkeringsløsning, skyldes det at løsningen med tverrstilt "*privat*" parkering ut mot offentlig vei er mindre heldig generelt og spesielt ved levering av og henting av de minste barna. Denne parkeringen ligger nærmest barnetrinnet og vil bli benyttet av foreldre.
- (47) Vedrørende evalueringen av klagers "*amfiløsning*", viser komitéen til at senter av det buede amfiet er mot øst og vil få solen inne fra ca kl 0500 til ca 0900. Det er riktig at amfiet kan orienteres i andre retninger, men komitéen har liten forståelse for at man legger et uteamfi mot øst med de solforholdene som er i Kirkenes. Kirkenes ligger langt øst i forhold til Oslo, ca 1,5 timer i forskjell på solretningen.
- (48) Når det gjelder klagers anførsel om at det var urimelig at klager kun fikk karakteren 2 på "*oppfyllelse av programkrav*" siden klager formelt har oppfylt programkravene, så er det riktig at klager formelt hadde oppfylt arealkravene. Ved å lese hele rapporten går det imidlertid klart frem at programkravene ikke kun omfatter arealer, men også anvendelighet og kvalitet. Flere rom med dagslysbehov er vist uten dagslys og store deler av arbeidsrommene for lærerne er uten dagslys. Det ville kreves store endringer i byggets fasadelengde for å kunne få tilfredsstillende forhold. Komitéen vurderte disse forholdene som meget alvorlige, noe karaktersetningen skal og må reflektere.

- (49) Til klagers anførsel om at komitéen har vektlagt dagslysforholdene i klagers tilbud flere ganger, tilbakevises kritikk også her. Dagslysforholdene har hatt vesentlig betydning for oppfyllelse av programkrav. Når det gjelder generalitet og fleksibilitet er det et meget viktig kriterium at de forskjellige arealene kan nyttes til ulike primærfunksjoner over tid. Klagers prosjekt er meget stivt i organiseringen og har store områder i det indre av bygget som er dårlig egnet til primærfunksjoner og dermed begrenset grad av generalitet og fleksibilitet. Dagslys er her en viktig faktor, men det er byggets form og kompakthet som ligger til grunn for disse problemene. Når forholdet er gjentatt i konklusjonsavsnittet, innebærer ikke det at forholdet vektlegges på nytt.

Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

- (50) Innklagede viser til at det i komitéens konklusjon fremgår at to av de bedømte prosjektene viser løsninger som kan videreutvikles til gode og hensiktsmessige arenaer. Komitéen vurderte imidlertid ikke klagers forslag som en ønsket løsning innenfor konkurransegrunnlaget, og anbefalte ikke dette prosjektet for gjennomføring. Som følge av det, har komitéen ikke kommentert enkeltjusteringer i forslaget fra klager.

Erstatning for den negative kontraktsinteresse

- (51) Innklagede bestrider at det er grunnlag for erstatning, ettersom det ikke har skjedd brudd på regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (52) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse, og følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

I) For kort klagefrist

- (53) Av forskriften § 22-3 (1) følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt skal meddeles alle deltakerne *"i rimelig tid"* før kontrakt inngås, og at meddelelsen skal angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen. Videre skal meddelelsen inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (1). Dersom tildelingsmeddelelsen ikke oppfyller kravet til begrunnelse etter § 20-16 (1), blir klagefristen ikke utløst, jf. klagenemndas saker 2009/57 (premiss 86).
- (54) Av forskriften § 20-16 (1) fremgår det at oppdragsgivers begrunnelse ved meddelelse om kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært *"saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Det sentrale formålet med begrunnelsesplikten etter denne bestemmelsen er å gi leverandørene et grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved å be oppdragsgiveren endre avgjørelsen eller ved å begjære midlertidig forføyning, jf. FADs veileder 2006 på s. 204. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver i tillegg til matriser som viser poengsettingen på tildelingskriteriene, må redegjøre for sine vurderinger ved poengsettingen for at begrunnelsen skal oppfylle kravene i forskriften, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/215 premiss (39). For øvrig må det foretas en konkret vurdering av om begrunnelsesplikten er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2009/254 (premiss 44).

- (55) I tildelingsmeddelelsen 11. mars 2010 ble det vist til at valgte leverandør hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut i fra totalvurdering og oppsummering i henhold til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. Det ble oppgitt samlet poengscore for de tre tilbyderne for tildelingskriteriene "*Gruppens prosjektforslag*" og "*Pris*", i tillegg til poengscore på det enkelte tildelingskriterium og på underkriteriene til "*Gruppens prosjektforslag*". Av tildelingsmeddelelsen fremgikk det at komitéens faglig begrunnelse av tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" ville bli ettersendt "*så snart den foreligger*". Frist for å klage var 24. mars 2010.
- (56) Ettersom innklagede kun opplyste tilbyderens poengscore på de ulike tildelingskriteriene i tildelingsbeslutningen, og ikke ga en redegjørelse for de vurderinger som lå til grunn for poenggivningen, anses ikke tildelingsbeslutningen å tilfredsstille kravet til begrunnelse i forskriften § 20- 16 (1). Innklagede oversendte komitéens bedømmelse til klager i brev av 16. mars 2010, dvs. 5 dager etter tildelingsmeddelelsen og 8 dager før klagefristens utløp. Nemnda finner at det var først på dette tidspunktet at innklagede har gitt en begrunnelse som innholdsmessig er i samsvar med forskriftens krav og som inneholder en begrunnelse som gir klager tilstrekkelig informasjon til å avgjøre om tildelingen er i samsvar med regelverket.
- (57) Spørsmålet for nemnda blir dermed hvorvidt åtte dagers klagefrist er i samsvar med forskriften § 22-3 (1) om at det skal gå "*rimelig tid fra meddelelsen om tildeling til kontraktsinngåelse*". Klagefristens lengde reguleres ikke direkte i forskriften, men må etter klagenemndas praksis også settes ut fra saksomstendigheter og rimelighetshensyn.
- (58) Endringsdirektiv 2007/66/EF til Dir. 89/665 og Dir. 92/13 er vedtatt i EU. Direktivet er EØS-relevant og utredes for innarbeidelse i norsk lov, men er foreløpig ikke gjeldende rett. I endringsdirektivet til Dir. 89/665 (Art. 2c) fastslås en klagefrist på minst ti dager kombinert med et forbud mot å inngå avtale før utløpet av en "*standstill period*" av samme lengde (Art. 2a og Art. 2d). Etter nemndas syn vil direktivet være veiledende ved vurderingen av hva som etter gjeldende rett kan anses som en rimelig frist, jf. klagenemndas saker 2008/98 premiss (103) og 2008/170 premiss (76).
- (59) Det er i tidligere saker lagt til grunn at en frist på ti dager normalt vil være tilstrekkelig lang, jf. sakene 2008/98 premiss (103) og 2008/187 premiss (64). I sak 2007/87 ble en frist på åtte dager ansett for kort, jf. premiss (43) og i sak 2009/57 premiss (94) la nemnda til grunn at en klagefrist på bare seks dager var for kort.
- (60) I foreliggende sak er det tale om en omfattende og svært kostbar anskaffelse. Hva som er rimelig frist må ses i lys av dette, jf. klagenemndas sak 2009/57 (premiss 94) og sak 2008/170 (om anskaffelse av NSB togsett) premiss (76). Klagefristen i endringsdirektivet er på "*minst*" ti dager og åpner for at fristen etter omstendighetene bør settes lengre. En klagefrist på bare åtte dager er etter nemndas syn for kort når det sees hen til kontraktens omfang og kompleksitet. Videre sees det hen til at klager anmodet i brev 11. mars 2010 om at klagefristen ble beregnet først fra det tidspunktet komitéens bedømmelse forelå, dvs. at klagefristen ble forlenget med 10 dager fra 16. mars 2010. Ettersom kontrakt først ble inngått 6. april 2010, kunne klagefristen slik nemnda ser det med letthet ha blitt forlenget i samsvar med klagers ønske. På den bakgrunn, anses innklagede for å ha brutt forskriften § 22-3 (1), jf. § 20-16 (1), ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen.

II) Begjæring om innsyn ble for sent imøtekommet

- (61) Av loven § 5 fremgår det at oppdragsgiver skal sikre kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen. I foreliggende sak er disse kravene for så vidt opprettholdt i den forstand at klager er gitt innsyn i tilbudene fra valgte leverandør og Hent AS, slik klager anmodet om i e-post 19. mars 2010. Spørsmålet er imidlertid om innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved å ha utlevert dokumentene kun tre dager før klagefristens utløp uten å forlenge denne, og på den måten avskåret klager fra å etterprøve tildelingsbeslutningen før kontrakt med valgte leverandør ble inngått.
- (62) Av offentleglova § 23 fremgår at *"det kan gjerast unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk som er gitt i medhald av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege innkjøp, til valget av leverandør er gjort"*. Med unntak for forretningshemmeligheter, jf. anskaffelsesforskriftens § 3-6, jf. fvl. § 13, er oppdragsgiver således forpliktet til å gi innsyn i tilbud og protokoll fra det tidspunkt leverandør er valgt. Offentleglova styrker dermed kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosessen, jf. klagenemndas sak 2009/85 premiss (55)- (60). I denne saken fant klagenemnda at oppdragsgiver hadde brutt kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved ikke å etterkomme klagers anmodning om innsyn i anskaffelsesprotokoll og vinnende tilbud innen klagefristens utløp/kontraktstidspunkt. Det ble vist til at skjæringstidspunktet for innsyn i protokoll og tilbud er lagt til tidspunktet da valg av leverandør er gjort, og ikke tidspunktet for kontraktsundertegning, nettopp for at innsynet skal gi leverandørene mulighet for å *"påverke utfallet før kontrakt er skriven."*, jf. Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s. 145.
- (63) Når offentleglova fastslår at tilbud og anskaffelsesprotokoll skal være offentlige fra valg av leverandør er gjort, er dette ikke bare ment å styrke allmennhetens behov for å etterprøve anskaffelsesprosessen før kontraktsinngåelse, men også eventuelle forbigåtte leverandørers reelle klagemulighet før kontraktsinngåelse. Etter kontraktsinngåelse vil dagens regelverk kun verne leverandørenes rett til erstatning. Hvor begrunnelsen for tildeling er ufullstendig eller mangelfull, vil innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll være særlig viktig for å sikre en effektiv etterprøving av saksgang og håndtering av anskaffelsesprosessen. Klagenemnda har i ovennevnte premiss (55) funnet at innklagede først ga begrunnelse i samsvar med forskriften § 20-16 (1) etter at klager fikk oversendt komitéens faglige sluttrapport i e-post 16. mars 2010. Videre har nemnda funnet at innklagede har brutt forskriften § 22-3 ved kun å ha gitt en reell klagefrist på åtte dager, jf. premiss (58). Slik nemnda ser det, skulle innklagede i dette tilfellet ha etterkommet klagers anmodning om forlenget klagefrist, og sågar forlenget klagefristen etter at det ble begjært innsyn i tilbudene fra valgte leverandør og Hent AS. Innklagede ville da ha sikret at klager fikk tilstrekkelig tid til å vurdere grunnlaget for en klage. Når innklagede på den måten ikke har gitt klager en reell klagemulighet, utgjør det et brudd på kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5.

III) Feil ved tildelingsevalueringen

III.1) Karaktersettingen skal gjenspeile relevante forskjeller

- (64) Av klagenemndas saker 2010/32 premiss (15), 2009/249 premiss (21) og 2009/241 premiss (22), følger det at oppdragsgiver, både ved poenggivningen av de innkomne tilbud og ved valg av hvilken beregningsmodell som skal brukes, utøver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgiver ved skjønnsutøvelsen har lagt feil faktum til

grunn eller utøvd et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/108 premiss (66). Det følger videre av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/249 premiss (21).

- (65) I konkurransegrunnlaget fremkommer det at tildelingskriteriet "*Pris*" skal telle 50 %. Vedrørende beregningsmodell fremkom det i konkurransegrunnlaget at: "*I evalueringen vektlegges totalpris etter en skala 1-10, hvor rimeligste tilbud gir karakter 10*" og at "*Avvik vil bli beregnet lineært og være grunnlag for vekting av hvert tilbud*". Videre fremkommer det at tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" skal telle 50 %, og det var oppgitt den prosentvise vekten til underkriteriene. Prosjektforslagene ville få karakter innenfor en skala på 1-10, hvor 10 er best.
- (66) Av innklagedes tildelingsbeslutning i brev 11. mars 2010 til klager fremkom det vedrørende tildelingskriteriet "*Pris*" at valgte leverandør fikk 4,14 poeng og at klager fikk 5 poeng. Dette innebærer at prisdifferensen 34 143 706 kroner mellom valgte leverandørs tilbud og klagers tilbud, ble gitt 0,86 poeng i forskjell i favør av klager. Når det gjelder tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*" er klagers samlede poengsum 2,5 poeng, og valgte leverandørs på 4,70 poeng. Av komitéens begrunnelse fremgår det at skalaen er brukt i varierende grad for de fire kvalitetselementene, dvs. skalaen for arkitektonisk hovedgrep er brukt fra 4 til 10, skalaen for oppfyllelse av programkrav er brukt fra 2 til 10, skalaen for arealeffektivitet brutto/netto er brukt fra 8 til 10 og skalaen for generalitet og fleksibilitet er brukt fra 2 til 10. Det er vurdert å være relativt liten forskjell mellom tilbyderne når det gjelder arealeffektivitet, der klager var best, mens det er vurdert å være stor forskjell når det gjelder øvrige forhold, særlig programkrav og generalitet/fleksibilitet (valgte leverandør best). Ett poengs forskjell på de tre første skalaene vil tilsvare 3 % av totalsum for det billigste tilbudet. Det er gjort klart i forkant og det er slik det er evaluert.
- (67) Nemnda viser til at innklagede har evaluert tildelingskriteriet "*Pris*" i samsvar med det som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, dvs. at rimeligste tilbud ble gitt karakter 10 og 5 poeng etter vekting, med lineær poenggivning til de øvrige tilbyderne. Det vises videre til at innklagede i notat 21. desember 2009, som ble sendt ut til de prekvalifiserte tilbyderne viste med regneksempler hvordan beregningen av poeng ved pristilbud skulle skje. Klagenemnda har i en rekke saker funnet at det i utgangspunktet er opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre hvilken beregningsmodell som skal benyttes ved poenggivningen av pris, jf sak 2008/67 premiss (49). Nemnda finner at innklagedes valg av lineær beregningsmodell, ikke fremstår som vilkårlig eller i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Når det gjelder bruk av skalaen ved tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*", vil det slik klagenemnda ser det være en skjønnsmessig evaluering av de ulike tilbudenes ulike kvaliteter som legger grunnlaget for hvor mye av skalaen som det vil være forsvarlig å benytte. Slik nemnda ser det, har komitéen foretatt en grundig evaluering av dette kriteriet med tilhørende underkriterier, og nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve dette. Ettersom kontrakten skulle tildeles på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på to tildelingskriterier og ikke bare pris, vil det ikke nødvendigvis være slik at den tilbyder som tilbyr laveste pris også derigjennom vil bli funnet å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det er også vist til av innklagede at det ligger utenfor bedømmelseskomitéens mandat å hensynta

kostnadselementer i evalueringen av tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*". Innklagede anses dermed ikke for å ha foretatt en vilkårlig evaluering av tildelingskriteriene, eller for å ha brutt de grunnleggende kravene i loven § 5, når det gjelder poengberegningen av tilbudene og bruk av beregningsmodell. Klagers anførsel fører ikke frem.

III.2) Vedrørende tildelingskriteriet "Gruppens prosjektforslag"

- (68) Klagenemnda har gjennomgått bedømmelseskomitéens faglige sluttrapport med bakgrunn i anførselene fra klager og innklagedes tilsvare. På den bakgrunn, finner ikke klagenemnda grunnlag for å overprøve innklagedes skjønn ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*", ettersom innklagedes skjønnsutøvelse på dette punktet ikke anses for å være vilkårlig eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på kravet til likebehandling og forutberegnelighet

- (69) Det følger av kravet til likebehandling at oppdragsgiver har plikt til å behandle tilbyderne likt ved evalueringen av tildelingskriteriene. Av bedømmelseskomitéens konklusjon fremgår det at to av de bedømte prosjektene viser løsninger som kan videreutvikles til gode og hensiktsmessige arenaer. Innklagede har forklart i sitt tilsvare at komitéen ikke vurderte klagers forslag som en ønsket løsning innenfor konkurransegrunnlaget, og anbefalte ikke dette prosjektet for gjennomføring. Det er på den bakgrunn at komitéen ikke har kommentert enkeltjusteringer i forslaget fra klager. Slik nemnda ser det, er det ikke grunnlag for å hevde at innklagede ikke har behandlet tilbyderne likt når det gjelder evalueringen av tildelingskriteriene, herunder vises det spesielt til at bedømmelseskomitéen har foretatt en grundig og omfattende sammenligning av de tre forslagene som ble gjenstand for evaluering vedrørende tildelingskriteriet "*Gruppens prosjektforslag*". Klagers anførsel fører ikke frem.

Erstatning for den negative kontraktsinteresse

- (70) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12 (2) femte punktum.

Konklusjon:

Sør- Varanger kommune har brutt forordningen § 22-3(1), jf. § 20-16 (1), ved ikke å gi klager en rimelig frist til å klage over tildelingsbeslutningen.

Sør- Varanger kommune har brutt kravene til etterprøvnbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5 ved ikke å ha gitt klager en reell klagemulighet.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

27. juni 2011

Siri Teigum