



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse som gjaldt oppføring av tilbygg ved Stranda skole, samt oppføring av volleyballhall samme sted. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å vurdere volleyballhall i separat bygg som en "vesentlig ulempe" ved evalueringen av tilbudene, og ved ikke å vurdere graden av oppfyllelse av forvaltning og drift ved evalueringen av tilbudene.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2013 i sak 2011/200

Klager: J.H. Nævdal Yrkesbygg AS (tidligere Mester Yrkesbygg AS)

Innklaget: Sund kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, evaluering av tilbud

Bakgrunn:

(1) Sund kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juni 2010 en begrenset anbudskonkurranse som gjaldt oppføring av tilbygg ved Stranda skole, samt oppføring av volleyballhall samme sted. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men prisen på de mottatte tilbudene var i anskaffelsesprotokollen punkt 7.4 angitt til å være på mellom 47 og 60 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 10. august 2010.

(2) Fra konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Tilbudets utforming*" hitsettes følgende:

"Tilbudet skal organiseres/disponeres som følger:

- *Tilbudsbrev, signert av bemyndiget person hos tilbyder*
- *Dokumentasjon av tildelingskriteriet kvalitet*
 - *situasjonsplan, plan, snitt og fasader av prosjektet i målestokk 1:200*
 - *Beskrivelse av prosjektet, herunder konsept, gjennomføring, organisering og tidsplan*
 - *Leverandørens detaljerte tekniske spesifikasjon av sin tilbudte leveranse*
 - *Arealoppstilling etter NS3940 som viser NTA og BTA, med sammenligning mot arealprogram i konkurransegrunnlaget.*

- Vedlegg D – Vederlag, komplett utfyllt med leverandørens priser (på papir)

- Vedlegg H – Liste over underleverandører".

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Tidsplan" fremkom det at tilbyderne skulle vedlegge en tidsplan for arbeidet som tilfredsstilte den overordnede tidsplan som ble vist til i vedlegg C- Tidsplan. Det fremkom videre at omforent tidsplan ville inngå som en del av kontrakten.
- (4) Følgende fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 "Tildelingskriterier":

"Kontrakten skal tildeles den leverandøren som har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende kriterier:

<i>Kriterium</i>	<i>Dokumentasjon</i>	<i>Vekting [%]</i>
<i>Kvalitet, underkriterier</i> - arkitektonisk og funksjonell løsning - grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget - totalareal - materialbruk	<i>Tegninger</i> <i>Beskrivelser</i> <i>Arealoppstilling</i>	60 %
<i>Pris, underkriterier</i> - tilbudt totalpris inkl. opsjoner - timepris tilleggsarbeider - påslagsprosent materialer	<i>Vedlegg D</i>	40 %

- (5) I konkurransegrunnlagets vedlegg A punkt 1.1 "NS 3431 Alminnelige kontraktbestemmelser for totalentrepriser" fremkom det at "[s]om alminnelige kontraktbestemmelser gjelder NS 3431, 2. utg. 1994 med de tillegg og endringer som er angitt nedenfor. I tilfelle uoverensstemmelser mellom de her nevnte endringer/suppleringer og NS 3431, gjelder endringer og suppleringer foran NS 3431. De enkelte punkter er nummerert med referanse til tilsvarende bestemmelse i NS 3431."
- (6) I NS 3431 punkt 4.1 "Kontraktsdokumenter" heter det at:

"Med mindre annet er avtalt, inngår følgende dokumenter i kontrakten:

a) Avtaledokumentet dersom slikt dokument er opprettet

b) Eventuelle referater fra kontraktsforhandlinger eller møter om kontrakten, som er godkjent av begge parter;

c) Totalentreprenørens anbud eller tilbud;

d) Anbuds- eller tilbudsgrunnlaget;

e) Denne standarden (NS 34 31)."

- (7) Det fulgte av konkurransegrunnlagets vedlegg A punkt 1.3 at punkt 4.1 "Kontraktdokumenter" i NS 3431 "utgår i sin helhet og erstattes av:

Kontraktdokumentene består av:

Avtaledokument

<i>Vedlegg A</i>	-	<i>Kontraktbestemmelser (dette dokument)</i>
<i>Vedlegg B</i>	-	<i>Orientering om arbeidet</i>
<i>Vedlegg C</i>	-	<i>Vederlag</i>
<i>Vedlegg D</i>	-	<i>Funksjonsbeskrivelse</i>
<i>Vedlegg E</i>	-	<i>Tidsplan</i>
<i>Vedlegg F</i>	-	<i>Tegninger</i>
<i>Vedlegg G</i>	-	<i>Byggherrens leveranser</i>
<i>Vedlegg H</i>	-	<i>Kontraktsmedhjelpere"</i>

- (8) I konkurransegrunnlagets vedlegg A, "Formular for kontrakt om totalentreprise", fremkom følgende på side 7:

"Totalentreprenøren påtar seg å levere kontraktarbeidet:

i samsvar med kontraktdokumentene, jf. NS 3431 punkt 4.1, samt følgende øvrige dokumenter tilknyttet kontrakten:

Avtaledokument

<i>Vedlegg A</i>	-	<i>Kontraktbestemmelser (dette dokument)</i>
<i>Vedlegg B</i>	-	<i>Orientering om arbeidet</i>
<i>Vedlegg C</i>	-	<i>Tidsplan</i>
<i>Vedlegg D</i>	-	<i>Vederlag</i>
<i>Vedlegg E</i>	-	<i>Funksjonsbeskrivelse</i>
<i>Vedlegg F</i>	-	<i>Tegninger</i>
<i>Vedlegg G</i>	-	<i>Administrative bestemmelser</i>
<i>Vedlegg H</i>	-	<i>Underleverandører"</i>

- (9) I NS 3431 punkt 4.2 "Tolkningsregler", som skulle gjelde i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, fremkommer følgende:

"De dokumentene som utgjør kontrakten, utfyller hverandre. Inneholder kontraktdokumentene bestemmelser som strider mot hverandre, skal de gjelde i den rekkefølge som er angitt i 4.1.

Funksjonskrav og spesifiserte krav til utførelse, kvalitet eller merke i anbuds- eller tilbudsgrunnlaget gjelder foran løsninger eller konstruksjoner i anbudet eller tilbudet fra totalentreprenøren, med mindre totalentreprenøren har tatt uttrykkelig forbehold."

- (10) Fra NS 3431 punkt 22, som skulle gjelde i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, hitsettes følgende:

"22 Rett til fristforlengelse

22.1 Totalentreprenørens rett til fristforlengelse på grunn av byggherrens forhold m.m.

Totalentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han blir forsinket som følge av

- a) Endringer byggherren krever, eller*
- b) Forhold som nevnt i 13.2 og 13.3, eller*
- c) Feil ved, eller forsinket levering av tegninger, beskrivelser, utførelse, materialer, utstyr m.m. som byggherren skal levere selv eller ved andre (arkitekt, rådgivende ingeniør, leverandør, sideentreprenør m.m.), eller*
- d) Annet som må henføres til byggherrens forhold.*

22.2 Totalentreprenørens rett til fristforlengelse på grunn av uforutsette hindringer

22.2.1

Totalentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han godtgjør at fremdriften hindres av forhold utenfor hans kontroll så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.

22.2.2

Totalentreprenøren har ikke rett til fristforlengelse for hindringer som han burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av."

- (11) Av konkurransegrunnlagets vedlegg B fremkom det av punkt 1.2, "Forhold mellom nybygg og eksisterende bygg – overordnede krav", at tilbudene skulle "inkludere oppgradering av inneklima i eksisterende bygg til dagens standard (TEK 10) når det gjelder ventilasjon og varme."
- (12) Det fremkom i konkurransegrunnlaget vedlegg B punkt 3.1 at "[t]ilbyder står i utgangspunktet fritt til å plassere både tilbygg og volleyballhall". Videre fremkom det at "[d]et er ikke krav om at det skal være innendørs kommunikasjon mellom eksisterende skole og hhv tilbygg og volleyballhall. Det anses likevel å være en fordel, for særlig skoledelen, om det kan etableres innvendige eller overdekkede kommunikasjonsårer mellom nybygg og eksisterende bygg". Det fremgikk endelig at "[e]ksisterende utomhusareal ønskes beholdt i størst mulig grad. Det forutsettes imidlertid at totalentreprenør gjør en totalvurdering av kvaliteten på skolens utomhusanlegg, i lys av hvor tilbygg og hall foreslås plassert, slik at skolen får et tjenlig utomhusanlegg som kan betjene skolens dimensjonerende elevtall."
- (13) I konkurransegrunnlagets vedlegg B punkt 3.2 "Entrepriseform" stod det at kontrakten skulle utføres som en totalentreprise. Av punkt 3.4 fulgte det at "[e]ntreprenøren og/eller hans kontraktmedhjelpere plikter å ha eller skaffe seg de nødvendige godkjenninger og skal påta seg ansvar som ansvarlig søker (SØK), ansvarlig prosjekterende (PRO), ansvarlig kontrollerende for prosjektering (KPR), ansvarlig

utførende (UTF) og ansvarlig kontrollerende for utførelse (KUT) i den tiltaksklasse som bygget plasseres i." Videre fulgte det at "[e]ntreprenøren har ansvaret for å utarbeide byggemelding og få saken godkjent i kommunen."

- (14) I vedlegg C til konkurransegrunnlaget var det inntatt et skjema som viste tidsrammer som totalentreprenøren måtte forplikte seg til å holde seg innenfor. Av dette skjemaet fremgikk det at nybygget og volleyballhallen skulle tas i bruk senest 10. august 2012. Det fulgte videre at innklagede beregnet at byggesaksbehandlingen ville ta 40 dager. Det stod imidlertid på side 3 i vedlegg C at "*[s]kisserte varigheter for byggesaksbehandling og reguleringsplanarbeidene er veiledende, og binder ikke Sund kommune.*" Av vedlegg C fulgte det også at unnlatt overholdelse av enkelte delfrister, herunder overtakelsestidspunkter, kunne bli dagmulktbelagt.
- (15) Det fremkom av konkurransegrunnlagets vedlegg C punkt 2, "*Totalentreprenørens egen fremdriftsplan*", at totalentreprenøren, som en del av sitt tilbud, skulle levere en detaljert fremdriftsplan der totalentreprenøren innenfor de overordnede tidsrammene som fulgte av vedlegg C punkt 1, skulle vise fremdrift og avhengigheter for planlegging/prosjektering, byggesaksbehandling og bygging av skoledel, evt. ombygging og volleyballhall. Videre fremkom det at "*[f]erdigstillelse av hele anlegget tidligere enn vist i vedlagte hovedaktivitetsplan er positivt, forutsatt at kvalitets- og HMS-krav oppfylles.*"
- (16) Av konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 1, "*Generelt*", fremgikk det at de krav som var listet opp i denne funksjonsbeskrivelsen var å betrakte som "*minstekrav som ikke må underskrides uten at byggherren skriftlig har akseptert dette.*"
- (17) I konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 1.2, "*Estetikk og tilpasning til terreng og nabobebyggelse*", fremkom det at tilbygg og ny hall skulle inngå som en del av et eksisterende skoleområde, og at det ble forutsatt lagt stor vekt på byggenes estetiske utforming og tilpasning til terreng og eksisterende bebyggelse.
- (18) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 5.2 at Norconsult, i forbindelse med sitt tidligere arbeid med kapasitetssituasjonen på barnetrinnet i kommunen, hadde utarbeidet et eksempel på et romprogram med spesialrom integrert i en frittstående volleyballhall.
- (19) Fra konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 6.10, "*Nærleiksskjema*", hitsettes følgende:

"Vurdert nærleik og samanhengar mellom funksjonar er synt i skjema under;

Nærleiksskjema for "nye" Stranda skule	Klasse- og formidlingsrom til 1.-4. årstrinn		Klasse- og formidlingsrom til 5.-7. årstrinn		SFO	Bibliotek	Forskarrom	Naturfagrom	Musikk/Dans/Drama	Kunst og håndverk	Samlingsrom/elevkantine	Elevtjenester (skolehelse/PPT/logoped)	Administrasjon	Personalrom med kjøkken	Konferanse-/møterom	Kontorarbeidsplasser lærarar 1.-7. årsteg	Personalgarderobe	Hovedinngang/foajé/hall	Volleyballhall	Mat & helse / foreningskjøkken
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
Klasse- og formidlingsrom til 1.-4. årstrinn																				
Klasse- og formidlingsrom til 5.-7. årstrinn	*																			
SFO	1	3																		
Bibliotek	1	1	*																	
Forskarrom	1	*	2	*																
Naturfagrom	*	2	*	*	1															
Musikk/Dans/Drama	3	3	1	3	*	*														
Kunst og håndverk	3	3	*	*	*	*	*													
Samlingsrom/elevkantine	2	2	2	*	*	*	*	*												
Elevtjenester (skolehelse/PPT)	3	3	3	3	3	3	3	3	3	3										
Administrasjon	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*									
Personalrom med kjøkken	*	*	*	2	*	*	*	*	*	*	*	1								
Konferanse-/møterom	3	3	3	*	*	*	3	*	*	*	*	1	*							
Kontorarbeidsplasser lærarar 1.-7. årsteg	2	2	3	*	*	*	3	*	*	*	*	1	1	1						
Personalgarderobe	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	2	2	2	2					
Hovedinngang/foajé/hall	*	*	*	2	*	*	*	*	*	1	2	1	*	1	*	*				
Volleyballhall	*	*	2	*	*	*	2	*	2	3	*	*	*	*	*	*	2			
Mat & helse / foreningskjøkken	*	*	*	*	*	*	*	*	*	2	*	*	*	*	*	*	*	1		

- (20) Av konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 7.1.1, "Leike- og uteområdet", fremkom det blant annet at:

"Oppdragsgjevar ynskjer at entreprenøren kjem med eigne framlegg til korleis elevane sitt leike- og uteareal vert etablert og organisert. Utearealet skal leverast med slik minstekvalitet:

- Ta vare på mest mogeleg av eksisterande naturtomt ved å utvikle og tilretteleggje for meir bruk av uteområdet (uteskule)."*

- (21) I konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 10.1 hadde innklagede oppstilt følgende krav:

- (22) *"Bygningen med de tekniske installasjoner skal tilrettelegges for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold og renhold.*

Krav og forutsetninger for forvaltning, drift og vedlikehold (FDV) skal dokumenteres ved utarbeidelse av prosjektmaterialet i alle faser. Det skal leveres dokumentasjon for utført sluttkontroll av entreprenørens arbeider og leveranser etter at bygg og anlegg er skriftlig ferdigmeldt."

- (23) Innklagede hadde i konkurransegrunnlagets vedlegg E3 punkt 03, "Tekniske underlag/Tilbudsdokumentasjon", oppstilt et krav om at "[e]ntreprenøren skal ved innlevering av tilbud levere tekniske underlagsmateriell, fabrikater, typer, kapasiteter, nødvendige tegninger etc. for tilbudsevalueringen. Energi- og effektbudsjett skal

medleveres tilbudet". Det fremgikk videre at "[v]ed prosjektoppstart skal detaljert og fullstendig dokumentasjon utarbeides og leveres."

- (24) Det fremgikk av vedlegg E3 punkt 06 "*Funksjonskrav*" at "*Anlegg/rom spesifiseres og skal oppfylle sentrale og lokale forskrifter/veiledninger/anvisninger/krav, som: [...] Energikrav: TEK, NS3031, NS3032, EU sitt energidirektiv med energirammer*".
- (25) Innklagede mottok tilbud fra alle de fire prekvalifiserte tilbyderne innen tilbudsfristen 10. august 2010, heriblant fra Mester Yrkesbygg AS (heretter kalt klager) og Sartor Maskin AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (26) I tilbudet fra valgte leverandør fremgikk følgende:

"Presiserer at følgende føresetnader er lagt til grunn for vårt tilbud:

- *Framdriftsplan og byggetid er basert på at tildeling av kontrakt innen 01.02.2011 og at byggesakshandsaming skjer innanfor tidslinjer som er lagt til grunn i plan. Ettersom vi ikke kan påvirke denne handsaminga tek vi atterhald om at forseinking som følge av sakshandsamingstid på byggesak må gi tilsvarende forlenging av byggetid.*
- *Ved intern motstrid gjeld følgende dokumentrekkefølge:*
 - *Beskriving gjeld foran teikning*
 - *Teikningar gjeld foran illustrasjon*
 - *Vårt tilbød gjeld foran kravspesifikasjon*".

- (27) Det fremkom videre i tilbudet fra valgte leverandør under punktet "*Forbehold*" at valgte leverandør ikke hadde forbehold "*ut over det som går frem av vårt tilbødsbrev og spesifikasjon av leveranse*". Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør fulgte det en tidsplan. Av denne planen fremgikk det at valgte leverandør tilbød at nybygget og volleyballhallen skulle være ferdig til overtakelse 15. juni 2012. Valgte leverandør hadde i tidsplanen beregnet at byggesaksbehandlingen ville ta 20 dager.

- (28) I anskaffelsesprotokollen datert 3. februar 2011 punkt 8.1.1 "*Tildelingskriteriet KVALITET*" fremkom følgende:

"Dette tildelingskriteriet er vektet med 60 % i evalueringen av tilbudene.

Kriteriet er oppdelt i 4 hovedmomenter med differensiert vekt innenfor de 60 %. I evalueringssøymed er hovedmomentene igjen underdelt. Poengsetting for hovedmomentene er gjort ved å ta gjennomsnitt av poengsetting på denne underdelingen. Hovedmomenter og underdeling av kriteriet "kvalitet" er:

- *arkitektonisk og funksjonell løsning, vektet 30 %*

Situasjonsplan

Trafikksituasjon

Forhold til omgivelser

Utvidelsesmuligheter

Arkitektonisk konsept generelt

Lesbarhet, helhetlig uttrykk

Romdannelser innv/utv.

Uttrykk, fasade og volum

Fleksibilitet, generalitet, elastisitet

Skolefunksjon

Volleyballfunksjon

Storstuefunksjon

Utomhusanlegg

- *grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget, vektes 10 %*

Spesifikasjonar

E1 Arkitektfaga

E2 Bygningsmessig

E3 RIV

E4 RIE

HMS

Framdrift

- *totalareal, vektes 10 %*

Areal ift program

Brutto/nettofaktor

- *materialbruk, vektes 10 %*

E1 Arkitektfagene

E2 Bygningsmessig

E3 RIV

E4 RIE

Utomhusarbeider

De innleverte tilbud er evaluert etter disse kriteriene."

- (29) I anskaffelsesprotokollen fremgikk det under punkt 8.2 at: *"Det er benyttet en poengskala fra 0-10 poeng, der 10 er best. Poengsetting som innebærer kvalitative vurderinger er gjort ved å ta utgangspunkt i 5 poeng for middels leveranse, og så gi tillegg og fradrag i poeng."*
- (30) I anskaffelsesprotokollen punkt 8.4.1. *"Tilbud fra Sartor maskin AS"* fremkom følgende vurdering av tilbudet fra valgte leverandør:

"8.4.1.1. Arkitektonisk og funksjonell løsning

Trafikksituasjon er godt løst ved at det er en egen vegsløyfe for bringing og henting av barn, med stoppeplasser for biler. Parkeringsanlegg er separert fra dette og har 60 plasser, i tråd med spesifikasjon. Det er separat gangveisystem inn mot skolen. Også varetransport og HC-parkering er ivaretatt, som blandet trafikk med gående fram til fellesbygget.

Nybygget er lagt nordvest for eksisterende bygg. Det fører til at dette bygget beholder frie siktlinjer mot vest, som i dag.

Det er vist mulig utvidelse av anlegget videre mot nord. Her er det imidlertid noe begrenset plass igjen fram til tomtegrense.

Konseptuelt er anlegget godt løst. Tilbyder har valgt å lage 3 klart definerte bygningskropper, der hhv småskoletrinn, mellomtrinn og fellesfunksjoner/volleyballhall er plassert i egne bygg, med øverste plan på samme cotehøyde. Dette valget fører til at skolen får stor utstrekning pga. avstander mellom byggene. Det er mulig at byggene kan trekkes noe mer sammen. Byggene er bundet sammen med glassinndekkede gangbroer. Her kan det oppstå problemer med overoppheting på grunn av solvarme. Uklart om dette er klimatisert inneareal eller ikke.

Ved å gjøre dette grepet etableres også klare utearealssoner, en for småskolen, en for mellomtrinnet, samt en ny hovedinngang for skolen mot sørvest, med amfi.

Det nye utearealet aksentuerer skolens nye hovedinngang på en god måte, ved at man ser inngangen med en gang man kommer til skolen.

Fasadeuttrykk er sparsomt detaljert. Når det gjelder volleyballhallen ser det ut til at tilbyder har i for stor grad kopiert bruk av fasademateriale (treshingel) og overdekning over dører fra Aukrustmuseet i Alvdal, mens det i materialet er vist til lokal byggeskikk i kystkulturen. Komiteen setter spørsmålstegn ved dette valget. Øvrige fasader har et rolig uttrykk i tråd med eksisterende skolebygg.

Skolefunksjonen er tilfredsstillende løst, med klasserom og grupperom av varierende størrelse og form. Klasserommene varierer fra ca. 60 til 80 m².

Skolen har desentraliserte elevinnganger med toaletter og grov-/ og fingarderober for småskoletrinnet, mens mellomtrinnet har felles innganger og garderobe i korridor, som i dag. Det er også satt av et areal i mellomtrinnet til elevskap.

Fellesbygget inneholder et areal med innendørs amfi, kantine, romslige arealer for mat- og helse, og musikk og dramarom. Dette er en funksjonell enhet der det oppstår gode synergieffekter av måten rommene er organisert og plassert sammen på. På planet

under ligger skolens hovedinngang, med adkomst til volleyballhall, og vestibyleareal. Trappen mellom planene burde imidlertid vært mer eksponert og framstått som et tydeligere bindeledd mellom alle tre planene. Bygget har heis.

Biblioteket er gitt en sentral plass i anlegget, men har fått en uegnet smal form. Disponibelt areal her er for knapt.

Volleyballfunksjonen er greit løst. Det er 4 garderober med dusj og WC, og egen barfotgang inn til begge sal-deler. Salen er utstyrt med tribuneamfi og mezzanin med plass for publikum. Vaktrom burde hatt direkte innsyn i hallen.

Sonedeling for kveldsbruk er tilfredsstillende løst.

Som lokalsamfunnets storstue, vil også dette fellesbygget kunne fungere meget bra. Men med en trappeløsning som knytter planene bedre sammen ville funksjonen kunne bli enda bedre.

Samlet score for dette kriteriet er 6,36 poeng, som er høyest.

8.4.1.2. Grad av kravoppfyllelse

Prosjektet synes å oppfylle de krav som er satt til leveransen. Prosjektet har fått plusspoeng for lav grad av ombygging av eksisterende anlegg, og for leveranse innenfor VVS. Totalt sett scorer prosjektet middels på dette kriteriet, og har fått 5,29 poeng.

8.4.1.3. Areal

Programmert nettoareal er 2.795 m².

Kontrollregnet nettoareal for nybygg, volleyballhall og eksisterende bygg er 3.059 m² NTA. Bruttoarealet er 3.757 m² BTA, noe som gir en brutto/nettofaktor på 1,23.

Prosjektet inneholder ca. 250 m² netto mer enn program. Det har en lav brutto/nettofaktor.

Samlet score for dette kriteriet er 7 poeng.

8.4.1.4. Materialbruk

Prosjektet scorer over middels på dette kriteriet, og har fått plusspoeng for leveranse innenfor VVS og utomhus fagene, og for valg av vedlikeholdsvennlige og bestandige materialer, men trekk for lav spesifikasjonsgrad på elektrisk utstyr.

Samlet score er 5,4 poeng."

- (31) Om tilbudet fra klager fremkom følgende i anskaffelsesprotokollen punkt 8.4.3 "Mester Yrkesbygg AS":

"8.4.3.1 Arkitektonisk og funksjonell løsning

Tilbyder har anlagt et reint parkeringsanlegg uten vendesløyfe for levering og henting av barn. Det betyr at denne funksjonen må løses nærmere hovedveien. Uten at det er vist spesielt, må det antas at det blir et separert trafikksystem videre opp mot skolen.

Parkeringsanlegget virker noe stivt og dominerende, og kunne vært mer oppdelt.

Når man kommer til skolen ser man skolens hovedinngang umiddelbart. Hovedinngangen ligger noe tilbaketrukket, men bygningsmassen er vinklet slik at inngangen vises. Det er ikke satt av areal for uteopphold ved hovedinngangen.

Den nye delen av skoleanlegget er bygget sammen med eksisterende bygg, slik at øvre plan nybygg ligger på samme plan som eksisterende bygg. Dette fører til at eksisterende bygg mister utsikt mot vest. På den andre siden er det positivt at nybygg og eksisterende bygg et tett integrert gjennom et større samlingsareal, selv om dette er krevende bygningsteknisk.

Mellom byggene mot nord oppstår det et skjermet uteareal der det er innganger til nybygget. Dette arealet har imidlertid ikke sammenheng med elevenes basearealer.

Volleyballhallen er lagt frittliggende i skråningen sørøst for eksisterende skole. Dette er en vesentlig ulempe ved dette prosjektet, og fører til at man ikke får synergieffekt av samlokalisering av volleyballhall og vestibylearealer med andre skolefunksjoner.

Bygningsvolumene er komplekst satt sammen, og preges av mange former, sprang, vinkler og bruk av sterke primærfarger på enkelte volumer/flater. I illustrasjonen er det litt uklart hvordan byggenes fasadeuttrykk er. Arkitekturen kan gi assosiasjoner mer i retning av kontorbygg enn barneskole, ut fra enkelte illustrasjoner.

Tilbyder har vist gode utearealer i tilknytning til desentraliserte innganger til undervisningsarealene.

Via hovedinngangen kommer man inn i et stort rom med trappeamfi, som binder sammen inngangsplanet med planet over, og med eksisterende skole. Det er ikke lagt opp til noe utvidet sambruk av spesialrom, som f.eks. musikkrom og mat og helse, i tilknytning til amfi. Men rommet, med omkringliggende galleri, vil ha god brukbarhet i seg selv. Store lysflater mot sørøst må kontrolleres mht solinnstråling.

Småskolen er lagt på bakkeplan med egne innganger, med funksjonelle grov- og fingarderover. Undervisningsarealene er varierte i størrelse og areal. Noen av grupperommene har ikke dagslys.

SFO har fått en god plassering like ved hovedinngang. Dette letter henting og bringing av sfo-barn. Det er også sambruksmuligheter mellom SFO og tiliggende 1. klasseareal.

I 2. etg. i nybygg er det plassert spesialrom. Musikkrom har fått en litt bortgjemt plassering.

Mellomtrinnet er plassert i eksisterende bygg, sammen med administrasjon og lærerarbeidsplasser. Elevarealene er godt løst planløsningsmessig.

Administrasjonskontorene burde vært plassert sammen, de er spredd på to områder.

Volleyballhallen ligger i et eget bygg sammen med mat- og helse. Idrettsfunksjonen greit løst, med direkte adkomst fra garderober til sal. Vaktrom er plassert ved inngang, med mulighet for innsyn i sal. Det er gode lagerarealer i tilknytning til sal. Mat og helse er organisert med egen spiseavdeling inne i mat- og helserommet. Dette arealet kunne vært lagt ut i foajéen, for å gjøre denne noe mer romslig, slik at storstuefunksjonen ville blitt bedre.

På takflate over garderobe og mat og helse, er det lagt opp til at det skal være ballspill. Dette er en krevende konstruksjon byggeteknisk.

Samlet score er 5,27 poeng, som er nest høyest.

8.4.3.2. Grad av kravoppfyllelse

Prosjektet synes å oppfylle de krav som er satt til leveransen. Prosjektet har fått plusspoeng særlig for HMS, men også for leveranse innenfor bygningsmessige fag, VVS og elektro. Totalt sett scorer prosjektet best på dette kriteriet, og har fått 6 poeng.

Tilbyder har levert en omfattende og grundig prosjektdokumentasjon.

8.4.3.3. Areal

Programmert nettoareal er 2.795 m².

Kontrollregnet nettoareal for nybygg, volleyballhall og eksisterende bygg er 3.040 m² NTA. Bruttoarealet er 3.758 m² BTA, noe som gir en brutto/nettofaktor på 1,24.

Prosjektet inneholder 245 m² netto mer enn programmert. Det har lav brutto/nettofaktor.

Samlet score for dette kriteriet er 7 poeng.

8.4.3.4. Materialbruk

Prosjektet scorer litt over middels på dette kriteriet, og har fått plusspoeng for leveranse/spesifikasjon innenfor elektro, utomhus og arkitektfagene, der det er tilbudt materialer med god bestandighet.

Samlet score er 5,6 poeng,"

- (32) I tildelingsmeddelelsen datert 10. februar 2011 opplyste innklagede tilbyderne at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med Sartor Maskin AS. Det var i dette brevet inntatt en tabell som viste hvilke poeng de ulike tilbudene hadde fått på tildelingskriteriene og underkriteriene. Det fremkom her at valgte leverandør samlet sett fikk 7.12 poeng, mens klager fikk 7.02 poeng. Videre var følgende uttalt som begrunnelse for poenggivningen:

"Hovedmomenta som gjer at Sartor Maskin AS sitt tilbod likevel er eit hestehovud framføre dei andre, er

- *klår organisering av anlegget*
- *nybygg hindrer ikke utsikt frå eksisterande bygg*
- *godt fellesbygg med gode synergieffektar av å samlokalisere skulefunksjonar med volleyballhallen*
- *gode uteareal, med ny plass framføre hovudinngongen*

Sjølvs om prosjektet har noko høgare pris enn konkurrentane, gjer vektinga av kvalitetskriteriet at dette prosjektet samla sett er best."

- (33) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen til innklagede 22. februar 2011. I denne klagen påpekte klager at innklagedes vekting av underkriteriene fremstod som urimelig.
- (34) Innklagede svarte på klagen i brev datert 1. april 2011, og tok ikke klagen til følge. I svaret fra innklagede fremkom det at under underkriteriet "*Arkitektonisk og funksjonell løsning*" var følgende forhold vektlagt:

*"Situasjonsplan
Trafikksituasjon
Forhold til omgivelsene
Utvidelsesmuligheter
Arkitektonisk konsept generelt
Lesbarhet, helhetlig inntrykk
Romdannelser innv/utv.
Uttrykk, fasade og volum
Fleksibilitet, generalitet, elastisitet,
Skolefunksjon
Volleyballfunksjon
Storstuefunksjon
Utomhusanlegg".*

Videre fremkom det at under underkriteriet "*Grad av kravsoppfyllelse*" var følgende forhold vektlagt:

*"Grad av ombygging
Spesifikasjonar
E1 Arkitektfaga
E2 Bygningsmessig
E3 RIV
E4 RIE
HMS
Framdrift".*

- (35) Klager sendte en ny klage til innklagede 5. april 2011. I denne klagen påpekte klager at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt vesentlige avvik fra kontraktsvilkårene, og at innklagedes evaluering av tilbudene var i strid med regelverkets grunnleggende krav til forutberegnelighet. Klager ba videre om å bli varslet om tidspunkt for inngåelse av

kontrakt i god tid før signering, slik at klager ville ha mulighet til å vurdere midlertidig forføyning.

- (36) Klager sendte 6. april 2011 en e-post til innklagede. I denne e-posten ba klager på nytt om å få beskjed i god tid før kontraktsinngåelse, slik at klager kunne vurdere midlertidig forføyning. Innklagede svarte i e-post samme dag at "*[m]e vil og stadfesta at det ikke vil verta inngått kontrakt før det er gjennomført ei forsvarleg handsaming av klaga.*"
- (37) Innklagede svarte på klagen i brev datert 14. april 2011, og tok ikke klagen til følge. Innklagede skrev videre i dette brevet at "*[k]ommunen tar etter dette sikte på å inngå kontrakt med Sartor Maskin AS*".
- (38) Klager sendte nok en klage til innklagede 26. april 2011. Her ba klager på nytt om å få opplyst om når kommunen planla å inngå kontrakt med valgte leverandør slik at klager kunne ta de nødvendige skritt i relasjon til dette.
- (39) Den 27. april 2011 skrev klager en e-post til innklagede hvor klager opplyste at selskapet hadde hørt rykter om at kontrakt var inngått med valgte leverandør, og spurte om dette stemte. Innklagede svarte i e-post samme dag at kontrakt med valgte leverandør ble signert 15. april 2011.
- (40) Den 5. mai 2011 sendte innklagede svar på klagen til klager. Innklagede tok fremdeles ikke klagen til følge.
- (41) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14.juli 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene

- (42) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d, ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandørs forbehold i tilbuds brevet om at deres tilbud skulle gå foran kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget må anses som et vesentlig forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene i NS 3431 punkt 4.2. Klager viser til at konsekvensen av valgte leverandørs forbehold var at valgte leverandørs tilbud skulle gjelde foran hele kravspesifikasjonen. Den tekniske beskrivelsen til valgte leverandør var ganske tynn med mange generelle termer. Det ville dermed lett kunne oppstå motstrid mellom det som var beskrevet i tilbudet og det som fremgikk av kravspesifikasjonen. Slike avvik er erfaringsmessig vanskelig å oppdage før de rent faktisk kommer til utførelse. Klager viser videre til at det at forbeholdet er kalt en "*føresetnad*" i tilbudet til valgte leverandør ikke er avgjørende for hvorvidt det foreligger et forbehold. Det avgjørende er at det foreligger motstrid mellom forutsetningen til valgte leverandør og kontraktsvilkårene. Endelig viser klager til at forbeholdet er "uttrykkelig" ettersom det fremkommer skriftlig med tilstrekkelig klarhet.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot risikoen for byggesaksbehandlingen

- (43) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandørs forbehold i tilbuds brevet om at fremdriftsplanen var basert på at byggesaksbehandlingen ville skje innenfor den tid som var lagt til grunn i valgte leverandørs tilbud (20 dager), og at forsinkelser som følge av saksbehandlingstiden for å få godkjent byggesaken måtte gi tilsvarende forlengelse av byggetid, må anses som et vesentlig forbehold mot bestemmelsene i NS 3431 punkt 22. Klager viser til at det er åpenbart at ferdigstillelse i tid til skolestart var av svært stor betydning for kommunen, og at kommunen fremhevet i konkurransegrunnlaget at byggesaksbehandlingen skulle være entreprenørens risiko. Det må skilles mellom kommunens rolle som byggherre og som byggesaksbehandler, slik at ansvaret for byggesaksbehandling ikke er et byggherreforhold, slik som regulert i NS 3431 punkt 22.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom forbeholdene mot prioritetsregelen og kontraktstiden ikke var mulig å prissette

- (44) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør ettersom tilbudets forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene i NS 3431 punkt 4.2 og risikoen for byggesaksbehandlingen ikke var mulig å prissette på en fornuftig måte, og dermed gjorde det uklart hvordan tildelingskriteriet pris skulle vurderes.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom det inneholdt mangler som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene

- (45) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom tilbudet fra valgte leverandør inneholdt en rekke mangler og ufullstendigheter som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene. Klager viser for det første til at tilbudet fra valgte leverandør ikke inneholdt en "detaljert teknisk spesifisering", slik det ble etterspurt i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Tilbudets utforming". I vedlegg E3 side 3 punkt 03 fremkom det at den tekniske spesifikasjonen skulle omfatte "teknisk underlagsmaterieell, fabrikater, typer, kapasiteter, nødvendige tegninger etc", samt "[e]nergi og effektbudsjett". Ikke noe av dette var vedlagt tilbudet fra valgte leverandør. Det er derfor vanskelig å forstå hvordan innklagede kunne evaluere denne delen av tilbudet fra valgte leverandør. For det andre viser klager til at det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Tilbudets utforming" at kvalitetskriteriet skulle vurderes på bakgrunn av "[b]eskrivelse av prosjektet, herunder konsept, gjennomføring, organisering og tidsplan". Om tidsplanen fremgikk det i vedlegg C at tilbyderne skulle levere en "detaljert fremdriftsplan". Valgte leverandør har ikke innlevert denne dokumentasjonen, men har i stedet inngitt en fremdriftsplan som var mindre detaljert enn konkurransegrunnlagets egen plan. Også dette fratar oppdragsgiver muligheten til å evaluere tilbudet fra valgte leverandør opp mot de andre.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner

- (46) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarehet og forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å legge upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner ved evalueringen av tilbudene. Klager viser til at innklagede har fremhevet samlokalisering av skolefunksjoner med volleyballhall som avgjørende for

tildelingen av kontrakt. Det fremkom av anskaffelsesprotokollen at innklagede anså frittliggende volleyballhall som en "*vesentlig ulempe*" ved klagers tilbud. Denne vurderingen fremstår som upåregnelig for klager ettersom separat volleyballhall nærmest fremstod som et krav i konkurransegrunnlaget. Når konkurransegrunnlaget så klart bygger på en tanke om frittliggende volleyballhall blir det helt upåregnelig at den motsatte løsningen skal fremheves som avgjørende positiv i konkurransen.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg

- (47) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til etterprøvnbarhet og forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å legge upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg ved evalueringen av tilbudene. Ønske om å beholde utsikt er ikke nevnt noen steder i konkurransegrunnlaget. Det er da upåregnelig å gi dette momentet vesentlig vekt i evalueringen slik innklagede har gjort.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om å bevare mest mulig av eksisterende naturtomt

- (48) Klager anfører at innklagede har brutt kravet forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene tok hensyn til innklagedes ønske om å bevare mest mulig av den eksisterende naturtomten. Klager viser til at det fremgikk av konkurransegrunnlaget vedlegg E1 punkt 7.1.1 at innklagede ønsket at tilbyderne skulle ta vare på mest mulig av den eksisterende naturtomten. Det er ingen tegn på at dette forholdet har blitt vurdert av innklagede ved tilbudsevalueringen. Tilbudet fra valgte leverandør beslagla en vesentlig større del av eksisterende naturtomt enn tilbudet fra klager. Dette forholdet burde inngått i innklagedes vurdering av de innkomne tilbudene.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om tilrettelegging for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold

- (49) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene ivaretok innklagedes ønske om at bygningen med de tekniske installasjoner var tilrettelagt for økonomisk drift samt enkelt og effektivt vedlikehold og renhold. Det fremkom av konkurransegrunnlaget vedlegg E1 punkt 10 at dette var forhold innklagede ønsket at tilbyderne skulle ta hensyn til ved utformingen av tilbudene. Klager kan ikke se at forholdet til driftsøkonomi og energieffektivitet er berørt i evalueringen overhode. Innklagede krevde at det som dokumentasjon på energibruken skulle legges ved energi- og effektbudsjett, jf. vedlegg E3 pkt. 3. Valgte leverandør har ikke fremlagt slikt energiregnskap.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt oppfyllelsen av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved at de krav som fremkom av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget ikke ble gjort til en del av evalueringen av tilbudene. Tilbudet fra valgte leverandør er lagt opp slik at samtlige elever må bevege seg gjennom lange ganger fra hvert bygg, gjennom et trangt bibliotek og ned en etasje for å komme til forskerrom. I nærhetsmatrisen var det stilt opp et krav om nærhet mellom klasserom og forskerrom. Tilsvarende gjaldt nærhet

mellom klasserom og elevkantine, hvor tilbudet fra valgte leverandør la opp til store avstander.

Innklagedes evaluering av tilbudene er i strid med kravet til etterprøvbarhet

- (51) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 (3) ved at kommunen ikke kan dokumentere hvordan det er vurdert om de ulike tilbudene oppfyller og forholder seg til de krav som er fremsatt i konkurransegrunnlaget.

Kontrahering i strid med kravet til god forretningsskikk

- (52) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) ved inngåelse av kontrakt med valgte leverandør, ettersom innklagede ikke varslet klager om at kontraktsinngåelsen, til tross for at klager hadde bedt innklagede om å gi beskjed i god tid før kontrahering, slik at det skulle være mulig for klager å vurdere rettslige skritt.

Erstatning

- (53) Klager ber klagenemnda om å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen, subsidiært den negative kontraktsinteressen, for klager, er oppfylt.

Avvisning av tilbudet fra klager

- (54) Klager bestrider at tilbudet fra klager skulle vært avvist fra konkurransen fordi klager i sitt tilbud skrev at totalentreprisen skulle utføres i henhold til NS 3431, uten å vise til de spesielle kontraktbestemmelsene som var gjort gjeldende for kontrakten. Klager viser til at sitatet innklagede viser til er hentet fra et dokument som gjelder gjennomføringsmodellen for prosjektet. Fokus i dette vedlegget er hvordan gjennomføringen praktisk skal skje. En slik generell oppsummering av hva som danner bakteppet for gjennomføringsmodellen kan ikke leses som et forbehold mot kontraktbestemmelsene.

Innklagedes anførsler:

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene

- (55) Innklagede bestrider at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt et vesentlig forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene i NS 3431 punkt 4.2. Det var dermed ikke et brudd på forskriften § 20-13 (1) bokstav d, ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Innklagede viser for det første til at NS 3431 punkt 4.1 var satt ut av kraft ved at det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at punkt 4.1 i NS 3431 skulle erstattes av den prioritetslisten som fulgte av konkurransegrunnlaget. Da totalentreprenørens tilbud ikke fremgikk eksplisitt av denne oppstillingen, er det naturlig å slutte at vedleggene C,D,E, F og H refererer til tilbudet. Dette kan imidlertid ha fremstått uklart for tilbyderne, blant annet fordi listen som skulle erstatte NS 3431 punkt 4.1 fravek fra listen inntatt i kontraktgrunnlagets vedlegg A "Formular for kontrakt om totalentreprise" på side 7. I lys av dette oppfatter innklagede utsagnet fra valgte leverandør om at tilbudet skulle gjelde foran kravspesifikasjonen som en overflødig presisering av hovedregelen i NS 3431 punkt 4.2 (1) om at tilbudet gjelder foran

konkurransegrunnlaget, og ikke som et forbehold. Innklagede viser videre til at valgte leverandør bruker begrepet "føresetnad", ikke "forbehold", om sitt utsagn omprioritetsregelen. Dette tilsier at tilbudet fra valgte leverandør ikke inneholdt forbehold mot kontraktsvilkårene.

Valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot risikoen for byggesaksbehandlingen

- (56) Innklagede bestrider at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt et vesentlig forbehold mot NS 3431 punkt 22. Det var dermed ikke et brudd på forskriften § 20-13 (1) bokstav d, ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Innklagede viser til at byggesaksbehandlingen ikke er entreprenørens risiko i den betydning at entreprenøren bærer risikoen for denne om forsinkelsen ikke skyldes forhold på entreprenørens side. Det at det er entreprenørens ansvar å få saken godkjent, jf. konkurransegrunnlagets vedlegg B punkt 3.4, innebærer bare at det ikke er byggherrens ansvar å skaffe de nødvendige tillatelser. Valgte leverandørs utsagn om risikoen for byggesakstiden kan etter dette ikke anses som et forbehold mot kontraktsvilkårene. Innklagede viser videre til at det aktuelle utsagnet vanskelig kunne oppfattes som et reelt forbehold, ettersom det følger av NS 3431 punkt 22 at entreprenøren har krav på fristforlengelse for byggherreforhold. Entreprenøren ville dermed hatt krav på fristforlengelse, selv om utsagnet tenkes borte. Under enhver omstendighet ville valgte leverandør ha krav på fristforlengelse ved forsinkelse fra bygningsmyndighetene, forutsatt at vilkårene i NS 3431 punkt 22 for øvrig var oppfylt.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom forbeholdene mot prioritetsregelen og kontrakstiden ikke var mulig å prissette

- (57) Innklagede bestrider at valgte leverandør har tatt forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene eller risikoen for byggesaksbehandlingen.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom det inneholdt mangler som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene

- (58) Innklagede bestrider at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt en rekke mangler og ufullstendigheter som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene. Innklagede viser til at valgte leverandør har levert en teknisk spesifisering, som etter innklagdes skjønn var tilstrekkelig for gjennomføring av evaluering av de aktuelle tildelingskriteriene. Det var ikke definert i konkurransegrunnlaget på hvilket detaljnivå spesifikasjonen skulle ligge, det var derfor opp til tilbyderne hvordan tilbudet ble spesifisert. Innklagede erkjenner at valgte leverandør ikke leverte energi- og effektbudsjett sammen med tilbudet, men hevder at dette ikke var et vesentlig avvik eller en ufullstendighet som medførte rangeringstvill, ettersom bygget var forutsatt å skulle oppfylle plan og bygningslovens bestemmelser om energibruk. Overordnet krav var at prosjektet overholdt TEK. Det var således ikke et konkurranseparameter å levere et bygg med lavere energibruk enn kravet i TEK. Innklagede viser videre til at fremdriftsplanen til valgte leverandør var tilstrekkelig detaljert.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner

- (59) Innklagede bestrider at det er lagt upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner ved evalueringen av tilbudene, og det foreligger således ikke noe brudd på kravene til etterprøvbarehet og forutberegnelighet i loven § 5 (3) på dette grunnlag. Innklagede viser til at partene er enig om at det ikke kunne utledes et absolutt krav om at volleyballhallen skulle være frittliggende. Det var dermed forutberegnelig at positive effekter av samlokalisering av skolefunksjoner og volleyballhall kunne vektlegges i evalueringen.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg

- (60) Innklagede bestrider at det er lagt upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg, og det foreligger således ikke noe brudd på kravene til etterprøvbarehet og forutberegnelighet i loven § 5 (3) på dette grunnlag. Innklagede viser til at ivaretagelse av gode utsiktsforhold er en allmenn kvalitet innenfor arkitekturbegrepet. Arkitektonisk løsning var en vesentlig del av tildelingskriteriet "*kvalitet*". Det var dermed påregnelig at det ble lagt vekt på utsiktsforholdene.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om å bevare mest mulig av eksisterende naturtomt

- (61) Innklagede bestrider at det var et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene bevarte den eksisterende naturtomten. Innklagede viser til at det som fremkom av konkurransegrunnlaget vedlegg E1 punkt 7.1 var hvordan kommunen ønsket at tilbyderne skulle disponere det uteareal som ble tilgjengelig i tilbyderens prosjekt, ikke et ønske om mest mulig naturtomt isolert sett.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om tilrettelegging for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold

- (62) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene ivaretok innklagedes ønske om at bygningen med de tekniske installasjoner var tilrettelagt for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold og renhold. Innklagede viser til at "*økonomisk drift og/eller enkelt og effektivt vedlikehold*" ikke var nevnt som underkriterium i konkurransegrunnlaget. Det fremkom av konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 10.1 at dokumentasjon av byggets egenskaper når det gjaldt forvaltning, drift og vedlikehold, først skulle utarbeides som en del av utviklingen av prosjektet i dets faser, dvs. etter at kontrakt var inngått. Momentet vedlikehold inngikk likevel under tildelingskriteriet "*kvalitet*" under underkriteriet "*materialbruk*". Her ble det gitt egne vurderinger i anskaffelsesprotokollen i punkt 8.4.1.4 og 8.4.3.4. Når det gjelder påstått manglende evaluering av energibruken, vises det til at prosjektet var forutsatt å skulle oppfylle krav i byggeteknisk forskrift TEK.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt oppfyllelsen av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget

- (63) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved at de krav som fremkom av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget ikke ble gjort til en del av evalueringen av tilbudene. Innklagede viser til at tallene i matrisen ikke kunne anses som absolutte krav, men mer som angivelse av viktighetsgrad når det gjaldt

funksjonenes relative beliggenhet i forhold til hverandre. Innklagede viser videre til at det ikke er korrekt at nærhetsmatrisen ikke ble gjort til en del av evalueringen. Avstanden mellom funksjoner ble evaluert under tildelingskriteriet "*kvalitet*" under underkriterium "*arkitektonisk og funksjonell løsning*".

Innklagedes evaluering av tilbudene er i strid med kravet til etterprøvbarhet

- (64) Innklagede bestrider at kommunen ikke kan dokumentere hvordan det er vurdert om de ulike tilbudene oppfyller og forholder seg til de krav som er fremsatt i konkurransegrunnlaget, ettersom det i konkurransegrunnlaget er tilkjennegitt hvilke underkriterier som vil bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriene. Det foreligger således ikke noe brudd på kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 (3) på dette grunnlag. Valg av vurderingstema under underkriteriene er skjedd på grunnlag av de krav/ønsker som fremgår av konkurransegrunnlaget. Samtlige forhold som er vektlagt under det enkelte underkriteriet, herunder de relevante forskjeller og likheter mellom tilbudene fremgår av dokumenterte evalueringsmatriser inntatt i tildelingsbrevet, svarbrevet til den første klagen fra klager og den mer detaljerte matrise inntatt i svarbrevet til den første klagen.

Kontrahering i strid med kravet til god forretningsskikk

- (65) Innklagede bestrider at det var et brudd på kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) å inngå kontrakt med valgte leverandør, uten å varsle klager om dette. Innklagede viser til at det var fastsatt en romslig klagefrist (18 dager) og at begge klagenes fra klager ble underkastet en grundig behandling. Innklagede lovet aldri klager å gi beskjed til klager om når kontrakt med valgte leverandør ville bli signert.

Erstatning

- (66) Innklagede bestrider at vilkårene for erstatning er oppfylt.

Avvisning av tilbudet fra klager

- (67) Innklagede anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra klager, ettersom klager i sitt tilbud skrev at totalentreprisen skulle utføres i henhold til NS 3431, uten å vise til de spesielle kontraktbestemmelsene som var gjort gjeldende for kontrakten. Dette oppfattes som et forbehold mot de spesielle kontraktbestemmelsene, alternativt fremstår dette uklart. Innklagede ønsker kun at klagenemnda skal ta stilling til denne anførselen dersom nemnda kommer til at tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (68) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av tilbygg ved Stranda skole, samt oppføring av volleyballhall samme sted. Dette er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i anskaffelsesprotokollen punkt 7.4 angitt til å være på mellom. 47 og 60 millioner kroner ekskl. mva. Klagenemnda legger dette til grunn ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen da etter sin

art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene

- (69) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d, ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandørs forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene i NS 3431 punkt 4.2 etter klagers syn må anses som et vesentlig forbehold.
- (70) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d skal et tilbud avvises dersom det inneholder et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Det første som må avgjøres blir dermed om valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold mot prioritetsregelen i kontraktsvilkårene i NS 3431 punkt 4.2
- (71) Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder ingen definisjon på hva som menes med "forbehold" i regelverkets forstand. Av lagmannsrettens avgjørelse i LH-2009-4591, sml. også EF- domstolens avgjørelse C-234/89 (Storebælt), fremgår imidlertid at det først dreier seg om et forbehold hvor det foreligger en uoverensstemmelse mellom tilbudet og kontraktsvilkårene presentert i konkurransegrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas sak 2009/83 premiss (26).
- (72) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets vedlegg A punkt 1.1 at NS 3431 skulle gjelde som alminnelige kontraktsbestemmelser med de endringer som var angitt i vedlegg A.
- (73) I NS 3431 punkt 4.1 er det inntatt en liste over dokumenter som skal inngå i kontrakten, dersom ikke annet er avtalt. Av NS 3431 punkt 4.2 første avsnitt følger det at listen over dokumenter som skal utgjøre kontrakten etter NS 3431 punkt 4.1, også angir prioriteten mellom disse dokumentene dersom det foreligger motstrid mellom noen av disse dokumentene. I listen over kontraktsdokumenter i punkt 4.1 er totalentreprenørens tilbud listet over tilbudsgrunnlaget. I NS 3431 punkt 4.2 annet avsnitt fremkommer det imidlertid at funksjonskrav og spesifiserte krav til utførelse, kvalitet eller merke i tilbudsgrunnlaget skal gjelde foran løsninger eller konstruksjoner i tilbudet fra totalentreprenøren, med mindre entreprenøren uttrykkelig har tatt forbehold. Hovedregelen etter NS 3431 er altså at totalentreprenørens tilbud gjelder foran tilbudsgrunnlaget ved motstrid, utenom for funksjonskrav og spesifiserte krav til utførelse, kvalitet eller merke, da tilbudsgrunnlaget gjelder foran tilbudet for slike, med mindre leverandøren uttrykkelig har tatt forbehold.
- (74) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget vedlegg A punkt 1.3 at punkt 4.1 "Kontraktdokumenter" i NS 3431 utgikk i sin helhet og ble erstattet av følgende:

"Kontraktdokumentene består av:

Avtaledokument

<i>Vedlegg A</i>	-	<i>Kontraktbestemmelser (dette dokument)</i>
<i>Vedlegg B</i>	-	<i>Orientering om arbeidet</i>
<i>Vedlegg C</i>	-	<i>Vederlag</i>
<i>Vedlegg D</i>	-	<i>Funksjonsbeskrivelse</i>

<i>Vedlegg E</i>	-	<i>Tidsplan</i>
<i>Vedlegg F</i>	-	<i>Tegninger</i>
<i>Vedlegg G</i>	-	<i>Byggherrens leveranser</i>
<i>Vedlegg H</i>	-	<i>Kontraktsmedhjelpere"</i>

- (75) Bestemmelsen i NS 3431 punkt 4.2 første avsnitt om at listen over dokumenter som utgjør kontrakten også angir prioriteten mellom disse innebærer at listen med dokumenter som skulle erstatte punkt 4.1 i NS 3431 også regulerer hvilken prioriteringsrekkefølge de ulike dokumentene skulle ha ved motstrid.
- (76) Innklagede har i tilsvaret datert 31. august 2011 opplyst at vedleggene C, D, E, F og H i vedlegg A punkt 1.3 refererer til dokumenter fra valgte leverandørs tilbud. Dette innebærer at det kun var funksjonsbeskrivelsen i valgte leverandørs tilbud som skulle være en del av kontrakten, ikke funksjonsbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Dersom det skulle oppstå motstrid mellom funksjonsbeskrivelsen i valgte leverandørs tilbud og i konkurransegrunnlaget ville altså bestemmelsene i tilbudet være de gjeldende.
- (77) Innklagedes bestemmelse i vedlegg A punkt 1.3 om hvilke dokumenter som skulle inngå i kontrakten medfører dermed at regelen i NS 3431 punkt 4.2 andre avsnitt blir overflødig i foreliggende tilfelle, ettersom den regulerer motstrid mellom funksjonsbeskrivelser i tilbudet til valgte leverandør og funksjonsbeskrivelser i konkurransegrunnlag, når begge disse dokumentene inngår i kontrakten. I foreliggende tilfelle skulle ikke funksjonsbeskrivelsene i konkurransegrunnlaget være en del av kontraktsdokumentene.
- (78) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud inntatt følgende bestemmelse:
- "Presiserar at følgjande føresetnadar er lagt til grunn for vårt tilbod:*
- *[..]*
 - *Ved intern motstrid gjeld følgjande dokumentrekkefølge:*
 - *[..]*
 - *Vårt tilbod gjeld foran kravspesifikasjon".*
- (79) Av siste punkt fremkommer det at valgte leverandør har inngitt tilbudet under den forutsetning at leverandørens tilbud skulle gjelde foran kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget dersom det skulle oppstå motstrid.
- (80) Det at valgte leverandør har kalt bestemmelsene for "*føresetnadar*", ikke forbehold er ikke avgjørende for hvorvidt det faktisk må anses som et forbehold. Det er realiteten i tilbudets bestemmelse som er avgjørende for hvorvidt valgte leverandørs "*føresetnad[.]"* må anses som et forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (81) Realiteten i valgte leverandørs forutsetning var at bestemmelser i tilbudet skulle gå foran bestemmelser i kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget dersom det forelå motstrid. Dette er i samsvar med det som følger av listen over dokumenter som utgjør kontrakten vedlegg A punkt 1.3, ettersom kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget ikke er nevnt her.

- (82) Forutsetningen til valgte leverandør om at tilbudet til valgte leverandør skulle gjelde foran kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget medfører etter dette ikke en uoverensstemmelse mellom tilbudet og kontraktsvilkårene presentert i konkurransegrunnlaget, og kan dermed ikke anses som et forbehold mot prioritetsreglene i kontraktsvilkårene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av vesentlig forbehold mot byggesaksbehandlingen

- (83) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandørs forbehold om at fremdriftsplanen var basert på at byggesaksbehandlingen ville skje innenfor den tid som var lagt til grunn i valgte leverandørs tilbud (20 dager), og at forsinkelser som følge av saksbehandlingstiden for å få godkjent byggesaken måtte gi tilsvarende forlengelse av byggetid, må anses som et vesentlig forbehold mot bestemmelsen i NS 3431 punkt 22.
- (84) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d skal et tilbud avvises dersom det inneholder et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene. Det første som må avgjøres blir dermed om valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold mot bestemmelsene i NS 3431 punkt 22 om rett til fristforlengelse
- (85) I tilbudet fra valgte leverandør fremgikk følgende:

"Presiserar at følgjande føresetnader er lagt til grunn for vårt tilbod:

- Framdriftsplan og byggetid er basert på at tildeling av kontrakt innen 01.02.2011 og at byggesakshandsaming skjer innanfor tidslinjer som er lagt til grunn i plan. Ettersom vi ikkje kan påvirke denne handsaminga tek vi atterhald om at forseinking som følge av sakshandsamingstid på byggesak må gi tilsvarende forlenging av byggetid.*
- [..]*

- (86) En naturlig forståelse av valgte leverandørs forutsetning tilsier at dersom byggesaksbehandlingen tok lengre tid enn 20 dager, som var den tid klager hadde beregnet til byggesaksbehandling i sin tidsplan, ville ferdigstillelse bli utsatt tilsvarende lenge som den tid utover 20 dager som gikk med til byggesaksbehandlingen. Heller ikke her er det av avgjørende betydning at valgte leverandør har kalt bestemmelsene i sitt tilbud for "*føresetnader*" og ikke forbehold, det avgjørende vil være innholdet i forutsetningen.
- (87) Det fremkommer av NS 3431 punkt 22.2.1, som skulle gjelde for denne kontrakten, at "*[t]otalentreprenøren har rett til fristforlengelse dersom han godtgjør at fremdriften hindres av forhold utenfor hans kontroll så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser.*" Videre fremkom det i NS 3431 punkt 22.2.2 at "*[t]otalentreprenøren har ikke rett til fristforlengelse for hindringer som han burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av.*"
- (88) Det at valgte leverandør har lagt til grunn at byggesaksbehandlingen skulle ta 20 dager, er i seg selv ikke et problem i forhold til konkurransegrunnlagets bestemmelser. Det fremkom av konkurransegrunnlaget vedlegg C at kommunens beregning av at

byggesaksbehandlingen ville ta 40 dager, kun var veiledende. Tilbyderne stod fritt til å legge til grunn en kortere tid til byggesaksbehandlingen, men det følger av NS 3431 punkt 22.2.2 at dersom tilbyderen ble forsinket på grunn av forhold som tilbyderen burde tatt i betraktning, ville tilbyderen ikke ha rett til fristforlengelse. Forutsetningen til valgte leverandør innebar at valgte leverandør betinget seg rett til forlenget byggetid dersom byggesaksbehandlingen tok over 20 dager, uavhengig av om det skyldes forhold som valgte leverandør burde ha tatt i betraktning ved inngåelse av kontrakten. Tilbudet til valgte leverandør inneholdt dermed et forbehold mot kontraktsbestemmelsene i NS 3431 punkt 22 om rett til fristforlengelse.

- (89) Det avgjørende for om tilbudet til valgte leverandør skulle vært avvist er dermed om forbeholdet mot bestemmelsene om fristforlengelse i NS 3431 punkt 22 var vesentlig. Dette vil bero på et skjønn som fordrer en totaloversikt over kontrakten som Klagenemnda ikke har og finner det uhensiktsmessig å gå inn i. Anførselen avvises dermed som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf klagenemndsforordningen § 9.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom forbeholdene mot prioritetsreglene og kontraktstiden ikke var mulig å prissette

- (90) Basert på det resultat klagenemnda har kommet til på de to foregående anførselene avvises denne anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda jf. klagenemndsforordningen § 9.

Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist ettersom det inneholdt mangler som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene

- (91) Klager anfører at innklagede har brutt forordningen § 20-13 (1) bokstav f ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør ettersom tilbudet fra valgte leverandør etter klagers syn inneholdt en rekke mangler og ufullstendigheter som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene.
- (92) Det fremkommer av forordningen § 20-13 (1) bokstav f at et tilbud skal avvises når "*det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.*"
- (93) Klagenemnda kan ikke ta stilling til den generelle anførselen om at tilbudet fra valgte leverandør inneholdt en rekke mangler, da denne anførselen er for generell og for lite spesifisert. Klagenemnda tar derfor kun stilling til om de to konkrete eksemplene klager viser til, nemlig at tilbudet fra valgte leverandør ikke inneholdt en detaljert teknisk spesifisering eller en detaljert fremdriftsplan, innebærer at tilbudet må anses for å inneholde ufullstendigheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og dermed skulle vært avvist på dette grunnlag. Klagenemnda tar først stilling til om valgte leverandørs tekniske spesifisering eller fremdriftsplan var ufullstendig.
- (94) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Tilbudets utforming*" fremgikk det at som dokumentasjon til tildelingskriteriet kvalitet skulle tilbyderne levere "[b]eskrivelse av prosjektet, herunder konsept, gjennomføring, organisering og tidsplan" samt "[l]everandørens detaljerte tekniske spesifisering av sin tilbudte leveranse".

- (95) I vedlegg E3 punkt 03 fremkom det at den tekniske spesifikasjonen som skulle leveres ved innlevering av tilbud var *"teknisk underlagsmateriell, fabrikater, typer, kapasiteter, nødvendige tegninger etc"*. Det fremgikk også at *"[e]nergi- og effektbudsjett skal medleveres tilbudet"*. Det fremgikk videre at *"[v]ed prosjektoppstart skal detaljert og fullstendig dokumentasjon utarbeides og leveres."*
- (96) Om tidsplanen fremgikk det i vedlegg C at tilbyderne skulle levere en *"detaljert fremdriftsplan"* som viste *"fremdrift, avhengigheter for planlegging/prosjektering, byggesaksbehandling og bygging for skoledel, evt ombygging volleyballhall."*
- (97) Etter å ha gjennomgått tilbudet fra valgte leverandør finner klagenemnda at valgte leverandør har gitt opplysninger om alt det innklagede etterspurte angående tekniske spesifikasjoner, utenom energi og effektbudsjett.
- (98) Innklagede erkjenner at valgte leverandør ikke leverte energi- og effektbudsjett sammen med tilbudet, men hevder at dette ikke var en ufullstendighet som medførte rangeringstvil, ettersom bygget var forutsatt å skulle oppfylle plan- og bygningslovens bestemmelser om energibruk. Overordnet krav var at prosjektet overholdt TEK. Det var således ikke et konkurranseparameter å levere et bygg med lavere energibruk enn kravet i TEK.
- (99) Det fremgikk av vedlegg E3 punkt 06 *"Funksjonskrav"* at *"Anlegg/rom spesifiseres og skal oppfylle sentrale og lokale forskrifter/veiledninger/ anvisninger/krav, som: [...] Energikrav: TEK, NS3031, NS3032, EU sitt energidirektiv med energirammer"*. Oppfyllelse av energikrav må etter dette forstås som et minstekrav som tilbyderne måtte oppfylle, og energi- og effektbudsjettene inngikk således ikke i vurderingen av tildelingskriteriet kvalitet. At valgte leverandør ikke leverte energi og effektbudsjett medførte dermed ikke tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de andre tilbudene.
- (100) Når det gjelder fremdriftsplanen har valgte leverandør levert en fremdriftsplan som så vidt klagenemnda kan se inneholder det som etterspørres i vedlegg C.
- (101) Kravet i Vedlegg E3 punkt 03 og Vedlegg C var imidlertid at både fremdriftsplanen og den tekniske spesifikasjonen skulle være *"detaljert"*. For å vurdere om dokumentasjon i tilbudet fra valgte leverandør var tilstrekkelig detaljert kreves en faglig og teknisk kompetanse som klagenemnda, ikke besitter. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda jf. klagenemndsforordningen § 9.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner

- (102) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å legge upåregnelig stor vekt på samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner ved evalueringen av tilbudene.
- (103) Ved evalueringen av tilbudene utviser oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum eller om skjønnet for øvrig er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5. Av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 følger det at oppdragsgiver må evaluere

tilbudene i samsvar med det som må anses påregnelig ut fra de opplysninger som er gitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas sak 2009/4 premiss (34) og 2009/98 premiss (28).

- (104) Det fremkom av konkurransegrunnlaget at under tildelingskriteriet "Kvalitet" ville arkitektonisk og funksjonell løsning, grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget, totalareal og materialbruk bli vektlagt ved evalueringen av tilbudene.
- (105) Det fremgikk ikke av konkurransegrunnlaget at det var ønskelig med samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner. Det ble heller ikke stilt et absolutt krav om at volleyballhallen skulle være i et separat bygg, men det må kunne legges til grunn at det var dette innklagede forutsatte ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Dette ut fra at det på flere steder i konkurransegrunnlaget skrives om en frittliggende volleyballhall og en volleyball i eget separat bygg. Eksempelvis fremgikk det av vedlegg E punkt 5.2 at kommunens konsulent hadde utarbeidet et romprogram med spesialrom for mat og helse integrert i en "frittliggende volleyballhall". I vedlegg G, bilag 1, side 10, punkt 4.1 fremgikk følgende: *"Eksisterende skole skal påbygges og delvis renoveres, bla skal ventilasjonsanlegget oppgraderes til dagens standard. I tillegg skal det bygges en volleyballhall i eget separat bygg"*.
- (106) I evalueringsrapporten fremkom følgende om valgte leverandørs tilbud: *"Konseptuelt er anlegget godt løst. Tilbyder har valgt å lage 3 klart definerte bygningskropper, der hhv småskoletrinn, mellomtrinn og fellesfunksjoner/volleyballhall er plassert i egne bygg, med øverste plan på samme cotehøyde."*
- (107) Om tilbudet fra klager fremgikk det i evalueringsrapporten at *"[v]olleyballhallen er lagt frittliggende i skråningen sørøst for eksisterende skole. Dette er en vesentlig ulempe ved dette prosjektet, og fører til at man ikke får synergieffekt av samlokalisering av volleyballhall og vestibylearealer med andre skolefunksjoner."*
- (108) Som begrunnelsen for valg av leverandør fremgikk det, som ett av fire punkter som ble fremhevet i tildelingsbeslutningen, at tilbudet fra valgte leverandør var det beste fordi det hadde et *"godt fellesbygg med gode synergieffektar av å samlokalisere skulefunksjonar med volleyballhallen"*.
- (109) Ettersom arkitektonisk og funksjonell løsning var et underkriterium til tildelingskriteriet kvalitet må det anses forutberegnelig for tilbyderne at plasseringen av ulike skolefunksjoner og volleyballhallen ville bli vurdert under tildelingskriteriet kvalitet. Siden det ikke var stilt noen absolutte krav til at volleyballhall og skolefunksjoner skulle være i separate bygg, var det heller ikke i strid med kravet til forutberegnelighet at innklagede ga valgte leverandør god poengscore for å ha samlokalisert skolefunksjoner og volleyballhall. Det fremstår imidlertid som lite forutberegnelig at innklagede har fremhevet manglende samlokalisering av volleyballhall og skolefunksjoner som en *"vesentlig ulempe"* med tilbudet fra klager, når det ut fra konkurransegrunnlaget må kunne legges til grunn at innklagede nærmest forutsatte at disse to funksjonene skulle plasseres i separate bygg.
- (110) Dersom det var av vesentlig betydning for innklagede at skolefunksjoner og volleyballhallen skulle samlokaliseres burde dette fremkommet av konkurransegrunnlaget. Slik konkurransegrunnlaget var utformet ga det uttrykk for at

innklagede så for seg volleyballhallen i et separat bygg. Det var dermed et brudd på kravet til forutberegnelig i loven § 5 (3) å vurdere volleyballhall i separat bygg som en "vesentlig" ulempe.

Innklagede har lagt upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg

- (111) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å legge upåregnelig stor vekt på utsikt fra eksisterende bygg ved evalueringen av tilbudene.
- (112) I evalueringsrapporten fremkom følgende om tilbudet fra klager: *"Den nye delen av skoleanlegget er bygget sammen med eksisterende bygg, slik at øvre plan nybygg ligger på samme plan som eksisterende bygg. Dette fører til at eksisterende bygg mister utsikt mot vest."*
- (113) Som begrunnelse for valg av leverandør fremkom det i tildelingsbeslutningen at et av hovedmomentene for at tilbudet fra valgte leverandør ble vurdert som det beste var at *"nybygg hindrer ikke utsikt fra eksisterende bygg"*.
- (114) Det fremkom av konkurransegrunnlaget at arkitektonisk og funksjonell løsning var et underkriterium til tildelingskriteriet "Kvalitet". At ivaretagelse av gode utsiktsforhold vektlegges positivt i vurderingen under arkitektonisk løsning fremstår naturlig og kan dermed etter nemndas syn ikke anses uforutberegnelig for tilbyderne. Klagers anførsel fører ikke frem.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om å bevare mest mulig av eksisterende naturtomt

- (115) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene tok hensyn til innklagedes ønske om å bevare mest mulig av den eksisterende naturtomten.
- (116) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 at under tildelingskriteriet kvalitet var *"grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget"* oppstilt som et underkriterium. Det kan reises spørsmål ved om dette er et lovlig underkriterium, idet tildelings- og underkriterier til disse skal vurdere hvor gode tilbudene er på et bestemt forhold og ikke om tilbudene oppfyller eller ikke oppfyller et bestemt krav, men siden det ikke er anført at dette underkriteriet er ulovlig er klagenemnda avskåret fra å gå inn på dette, jf. klagenemndforskriften § 12 (3).
- (117) Av konkurransegrunnlaget vedlegg E1 punkt 7.1.1 fremkom det at:
- "Oppdragsgjevar ynskjer at entreprenøren kjem med egne framlegg til korleis elevane sitt leike- og uteareal vert etablert og organisert. Utearealet skal leverast med slik minstekvalitet:*
- *Ta vare på mest mogeleg av eksisterende naturtomt ved å utvikle og tilrettelegge for meir bruk av uteområdet (uteskule)."*
- (118) Av konkurransegrunnlaget vedlegg B punkt 3.1 fremgikk det at *"[e]ksisterende utomhusareal ønskes beholdt i størst mulig grad. Det forutsettes imidlertid at totalentreprenør gjør en totalvurdering av kvaliteten på skolens utomhusanlegg, i lys av*

hvor tilbygg og hall foreslås plassert, slik at skolen får et tjenlig utomhusanlegg som kan betjene skolens dimensjonerende elevtall."

- (119) Innklagede hevder at bestemmelsene i konkurransegrunnlaget kun sa noe om hvordan kommunen ønsket at tilbyderne skulle disponere det utearealet som ble tilgjengelig i deres prosjekt, ikke at kommunen ønsket mest mulig naturtomt isolert sett. I evalueringsrapporten pekte innklagede på at det i tilbudet fra valgte leverandør var etablert klare utearealsoner, og at det nye utearealet aksentuerer skolens nye hovedinngang på en god måte. Om tilbudet fra klager uttalte innklagede at det oppstod et skjermet uteareal med inngang til nybygget, men at arealet ikke hadde sammenheng med elevenes basearealer.
- (120) Spørsmålet blir dermed om det fremstod som påregnelig ut fra de opplysninger som ble gitt i konkurransegrunnlaget at innklagede ikke vektla i hvilken grad de innkomne tilbudene bevarte mest mulig av den eksisterende naturtomten, men kun hvordan det gjenværende utearealet ble utnyttet.
- (121) En naturlig språklig forståelse av uttalelsene i konkurransegrunnlaget tilsier at det innklagede ønsket var at tilbyderne skulle utnytte det utearealet som ble tilgjengelig i deres tilbud på en mest mulig hensiktsmessig måte, og at det skulle redegjøres for dette i tilbudene. Det fremstår dermed etter nemndas syn ikke som uforutberegnelig at innklagede ikke vektla i hvilken grad de innkomne tilbudene bevarte mest mulig av den eksisterende naturtomten, men kun hvordan det gjenværende utearealet ble utnyttet. Klagers anførsel fører ikke frem.

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt ønsket om tilrettelegging for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold

- (122) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vektlegge i tildelingsevalueringen i hvilken grad de innkomne tilbudene ivaretok innklagedes ønske om at bygningen med de tekniske installasjoner var tilrettelagt for økonomisk drift samt enkelt og effektivt vedlikehold og renhold.
- (123) I konkurransegrunnlagets vedlegg E1 punkt 10.1 hadde innklagede oppstilt et krav om at:
- "Bygningen med de tekniske installasjoner skal tilrettelegges for økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold og renhold.*
- Krav og forutsetninger for forvaltning, drift og vedlikehold (FDV) skal dokumenteres ved utarbeidelse av prosjektmaterialet i alle faser. Det skal leveres dokumentasjon for utført sluttkontroll av entreprenørens arbeider og leveranser etter at bygg og anlegg er skriftlig ferdigmeldt."*
- (124) Partene er enig om at vedlikehold ble vurdert under tildelingskriteriet kvalitets underkriterium "materialbruk", men at forvaltning og drift ikke ble vurdert under tildelingskriteriet kvalitet. Spørsmålet blir dermed om det var et brudd på kravet til forutberegnelighet at innklagede ikke vektla forvaltning og drift under tildelingskriteriet kvalitet.
- (125) Som nevnt over var "grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget" oppstilt som et underkriterium under tildelingskriteriet kvalitet i konkurransegrunnlaget.

- (126) Innklagede viser til at økonomisk drift, enkelt og effektivt vedlikehold, ikke var nevnt som underkriterier i konkurransegrunnlaget. Dette er imidlertid tilfellet for alle de krav som innklagede skulle vurdere i underkriteriet "*grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget*". Dette innebærer at når innklagede overhodet ikke kan godtgjøre at graden av oppfyllelse av dette kravet er vurdert, må dette anses uforutberegnelig for tilbyderne og unnlatelsen av å vurdere dette i underkriteriet må dermed anses som et brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3).

Innklagede har ikke vurdert eller vektlagt oppfyllelsen av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget

- (127) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved at de krav som fremkom av nærhetsmatrisen i konkurransegrunnlaget ikke ble gjort til en del av evalueringen av tilbudene.

- (128) Som nevnt over var "*grad av oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget*" oppstilt som et underkriterium under tildelingskriteriet kvalitet i konkurransegrunnlaget.

- (129) I vedlegg E1 punkt 6.10 var det inntatt et nærhetsskjema. Av dette skjemaet fremgikk det hvilke funksjoner det ble stilt krav om nærhet mellom, hvilke funksjoner det var ønskelig med nærhet, samt hvilke funksjoner det ikke var ønskelig med nærhet mellom.

- (130) I evalueringsrapporten fremkom det om tilbudet fra valgte leverandør at "*[t]ilbyder har valgt å lage 3 klart definerte bygningskropper, der hhv småskoletrinn, mellomtrinn og fellesfunksjoner/volleyballhall er plassert i egne bygg, med øverste plan på samme cotehøyde. Dette valget fører til at skolen får stor utstrekning pga. avstander mellom byggene*". Videre fremkom det at "*[f]ellesbygget inneholder et areal med innendørs amfi, kantine, romslige arealer for mat-og helse, og musikk og dramarom. Dette er en funksjonell enhet der det oppstår gode synergieffekter av måten rommene er organisert og plassert sammen på*". Endelig fremgikk det at "*[b]iblioteket er gitt en sentral plass i anlegget, men har fått en uegnet smal form. Disponibelt areal her er for knapt*".

- (131) Om tilbudet fra klager fremkom følgende i evalueringsrapporten angående kravene i nærhetsmatrisen:

"Den nye delen av skoleanlegget er bygget sammen med eksisterende bygg, slik at øvre plan nybygg ligger på samme plan som eksisterende bygg. Dette fører til at eksisterende bygg mister utsikt mot vest. På den andre siden er det positivt at nybygg og eksisterende bygg et tett integrert gjennom et større samlingsareal, selv om dette er krevende bygningsteknisk. [...] Musikkrom har fått en litt bortgjemt plassering. [...] Administrasjonskontorene burde vært plassert sammen, de er spredd på to områder.

- (132) Dette viser at innklagede har evaluert plasseringen av ulike funksjoner i forhold til hverandre. Selv om ikke alle funksjonene som er angitt i nærhetsskjemaet eksplisitt er vist vurdert, må det i alle fall kunne legges til grunn at de sentrale funksjonene er vurdert. Dette må etter nemndas syn i dette tilfellet anses innenfor det forsvarlige, og klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Innklagedes evaluering av tilbudene er i strid med kravet til etterprøvbarehet

- (133) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 5 (3) ved at kommunen ikke kan dokumentere hvordan det er vurdert om de ulike tilbudene oppfyller og forholder seg til de krav som er fremsatt i konkurransegrunnlaget.
- (134) Av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet følger det at oppdragsgiver må kunne dokumenteres hvordan tilbudene er evaluert på basis av samtlige av de oppgitte kriterier jf. sak 2006/159 premiss (51).
- (135) Ved brev av 10. februar 2011 ble klager meddelt at Sartor Maskin AS var valgt som leverandør. I brevet var innklagedes tilbudsevaluering inntatt. Denne inneholdt en tabell som viste hvor mange poeng de ulike tilbyderne hadde fått på hvert enkelt tildelingskriterium og underkriterium. Brevet inneholdt også en oversikt over hovedmomentene som gjorde at valgte leverandør ble valgt som leverandør. Etter at klager klaget på valg av leverandør, fikk klager tilsendt anskaffelsesprotokollen. Denne omtalte det valgte tilbudets egenskaper, så vel som egenskaper ved klagers tilbud. Etter klagenemndas oppfatning inneholdt tildelingsbeslutningen og anskaffelsesprotokollen tilstrekkelig opplysninger om hvordan tilbudene var evaluert på basis av de oppgitte kriterier. Klagers anførsel fører ikke frem.

Kontrahering i strid med kravet til god forretningsskikk

- (136) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 (1) ved inngåelse av kontrakt med valgte leverandør, ettersom innklagede ikke varslet klager om at kontraktsinngåelsen, til tross for at klager hadde bedt innklagede om å gi beskjed i god tid før kontrahering, slik at det skulle være mulig for klager å vurdere rettslige skritt.
- (137) Det følger av forskriften § 22-3 (1) at oppdragsgiver skal meddele alle deltakerne i konkurransen om hvem som skal tildeles kontrakt. Denne meddelelsen skal gis i "rimelig" tid før kontrakt inngås, og skal inneholde en frist for leverandørene til å klage over beslutningen. Kontrakt kan ikke inngås før klagefristen er utløpt, og eventuelle klager er vurdert, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-81/98 (Alcatel) og klagenemndas sak 2008/32 premiss (44) og sak 2011/194 premiss (50). Hensynet bak at kontraktsmeddelelsen skal gis i rimelig tid før kontrakt inngås og at det skal gis en klagefrist, er at leverandørene skal være sikret en periode hvor disse kan forfølge tildelingsbeslutningen rettslig før kontrakt inngås. Reglene som er gitt i forskriften § 22-3 (1) må etter nemndas syn anses uttømmende mht. hvilke opplysninger leverandørene har krav på vedrørende kontraktsinngåelsestidspunktet jf. sak 2011/194 premiss (50). Leverandørene skal kunne være trygg på at kontrakt ikke vil bli inngått innen klagefristens utløp og vurdering av eventuelle klager, og må således planlegge de eventuelle rettslige skritt disse ønsker å foreta seg ut fra dette. Dette innebærer at nemnda ikke kan se at det kan utledes ytterligere plikter vedrørende opplysning om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt fra de grunnleggende kravene i regelverket, selv ikke der klager eksplisitt har bedt om å få beskjed i god tid før kontrahering. Selv om det naturligvis hadde vært positivt om innklagede i foreliggende sak hadde opplyst om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt på et tidligere tidspunkt, kan nemnda ikke se at regelverket oppstiller noen plikt til dette. For øvrig kan også nevnes at innklagede faktisk både ga klager tilbakemelding om at kontrakt ikke ville inngås før klagers klage var behandlet, jf. e-post fra innklagede 6. april hvor det stod at "[m]e vil og stadfesta at det ikke vil verta inngått kontrakt før det er gjennomført ei forsvarleg handsaming av klaga.", og opplyste om at kontrakt ville bli inngått jf. brev datert 14. april hvor

innklagede skrev at "[k]ommunen tar etter dette sikte på å inngå kontrakt med Sartor Maskin AS". Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Erstatning

(138) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12 (2).

Konklusjon:

Sund kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved å vurdere volleyballhall i separat bygg som en "*vesentlig ulempe*" ved evalueringen av tilbudene.

Sund kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 (3) ved ikke å vurdere graden av oppfyllelse av forvaltning og drift ved evalueringen av tilbudene.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke blitt behandlet eller har ikke ført fram.

Bergen, 16. april 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim