



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avvisning av leverandør og tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for riving av Sjøholt skole og oppføring av nybygg. De to klagerne anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Det var også fremført anførsler om at konkurransegrunnlaget var uklart, at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av at manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav og at tildelingsevalueringen var uriktig. Nemnda tok også stilling til en anførsel om at en av klagerne skulle vært avvist. Klagernes anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. november 2016 i sakene 2016/65 og 2016/147

Klagere: Christie & Opsahl AS og Consto Nordvest AS

Innklaget: Ørskog kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Ørskog kommune (heretter innklagede) kunngjorde 29. september 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for riving av eksisterende Sjøholt skole (med unntak for svømmehall og garderobeanlegg) og oppføring av nybygg. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom kroner 130 og 150 millioner. Tilbudsfristen utløp 18. desember 2015.
- (2) I konkurransegrunnlagets del A.3 ble det gitt en orientering om prosjektet. Arbeidets art og omfang ble beskrevet i punkt A.3.1. Her ble arbeidene beskrevet som bygging av ny skole på Sjøholt i Ørskog kommune med tilhørende *"utomhusarbeider for skoletomta inklusive veier og plasser"*. Videre fremgikk det at *"Eksisterende skole skal rives, og dette rivearbeidet skal inngå i tilbyders leveranse. Eksisterende svømmehall og tilhørende garderobeanlegg i kjeller i nabobygg skal ikke rives. Bygget over kjeller med garderobeanlegg skal rives. Garderobeanlegget er også bomberom."*
- (3) Arbeidet ble i konkurransegrunnlagets avsnitt A.3.3 beskrevet som en *"[t]otalentreprise med samtlige bygningsmessige og tekniske fag"*. Under punkt A.3.5 *"SPESIELLE FORHOLD VED BYGGEPLASSEN"*, under overskriften *"Andre forhold av betydning"* fremgikk det at bygningene som ikke skulle rives måtte få tilstrekkelig beskyttelse i byggetiden. Videre fremgikk det:

"Oppdragsgiver har bruksrett til svømmehall og garderober i byggeperioden. Bygningene vil kun brukes til lagring for skolens materiell, ikke som svømmehall eller garderobe med tilgang for elever eller andre. Tilbyder kan ikke disponere disse lokalene. Tilbyder må sikre at disse byggene ikke blir utsatt for vannskader, frost eller annen skadelig påkjenning."

- (4) Som ett av flere kvalifikasjonskrav ble det stilt krav om *"Sentral eller lokal godkjenning"*. Dette skulle dokumenteres med *"Sentral godkjenning eller lokal godkjenning for minimum tiltaksklasse 2."*
- (5) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget B.4:

	<i>"Tildelingskriterium"</i>	<i>Vekting</i>	<i>Utslag</i>
1	<i>Pris</i>	<i>45 %</i>	<i>+/- 10 %</i>
2	<i>Gjennomføringsplan, fremdriftsplan og gjennomføringsevne</i>	<i>10 %</i>	<i>+/- 5 %</i>
3	<i>Arkitektoniske og bygningsmessige løsninger, samlet funksjonalitet</i>	<i>25 %</i>	<i>+/- 10 %</i>
4	<i>Tekniske løsninger, kvalitet og robusthet på tilbudte produkter og materialer</i>	<i>20 %</i>	<i>+/- 5 %"</i>

- (6) Tildelingskriteriene var også nærmere presisert i konkurransegrunnlaget.
- (7) I referatet fra befaring datert 14. oktober 2015, som ble sendt ut til alle leverandørene som hadde meldt seg på, fremgikk det av punkt 04. *"Bygningsmasse som beholdes"*:

"Arealer som skal bestå ble besøkt. Omfatter garderobe/ tilfluktsrom, eksisterende svømmehall og nødvendig adkomstzone/ gang. Byggherren ønsker i byggeperioden å nytte svømmehallen til lager for materiell som ikke medtas til midlertidig skole. Sikring av areal fra fukt og frost inngår i anbud.

Heisfunksjon mellom garderobe og svømmehall må bestå. Om tilpasninger skal gjøres for mesanin mot gymsal er opp til tilbyder å vurdere, det er ikke krav om at mesaninen skal beholdes.

Tilfluktsrommets ventilasjonsanlegg (kriksventilasjon) skal beholdes, noe tilpasningsarbeid i f.m. riving av fasader må påregnes for å oppnå dette.

Svømmehall og garderobe har i dag et separat ventilasjonssystem. Anlegget skal ikke kobles til nytt ventilasjonsanlegg for skolen."

- (8) I spørsmålsrunden fikk innklagede blant annet spørsmål om hvorvidt *"fasader, vindu, tak etc på gjenstående bygningsdeler"* skulle bestå, *"likeså innvendige overflater. På anbudsbefaring ble det sagt at det ikke skal gjøres endringer i garderobeanlegget"*. Innklagede svarte som følger: *"Ja, svømmehallen med mesanin funksjon og garderobeanlegg skal bestå som de er, uten oppgraderinger."*
- (9) Det ble videre stilt spørsmål om eksisterende tekniske anlegg for svømmehall og garderobeanlegg skulle være uendret. Innklagede svarte *"Ja, men med ny strømtilførsel"*

på ny trafo". Et annet spørsmål var hvilke planer Ørskog kommune hadde for svømme- og garderobeanlegget; *"riving over sikt?"*. På dette svarte innklagede at det ikke var noen planer for riving eller oppgradering av svømmehall og garderobeanlegg på nåværende tidspunkt.

- (10) Innen tilbudsfristen ble det inngitt fem tilbud, herunder fra Entreprenør M Kristiseter AS (heretter valgte leverandør), Christie & Opsahl AS (heretter Christie) og Consto Nordvest AS (heretter Consto).
- (11) Valgte leverandør hadde i sitt tilbud valgt å innlemme de eksisterende bygningene i nybygget. Dette innebar at tre sider av svømmehallen ble bygget sammen med det nye bygget. Tilbudet la opp til at vinduene ble tatt bort, og det ble satt inn nye vinduer et annet sted, og veggene ble bygget om slik at de ble brannsikre. Christie la i sitt tilbud opp til at svømmehallen ble bygget sammen med det nye bygget på sørsiden av svømmehallen. Consto valgte en løsning der svømmehallen besto som et frittliggende bygg.
- (12) Det fremgikk av innklagedes innstilling at etter en helhetlig vurdering ble valgte leverandør innstilt som vinner av konkurransen. I evalueringsdokumentet fremgikk det at Consto var det tredje rimeligste tilbudet. Valgte leverandør hadde det nest rimeligste tilbudet. Videre ble det fremhevet at under tildelingskriteriet *"Gjennomføringsplan, fremdriftsplan og gjennomføringsevne"*, skilte valgte leverandør seg ut med gode prosjektspesifikke beskrivelser hvor det var lagt opp til *"ekstra gode system for oppfølging og for å fange opp, slik at man er på forkant med prosjektering og utførelsesplanlegging"*. Når det gjaldt *"Arkitektoniske og bygningsmessige løsninger, samlet funksjonalitet"* skilte valgte leverandørs tilbud seg ut med *"gode løsninger på alle punkt og med et uteareal som gir barna mer areal og mer lek, enn de andre tilbudene"*. Innklagede fremhevet at valgte leverandørs tilbud, der det var lagt opp til at svømmehallen ble bygget inn på tre sider, hadde løsningen som ga mest uteareal til barna på den sørlige delen av tomten. Vinklingen på fløyen som skulle ligge sørover gjorde at østsiden av skolen ville få gode solforhold og dermed bli attraktiv som oppholdsareal. Det var mulighet til å legge søppelrom og varelevering mot nord, med gode brøytemuligheter og kort vei til resten av skolen. I evalueringen av kriteriet *"Tekniske løsninger, kvalitet og robusthet på tilbudte produkter og materialer"* vektla innklagede at de tilbyderne som valgte betong-sandwichelementer hadde en mer robust løsning. Consto tilbød derimot platekledning, som av innklagede ble vurdert til å være sårbare for spark og ballspill i skolegården.
- (13) Den 19. februar meddelte innklagede at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. april 2016.
- (14) Christie brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 4. mai 2016 (sak 2016/65). Consto brakte saken inn for nemnda i brev av 30. september 2016 (sak 2016/147). Siden sakene gjelder samme konkurranse, og anførslene i stor grad er sammenfallende, forenes sakene til felles behandling.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. november 2016.

Anførsler:

Christie har i det vesentlige anført:

- (16) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Konkurranses grunnlaget og tilhørende spørsmål og svar må forstås slik at den eksisterende svømmehallen ikke skulle omfattes av riving- og byggeprosjektet, og at det ikke skulle rives eller endres, verken bygningsmessig eller ved endring i ventilasjon eller tekniske anlegg. Tilbudet til valgte leverandør innebærer flere og til dels omfattende endringer av fasader, vegger, vinduer og tak i svømmehallen. Dette utgjør et vesentlig avvik fra det som er forutsatt i konkurranses grunnlaget. Avviket har blitt avgjørende for resultatet i konkurransen ettersom innklagede la stor vekt på at løsningen med innebygging av svømmehallen ga en helhetlig god løsning.
- (17) Valgte leverandørs løsning utgjør av grunnene gjengitt ovenfor også et avvik fra konkurranses grunnlaget som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Løsningen til valgte leverandør, der svømmehallen ble innlemmet i det øvrige bygget, medførte at valgte leverandør fikk muligheter til å utnytte arealet på en annen måte enn de øvrige leverandørene. Dette kan vanskelig prises eller på annen måte vurderes for å gjøre tilbudet sammenlignbart med de øvrige tilbudene.
- (18) Konkurranses grunnlaget er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig klart, noe som innebærer et brudd på kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5. Dette medfører at konkurransen skulle ha vært avlyst, jf. klagenemndas sak 2011/157 og 2010/188. Leverandørene har forsøkt å avklare forholdet, uten at dette ga anledning til en ny forståelse av konkurranses grunnlagets ordlyd, i motsetning til i klagenemndas sak 2009/130. Flertallet av leverandørene har forstått konkurranses grunnlaget slik at eksisterende svømmehall, med fasader, tak og vinduer, skulle beholdes. For en normalt aktsom tilbyder var det ikke mulig å forstå at en løsning der svømmehallen ble innebygd og fasadene endret ville bli akseptert, jf. klagenemndas sak 2011/249.

Consto har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud ettersom det inneholder et vesentlig avvik, jf. LE-2015-102226. Innklagede har stilt krav om at løsningen som tilbys ikke skal gripe inn i den eksisterende bygningsmassen til svømmehallen. Valgte leverandørs løsning innebærer at tre av fasadene fjernes eller ombygges, vinduene må rives og tettes igjen, og taket fjernes/ombygges. I tillegg vil ikke mesaninfunksjonen bestå som den er.
- (20) Christies tilbud utgjør også et vesentlig avvik ettersom deres løsning innebærer et bygningsmessig inngrep i den eksisterende bygningsmassen til svømmehallen.
- (21) Under enhver omstendighet har innklagede foretatt en ulovlig tildelingsevaluering ved å vektlegge positivt at svømmehallen ble bygget inn slik valgte leverandørs tilbud skisserer. En slik løsning var i henhold til konkurranses grunnlaget ikke ønskelig. Hadde innbygging av svømmehallen blitt forespeilet som en reell løsning, er det sannsynlig at andre tilbydere ville tilbudt lignende forslag, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-331/04 (ATI) med etterfølgende praksis.

- (22) Videre er det i strid med konkurransegrunnlaget at valgte leverandør ikke har fått trekk for å ha et bygg på to etasjer, som er plassert vesentlig nærmere naboen enn Constos. Valgte leverandør skulle også hatt trekk for at voksenopplæringen ikke fungerte som en adskilt del med skjerming mot skolens elever.
- (23) Det er regelstridig at Consto har fått trekk for robusthet til tilbudt utvendig kledning. Consto tilbød slike plater som innklagede først hadde stilt krav om i konkurransegrunnlaget, men som senere ble endret til et eksempel på hva som oppfylte funksjonskravene. Innklagede spekulerer i om platene vil monteres på en måte som gjør bygningen sårbar for spark og ballspill.
- (24) Valgte leverandør skulle ha vært avvist fordi valgte leverandør ikke har oppfylt kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlagets B.2 nr. 4. Valgte leverandør har ikke fremlagt sentrale godkjenninger for andre enn sitt eget selskap, og godkjenningene oppfyller ikke nivået satt i kvalifikasjonskravet. Valgte leverandør har heller ikke inngitt tilstrekkelig dokumentasjon på at lokal godkjenning vil gis for hele prosjektet. Innklagede har ikke vist til hvilken tilbudsdokumentasjon vurderingen av at prosjektet vil bli godkjent baseres på. Ut fra innklagedes beskrivelse er det heller ikke noe som tyder på at det ble gjort en vurdering av om innlevert dokumentasjon viste at lokal godkjenning ville oppnås, og det er ikke godtgjort at dokumentasjonen som er inngitt ga grunnlag for slik godkjenning. Innklagede har med sine anførsler erkjent at valgte leverandørs kvalifikasjoner ikke alene var tilstrekkelige til å oppnå lokal godkjenning. Det er ikke fremlagt forpliktelseserklæring eller dokumentasjon på at disse virksomhetene er godkjent.
- (25) Det er ikke grunnlag for å avskjære Constos anførsler som gjelder tildelingsevalueringen og avvisning av valgte leverandør. Klagen er rettidig, og det er ingen hensyn som tilsier at klagenemnda skal operere med et skille mellom ulike anførsler fremsatt i en og samme klagesak. For tvistesaker er det så lenge foreldelsesfristen ikke er utløpt adgang til å påberope flere faktiske og rettslige grunnlag for kravet som er fremmet, også ved anke. At det bør være adgang til å fremme anførsler etter seks månedersfristen støttes også av at Kofa er et lavterskel tvisteløsningsorgan.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget åpner for en løsning der svømmehallen integreres i den nye bygningen. Kravet var kun at svømmehallen og garderobeanlegget ikke skulle rives. Formålet med dette var å utelukke bygging av ny svømmehall og de kostnadene dette ville medføre. Valgte leverandørs løsning innebærer at svømmehallen består som den er, med ventilasjon, teknisk anlegg og garderober. Det vil foretas mindre tilpasninger, men i alt det vesentlige bevares bygningskroppen. Det var åpenbart at svømmehallens bygningskonstruksjon ville bli berørt av prosjektet ettersom den var integrert i en annen bygning som utgjorde en del av rivingsprosjektet. Svømmehallen er ikke en frittstående bygning som kan holdes helt utenfor prosjektet. Leverandørene fikk stor frihet med hensyn til valg av løsninger, og delvis innbygging av svømmehallen var illustrert i blant annet et tegningsbilag i konkurransegrunnlaget. De endringer i svømmehallen som valgte leverandørs løsning innebærer er av begrenset omfang.
- (27) Tilpasningene som må gjøres skjer i den nye bygningsmassen, på utsiden av eksisterende svømmehall. De innvendige og utvendige overflatene beholdes, med mindre tilpasninger.

Det er ikke nødvendig å forsterke taket. Etter innklagedes vurderingen er ikke tilpasningene som må gjøres store nok til at TEK 10 kommer til anvendelse på eksisterende svømmehall. Dersom endringene i bygget kan anses som avvik, er det ikke tale om vesentlige avvik. Det samme gjelder for løsningene i Christies tilbud. Konkurranses grunnlaget utelukker ikke integrering av svømmehallen i nybygget.

- (28) Det bestrides videre at innklagede har avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Svømmehallen og garderobeanleggets funksjon ivaretas gjennom valgte leverandørs løsning. Nevnte funksjon ivaretas i alle tilbudene, og tilbudene kan følgelig sammenlignes.
- (29) Konkurranses grunnlaget inneholder ikke uklarheter som strider mot loven § 5, tredje ledd. Det er stilt opp et tydelig krav om at svømmehallen og garderoben ikke skal rives. For øvrig er leverandørene gitt frihet til å utforme egne løsninger.
- (30) Anførlene om ulovlig tildelingsevaluering og avvisning av valgte leverandør er fremsatt etter at klagefristen utløp, og er derfor for sent fremsatt, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 7 jf. § 6. Det er tale om nye, selvstendige krav. Verken de faktiske eller rettslige forhold de nye anførlene bygger på er angitt i klagen av 30. september. Det ville være uheldig dersom det er tilstrekkelig å levere en blanko-klage innen klagefristen, for så å drive utfyllende undersøkelser frem til nemndsbehandling. Klagers analogislutninger til tvisteloven er lite treffende fordi klagenemnda har et forenklet saksforløp.
- (31) Subsidiært bestrides det at evalueringen er regelstridig. Valgte leverandør har ikke fått uttelling for selve sammenbyggingen av bygningene, men for de positive konsekvensene en sammenbygging gir knyttet til utnyttelse av tomten. Dette er i tråd med tildelingskriteriene.
- (32) Herunder bestrides det at det er regelstridig at klager ikke har fått trekk for å ha bygget to etasjer, og at bygget ligger nærmere naboer. Tildelingskriteriet "*Arkitektoniske og bygningsmessige løsninger, samlet funksjon*" omhandler mer enn bare siktlinjer, herunder høyde på bygningene. Det er gitt poeng ut fra en helhetlig vurdering.
- (33) Det er riktig at hovedinngangen til skolen ligger på samme side som inngangen til voksenopplæringen, men skolen har egne elevinnganger på andre siden av bygget som i all hovedsak vil benyttes av elevene. Voksenopplæringen er fullt ut separert, med låst dør mellom lokalene.
- (34) Consto har levert en god løsning for fasadeelementer (plater), men betongelementer gir en sterkere løsning. Da Consto ikke skrev noe om monteringen av fasadelementene, la innklagede til grunn vanlig monteringspraksis og monteringsveiledningen til den tilbudte løsningen.
- (35) Det bestrides videre at valgte leverandør ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravet til sentral eller lokal godkjenning. I lys av blant annet klagenemndas sak 2005/60 kan det ikke stilles krav om sentral godkjenning uten alternativt å foreta en reell vurdering av foretakets kvalifikasjoner ut fra dokumentasjonen foretaket har levert. Det er ikke et krav om fremlagt attest for sentral godkjenning. Det fremgår dessuten av kravspesifikasjonen at oppdragsgiver ville vurdere om det tekniske og faglige kvalifikasjonsnivået er tilstrekkelig til å kunne utføre oppdraget ut fra fremlagt dokumentasjon. I denne vurderingen kunne referanser og oppdragsgivers tidligere erfaringer med tilbyder inngå.

Innklagede vurderte den samlede kompetanse som fremgikk av valgte leverandørs tilbud og kom til at lokal godkjenning ville gis for hele prosjektet.

Klagenemndas vurdering:

Avvisning av tilbud

- (36) Christie og Consto har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagene er fremsatt innen seks måneder etter kontrakt ble inngått. Konkurransen gjelder en totalentreprise for nytt skolebygg som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til mellom kroner 130 og 150 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (37) Både Christie og Consto anfører at valgte leverandør skulle ha vært avvist fordi valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Christie tolker konkurransegrunnlaget slik at *"svømmehallen ikke skulle inkluderes i oppdraget eller på annen måte omfattes av de bygningsmessige arbeidene"*. Consto mener at det er et overordnet krav at løsningen som tilbys ikke griper inn i den eksisterende bygningsmassen til svømmehallen. Bakgrunnen for dette er ifølge Consto at en eventuell fremtidig riving eller oppgradering av svømmehallen ville vanskeliggjøres dersom svømmehallen ble sammenbygget med det nye skolebygget. Consto anfører derfor at også at Christies tilbud, der en side av svømmehallen sammenbygges med nybygget, skulle ha vært avvist.
- (38) Innklagede fremholder at konkurransegrunnlaget og de etterfølgende svar på spørsmål, samt øvrige dokumenter, viser at formålet stadig har vært at svømmehallen ikke skulle rives. Bakgrunnen for dette var ifølge innklagede at bygging av ny svømmehall er teknisk krevende og kostnadskreven, og det var svømmehallens funksjon som skulle bestå. Etter innklagedes forståelse, stenger dermed ikke konkurransegrunnlaget for en slik løsning som valgte leverandør tilbyr, og heller ikke for Christies løsning.
- (39) Valgte leverandør tilbød en løsning der svømmehallen ble bygget inn på tre sider, slik at den hang sammen med det nye skolebygget. Tilbudet la opp til at vinduene ble tatt bort på den ene veggen, det ble satt inn nye vinduer i en annen vegg, og veggene ble bygget om slik at de ble brannsikre. Mesaninen ville etter det opplyste fjernes, og enkelte eksisterende ventilasjonskanaler skulle forlenges. Videre er det omstridt hvorvidt taket ville måtte forsterkes og om kommunens bruksrett til svømmehallen ville være i behold under arbeidet, noe nemnda vil komme tilbake til.
- (40) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises dersom det inneholder *"vesentlige avvik"* fra konkurransegrunnlaget.
- (41) For å vurdere hvorvidt det foreligger et avvik, må konkurransegrunnlaget tolkes. I denne forbindelse er det grunn til å nevne at rivingen og byggingen av den nye skolen skulle utføres som en totalentreprise, noe som innebærer at leverandøren skal påta seg både prosjektering og utførelse. Innklagede har beskrevet generelle krav til totalentreprisen, krav til byggeobjektet og fast inventar, samt funksjonskrav. Utover dette er leverandørene gitt stor frihet i valg av løsninger.

- (42) Konkurranses grunnlaget uttrykte eksplisitt at svømmehallen og garderobeanlegget ikke skulle rives. Det fremkommer imidlertid ikke av konkurranses grunnlaget at det ikke kan gjøres endringer i bygningsmassen. Konkurranses grunnlaget gir riktignok anvisning på at svømmehallen og garderobeanlegg skulle kunne brukes til lagring av materialer og lignende samtidig som arbeidet pågikk, og at den aktuelle bygningsmassen måtte få tilstrekkelig beskyttelse. Det kan imidlertid ikke ut fra dette utledes noe krav om at bygningsmassen ikke kunne endres. Et vedlegg til konkurranses grunnlaget illustrerer også gjennom en skisse en løsning hvor et nybygg er koblet på den ene delen av svømmehallen.
- (43) Det som altså kan utledes fra konkurranses grunnlaget er at svømmehall og garderobeanlegg ikke skulle rives. Som innklagede fremholder er en nærliggende forklaring for dette at innklagede ønsket å begrense kostnadene ved prosjektet. Derimot er det ikke på noen måte grunnlag for en forståelse av at årsaken var at innklagede på et senere tidspunkt ville rive svømmehallen og garderobeanlegget. Oppdragsgiver svarte uttrykkelig avkreftende på spørsmål om det var planer om riving på sikt.
- (44) Det er heller ikke bestridt at svømmehallen, slik den forelå, var bygget sammen med den øvrige skolebygningen som skulle rives. Dette innebærer at uansett om leverandørene valgte å integrere svømmehallen i den øvrige bygningsmassen eller ikke, kunne ikke svømmehallens bygningsmasse stå helt urørt.
- (45) Innklagede fikk etter kunngjøring av konkurransen spørsmål om *"fasader, vindu, tak etc på gjenstående bygningsdeler"* skulle bestå, *"likeså innvendige overflater"*. Det ble presisert i spørsmålet at det på befaring var gitt uttrykk for at garderobeanlegget skulle bestå. Innklagede svarte: *"Ja, svømmehallen med mesanin funksjon og garderobeanlegg skal bestå som de er, uten oppgraderinger."*
- (46) Svaret på spørsmålet må tolkes i lys av hovedbudskapet i konkurranses grunnlaget: At bygningene, foruten svømmehall og garderobes, skulle rives, og at leverandørene utover dette sto nokså fritt til å finne egne løsninger. Lest i lys av at dette har det formodningen mot seg at innklagede senere, som svar på spørsmål fra leverandørene, ville legge betydelige bånd på leverandørene ved å kreve at bygningsmassen som omsluttet svømmehallen skulle stå urørt.
- (47) Dertil kommer at fire av fem leverandører hadde tolket konkurranses grunnlaget slik at svømmehallen kunne bygges sammen med det nye skolebygget. Blant disse er Christie, som har lagt opp til enkelte endringer i fasaden i sitt tilbud, ved at den ene siden av bygningen med svømmehallen bygges sammen med den nye bygningen, og det skal være teglsteinsmur helt opp til taket i den endrede veggen. I følge tildelingsinnstillingen var Christie én av tre leverandører som hadde levert en løsning der én av sidene i svømmehallen integreres i nybygget. I tillegg kom valgte leverandørs løsning, med svømmehallen innebygget på tre sider. Kun én leverandør, Consto, har levert et tilbud hvor svømmehallen er adskilt fra det øvrige bygget.
- (48) Følgelig kan det ikke utledes noe krav fra konkurranses grunnlaget, med tilhørende dokumenter, om at det ikke kunne gjøres endringer i bygningsmassen til svømmehallen eller garderobeanlegget.
- (49) Christie og Consto anfører også at valgte leverandør har fjernet mesaninen i bygningen fullstendig, og at dette utgjør et vesentlig avvik. Det følger imidlertid eksplisitt av referatet fra befaring at det ikke var et krav at mesaninen skulle beholdes. Det ble likevel,

i svaret som ble gitt på spørsmålet vedrørende svømmehallen, gitt uttrykk for at funksjonen til mesaninen skulle bestå. I den grad valgte leverandørs tilbud må anses å inneholde et avvik på dette punkt, jf. drøftelsen ovenfor, gir Christies og Constos anførsler uansett ikke grunnlag for å konstatere at et eventuelt avvik er vesentlig.

- (50) Christie anfører videre at valgte leverandørs løsning fordrer betydelige endringer i teknisk anlegg, ventilasjon og takkonstruksjon. For takets vedkommende, har Christie hevdet at taket vil måtte forsterkes betydelig grunnet økte snølaste. Endringene som ifølge Christie er nødvendige er for øvrig lite konkretisert og dokumentert. Etter nemndas oppfatning utgjør uansett ikke endringer i taket noe avvik fra konkurransegrunnlaget, all den tid konkurransegrunnlaget ikke stenger for endringer i bygningskroppen rundt svømmehallen.
- (51) Når det gjelder teknisk anlegg og ventilasjon, har innklagede fremholdt at de eneste tilpasningene valgte leverandørs tilbud legger opp til, gjelder forlengelse av noen eksisterende ventilasjonskanaler. Nemnda legger dette til grunn. Det er presisert i konkurransegrunnlaget at ventilasjonsanlegget i svømmehall og garderobeser ikke skal kobles til nytt system. Videre har innklagede svart "ja" på spørsmål om teknisk anlegg skal være uendret. I den grad dette kan forstås bokstavelig, jf. drøftelsen ovenfor, gir Christies anførsler uansett ikke grunnlag for å konstatere at et eventuelt avvik på dette punkt er vesentlig. Christies anførsler på disse punkter fører ikke frem.
- (52) Christie anfører videre at innklagede ikke vil kunne benytte svømmehallen slik som konkurransegrunnlaget forutsetter. I konkurransegrunnlaget fremgår det uttrykkelig at innklagede har bruksrett til svømmehall og garderobeanlegg. Svømmehallen og garderobeanlegget skulle benyttes som lager for "*materiell som ikke medtas til midlertidig skole*". Christie hevder at adkomsten til svømmehallen vil være begrenset når den bygges inn på to sider, og arbeidet med veggene vil kreve arbeid i og rundt svømmehallen. Det er imidlertid ikke holdepunkter i valgte leverandørs tilbud for at kravet ikke vil oppfylles, og innklagede måtte derfor kunne legge til grunn at valgte leverandør ville legge opp arbeidet på en slik måte at kravet ble ivarettatt. Christies anførsel på dette punkt fører ikke frem.
- (53) På bakgrunn av dette er det ikke grunnlag for anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, enten dette vurderes etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e eller f.
- (54) Ettersom Christies tilbud innebærer mer begrensede endringer i bygningsmassen enn valgte leverandørs tilbud, kan heller ikke Constos anførsel om at Christies tilbud skulle ha vært avvist føre frem.
- (55) I lys av drøftelsen ovenfor, gir heller ikke Christies anførsel grunnlag for å konstatere at konkurransegrunnlaget ikke har vært tilstrekkelig klart. Innklagede kan heller ikke anses å ha brutt regelverket ved besvarelsen av tilbydernes spørsmål.

Tildelingsevaluering og avvisning av leverandør (Constos anførsler)

- (56) Consto har anført at tildelingsevalueringen er i strid med regelverket på flere ulike grunnlag. Videre har Consto anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist fordi kvalifikasjonskravene ikke er oppfylt. Innklagede har anført at anførselene må avvises ettersom de er fremsatt etter klagefristens utløp.

- (57) Det følger av klagenemndsforordningen § 6, andre ledd, andre setning at en klage må fremsettes *"senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver"*. Videre følger det av § 7 at klagen skal angi de faktiske og rettslige forhold den bygger på. Ordlyden stenger ikke for at det kan fremsettes nye anførsler etter klagefristen, så fremt klagen er rettidig. Riktignok har klagenemnda og nemndas leder i sak 2014/73 premiss (26) og i sak 2010/202 uttalelser i den retning. Nemnda finner imidlertid ikke grunn til å legge avgjørende vekt på dette. Som klager påpeker er Kofa ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan, og reglene i klagenemndsforordningen bør derfor ikke praktiseres strengere enn tvistelovens regler. I motsetning til det innklagede hevder er ikke klagers anførsler nye krav, men nye anførsler (påstandsgrunnlag) som det etter tvistelovens regler normalt er anledning til å fremsette inntil to uker før hovedforhandling.

Tildelingsevaluering

- (58) Consto anfører at tildelingen er ulovlig fordi det i positiv retning er lagt vekt på at svømmehallen er bygget inn. Slik nemnda har tolket konkurransegrunnlaget, utelukkes det ikke at det gjøres endringer i bygget som omslutter svømmehallen, herunder en sammenbygging med det nye bygget. Det gis heller ikke uttrykk for at slik sammenbygging er uønsket. Den arkitektoniske og bygningsmessige løsningen skulle vektlegges, sammen med byggets samlede funksjon. Det er derfor ikke uventet, og det utgjør heller ikke noen endring av tildelingskriteriene, at innklagede vektlegger hvordan tomten er utnyttet, herunder hvordan solforhold utnyttes og utearealer skapes. Constos anførsel på dette punkt fører ikke frem.
- (59) Når det gjelder vektlegging av høyde på bygget og beliggenhet for voksenopplæringen, kan dette være elementer som utgjør en del av en helhetsvurdering under tildelingskriteriet *"Arkitektoniske og bygningsmessige løsninger, samlet funksjon"*. Siktlinjer er imidlertid ikke nevnt som et eget punkt som skal vurderes under dette tildelingskriteriet. Innklagede har fremhevet at siktlinjer kun er en del av en helhetsvurdering av alle momenter. I helhetsvurderingen har innklagede blant annet fremhevet valgte leverandørs plassering av utearealer. Klagers anførsler gir ikke grunn til å underkjenne innklagedes skjønn på dette punkt.
- (60) Consto har også anført at valgte leverandør skulle hatt trekk for at voksenopplæringen ikke fungerte som en adskilt del med skjerming mot skolens elever. Innklagede har sett hen til beliggenhet og organisering av voksenopplæringsområdet, og innklagede fremhever i denne sammenheng at inngangen for voksenopplæringen ligger på en annen side enn den inngangen som elevene primært vil bruke. Innklagede påpeker også at voksenopplæringen er fullt ut separert fra de øvrige avdelingene. Nemnda legger dette til grunn og kan ikke se at skjønnet som er utøvd er usaklig, vilkårlig eller for øvrig i strid med de grunnleggende krav i loven § 5.
- (61) Tilsvarende gjelder vurderingen av fasadens robusthet under tildelingskriteriet *"Tekniske løsninger, kvalitet og robusthet på tilbudte produkter og materialer"*. Heller ikke på dette punktet gir klagers anførsler grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering.

Avvisning av valgte leverandør

- (62) Consto har videre anført at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om *"sentral eller lokal godkjenning"*, som skulle dokumenteres med sentral eller lokal godkjenning for tiltaksklasse 2. Til tross for uklarheten ved kvalifikasjonskravet, er

partene enige om at kvalifikasjonskravet må forstås slik at det var tilstrekkelig om leverandøren dokumenterte at selskapet ville oppnå lokal godkjenning.

- (63) I valgte leverandørs tilbud er det fremlagt en rekke dokumenter av relevans for denne vurderingen, herunder en referanseliste over tidligere oppdrag. Innklagede har vurdert det slik at valgte leverandørs dokumentasjon var tilstrekkelig. Selv om innklagede med fordel kunne redegjort mer utdypende for den vurderingen som ble gjort, har nemnda – slik saken ligger an, ikke grunnlag for å konstatere at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet. Klagers anførsler fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Ørskog kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk