

PROSESSKRIV
TIL
ØSTRE INNLANDET TINGRETT

Tingrettens saksnr. 23-056649 TVI-TOIN/TELV

Saksøker: Arne Tøråsen AS
Mosanden
2420 Trysil

Prosessfullmektig: Advokat Beate Vesterås AS
Advokatfirma Beate Vesterås AS
Postboks 1391 Vika, 0114 Oslo

Saksøkt: Trysil kommune
v/ordføreren
Postboks 128, 2440 Engerdal

Prosessfullmektig: Advokat Marianne H. Dragsten
Vaar Advokatfirma
Stortingsgata 12, 0161 Oslo

Saken gjelder: Krav om å sette beslutning om inngåelse av kontrakt til side som følge av brudd på regelverket om offentlig anskaffelser og krav om erstatning

1. INNLEDNING

Det vises til tilsvaret av 8. mai 2023 fra kommunen. Saksøker har kommentarer til det som fremkommer av kommunens tilsvare, foruten provokasjoner som opprettholdes eller tilkommer som følge av kommunens fremstilling.

2. KOMMUNENS BRUDD PÅ REGELVERKET VED GJENNOMFØRINGEN AV ANBUDSPROSESSEN

2.1 Anbudsprosessen er utført i strid med reglene om offentlig anskaffelser

Saksøker opprettholder anførsler om at Trysil kommune har handlet i strid med reglene for offentlig anskaffelser.

2.2 Sweco og Olsens rolle i anbudsprosessen

I tilsvaret har kommunen nedtonet den rolle som kommunens rådgiver, Richard Olsen ved Sweco har hatt i anbudsprosessen og karakteriserer denne nå som, ikke sentral. Dette er åpenbart en tilpasning av fakta med bakgrunn i Olsens forklaring for tingretten og den betydning den fikk for rettens avgjørelse. Det er imidlertid ikke saksøker som har definert Olsens rolle. Olsen forklarte seg selv om denne og sitt arbeid med anbudsprosessen under sin forklaring for tingretten. Forklaringen underbygges av konkurransegrunnlaget som er utarbeidet av Sweco, og møtereferater hvor Olsen er oppført som deltakende. I tillegg gjelder at kommunen i tilsvaret nå selv har beskrevet Olsen som assisterende prosjektleder og prosessleder for prosjektet. Olsen presenterte seg i retten også som en bygningsakkyndig med over 50-års erfaring og bekreftet videre at hans omfattende kompetanse ble benyttet ved gjennomgang av tilbudene og i møter med tilbyderne. Kommunen har også tidligere gjort rede for at rådgivertjenesten fra Sweco ble kjøpt inn nettopp fordi kommunen ikke hadde denne kompetansen internt, herunder den bygningsansvarlige kapasitet.

For å avklare Sweco og Olsens rolle provoseres fremlagt kommunens tilbudsinnbydelse til rådgiverne, herunder hvilke oppgaver det var ønskelig at rådgiver skulle bistå med i prosjektet, kommunens skriftlige evaluering av Swecos tilbud som ligger til grunn for tildelingen, samt Swecos kontrakt, tilbud og oppdragsbekreftelse.

Videre provoseres fremlagt gjeldende organisasjonskart for prosjektet.

2.3 Kommunens saksbehandling

Fra saksøkers side fastholdes det at kommunens saksbehandling har vært mangelfull og i strid med reglene for offentlig anskaffelser.

Det konstateres at partene er uenige i hva som faktisk ble avklart i befaringsmøtet den 28. mars 2022. Ingen av representantene fra saksøker som var til stede i møtet hørte spørsmålet vedrørende konkurransegrunnlagets arealprogram fra Skanska eller svaret fra kommunen, slik Olsen redegjorde for under forhandlingene. Det fremstår derfor som uklart hva som er blitt sagt og overhørt av de øvrige tilbydere. Sett hen til at både Tøråsen og Peab har tilbud i samsvar med kravspesifikasjonen tilsier dette at det kun er kommunen og Skanska som har vært del av den påståtte kommunikasjonen. Det varsles også at det kan bli nødvendig å føre vitner fra Peab for å bekrefte dette og gjennomgå deres forståelse av konkurransegrunnlaget.

Møtereferatet fra befaringsmøtet, som ble utarbeidet av Abakus, inneholder heller ingen avklaring av hva som foregikk i møtet, herunder hvorvidt Skanska stilte spørsmål om konkurransegrunnlagets arealprogram eller hvilket spørsmål som ble stilt rundt dette eller kommunens konkrete tilbakemelding på den usikkerhet det blir hevdet at Skanska hadde i forhold til konkurransegrunnlaget.

Når det gjelder møtereferatet viser dette også kun til romplan. «Romplan» er ikke et ord som er benyttet i kravspesifikasjonene eller konkurransegrunnlaget for øvrig. At dette da tilsier at romplan må forstås som arealprogram gir ingen mening. Dette da begrepene romplan og arealprogram har egne forståelser i bransjen.

Saksøker er således uenig med saksøkte i at det er selvforklarende at romplan er det samme som arealprogrammet. Romplan er en plan over plassering av rom. Slik møtereferatet er utformet tilsier dette at kommunen den gangen referatet ble skrevet også hadde en slik forståelse av begrepet. Dette ved at det nettopp er presisert i møtereferatet i direkte etterfølgende setning etter «romplanen er veiledende»; ***Det er allikevel ønskelig at fellesrom ikke legges opp som gjennomgangsrør.*** Videre er det ingenting i en romplan som viser til arealer. Det bør være ubestridt at areal er et eget definert begrep i byggebransjen.

Et arealprogram er nettopp det som ligger i ordlyden, nemlig en oversikt over arealer med krav til de enkelte rommenes nettoarealer som dimensjoneringsgrunnlag for bygningen. I tillegg gjelder selvfølgelig øvrige tekniske krav til disse rom. Dette er oppstilt i byggeforskrifter, herunder tekniske krav som må følges i henhold til TEK 17 i forhold til de enkelte rom, som også oppstiller krav til rommets størrelse og utførelse. De enkelte arealer som er oppgitt i forhold til rommenes funksjoner i arealprogrammet er i tillegg nokså likestilte med de krav som oppstilles for slike rom, også i forhold til areal. Videre har kravspesifikasjonen fulgt dette opp med klare SKAL-krav i punkt 2.03 flg.

Etter dette er det derfor ingenting som skulle tilsa at en setning i møtereferat fra befaringen om at romplan er veiledende ga tilbydere en mulighet til i sin helhet å fravike både fra arealprogrammet og kravspesifikasjonens SKAL-krav i kravspesifikasjonen etter eget ønske.

Dersom dette var kommunens mening er dette en helt ny premiss for konkurransen som uansett måtte vært formidlet på en helt klar og tydelig måte til samtlige tilbydere. Det ble den ikke.

Det er heller ikke riktig at det er tilbyderne som har bevisbyrden, slik kommunen legger til grunn i tilsvaret. Kravspesifikasjonen er klar både i forhold til oppgitte areal i arealprogram og ikke minst i forhold til SKAL-krav i kravspesifikasjonen. En avvikende tolking fra dette er ene og alene kommunens bevisbyrde. Når både spørsmål og svar fra en leverandør i tillegg fremstår som usikre og uklare for videre arbeid med denne, slik det er i denne saken, er det uomtvistelig kommunens bevisbyrde å kunne dokumentere sine påstander i en offentlig anbudskonkurranse.

2.4 Forhandlingsmøter med tilbyderne i oktober 2022

Fra kommunens side er det presisert at tilbudene var anonymisert før møtet med brukerne den 29. september 2022. Av tilsvaret fremkommer det at Abakus deretter foretok en evaluering av tilbudene sammen med prosjektgruppen. Møtereferat fra dette/disse møtene for perioden 20. august -10. november 2022 provoseres derfor fremlagt.

Det registreres at kommunen motsetter seg å etterfølge provokasjonen om fremleggelse av usladdet møtereferat fra forhandlingene med Skanska etter forhandlingsmøtet den 24. oktober 2022 under henvisning til forretningshemmeligheter. Fra denne side er det vanskelig å se hvilke forretningshemmeligheter det nå skal være snakk om i denne saken, da både priser og tilbud er fremlagt og gjennomgått. Provokasjonen fastholdes derfor i sin helhet.

Tilbudsinnleveringen skal være utgangspunktet for forhandlingen. Kommunen har på sin side gjort et poeng av at det viktigste er brukernes krav og behov i prosjektet. Det er imidlertid på det rene at det er oppstilt SKAL-krav i kravspesifikasjonen som kommunen må forholde seg til, og som brukerne neppe er fagkyndige til å kunne forholde seg til og oppfylle på en faglig forsvarlig måte. Brukerne står dermed ikke fritt til å velge nye krav i forhold til tilbudene som er kommet inn, herunder å stille seg fritt til kravspesifikasjonen. I tillegg gjelder vel at brukerne nettopp er dette, *brukere* og ikke har nødvendig fagkyndighet i forhold til kravspesifikasjonen. Dette er således fremdeles et forhold kommunen må ivareta overfor tilbyderne.

Etter en gjennomgang av brukernes ønsker, fremlagt som referat av 29. september 2022 i tilsvaret som bilag 5, fremkommer det klart at flere ønsker om tilpasninger i Tøråsens tilbud, aldri ble videreformidlet til Tøråsen under forhandlingsmøtet med kommunen den 20. oktober 2022. Dette gjelder for eksempel ønsket om at lekearealet ikke skulle omgi hele bygget eller at lekerommene oppleves som smale. I forhandlingsmøtet fikk Tøråsen kun beskjed om at adkomst til småbarnas lekeareal måtte tilrettelegges bedre, noe som ble ivaretatt i det reviderte tilbudet. Det samme gjaldt ønsker om garderobeplass til de ansatte i grovgarderobene, foldevegg i fellesrommet.

Kommunen har heller ikke meddelt at brukerne ikke trengte dusj i personalgarderobene, noe som ble meddelt Skanska i deres forhandlingsmøte. Dette var forhold som først ble gjort kjent for Tøråsen under de muntlige forhandlingene i retten i februar 2023

Øvrige forhold som at kommunen ikke ønsket løsningen med kjeller ble ivaretatt av Tøråsen ved innlevering av endelig tilbud. Det samme gjaldt feilføring med BTA som ble rettet opp allerede etter forhandlingsmøtet.

Når det gjaldt løsningen med bro til personalavdelingen ga kommunen ikke på noe tidspunkt uttrykk for at dette ikke var ønskelig, slik det nå hevdes. Tvert imot ga de tilstedeværende uttrykk for at løsningen var arkitektonisk fin og bekymring i forhold til snøforhold ble avklart og ivaretatt ved tilbudsinnleveringen.

2.5 Evalueringen av tilbudene er gjort i strid med kravspesifikasjonen

Fra kommunens side er det opplyst at Abakus utformet en evalueringsmatrise. Det provoseres opplyst *når* denne matrisen forelå. Videre gjentas provokasjonen om en redegjørelse for *hvordan* og *hvorfor* det oppsto feil fra kommunens side ved evalueringen av Tøråsens tilbud.

Det provoseres også opplyst *hvem* som foretok endelig evaluering av tilbudene.

Når det gjelder evalueringen fastholdes det at denne er i strid med kravspesifikasjonen, slik det er redegjort for i stevningen.

Skanskas konstruksjon er heller ikke i samsvar med krav om massiv tre. Som Skanskas egen tekniske beskrivelse i brev av 9. november 2022 til Trysil kommune viser er det kun innvendige vegger som er i bærende «massivtre».

Sammenholdt med kalkyle utarbeidet fra Trysil kommune etter revidert tilbud fra Skanska er det videre klart at yttervegg i plan 1 oppgitt med tykkelse 0,04 meter ikke er «ekte» massiv tre. Dette er vegger som er bygget opp med 40 mm innvendig kledning av plater mot yttervegg syd, såkalte «coverboards». Denne type plater er ikke bærende massivtre.

Bilag 1: Byggforsk detaljblad for massivtre

Øvrige vegger er ikke i massivtre. Videre er det oppgitt at det er benyttet massiv tre i tak over plan 2. Dette er angitt som lett tak i tilbudet, som gir 0,17 massiv tre uten plater og 0,27 med plater. En korrekt beregning av massiv tre gir et gjennomsnitt på 20,7 % massiv tre pr. m², under kravet på minimum 25 % pr. m². Beregningen viser altså at Skanskas tilbud kun oppfyller 63 % av kravet med ekte massiv tre.

Under saksforberedelsen er det fremkommet at Skanska på sin side ble informert i forhandlingsmøtet om at manglende massivtre kunne kompenseres ved bruk av «coverboards». Dette er en løsning som muliggjør besparelser i konstruksjonskostnadene.

Tilsvarende opplysninger ble ikke meddelt Tøråsen, som forholdt seg lojalt til kravspesifikasjonens SKAL-krav knyttet til massivtre.

2.6 Kommentar til oppdragsgivers behov og prosjektering etter punkt 4.2

Når det gjelder byggets praktiske utforming fastholdes det at kommunen har fastsatt rammene for dette med en kravspesifikasjon med arealrammer samt skal-krav, som nettopp er fremkommet som følge av brukernes behov. Innenfor dette har tilbyderne anledning til å optimalisere rommenes organisering og gjøre bygget areal effektivt. Det er ikke slik at brukerne står fritt til å endre disse kravene underveis, slik kommunen synes å mene.

Det fastholdes videre at Skanska hverken har utformet et bygg i samsvar med kravspesifikasjonen eller i tråd med brukernes ønsker og behov som der beskrevet. Tvert imot er Skanskas tilbud nærmest å betrakte som et alternativt tilbud til kravspesifikasjonen, da det mangler fem rom, dusjer, vesentlig funksjonsarealer osv i utformingen i forhold til kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen løser byggets praktiske utforming gjennom punktene 2.03-2.22. Dette har ikke Skanska fulgt. Skanska har levert en løsning med vesentlig avvik i arealer. Det samme gjelder i forhold til arealutnyttelsen av bygget, slik det er redegjort for i stevningen, herunder at det foreligger klare avvik i forhold til utnyttelsen av tomt og bruk av massiv tre.

Videre er det i Skanskas tilbud angitt flere opsjoner med priser. Opsjonenes innhold er sladdet i mottatt versjon. Det kan se ut som om opsjonene angår leveranser som er nødvendig for å oppfyllelse av kravspesifikasjonens SKAL-Krav. I så fall, må hele tilbudet anses å være et alternativt tilbud, noe som er i strid med konkurransens forutsetninger. For å belyse disse sentrale punktene av betydning for sakens sentrale spørsmål provoseres fremlagt usladdet versjon av Skanskas tilbud.

2.7 Økonomi og gjennomføring

Kommunens anførsel om at konkurransen ville blitt avlyst dersom Skanskas tilbud ikke forelå er hverken dokumentert eller sannsynliggjort. Tvert imot ligger samtlige tilbydere innenfor kommunens budsjett til ny sentrumsbarnehage.

Bilag 2: Kommunens budsjett for 2023 og revidert økonomiplan 2023-2326 med vedlegg om avklaring av KS vedtak 2020/38

Som det fremkommer av budsjettet er det en bevilgning på kr. 4,5 millioner for forprosjektering, samt ytterligere en bevilgning på ca 90 millioner i post 22 til byggingen av selve barnehagen. I tillegg kommer bevilgning til ny adkomst/vei/gangsti i post 33. Alt i alt er det en bevilgningsramme på i overkant av 95 millioner.

3. SAKENS RETTSLIGE SIDE

Saksøker fastholder tidligere anførsler om at anbudsprosessen er utført i strid regelverket for offentlige anskaffelser jf lov av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift (FOA) FOR 2016-08-12-974 del I og III.

Når det gjelder kommunens anførsel om at LOA § 8 tilsier en avveining mellom saksøkers interesser mot ulempene med å stanse prosjektet er det klart at denne bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på forhold hvor kommunen nettopp har foretatt rene interesseavveininger basert på subjektive betraktninger ut fra den enkelte tilbyders personlige egnethet, jf. uttalelser fra Olsen v/Sweco. Dette er grunnleggende brudd på regelverket og forhold kommunen kan klandres for som ikke medfører at interesseavveiningen i § 8 kommer til anvendelse.

Kommunens regelbrudd har i tillegg medført et fortrinn for en tilbyder som ikke har forholdt seg til kravspesifikasjonene på samme måte som de øvrige. De øvrige tilbyderne har dermed ikke deltatt på lik linje i konkurransen, herunder ikke hatt tilgang til samme informasjon fra oppdragsgivers side som fortrukne tilbyder Skanska. Dette er klart brudd på både likebehandlingsprinsippet og prinsippet om forutberegnelighet som innebærer at de øvrige tilbydere ikke ville deltatt i konkurransen på slike vilkår. Sannsynligheten er dessuten overveiende for at de øvrige tilbyderne også ville levert et annet tilbud. Tøråsen ville også levert et tilbud basert på et redusert bygget areal, det vil si et billigere tilbud enn valgte leverandør, Skanska dersom konkurransen hadde hatt like forutsetninger for samtlige tilbydere og vært gjennomført i samsvar med regelverket.

En sammenlikning mellom tilbudene viser nettopp at de øvrige tilbyderne har forholdt seg til kravspesifikasjonene slik den var utformet av kommunen, mens Skanska har levert et prosjekt som avviker vesentlig fra dette.

Det fastholdes derfor at Skanskas tilbud skulle vært avvist fra konkurransen da det er vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i henhold til forskriften § 24-8(1) bokstav b. Dette gjelder krav om funksjonsarealer, krav til dagslys i store deler av fingarderoben, vinduskraft, krav til dusjer, krav til bruk av massivtre, plassering av bygget på tomt og lekearealer. Kommunen bagatellisere nå i etterkant disse forholdene med at det ikke spiller noen rolle med noen dusjer fra eller til, samt at dagslyskrav for vrimlearealer er leverandørens bevisbyrde og andre materialer kan likestilles med massivtre. En slik tolking er avvikende både i forhold til en objektiv og subjektiv forståelse av konkurransegrunnlaget, herunder de oppstilte SKAL-krav. Videre kan ikke kommunen påvise et eneste sted hvor det fremkommer av konkurransegrunnlaget at de gjennomgatte forhold kun skal være veiledende for tilbyderne.

Kommunens forståelse er heller ikke i samsvar med det beskrevne formålet med anskaffelsen, hvor det er presisert at totalentreprenøren skulle utvikle et prosjekt i henhold til de beskrevne krav, TEK 17 og andre gjeldende krav for bygging av ny og moderne barnehage jf punkt 1.4.2.

Når en leverandør ikke kan levere i henhold til dette, men likevel antas er det klart at kommunen gir Skanska et fortrinn i konkurransen som de øvrige ikke får, stikk i strid med reglene og formålet med offentlige anskaffelser, er det klart at dette ikke gir en slik nødvendig forutberegnelighet i denne type konkurranser som regelverket setter krav om.

I tillegg gjelder at Skanska allerede har fått et fortrinn innledningsvis ved kommunens eksklusive og udokumenterte bekreftelse om at arealprogrammet og kravspesifikasjonen kun var en veiledning for prosjektet.

Når det gjelder kommunens kommentar i forhold til tolkingen av § 24-8 (1) bokstav b og betydningen av innkjøpsfaglig skjønn er dette et forhold som ikke er relevant i denne saken, slik saksøker ser det. Dette da avvikene ikke knytter seg til denne type skjønn, men klare avvik i forhold til konkrete krav i kravspesifikasjonen som areal, massiv tre osv.

Oslo, 24. mai 2023

Beate Vesterås
advokat