

TILSVAR - MOTSØKSMÅL
TIL
ØSTRE INNLANDET TINGRETT

Oslo, 8. mai 2023

Sak nr.:

Saksøker: Arne Tøråsen AS
Mosanden
2420 Trysil

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

Saksøkt: Trysil kommune v/ordfører
postboks 200
2421 Trysil

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

Saken gjelder: Offentlige anskaffelser

1. Innledning

Det vises til stevning fra Arne Tøråsen AS (heretter benevnt som Tøråsen eller saksøker).

Trysil kommune (heretter kommunen eller saksøkte) har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved gjennomføringen av konkurransen. Kommunen anfører at det ikke foreligger vesentlige avvik i valgte leverandør, Skanska Husfabrikken AS (heretter Skanska), sitt tilbud. Det foreligger dermed ikke plikt til å avvise etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) (b). Videre er evalueringen av tilbudene gjennomført i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser, herunder er det ikke tatt utenforliggende hensyn.

2. Sakens bakgrunn

2.1 Innledning

Kommunen mener det er flere sentrale feil i fremstillingen av sakens faktum fra motpartens side. Kommunen mener derfor at det er nødvendig å ha en egen fremstilling av de faktiske forholdene.

2.2 Planleggingsfasen

For gjennomføringen av prosjektet ble det fra kommunens side etablert en prosjektgruppe. Ole Petter Blestad i kommunen var prosjektleder og Richard Olsen fra Sweco ble engasjert av kommunen som assisterende prosjektleder / prosessleder. I tillegg ble Abakus AS (heretter Abakus) engasjert for å bistå i gjennomføringen av konkurransen. Abakus er et interkommunalt selskap eid av 10 kommuner, herunder Trysil kommune. Selskapet bistår eierkommunene i gjennomføringen av anskaffelser. Abakus sin rolle i anskaffelsen er å gjennomføre den merkantile delen av konkurransen samt å bistå med at anskaffelsen gjennomføres i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser.

I planleggingsfasen fra høsten 2021 og utover i 2022 ble det gjennomført en rekke internmøter i kommunen der flere avdelinger deltok og var involvert i barnehageprosjektet. Prosjektgruppen i kommunen hadde blant annet flere møter med brukere av både Nysted og Østmojordet barnehager for å kunne utarbeide behovsbeskrivelser som grunnlag for konkurransen. Kravspesifikasjonen ble utarbeidet i et tett samarbeid med brukerne av de to eksisterende barnehagene samt eiendomsavdelingen i kommunen. Det var særlig innspill fra brukerne som var grunnlaget for utarbeidelsen av behovsbeskrivelsene i kravspesifikasjonen og det er kun ansatte i kommunen som har hatt innflytelse på innholdet i kravspesifikasjonens behovsbeskrivelse, herunder arealprogrammet. Det er dermed ikke riktig når det i stevningen fremkommer at kravspesifikasjonen er utarbeidet av Richard Olsen. Han har bistått kommunen med prosessen for å få utformet en kravspesifikasjon, men ikke hatt noen innflytelse på utformingen av denne delen av kravspesifikasjonen. I tillegg hadde Abakus det overordnede ansvaret for å utforme konkurransegrunnlaget, herunder blant annet tildelingskriterier.

2.3 Kunngjøring av konkurransen og konkurransegrunnlaget

Trysil kommune kunngjorde 14. februar 2022 (og ikke 18. mars 2022 slik angitt av saksøker) en konkurranse om totalentreprise for ny sentrumsbarnehage i Trysil. Det vises til

Bilag 1: Kunngjøring av konkurransen

Konkurransegrunnlaget består av flere dokumenter hvorav noen er inntatt i stevningens bilag 2 (konkurransebestemmelsene), bilag 3 (bok 0 Generelle bestemmelser) og bilag 4 (Bok 2 Kravspesifikasjon). I tillegg var det i Bok 1 et tilbudssammendrag som tilbyderne fylte ut og det var inntatt flere dokumenter knyttet til Østmojordet barnehage som skal rives når ny barnehage er ferdig.

Av konkurransegrunnlaget fremkommer det i punkt 1 at konkurransen gjennomføres av Abakus.

Under punkt 2.1 Formål er det angitt i konkurransegrunnlaget:

Formålet med anskaffelsen er å dekke oppdragsgivers behov for prosjektering og oppføring av ny sentrumsbarnehage i Trysil, etter foreliggende kravspesifikasjon/behovsbeskrivelse i konkurransen. Totalentreprenøren skal bidra aktivt med gode løsninger gjennom samspillsfase.

Leverandøren skal bruke sin fagkunnskap og kompetanse for å bidra til at kontraktens formål blir ivaretatt.

I konkurransegrunnlaget fremkommer det at det er lagt opp til en samspillsfase etter kontraktsinngåelsen, se konkurransegrunnlagets (bilag 2 til stevningen) punkt 2.1:

Formålet med anskaffelsen er å dekke oppdragsgivers behov for prosjektering og oppføring av ny sentrumsbarnehage i Trysil, etter foreliggende kravspesifikasjon/behovsbeskrivelse i konkurransen. Totalentreprenøren skal bidra aktivt med gode løsninger gjennom samspillsfase.

I en samspillsfase vil tilbudt løsning optimaliseres i samarbeid mellom den valgte leverandøren og kommunen.

I stevningen på s. 3 fremkommer det at det var vedlagt tegninger ved konkurransegrunnlaget. Dette er upresist. Vedlagt konkurransegrunnlaget var kart over området i bok 0 side 30, og kart/skisse over infrastruktur i bok 2 punkt 3.07 side 13 og 14. I tillegg var det vedlagt tegninger av Østmojordet barnehage som skal rives av totalentreprenøren etter at ny barnehage står ferdig.

I konkurransegrunnlaget fremkommer tildelingskriteriene av punkt 4.2. Her fremkommer det at pris teller 60 % og «egnethet for tilbudt løsning» 40 %. Sistnevnte tildelingskriterium var nærmere omtalt slik:

Det er viktig for oppdragsgiver at tilbyder kan presentere en godt egnet løsning for de behov bygget skal tilfredsstillere. Oppdragsgiver vil evaluere de tilbudte løsningsforslagene, for å finne den løsningen som passer best.

Oppdragsgiver vil vurdere følgende sider ved tilbudt løsning:

- *Byggets praktiske utforming i forhold til barnehagevirksomhetens behov og utnyttelse av bygget.*
- *Arealutnyttelse av både tomten og byggets arealer*
- *Byggets estetikk*
- *Energieffektivitet utover krav stilt til bygget*

2.4 Prekvalifisering

Konkurransen ble kunngjort som en konkurranse med forhandling med prekvalifisering. Dette innebærer at konkurransen gjennomføres i to trinn. Det første trinnet er prekvalifiseringen hvor alle som ønsker det kan søke om å bli prekvalifisert. Det kom inn fem søknader om prekvalifisering. Det var oppgitt at tre leverandører ville bli kvalifisert. I denne konkurransen prekvalifiserte Trysil kommune følgende tilbydere;

Tøråsen, Skanska og Peab AS (heretter benevnt som Peab). Det var dermed disse tre tilbyderne som var videre med i konkurransen og fikk anledning til å inngi tilbud i konkurransen.

2.5 Tilbudsbefaring

Etter at invitasjon til å inngi tilbud var sendt ut den 16. februar 2022 ble det gjennomført en tilbudsbefaring den 28. mars kl 12. Det fremkommer av referatet at det var to representanter fra Arne Tøråsen til stede på befaringsen.

Tilbudsbefaringen ble gjennomført slik at det først var en felles samling inne på Østmojordet barnehage. Mens man var samlet i plenum inne fikk leverandørene en felles orientering om prosjektet og konkurransen fra prosjektleder for konkurransen Ole Petter Blestad samt assisterende prosjektleder Richard Olsen. I tillegg ble det åpnet opp for å stille spørsmål til oppdragsgiver. I denne forbindelse stilte Skanska, i plenum, spørsmål om hvorvidt arealprogrammet var bindende. I plenum ble dette besvart med at denne var veiledende.

I tillegg ble det en samling på østsiden av arealet for ny barnehage. Grunnen til dette var at deltakerne skulle få en oversikt over nytt tomteareal der ny barnehage skal bygges.

I etterkant av befaringsen, dagen etter, ble det sendt ut et referat. Dette er inntatt i stevningens bilag 5. Det fremkommer av referatet at romplanen er veiledende. Dette var en referatføring av det som fremkom under befaringsen, jf. ovenfor.

Det fremkommer av konkurransegrunnføringsverktøyet (KGV) som ble benyttet i konkurransen at meldingen hvor referatet var vedlagt, ble lest av Tøråsens representanter straks etter at meldingen var sendt. Det vises til

Bilag 2: Utskrift fra KGV angående når melding om referat er lest

2.6 Utsettelse av tilbudsfristen

Opprinnelig var det lagt opp til at tilbudsfristen var i april/mai 2022, med byggestart i august 2022. Tilbudsfristen ble imidlertid utsatt til 19. september 2022. Det gikk dermed lang tid fra befaringsen og utsendelse av referatet til tilbudsfristens utløp.

Grunnen til at tilbudsfristen ble utsatt så lenge, var at reguleringsplanen for sentrum ikke ble godkjent, men må utredes videre. Det var dermed behov for å ta barnehagen ut av denne planen, og lage en egen reguleringsplan for den slik at oppstart for bygging av barnehagen ikke var avhengig av ferdigstilling av reguleringsplanen for sentrum.

2.7 Tilbudsinnelevering

Samtlige tilbydere innga tilbud innen tilbudsfristen. I stevningen er de innleverte tilbudene ikke fremlagt. Disse er sentrale for flere av spørsmålene i saken og fremlegges derfor som:

Bilag 3: Opprinnelig tilbud Skanska

Bilag 4: Opprinnelig tilbud Tøråsen

2.8 Første evaluering av tilbudene

Etter at tilbudsfristen var utløpt, stod Abakus for åpningen av tilbudene. Tilbudenes løsningsforslag ble deretter anonymisert og sendt over til brukergruppen (ansatte i de to barnehagene) for gjennomgang.

Kommunen har vært opptatt av at brukerne skal ha stor innflytelse på valg av leverandør (innen tildelingskriterienes rammer) da det er disse som skal «leve med» barnehagen. Videre var det viktig for kommunen at tilbakemeldingene fra brukerne ikke var påvirket av hvem som var tilbyder og brukerne fikk derfor presentert de tre løsningsforslagene som løsningsforslag A, B og C. Skanskas løsningsforslag er løsningsforslag C og Tøråsens løsningsforslag er løsningsforslag A.

Brukergruppen hadde møte 29. september 2022. Det er ikke riktig slik gjengitt fra saksøker at Richard Olsen forklarte at han var til stede på dette møtet. På dette møtet var det kun representanter fra brukerne. Referat fra dette møtet følger som

Bilag 5: Referat fra brukermøte 29. september 2022

Av referatet fremkommer det at følgende var til stede:

Fra Østmojordet; Bente Nordgård og Rikke Johnsen

Fra Nysted; Eva L. Rømoen og Sissel Brenden.

Fra fagstab oppvekst: Berit Helen Haget

Referent: Reidun Østby, styrer [for begge barnehagene]

Konklusjonen i møte var følgende:

Arbeidsmiljøgruppene liker best alternativ C pga. «ryddighet» og god organisering. Mulighet for å lukke dører til «vrimeareal» ble sett på som svært positivt. Plassering på tomte gir en god utnyttelse av arealet og det er bra at lekearealet ute ikke omgir hele huset. Det er likevel ønskelig med bedre garderobeplass til barna og annen romløsning i personalavdelingen, slik at garderobene flyttes nærmere inngangen. Samtidig er det viktig å ikke rokkere på plassering av styrers og nestleders kontorer.

Ut fra anonymiserte løsningsforslag mente dermed brukerguppen at Skanskas løsningsforslag var det beste. Denne tilbakemeldingen tok prosjektgruppen med seg i den videre evalueringen av tilbudene og til forhandlingsmøtene som ble gjennomført med tilbyderne.

Abakus utformet evalueringsmatrisen som er brukt ved evalueringen av tilbud.

Prosjektgruppen bestod av Ole Petter Blestad (prosjektleder bygg), Berit Helen Haget, Reidun Østby, Ståle Elgshøen, Ola Øyen (massivtre ekspert) og Richard Olsen (Sweco).

2.9 Forhandlingsmøtene

Det ble gjennomført forhandlingsmøter med alle tre tilbyderne. I forhandlingsmøtene var det Abakus ved Svend Hoff Johnstad som var forhandlingsleder og som dermed styrte gjennomføringen av evalueringen. Richard Olsen var kun til stede som en av prosjektgruppens medlemmer.

Møtereferatet fra møtet med Tøråsen fremgår av stevningens bilag 6. I tillegg fremlegges møtereferat fra forhandlingsmøte med Skanska som

Bilag 6: Forhandlingsmøte med Skanska - sladdet

Saksøkte har merket seg at Tøråsen ber om fremleggelse av et usladdet referat, men da kommunen mener referatet inneholder forretningshemmeligheter som det er bevisføringsforbud for, er referatet sladdet.

Prosjektgruppen deltok på forhandlingsmøtene. I tillegg deltok to representanter fra Abakus. Sven Hoff Johnstad som møteleder og Bjarne Skarpmo som referent.

Hvert forhandlingsmøte ble lagt opp slik at partene først presenterte seg for hverandre. Deretter presenterte den enkelte tilbyderen sin tilbudte løsning med skisser og forklaringer. Prosjektgruppen stilte deretter spørsmål og kom med tilbakemeldinger på tilbudt løsning slik at tilbyderne kunne revidere sine tilbud basert på tilbakemeldingene som ble gitt.

Hvilke tilbakemeldinger som tilbyderne fikk og hvilke fokusområder forhandlingsmøte hadde, ble tilpasset til den enkelte tilbyderen. Dette da det var store forskjeller i hva som var tilbudenes styrker og svakheter og det var derfor nødvendig med ulike forhandlingsopplegg. Overordnet var det slik at Skanskas løsning i hovedsak var ansett som god og det var dermed først og fremst fokus på detaljer i løsningsforslaget. I forhandlingsmøtet med Tøråsen var det derimot behov for fokus på hovedutfordringene med dette tilbudet. Dette var blant annet at det ikke var ønskelig med kjeller, lite ønskelig løsning med gjennomgangstrafikk i avdelingene, uhensiktsmessig adkomst via broløsning for plan 2, lekearealer på sørsiden m.v.

I stevningen fremkommer det følgende på s. 5:

På møtet hadde kommunen ingen innsigelse til saksøkers prosjekt i forhold til rommenes arealer sammenholdt med arealprogrammet.

Dette er upresist. I forhandlingsmøte fikk Tøråsen tilbakemelding på at tilbudt løsning arealmessig var stor og at størrelse på areal og pris henger sammen i tilbudene som er inngitt. Det vises til referatet. Det ble dermed gitt tilbakemeldinger som tilsa at Tøråsen burde ha sett på hvorvidt det var mulig å redusere arealet i det løsningsforslaget Tøråsen hadde. Kommunen merker seg at Tøråsen i stevningen angir om opplysningene i referatet at dette «refererer ([...] seg kun til at arkitekt hadde feilregnet BTA, ved å inkludere svalganger i dette arealet». Det gir etter kommunens syn ikke mening da det på dette punktet i referatet ikke gis tilbakemeldinger på enkeltheter i tilbudet, men en samlet tilbakemelding på konkurranseforholdet og hva tilbyder kan gjøre for å forbedre sin konkurranseposisjon.

2.10 Reviderte tilbud

Etter gjennomførte forhandlingsmøter, innleverte samtlige tilbydere reviderte tilbud innen fristen den 14. november 2022. Vedlagt som

Bilag 7: Revidert tilbud Skanska

Bilag 8: Revidert tilbud Tøråsen

2.11 Endelig evaluering og tildeling av kontrakt

Etter at de reviderte tilbudene var kommet inn, ble disse gjennomgått og en endelig evaluering ble foretatt. Ved evalueringen ble det kun lagt vekt på de evalueringstemaene som tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget la opp til og her var det løsningens egnethet som var hovedtema, jf konkurransegrunnlagets punkt 4.2.2. Personlig egnethet var ikke et tema ved evalueringen og heller ikke et tema som ble diskutert blant prosjekteringsgruppens medlemmer.

Fra motpartens side forsøkes det å skape et bilde av at Richard Olsen har hatt en sentral rolle ved evalueringen. Dette stemmer ikke. Det var oppdragsgiver, dvs. kommunen og dennes ansatte, som var de som hadde den avgjørende stemmen når valg av tilbud ble foretatt. Olsen hadde dermed liten innflytelse på selve evalueringen av tilbudene.

I forbindelse med evalueringen ble det utarbeidet en evalueringsmatrise. Da kun deler av matrisen er fremlagt i stevningen, vedlegges denne i sin helhet som

Bilag 9: Evalueringsmatrise

I stevningen på s. 16 fremkommer det:

I forbindelse med tildelingen i november 2022. ble det også presentert ulike evalueringsmatriser som viste avvikende resultater for Tøråsens del. Under de muntlige forhandlingene ble avviket ble fra kommunens side forklart med en programfeil, uten at dette ble nærmere dokumentert. At kommunen på denne måten opererer med ulike resultater fra evalueringen underbygger en lite troverdig og tilfeldig basert anbudsprosess hvor på utenforliggende subjektive synspunkter har hatt avgjørende betydning.

Det fastholdes fra kommunes side at dette var en ren feil. Dette underbygges av at det i tildelingsbrevet er angitt 2,45 poeng for Tøråsens tilbud som samsvarer med evalueringsmatrisen uten programmeringsfeil.

3. Sakens rettslige side

3.1 Overordnet om Tøråsens anførsler

Slik vi forstår stevningen anføres i hovedtrekk følgende som grunnlag for at tildelingsbeslutningen skal settes til side / grunnlag for erstatning:

- 1) Kommunen har brutt anskaffelsesloven § 4 ved å gi Skanska konkurransefortrinn i konkurransen og ved at det er vektlagt personlig egnethet
- 2) Skanskas tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen da det inneholder vesentlige avvik
- 3) Kommunens evaluering av tilbudene er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser

Kommunen bestrider at det er grunnlag for noen av anførslene. Det er dermed verken grunnlag for å sette tildelingsbeslutningen til side eller grunnlag for et krav om erstatning. Erstatning vil uansett kun være aktuelt å vurdere dersom kontrakt inngås med Skanska. Dette er p.t. ikke gjort. Av den grunn vil kommunen ikke gå nærmere inn på kravet om erstatning i denne omgang ut over å bestride at vilkårene for erstatning foreligger og at det heller ikke kan sees at det påståtte økonomiske tapet er dokumentert.

3.2 Når skal en tildelingsbeslutning settes til side?

Det følger av anskaffelsesloven § 8 at en tildelingsbeslutning «kan» settes til side av retten. Retten har dermed en skjønnsmessig kompetanse til å sette beslutningen til side.

Retten skal foreta en skjønnsmessig vurdering av om det foreligger sterke nok grunner til å sette beslutningen til side. I vurderingen er blant annet følgende momenter av betydning:

- beslutningens art
- overtredelsens karakter
- interesseavveining mellom partene

Det følger av forarbeidene at det gjelder et innvirkningskrav. I Ot.prp. nr. 71 (1997–98) under merknadene til § 7, uttales at retten må vurdere saksøkerens interesser opp mot de ulempene en tilsidesettelse vil medføre for oppdragsgiver og samfunnet for øvrig og at hovedregelen er at beslutningen kun settes til side dersom det har betydning for saksøkeren. I NOU 2010:2 side 192 er det uttalt at en forutsetning for å tilsidesette en beslutning vil «være at den aktuelle beslutningen sannsynligvis har påvirket utfallet av konkurransen». Dette er også fulgt opp i rettspraksis. I Hålogaland lagmannsretts sak LH-2021-49375 (Fjordkraft) uttales:

«Etter lagmannsrettens syn er det kun feil som har hatt betydning for saksøker eller utfallet av konkurransen, som bør sanksjoneres av retten. Lagmannsretten forstår uttalelsene slik at dersom feilen ikke på noen som helst måte har påvirket verken tilbud eller tildelingsbeslutning, bør retten ikke sanksjonere disse.»

3.3 Anskaffelsesloven § 4 er ikke brutt

3.3.1 Kort om anskaffelsesloven § 4

Anskaffelsesloven § 4 inneholder grunnleggende prinsipper som alle anskaffelsesprosesser skal følge. Sentralt er at tilbyderne skal likebehandles og oppdragsgivers gjennomføring av anskaffelsesprosessen skal være forutberegnelig. Kommunen er av den oppfatningen at begge disse prinsippene er overholdt og at eventuelle brudd uansett ikke har hatt betydning for tildeling av kontrakt. For det første er ikke personlig egnethet vektlagt ved evalueringen, jf. punkt 3.3.2 nedenfor, og for det andre er det ikke gitt informasjon til Skanska som har gitt de en konkurransefordel, jf. punkt 3.3.3 nedenfor.

3.3.2 Personlig egnethet er ikke vektlagt

Tøråsen anfører at det er lagt vekt på personlig egnethet ved tildeling av kontrakt. I den forbindelse gjengis en vitneforklaring fra Richard Olsen feilaktig. Olsen har aldri gitt uttrykk for at personlig egnethet var avgjørende for kommunens evaluering. Olsen vil bli innkalt som vitne og vi finner av den grunn ikke grunnlag for å gå i detalj om hva som ble sagt av Olsen i hans vitneforklaring. Her påpekes kun at det Olsen gjorde i den nevnte vitneforklaringen var å gi uttrykk for sin personlige mening om at Tøråsens representanter manglet evne til å hensynta innspill fra forhandlingsmøte i revidert tilbud. Han ga med dette ikke uttrykk for at personlig egnethet var forhold kommunen hadde vektlagt ved tildelingen.

Tøråsen gir også Olsen en rolle i konkurransegjennomføringen som ikke er i samsvar med de faktiske forholdene. Olsen hadde ingen avgjørende stemme i evalueringen. Ved evalueringen av egnethet ved tilbudt løsning, var innspillene fra brukerne av den nye barnehagen sentral og det var brukernes representanter som hadde den avgjørende stemmen i evalueringen. Personlig egnethet var ikke et tema på noen av møtene i prosjektgruppen. Dette vil bli belyst gjennom vitneforklaringer.

Det er videre feil når Tøråsen legger til grunn at det var Olsen som utarbeidet kravspesifikasjonen og at Olsen var med på brukergruppemøtet da de anonyme løsningsforslagene ble gjennomgått. Det vises til det som er angitt ovenfor om dette.

Tøråsen angir videre nederst på s. 8:

At personlig egnethet hos Skanska ble tilgodesett av kommunen, trolig ved påvirkning av kommunens representant, Olsen i den videre i prosessen underbygges også av sakens faktum som viser at Skanska fikk full uttelling under evalueringsprosessen til tross for flere feil og mangler ved tilbudet, både knyttet til avvik fra kravspesifikasjonen og tekniske forskrifter.

Til dette bemerkes at Skanskas tilbud ikke har «flere feil og mangler» verken ved avvik fra kravspesifikasjonen eller avvik fra tekniske forskrifter. Dette vises til gjennomgangen nedenfor under punkt 3.4. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at dette dokumenterer at det er tatt hensyn til personlig egnethet.

Deretter angis i stevningen på s. 9:

I tillegg ga kommunen Skanska ytterligere fortrinn ved at allerede fastsatte SKAL-krav etter kravspesifikasjonen ble bekreftet fraveket under forhandlingsmøtet den 24. oktober 2022, ved at kun Skanska ble informert om at kommunen mente det ikke var nødvendig med dusj i garderobeløsningene.

Kommunens representanter kan ikke huske hvorvidt det med de to andre tilbyderne enn Skanska ble tatt opp behovet for dusj i garderobene. Det er imidlertid godt mulig at dette kun var et tema i forhandlingsmøtene med Skanska. Årsaken til dette var i så fall at forhandlingene med Skanska hadde fokus på detaljer i løsningen som også kunne ha vært endret på i samspillsfasen. Dette da løsningen Skanska tilbød var god og kommunen ikke hadde større / mer grunnleggende innvendinger til løsningsforslaget.

Det at det er ulikt fokus i forhandlingsmøte er imidlertid ikke i strid med kravet til likebehandling. Kravet til likebehandling krever ikke mer enn at like tilfeller skal behandles likt. Ulike tilfeller skal derimot behandles ulikt.

Kommunen erkjenner imidlertid at det at det ikke ble gitt informasjon om endring av kravspesifikasjonens krav til dusj, er et brudd på kravene til at endringer av konkurransegrunnlaget skal meddeles samtlige tilbydere. Dette bruddet har imidlertid ikke hatt betydning for tildelingen. Tøråsen ville ikke ha vært i posisjon til å bli tildelt kontrakt selv om dette hadde blitt meddelt Tøråsen i forhandlingsmøte da det var helt andre og større svakheter med løsningsforslaget til Tøråsen enn et par dusjer for mye. En tildelingsbeslutning skal kun settes til side dersom det er begått feil som har hatt betydning for tildelingen, jf. punkt 3.2 ovenfor.

Det er videre ingen forhold som tilsier at personlig egnethet har vært vektlagt. Det vises her til at brukergruppene evaluerte løsningsforslagene i anonymisert form. Videre er det ingen forhold som tilsier at Skanska er gitt fordeler gjennom måten forhandlingene er gjennomført på. Samtlige tilbydere har fått tilbakemelding på de forholdene som var hovedutfordringene ved deres tilbud. Dette vil bli belyst gjennom vitneforklaringer.

3.3.3 Skanska har ikke fått opplysninger av betydning som de øvrige tilbyderne ikke har fått

I stevningen anføres det at anskaffelsesforskriften § 14-2 (2) er brutt. Tøråsen misforstår imidlertid bestemmelsen når det angis i stevning at «[e]tter forskriften skal de opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, sendes til samtlige leverandører som deltar i konkurransen.» Bestemmelsen i § 14-2 (2) angir følgende:

På forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiveren gi supplerende opplysninger om konkurransegrunnlaget senest seks dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandøren har bedt om dem i tilstrekkelig tid i forkant. I hastetilfeller, jf. § 20-2 tredje ledd, § 20-3 femte ledd og § 20-4

tredje ledd, er fristen for å gi slike opplysninger fire dager. Opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, skal sendes til samtlige leverandører som deltar i konkurransen. [Vår understrekning]

Kjernen i denne bestemmelsen er at alle tilbyderne skal få samme informasjon og informasjonen skal gis i tilstrekkelig god tid før tilbudsfristens utløp. Bestemmelsen er dermed satt for å oppfylle kravet til likebehandling og forskriftsgiver har dermed også tatt stilling til hva som ligger i kravet til likebehandling i forhold til videreformidling av informasjon. Dersom det kommer en forespørsel fra en leverandør skal videre opplysningene som gis som svar på denne forespørselen sendes til samtlige leverandører som deltar i konkurransen. Det er altså svaret og de opplysningene som oppdragsgiver gir, som skal videreformidles. Det ligger i denne bestemmelsen ingen plikt til å opplyse om at opplysningene er gitt på bakgrunn av en forespørsel fra en leverandør og det er heller ingen plikt til å gjenta spørsmålet fra leverandøren.

Slik det er gjennomgått ovenfor stilte Skanska spørsmål om arealprogrammet i plenum på tilbudsbeferingen og svar på spørsmålet ble også gitt i plenum. I referatet ble det videre angitt at romplanen er veiledende. Selv om det er angitt «romplan» i referatet, kunne det ikke være tvil om at dette omfattet arealprogrammet i kravspesifikasjonen. Siden svaret kommunen ga er gjengitt i referatet fikk samtlige leverandører som deltar i konkurransen opplysningen. Det er da irrelevant hvorvidt spørsmålet ble stilt i plenum eller ikke på beferingen. Anskaffelsesforskriften § 14-2 (2) er dermed oppfylt. Skanska har dermed heller ikke fått noen fordel

Kommunen stiller seg videre uforstående til påstanden om at Mercell, KGV-verktøyet benyttet i konkurransen, ikke ble brukt ved meddelelsen av opplysningene fra kommunen. Referatet ble sendt ut til tilbyderne via Mercell.

Kommunen påpeker også at det er feil når Tøråsen hevder at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at reglene er fulgt, se stevningens s. 7. Bevisbyrden ligger på den som påstår at regelverket er brutt, nemlig Tøråsen.

I stevningen fremkommer det på s. 8:

Andre forhold som ikke har vært opplyst til samtlige tilbydere har vært plassering av bygget på tomten og plassering av utendørs lekearealer.

Med dette mer enn antydes det at Skanska har fått opplysninger om byggets plassering på tomten og plassering av utendørs lekearealer som ikke Tøråsen har fått. Dette er feil. Skanska har ikke fått andre opplysninger enn det som fremkommer av konkurransegrunnlaget. Derimot har Tøråsen fått tilbakemelding på at utendørs lekearealer på baksiden av bygget var noe som ikke var ønskelig for kommunen. Det vises her til referatet fra forhandlingsmøtet. Det at Tøråsen i sitt reviderte tilbud valgte ikke å ta hensyn til tilbakemeldingen, er noe Tøråsen selv har risikoen for.

Det foreligger dermed ingen holdepunkter for at Skanska har fått en konkurransefordel i konkurransen ved at de er gitt opplysninger andre ikke har fått eller er blitt evaluert på en annen måte enn øvrige tilbydere slik Tøråsen hevder. I det hele tatt har Tøråsen i stevningen en lemfeldig holdning til hva som er de faktiske forholdene i saken.

3.4 Skanskas tilbud skal ikke avvises - rettslige utgangspunkter

Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) (b) at et tilbud som inneholder vesentlige avvik skal avvises.

I Hålogalands kjennelse i sak LH-2020-65984 (Hugaas Entreprenør) uttales at det «foreligger avvik hvis tilbudet ikke samsvarer med oppdragsgivers kravspesifikasjon. Det må gjøres en vurdering basert på kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og tilbudet, både av om avvik foreligger og avvikets størrelse og betydning.»

Om et tilbud inneholder avvik må avgjøres ut fra en sammenligning av det som er tilbudt og krav/bestemmelser fastsatt i anskaffelsesdokumentene.

Ved vurderingen av om det foreligger avvik må både konkurransegrunnlaget og tilbudet tolkes. Både konkurransegrunnlaget og tilbudet skal underlegges en objektiv fortolkning. Om tolkning av konkurransegrunnlaget uttales i Rt. 2010 s. 961 (Skanska) avsnitt 44:

«Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.»

I Rt. 2012 s. 1729 (Mika) avsnitt 66 uttales med henvisning til Skanska-saken:

«I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.»

Samtlige dokumenter som utgjør konkurransegrunnlaget, må dermed trekkes inn i tolkningen av hvordan konkurransegrunnlaget skal forstås.

Vurderingen av om det foreligger avvik må foretas i lys av formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1, og de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet, jf. anskaffelsesloven § 4, slik Borgarting lagmannsretts kjennelse i sak LB-2014-156469 (Lindbak Gruppen).

Hvorvidt et avvik er vesentlig vil både kunne bestå av innkjøpsfaglige vurderinger som domstolen skal være tilbakeholden med å overprøve og rettsanvendelsesskjønn hvor det kan foretas en full overprøving. Illustrerende er Agder lagmannsretts sak LA-2012-85717 (Norske Regskilt) hvor lagmannsretten uttaler:

«Avgjerande for spørsmålet om plast i det heile er utelukka som materiale i kjennemerka, blir ei tolking av konkurransegrunnlaget. Som nemnt tidlegare i domen her, heiter det i punkt C.5.1 at «[k]jennemerker av et annet materiale enn aluminium skal ha minimum samme «stivhet» som aluminiumskjennemerkene og ikke være vesentlig tykkere».

Som lagmannsretten straks kjem attende til, talar rettspraksis for at domstolane i saker om offentlege anskaffingar bør vere tilbakehaldande med å prøve det såkalla innkjøpsfaglege skjønnet til oppdragsgjevarer. Slik som kravspesifikasjonen er ordlagd i dette høvet, kjem dette synspunktet inn med full tyngd når det gjeld forståinga av det skjønsmessige kriteriet «vesentlig tykkere». Når det derimot gjeld spørsmålet om plast heilt er utelukka som materiale, reiser ikkje det på same måten spørsmålet om skjøn. Då er det meir som talar for at domstolane har full kompetanse til å ta stilling til det.»

Hva som utgjør konkurransegrunnlaget, er definert i anskaffelsesforskriften § 4-2 (a). Her fremkommer det:

I forskriften menes med

a. konkurransegrunnlag: alle dokumenter, unntatt kunngjøringen og det europeiske egenerklæringsskjemaet, som oppdragsgiveren utformer eller henviser til for å beskrive eller fastlegge elementene i anskaffelsen eller konkurransen, inkludert dokumenter som beskriver hva som skal anskaffes, kontraktsvilkårene og hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, kvalifikasjonsgrunnlag og eventuelle supplerende dokumenter og tilleggsopplysninger

Hvorvidt et avvik er vesentlig, må vurderes helt konkret i forhold til kravene i anskaffelsesdokumentene. Ved helhetsvurderingen som må foretas, vil momenter blant annet være karakteren av kravet eller kontraktsvilkåret det er avvik fra, hvor stort avviket er, viktigheten av bestemmelsene som det gjøres avvik fra, kravets betydning for oppdragsgiver, i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen eller risikoen i kontraktsforholdet og i hvilken grad avviket kan prissettes, slik Borgarting lagmannsretts sak LB-2015-72805 (BT Signaal).

3.5 Det er ikke grunnlag for å avvise tilbudet til Skanska

3.5.1 Overordnet om kommunens anførsler

Det er ikke grunnlag for å avvise Skanska fra konkurransen da tilbudet ikke inneholder vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf § 24-8 (1) (b).

Kommunen har ikke feiltolket konkurransegrunnlaget ved å akseptere tilbudet til Skanska. Konkurransegrunnlaget må forstås slik at arealprogrammet angitt i kravspesifikasjonen er veiledende. Det vises til at dette er presisert og tydeliggjort i referatet fra tilbudsbeiringen. Referatet er en del av konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 4-2 (a).

3.5.2 Hvordan konkurransegrunnlaget må forstås

Kommunen er ikke enig i den fortolkningen av konkurransegrunnlaget som saksøker legger til grunn.

Konkurransegrunnlaget må forstås slik at arealprogrammet er av veiledende karakter. Om størrelse og kapasitet fremkommer det av kravspesifikasjonen (bilag 2 til stevningen) punkt 1.01 «Byggets hovedform»:

Størrelse og kapasitet:

Det skal prosjekteres og tilbys en barnehage for 100 barn og 30 til 35 ansatte.

Nybygget skal erstatte 2 eksisterende barnehager, Østmojordet og Nysted som i dag til sammen har 35 ansatte pluss renholder og vaktmester.

Det er benyttet erfaringstall fra andre barnehageprosjekt som tilsier 10 m² pr. barn BRA (bruksareal). Dette gir 1000 m². Det legges inn en reserve på 10% som gir BRA på 1100 m².

Bruttoarealet BTA blir da trolig 1300-1400 m², men dette er det opp til tilbyderne å optimalisere.

Det skal være en 6-avdelings barnehage med 3 innganger til avdelingene der to avdelinger deler felles grovgarderobe. Alle avdelinger skal ligge på hovedplanet plan 1.

Det fremkommer her at kravet er at barnehagen skal ha plass til 100 barn og 30-35 ansatte. Videre er det opplyst at erfaringstall tilsier 10 m² pr barn BRA og at det legges inn en reserve på 10 % noe som trolig vil gi bruttoareal på 1300-1400 m². Det fremkommer imidlertid at det er «opp til tilbyderne å optimalisere» dette. Opplysningene som gis er dermed utgangspunkter av veiledende karakter, men ikke noe som anses som absolutte krav. Det henger også sammen med at et av punktene det skal evalueres på under tildelingskriteriet «egnethet for tilbudt løsning» er arealutnyttelsen. Arealeffektive løsninger er dermed noe som vil bli premiert.

Videre fremkommer det av kravspesifikasjonen punkt 2.01 Generelle krav:

Fokus på kvalitet, arealeffektivitet og kostnad, også fremtidige driftskostnader. [Vår understrekning]

Videre fremkommer det under punkt 3.01 Planløsning:

Basert på denne kravspesifikasjonen skal det utarbeides arealeffektive planløsninger med rasjonelle løsninger og gode leke- og lærearealer.

Dersom arealangivelsen i arealprogrammet var bindende, var det ikke rom for tilbyderne til å utarbeide arealeffektive planløsninger.

I stevningen gjøres det et poeng ut av at arealprogrammet er revidert og at det dermed for tilbyderne fremstod som fastsatt. Det er riktig at arealprogrammet er revidert, men endringene gjelder ikke arealene, men funksjoner og behov som brukerne har fått spørsmål om eller gitt innspill på. Revisjonene viser dermed at det er funksjoner og behov som har vært i fokus.

Videre er kravspesifikasjonen bygget opp slik at det er angitt flere krav merket eksplisitt med «skal» i punkt 2.03 til 2.22. Dette er funksjoner som kommunen har lagt til grunn at løsningsforslagene skal oppfylle. Arealprogrammet er derimot ikke merket med «skal» og er dermed ikke krav som må være oppfylt. Det innebærer at kravene som er «skal» i punkt 2.03 til 2.22 skulle tegnes inn i løsningsforslaget, men størrelser og plassering var det opptil tilbyderne å komme med utfra en veiledende tabell og lovpålagte krav.

Når konkurransegrunnlaget sees under ett, fremgår det tilstrekkelig klart at arealprogrammet var ment å være veiledende. Det innebærer at tilbyderne kunne komme med løsningsforslag som optimaliserte i forhold til det arealprogrammet kommunen hadde satt opp i konkurransegrunnlaget.

Saksøker kan etter dette ikke høres med at oppfordringen til optimalisering av arealet kun gjaldt forholdet brutto/netto faktor slik saksøker anfører.

I tillegg til det ovenfor gjennomgåtte kommer at tilbyderne ble gjort oppmerksom på at arealangivelsene var veiledende både ved opplysninger gitt på tilbudsbeifaringen og ved at det i referatet var angitt at romplanen var veiledende. Om begrepet romplan angis det i stevningen på s. 14:

Ordet «romplan» er ikke benyttet i kravspesifikasjonen i det hele tatt, og således udefinert i konkurransegrunnlaget. En alminnelig forståelse av romplan er at dette referer til en grafisk fremstilling av hvordan de påkrevde funksjonsarealene (rommene) henger sammen, altså hvordan rommene er plassert i forhold til hverandre og hvordan man beveger seg fra rom til rom.

At en «romplan» er veiledende er derfor ikke å forstå på annen måte enn at det åpnes for å organisere rommene fritt innenfor de krav som ellers er spesifisert i kravspesifikasjonen.

Det stemmer at begrepet «romplan» ikke er benyttet. Tøråsen mener at en romplan er en «grafisk fremstilling av hvordan de påkrevde funksjonsarelaene (rommene) henger sammen». Det var imidlertid ikke vedlagt en slik grafisk fremstilling. Dersom Tøråsen på tilbudstidspunktet mente at romplanen var en slik grafisk fremstilling, måtte da Tøråsen ut fra opplysningene i referatet gå ut fra at det var dokumentasjon Tøråsen ikke hadde fått. Det ble imidlertid ikke etterspurt fra Tøråsen sin side hvor de kunne finne «romplanen».

En romplan kan uansett ikke forstås så snevert. En romplan kan bestå både av arealangivelser og hvordan rommene skal plasseres i forhold til hverandre. Når sistnevnte kun var delvis berørt i kravspesifikasjonen ved at det var satt enkelte krav til plassering av enkelte rom, måtte den aktsomme tilbyderen forstå at «romplan» henviste til den eneste planen i konkurransegrunnlaget, nemlig tabellen over rom med arealangivelser. Denne inneholder også informasjon om rommenes forhold til hverandre ved at det er angitt hvilke rom avdelingene, administrasjonsdel osv. forventes å inneholde.

Kommunen kan etter dette ikke se at det er benyttet en avvikende forståelse av begrepet romplan - og uansett ikke på en slik måte at det var grunnlag for å misforstå dette fra tilbydernes side.

3.5.3 Skanskas tilbud

Kommunen bestrider at det foreligger et avvik i anskaffelsesrettslig forstand mellom konkurransegrunnlaget og Skanskas tilbud. Skanska har gjort akkurat det kommunen var ute etter, nemlig å presentere en løsning der de har tatt hensyn til kommunens krav om å effektivisere arealløsningene. Dette har gitt utslag i en godt egnet barnehage.

Videre bestrides det at Skanskas «arealavvik» er på 230 m². I stevningen er det inntatt en tabell som Tøråsen mener viser at «arealavviket» er på 230 m². Kommunen mener det er flere feil i dette oppsettet, blant annet er vrimelarealene ikke medtatt i Tøråsens oppsett. Vrimelarealene er klart en del av arealet som skal medregnes. Det lages selvfølgelig ikke 4 m brede korridorer som ikke er ment tatt i bruk. Dette er areal som skal brukes til lek og aktiviteter. Kommunen bestred tabellen som Tøråsen har laget allerede i tingrettens behandling av den midlertidige forføyningen og det ble derfor laget et dokument fra kommunens side hvor dette kommenteres. Dokumentet ble fremlagt i forbindelse med behandlingen av den midlertidige forføyningen i tingretten og fremlegges her som

Bilag 10: Oppsett arealavvik

Oppsettet viser at «avviket» i tilbudet til Skanska er på 37,8 m² og dersom man justerer for det Tøråsen kaller «overdimensjonerte rom» blir avviket på 113,8 m². Her er dermed også de innvendigene Tøråsen har i stevningen på s. 11 hensyntatt og gjengivelsen i stevningen av det som kommunen angivelig skal ha angitt under de muntlige forhandlingene, stemmer igjen ikke.

Dette er dessuten ikke avvik i anskaffelsesrettslig forstand, da konkurransegrunnlaget må forstås slik at tilbyderne ble oppfordret til å finne arealeffektive løsninger og dermed redusere arealbruken i forhold til arealprogrammet der tilbyderne mente det var mulighet for det samtidig som de overordnede kravene til barnehagen samt lover og regler ble overholdt.

I oppsettet er det også tatt med en kolonne for Tøråsens tilbud. Denne viser at heller ikke Tøråsen oppfyller arealprogrammet fullt ut. Det tilsier at heller ikke Tøråsen har forstått arealprogrammet som ufravikelig ved tilbudsutarbeidelsen.

Videre angis på s. 11 i stevningen:

Optimalisering og arealeffektivitet som begrep knytter seg til en best mulig organisering av de påkrevde funksjonsarealene (nettoromarealer), slik at bygningens bruttoareal BTA minimaliseres.

Optimalisering og arealeffektivisering angår kun innbyrdes organisering av de påkrevde rommene, slik at omfang av sirkulasjonsarealer (korridorer mv), tekniske arealer og konstruksjonsarealer (vegger) minimaliseres. Det bør anses uomtvistet at disse begrepene i bransjen benyttes som selvstendige begreper med eget meningsinnhold.

Dette er ikke i samsvar med vanlig bransjeforståelse og dermed ikke noe som er «uomtvistet». Tingretten var heller ikke enig i denne forståelsen ved behandlingen av den midlertidige forføyningen. I byggordboka er blant annet arealeffektivitet definert slik:

Angir utnyttingsgraden av arealer, f.eks. antall m pr elev eller pr arbeidsplass. Vurderinger av effektivitet foretas ut fra en totalbetragtning som inkluderer alle aktuelle aktiviteter og funksjoner, medregnet infrastruktur og transport. Arealbrukstetthet og -intensitet er viktige indikatorer for vurdering av arealbrukseffektivitet.

Videre fremgår det på nettsiden til Næringseiendom:

Arealeffektivitet er et mål på hvor effektivt man utnytter bebygde arealer. Arealeffektiviteten måles i antall leide kvadratmeter per ansatt, og man legger til grunn det totale arealet, inkludert fellesrom.

Når det da i Bok 2 punkt 3.01 angis at «[b]asert på denne kravspesifikasjonen skal det utarbeides arealeffektive planløsninger med rasjonelle løsninger og gode leke- og lærearealer», så ligger det i dette at tilbyder skal finne planløsninger som dekker kommunens behov på så lite areal som mulig. Det er altså ikke bare bruttoarealet som skal effektiviseres ved «en brutto/netto faktor analyse» slik Tøråsen hevder på s. 12 i stevningen.

Kommunen bestrider videre utregningen av brutto/netto-faktoren i Skanskas løsningsforslag uten at man ser at dette har relevans for saken. Det påpekes at det i netto funksjonsarealer ikke er lagt inn alle funksjonsarealene i planløsningen.

Det bestrides også at Skanskas tilbud har avvik på grunn av at dusjene er tatt ut av personalgarderoben. Det er tilgjengelig dusj ved at denne er plassert i samme rom som HC WC. Det foreligger ikke lovkrav til dusj i personalgarderobe i en barnehage. Det følger heller ikke av barnehagenormen.

Kommunen kan dessuten ikke se at det er påvist at det foreligger avvik fra TEK 17 i tilbudet til Skanska. Det påpekes videre at det ikke er en del av evalueringen av tilbudene å gjøre en etterprøving av tilbudt løsning opp mot TEK 17 m.v. Dette er kontraktskrav som forventes oppfylt i kontraktsperioden og hvor leverandøren vil stå ansvarlig for om kravene oppfylles.

3.6 Evalueringen av tilbudene er i henhold til regelverket

I stevningen under punkt 3.3 anføres det at det ved evalueringen er vektlagt forhold «som ikke var blitt opplyst i konkurransegrunnlaget eller for øvrig i anbudsprosessen». Dette er feil. De to forholdene som trekkes frem er byggets plassering og plassering av utendørs lekearealer.

Det at bygget bør plasseres mot sør er en funksjon av de kravene som er satt til bygget og utnyttelse av tomten i konkurransegrunnlaget. En slik plassering gir den beste arealutnyttelsen av tomten noe som var angitt som et tildelingskriterium. Videre er det slik at det i konkurransegrunnlaget er opplyst at det er et

«skal»-krav at lekearealene skal være på vestsiden. Det vises her til Bok 2 s. 15 hvor det er inntatt en konseptbeskrivelse. Tøråsens tilbud inneholder dermed et avvik fra et «skal»-krav i konkurransen når det er lagt opp til lekearealer på begge sider av bygget.

Skanska har videre gode, funksjonelle rom av en slik størrelse at de oppfyller både krav til bruk, TEK 17, arbeidsmiljøloven og veiledende norm for barnehager. I noen tilfeller har rommene blitt mindre enn i veiledende romprogram, i andre tilfeller større. Skanska har benyttet seg av muligheten til å optimalisere romprogrammet, i tråd med konkurransegrunnlaget.

På s. 15 i stevningen synes det som at det legges det til grunn fra saksøkers side at kommunen har endret standpunkt i forhold til vrimelearealet. Det stemmer ikke. Kommunen mener at vrimelearealet vil kunne benyttes til lekeareal. Det er kun enkelte områder i det arealet som er betegnet som vrimeleareal som muligens ikke vil oppfylle krav til dagslys i henhold til TEK 17. Det er imidlertid ikke slik at samtlige lekeareal må oppfylle TEK 17s krav til dagslys så lenge arealene ikke benyttes til varig opphold. Vrimelarealene vil være supplement til avdelingsrommene hvor barna vil ha varig opphold.

Uansett har ikke dette betydning for det som påstås fra saksøkers side da Skanskas tilbudte barnehage oppfyller kravene til lekeareal uavhengig av om vrimelarealet telles med eller ikke.

Veiledende barnehagenorm for barns lekeareal inne er 4,0 m² netto per barn over tre år og omtrent 5,3 m² per barn under tre år. Men tanke på den tiden barna tilbringer i barnehage vil det være naturlig å se for seg 2/3 storbarn og 1/3 småbarn. Skanska har tilbudt barnehage til 108 barn – hvorav 72 er storbarn og 36 er småbarn.

Med denne fordelingen tilsier normen følgende lekeareal:

- 72 storbarn á 4 m² = 288,0 m²
- 36 småbarn á 5,3m² = 190,8 m²

Dette utgjør totalt 478,8 m².

I tilbudet til Skanska er det tilbudt følgende arealer som kan benyttes til lek (dersom man ser bort fra vrimelearealet som også i stor grad vil kunne benyttes til dette formålet):

- Avdelingsrom 6 stk = 232,6 m²
- Grupperom 6 stk = 85,9 m²
- Temarom 4 stk = 56,8 m²
- Kjøkken (del av NLA) 3 stk = 13,0 m²
- Fingarderober (del av NLA) = 6 stk 54,0 m²
- Fellesrom 1 stk = 76,2 m²

Sum netto leke- og oppholdsareal blir dermed (uten vrimeleareal) 518,5 m².

Dersom man skulle trekke ut vrimelearealene fra beregningen og definere det som rent gangareal, vil barnehagen fortsatt være i henhold til de gjeldende lover og forskrifter for barnehager. For ordens skyld påpekes at kommunen mener at store deler av vrimelearealet også vil kunne benyttes til lek. Og oppholdsarealer slik at barnehagen som er tilbudt fra Skanska ligger godt innenfor krav som stilles til barnehager.

En ny anførsel fra Tøråsens side er at tilbudet til Skanska ikke oppfyller krav til massivtre og skal avvises av den grunn. I kravspesifikasjonens punkt 4 fremgår det at «Konseptet er et trebygg med termisk treghet og driftsløsning for et godt inneklima og lavt energiforbruk» Videre er det tatt inn en tabell hvor det fremkommer:

Bygningsform	Tilpasset tomt og god logistikk	(Skal)
	Lekeareal på vestsida	(Skal)
	Kompakt bygg med tak med fall for utvendig nedløp	(Skal)
	Massivtre som hovedkonstruksjon – spesielt ytterveggsoppbygging	(Løsning)
	Størst mulig andel treoverflater på vegger og himling	(Løsning)

Her fremkommer det dermed at massivtre som hovedkonstruksjon ikke er et «skal»-krav. Det har likevel vært ønskelig fra kommunes side at hovedkonstruksjonen er i massivtre og mengden massivtre var et punkt i forhandlingene med Skanska, jf. møtereferat inntatt i bilag 6. I det endelige tilbudet oppfyller Skanska kravene til at bygget kan anses som et massivtrebygg.

Etter tildeling av kontrakten til Skanska stilte Peab spørsmål om Skanskas tilbud på dette punktet. Dette medførte at kommunen fikk utført en beregning av Skanskas løsning utført av Ola Øyen i Silvinova AS. Denne viser at kravet er ivaretatt. Det vises til

Bilag 11: Svar på klage fra Peab

Bilag 12: Beregning av massivtre utført av Ola Øyen

Bilag 13: Tegning fra Skanskas tilbud - bruk av massivtre

Kommunen vil etter dette anføre at det ikke foreligger vesentlige avvik ved Skanskas tilbud og dermed heller ingen avvisningsplikt.

3.7 Ytterligere kommentarer til saksøkers påstander

I begjæringen uttales på s. 7 at «hverken kravspesifikasjonen eller andre forhold, herunder krav i tekniske forskrifter til rom som størrelse og lysforhold tilsier at de oppgitte arealene bare var veiledende». Tolkningen av kravspesifikasjonen er kommentert ovenfor. Saksøker synes å mene at også krav i tekniske forskrifter tilsier at kravene i kravspesifikasjonen ikke kan være veiledende. Standpunktet begrunnes ikke nærmere, men forstås fra denne siden som en anførsel om at det kun er arealprogrammet angitt i kravspesifikasjonen som kan tilfredsstille de tekniske forskriftene. Det er fra denne siden vanskelig å se at tekniske forskrifter krever at akkurat den løsningen som det veiledende arealprogrammet beskriver, er den eneste løsningen som kan legges til grunn ved bygging av barnehagen. Dersom anførselen fastholdes, bes det derfor om at denne konkretiseres.

Saksøker hevder videre på samme side at «de mottatte tilbudene er blitt evaluert på ulike premisser». Kommunen kan ikke se at det er tilfellet. Det er ved evalueringen av samtlige tilbud, lagt til grunn den samme forståelsen av konkurransegrunnlaget. Saksøker har her risikoen for at det er lagt til grunn en snevrere forståelse av konkurransegrunnlaget enn det en objektiv fortolkning tilsier.

Det vises til at det i forhandlingsmøte ble tydeliggjort overfor saksøker at de måtte optimalisere prosjektet sitt og at arealet var for stort. For ordens skyld fremlegges:

Bilag 14: Referat fra forhandlingsmøte med Arne Tøråsen AS datert 21. oktober 2022

Kommunen kan heller ikke se at kommunens anvendelse av begrepene er i strid med alminnelig bransjeoppfatning og objektiv forståelse av begreper. Det er også på dette punktet noe uklart hva saksøker konkret mener er i strid med alminnelige bransjeoppfatning. Dette bes derfor også konkretisert.

4. Kommentarer til stevningens punkt 4 Krav

Under punkt 4.1 i stevningen skriver Tøråsens advokat:

Foruten at Tøråsen hadde nest laveste pris ville evalueringen, dersom kommunen hadde anvendt konkurransegrunnlaget riktig, gitt saksøker og Skanska nærmest like på pris ved sammenlignbare tilbud dersom kommunen ikke hadde gitt Skanska fortrinn i forståelsen av konkurransegrunnlaget som har vært avgjørende for deres stilling og derved forrykket konkurransen vesentlig.

Dette bestrides av kommunen. Det er stor prisforskjell mellom Skanska og Tøråsens tilbud. Dersom retten skulle komme til at det foreligger mangler ved evalueringen av tilbudet til Skanska, vil ikke dette ha betydning for prisen som er tilbudt fra Skanskas side, men det skulle eventuelt ført til trekk i poenggivning. Tøråsen viser her at man ikke forstår hvilke regler som gjelder ved evaluering av tilbud.

Det bestrides videre at det foreligger feil som har hatt betydning for tildelingen av kontrakt. Den eneste feilen som er begått, er at kommunen ikke skriftlig har meddelt endringen i konkurransegrunnlaget om krav om dusj i garderobe. Dette har imidlertid ikke påvirket tildelingen på noen måte.

For øvrig bestrides grunnlaget for erstatning. Tøråsen legger i stevningen til grunn at kommunen ville ha inngått kontrakt med Tøråsen om Skanska ikke skulle tildeles kontrakt. Kommunen påpeker at det ikke er sannsynlig at kontrakt blir inngått med Tøråsen dersom Skanska skal avvises. Her vises det til at prisen tilbudt fra Tøråsen er betydelig høyere enn det som er avsatt i kommunens budsjett. Dersom kontrakt ikke kan tildeles Skanska er dermed det sannsynlige scenarioet at konkurransen blir avlyst, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.8.

Det bestrides videre at det er grunnlag for negativ kontraktsinteresse.

I tillegg bestrides tapets størrelse både for positiv og negativ kontraktsinteresse.

5. Videre prosess, vitner m.v.

Kommunen mener det bør settes av 3-4 dager til avholdelse av hovedforhandling.

Kommunen vil komme tilbake med endelig oversikt over hvilke vitner som det er aktuelt å føre. Foreløpig vitneliste er:

- 1) Prosjektleder Ole Petter Blestad
- 2) Assisterende prosjektleder Richard Olsen, Sweco
- 3) Svend Hoff Johnstad, Abakus
- 4) Barnehagesjef Berit Helen Haget,
- 5) Reidun Østby, barnehagestyrer for Nysted og Østmojordet barnehager
- 6) Eiendomssjef Ståle Elgshøen,
- 7) Ola Øyen, Silvinova AS (massivtre ekspert)

- 8) Egil Henning, prosjektleder Skanska Husfabrikken
- 9) Martine Aasvold Skagen, arkitekt for Skanska, Lyngstad arkitekter

6. Påstand

Det nedlegges slik påstand:

- 1) Trysil kommune frifinnes
- 2) Trysil kommune tilkjennes sakskostnader.

Dette prosesskrivet er lastet opp i Aktørportalen og derved elektronisk signert.

Vaar Advokat AS

Marianne H. Dragsten
advokat
marianne@vaar.law