

STEVNING
TIL
ØSTRE INNLANDET TINGRETT

Saksøker: Arne Tørråsen 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

Stevningen gjelder krav om å sette beslutning om tildeling av kontrakt til side samt subsidiært krav om erstatning på grunn av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser jf LOA § 8. Det ble i samme sak begjært midlertidig forføyning den 15. januar 2023, saksnr. 23-007757 TVI-TOIN/TELV. Østre Innlandet tingrett fant det sannsynliggjort at det var begått brudd på regelverket om offentlige anskaffelser og tok forføyningen til følge i kjennelse av 3. mars 2023, forkynt for partene den 7. mars 2023.

Trysil kommunen fikk dermed forbud mot å inngå kontrakt med valgte tilbyder, Skanska Husfabrikken AS («Skanska») i konkurranse totalentreprise ny sentrumsbarnehage inntil tingretten hadde avgjort spørsmålet om anskaffelsesregelverket var brutt ved gjennomføringen av konkurransen.

Saksøker, Arne Tøråsen AS («Tøråsen») ble gitt frist til å ta ut søksmål med to uker fra rettskraftig avgjørelse om midlertidig forføyning forelå. Fristen er ikke utløpt, da kjennelsen er anket.

Saksøker forsøkte å løse saken i minnelighet og har av den grunn tatt kontakt med saksøkte, Trysil kommune og fremmet et tilbud samtidig som det ble varslet mulig søksmål.

Bilag 1: E-post av 10. mars 2023

Saksøkte, Trysil kommune har ikke besvart henvendelsen eller forlikstilbudet og valgte i stedet å anke kjennelsen fra tingretten.

Søksmålet tas ut for Østre Innlandet tingrett som kommunens alminnelige verneting jf tvisteloven § 4-4 og LOA § 8. Det er også her kontrakten skal oppfylles.

2. SAKENS BAKGRUNN

2.1 Utgangspunktet for anskaffelsen og partene

Trysil kommune kunngjorde 18. mars 2022 en konkurranse om totalentreprise for ny sentrumsbarnehage i Trysil. De prekvalifiserte tilbyderne var, Arne Tøråsen AS, Skanska Husfabrikken AS og Peab AS.

Konkurransegrunnlaget var utarbeidet av kommunens prosessleder i prosjektet, Sweco, ved Richard Olsen.

Bilag 2: Konkurransgrunnlag for totalentreprise av ny sentrumsbarnehage, T-|22-06

Det fremkommer at tilbudet skal være i overensstemmelse med kontraktsdokumentene og anskaffelsen skal gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) FOR 2016-08-12-974 del I og III.

Kontraktstildeling skulle foretas etter prosedyren konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

Formålet med anskaffelsen var å dekke oppdragsgivers behov for prosjektering og oppføring av ny sentrumsbarnehage i Trysil etter foreliggende kravspesifikasjon/behovsbeskrivelse i konkurransen. Anskaffelsen var en totalentreprise hvor det var lagt opp til en samspillsfase, etter endt konkurranse, hvor samspillsdelen i hovedsak skulle foregå fra kontraktsinngåelse frem til byggestart.

Leveransen skulle være komplett med FDV i henhold til alminnelig standard for totalentreprise, NS 8407. Tilbudene skulle være prosjektert som et forprosjekt, men likevel slik at de skulle leveres tilstrekkelig detaljerte til at løsningene kunne benyttes i prosjektet.

Tildelingskriteriene skulle bestemmes ut fra det beste forholdet mellom pris og kvalitet hvor priser var vektet med 60 %, mens egnethet var vektet med 40% vurdert etter:

- 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

For tildelingskriterier utover pris var det opplyst at det ville benyttes en evalueringsmodell med en poengskala fra 0-3 poeng.

Prosjektbeskrivelse og kravspesifikasjoner/behovsbeskrivelser og tegninger var vedlagt konkurransegrunnlaget for prosjektets rammer.

I orienteringen om arbeidet fremgikk det at totalentreprenøren skulle utvikle et prosjekt i henhold til de beskrevne krav, TEK og andre gjeldende krav for bygging av ny og moderne barnehage jf punkt 1.4.2.

2.2 Rammene for prosjektet

Kravspesifikasjonen/behovsbeskrivelsen dannet rammen for prosjektet.

Bilag 3: Bok O Generelle bestemmelser

Bilag 4: Bok 2 Kravspesifikasjon

I henhold til kravspesifikasjonen var rammene for prosjektet fastsatt som en 6-avdelings barnehage. Dette med 3 innganger til avdelingene der to avdelinger skulle dele felles grovgarderobe og hvor alle avdelingene skulle ligge på hovedplanet plan 1, mens personal og administrasjonsdelens var anbefalt lagt til plan 2, med egen personalinngang.

Arealprogrammet i kravspesifikasjonens post 2.02 fastla krav til rom og areal og var gjennomgått og revidert flere ganger med brukerne. Det fremsto med dette som fastsatt for

tilbyderne og dannet følgelig grunnlaget for de behov brukerne og kommunen hadde til prosjektet. I tillegg inneholdt påfølgende kravspesifikasjon flere SKAL – krav i forhold til dette, og konkrete krav som tilbudet måtte oppfylle.

2.3 Tilbudsbefaringen 28. mars 2022

Kommunen holdt tilbudsbefaring på tomten den 28. mars 2022. Til stede på denne var representanter fra kommunen, herunder Abakus og Sweco ved Richard Olsen. I tillegg til representanter fra de prekvalifiserte tilbyderne, dvs Arne Tøråsen AS, Skanska og Peab.

Bilag 5: Referat fra tilbudsbefaringen av 28. mars 2022

Under den muntlige forhandlingen i tingretten ble det opplyst at det var kommunen selv ved deres representant, Richard Olsen i Sweco som hadde bekreftet at kravspesifikasjonens punkt 2.02, *arealprogram* kun måtte betraktes som veiledende på spørsmål fra Skanska.

I retten forklarte kommunens representant Olsen at dette spørsmålet fra Skanska ble tatt i plenum med alle tilbydere til stede. Olsen hadde selv besvart spørsmålet og opplyst at arealprogrammet måtte anses som veiledende. Dette skulle også være bakgrunnen for at det i møtereferatet av 28. mars 2022 var opplyst at *romplan er veiledende*.

Olsen opplyste at han ikke hadde skrevet møtereferatet og heller ikke lest dette. Referatet var skrevet av en annen av kommunens rådgivere, Abakus.

Saksøker bestrider at det ble gitt slik informasjon til dem i plenum. Ut over dette ble hverken spørsmålet fra Skanska eller det angivelige svaret til kommunen meddelt de øvrige tilbyderne på annen måte. Kommunen kan ikke vise til dokumentasjon hvor dette fremkommer, og de øvrige tilbyderne har heller ikke mottatt annen informasjon om dette.

Det skal anføres at de øvrige tilbyderne heller ikke fikk noen muntlig veiledning om dette forhold under tilbudsbefaringen og forholdt seg derfor til kravspesifikasjonen og det fastlagte arealprogrammet i det videre arbeidet med tilbudene. Det var først i forbindelse med tildelingsprosessen og den senere klagerunden rundt denne at de øvrige tilbyderne ble gjort kjent med kommunens forutsetning om at arealprogrammet i post 2.02 bare var å anse som veiledende.

2.4 Kommunens evaluering av tilbud

Samtlige av de tre prekvalifiserte leverandørene leverte tilbud innen tilbudsfristen den 19. september 2022.

Under de muntlige forhandlingene knyttet til den midlertidige forføyningen ble det opplyst fra kommunens representanter, Ole Petter Blestad og Richard Olsen at det ble foretatt en anonymisert evaluering av tilbudene med brukerne den 29. september 2022. Olsen forklarte at han selv deltok på dette møtet. For sakens opplysning **provoseres** møtereferat fra dette møtet den 29. september 2022 fremlagt.

2.5 Forhandlingsmøter med de ulike tilbyderne

Kommunen gjennomførte deretter forhandlingsmøter med de ulike tilbyderne. Det ble også skrevet referat fra disse møtene.

Under de muntlige forhandlingene ved den midlertidige forføyningen ble opplyst at Skanska under sitt forhandlingsmøte hadde fått flere fortrinn i forhold til de SKAL-kravene som var oppgitt i kravspesifikasjonene etter pålegg fra brukerne i evalueringsrunden. Møtereferat fra forhandlingene med Skanska etter forhandlingsmøtet den 24. oktober 2022 **provoseres** derfor fremlagt i sin helhet og i usladdet versjon.

Forhandlingsmøte med Tøråsen ble avholdt den 20. oktober 2022. I møtet gikk man gjennom tilbudet, herunder plassering av bygget og videre valg av løsninger. Arealprogrammet ble gjennomgått rom for rom, sammen med plantegningene. På møtet hadde kommunen ingen innsigelse til saksøkers prosjekt i forhold til rommenes arealer sammenholdt med arealprogrammet.

Bilag 6: Møtereferat av 21. oktober 2022

Når det gjelder ordlyden i møtereferatet som viser til at beregnet areal er for stort

«tilbyder kan styrke sin konkurranseposisjon ved å gjennomgå inngitt pris og løsning på nytt og se eventuelle besparelser som kan gjøres innenfor de rammer som er gitt»

refererer dette seg kun til at arkitekt hadde feilregnet BTA, ved å inkludere svalganger i dette arealet. Dette medførte at beregnet brutto/netto faktor ble for stor i forhold til måltallet 1,25, noe som selvfølgelig ville gi utslag på pris og ha betydning for en evaluering av optimalisering og arealeffektivitet. Det ble derfor påpekt at det var viktig å få redusert prosjektets BTA.

Regnefeilen ble rettet opp etter møtet, og var ikke del av det tilbudet som ble levert i konkurransen den 14. november 2022.

Bilag 7: Revidert tilbud fra Tøråsen av 14. november 2022

Saksøkers tilbud som levert viser en brutto/nettofaktor tett opp mot måltallet på 1,25.

2.6 Tildelingen

Etter en vurdering av de tre tilbudene besluttet kommunen å tildele kontrakten til Skanska. Kommunens tildeling og begrunnelse fremgår av tildelingsbrev av 21. november 2022.

Bilag 8: Tidelingsbrev av 21. november 2022 med tidelingsmatrise

Arne Tøråsen AS klagde på tildelingen i brev av 13. desember 2023 og gjorde gjeldende at Skanska skulle vært avvist da det forelå vesentlig arealavvik i Skanskas tilbud i forhold til de arealkrav som fremgikk av kvalifikasjonskravene i konkurransen. Ved å tillate denne type arealavvik ble Skanska gitt et fortrinn i konkurransen i forhold til de øvrige tilbyderne som

lojalt hadde forholdt seg til kravspesifikasjonen og arealprogrammet. I tillegg ble det påpekt at Skanskas tilbud ikke var i samsvar med de forutsetningene som skulle ligge til grunn for tilbudene jf. gjeldende lover og forskrifter da tilbudet på flere punkter hadde avvik fra TEK 17, lov om arbeidsmiljø og barnehagenormen

Bilag 9: Klage av 13. desember 2022 vedlagt klagebegrunnelse fra arkitekt

Kommunen tok ikke klagen til følge og fastholdt at det var foretatt en korrekt og lovmessig vurdering av kvalifikasjonene og at det ikke forelå grunnlag for å avvise Skanska.

Bilag 10: Svar på klage i brev av 22. desember 2022 fra Abakus på vegne av oppdragsgiver, Trysil kommune

Saksøker mente kommunens svar bygget på feil faktiske forutsetninger og anmodet om at kommunen omgjorde sin beslutning. Det ble videre gitt en redegjørelse fra arkitekt over de forhold som var feil og mangelfullt i Skanskas tilbud.

Bilag 11: Brev fra Arne Tøråsen AS av 4. januar 2023 vedlagt redegjørelse fra arkitekt

Kommunen avviste nok en gang at det forelå brudd på regelverket og fastholdt tidligere standpunkt.

Bilag 12: Brev fra kommunen av 10. januar 2023

Saksøker begjærte deretter midlertidig forføyning for å stanse kommunens tildelingsprosess inntil retten hadde tatt stilling til lovligheten. Begjæringen ble tatt til følge av Østre Innlandet tingrett.

Bilag 13: Kjennelse av 3. mars 2023

Som det fremgår av kjennelsen fremkom det under de muntlige forhandlinger en rekke andre kritikkverdige forhold fra kommunens representants side, Olsen ved at det var tatt ulovlige hensyn i anbudsprosessen.

3. SAKENS RETTSLIGE SIDE

3.1 Kommunen har brutt regelverket for offentlige anskaffelser § 4

Likebehandling og forutberegnelighet er to grunnleggende prinsipper ved offentlige anskaffelser og som er brutt fra kommunens side. I evalueringsprosessen har kommunen tatt ulovlige hensyn ved å vektlegge personlig egnethet hos tilbyderne samtidig som valgte tilbyder, Skanska er gitt andre opplysninger enn de øvrige deltakerne i anbudsprosessen.

Som det fremgår ovenfor ble kommunen allerede ved tilbudsbeifaringen den 28. mars 2022 kjent med at tilbyder Skanska, mente det forelå uklarhet i konkurransegrunnlaget i forholdet

til arealprogrammet. I den forbindelse ble ikke anskaffelsesforskriften, FOA § 14-2 (2) fulgt fra kommunens side. Etter forskriften skal de opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, sendes til samtlige leverandører som deltar i konkurransen. Det har ikke kommunen gjort på en tilstrekkelig måte i denne saken. Møtereferatet av 28. mars 2022 som kommunen viser til i denne forbindelse opplyser hverken om spørsmålet fra Skanska eller kommunens svar på dette, slik forskriften krever. Videre er det klart at kommunen heller ikke har benyttet seg av avtalt kommunikasjonskanal, Mercell for å publisere forespørselen fra Skanska.

Bevisbyrden for etterlevelse av regelverket ligger hos oppdragsgiver.

Foruten at Skanska allerede hadde fått et fortrinn i konkurransen ved kommunens avklaring til dem om at arealprogrammet kun var å anse som veiledede ble Skanska urettmessig tilgodesett under evalueringen av tilbudene ved at såkalt «personlig egnethet» hos Skanskas representanter ble tillagt avgjørende vekt, slik kommunens representant, Olsen forklarte under de muntlige forhandlinger, jf. kjennelsen av 3. mars 2023.

Kommunens representant, Richard Olsen forklarte inngående om hvordan han hadde vektlagt personlig egnethet hos tilbyderne, da han mente at dette var en viktig og avgjørende forutsetning for å få på plass et godt prosjekt. Olsen presiserte dessuten at han alltid valgte tilbydere han ønsket å samarbeide med, som hadde den samme forståelse for totalentreprise som han selv, og ikke minst tilbydere som var lydhøre og ydmyke for oppdragsgivers ønsker og behov. Skanskas representanter hadde alle disse forutsetningene, mens representanten fra Tøråsen fremsto som arrogante og lite lydhøre overfor oppdragsgivers ønsker samtidig som de ikke evnet å ta innover seg de innspill Olsen hadde i forhold til forbedringer av deres tilbud.

Det er klart at denne type vurderinger er et alvorlige brudd på regelverket i en offentlig anskaffelse, noe selvfølgelig også tingretten var enig i.

Olsen var kommunens sentrale rådgiver under hele anskaffelsesprosessen. Hans oppgave var å ivareta kommunens interesser, herunder bistå med å finne det beste tilbudet basert på sin kunnskap og årelange erfaring med byggearbeidet, som han understreket flere ganger i sin forklaring. Det var dessuten Olsen som hadde utarbeidet kravspesifikasjonen i konkurransen som er omstridt i denne saken. Olsen var sentral i anbudsprosessen med evaluering av tilbudene og senere i forbindelse med tildelingen. Han deltok på samtlige møtet med tilbydere og brukerne. Olsen opplyste at han hadde fått spørsmålet av Skanskas representant om forståelsen av kravspesifikasjonen og besvarte dette spørsmål under befaringsmøtet den 28. mars 2022. Videre var det Olsen som styrte møtet med brukerne hvor de «anonyme» tilbudene ble fremlagt i september 2022. Og han deltok på samtlige forhandlingsmøter med de prekvalifiserte tilbyderne i oktober 2022. Det var særlig under disse møtene at Olsen hadde reagert på Tøråsens representanter, slik det er gjengitt deler av fra hans forklaring i kjennelsen.

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. 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. I evalueringsprosessen ble følgelig Skanska da ikke gitt fratrukk fra åpenbare feil i strid med kravspesifikasjonens pålegg til de øvrige tilbydere og forskriftskrav for øvrig.

Andre forhold som ikke har vært opplyst til samtlige tilbydere har vært plassering av bygget på tomten og plassering av utendørs lekearealer. Avvik i Skanskas tilbud fra TEK 17 i forhold til dagslyskrav ble heller ikke hensyntatt i evalueringen.

Når oppdragsgiver på denne måten har favorisert Skanska både i forhold til eksklusive opplysninger om forståelsen av konkurransegrunnlaget og øvrige sentrale forhold øvrige tilbydere ikke ble gjort kjent med, samt vektlegger ulovlige hensyn som «personlig egnethet», er Skanska gitt et klart fortrinn under hele konkurransen. Dette er i strid med regelverket for offentlig anskaffelser.

3.2 Skanska skulle vært avvist fra konkurransen grunnet vesentlig avvik fra arealprogrammet

3.2.1 Utgangspunktet

Skanska skulle vært avvist fra konkurransen fordi det foreligger et vesentlig avvik i henhold til FOA § 24-8 (1) bokstav b.

Areal er viktig del av en totalentreprisekontrakt da pris og areal henger sammen. Når Skanska har kunnet forholde seg fritt i forhold til arealprogrammet er de gitt et fortrinn i forhold øvrige tilbydere som forholdt seg lojalt til de krav og behov som var oppstilt i arealprogrammet.

Jf også uttalelse i Borgarting lagmannsrett LB-2019-145192

Den tilbyder som forholder seg til begrensningene i BTA vil ha mindre rom for kreativitet enn den tilbyder som lar kreativiteten få større spillerom for så å foreta begrensende tiltak etter at selve konseptet for planløsningen er akseptert.

Likebehandlingsprinsippet er det mest grunnleggende av alle hensyn som styrer regelverket for offentlige anskaffelser. At alle leverandører i markedet gis like muligheter til å delta, er det som best sikrer en velfungerende konkurranse og dermed også sikrer den mest effektive utnyttelsen av samfunnets ressurser. Når et så sentralt vilkår som høyst tillatte bruksareal ikke håndheves klart og tydelig, innebærer det i realiteten at konkurrentene levere sine tilbud under ulike forutsetninger – reelt sett under en form for bristende forutsetninger. Det var i dette tilfellet heller ikke stilt krav om målsatte tegninger for tilbudene. Dermed blir også forutberegneligheten for tilbyderne dårligere.

3.2.2 Arealavviket er vesentlig

Skanskas arealavvik i forhold til arealprogrammet på 230 m². Dette utgjør et avvik på 18 % i forhold til arealprogrammet og kravspesifikasjonen og må anses som et *vesentlig avvik*.

Saksøker har utarbeidet en tabell som viser hvor arealene i Skanskas tilbud fordeler seg i forhold til arealprogrammet. Tabellen viser også en kolonne «justert» for arealtall hvor fordelene av overdimensjonerte rom trekkes fra. I tabellen gjelder følgende:

- Arealavvik beregnes for hver type romfunksjon. Innbyrdes justeringer mellom forskjellige typer funksjoner tillates ikke (f.eks. mindre grovgarderobe veies ikke opp av større felles trapperom).
- Det er kun negative arealavvik ifm en funksjonstype som medregnes. Overdimensjonerte rom gir ikke fordel, med mindre avviket kommer samme funksjonstype til gode i et annet rom (f.eks. at tekniske romarealer utover Arealprogrammets arealtall kun medregnes med arealprogrammets tall.)
- Alle arealer oppgis som netto romarealer m²

KRAVSPESIFIKASJON	Arealprogram	Skanska (tilbud)	Skanska (justert)
Administrasjon			
Kontor styrer	12,0	12,0	12,0
Nestleder	12,0	12,0	12,0
Arbeidsrom (Disponibelt/lager)	12,0	0,0	0,0
Møterom	30,0	29,2	29,2
Personalrom / spiserom	40,0	40,2	40,0
Garderobe D (med dusj og wc)	25,0	14,9	14,9
Garderobe H (med dusj og wc)	15,0	7,2	7,2
Samtalerom	12,0	10,9	10,9
Arbeidsrom for ped.ledere	15,0	17,5	15,0
Arbeidsrom for ped.ledere	15,0	17,5	15,0
Arbeidsrom for ped.ledere	15,0	17,5	15,0
Fellesrom			
Fellesrom	80,0	76,2	76,2
Grupperom	15,0	15,0	15,0
Grupperom	15,0	15,0	15,0
Grupperom	15,0	15,0	15,0
Grupperom	15,0	11,3	11,3
Kjølerom	8,0	6,7	6,7
Lager for tørrmat	10,0	6,7	6,7
Lager	30,0	19,1	19,1
Vaskerom	10,0	0,0	0,0
Renholdsrom/BK	9,0	9,9	9,0
HC WC	7,0	6,8	6,8

HC WC	7,0	6,7	6,7
Teknisk rom	40,0	69,3	40,0
Heis, sjakter, trapp	20,0	50,5	20,0
Småbarnsavdeling			
Lekerom	45-50	45,6	45,6
Lekerom	45-50	45,6	45,6
Lekerom	45-50	46,9	45,6
Lekerom	15,0	14,7	14,7
Lekerom	15,0	14,8	14,8
Lekerom	15,0	13,5	13,5
Stellerom/wc	10,0	10,2	10,0
Stellerom/wc	10,0	10,3	10,0
Stellerom/wc	10,0	10,3	10,0
Grovgarderobe	40,0	32,2	32,2
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
WC	3,0	2,2	2,2
WC	3,0	2,2	2,2
WC	3,0	0,0	0,0
Sove/vognrom ute	18,0	19,9	18,0
Sove/vognrom inne	18,0	14,0	14,0
Store barnsavd.			
Lekerom	45-50	45,6	45,6
Lekerom	45-50	45,6	45,6
Lekerom	45-50	45,6	45,6
Lekerom	15,0	14,8	14,8
Lekerom	15,0	13,5	13,5
Lekerom	15,0	14,6	14,6
Stellerom/wc	8,0	10,2	8,0
Stellerom/wc	8,0	10,2	8,0
Stellerom/wc	8,0	0,0	0,0
Grovgarderobe	40,0	32,1	32,1
Grovgarderobe	40,0	32,1	32,1
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
Fingarderobe	30,0	15,0	15,0
WC	3,0	2,2	2,2
WC	3,0	0,0	0,0
WC	3,0	0,0	0,0
Sove/vognrom	15,0	0,0	0,0
Samtalerom	12,0	0,0	0,0

SUM	1279 - 1309	1126,0	1048,9
Avvik Arealprogrammets sum		-153,0	
Avvik Arealprogrammet pr rom totalt			-230,1

Som tabellen viser har Skanskas tilbud et avvik på 18 % (230/1279) av det funksjonsarealet pr. rom som er oppgitt i arealprogrammet.

3.2.3 Kommunen har beregnet feil arealavvik hos Skanska

Det anføres at kommunen har beregnet feil arealavvik i Skanskas tilbud i forbindelse med klagerunden og den midlertidige forføyningen. Kommunen har i tilsvaret til den midlertidige forføyningen oppgitt et arealavvik på 69 m² i forhold til arealangivelsen på 1300 m² i kravspesifikasjonen. Dette ble moderert noe under de muntlige forhandlingene til at avviket trolig var nærmere 147 m². Saksøker fastholder imidlertid at arealavviket i Skanskas tilbud er 230 m² som gjennomgått under punkt 3.2.2.

Kommunen beregner opprinnelig arealavviket utelukkende med utgangspunkt i totalarealet i Skanskas løsning. Dermed ivaretas ikke arealavvik som foreligger opp mot de enkelte rom og de funksjoner disse skal dekke, slik de fremkommer i arealprogrammet. En slik feilaktig beregning gir dermed Skanskas tilbud full uttelling for merarealer som er utenfor arealprogrammets reelle funksjonsbehov. For eksempel gir kommunens totalberegning av arealene uttelling for at Skanska har innlemmet en trapp og heisløsning på 50,5 m² til tross for at arealprogrammet oppgir et slikt rom til å være 20 m². Dette er ikke en *optimalisering* av løsninger, slik kommunen har anført. At Skanskas løsning av den grunn har mangler knyttet til garderobearealer, lagerrom, wc, dusjer og samtalerom blir altså ikke hensyntatt i kommunens beregning av arealavvik og strider mot egne behov og krav i kravspesifikasjonen. Manglende areal i en ansattgarderobe kan ikke veies opp mot et arealoverskudd i et arbeidsrom for ped. ledere. Manglende areal i grovgarderobene kan heller ikke veies opp mot et arealoverskudd i et overdimensjonert og ineffektivt utformet trapperom, sjakt eller heis, slik kommunen har anført i brev av 22. desember 2022, fremlagt som bilag 10.

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. Det sentrale her er at bruk av disse på ingen måte gir indikasjon på at et arealprogram må anses som veiledende som sådan. Det motsatte vil i så fall være en så vidt uvanlig tolking kommunen anvender ikke kan antas å forstås slik blant tilbydere i denne type prosjekt.

Et arealprogram oppstiller klare behov for prosjektet med arealangivelser for prosjektets funksjonsarealer (netto romareal), som igjen skal organiseres i tråd med kravspesifikasjonens angivelser med hensyn til antall avdelinger, krav til adkomst, organisering av kontorarealer med mer.

Optimalisering og arealeffektivitet vurderes ved bruk av en brutto/netto faktor analyse. Det vil si en minimalisering av bygningens bruttoareal gjennom effektiv utforming og organisering av de funksjonsarealene i rom som angitt i arealprogrammet. Dette gjelder også minimalisering av kommunikasjonsarealer, føringsveier mv, optimalisering av konstruksjonsarealer som veggtykkelser mv. Brutto/netto faktor er forholdet mellom bruttoareal (BTA) og nettoareal (NTA), og skal belyse et prosjekts arealeffektivitet, hvor en høy arealeffektivitet innebærer at minst mulig areal går med til andre funksjoner enn de ønskede hovedfunksjonene. Ved utforming av barnehager er dette også gitt veiledninger om i SINTEFs Byggforskserien blad 342.110.

I tillegg gjelder at arealeffektivitet i Skanskas planløsning er særdeles dårlig med en netto/bruttofaktor på 1,46 som må anses å være lite arealeffektivt, slik oppstillingen viser:

Arealprogrammets romareal totalt	1279 m ² NTA
Netto funksjonsareal som tilbudt av Skanska	1 049 m ² NTA
BTA som tilbudt av Skanska	1 531
Tilbudt brutto/netto faktor Skanska	46% 1531/1049 (BTA/NTA)

En netto/bruttofaktor på 1,46 ligger langt over måltallet på 1,25 som kravspesifikasjonen viser til i arealprogrammets post 2.02 hvor summert areal viser en totalsum på 1309 m² og en BRA faktor på 1,25. Den dårlige arealeffektiviteten er nettopp en konsekvens av valgte løsninger med større korridorarealer i bygningens indre i 1. etasje, dobbeltkorridorer i 2. etasje, indre rom arealer uten forskriftsmessig dagslys og utsyn samt store arealer til heis og trapperom.

Dersom alle rom hadde blitt dimensjonert i tråd med kravspesifikasjonens arealprogram med en tilsvarende organisering av rommene, ville en netto/bruttofaktor på 1,46 gitt en økning i bygningens bruttoareal BTA på ca 336 m², for et bruttoareal på BTA 1867m² totalt.

3.2.4 Kravspesifikasjonen og arealprogrammet er en bindende ramme for prosjektet etter en objektiv fortolkning

En alminnelig forståelse av arealeffektivisering og optimalisering i bransjen tilsier at arealprogrammets oppstilling av et antall romtyper med tilhørende nettoarealer er bindende dersom ikke annet fremkommer i grunnlaget. Det gjør det ikke her og det er ikke noen holdepunkter for å fastslå at arealprogrammet kun skal være veiledende, slik kommunen har anført i ettertid.

Konkurransesgrunnlaget oppstiller rammene for tilbudene. Utgangspunktet for forståelsen og tolkingen av dette er i henhold til rettspraksis objektiv.

Ved tolkingen må vektlegges at kommunen allerede ved tilbudsbeifaringen var kjent med at en av tilbyderne, Skanska mente det forelå en uklarhet i konkurransegrunnlaget uten at kommunen kan dokumentere at samtlige tilbydere mottok denne informasjonen. Sett i lys av at konkurransegrunnlaget ikke på noe punkt oppgir at arealprogrammet er veiledende er det klart at kommunen må ha risikoen for eventuelle uklarheter og manglende oppklaring av disse.

Leses kravspesifikasjonen i sammenheng med de krav som stilles til areal i arealprogrammet er det viktig å fremheve at flere av disse er SKAL-krav, som dermed medfører at tilbyder må følge disse med mindre annet uttrykkelig fremkommer.

Bruk av ord som optimalisering og arealeffektivitet i konkurransegrunnlaget overstyrer ikke disse grunnleggende utgangspunkteter og absolutte rammene for prosjektet. Tvert imot er både optimalisering og arealeffektivitet bransjetrykk som ikke kan brukes til reduksjon av rom for rom, slik kommunen har gjort ved vurderingen av Skanskas tilbud. Arealeffektivitet er ikke annet enn hvordan et areal utnyttes i et bygg.

Videre gjelder at det overordnet oppstilles krav om at leverandøren SKAL følge oppdragsgivers beskrivelser, TEK og for øvrig gjeldende krav, slik det fremkommer direkte i bok 0 – generelle bestemmelser, «orientering om arbeidet»

«1.4.2 Prosjektering

Totalentreprenør skal utvikle et prosjekt i henhold til de beskrevne krav, TEK og andre gjeldende krav for bygging av en ny og moderne barnehage.»

Rammen i prosjektet er altså at kravspesifikasjonen fra oppdragsgiver skal følges.

Når dette er utgangspunktet må det uttrykkelig påpekes at avvik kan gjøres, herunder at arealprogrammet skal være veiledende. Det gjøres det ikke. Tvert imot følges SKAL-kravene knyttet til brukernes behov i arealprogrammet opp med en detaljert kravspesifikasjon i punkt 2.02 og punkt 3 i bok 2 hvor det fremkommer klart at planløsningen SKAL være basert på kravspesifikasjonen:

«§3.01 Planløsning

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

De rom som er avdelingens egne rom skal ikke være gjennomgangsareal til andre avdelinger eller til administrasjonen.»

At det allerede er oppstilt klare arealkrav knyttet til de enkelt rom som brukerne har oppstilt behov for og som fremkommer i arealprogrammets punkt 2.02 må også ses opp mot at arealprogrammet er revidert en rekke ganger, og fremstår som et gjennomarbeidet dokument for tilbyderne slik det fremkommer.

Fleksibilitet skal søkes oppnådd ved å ta utgangspunkt i rammene for prosjektet som er en barnehage på 6 avdelinger som kan gi 3 avdelinger for småbarn og 3 avdelinger for storbarn. Det er klart at småbarn har behov for et noe større lekeareal enn storbarn, beregnet til 1/3 mer i veiledere for barnehager. Prosjektets formål og rammer er å tilby en løsning i henhold til totalentreprise som dekker oppdragsgiveres fastsatte behov i vedlagte kravspesifikasjoner og behovsbeskrivelser og som er så vidt detaljert at løsningene også kan benyttes i prosjektet. I kravspesifikasjonen er det oppstilt krav om bygget ved at barnehagen foruten en å være tilpasset 100 barn fordelt på en småbarn- og storbarnsavdeling, skal leveres med egen inngang for avdelinger parvis med felles grovgarderober, egen personalavdeling i annen etasje, og det er oppstilt krav til behov for rom og uteområder for sitt bruk

I kravspesifikasjonens punkt 3.01, prosjektering fremkommer det også at de rom som er avdelingens egne rom ikke skal være gjennomgangsareal til andre avdelinger eller til administrasjonen. Dette er i samsvar med den forståelsen som en alminnelig tilbyder måtte forstå ut fra det møtereferatet som forelå etter tilbudsbeferingen den 28. mars 2022 hvor det nettopp fremkommer at romplan skal være veiledende, men at det ikke er ønskelig med gjennomgang til avdelingene gjennom fellesarealer.

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. For eksempel stiller kravspesifikasjonen krav til et fellesrom, aktivitetsrom på 80 m² som er egnet for bruk i tråd med spesifiseringen i punkt 2.09 med beskrivelse av funksjonsbehovene. Kravspesifikasjonen stiller ikke «skal» krav til plassering av rommet i bygningen, noe som gjør at tilbyder står fritt til å finne en egnet plass.

I andre tilfeller vil tilbyder ha mindre frihet med hensyn til plassering av rom, for eksempel hvor kravspesifikasjonen klart viser til krav om at avdelingene skal organiseres parvis med felles grovgarderober og kjøkken pr. 2 avdelinger med egne fingsgarderober, lekerom mv i hver avdeling. Her står tilbyder fritt til å organisere avdelingenes rom, dog innenfor gitte «skal» krav og ellers i tråd med vanlig romforløp – entré til grovgarderober med dør til fingsgarderober som igjen henger sammen med avdelingens lekerom.

Kommunen anvender en avvikende tolking av «romplan» i forhold til etablert bransjenorm og alminnelig forståelse av optimalisering og arealeffektive planløsninger. En slik avvikende tolking er oppdragsgivers bevisbyrde, så lenge konkurransegrunnlaget ikke er klart i forhold til hvorvidt oppgitt arealprogram bare var veiledende. Det er det ikke.

3.2.5 Oppsummering

Skanskas tilbud inneholder vesentlig avvik på areal ut fra en alminnelig forståelse av konkurransegrunnlaget og skulle derfor vært avvist fra konkurransen etter FOA § 24-8(1) bokstav b. Kommunen har opptrådt i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet etter LOA § 4 ved å gi eksklusive opplysninger til Skanska både om forståelsen av konkurransegrunnlaget og ikke minst ved evalueringen av tilbudene.

3.3 Kommunens evaluering av tilbudene er i strid med regelverket.

Under de muntlige forhandlingene tilknyttet begjæringen om midlertidig forføyning ble det kjent at kommunen i evalueringen hadde vektlagt forhold ved tilbudene som ikke var blitt opplyst i konkurransegrunnlaget eller for øvrig i anbudsprosessen.

Kommunen viste til at byggets plassering mot sør var avgjørende forhold som ble tatt opp under tilbudsbeifaringen den 28. mars 2022. Dette fremkommer ikke av møtereferatet og ble heller ikke opplyst til de øvrige tilbyderne. At Skanskas løsning er i samsvar med kommunens forutsetninger er derfor ikke oppsiktsvekkende. Det samme gjelder kommunens krav om plassering av utendørs lekearealer.

Videre er det klart at Skanskas tilbud heller ikke er gitt trekk for åpenbare mangler i forhold til TEK 17 knyttet til krav til dagslys. Fra kommunens side er det argumentert med at dette er forhold som kan ivaretas i en samspillsfase. Dette er ikke riktig, da forutsetningene for prosjektet er en levering etter TEK 17. Større endringer, sammenstilt med et allerede stort arealavvik og underdimensjonerte rom i forhold til tildelingskriteriet om egnethet tilsier at dette vil bli så vidt inngripende i prosjektet for pris og kostnader at endringene ikke lovlig kan tas i en samspillsfase.

Heller ikke kommunens påstander om at vringlearealet kan benyttes som lekeareal kan høres da dette, slik det er plassert som en korridor midt i bygget ikke på noe tidspunkt vil kunne anses å bli forskriftsmessig i forhold til TEK 17, heller ikke i en samspillsfase. Det synes som at oppdragsgiver selv har sett dette poenget da det i brev av 10. januar 2023, fremlagt som bilag 12 innrømmes at vringlearealene muligens ikke er som oppholds/lekeareal å regne, slik det tidligere er blitt lagt til grunn i kommunens tildeling. Dette medfører at kalkyle mht Skanskas arealmanko ift arealprogrammet er på drøy 200m², som dokumentert i klagebrev av 4. januar 2023.

Under de muntlige forhandlingene knyttet til den midlertidige forføyningen ble saksøker kjent med at Skanska under forhandlingsmøtet med kommunen den 24. oktober 2022 også fikk beskjed om at dusj kunne tas ut i personalgarderobene. Krav om dusj i garderober er forskriftskrav foruten et SKAL-krav i kravspesifikasjonen. Ingen av de øvrige tilbyderne fikk denne informasjonen, og kommunen har igjen favorisert Skanska.

Videre er det klart at kravspesifikasjonen punkt 4 inneholder klare krav og forutsetninger om at bygningens hovedkonstruksjoner skal være i massivtre (krysslimte plater og limtre). Hvorvidt Skanskas tilbud faktisk oppfyller kommunens krav her fremstår som uklart da Skanskas bygg er standardmoduler med lettkonstruksjon som i hvertfall ikke tilfredsstiller kommunens krav om å benytte massivtre i prosjektet. Skanska kompenserer for manglende oppfyllelse av dette kravet ved å legge på tykke trekledning på de lette veggkonstruksjoner i prosjektet. Dette er et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonens punkt 4 om bruk av «massivtre» i prosjektet; og i seg selv en avvisningsgrunn etter FOA § 24-8(1) bokstav b. For sakens opplysning **provoseres** derfor fremlagt en komplett og usladdet dokumentasjon for Skanskas bruk av massivtre i prosjektet.

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.

4. KRAV

4.1 Nærmere om kravet

Kommunens alvorlige brudd på regelverket om offentlige anskaffelser basert på manglende forutberegnelighet og likebehandling av tilbyderne har påført saksøker kostnader som subsidiært vil kreves erstattet. Dersom kommunen hadde opptrådt som forventet av en seriøs oppdragsgiver i tråd med regelverket om offentlige anskaffelser er det sannsynliggjort at Tøråsen, som nest billigste tilbyder, ville blitt valgt. 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.

Evalueringen av Skanskas tilbud er dessuten gjort på feil grunnlag, hvor grunnleggende prinsipper om likebehandling og forutberegnelighet gjentatte ganger er brutt. Av den grunn vil saksøker prinsipalt fremme krav om at kommunes beslutning om å tildele kontrakten til Skanska av 21. november 2022 settes til side jf LOA § 8 da kontrakt ikke er inngått og tildelingsbeslutningen er truffet i strid med lov og forskrift om offentlig anskaffelse.

4.2 Prinsipalt krav: Kommunens beslutning om å tildele kontrakten til Skanska av 21. november 2022 settes til side

Saksøker anfører at det foreligger brudd på regelverket om offentlige anskaffelser som har fått direkte innvirkning på kommunens beslutning om tildeling av kontrakt til Skanska.

Som redegjort for under punkt 2.3 er det klart at kommunens representant, Olsen var vel kjent med at det forelå uklarheter i konkurransegrunnlaget ved tilbudsbeferingen 28. mars 2022. Olsen har dessuten selv bekreftet at han opplyste til Skanskas representant hvordan kravspesifikasjonen var å forstå. Denne informasjonen ble hverken referert i et møtereferat med spørsmål og svar eller for øvrig meddelt de øvrige tilbydere gjennom felles portalen, Merzell slik FOA § 14-2 oppstiller krav om.

Ved denne type entrepriser foreligger det en klar sammenheng mellom pris og areal, og informasjonen som Skanska fikk av kommunens representant, Richard Olsen først ved tilbudsbeferingen og deretter under forhandlingsmøtet ville derfor være avgjørende for hvordan de øvrige tilbydere ville innrette seg i arbeidet med utformingen av prosjektet. Kommunen har heller ikke på noe tidspunkt under anbudsprosessen gitt de øvrige tilbydere informasjon om at arealprogrammet bare måtte anses å være veiledende.

Etter dette fremstår kommunens begrunnelse og forståelse av konkurransegrunnlaget som oppkonstruert i ettertid og tilpasset Skanskas tilbud. Skanska fikk et fortrinn i konkurransen ved at kommune innledningsvis bekreftet at arealprogrammet var veiledende. På denne måten har Skanska fått delta i konkurransen på andre vilkår enn de øvrige tilbydere og det foreligger dermed alvorlige brudd på regelverket for offentlig anskaffelser som ligger til grunn for tildelingen for kontrakten til Skanska.

Kommunes feil i anbudsprosessen har direkte fått innvirkning på konkurransen, og saksøker som nest billigste tilbyder, ville inngått bindende kontrakt dersom de alvorlige regelbruddene ikke hadde skjedd.

4.3 Krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse

Det kreves erstatning for den positive kontraktsinteresse. Dette er en erstatning basert på de vesentlige og alvorlige brudd på regelverket som foreligger, og det er klart at disse bruddene har vært avgjørende for det økonomiske tap saksøker har lidt.

Den positive kontraktsinteresse utgjør i utgangspunkt det fortjenestetap som saksøker har lidt som følge av at kontrakten urettmessig ble tildelt en annen og kostnadene med å delta i konkurransen. Foreløpig beregning viser et fortjenestetap og kostnader på i overkant av kr. 10 millioner kroner.

Bilag 14: Oversikt beregnet tap

4.4 Subsidiært: Krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse

Under enhver omstendighet vil saksøker kreve erstatning for de kostnader Tøråsen har hatt for å delta i en konkurranse hvor det har vært en rekke brudd på regelverket. Utgiftene ville

ikke påløpt dersom kommunen hadde gjennomført en riktig anbudsprosess. Krav til årsakssammenheng foreligger.

Kravet fremkommer av bilag 1.

5. VIDERE SAKSGANG OG SAKSKOSTNADER

Det antas at det bør settes av 3-4 dager til en eventuell hovedforhandling i saken. Partsrepresentant vil være daglig leder, Bjørn Kveen. For øvrig vil det fra saksøkers side føres vitner fra arkitektfirma, Nord Arkitektur. Det tas forbehold om ytterligere vitneførsel basert på tilsvar og senere anførsler.

Sakskostnader vil kreves etter tvisteloven kap. 20, herunder vil fremsatt forlikstilbud som forsøk på en utenrettslig minnelig løsning tidlig i prosessen bli påberopt i henhold til tvisteloven §§ 20-2 og 20-4 jf § 20-5.

6. PÅSTAND

1. Trysil kommunes beslutning av 21. november 2022 om å tildele kontrakt i totalentreprise om ny sentrumsbarnehage settes til side.
2. Trysil kommunen dømmes til å betale erstatning til Arne Tøråsen AS med et beløp fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr. 10 000 000.
3. Arne Tøråsen AS tilkjennes sakens omkostninger

Oslo, 14. april 2023

Beate Vesterås
advokat