



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede kunngjorde en konkurranse etter forskriftens del I og III for anskaffelse av totalentreprisekontrakt for bygging av ny brannstasjon i Florø. Klager ble opprinnelig tildelt kontrakten, men tilbudet ble deretter avvist som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klager anførte blant annet at avvisningen var ulovlig, og at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. Klagenemnda kom til at både klager og valgte leverandørs skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 20. november 2023 i sak 2023/0464

Klager: Åsen & Øvrelid AS

Innklaget: Kinn Kommune

Klagenemndas

medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Kinn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. mars 2022 en åpen anbudskonkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprisekontrakt for oppføring av ny brannstasjon i Florø. Anskaffelsens verdi ble estimert til 56 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfristen var 5. september 2022.

(2) Anskaffelsen var beskrevet i konkurransegrunnlagets K.1 punkt A.1 flg.:

«Kinn kommune skal bygge ny brannstasjon i Florø. Det gis tilbud på en av følgende alternative løsninger:

- *Ny brannstasjon på Kringleskjæret.*
- *Ny brannstasjon på annen sentrumsnær tomt.*

(...) Arbeidet omfatter:

- *Ny bygning.*
- *Nytt utendørsareal.*

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 1.3 fremgikk det at leverandøren kunne oppføre brannstasjonen på ferdigregulert tomt på Kringleskjæret som *«tilfredsstillar arealbehovet»*. Alternativt kunne bygget oppføres på andre tomter. Følgende krav gjaldt uavhengig av hvilken tomt leverandørene ville benytte:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«(...) Alle nødvendige løyver etter plan og bygningslova som må ligge føre for at byggeklar tomt for formålet må være dokumentert seinast 21 dagar etter tilbodsfrist. (...) Tomta må være stor nok til brannstasjon med spesifisert uteareal, opsjonar og mulighet for ytterligere bygg på minst 300m² grunnflate (total 600 m² over 2 etasjer) (...).

- (4) Det var også angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at det «må[tte]» avsettes tilstrekkelig areal for å oppføre ytterligere bygninger på tomten, herunder opsjonene «Sivilforsvaret», «Oljelenslager» og «Mulighet for utviding».
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk det videre at «[k]ontraktsform blir generelt NS 8407[:2011] med spesielle kontraktsbestemmelser ... tilpassa denne konkurransen/dette prosjektet.»
- (6) I kravspesifikasjonen K2 var det fastsatt antall parkeringsplasser og areal som måtte innfris:

«70.8 Nødparkering

Det avsettes areal til minst 26 hurtigoppstillingsplasser for slokkemannskapet. Disse trenger ikke å følge parkeringsnormen, men plassene må være romslige og lett tilgjengelige.

Det er viktig med ekstra fokus på trafikksikkerhet og rask tilkomst ved utrykning.

70.9 Bilparkering

Det skal etableres minst:

- 10 biloppstillingsplasser for ansatte.
- 4 biloppstillingsplasser for besøkende.
- Tilstrekkelig antall parkeringsplasser for forflytningshemmede.

- (7) Videre stod det beskrevet i konkurransegrunnlagets «Rombeskrivelse» at:

«Det skal etableres minst ti (10) biloppstillingsplasser for ansatte og minst fire (4) for besøkende. Minst en (1) av disse skal være tilrettelagt for rullestolbruker.»

- (8) I kravspesifikasjonen K2 var opsjonen «[m]ulighet for utviding», beskrevet i punkt 20.5.1. Der stod det at brannstasjonen må «kunne utvides med en grunnflate på minst 300 m²», og dersom brannstasjonen er «med en etasje, skal bygget kunne utvides med en grunnflate på minst 600 m²». I punkt 20.5.2 het det:

«Bygning skal tilrettelegges for en ekstra vognhall. Dette omfatter blant annet:

- Plassering på tomt
- Tilfredsstillende påkoblingsmulighet
- Planløsning som tilrettelegger for utvidelse»

- (9) I konkurransegrunnlaget var planvedtaket, plankart og planbestemmelsene til kommunens tomt vedlagt, og disse ga føringer for hvordan brannstasjonen med tilbygg og opsjoner kunne plasseres. Det fremgikk i denne forbindelse følgende av K1 punkt C.1.3:

«C.1.3 Plassering av bygg på tomt på Kringleskjæret

Bygget kan plasseres på kote 2,8 moh dersom hele fyllingen foran bygget i en sone på minst 8 m minst er på samme høyde. I praksis betyr dette at bygget bør plasseres minst på kote 2,96 moh dersom en skal ha ensidig fall 1:50 mot sjø.

Det er i forslag til reguleringsplan en kai foran bygget. Denne kaien vil føres opp etter bygget. Dette betyr at bygget bør plasseres minst 8 m fra front fylling der en er minst på kote 2,8 moh, og ikke 8 m fra kaifront.

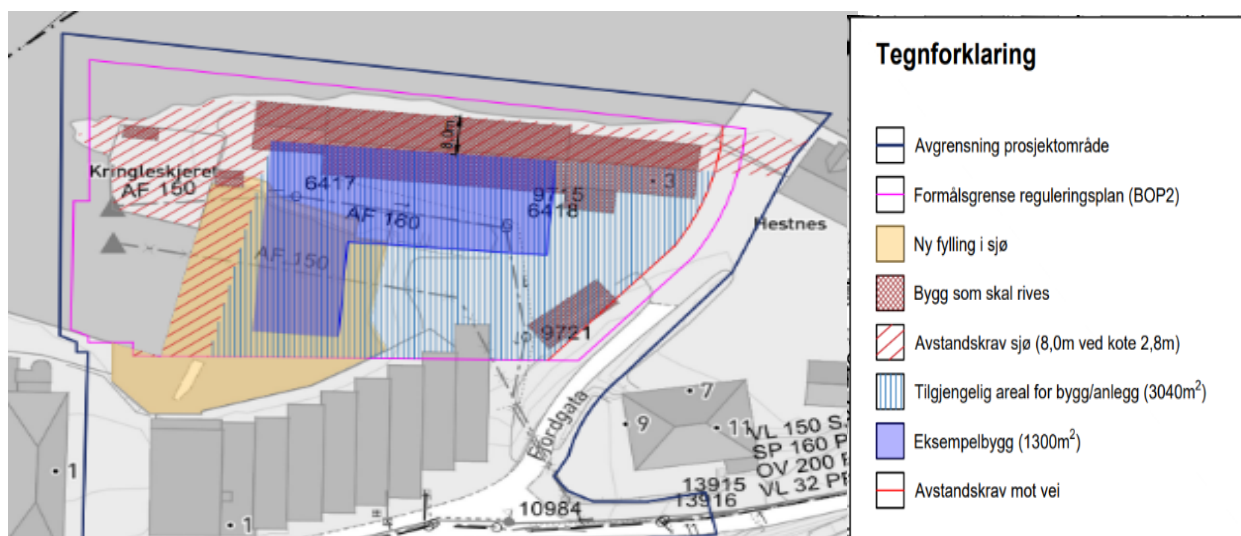
Skal en ta hensyn til ensidig fall fra bygg mot sjø, bør bygget sannsynligvis plasseres noe høyere enn kote 2,8 moh. Det overlates til totalentreprenør å ta endelig stilling til dette.»

- (10) At brannstasjonen og eventuelle tilbygg og opsjoner måtte minst være plassert åtte meter fra front fylling, betegnes i det følgende som «avstandskravet».
- (11) For å realisere tiltakene i reguleringsplanen, krevde planbestemmelsene blant annet at det måtte foretas utfylling i sjø. I K1 punkt C.1.2, stod det at «byggherren [holdt] på med søknad om fylling i sjø». Søknaden dekket hele arealet som var omfattet av detaljreguleringen.
- (12) Statsforvalteren ga løyve til utfylling fase en, 4. april 2022. Dette gjaldt sjøområdet i sør. Det ble ikke gitt tillatelse til utfylling fase to, som gjaldt sjøområdet i nord. Innklagede sendte ny søknad 21. april 2022 om utfylling fase to. Det er fremdeles ikke avklart hvorvidt innklagede vil få slik tillatelse. Statsforvalterens skisse over tiltaksområdet viste lokaliseringen av utfyllingsfase en og to:



- (13) I K1 punkt C.2 fremgikk blant annet en utarbeidet situasjonsplan for Kringleskjæret. I situasjonsplanen var det et inntegnet område som viste «Avstandskrav sjø (8,0 m ved kote 2,8m)». Videre var det strukket en rett linje som fulgte terrenget/den faktiske sjøfronten,

og det var skravert et område benevnt «*tilgjengelig areal for bygg/anlegg 3040 m²*»). Det tilgjengelige arealet for byggingen forholdt seg til avstandskravet, med utgangspunkt i den rette linjen. Det var også tegnet inn et «*Eksempelbygg*» på 1300 m², innenfor dette arealet:



- (14) Konkurransesgrunnlaget hadde et eget prisskjema, hvor leverandørene skulle prise ulike kontraktsposter. For grunnarbeid, var det egne kapitler som het «*Grunn og fundament*», «*Utendørs fundament*», «*Veger og plasser*» og «*Bearbeidet terreng*».
- (15) I konkurransesgrunnlaget punkt 3.2 «*[k]omplett tilbud*» flg., stod det hvilke krav som var satt til utformingen av tilbudet, se underpunkt 1 og 3:

«*Komplett tilbud skal navngis etter følgende disposisjon:*

1-Tilbudsbrev

- *Signert tilbudsbrev på norsk i pdf. Eventuelle atterhald må vere klart og eintydigformulert i tilbudsbrevet (...).*
- *Evt. forbehold/avvik som ikke fremgår av tilbuds brevet, og som ikke er avdekket under tilbudsevalueringen, vil ikke bli ansett for gyldige etter kontraktsinngåelse. Det innebærer at forbeholdet/avviket ikke vil kunne påberopes etter evt. kontraktsinngåelse.*

3- Besvarelse av relevanse for evalueringa av tildelingskriteriet kvalitet, sjå punkt 5.2 nedanfor

Situasjonsplan med omriss av bygninger, veier og plasser, grøntanlegg osv med innlagt prosjektgrense. I tillegg overflatetyper, utrustning og beplantning kjem fram. (M 1:500) Gjelder utendørs.»

- (16) Det fulgte av konkurransesgrunnlaget punkt 5.2 flg., at pris skulle vektas med 60 prosent og kvalitet 40 prosent. Kvalitetskriteriet var inndelt i underpunktene «*LCC, Energi og bygningskonsept*», som ble vektet med 15 prosent, «*Beliggenhet tomt*», vektet fem prosent, og leverandørenes «*prosjektløsningsforslag*». Sistnevnte var beskrevet slik:

«Arkitektur:

Konseptløyninga skal inkludere prosjektet sin elastisitet, arealutnyttelse, estetikk og dens materialbruk både ute og inne.

- *Arkitektoniske kvalitetar vi vil vurdere er:*
- *Lokal steds-/landskapstilpasning (micro/makro)*
- *Tilpasning mot skadevind og saltdekk.*
- *Logistikk (flyt inne/ute, ren/skitten sone inndeling og effektiv adkomst/utrykning)*
- *Overflatekvaliteter, inne/ute/uteomhus*
- *Arealeffektivitet*
- *Romlige kvalitetar utover minstekrav*
- *Fleksibilitet (fremtidige utvidingar og endra bruk)*

Det er opp til leverandør å få fram kvalitetar ut over minstekrav.

Oppdragsgjevar vil vurdere tilboden prosjektløysingsforslag ut over minstekrav i tråd med det som framkjem i kravspesifikasjon og punkta ovanfor.»

- (17) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det beskrevet hvordan eventuelle avvik ved tilbudene skulle vurderes:

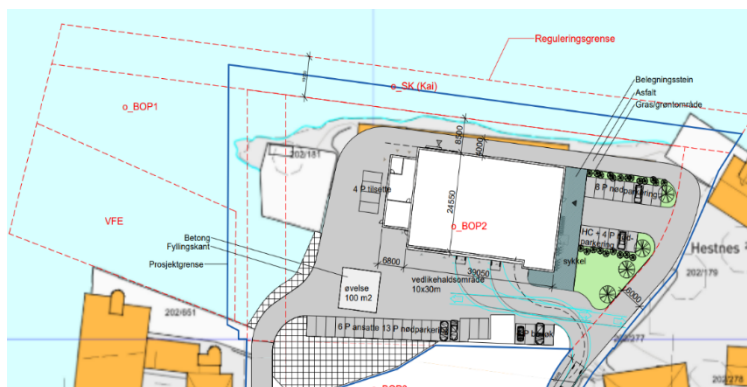
«Generelt gjelder at krava ikkje er å anse som absolutte minstekrav, i den betydning at oppdagede avvik frå disse automatisk vil bli ansett for vesentleg og leder til avvising.

Oppdragsgivar vil såleis foreta en konkret vurdering av i hvilken grad evt. avvik frå krav etter sin art, størrelse og betydning/relevans anses som vesentlege og dermed må føre til avvising. Dette vurdert opp mot moglegheita for å ivareta likebehandling gjennom evalueringa av tildelingskriteriene (i form av prissetting av avviket eller poengtrekk under øvrige tildelingskriterier.

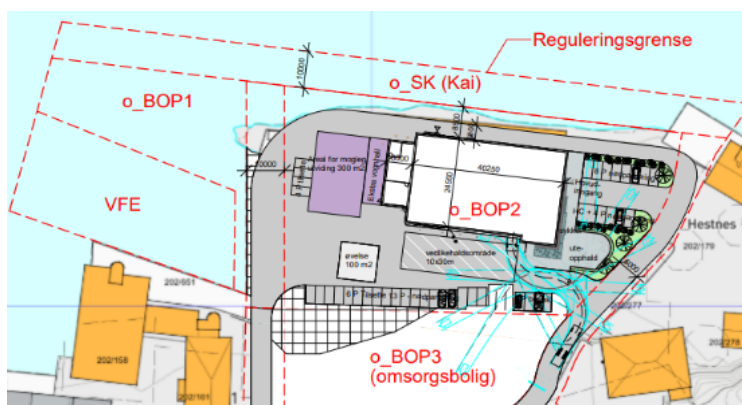
Det minnes likevel om at oppdragsgiver alltid har en rett til å avvise tilbod med atterhald/avvik eller uklarheter, med mindre de anses som ubetydelege», jf. FOA § 24-8 (2) bokstav a). Det anbefalast derfor at tilbyder stiller spørsmål i forkant av tilbudsinnleveringen, heller enn å legge inn atterhald/avvik i tilbodet, jf. den risikoen slike inneberer.»

- (18) Innen tilbudsfristen hadde Åsen & Øvrelid AS (heretter *klager*) og Consto SFJ AS (heretter *Consto*), levert tilbud.
- (19) Consto hadde vedlagt tre situasjonsplaner. Situasjonsplan en viste brannstasjon inntegnet i plankartet. Situasjonsplan to skisserte brannstasjon med opsjon, og situasjonsplan tre viste brannstasjonen med opsjon og tilbygg.

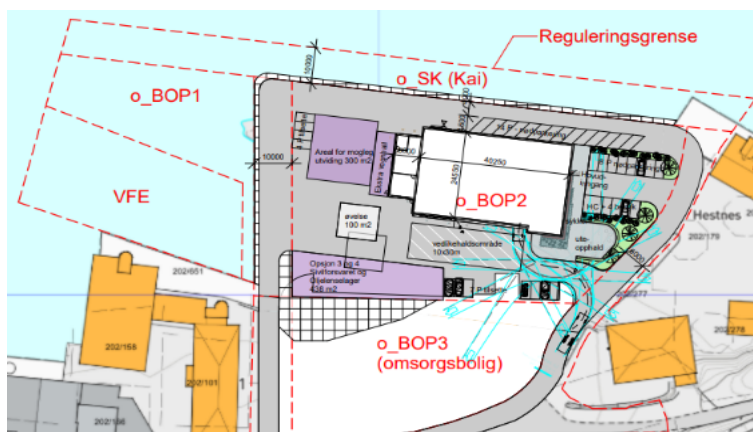
- (20) Klager hadde også vedlagt tre ulike situasjonsplaner. Situasjonsplan 1 (A11-01), viste slik plassering av brannstasjonen:



- (21) Situasjonsplan to (A11-02) skisserte brannstasjonen med areal for utvidelse og ekstra vognhall:



- (22) Situasjonsplan tre (A11-03) viste brannstasjon, ekstra vognhall, utvidelsesarealet og bygning for opsjoner:



- (23) Klager hadde lagt ved arkitektbeskrivelse til sitt opprinnelige tilbud. Der fremgikk det blant annet:

«(...) Tomta ligg like aust for sentrum, og omfattar kringleskjæret og sjøbukta innanfor. Det er føresett utfylling av bukta for å få nok tomteareal til utbygging – utfylling Trinn 1.

Tomta avsett til brannstasjon er marginal i høve planlagt program, dersom ein skal oppfylle alle opsjonar og eventuelle tilbygg. Ved eventuell utviding av fleire funksjonar vil det vere behov for å fylle ut meir areal på nordsida av Kringleskjæret. Her der det regulert ny kai mot sjøen.»

- (24) Forhandlingene mellom klager og innklagede ble gjennomført 7. oktober 2022, 10. november 2022, og 23. november 2022. Det går frem av forhandlingsprotokollen fra forhandlingsmøtet 23. november at pris, krav til plassering av opsjoner, situasjonsplan og arealkravene hadde vært tematisert:

«Revidert tilbud omfatter:

- *Tilbudsbrev.*
- *Pris.*
- *Beskrivelse av endringer.*
- *Forslag til plassering av Sivilforsvaret.*
- *Situasjonsplan*
 - *Dersom løsning endres.*
 - *Sporingskurver må vises dersom situasjonsplan endres»*

Tilbyder kan levere revidert informasjon om alle forhold som kan ha betydning for tildelingskriteriene.

(...) 2.2 Arealkrav

Tilbyder kan bruke følgende krav til areal:

- *Arealkrav til tekniske rom er funksjonskrav.*
 - *Arealkrav til eventuelle framtidige påregnelige påbygg/tilbygg må ivaretas.*
 - *Eksempel: Opsjoner.*
- *Bruksrom, med unntak av klesdepo og kontor, kan ha mindre avvik fra konkurransegrunnlaget dersom dette ikke reduserer funksjonskravene.*
 - *Avvikene må oppgis og begrunnes i revidert tilbud.»*

(...)

«6.1 Tildelingskriterier

Opsjon er ikke en del av tildelingskriteriet pris.

Plassering av opsjoner er en del av tildelingskriteriet kvalitet. Det er aktuelt med avklaringer i forhandlinger etter at revidert tilbud er levert.

(...)

Byggherren opprettholder krav til at plassering av alle opsjoner skal være ivaretatt.»

- (25) Den 30. november 2022 leverte klager endelig tilbud. Tilbudssummen var 81 582 864 kroner (inkludert leveringskostnader og mva.). Klager hadde ikke revidert situasjonsplanene nr. to og tre.

- (26) Consto leverte revidert tilbud den 30. november 2022. Tilbudssummen var 83 673 753 kroner (inkludert leveringskostnader og mva.). I tilbudet til Consto fremgikk blant annet Constos oppgaveforståelse:

«Ut i fra arealet på tomta og utforminga av reguleringsplanen framstår oppgava med å plassere brannstasjonens volum som en enkel sak, men ei rekke føringar har viser seg å komplisere mulighetene.

- *Krav til avstand til sjølinje som ikke kan justeres uten et fyllingsløyve som ikke foreligger.*

(...)

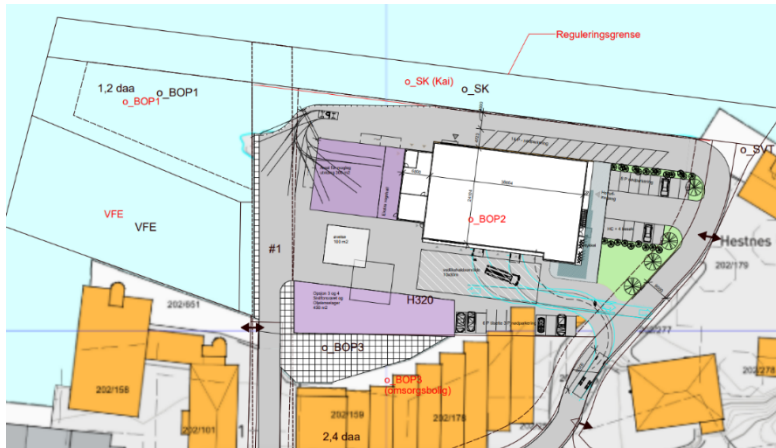
- *Løysing som fungerer med følgende scenarioer; Brannstasjon uten opsjon og tilbygg, brannstasjon uten opsjon med tilbygg, Brannstasjon med opsjon uten tilbygg og til slutt brannstasjon med opsjon og tilbygg.*

(...)

- *Framtidig tilbygg gir for eksempel latente føringar som begrenser plassering av enkelte funksjoner.*

(...) I sum gir desse føringene klare begrensninger for plassering og utforming av bygget.»

- (27) I prisskjemaet hadde både klager og Consto priset postene «*Grunn og fundament*», «*utendørs konstruksjoner*» og «*Veger og plasser*». Klagers pris for dette grunnarbeidet var 19,1 millioner kroner, mens Constos pris var 11,3 millioner kroner. Ingen av leverandørene hadde fylt ut prisskjemaets kapittel 71, «*Bearbeidet terreng*».
- (28) Som følge av tilbudene, ble klager utpekt som vinner av konkurransen i tildelingsbeslutning av 2. februar 2023. Consto klagde på tildelingen 14. februar 2023. Innklagede tok ikke klagen til følge i brev 29. mars 2023.
- (29) Consto stilte oppfølgingsspørsmål i brev av 31. mars 2023, og hevdet at det nordvest på tomten (hvor klager hadde skissert tilbygg), ikke ville være mulig å løse avstandskravet uten ekstra fylling i nord. I brev av 15. mai 2023 avviste innklagede klagers tilbud, og omgjorde tildelingsbeslutningen.
- (30) Klager klagde på avvisningen i brev av 1. juni 2023. Det ble fremlagt en ny situasjonsplan, «*A-11-03 – Situasjonsplan med opsjoner*», som viste alternativ plassering av tilbygg i nordvest, som etter klagers oppfatning ikke nødvendiggjorde utfylling i strid med konkurransegrunnlaget:



- (31) Klager anførte også at Consto ikke oppfylte parkeringskravene i konkurransegrunnlaget, og at dette utgjorde et vesentlig avvik.
- (32) I feildatert brev 8. juni (egentlige dato er 9. juni) 2023, ble det opplyst om at klagen ikke ble tatt til følge.
- (33) Klager stilte spørsmål til innklagede i e-post 12. juni 2023 om parkeringsløsningen, og en skissert bæresøyle til brannstasjonen, var i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (34) Innklagede svarte bl.a. slik på spørsmålene 13. juni 2023:

«Kravet er 26 nødoppstillingsplasser (...) hverken Consto eller [klager] har oppfylt dette kravet, men det er vurdert at det er avsatt nok areal.

(...)

Kommunen er enig i at de 9 parkeringsplassene Consto selv har tegnet inn på situasjonsplan 3 innebærer for liten avstand mellom parkeringsplassene. Dette fremgår allerede av illustrasjonen av hvordan kravene kan løses under svar 1. Det var derfor ikke korrekt når det i avvisningsbrevet ble opplyst at begge tilbydere oppfylte kravet om 14 parkeringsplasser i henhold til norm. Det sentrale for kommunen – og som man mener ivaretar likebehandlingen – er at det er vurdert at det er tilstrekkelig areal tilgjengelig for å løse dette for begge tilbyderne. kommunen har derfor ikke vurdert dette som et vesentlig avvik.

(...)

Kommunen er uenig i at det [sic] løsningen krever planendring eller dispensasjon. Det vises til svarbrevets punkt 2.5.2, samt det forhold at avstandskravet er basert på bølgerapport som er et vedlegg til reguleringsplanen (...).»

- (35) Innklagede hadde – på bakgrunn av klagers spørsmålsstilling – utarbeidet en ny situasjonsplan knyttet til Constos parkeringsløsning. Den skulle vise hvordan kravene til parkeringsplasser kunne løses innenfor rammene av Constos situasjonsplan. Den nye løsningen var vedlagt kommunens e-post 13. juni 2023.

- (36) I e-post korrespondanse med innklagede 14. og 15. juni 2023, gjorde klager gjeldende at innklagedes nye forslag til å løse parkeringskravet, var i strid med reguleringsplanen – og dermed ikke i henhold til konkurransegrunnlaget.
- (37) Ovennevnte korrespondanse resulterte i at innklagede foretok ny vurdering av parkeringsløsningene til Consto, og fastholdt i brev av 19. juni at Constos parkeringsløsning ikke utgjorde et vesentlig avvik, ettersom det etter innklagedes oppfatning var mulig å løse parkeringskravet innenfor arealet Consto hadde avsatt til parkering.
- (38) Innklagede gjorde også en ny vurdering av klagers nye løsningsforslag om å flytte tilbygget og vognhallen i situasjonsplan tre. De fant imidlertid ikke grunn til å omgjøre avvisningen av klagers tilbud.
- (39) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. juni 2023. Kontrakt er ikke inngått. Innklagede avventer kontraktsignering i påvente av klagenemndas behandling av saken.
- (40) I løpet av saksbehandlingen for klagenemnda la innklagede frem ytterligere parkeringsløsninger som skulle godtgjøre at Consto faktisk hadde avsatt tilstrekkelig areal til å løse parkeringskravet. Samtlige løsninger ble bestridt av klager.
- (41) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. oktober 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (42) Innklagede hadde ikke grunnlag for å avvise tilbudet til klager, da det ikke inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (43) Selv om situasjonsplanenes skisserte løsninger ikke var i tråd med konkurransegrunnlaget, så er ikke dette et anskaffelsesrettslig avvik. Situasjonsplanene var ikke rettslig forpliktende. Etter NS 8407 punkt 2.2 ville en antagelse av klagers tilbud, medført forpliktelse til å levere i henhold til konkurransegrunnlagets krav. Avstandskravet vil dermed ivaretas i detaljprosjektering.
- (44) Under enhver omstendighet er ikke avviket vesentlig, da det bare krever en minimal justering av utforming og plassering av tilbygget for å overholde avstandskravet.

Subsidiært – forutsatt at situasjonsplanenes detaljer var rettslig bindende

- (45) Innklagede kan ikke legge til grunn forskjellige tolkninger av konkurransegrunnlaget i forskjellige faser i konkurransen. Ved gjennomføringen av forhandlingene, og ved den opprinnelige tildelingen av kontrakten til klager, la innklagede til grunn at detaljene i situasjonsplanene ikke var rettslig bindende. Det var derfor ikke noe fokus på situasjonsplanene utover det som hadde betydning for evalueringen under tildelingskriteriet kvalitet.
- (46) Innklagede har ikke overholdt det grunnleggende prinsippet om likebehandling. De har gått vesentlig lengre i å tillate endringer av parkeringsløsningen til Consto, men aksepterer ikke justeringer av klagers situasjonsplan, slik at tilbygg og vognhall ville ha

overholdt avstandskravet uten ekstra fylling. Innklagede hadde under enhver omstendighet rett til å avklare eventuelle uklarheter etter forskriften § 23-5.

Utfyllingsarbeidet er omfattet av tilbudsprisen – ingen relativ bedømmelsestil

- (47) All opparbeidelse av areal for tilbygg og ekstra vognhall er priset i tilbudet. Dette fremgår med all tydelighet av arkitektbeskrivelsen og ved at det ikke er gitt en egen pris for situasjonsplan to. Det er heller ikke tatt noen forbehold i tilbudsbrevet som det er mulig å tolke slik at tilbudssummen ikke inkluderer disse arbeidene. Det oppstår dermed ingen relativ bedømmelsestil mellom klager og Consto.
- (48) Det foreligger uansett ikke større uklarhet knyttet til prisingen av utfyllingene, enn at innklagede kan presumere at prisene for grunnarbeid inngår i tilbudssummen til klager.

Valgte leverandør skulle ha vært avvist på bakgrunn av parkeringsløsningene

- (49) Valgte leverandør skulle ha vært avvist ettersom tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (50) Valgte leverandørs parkeringsløsning var ikke gjennomførbar på tilbudstidspunktet, og innklagedes første parkeringsalternativ var i strid med konkurransegrunnlaget. De nye – etterfølgende – parkeringsløsningene oppfyller heller ikke konkurransegrunnlaget.
- (51) Ettersom ingen av parkeringsløsningene er gjennomførbare i tråd med konkurransegrunnlaget, kan det ikke utelukkes at Consto må endre utformingen eller plasseringen av brannstasjonen. Det er konkurransevidende å tillate et slikt avvik, og det må derfor legges til grunn som vesentlig.

Valgte leverandør skulle ha vært avvist på grunn av manglende overholdelse av avstandskravet

- (52) Valgte leverandør har skissert bæresøyle til brannstasjonen innenfor avstandskravet på åtte meter i sin situasjonsplan. Dette er i strid med flomkravet i reguleringsplanens punkt 4.2 kulepunkt 2. Plasseringen vil kreve dispensasjon fra reguleringsplanen. Dette utgjør et vesentlig avvik.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Manglende overholdelse av avstandskravet utgjør et vesentlig avvik

- (53) Klagers tilbud er rettmessig avvist fordi det inneholdt vesentlige avvik.
- (54) Det fremgikk klart at det var krav om at tilbudt løsningsforslag – omfattende kontraktsarbeid med opsjoner – skulle realiseres innenfor avstandskravet på grunnlag av den utfyllingstillatelsen som forelå. Løsningsforslagene i klagers situasjonsplan to og tre oppfyller ikke avstandskravet uten ekstra fyllinger. Det er ikke gitt nødvendig utfyllingstillatelse for dette, og det er ikke sannsynliggjort at slik tillatelse vil foreligge senest ved tidspunktet for når realisering av tilbygg og vognhall skal kunne gjennomføres.
- (55) Det bestrides at innklagede har adgang til, eller er forpliktet til, å vektlegge de muligheter for endring av løsningsforslagene klager har omtalt og beskrevet etter avvisningsvedtaket.
- (56) Under enhver omstendighet aktualiserer situasjonsplan nr. to og tre behov for prissetting som det knytter seg usikkerhet til, og som skaper rangeringstil.

Relativ bedømmelsestil på grunn av manglende prising av grunnarbeid

- (57) Innklagede er ikke enig i at det fremgår av arkitektbeskrivelsen kombinert med de tre situasjonsplanene, at alt areal og oppbygging av nødvendig areal for ekstra vognhall og tilbygg til brannstasjonen, er omfattet av tilbudssummen. Siden det er liten poengmessig differanse mellom klagers og Constos tilbud, foreligger det rangeringstil, og derved avvisningsplikt i henhold til forskriften § 24-8 (1) bokstav b.

Constos manglende overholdelse av parkeringskravet, utgjør ikke et vesentlig avvik

- (58) Klager har ikke sannsynliggjort at parkeringskravet ikke kan realiseres i tråd med konkurransegrunnlaget, innen rammene av det avsatte arealet i Constos situasjonsplaner. Tilbudet til Consto inneholder derfor ikke et vesentlig avvik.
- (59) Klager har ikke sannsynliggjort at nødparkeringsplassene i nord, som ble skissert av Consto 16. august 2023, ikke kan realiseres i tråd med konkurransegrunnlaget. Ettersom dimensjonerende størrelse for personbiler er 4,8 x 1,8m, vil en romslig parkeringsplass iht. norm ha en lengde på 5 m, og bredde på 2,5 m. Dersom man bruker en vinkel på 20 grader, vil totalbredden bli ca. 7,9 m. Man får da plass til tilstrekkelig antall nødparkeringsplasser i nord. Det er heller ikke sannsynliggjort at nødparkeringsplassene i sør ikke vil fungere i reelle utrykningssituasjoner.
- (60) Til klagers innvendinger mot å endre parkeringsvinkelen til 20 grader, har innklagede fått følgende uttalelse fra sivilarkitekt:

«Sivilarkitekt Roy Husevåg har fått seg forelagt innklagedes merknader og har intet å tilføye utover å påpeke for ordens skyld at det etter kontroll av skissen klager har fremlagt som bilag 1 [i brev 8. september 2023], kan konstateres at det er 7,3 meter mellom plassene, ikke 7,5 meter ved 20 graders parkering. Dette har betydning for klagers anførsel om at det kun er mulig med 11 plasser i nord osv. (Ved 8 meter tilgjengelig).».

- (61) Plassering av den ene bæresøylen innebærer heller ikke et vesentlig avvik. Plasseringen krever ikke dispensasjon fra reguleringsplanen, da den ikke utgjør en risiko i forhold til flom/bølgepåvirkning.

Klagenemndas vurdering:

- (62) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for oppføring av brannstasjon, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 56 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (63) Klager ble først tildelt kontrakten, men tilbudet ble senere avvist. Det rettslige utgangspunktet for klagesaken er dermed om omgjøringen av tildelingsbeslutningen er rettmessig. Omgjøringen er rettmessig dersom den opprinnelige tildelingen var i strid med forskriften, jf. forskriften § 25-1 (4). En slik feil foreligger dersom klagers tilbud skulle vært avvist som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.

- (64) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om tilbudet til klager inneholder et vesentlig avvik.
- (65) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og 23-3 (2). Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731 avsnitt 39, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 Cartiera dell'Adda.
- (66) I tillegg til det ovennevnte, følger det av forarbeidene til anskaffelsesforskriften § 24-8 (NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2), at det vil foreligge et vesentlig avvik, dersom tilbudet er uklart eller ufullstendig, og dette skaper tvil om hvordan tilbudet skal sammenlignes med andre – såkalt relativ bedømmelsestvil. I den tidligere forskriften av 2006 var dette et eget avvisningsgrunnlag, men det ble ikke videreført, da lovgiver mente at slike uklarheter alltid vil representere et vesentlig avvik, jf. NOU 2014:4 punkt 25.4.6.2. Tidligere praksis om denne avvisningsplikten er derfor relevant.
- (67) Det følger av LH-2012-105793 at avvisningsplikten utløses dersom det ved tolkningen av tilbudet, oppstår en *«rimelig begrunnet tvil om hvordan tilbudet ville kommet ut, dersom tilbudet hadde oppfylt konkurransegrunnlagets areal- og romprogram»*. Det *«skal i praksis ofte lite til»* for å fastslå såkalt relativ bedømmelsestvil. Lagmannsretten har i LB-2008-103502 uttrykt at det vil være tilstrekkelig for avvisningsplikt, at tilbudet *«kan medføre tvil»* om bedømmelsen. Det er ikke et krav om å påvise faktisk innvirkning på rangeringen av tilbudene. En uklarhet som skaper en *«rimelig begrunnet tvil om rangeringen»*, vil være tilstrekkelig.
- (68) Det fremgikk klart av konkurransegrunnlaget at brannstasjonen måtte prosjekteres i tråd med gjeldende offentlige krav, normer og anbefalinger. Klagenemnda oppfatter det som uomtvistet at klagers situasjonsplan to og tre nødvendiggjorde utfylling utover det utfyllingstillatelsen tillot. Løsningen for tilbygg og ekstra vognhall var dermed ikke i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (69) Klagenemnda vil bemerke at overholdelse av areal- og avstandskravet var en særlig utfordring ved tilbudsutformingen. Klagers situasjonsplaner forholdt seg ikke til denne særlige utfordringen. Klager har dermed gitt seg selv et større mulighetsrom til å skissere kostnadseffektive og kvalitative gode løsninger, enn det konkurransegrunnlaget ga anledning til. Det er dermed ikke mulig å fastslå hvordan tilbudet ville ha blitt rangert, dersom klager hadde gitt et prosjektløsningsforslag i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (70) Klagers tilbudspris var 81 582 864 kroner (inkl. leveringskostnader og mva.). Grunnarbeidet var prissatt til 19,1 millioner kroner, uten å spesifisere hvorvidt dette omfattet utfyllingsarbeidet. Samtidig har klager uttalt i sitt reviderte tilbud at *«ikkje alle vedlegg/dokument er revidert for ny løysing»*. Klager har i tillegg fremholdt at situasjonsplanene ikke skulle være rettslig forpliktende, utover tilbudsevalueringen av kvalitetskriteriet.

- (71) Etter klagenemndas syn gjør ovennevnte forhold det uklart hva som er priset i klagers tilbud. Nemnda er ikke enig med klager i at arkitektbeskrivelsen, eller totalprisen på 19,1 millioner kroner for grunnarbeidet, klargjør hvorvidt utfyllingsarbeidet var priset i tilbudet.
- (72) Klager har anført at NS 8407:2011 punkt 2.2 (1), og det faktum at situasjonsplanene skulle brukes i tilbudsevalueringen under kvalitetskriteriet, må tilsi at innholdet i situasjonsplanene ikke kan utgjøre vesentlige avvik.
- (73) I NS 8407 punkt 2.2 (1) heter det at funksjonskrav til løsninger, kvalitet eller merke «*som er spesifisert i tilbuds- eller konkurransegrunnlaget [skal gjelde] foran løsninger eller konstruksjoner i totalentreprenørens tilbud, med mindre han har tatt uttrykkelig forbehold*». I dette ligger at konkurransegrunnlagets krav går foran skisserte løsninger i leverandørens tilbud, med mindre leverandøren gjør det klart overfor oppdragsgiver at de skisserte løsningene var ment som forbehold i den etterfølgende kontraktgjennomføringsfasen, se lagmannsrettens forståelse av NS-bestemmelsen i LH-2016-96291.
- (74) Hvorvidt klager ville ha vært forpliktet til å levere i henhold til konkurransegrunnlaget i kontraktgjennomføringsfasen, er etter klagenemndas syn ikke relevant i avgjørelsen av om det foreligger relativ bedømmelsestil på tilbudstidspunktet. Situasjonsplanene skulle brukes i tilbudsevalueringen. Klagers situasjonsplaner skapte tvil om hvordan tilbudene skulle sammenlignes. Det måtte derfor være påregnelig for klager at situasjonsplanene kunne medføre relativ bedømmelsestil, uavhengig av den rettslige statusen til situasjonsplanene. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (75) Klagenemnda har derfor kommet til at tilbudet inneholder uklarheter som gjør at det foreligger relativ bedømmelsestil. Siden relativ bedømmelsestil alltid vil utgjøre et vesentlig avvik etter forskriften § 24-8 (1) b, hadde innklagede en plikt til å avvise klagers tilbud. Den opprinnelige tildelingen var dermed i strid med forskriften. Kontrakt var ikke inngått og omgjøringen var lovlig, jf. § 25-1 (4).
- (76) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om Constos tilbud skulle vært avvist.
- (77) I kravspesifikasjonen fremgikk det at det måtte «*avsettes areal til minst 26 hurtigoppstillingsplasser for slokkemannskapet*». Disse nødparkeringsplassene trengte ikke å følge «*parkeringsnormen*», men måtte være «*romslige og lett tilgjengelig*». Videre var det «*viktig med ekstra fokus på trafiksikkerhet og rask tilkomst ved utrykning*». For ordinære parkeringsplasser skulle det «*etableres minst 10 biloppstillingsplasser for ansatte*» og 4 biloppstillingsplasser for besøkende, og «*tilstrekkelig antall parkeringsplasser for forflytningshemmede*».
- (78) Klagenemnda oppfatter det som uomtvistet, at ingen av situasjonsplanene til Consto viste tilstrekkelig antall nødparkeringsplasser. Innklagede har også erkjent at det er skissert for lite plass til ni av de ordinære parkeringsplassene i situasjonsplan tre.
- (79) Constos tilbud inneholdt dermed avvik fra anskaffelsesdokumentene. Spørsmålet blir derfor om avviket er vesentlig.

- (80) Ved vurderingen av om avviket er vesentlig, må det blant annet ses hen til hvor stort avviket er, viktigheten av forholdet det avvikes fra, og i hvilken grad avviket vil kunne forrykke konkurransen, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sak 2023/313 avsnitt 25, og 2020/355 avsnitt 48 med videre henvisninger.
- (81) Innklagede har i sin vesentlighetsvurdering lagt avgjørende vekt på at Consto hadde avsatt tilstrekkelig areal til å kunne løse parkeringskravet. Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt denne oppfatningen faktisk er sannsynliggjort.
- (82) Etter tvisten oppstod, har innklagede lagt frem flere ulike parkeringsløsninger, som skulle godtgjøre at Consto hadde avsatt tilstrekkelig areal til å kunne løse parkeringskravet for både de ordinære parkeringsplassene og nødparkeringsplassene. Den nye løsningen av 13. juni 2023 var utenfor formålsgrensene til BOP2, og oppfylte dermed ikke konkurransegrunnlaget. Dette erkjente innklagede 19. juni 2023. Til tross for dette fastholdt innklagede oppfatningen om at parkeringskravet var mulig å løse innenfor rammene av det avsatte arealet i Constos situasjonsplaner og fikk utarbeidet ytterligere to parkeringsløsninger etter at klage ble sendt til KOFA.
- (83) De innsigelser klager har satt frem mot de ulike parkeringsløsningene, gjør at klagenemnda ikke finner det sannsynliggjort at de ulike parkeringsalternativene faktisk oppfyller parkeringskravene i konkurransegrunnlaget. Innklagede har ikke tilbakevist klagers innsigelser på en slik måte at klagenemnda kan legge innklagedes syn til grunn. I tillegg har innklagede selv ytret tvil i forhold til spørsmålet om Consto skulle ha vært avvist. Klagenemnda finner det mest sannsynlig at Consto ikke hadde avsatt tilstrekkelig areal til å løse parkeringskravene.
- (84) Det fremgikk klart i konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte avsette tilstrekkelig areal til samtlige parkeringsplasser. Arealbegrensingene var en av hovedutfordringene ved tilbudsutformingen. Overholdelse av parkeringskravet var derfor et viktig forhold i konkurransen. Dette taler for at avviket må anses som vesentlig.
- (85) Manglende overholdelse av parkeringskravet, kan også ha påvirket innholdet i Constos tilbud. Det kan ikke utelukkes at oppfyllelse av parkeringskravet hadde nødvendiggjort andre løsninger, herunder knyttet til brannstasjonens beliggenhet og utforming. Siden dette er forhold som er relevant for tilbudsevalueringen, vil avviket kunne ha forrykket konkurransen. Dette taler også for at avviket må anses som vesentlig.
- (86) Klagenemnda har derfor kommet til at Constos tilbudte parkeringsløsning utgjør et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget. Consto skulle dermed ha vært avvist fra konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) b.
- (87) Klager har anført at dersom Consto skulle vært avvist som følge av vesentlige avvik, oppstår det ingen relativ bedømmelsestil knyttet til klagers tilbud. Som grunnlag anføres det at det ikke kan oppstå relativ bedømmelsestil når klagers tilbud gjenstår som eneste tilbud.
- (88) Klagenemnda støtter ikke denne forståelsen. Klagenemnda må ta utgangspunkt i de faktiske forholdene som forelå ved tilbudstidspunktet. Det var kommet inn to tilbud, og klagers tilbud var for uklart til å kunne gjennomføre en reell tilbudsevaluering. At det senere viste seg at tilbudet fra Consto også skulle avvises, reparerer ikke uklarhetene i klagers tilbud. Klager gis dermed ikke medhold i anførselen.

(89) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Kinn kommune har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Åsen & Øvrelid AS. Kinn kommune har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise Consto SFJ AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur