

SANDS Advokatfirma DA

v/Åshild Fløisand

Sendt via KGV og pr e-post aaf@sands.no

Svar på klage - nytt helsehus og omsorgssenter

1 Innledning

I brev 4. januar 2023 påklaget dere på vegne av Consto Sør AS (heretter bare *Consto*) Lindesnes kommunes tildeling av kontrakt til Skanska AS i konkurransen om nytt helsehus og omsorgssenter. Klagen er fulgt opp med et supplerende brev 16. januar 2023.

Vi bistår kommunen i klagesaksbehandlingen, og sammen med kommunen har vi vurdert tildelingen i lys av de argumentene som er tatt opp i klagen. Kommunens konklusjon etter denne gjennomgangen er at det ikke er rettslige mangler ved kontraktstildelingen. Tildelingen opprettholdes dermed, og klagen har ikke ført frem.

En forutsetning for at Skanskas tilbud inneholder et *vesentlig* avvik som medfører avvisningsplikt, er at tilbudet inneholder et avvik. Lindesnes kommune mener at Skanskas tilbud ikke inneholder noen avvik. Hvis det skulle foreligge avvik, er de ikke vesentlige.

I det følgende utdyper kommunen sitt syn på Constos klagegrunner.

2 Skanskas tilbud inneholder ikke et avvik fra reguleringsbestemmelsene

2.1 Reguleringsplanens krav

Av reguleringsbestemmelsen punkt 3.1.1 b underpunkt 4 *Utforming av bebyggelse* fremgår det følgende (kommunens uthevning):

«Bebyggelse over bakkeplan oppføres med utstrakt bruk av tre, også bærende konstruksjoner, og der det er hensiktsmessig skal det være klar overvekt av trematerialer i fasader og på innvendige flater.»

Som det fremgår av det siterte utdraget, er det gitt to føringer:

- Bebyggelse over bakkeplan oppføres med utstrakt bruk av tre. Dette inkluderer bærende konstruksjoner.
- Der det er hensiktsmessig skal det være klar overvekt av trematerialer i fasader og på innvendige flater.

Dette er ikke det samme som at det kreves at det nye helsehuset og omsorgssenteret skal bygges i tre. Under kommunestyrebehandlingen ble det fremmet et forslag om at *«[b]ebyggelse over bakkeplan skal oppføres med bærende konstruksjoner i tre»*, men det forslaget ble nedstemt, se protokoll fra sak 37/22.

I den kommende byggesaken om nytt helsehus og omsorgssenter skal byggesaksmyndigheten forholde seg til de kravene som fremgår uttrykkelig av reguleringsplanen når den skal tolkes og anvendes. Det kan ikke innfortolkes krav som ikke er tatt inn i planen. Dette er blant annet slått

fast av Sivilombudet i flere saker, for eksempel sak 2012/956. I denne saken, som gjaldt tolkning av en reguleringsplan i Bærum kommune, uttalte ombudet følgende:

«Det følger av plan- og bygningsloven 27. juni 2008 nr. 71 § 21-4 første ledd første punktum at bygningsmyndighetene plikter å innvilge en søknad dersom søknaden er i tråd med de materielle bestemmelsene gitt i eller i medhold av loven. Myndighetenes rett til inngrep i eierrådigheten går bare så langt den enkelte hjemmelen rekker.

...

Det følger av legalitetsprinsippet at offentlige inngrep i borgernes rettsstilling trenger hjemmel i lov, eller bestemmelse gitt med hjemmel i lov. For planer vedtatt i dag følger det av plan- og bygningsloven 2008 § 11-5 annet ledd annet punktum at arealdelen av kommuneplanen skal omfatte plankart, bestemmelser og planbeskrivelse. For plankart følger et uttrykkelig klarhetskrav av forskrift om kart, stedfestet informasjon, arealformål og kommunalt planregister 26. juni 2009 nr. 861 § 9 femte ledd. Her fremgår det at plankart skal vise innhold og rettslige virkninger på en 'klar og entydig måte', og med tilstrekkelig nøyaktig stedfesting tilpasset formålet med planen. Selv om et slikt krav ikke på samme måte er lov- eller forskriftsfestet for planbestemmelser, tilsier legalitetsprinsippet at innhold og rettsvirkninger også for slike bestemmelser bør fremgå på en tilstrekkelig klar og entydig måte for å kunne hjemle inngrep i borgernes rettsstilling.»

Dette rettslige bakteppet gjør det klart at Lindesnes kommunes reguleringsbestemmelse skal forstås på den måten som fremgår av ordlyden.

2.2 Det er ingen motsetning mellom reguleringsbestemmelsen og Skanskas tilbud

Skanskas tilbudte løsning er i samsvar med reguleringsbestemmelsens krav.

- Bebyggelse over bakkeplan er oppført med utstrakt bruk av tre. Dette gjelder også når man inkluderer bærende konstruksjoner.
- Der det er hensiktsmessig er det klar overvekt av trematerialer i fasader og på innvendige flater.

Gjennomgående i hele prosjektet er tre det viktigste materialet. All ytterkledning er i tremateriale. I tillegg til at bæresystemet i ambulansebygget leveres med bærekonstruksjon og etasjeskille i tre, så er det tatt inn synlige limtredragere i overlyset i hovedbygget, samt at alle utvendige takoverbygg får bæring i tre. Skanska leverer også alle yttervegger som (selv)bærende trestendervegger med trekledning utvendig. Alle plassbyggede innervegger har stenderverk i tre.

2.3 Kommunen har ikke introdusert et krav om tre i bærende konstruksjoner

Nytt helsehus og omsorgssenter skal oppføres som et totalentrepriseoppdrag med samspill. Totalentrepriseoppdraget reguleres av NS 8407. Det innebærer blant annet at totalentreprenøren påtar seg å prosjektere bygget i samsvar med reguleringsplanen (se NS 8407 punkt 15-17) og å levere et bygg som er i samsvar med reguleringsplanen (se NS 8407 punkt 14.4).

Derfor har reguleringsplanen – naturlig nok – også lagt føringer for tilbudene i denne konkurransen. Dette gjorde kommunen uttrykkelig oppmerksom på i melding 8260247, som ble sendt i KGV 11. juli 2022:

«Reguleringsplanens bestemmelse, Pkt. 3.1.1 Fellesbestemmelser for bebyggelse og anlegg (felt BOP1 og BOP2), vedrørende funksjons og kvalitetskrav (§12-7 nr 4, 7) skal tolkes slik:

*Prosjektet vil jobbe aktivt for en utstrakt bruk av tre i bygningsmassen. Prosjektet har svært store miljøambisjoner med *ZEB-O ÷ EQ og vil med dette ivareta Lindesnes kommunes store ambisjoner for bærekraftige bygg. Bærende konstruksjoner skal også følge prinsippet om bærekraftige løsninger, der det velges enten treverk, eller et tilsvarende eller bedre miljøvennlig alternativ.»*

Consto har i brev 16. januar 2023 opplyst at Consto i hovedsak slutter seg til Veidekkes tolkning av det kravet som gjaldt i konkurransen. Som kommunen kommer til nedenfor, fremstår det imidlertid som at Constos argumentasjon i dette brevet er en annen enn Veidekkes. Dette er for så vidt naturlig ettersom Veidekke også mener at Constos tilbud skulle ha vært avvist. Kommunen har likevel funnet grunn til å redegjøre kort for kommunens vurdering av Veidekkes syn.

Veidekke synes å mene at kommunen med dette har oppstilt et krav til treverk i bærende konstruksjoner som er strengere enn det som fremgår av reguleringsplanen. Kommunen ville i så fall ha oppstilt et krav i strid med det politiske flertallets vurdering. Det ville hatt formodningen mot seg, og det er da heller ikke det kommunen har gjort.

Som det fremgår av sitatet, jobbes det aktivt for en utstrakt bruk av tre i bygningsmassen. Dette er en videreføring av reguleringsbestemmelsens krav, og det er ikke det samme som at byggene skal oppføres i tre. Betegnelsen *utstrakt* viser derimot til at også andre materialer kan benyttes.

Etter dette påpekes det at prosjektet har svært store miljøambisjoner, noe som ivaretar Lindesnes kommunes store ambisjoner for bærekraftige bygg. Dette er en henvisning til de krav og forventninger som stilles til byggene som sådan, altså byggenes samlede miljø- og klimaeffekter.

Til slutt i sitatet er det presisert at ambisjonene for bærekraftige bygg også inkluderer de bærende konstruksjonene.

Slik kommunen leser Veidekkes klage, mener Veidekke at kommunen i den siste setningen skal ha forpliktet seg til å gjøre en isolert vurdering av de bærende konstruksjonenes miljø- og klimaeffekter. Det som står i sitatets siste setning er imidlertid at de bærende konstruksjonene også skal følge prinsippet om bærekraftige løsninger, beskrevet i setningen foran. Dette er en viktig nyanse fordi kommunens miljøambisjoner for bærekraftige bygg gjelder den helhetlige vurderingen av byggene, ikke en isolert vurdering av de bærende konstruksjonene.

Skanskas bygningskonsept er valgt med fokus på å redusere klimagassutslipp knyttet til de bygningselementer som utgjør mest mht. bygningens totale klimagassutslipp. Bygningskonseptet beskrives med høyisolert klimaskjerm. Prosjektet har utstrakt bruk av tre i fasader, vinduer, takoverbygg, innvendige og utvendige stenderverk, alle tekniske rom på tak. I tillegg er ambulansabygget planlagt med trebjelkelag og bærende yttervegger.

For øvrig benyttes svært høy grad av resirkulert stål og hulldekke av lavkarbon klasse A i bærende konstruksjoner.

Prosjektet har konkurransens laveste totalt netto energibehov uten teknisk utstyr på 1.042.004 kWh/år. Skanskas beregninger og beskrivelser viser at foreslått løsning innfrir kravet til ZEB 0 -Eq +20%M med største margin i konkurransen på -637 tonn CO₂e over livsløpet inkludert kjeller.

Kommunen – som skrev presiseringen – har ikke ment at den skal forstås slik at de bærende konstruksjonene skal vurderes isolert. De tre andre leverandørene – inkludert Consto – har heller ikke lest presiseringen slik. Dette fremgår eksempelvis av Constos brev 16. januar 2023, hvor Consto opplyser om at treverk i bærende konstruksjoner i helsehuset ble byttet ut med lavkarbonbetong fordi det «*ga lavest klimagassutslipp for de to byggene*». Både kommunen og de tre andre leverandørene har – korrekt – forstått presiseringen slik at det skal foretas en helhetlig vurdering av byggenes klima- og miljøeffekter. Slik sett har kommunen vanskelig for å forstå hvordan Consto mener at deres tilbud kan være i samsvar med kravet, mens Skanskas ikke er det.

Leverandørens forståelse av presiseringen skal tillegges betydning. Det er store og svært erfarne leverandører som har forstått og innrettet seg etter at presiseringen skal forstås på samme måte som kommunen.

Selv om Lindesnes kommune mener at gjennomgangen foran er tilstrekkelig til å vise at Skanskas tilbud ikke inneholder et avvik fra den nevnte presiseringen, legger kommunen til at denne konklusjonen blir enda klarere når presiseringen tolkes i lys av det rettslige bakteppet.

Som det er redegjort for i punkt 2.1, inneholder reguleringsbestemmelsen ikke et slikt krav om at de bærende konstruksjonene skal vurderes isolert. Hvis en presisering av denne reguleringsbestemmelsen skal innebære en vesentlig skjerpning av kravene som stilles, måtte det ha fremgått klart av presiseringen.

Offentlige oppdragsgivere er forpliktet til å utforme konkurransebetingelser klart. Anskaffelsesforskriften § 14-1 (5), som pålegger oppdragsgiver risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, er et utslag av dette klarhetskravet. Hvis oppdragsgiveren har utformet konkurransebetingelser i strid med klarhetskravet, blir konsekvensen at det ikke kan innfortolkes strengere krav enn hva leverandørene hadde grunn til å forstå og innrette seg etter.

Dette følger blant annet av sak HR-2022-1964-A, hvor Høyesterett slo fast følgende:

«Det kan imidlertid ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget faktisk gir grunnlag for, jf Pippo Pizzo avsnitt 35 følgende. Videre kan det ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf samme dom avsnitt 51.»

Høyesterett viser til at kvalifikasjonskrav ikke kan tolkes og anvendes på en uventet streng måte. Det samme gjelder for krav til tilbudene.

I sak LB-2020-122884 ga lagmannsretten ytterligere veiledning til hvilke krav anskaffelsesregelverket stiller til tolkning og anvendelse av krav. Lagmannsretten påpekte at

«For tilbydere som deltar i offentlige konkurranser, er det helt vesentlig at man kan stole på at kvalifikasjonskravet praktiseres etter sin ordlyd og at det ikke innfortolkes skjerpene krav som ikke fremgår klart av ordlyden. Dette er også et utslag av det grunnleggende anskaffelsesrettslige kravet til forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4.»

Videre påpekte lagmannsretten følgende:

«Den naturlige forståelsen av ordlyden i selve kvalifikasjonskravet veier altså tungt, jf. også Rt-2012-1729 avsnitt 57. Dokumentasjonskravene kan ikke brukes til å innfortolke strengere krav til kvalifikasjoner enn hva som følger av en naturlig forståelse av ordlyden i kvalifikasjonskravet, jf. KOFA's sak 2018-219 avsnitt 39. Dette må også ses i sammenheng med at det ved tolkning av konkurransegrunnlag gjelder et klarhetskrav, jf. HR-2019-830-A avsnitt 35 og C-368/10 Max Havelaar, avsnitt 109. Dersom det er reell tvil om tolkningen av et krav som kan lede til avvisningsplikt, skal tolkningstvilen komme leverandøren som risikerer avvisning til gode, jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 femte ledd og KOFA 2018-258 avsnitt 36.»

Disse føringene for tolkning og anvendelse av kvalifikasjonskrav utledes av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet og gjelder også for tolkning og anvendelse av krav til tilbudet.

3 Skanskas tilbud inneholder ikke et avvik fra krav til funksjoner i byggene

3.1 Generelt

Lindesnes kommune er uenig med Consto i at Skanskas tilbud inneholder (vesentlige) avvik fra krav til funksjoner i byggene.

Constos argumentasjon synes å bygge på at det er oppstilt absolutte krav til plassering av funksjoner. En slik ramme for løsningsforslagene har ikke vært tilsiktet. Kommunen kan heller ikke se at dette kan utledes av konkurransegrunnlaget.

Skanska har foreslått reduksjon av arealer, blant annet ved at like funksjoner er slått sammen og/eller ved at det er lagt opp til sambruk. Kommunen kan ikke se at dette er i strid med bindende og absolutte krav. Tvert imot mener kommunen at det blant annet ble konkurrert om å finne egnede måter å redusere arealene som var angitt i rom- og funksjonsprogrammet.

I konkurransegrunnlaget del 2 står det følgende i punkt 1.1:

«Omfanget i rom og funksjonsprogrammet er større enn den tildelte rammen tilsier.

Det er påkrevd at de innleverte forslagene viser til muligheter for reduksjon av arealer.

Dette vil også bli tatt med videre i samspillsfasen.»

Dette er også gjort til konkurranseparameter i beskrivelsen av tildelingskriteriene i punkt 1.2:

Areal- og funksjonsbeskrivelse	25 %	<ul style="list-style-type: none"> - Dokumentasjon på tilbudt personell - Beskrivelse av prosjektet som også viser funksjonalitet. - Planer av alle etasjer for alle bygninger M1:200 - Situasjonsplaner - Arealeffektivitet, oppsett over tegnet funksjonsareal og beregnet brutto/netto-faktor - Løsning i forhold til RFP, herunder arealstørrelse, nærhetsdiagram og logistikk - Forslag til arealreduksjoner
--------------------------------	------	--

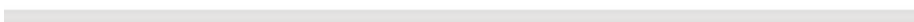
I konkurransegrunnlaget punkt C1 Tekniske rammebetingelse er dette også tatt inn.

«Det er utarbeidet rom- og funksjonsprogram for helsehuset, og omsorgsboligene - denne skal utfordres med hensyn på arealstørrelse.»

En del av konkurransen var følgelig å finne gode måter å balansere arealeffektivitet (som ga uttelling) opp mot gode løsninger (hvor dårligere løsninger ga redusert uttelling).

Underveis i konkurransen har kommunen presisert føringen om å bli utfordret på arealeffektivitet.

	<p>Det er i tilbudsgrunnlaget lagt vekt på arealeffektivitet som et kriterium for vurdering av løsningsforslaget, og det er ambisjoner om en lav brutto/nettofaktor. Det er videre i konkurransegrunnlaget satt noen krav til nettoareal på badedrom (7 m²) og korridorbredder(2,3m) som vi ser kan utfordres uten at dette går ut over den beskrevne funksjon, intensjonen i kravet og er innenfor gjeldende forskrifter og veiledere. Kan det tillates å gjøre fravik fra angitte krav på nettoareal på</p>	<p>Vi ønsker å bli utfordret på alle arealer i programmet. Det viktigste vil være at funksjonen er ivaretatt på en god måte. Det vil ikke bli gitt trekk for lavere arealtall, dersom det vises til en god funksjon.</p>
--	--	--



	<p>badedrom og korridorbredder, hvis dette redegjøres for og begrunnes, uten at det automatisk fører til trekk i evalueringen?</p>	
<p>24.05.2 2</p>	<p>Vil det komme et mer utfyllende romfunksjonsprogram med tekniske utfak og byggtkniske krav til rommene, f.eks dRofus - Er arealene i dokument 4 Rom-funksjonsprogram å betrakte som BTA eller BRA og hvilken brutto/nettofaktor skal man forvente å oppnå - Kan dagens ramme for entreprisestnad (eks.mva) oppgis slik at gruppene har mulighet til å danne seg et bilde av de økonomiske rammene for prosjektet.</p>	<p>Det vil ikke komme utfyllende rom-og funksjonsprogram med tekniske krav. Det er oppgitt BRA areal og en antatt brutto/nettofaktor. Det er opptil tilbyder å prosjektere et bygg som er gjerrig på brutto/nettofaktor. Og det er ønskelig at tilbyder utfordrer tilbudsgrunnlagets arealanslag. Vi er ute etter et effektivt bygg. Vi har ikke en beregnet entreprisestnad. Det er noen estimat i konseptutredningen, men den vedtatt bevilgning er på brutto 978 mill. Det vet vi ikke er tilstrekkelig for det arealprogrammet som er presentert.</p>

3.2 Felles driftsfunksjoner i omsorgsbygget

Skanskas tilbud inneholder en løsning for varemottak og lagerrom i byggetrinn 1. Kommunen har lagt til grunn at både varemottak og lagerrom håndteres midlertidig i arealene i byggetrinn 1.

For fullstendighetens skyld legger kommunen til at Skanskas tilbud har fått et trekk i bedømmelsen av tildelingskriteriene for løsningen med samlet varemottak i helsehusdelen.

3.3 Direkte forbindelse mellom ambulanseshall og legevakt

Det er korrekt at Skanskas tilbud legger opp til at ambulansestasjonen og legevakten plasseres separat, uten direkte levering fra garasjen til legevakten.

Lindesnes kommune er derimot ikke enig i at dette er et *«betydelig kvalitativt avvik fra kravet i konkurransegrunnlaget, med stor betydning for de praktiske forholdene ved levering av pasienter til legevakten»*. Kommunens faglige vurdering i konkurransen var at løsningen for ambulansen totalt sett var godt ivaretatt med gode arealer og god logistikk for transport.

Skanskas tilbud har fått et trekk ved bedømmelsen av tildelingskriteriene for at det ikke er lagt opp til direkte levering av pasienter fra ambulansegarasjen til legevakt. Etter kommunens syn er dette imidlertid ikke et avvik, og under enhver omstendighet er det ikke et vesentlig avvik som medfører avvisningsplikt.

3.4 Plassering av aktivitetsareal

Plasseringen av aktivitetsareal er blant tiltakene Skanska har foreslått for å redusere areal og effektivisere arealbruken. Som nevnt i punkt 3.1, ble leverandørene oppfordret til dette.

Lindesnes kommune er uenig i at Skanskas løsning innebærer et *«betydelig kvalitativt avvik fra kravet i konkurransegrunnlaget»*. Kommunen er også uenig i at løsningen innebærer at den beskrevne funksjonen ikke er ivaretatt.

Etter kommunens syn er dette imidlertid ikke et avvik, og under enhver omstendighet er det ikke et vesentlig avvik som medfører avvisningsplikt. Aktivitetsarealene ligger tett på bogruppene, og den legger til rette for sambruk og for så vidt også for kontakt på tvers av bogruppene.

4 Et eventuelt avvik er uansett ikke vesentlig

Som det er redegjort for foran, er kommunen uenig i at Skanska har avvik i sitt tilbud.

For fullstendighetens skyld legger kommunen til at et eventuelt avvik heller ikke ville ha ført til at kommunen var forpliktet til å avvise Skanskas tilbud. Som kjent, skal prosjektet gjennomføres som en samspillsentreprise. Skanska har forpliktet seg til å prosjektere og levere et bygg i samsvar med både offentlige krav og spesifikke krav i kontrakten. Skulle det likevel være slik at det foreligger et avvik, vil det kunne håndteres i samspillsfasen. Skanskas tilbud er vurdert som vesentlig bedre enn Constos tilbud, og konkurranseforholdet mellom tilbudene ville ikke ha vært endret om Skanska måtte ha justert på sine løsninger.

5 Avsluttende kommentarer

Klagen har etter dette ikke ført frem. Lindesnes kommune mener at det ikke er gjort feil i tilbudsevalueringen, og at det ikke er rettslige mangler ved beslutningen om å tildele kontrakten til Skanska.

Lindesnes kommune ønsker nok en gang å takke Consto for arbeidet som er lagt ned i denne konkurransen. Som Consto allerede er gjort kjent med, er karenperioden forlenget med tre virkedager. Det innebærer at karenperioden løper ut fredag 3. februar kl 16.

Med vennlig hilsen
 Advokatfirmaet Mageli DA

Kristian Jåtog Trygstad
 Advokat