

Veidekke Entreprenør AS
v/Atle Olaf Monan
Sendt via KGV

Svar på klage - nytt helsehus og omsorgssenter

1 Innledning

I brev 6. januar 2023 påklaget Veidekke Entreprenør AS (heretter bare *Veidekke*) Lindesnes kommunes tildeling av kontrakt til Skanska AS i konkurransen om nytt helsehus og omsorgssenter. 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.

I det følgende utdyper kommunen sitt syn på Veidekkes klagegrunner.

2 Skankas tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik

2.1 Reguleringsplanens krav

Veidekkes klage bygger på en forutsetning om at de gjeldende reguleringsbestemmelsene stiller krav om at det nye helsehuset og omsorgssenteret «skal bygges i tre». Det er imidlertid ikke riktig.

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. Det er heller ikke det samme som at det skal være bærende konstruksjoner i (massiv)tre. Tvert imot fremgår det av kommunestyrebehandlingen at det sistnevnte kravet ikke ble vedtatt. Det ble 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.

Siden dette har vært et sentralt tema i Veidekkes klage, legger kommunen til at byggesaksmyndigheten skal 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.»*

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 ambulansebygget 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.

Denne helhetlige vurderingen av byggene viste kommunen også til i Endre Solems e-post 2. januar 2023, og det virker som at Veidekke har misforstått dette.

Veidekke er den eneste som har forstått presiseringen på den måten som klagen bygger på. Kommunen – som skrev presiseringen – har ikke ment at den skal forstås slik Veidekke gjør,

og de tre andre leverandørene har heller ikke lest presiseringen slik at de bærende konstruksjonene skal vurderes isolert. Både kommunen og de tre andre leverandørene har – korrekt – forstått presiseringen slik at det skal foretas en helhetlig vurdering av byggenes klima- og miljøeffekter.

De øvrige leverandørenes forståelse av presiseringen skal tillegges betydning. Det er tre 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 som Veidekkes klage bygger på. 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 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 avvsningsplikt, skal tolkningstvilen komme leverandøren som risikerer avvsnning 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.

2.4 Veidekke vil uansett ikke ha noe krav på å bli tildelt kontrakten

Som det er redegjort for foran, er kommunen uenig i Veidekkes forståelse av det aktuelle kravet. Skanska, og de to øvrige leverandørene, har ikke avvik fra kravet i sine 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. Som kommunen kommer nærmere tilbake til nedenfor, er Skanskas tilbud vurdert som vesentlig bedre enn Veidekkes tilbud, og konkurranseforholdet mellom tilbudene ville ikke ha vært endret om Skanska måtte ha justert på sine bærende konstruksjoner.

Det er under enhver omstendighet klart at Veidekke ikke har noe krav på å bli tildelt kontrakten, slik det er hevdet i klagen. Veidekke vil ikke bli tildelt kontrakten selv hvis man legger Veidekkes forståelse til grunn, slik at kommunen er forpliktet til å avvise de tre andre tilbudene i konkurransen. I et slikt tilfelle ville kommunen både hatt en plikt og en rett til å avlyse konkurransen.

3 Det er ingen feil ved bedømmelsen av tildelingskriteriene

3.1 Generelt

Som kjent, har Lindesnes kommune konkludert med at Skanskas tilbud er det beste, målt opp mot tildelingskriteriene. Skanskas tilbud ble vurdert som best på samtlige tildelingskriterier og fikk 10 poeng. Veidekke fikk til sammenligning 4,66 poeng.

I bedømmelsen av tildelingskriteriet *Miljø-, energi- og bygningskonsept* (som var vektet 25%) fikk Skanska maksimal uttelling, 2,5 poeng, mens Veidekke fikk 1,59 poeng. Det er dette kriteriet Veidekke mener at er bedømt feil. Nærmere bestemt mener Veidekke at kommunen har vurdert Skanskas tilbud feil opp mot ZEB O -EQ +20%M, og at kommunen har vurdert levetider og utskiftning av solceller feil.

Det er kommunen uenig i. For fullstendighetens skyld bemerker kommunen at dette også bare er en del av de forholdene som har vært vurdert i bedømmelsen av tildelingskriteriet. Skanskas tilbud hadde for øvrig vært vesentlig bedre enn Veidekkes tilbud i den samlede vurderingen selv om Skanska skulle ha fått null poeng på dette kriteriet.

3.2 Det er ingen feil ved bedømmelsen av ZEB O -EQ +20%M

Veidekke hevder at Skanska ikke har medtatt p-kjeller eller dekke over i ZEB-regnestykke. Dette er ikke riktig. Dekke over kjeller er medtatt. Øvrige materialer i kjeller er ikke med i opprinnelig regnskap. Selv med kjeller har Skanska en margin på -637 tonn CO₂e.

3.3 Det er ingen feil ved bedømmelsen av levetider og utskiftning av solceller

Skanska har i sitt tilbud tatt med en utskiftning av solcellepaneler. I Skanskas beregning er det ikke tatt høyde for at utslippet fra produksjon av solcellepaneler er 50% lavere om 30 år enn i dag, slik Veidekke har antatt. Utslippet fra utskiftning av solcellepaneler i Skanskas beregning er med andre ord dobbelt så stort ved bruk av Veidekkes beregningsmetodikk.

4 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 Veidekke for arbeidet som er lagt ned i denne konkurransen. Som Veidekke 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