



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2016 30 stp
Institutt for matematiske realfag og teknologi

Kreativitet, kriterier og konflikt i pris- og designkonkurranser

Creativity, Criteria and Conflict in Design-Build
Projects

Jon Erik Niedzwiedzki
Byggeteknikk og arkitektur

Forord

Masteroppgaven er den avsluttende delen av et toårig masterstudium innen Byggeteknikk og arkitektur ved institutt for matematiske realfag og teknologi på Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. Oppgaven er utarbeidet våren 2016, og har som formål å undersøke om en pris- og designkonkurranse er en hensiktsmessig anskaffelsesform for å løse en offentlig byggherre sine funksjonelle og estetiske behov. Oppgavens tema er i godt samsvar med studieretningen, men innholdet bærer også et klart preg av et juridisk pensum innen offentlige anskaffelser, da det viste seg nødvendig for å belyse problemstillingen. Problemstillingen har fått gode tilbakemeldinger underveis, og det synes å være stor usikkerhet og uenighet omkring konkurranseformen hos involverte aktører. Temaet har vært både interessant og lærerikt, mens det samtidig har vært krevende å sette seg inn i det juridiske pensumet. Oppgaven ble planlagt som en vitenskapelig artikkel, men da det viste seg at omfanget av temaet ble stort, og mye av informasjonen ikke lett lar seg komprimere uten å fjerne vesentlig innhold, ble det mer hensiktsmessig og først skrive en tradisjonell masteroppgave. En vitenskapelig artikkel vil likevel bli utarbeidet og forsøkt utgitt.

Rapporten er skrevet på norsk. Grunnen til det er at alle resultater er hentet fra norske byggeprosjekter, og det antas primært å være ønskelig med utdypende informasjon fra norske interessenter. På grunna av et felles anskaffelsesregelverk innen EU, som vi er pålagt gjennom EØS samarbeidet, synes temaet likevel å ha internasjonal relevans. Artikkelen blir derfor skrevet på engelsk for å, forhåpentlig vis, kunne være et bidrag i en internasjonal sammenheng.

Jeg vil gjerne takke alle som har bidratt med intervjuer og informasjon. En stor takk rettes til intervjupersoner fra Statsbygg, Undervisningsbygg, Kongsvinger Kommune, Lørenskog kommune, Nordland fylkeskommune, HRTB Arkitekter, WSP Norge og HR Prosjekt. Dere har vært til stor hjelp, både med konkret informasjon og gjennom deling av erfaringer. Jeg vil også takke Førsteamanuensis Leif Daniel Houck, som også vil bli medforfatter på artikkelen, for oppgaveidé og god veiledning.

Oslo, 14.06.2016

JON ERIK NIEDZWIEDZKI

Sammendrag

Masteroppgaven er den avsluttende delen av et masterstudium innen Byggeteknikk og arkitektur ved Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. Oppgaven har som hensikt og avgrensning å undersøke om en pris- og designkonkurranse er en hensiktsmessig anskaffelsesform for å løse en offentlig byggherre sine praktiske og estetiske behov. En pris- og designkonkurranse er en anskaffelse som normalt inneholder en arkitektkonkurranse med fast pris på prosjektering og oppføring. Entreprenør og arkitekt, og gjerne flere faggrupper, leverer her felles løsningsforslag. Offentlige arkitekt- og anbudskonkurranser må følge regler for offentlige anskaffelser, som igjen er delvis regulert gjennom et pålagt felles EU-regelverk. Oppgaven har derfor et tydelig juridisk preg, selv om forfatter er lekmann. Bakgrunnen for problemstillingen er flere store rettskonflikter de seneste årene, der denne konkurranseformen er benyttet. Det syntes å være ulik oppfatning av den kreative friheten til arkitekter og oppdragsgivers valgfrihet ved denne konkurranseformen.

I oppgavens første del blir det gjort kort rede for arkitekturkonkurransens utvikling og hvordan de blir bedømt. Oppgaven tar også kort for seg estetikk, samt noen element som kan fremme og begrense kreativitet. Videre er det grundig redegjort for sentrale lover og forskrifter som gjelder for pris- og designkonkurranser. Her blir det samtidig gitt eksempler fra tidligere dommer. Det er gjort et case-studie av tre stor skoleprosjekter i Norge, hvor det har vært en rettskonflikt. Sentral argumentasjon fra domsavsigelsene og intervju med sentrale personer blir gjennomgått. Det er i tillegg gjort intervju med representanter fra noen av Norges største offentlige forvaltere innen bygg, for å lære av deres kunnskap og erfaring med liknende konkurranseformer.

Oppgaven viser at en pris- og designkonkurranse må forholde seg til et mer omfattende regelverk enn ved rene arkitektkonkurranser. Dette gjelder særlig i forhold til konkurransegrunnlag, tildeling av kontrakt, og ved vurdering om løsningsforslag er i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Brudd på reglene kan føre til omfattende konflikter. Mulige konsekvenser er forsinkelser på flere år samt erstatningskrav på flere titalls millioner kroner. Det viser seg likevel mulig å gi arkitekter gode forutsetninger for å utvikle gode løsninger, men at det i denne konkurranseformen da må planlegges bedre. Oppdragsgiver må ta bevisste valg tidlig i prosessen, særlig hva angår konkurransegrunnlag og tildelingskriterier, som i stor grad kan påvirke resultatet.

Summary

The thesis is the final part of a Master program in Civil Engineering and Architecture at the Norwegian University of Life Sciences. It intends to examine the extent to which a design-build project is suited for resolving public builders practical and aesthetic requirements. Design-build competitions is a procurement which normally contains an architectural competition with fixed price of engineering and construction. Contractor and architect, and preferably several disciplines, delivers a joint solution. Public architectural competitions and tenders are subject to the public procurement law, which is partly governed by a required EU legislation. The thesis therefore has a distinct legal character, even though the author is not a legal practitioner. The idea for the thesis came due to several lawsuits that has occurred in recent years, when design-build competitions where used. There seemed to be a difference of opinions as to the creative freedom of the architect and freedom of choice for the public procurer.

A brief presentation of the development of architectural competitions and how they are judged is presented. The thesis also presents a short introduction of aesthetics, as well as elements that may promote and restrict creativity. Furthermore, the law that regulates public procurement is thoroughly examined. Examples of previous convictions are simultaneously given. A case study of three major school projects in Norway, which ended in lawsuits are examined. Central reasoning of the verdict and interviews with key individuals are covered. Representatives from some of Norway's largest public purchasers is also interviewed, to learn from their knowledge and experience with similar forms of competition.

The thesis shows that a design-build competition is subject to a more comprehensive legislation than pure architectural competitions, especially in relation to the tender documents, when awarding the contract and in assessing whether the solutions are in accordance with the tender documents. Violations of the law can lead to major conflict. Possible consequences are delays of several years and the claims of tens of millions (NOK). Nevertheless, it is possible to provide architects with free conditions for developing the architecture, if the client plans the competitions thoroughly. The client must make conscious choices early in the process, especially in relation to tender documents and the award criteria, which can greatly affect the outcome.

Innhold

Forord	ii
Sammendrag	iv
Summary	vi
Innhold	viii
Tabelliste	x
Figurliste.....	x
1 Innledning	2
1.1 Temabakgrunn	2
1.2 Avgrensninger	4
1.3 Hensikt.....	5
1.4 Problemstilling.....	5
2 Metode og gjennomføringsprosess	6
2.1 Forskningsdesign	6
2.2 Vitenskapelig tilnærming	7
2.3 Vitenskapelig metode	7
2.4 Valg og gjennomføring av metode	8
2.5 Litteraturstudie.....	8
2.6 Case-studie og intervjuer	10
2.7 Objektivitet og reliabilitet.....	11
2.8 Generaliserbarhet og anvendelighet	12
3 Utdypende bakgrunn	14
4 Teori.....	20
4.1 Arkitektkonkurranser	20
4.2 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser.....	28
5 Resultater	52
5.1 Case 1, Lørenskog skole og barnehage	52
5.2 Case 2, Kongsvinger ungdomsskole.....	61
5.3 Case 3, Aust Lofoten VGS	67

5.4	Eksterne intervju.....	71
5.5	Oppsummering resultater	78
6.	Diskusjon	80
6.1	Generell diskusjon	80
6.2	Diskusjon og oppsummering av delspørsmål.....	92
7	Konklusjon.....	96
	Videre arbeider	97
	Referanser.....	98
	Vedlegg 1, Sentrale lover og forskrifter	105
	Vedlegg 2, Intervjuguide prosjektsjef, case 1	118
	Vedlegg 3, Intervjuguide innkjøpssjef, case 2	121
	Vedlegg 4, Intervjuguide arkitekt, case 2.....	124
	Vedlegg 5, Intervjuguide juridisk avdeling Undervisningsbygg	126
	Vedlegg 6, Intervjuguide avdelingsdirektør Statsbygg	129
	Vedlegg 7, Spørsmål til ekstern innleid prosjektleder 1	131
	Vedlegg 8, Spørsmål til ekstern innleid prosjektleder 2	132

Tabelliste

Tabell 1, Søkeord i litteraturstudiet.....	9
Tabell 2, Opplysninger case 1	52
Tabell 3, Rådgivere case 1	60
Tabell 4, Opplysninger case 2	61
Tabell 5, Rådgivere case 2	65
Tabell 6, Opplysninger case 3	67
Tabell 7, Prosjektrådgivers tildelingskriterier	75
Tabell 8, Oppsummering caser.....	78

Figurliste

Figur 1, Forenklet sammenlikning av konkurranseformer	17
Figur 2, Anskaffelsesforskriftens inndeling	31

1 Innledning

1.1 Temabakgrunn

Ifølge tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB, 2015) omsatte det offentlige for over 460 milliarder i 2014. Noen av de største investeringene offentlige forvaltere gjør, er bygge- og anleggsprosjekter. Ved anskaffelser av bygg- eller anleggsarbeid over 44 millioner, er anskaffelsen underlagt omfattende regler om offentlige anskaffelser. Disse reglene er vi pålagt gjennom vårt EØS samarbeid.

Ulike bygg og ulike oppdragsgivere krever ulike anskaffelsesformer. Det vil variere hva en oppdragsgiver ønsker av et byggeprosjekt og hvilke kompetanse han selv innehar. Både stat, fylker og kommuner har ofte et stramt budsjett å forholde seg til. Det er da viktig med en god og forutsigbar økonomistyring. Den tradisjonelle plan- og designkonkurransen har vært mye benyttet når store bygg som skoler, rådhus og sykehjem skal anskaffes. Dette er en konkurranseform som kan gi stor frihet til arkitekten, hvor han kan bruke all sin kunnskap, erfaring og kreativitet til å løse oppdragsgiverens behov. Problemet med en plan- og designkonkurranse er at totalkostnaden for prosjektet kan være vanskelig å forutse. I tillegg kan konkurransen med påfølgende prosjekt strekke ut i tid. Etter en vinner av konkurransen er kåret, må oppdraget ut på anbud. Om løsningen som er valgt ligger utenfor oppdragsgivers budsjett, må prosjektet tilbake på tegnebrettet og tilpasses.

De siste årene har det kommet stadig flere prosjekter som blir utlyst som en pris- og designkonkurranse. Disse konkurransene går i all hovedsak ut på at en entreprenør og en arkitekt må levere et felles løsningsforslag på både design, prosjektering og oppføring av bygget, til en fast pris. Det blir normalt invitert fire til seks leverandører etter en begrenset anbudskonkurranse. De som får tilbud om å delta blir valgt ut gjennom en prekvalifisering med egne kvalifiseringskrav. Leverandørene utarbeider så hvert sitt løsningsforslag ut ifra et konkurransegrunnlag. I noen av konkurransene får alle betalt en fast sum for å utvikle sine forslag, og vinneren av konkurransen får som regel utføre oppdraget. Denne metoden fører altså til flere løsningsforslag, med en relativ fastsatt prosjektkostnad. Resultat av søk etter kunngjorte prosjekter på Doffin, som er en offisiell database for offentlige anskaffelser, tyder på at pris- og designkonkurranser nå blir brukt i betydelig grad for å utvikle store skoleprosjekter i Norge.

Allerede ved kunngjøringsinformasjonen på Doffin kan man se at det er usikkerhet eller manglende kunnskap omkring konkurranseformen. Flere av prosjektene er utlyst som åpne anbudskonkurranser, selv om de uten tvil er begrensede anbudskonkurranser, med prekvalifisering. Noen prosjekter har også plan- og designkonkurranse som overskrift. Ofte utføres disse kontraktene med en tilhørende samspillfase. Måten samspillfasen er beskrevet på er varierende. Hvilke faggrupper som oppdragsgiver krever involvert i prosjektutvikling og samspillfase varierer også.

Innenfor de siste årene, er det mange store offentlige prosjekter som har benyttet denne konkurranseformen, og endt i konflikt. Noen av konfliktene har også gått gjennom flere runder i rettsvesenet. Noen av disse prosjektene bruker navnet pris- og designkonkurranse, mens andre har de samme elementene, design, prosjekterig og oppføring til fast pris, men som bruker andre navn. Konfliktene hadde også andre likheter. I flere av konkurransene var det blitt kåret en vinner, som en annen leverandør mente skulle vært avvist. Begrunnelsen for avvisningskravet varierte, og handlet blant annet om overskridelser av tomtegrenser, høyder og budsjett. Det så ut til å være en aksept blant mange arkitekter om at det var greit å utfordre rammene til et prosjekt, så lenge det kunne forsvares i bedre arkitektur, bedre funksjon eller liknende. I en konkurranse hvor en vesentlig del av anskaffelsen er å tilby et design og en løsning på et behov, virker det også unaturlig at kreative og løsningsorienterte tilbydere skal bli straffet for nettopp det.

En overfladisk kjennskap til konfliktene reiste en del spørsmål hos forfatteren. Hvilke muligheter har arkitekter til å utvikle gode prosjekter i denne konkurranseformen? Kan oppdragsgiveren velge det prosjektet han mener er best, eller kan han bli låst av sine egne forutsetninger? Er dette en konkurranseform med stor risiko for konflikt? Da konkurranseformen ser ut til å ha stor vekst, og det innenfor kort tid har vært mange konflikter, virker det som et bra tidspunkt å gjøre en evaluering av disse konfliktene, og se hva vi kan lære av dem. Kanskje det er mulig å finne svar på om dette er en hensiktsmessig måte og anskaffe offentlige bygg på, eller om det foreligger et grunnlag eller behov for ytterligere forskning på temaet.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Tematiske avgrensninger

Dette temaet kan bli svært omfattende da det har mange tilstøtende fagfelt. Det er derfor nødvendig å gjøre avgrensninger for å innen rimelig tid kunne innhente, analysere og vurdere resultatene. Oppgaven avgrenser seg derfor til store offentlige byggeprosjekter der det er benyttet pris- og designkonkurranse, eller liknende konkurranseformer. Videre er den begrenset til bare å inkludere prosjekter over EØS-terskelverdi, som dermed er omfattet av de felles anskaffelsesreglene i EU. Avgrensningen synes naturlig da store offentlige byggeprosjekter som regel kommer over en total kostnad på 44 millioner kroner, som nå er EØS-terskelverdi. Med denne begrensningen slipper man å vurdere nasjonale regler opp mot de internasjonale reglene i EU. Pris- og designkonkurranse er en anskaffelsesform som er tett knyttet mot utførelsen (entreprisen). Det vil i denne oppgaven hovedsakelig bli sett på anskaffelsesprosessen. Det vil ikke bli sett på om valg av konkurranseformen og den valgte kontraktstrategi er riktig eller hensiktsmessig på et generelt grunnlag, men bare hvilke konsekvenser og muligheter dette gir oppdragsgiver og leverandør i forhold til utvikling av arkitektur og funksjonalitet i tidligfasen av prosjektene. Det vil heller ikke bli sett generelt på konkurransens styrker og fordeler. Betydning av samspill i prosjektene vil bare bli behandlet kort, for å identifisere om det ligger klare fordeler eller risiko ved samspill etter denne type konkurranser.

1.2.2 Geografiske avgrensninger

Oppgaven begrenser seg til offentlige byggeprosjekter utført i Norge, og de norske reglene for offentlig anskaffelser. Dette regelverket reguleres i all hovedsak av et felles EU regelverk, og vil dermed kunne ha en internasjonal relevans. Prosjektene i casestudien er valgt uavhengig av lokalitet i Norge. De utvalgte prosjektene er valgt på grunn av at det er oppstått en konflikt, som senere har blitt behandlet i en eller flere domstoler. Det antas dermed at det foreligger mer pålitelig dokumentasjon av prosjektene. Casestudiet er begrenset til 3 skoleprosjekter lokalisert i Kongsvinger-, Lørenskog-, og Vågan kommune.

1.3 Hensikt

Pris- og designkonkurranser som konkurranseform virker til å være lite belyst og debattert. Hovedhensikten med oppgaven blir å vurdere om en pris- og designkonkurranse er egnet for utvikling av offentlige bygg, og hvilke muligheter og begrensninger som ligger i konkurranseformen, med tanke på å utvikle gode funksjonelle og estetiske løsninger. Et viktig formål vil også være å identifisere behov for videre undersøkelser. Det vil bli lagt særlig stor vekt på leverandørenes frihet og mulighet til å utvikle og påvirke design og funksjon i prosjektene. Problemstillingen er dermed som følger:

1.4 Problemstilling

Er pris- og designkonkurranse en hensiktsmessig anskaffelsesform for å løse en offentlig byggherre sine funksjonelle og estetiske behov?

1.4.1 Delspørsmål

1. Er det ulikheter i lovgivningen for en plan- og designkonkurranse og en pris- og designkonkurranse, og hvilke konsekvenser har det?
2. Har oppdragsgiver valg som kan påvirke arkitektens muligheter?
3. Hvilken kreativ frihet har arkitekten i en pris- og designkonkurranse?
4. Hvilken frihet har juryen ved bedømmelse av arkitekturen?
5. Er det en økt risiko for konflikt i pris- og designkonkurranser?
6. Kan bruk av samspill påvirke løsningen i denne konkurranseformen?

2 Metode og gjennomføringsprosess

Problemstillingen i seg selv virker ganske enkel. Den blir imidlertid påvirket av mange faktorer som kan gjøre det vanskelig å svare med god reliabilitet. Dette gjør at valg av metode har stor betydning for troverdigheten til oppgave. En offentlig byggherre har i litteraturen mange navn, blant annet tiltakshaver, byggherre og oppdragsgiver. Disse blir brukt som synonymer i oppgaven, men da det det juridiske pensum hovedsakelig benytter oppdragsgiver, vil dette i all hovedsak også bli brukt i denne oppgaven.

2.1 Forskningsdesign

Det ble tidlig i prosessen tatt stilling til forskningsdesign ved at det ble utformet en plan for hvordan problemstillingen skulle besvares. Et forskningsdesign er som en ramme for forskningen og skal sikre at forskningsspørsmålet blir besvart effektivt og korrekt (Hart, 2005).

Forskningsdesign kan også beskrives som en plan som veileder forskeren igjennom prosessen, og er en «logisk bevismodell» som gir forskeren mulighet til å trekke slutninger (Yin, 2014).

Ringdal (2001) skiller mellom eksplorativ, beskrivende og forklarende forskningsdesign og poengterer at utformingen av forskningsdesignet baseres på formålet med undersøkelsene. Eksplorativ (utforskende) design brukes gjerne der det er lite forkunnskaper om temaet og ingen klar hypotese om utfallet. Videre tar beskrivende design sikte på å forklare sammenhengen mellom variabler, mens det forklarende designet søker å gi svar på hvorfor det er en sammenheng eller ikke.

Formålet med denne oppgaven er innledningsvis å få oversikt over temaet og konkurranseformen, for deretter å kartlegge muligheter og begrensninger, særlig med tanke på utvikling av estetiske og funksjonelle løsninger. Det anses derfor nødvendig å hente informasjon fra en rekke kilder for å kunne belyse problemstillingen på en objektiv måte. Det er i denne sammenheng relevant å hente informasjon fra litteratur, undersøke om det foreligger tidligere forskning, samt gjøre empiriske undersøkelser for å innhente virkelig data. Da det ikke foreligger noen hypoteser om hva utfallet vil bli, er det valgt å benytte et eksplorerende design i oppgaven. Neste steg er å ta stilling til hvilken vitenskapelig tilnærming og metode som er mest hensiktsmessig å benytte, samt hvordan datainnhenting skal utføres.

2.2 Vitenskapelig tilnærming

I begrepet vitenskapelig tilnærming inngår hvordan problemstillingen angripes og besvares. På dette området skiller teorien mellom deduktiv og induktiv tilnærming. Ifølge Ringdal (2001) handler induktiv tilnærming om å trekke slutninger fra observasjoner gjort ved empiriske undersøkelser og generalisere dette til generelle teorier eller lovmessigheter. I en deduktiv tilnærming utledes forskningsspørsmålene fra tidligere forskning og teori, for videre å undersøke dette empirisk.

Det ble valg å tilnærme problemstillingen både induktivt og deduktivt. Det ble utført et mindre litteraturstudium i starten som underbygde behovet for å belyse problemstillingen, og hva som måtte besvares. Dette ble utgangspunktet for problemstillingen og etterfølgende undersøkelser. Undersøkelsene utløste igjen et behov for å gå tilbake til litteraturen, for å få en bedre oversikt over de juridiske faktorer som påvirker problemstillingen.

2.3 Vitenskapelig metode

I vitenskapelig metode skiller det i hovedsak mellom kvantitativ og kvalitativ metode. Kvalitativ metode går i dybden på et begrenset antall enheter, og søker en stor bredde av opplysninger (Dalland, 2012). Dalland (2012) anser derfor dette som en ganske fleksibel metode som sjelden har konkrete svaralternativer men derimot en stor grad av ustruktureerte observasjoner. Den kvalitative metoden ser fenomenet innenfra og forskeren vil ha påvirkning og delaktighet i større grad enn i kvantitativ forskning (Dalland, 2012). En vesentlig forskjell på kvalitativ og kvantitativ tilnærming er ifølge Dalland (2012), nettopp det at forskeren erkjenner påvirkning og delaktighet, og at man er i direkte kontakt med feltet. Selv om man velger en metode, betyr ikke det at man må utelukke den andre. Ifølge (Dalland, 2012) er det ofte nødvendig å kombinere metodene.

Kvantitativ metode søker faktabasert data for å analysere forholdet mellom teori og fakta (Fellows & Liu, 2008). Den kvantitative metoden ser fenomenet utenifra og er i stor grad objektiv. Ifølge Ringdal (2001) er kvalitativ forskning mer eksplorerende mens kvantitativ forskning er mer forklarende.

I denne oppgaven ble det i hovedsak brukt kvalitativ metode, da det antas å gi best resultat sett i lys av oppgavens problemstilling. Grunnen til dette er at det er et relativt lite antall caser, og at det på forhånd ikke foreligger noen klar formening om hvilke informasjon som er relevant. Det antas derfor at egenskapene til kvalitativ metode passet bra, da det er ønskelig å fange opp meninger, hensikter, og begrunnelser som kan være vanskelig å kvantifisere. Noe av hensikten med oppgaven er å belyse konkurranseformen og problemstillingen. Det er derfor ønskelig med bred informasjon fra alle undersøkelsesenheter for å kunne belyse problemstillingen på en best mulig måte. Resultatene ga noen tall som kunne kvantifiseres, og det ble derfor gjort enkle sammenstillinger av disse faktaopplysningene.

2.4 Valg og gjennomføring av metode

Det ble valgt i hovedsak å bruke et eksplorerende forskningsdesign og bruke kvalitative metoder for datainnsamling. Det ble innledningsvis gjennomført et litteratursøk for å få oversikt over teori og forskning på temaet. Da det var besluttet å avgrense casestudien til saker der det hadde vært konflikter, ble det også innhentet domsavsigelser (kjennelser) fra domstolene Videre ble oppdragsgiverne sine konkurransegrunnlag innhentet. Det ble utført empiriske undersøkelsene i form av semistrukturerte intervjuer. Intervjupersonene besto av flere faggrupper som hadde vært involvert i prosjektene. Det ble intervjuet både arkitekt, prosjektledere og innkjøpsansvarlige fra kommunen, advokat med flere. I tillegg til de involverte parter ble det gjort intervju av fagpersoner i Statsbygg og Undervisningsbygg. Dette er noen av landets største offentlige innkjøpere innen bygg. Hensikten var å undersøke om man kan lære av deres rutiner og erfaring. Innholdet i intervjuene blir presentert i forbindelse med og etter casestudiene. Alle intervjuguider og oppfølgingsspørsmål er vedlagt i vedlegg 2 til vedlegg 8.

2.5 Litteraturstudie

Litteraturen er i stor grad hentet fra bøker, forskningsartikler og konferansejournaler. Det ble også i stor grad benyttet kjennelser fra rettsaker og konkurransedokumenter fra oppdragsgivere. Det ble gjennomført omfattende litteratursøk på NMBU sin biblioteksøketjeneste BIBSYS – Oria. Det ble også søkt i Google Scholar, og web of knowledge da det viste seg å gi andre relevante funn. De relevante treffene ble brukt både direkte, men også indirekte som et kjedesøk. For å finne relevant litteratur om regelverket til offentlige anskaffelser, ble det gjort søk ved

Universitetsbiblioteket i Oslo, da de er tilknyttet et juridisk fakultet. Den juridiske litteraturen som ble brukt er i stor grad pensum fra relevante fag på jusstudiet ved UiO. Det ble søkt i lovdata.no sine søketjenester med profflisens. Med profflisens kan man her få tilgang til alle kjennelser avgitt av lagmanns- og høyesteretter gjennom historien. Med en slik lisens får man også tilgang til forarbeider til lover og forskrifter som kan være beskrivende. Alle gjeldende lover og forskrifter ligger også offentlig tilgjengelig på dette nettstedet. Kjennelser fra tingretten er ofte ikke tilgjengelig for offentligheten. Tingrettene i de forskjellige sakene har derfor blitt kontaktet, med forespørsel om innsyn i kjennelsene, som ble innvilget. Søkeord som er benyttet i det generelle litteratursøket er gjengitt i tabell 1.

Tabell 1, Søkeord i litteraturstudiet

Søkeord i litteraturstudiet		Søkeord i Lovdata
Norsk	Engelsk	Bare norsk
Offentlige anskaffelser	Public Procurement	Offentlige anskaffelser
Anbudskonkurranser	Tenders Contests	Pris- og designkonkurranser
Pris- og designkonkurranse (totalentreprise med løsningsforslag)	Design-Build (Design – Bid) (Design – Bid – Build)	Plan- og designkonkurranser
Plan- og designkonkurranser	Public buildings	Negativ kontraktinteresse
Offentlige bygg	Award of public contracts	Positiv kontraktinteresse
Tildeling av offentlige kontrakter	Architectural competitions	Tildelingskriterier
Arkitekturkonkurranser	Award Criteria	Lov om offentlige anskaffelser
Tildelingskriterier	Creativity	Forskrift om offentlige anskaffelser
Kreativitet	Creativity theory	
Kreativitetsteori	Architecture	
Arkitektur	Creative problem solving	
Kreativ problemløsning		

Ikke alle søkeordene ble brukt i alle søkedatabasene. Ordene ble brukt i kombinasjon der det syntes relevant. Det ble ikke funnet kilder som direkte tok for seg problemstillingen. Det har derfor blitt brukt en rekke kilder, både innen kreativitet, arkitektur, pris og designkonkurranser, samt teori og kjennelser som omhandler anskaffelsesreglene. Denne sammensetningen er gjort for å få ett oversiktlig bilde av problemstillingen. Ved utvelgelse er litteraturens troverdighet, objektivitet, nøyaktighet og egenhet (TONE), hensyntatt. Innenfor temaene kreativitet og juryering av arkitektkonkurranser har det blitt skrevet mange forskningsartikler de siste årene. Mye av denne forskningen er utført i skandinaviske land, av anerkjente fagpersoner. Denne litteraturen var derfor både relevant, troverdig og aktuell, selv om det var usikkert hvor mye av denne litteraturen som kunne knyttes til den aktuelle konkurranseformen. Når det gjelder kilder angående pris- og designkonkurranser, var de fleste relevante treff fra USA og Asia. Det er svært mange likhetstrekk i konkurransetypen men på grunn av usikkerheten angående likheter og forskjeller i deres anskaffelsesregelverk og EU-regelverket, har denne informasjonen blitt brukt i svært liten grad. Det var begrenset med treff på pris- og designkonkurranser fra Europa. For å belyse den juridiske siden ble det i hovedsak brukt pensum fra juridisk fakultet ved UiO innen offentlige anskaffelser. Denne litteraturen blir også referert i norske rettsaker, og synes derfor høyst troverdig og relevant. For å underbygge og beskrive hvordan den juridiske litteraturen skal tolkes er det innhentet og benyttet uttalelser fra klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA), kjennelser fra norske rettsaker, kjennelser fra EU-domstolen og offisiell veileder og forarbeid til regelverket.

På tross av at litteraturen er gjennomgått kildekritikk, vil det alltid være rom for feilkilder. I tillegg til dette er det en risiko for at relevante kilder eller forskning ikke har blitt oppdaget i litteraturstudiet. En viktig del av oppgaven har vært å sette seg inn i hva det aktuelle regelverket krever. Selv om dette er en svært konkret del av oppgaven, må det tas hensyn til at undertegnede er lekmann.

2.6 Case-studie og intervjuer

Yin (2014) definerer et case-studie som «*en empirisk undersøkelse som går i dybden om et ekte, aktuelt fenomen*». Ifølge Yin (2014) er et casestudie en prosess som begynner med planlegging og design. Videre blir casestudiet utført, før man analyserer og tolker innsamlet data, og til slutt rapporterer studien. Han beskriver dette som en iterativ prosess. I et case-studie er det muligheter

for å benytte flere typer data. Det kan benyttes både dokumenter og produkter samt utføres intervjuer og observasjoner (Yin, 2014). Grunnen til at det ble valgt å utføre et case-studie, var et behov for å belyse konkurranseformen med informasjon fra reelle prosjekter og konflikter. Det var en løs kjennskap til de aktuelle casene som også var bakgrunnen for å undersøke denne konkurranseformen. Begrunnelsen for de utvalgte casene, var relevans i forhold til problemstilling, og en antakelse om at konkurranser som hadde endt i konflikt, ville være mer opplysende. Det ble valgt å se på tre hovedcaser. Dette var de konfliktene som lå nærmest problemstillingen, og som hadde blitt behandlet av det norske rettsvesenet. Det ble innhentet kjennelser og konkurransegrunnlag i alle casene.

Det ble utført intervjuer for å utdype dokumentene. Ikke alle som ble forespurt om intervju var villig eller hadde mulighet til å stille opp. På grunn av dette ble det variasjon i faggruppene som ble intervjuet i hver case. Det ble til sammen intervjuet syv personer. Seks av personer hadde direkte tilknytning til en av casene. To personer var sentrale personer fra oppdragsgivers side, en var arkitekt, og to var eksterne prosjektrådgivere innleid av kommunen. Prosjektrådgiverne ble intervjuet på et generelt grunnlag for å unngå en interessekonflikt, for i større grad få objektiv informasjon. De to siste intervjuobjektene var prosjektdirektør og juridisk rådgiver fra henholdsvis Statsbygg og Undervisningsbygg. Før alle intervjuene ble det utarbeidet en intervjuguide, tilpasset den aktuelle case og/eller intervjupersonens fagkompetanse. Intervjuene ble på tross av omfattende intervjuguider utført semistrukturert. Det ble i etterkant av intervjuene sendt oppfølgingsspørsmål til noen av intervjuobjektene.

2.7 Objektivitet og reliabilitet

Spørsmålene i intervjuene kan tolkes forskjellig av intervjuobjektene, og svarene kan være preget av deres personlige erfaring, meninger og holdninger. Dette gjelder nok særlig i denne oppgaven, da det i alle hovedcasene har vært rettskonflikter med varierende konsekvenser og belastninger. Dette vil med stor sannsynlighet svekke objektiviteten til intervjuobjektene. Ved bruk av flere intervjuobjekter fra forskjellige prosjekter og faggrupper, kan det likevel antas at summen av intervjuene gir et nyansert bilde av den faktiske situasjon. Kombinasjonen av teori og casestudier med både dokumentgjennomgang og intervjuer antas å være så omfattende, at enkeltpersoners subjektive meninger ikke vurderes å være utslagsgivende for resultatet.

2.8 Generaliserbarhet og anvendelighet

Alle casene omhandler samme konkurranseform. De er utført med de samme hovedtrekk, og bare små ulikheter. Det antas at informasjonen som er innhentet både gjennom teori og caser, vil være av stor relevans for liknende prosjekter. Det antas at oppgaven og artikkelen kan være et godt utgangspunkt, både for de som vil forstå hva en pris- og designkonkurranse er, og hvilke muligheter og begrensninger en slik konkurranse kan gi. Resultatene er basert på et relativt lite grunnlag i form av tre caser, men det antas at dette kan være et godt utgangspunkt for videre undersøkelser. Regelverket for offentlige anskaffelser har vist seg vanskelig å tolke, både for lekmenn, advokater og dommere. Det oppfordres derfor til stor ydmykhet i forhold til regelverket, ved videre arbeider med temaet. Da den juridiske delen blir gjengitt og tolket av en lekmann, understrekes det at oppgaven ikke bør leses som et juridisk dokument, men som en kilde til informasjon som kan utforskes videre.

3 Utdypende bakgrunn

Arkitektkonkurranser har lang tradisjon i Norge, og konkurranser har vært en sentral del av fagets utvikling i nesten 200 år (Rygh, 2012). Rygh (2012) skriver videre at konkurransetradisjonen i Norge på mange måter har vært uendret siden de første organiserte konkurransene fant sted på 1830-tallet. Rygh (2012) beskriver at det som tradisjonelt kjennetegner arkitektkonkurranser er først og fremst at deltakerne har konkrete løsningsforslag og at forslagenes faglige kvalitet blir bedømt av en jury eller en bedømmelseskomité. Videre skal forslagene være anonyme slik at det kun er forslagens faglige kvalitet som skal påvirke bedømmelsen.

Den tradisjonelle arkitektkonkurransen som vi i dag kjenner som en plan- og designkonkurranse er fortsatt en vanlig konkurranseform (Rygh, 2012). Gjennom Norges EØS-samarbeid ble det offentlige pålagt å følge EU sine regler for offentlige anskaffelser (Goller et al., 2014). Disse ble innført i 1992 – 1994. I Norge har plan- og designkonkurranser fått et eget kapittel i forskrift om offentlige anskaffelser, og har egne formelle prosedyreregler (FOA, 2006). Slike særregler for arkitektkonkurranser har også blitt forankret i det felles europeiske regelverket (EU-direktiv 18, 2004). Etter de felles EU-reglene ble innført vokste det frem flere nye konkurranseformer med ulike anskaffelsesprosedyrer. De nye konkurranse- og anskaffelsesformene besto ofte av at arkitekter måtte konkurrere om å få utføre arkitektoppdraget (Rygh, 2012). Konkurransen gikk ikke lenger ut på å levere et løsningsforslag, men på en bedømmelse av arkitektens honorar og hans erfaring fra liknende prosjekter (Rygh, 2012). Dette er fortsatt svært normalt og det ser ut til å være lite forskning også på denne konkurranseformen. Dette blir bekreftet av en nederlandsk studie av Volker (2010), som finner at «knappt noen forskning tar for seg beslutningskriterier for arkitekter i forbindelse med anskaffelsesregelverket». Hun uttaler i sin konklusjon at arkitektvalg kan sees fra to ulike sider; et juridisk perspektiv og et psykologisk perspektiv. Etter å ha studert hvordan mennesker faktisk tar valg mener hun at det nesten er umulig for kunden å angi utvelgelsesprosedyre og tildelingskriterier på forhånd slik loven krever, og at det i denne sammenheng er en ubalanse mellom rasjonaliteten av de juridiske kravene og den psykologiske rasjonaliteten i beslutningsprosesser (Volker, 2010).

En annen konkurranseform som ble vanlig utover 90-tallet var totalentreprisekonkurranser hvor arkitekt og entreprenør, og gjerne tekniske rådgivere, leverer et felles løsningsforslag på byggets

utforming, med en fast anbudspris på gjennomføring og oppføring av prosjektet. Dette har hovedsakelig vært kjent som totalentreprise med løsningsforslag. Innføringen av denne konkurranseformen skapte ifølge Rygh (2012) stor skepsis blant arkitekter som fryktet at entreprenører ville få for stor innflytelse over formgivning og materialvalg, og at forslagens kvalitet ble nedprioritert i forhold til lavest mulig pris. På tross av skepsis ble denne konkurranseformen likevel utbredt. Årsaken til dette kan ifølge Al-Reshaid (2005) og Ling (2004) være at en tradisjonell konkurranse som besto av en arkitektkonkurranse, med påfølgende anbudskonkurranse og utførelsesentreprise, ikke bli ferdig i tide og var vanskelig å beregne i kostnad. En konkurranseform hvor man konkurrerer om både design og pris er ikke særnorsk eller europeisk, men brukes over hele verden (Al-Reshaid, 2005; Masterman, 1992). Det er lite forskning på området og hovedtyngden av denne forskningen tar for seg prekvalifisering, kontrakt- og samarbeidsstrategi, effektivisering og suksessfaktorer. En overvekt av artikler om konkurranseformen kommer fra Asia. Denne konkurranseformen har fått en stor oppblomstring i Norge de siste årene, og går nå som regel under navnet pris- og designkonkurranser. Hvorfor konkurransene ikke benevnes som totalentreprise med løsningsforslag er ukjent. I det videre anerkjennes det nye navnet pris- og designkonkurranser, som ser ut til å bli det alminnelige, og bruker det om alle liknende konkurranser.

Søk i Doffin som er den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser, viser at det i 2015 ble utlyst nær 20 konkurranser i offentlig sektor av denne konkurranseformen. De fleste av disse var store offentlige bygg, og majoriteten av disse var nybygg. De fleste hadde navnet pris- og designkonkurranse, mens noen tross de samme elementene, både design, prosjektering og utførelse, hadde et annet navn på konkurransen. Konkurranseformen har derfor en stor markedsandel av arkitektkonkurranser. Konkurransene som har vært utlyst det siste året, er som regel utført som en begrenset anbudskonkurranse, og de utvalgte leverandørene tilbys som regel et honorar på 250.000,-. Som nevnt er ikke konkurranseformen en norsk trend. I 2007 viste en studie av 3200 nederlandske oppdragsgivere, at de antok at i nær fremtid ville omlag 35% av kontraktene bli utlyst som integrerte kontrakter, både av typen Design-Build (pris- og designkonkurranser) og Design-Build-Maintenance (pris- og designkonkurranse med etterfølgende vedlikehold og/eller driftsavtale) (Volker, 2010). Søk i Doffin viser også at det er usikkerhet blant oppdragsgivere med hensyn til kunnskap om konkurranseformer. Flere

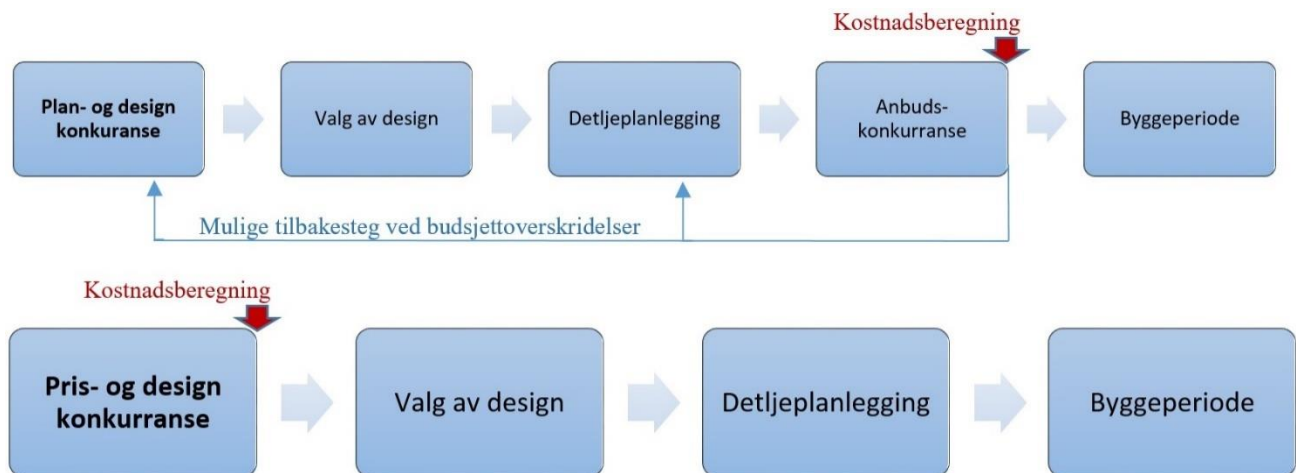
oppdragsgivere lyser ut konkurranser som åpne anbudskonkurranser, selv om de helt klart er begrensede anbudskonkurranser med prekvalifisering, mens noen også blander pris- og designkonkurranser med plan- og designkonkurranser.

De fleste pris- og designkonkurransene som blir utlyst på Doffin skal utføres med en eller annen form for samspill. En samspillmodell er ikke en standardisert entreprisemodell, og hvordan samspillet utføres varierer. Ved gjennomføring av en samspillentreprise samarbeider oppdragsgiver og leverandører om å videreutvikle prosjektet gjennom hele prosjektperioden, som regel med hensikt om å redusere kostnader og optimalisere løsninger. Disse kontraktene har ofte elementer som målpris, åpen bok prinsipper og økonomiske insentiver. For en pris- og designkonkurranse må nødvendigvis samspillet begynne etter konkurransen og valg av leverandør. I pris- og designkonkurranser ser det hovedsakelig ut til å bli brukt en modell hvor man etter konkurransen, går inn i en kort periode hvor man tilpasser detaljer i prosjektet sammen med en brukergruppe, før man går over i en totalentreprise med fast pris. Selv om dette ser ut til å være den mest brukte modellen, varierer det noe. Det at konkurranseformen varierer på denne måten, må vurderes å kunne skape ytterligere forvirring for både oppdragsgivere og leverandører.

Pris- og designkonkurransene avholdes som regel som en begrenset anbudskonkurranse. Det vil si at det først vil være en prekvalifisering av leverandører, som deretter kan delta i konkurransen. Det er normalt at fire til seks leverandører blir invitert til å delta etter prekvalifiseringen. Leverandøren vil i pris- og designkonkurranser bestå av et tverrfaglig deltakerteam, etter oppdragsgivers krav. Arkitekt og entreprenør er alltid med, men hvilke andre faggrupper oppdragsgiver krever å ha med, varierer. I en begrenset pris- og designkonkurranse tilbys det gjerne et deltakerhonorar til leverandørene. Disse honorarene er ikke pålagt av loven og varierer normalt fra 100.000kr. til 700.000kr. Som tidligere nemt, tilbyr majoriteten av prosjektene et honorar på 250.000kr.

En utfordring med denne konkurranseformen, som belyses nærmere senere, er at den ikke lenger kan følge regelverkets særregler for en plan- og designkonkurranse. Det er for eksempel ikke krav om noen jury eller evalueringskomite med en bestemt faglig kompetanse. Norske arkitekters landsforbund oppfordrer av den grunn alle sine medlemmer til å være ekstra nøye når denne konkurranseformen benyttes (NAL, URL, 2016).

Offentlige oppdragsgivere er ved anskaffelser pålagt å følge lov- og forskrift om offentlige anskaffelser. Når anskaffelsen gjelder store bygg med en antatt total kostnad på over 44 millioner kroner, må den offentlige oppdragsgiveren følge de strengeste reglene for offentlige anskaffelser. Reglene stiller strenge krav til hele prosessen fra konkurransegrunnlag til tildeling. Hva disse reglene i praksis går ut på, blir belyst nærmere i det videre. Hovedforskjellen mellom plan- og designkonkurranse og pris- og designkonkurranse er forenklet fremstilt i figur 1. Dette er en forenklet modell som viser prinsipielle forskjeller. Av figuren ser man at en vesentlig forskjell er tidspunktet hvor prosjektet blir nøyaktig kostnadsberegnet. Ved en tradisjonell plan- og designkonkurranse kommer kostnadsberegningen normalt som en egen anbudskonkurranse etter at vinner av arkitektkonkurransen er valgt, og prosjektet er tilstrekkelig detaljert. Om denne kostnaden viser seg for høy for oppdragsgiver kan konsekvensen bli at man blir satt tilbake en eller flere faser i prosjektet. I en pris- og designkonkurranse blir kostnaden beregnet samtidig med arkitektkonkurransen, noe som gjør at pris kan legges til grunn ved valg av vinner.



Figur 1, Forenklet sammenlikning av konkurranseformer

Som nevnt har siste årene har det vært flere større konflikter mellom offentlige oppdragsgivere og leverandører, hvor det har vært benyttet pris- og designkonkurranser. Flere av konfliktene har hatt omfattende behandling i rettsvesenet. Det ser ut til å være en uenighet om hvilken kreativ frihet en arkitekt har i en slik konkurranse, og hvilke muligheter en oppdragsgiver har hva angår valg av løsning. For å avdekke hvilke muligheter og begrensninger som foreligger i denne konkurransetypen, vil det i det videre bli gått igjennom teori fra to fagfelt. Først blir det kort gjort rede for teori om arkitektkonkurranser, bedømming av disse og litt om estetikk og kreativitet.

Dette vil forhåpentlig vis gi noen indikasjoner om hva som er viktig for en offentlig byggherre ved anskaffelse av bygg. Deretter ses det inngående på regelverket for offentlige anskaffelser, for å forstå de begrensninger som regelverket gir. Etter teorikapittelet blir det presentert en casestudie av tre pris- og designkonkurranser som har endt i en rettskonflikt, og tilhørende intervjuer. Dette vil forhåpentlig gi en bred forståelse for de utfordringer som oppdragsgiver og leverandør står ovenfor når nye bygg skal utformes, som formodentlig vil kunne bidra til å svare på problemstillingen.

4 Teori

4.1 Arkitektkonkurranser

For å forstå konsekvensene av å velge en pris- og designkonkurranse fremfor en plan- og designkonkurranse, blir det først gjort rede for hvordan en tradisjonell plan- og designkonkurranse utføres og bedømmes. Dette blir grunnlaget for å senere kunne undersøke om friheter og muligheter blir begrenset når man velger en pris- og designkonkurranse, noe som kan bidra til å besvare delspørsmålene i problemstillingen. Det blir videre gjort kort rede for begrepene estetikk og kreativitet, for senere å kunne diskutere om dette er elementer som blir hemmet i en pris- og designkonkurranse.

4.1.1 Plan- og designkonkurranser

Arkitektkonkurranser har en lang tradisjon, og stammer ifølge Strong (1976) trolig tilbake til antikkens Hellas. De har vært brukt i forbindelse med blant annet å utvikle biblioteker, museer, plasser og utdanningsinstitusjoner. I tillegg til de åpenbare hensiktene, kan det være mange andre formål med en arkitektkonkurranse. Det kan være å oppdage nye talent, utfordre nåværende viten og praksis, skape dialog om arkitektur og design, øke konkurransen, få innsikt i kompetansen, skape kulturelle dimensjoner og utvide rammen for design (Larson, 1994; Spreiregen, 1979). Nyere forskning av Svensson (2008) legger til markedsføring av prosjekter, sørge for kvalitet gjennom juryvurderinger og koordinering av ulike interessefelt. De grunnleggende prinsipper for arkitektkonkurranser er den samme i hele Norden, selv om regelverket varierer noe (Rönn, 2009). Som nevnt er plan- og designkonkurranser i Norge regulert av forskrift om offentlige anskaffelser (2006), heretter FOA, del IV. Her stilles en rekke krav til både prosedyrer for gjennomføring, krav til utvelgelse av deltakere, krav til juryen, regler for kommunikasjon og sanksjoner ved ulovlige anskaffelser. En plan- og designkonkurranse kan gjennomføres som en åpen eller begrenset konkurranse. Ved en åpen konkurranse kan nærmest alle delta. Dette kan i visse tilfeller føre til svært mange løsningsforslag, og gi en omfattende og lang evalueringsprosess. Ved en begrenset konkurranse må det foretas en prekvalifisering av leverandører. FOA (2006) § 23-1 stiller da krav til oppdragsgiver om at det skal fastsettes klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Det stilles her også krav til at antall leverandører som blir invitert til å delta i konkurransen, skal være stort nok for å sikre reell konkurranse. En begrenset konkurranse kan på

tross av færre deltakere, også ta lang tid. Ifølge Kazemian og Rönn (2009) kan det ta fire til ti måneder å gjennomføre en begrenset konkurranse.

Det stilles ikke direkte krav til konkurransegrunnlaget i en plan- og designkonkurranse, noe som gir oppdragsgiver relativt stor frihet. Konkurransegrunnlaget kan blant annet inneholde prosedyreregler, romprogram, behovsanalyser, reguleringer, tekniske rapporter, krav og beskrivelser av mål og ønsker. Ifølge Kreiner (2009) kan deltakerne i en arkitektkonkurranse velge om de vil lese konkurransegrunnlaget som en instruksjon, en indikasjon eller inspirasjon.

4.1.2 Juryering av plan- og designkonkurranser

Løsningsforslagene blir innen en tidsfrist levert anonymt. De anonyme innlegg blir bedømt av en jury som representerer oppdragsgiver og arkitektmiljøet (Rönn, 2009). Ifølge FOA(2006) § 23-1 skal juryen bestå av fysiske personer, og være uavhengig av konkurransedeltakerne. Dersom en særskilt yrkesmessig kvalifikasjon kreves for å delta i designkonkurransen, skal minst en tredjedel av juryen være i besittelse av samme eller tilsvarende kvalifikasjon. Juryen skal ved bedømmelse være uavhengig i sine uttalelser og beslutninger. Videre heter det i FOA(2006) § 23-1 at grunnlaget for juryens beslutning skal være planer og design. Kun de kriterier som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, er relevante

Det er det siste tiåret gjort betydelig forskning på juryering av arkitektkonkurranser og juryens evalueringsprosess (Kazemian & Rönn, 2009; Kreiner 2006, 2008; Svensson, 2008) og strategien for arkitekter som deltar i konkurransene (Kreiner, 2007a, 2007b). Disse publikasjonene indikerer at utfordringer i arkitektkonkurranser hovedsakelig omhandler ærligheten av tildelingskriterier for utvelgelsen av deltakere i konkurransen, hva man krever av leverandørene, sammensetningen av jurymedlemmer, juryens objektivitet, og den finansielle kompensasjonen i forhold til arbeidsmengden som kreves.

Det har vært undersøkt om det er mulig å finne felles faktorer for hvordan arkitektkonkurranser bedømmes. I en studie av Rönn (2007) er det utført en rekke intervjuer av jurymedlemmer og flere arkitektkonkurranser er fulgt tett. De har sett på hvilke kriterier leverandører og juryen mener er sentrale ved vurdering av arkitektur, og undersøkt hvilken betydning designkriterier har. Resultatet viser at juryen ser etter en vinner ved å stille spørsmål ved løsningsforslagene.

Grunnleggende kriterier kan derfor likestilles med sentrale problemstillinger som fokuserer på sentrale aspekter ved design. Fra informantenes svar fant Rönn (2007) en kjerne av spørsmål og generelle grunnleggende designkriterier som stadig gjentar seg i kvalitetsvurderinger av arkitektoniske prosjekter. Disse er:

Kontekst og omgivelser

Hvor godt tilpasser konkurranseutkastene seg omgivelsene? Hvordan forholder forslagene seg til nærliggende bygninger og landskapet?

Helhet og underliggende konsept

Hvordan har konkurrentene løst konkurransens oppgave som helhet? I hvilken grad er et sterkt konsept og et attraktivt design kombinert med krav knyttet til funksjon, økonomi og bærekraft?

Inngangsforhold

Hvordan har deltakerne løst tilgang til området og bygningene? Hvordan er forholdet mellom de eksterne brukerne og det interne bevegelsesmønstrene, både for bygningen og området som helhet?

Funksjonelt oppsett

Hvordan har konkurrentene planlagt organiseringen? Hvor funksjonelt er forslaget i forhold til den planlagte bruken?

Tekniske løsninger

Hvordan er de tekniske systemene i konkurranseforslag utformet? Er de tekniske løsningene trygge og gjennomførbare i praksis?

Utviklingspotensial

Hvordan kan konkurranseforslag videreutvikles? Er det mulig å forbedre svakheter og forbedre løsninger uten det underliggende konseptet og de iboende kvalitetene av forslaget går tapt?

I den samme studien av Rönn (2007) fant han at selv om juryen baserer deres undersøkelser av løsningsforslagene på kravene som var stilt i konkurransegrunnlaget, og fundamentale profesjonelle kriterier som gjerne kommer opp når kvalitet i arkitektur skal identifiseres, var det likevel tanker og følelser hos jurymedlemmer og den visuelle fremstillingen som til slutt er avgjørende i valget av en vinner. I en etterfølgende artikkel skriver Rönn (2009) at forslagets utviklingspotensial er et sentralt kriterium, da en generelt god løsning er viktigere enn mangler i detaljer som kan løses på et senere tidspunkt

Det har vist seg at det ikke er tilstrekkelig å oppfylle funksjonskrav for å være en vinner og at arkitektonisk kvalitet må være noe mer enn feilfritt. Ifølge Rönn (2007) er juryens oppgave ikke å søke etter feilfrie løsninger, men å finne forslaget som best løser konkurransens oppgave. Videre utdyper han at kvaliteter i arkitektur ikke kan veies mot hverandre på en matematisk måte. Flere forskjellige typer kvalitetskrav må sammenlignes med hverandre når vinnerne skal kåres. I et senere studie beskriver Rönn (2009) at vanskeligheten ikke bare ligger i det faktum at juryen må vurdere de ulike interessene i konkurransen, men at det alltid er flere gode løsninger i arkitektur. Rönn mener dermed at Juryering og valg av vinneren er en beslutningsprosess med tvil og ekte usikkerhet, og at alle aspekter ved ett forslag sjelden er overveldende bedre enn de andre.

Av intervjuer som Rönn (2009, 2011) har gjort, blant annet i Norge, blir det flere ganger beskrevet at selve juryeringsprosessen er en læringsprosess. Læringsprosessen kommer både fra løsninger på oppdraget og juryens kvalitetsvurdering av dem. Jurymedlemmene tester forslagene i evalueringen og testing av forslagene er en læringsprosess som gir medlemmer av juryen bedre innsikt i konkurransen. Han beskriver at de gode forslagene blir verktøy for å lære om konkurransens oppgave og dens utfordringer ved at favorittforslagene belyser konkurransens konkurransegrunnlag. Ved å undersøke bidragene, sorterer jurymedlemmene ut fordeler og ulemper ved forslagene. Denne evalueringen fører til kritikk, som i sin tur forbedrer juryens bedømmende kompetanse (Rönn, 2009, 2011).

Før vi går videre til å se på hvilke muligheter og begrensninger som ligger i regelverket for pris- og designkonkurranser, skal vi kort se på begrepene estetikk og kreativitet. Dette er et begrep som antas viktig, spesielt i en arkitektkonkurranse.

4.1.3 Kort om estetikk

Det første norske arkitekturpolitikkprogrammet kom i 1992 (Kulturdepartementet, 1992). Programmet het «*omgivelser som kultur: Handlingsprogram for estetisk kvalitet i offentlig miljø*» og ble utarbeidet av en arbeidsgruppe i kulturdepartementet. Målet var å fremheve estetiske kvaliteter for kulturpolitikken. Arkitektkonkurranser ble bare kort nevnt i dette programmet. I 1997 kom det andre norske arkitekturpolitiske programmet som ble utarbeidet av flere departementer og fikk navnet «*Estetikk i statlige bygg og anlegg*» (Kommunaldepartementet et al., 1997). Dette programmet ga et mer sammensatt bilde av arkitektkonkurranser. Programmet er ikke oppdatert etter den nye plan- og bygningsloven, og en del referanser er derfor feil. Gyldigheten og hensikten til programmet antas fortsatt gjeldende, da det ikke er trukket eller erstattet.

Ifølge det nyeste programmet er estetisk kvalitet noe vi opplever som vakkert gjennom våre sanser og følelser, og det er avgjørende for om et sted skal oppleves som attraktivt og trivelig (Kommunaldepartementet et al., 1997). Videre beskrives det at estetiske kvaliteter påvirkes både av samfunnets historiske utvikling og menneskenes bruk av omgivelsene. Det påpekes at den estetiske opplevelsen av, for eksempel et byggverk, også påvirkes av omgivelsene og sammenhengen den opptrer i. Programmet legger også vekt på at estetikk skal vektlegges sterkere i plan- og byggesaksbehandling. Stortinget ga gjennom endringer i plan- og bygningsloven (PBL) i 1995 klare signaler om at estetiske hensyn skal vektlegges mer i framtiden. Det heter at kommunen har et stort ansvar for å sikre estetisk kvalitet i våre fysiske omgivelser (Kommunaldepartementet et al., 1997). Det bemerkes videre i programmet at kommunen og andre offentlige byggherrer bør gå foran som et godt forbilde ved å planlegge og gjennomføre egne byggverk på en faglig god måte. Programmet legger vekt på viktigheten av å bruke nok tid og formingsfaglig kompetanse når offentlige utbyggingsoppgaver skal gjennomføres. Veilederen er omfattende og handler i sin helhet om hvordan estetikk skal innarbeides gjennom offentlige myndigheter. Noen interessante sitater fra programmet i forhold til oppgaven er:

«God estetisk kvalitet knyttes til hva vi opplever som vakkert, ønskelig, verdifullt osv., og omhandler derfor verdier og ikke kvantitative egenskaper.»

«For at et anlegg skal ha arkitektonisk kvalitet, må det tilfredsstillende både praktiske og følelsesmessige behov sett i lys av tilgjengelige ressurser og rådende tekniske forhold. Følelsesmessige behov er gjerne mer ubevisste enn praktiske behov, men er knyttet til brukernes opplevelser og bruk av omgivelsene. Arkitekten søker å imøtekomme slike følelsesmessige behov gjennom en bevisst valgt estetisk form.»

«De senere år har betydningen av estetisk kvalitet i de bygde omgivelser blitt tillagt større vekt. Det erkjennes at slike kvaliteter gir viktige premisser for enkeltmenneskets oppvekstvilkår og livskvalitet.»

(Kommunaldepartementet et al., 1997).

Det er tydelig viktig å innarbeide gode estetiske løsninger i offentlige bygg, og at det offentlige har et spesielt ansvar for dette. Arkitekter må formodes å løse dette både gjennom kunnskap og erfaring, men også gjennom nytenkning og innovative løsninger. Et ord som ofte blir brukt i denne sammenhengen er kreativitet. I det videre ses det kort på hvilken betydning dette begrepet kan ha, og på noen elementer som kan tenkes å påvirke kreativitet.

4.1.4 Kort om kreativitet

Kreativitet er et begrep med mange definisjoner og anvendelser. Det eksisterer ifølge Forsth (1991) et sted mellom 100 og 200 definisjoner på kreativitet. En passende definisjon på kreativitet for oppgavens problemstilling kan være *«Evnen til å tenke utenfor rammene, trekke nye og funksjonelle funksjoner som er egnet til å løse et problem eller å gripe en mulighet»* (Bertone, 1993).

Noen betrakter kreativitet som en evne, andre betrakter det som et utfall (Runco, 1986), mens andre som en prosess (Drazin et al., 1999). Et utfall av kreativitet kan ifølge Milgram (1989) være hvilken som helst løsning på et problem, så abstrakt som en idé, eller så konkret som et produkt.

Mye av litteraturen om kreativitet behandler forholdet mellom kreativ og analytisk problemløsning. Mye av den kognitive psykologiske forskningen på området forklarer kreativ

problemløsning som kognitive mekanismer av en generell karakter (Kaufmann, 2006). De mener derfor det er vanskelig å argumentere for at kreativ problemløsning som en særegen form (Kaufmann, 2006). Andre beskriver kreativ problemløsning med særpregede og konkrete modeller, og mener at dette er mer hensiktsmessig og korrekt (De Bono, 2006; Forsth, 1991). De mener følgelig at man kan tilrettelegge for kreativitet ved å følge enkle prinsipper.

Forsth (1991) beskriver at man ofte søker et bredest mulig spekter av løsninger ved kreativ problemløsning. Dette mener han oppnås ved å betrakte problemet fra en rekke synsvinkler. Han mener videre et annet kjennetegn ved kreativ problemløsning er at man baserer løsningen på hva prosessen lærer oss om problemet, og ikke på grunnlag av løsninger som er vanlige (Forsth, 1991). Dette er et utsagn som vi kjenner igjen fra tidligere, hvor funn fra juryering av arkitektkonkurranser viste samme læringsprosess.

Som nevnt ovenfor er flere av den forståelse at man kan tilrettelegge for kreativitet ved å følge enkle prinsipper (De Bono, 2006; Forsth, 1991). Vi gjennomgår kort de forholdene som Forsth (1991) fremlegger som viktig for å tilrettelegge for kreativitet, da dette synes hensiktsmessige for forståelsen av problemstillingen. Disse prinsippene er:

Utsett valg

Det å utsette valg betegner Forsth (1991) som et viktig prinsipp. Grunnen til dette er, at det kan oppstå uuttalte eller ubevisste minimumsterskler for kvalitet eller løsning. Dersom et forslag får positive tilbakemeldinger blir det ansett som godt, og den videre terskelen heves, noe som kan medfører en økt vanskelighet for å akseptere nye forslag. Forsth (1991) beskriver en tendens til at videre diskusjon da kan få fokus på å rettferdiggjøre den første løsningen som ble valgt. Ved å utsette beslutninger, øker man sannsynligheten for at nye ideer melder seg. Hver enkelt får da også bedre mulighet til å reflektere og danne seg en individuell mening om de ulike forslagene.

Utsett vurderingene

Et viktig prinsipp innen kreativ tenkning er at kvantitet medfører kvalitet. Jo flere ideer som genereres, dess større er sannsynligheten for å generere gode ideer. Her er det essensielle at man utsetter diskusjoner rundt ideer, da dette kan virke hemmende på prosessen. Man gjør først

vurderinger etter man har oppnådd et høyt antall ideer. De Bono (1970) og Shah et al. (2000) trekker også frem utsettelse av vurderinger som fundamentalt for å fremme kreativitet.

Finn det positive

Et sentralt prinsipp innen kreativitet er å fremheve det positive. Forsth (1991) trekker her frem ordtakene «*Om det er aldri så galt, så er det godt for noe*» for å illustrere poenget. Han setter som et minimum at man bør identifisere tre positive sider ved hver idé.

Del opp og sett sammen

Ofte oppstår det flere ideer som alle har sine positive sider. Det kan da være hensiktsmessig å plukke ut det positive fra hver idé, og sette det sammen til et nytt forslag. Forsth (1991) illustrerer dette med klossebygging. En idé er bygget opp av klosser, og disse kan løses fra hverandre og inngå i nye konstellasjoner.

Divergens fulgt av konvergens

Med divergens menes her spredning. Med hensyn til kreativitet innebærer dette å slippe frem mange ideer. Ved å åpne og spre idéskapningen så mye som mulig kan flere og varierte ideer identifiseres. Dette kan etterfølges av konvergens. Med konvergens menes samling. Vi snakker her om å samle sammen de ideene det er ønskelig å videreutvikle. Ifølge Forsth (1991) inngår prinsippet om divergens fulgt av konvergens i alle kreative arbeidsmetoder. I denne sammenheng mener De Bono (2006) at man bør innføre kvoter eller minimumsverdier for å sikre kvantitet. I praksis kan man stille krav til, for eksempel tjue forslag, før man starter en diskusjon eller evaluering av ideer.

I tillegg til at det er mange elementer som fremmer kreativitet, er det naturlig nok mange elementer som kan blokkere eller hemme kreativitet og kreative prosesser. Noen av de blokkeringene som Shah et al. (2000) nevner, og som synes relevant for problemstillingen er:

- Stram problemspesifikasjon
- Rigid fremstilling av problemet
- Fiktive begrensninger.

Han mener at en løsning på noe av dette kan være å bryte regler og bryte med gjeldene normer og rammer.

Vi har nå sett kort på den historiske utviklingen til arkitektkonkurranser, hvordan plan- og designkonkurranser arrangeres og hva som er viktig for de som bedømmer konkurransene. Det ble kort redegjort for offentlige programmer om estetikk, og til slutt noen elementer som kan fremme og hemme kreativitet, som må anses som viktig i en arkitektkonkurranse. I det videre blir det redegjort for de mest sentrale reglene for offentlige anskaffelser, i forhold til problemstillingen. Hensikten med dette er å kartlegge sentrale forskjeller når en arkitektkonkurranse går over til en del av en anbudskonkurranse. Med andre ord, når vi går fra en plan- og designkonkurranse til en pris- og designkonkurranse. Med dette kan vi formodentlig komme nærmere et svar på hva som påvirker løsningsforslagene i en pris- og designkonkurranser.

4.2 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser

Reglene for offentlige anskaffelser har fått mye kritikk for å være overregulerende og virke mot sin hensikt (Tryti, 2010). Det blir blant annet hevdet i en artikkel av Tryti (2010) at forskrift til offentlige anskaffelser inviterer til en skjønnhetskonkurranse som premierer de virksomheter som best klarer å dokumentere etterlevelse av detaljerte prosedyreregler. Han mener det er for mye fokus på å gjøre «*anskaffelsene riktig*», uten nevneverdig interesse eller diskusjon om det «*blir riktige anskaffelser*», og at det mangler en kobling til den reelle verdiskapningsprosessen.

For å forstå hvilke muligheter og begrensninger en offentlige oppdragsgiver har, er det nødvendig å ha innsikt i de anskaffelsesregler de må følge. De viktigste faktorene ved lovverket vil derfor gjennomgås, med et spesielt fokus på grunnleggende prinsipper, konkurransegrunnlaget, tildelingskriterier, avvik og regler om avvisning, da dette anses som sentrale momenter for å kunne belyse problemstillingen. I rettsvesenet vil noen dommer danne presidens. Dette betyr at dommen vil være retningsgivende for hvordan etterfølgende avgjørelser skal tolkes av retten. Det vil underveis i dette kapitlet bli gitt eksempler på slike dommer for å illustrere hvordan reglene tolkes i praksis. På grunn av dette kan denne delen av teorikapitlet få et element av diskusjon. Det er gjort bevisst, da fordelene ved å forstå teorien fortløpende antas viktigere enn lojalitet ovenfor oppgaveformaliteter. Det fleste og mest relevante lover og forskrifter det blir referert til i

teksten, er gjengitt i sin helhet i vedlegg 1, og kan brukes som oppslagsverk for den interesserte leser.

4.2.1 Bakgrunnen og formålet med loven

Regelverket for offentlige anskaffelser består av Lov om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesloven eller LOA) og Forskrift om offentlige anskaffelser (heretter anskaffelsesforskriften eller FOA). For å underbygge tolkningen av dette regelverket har fornyings og administrasjonsdepartementet utgitt en veileder til reglene om offentlige anskaffelser (heretter VOA). Regelverkets hensikt er å sikre at ressursene utnyttes best mulig gjennom både kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp, og at offentlig sektor gjennom sine innkjøp bidrar til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv (LOA, 1999, § 1 og § 2). Alle statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer må følge disse reglene. Gjennom medlemskap i EØS er Norge forpliktet til å følge særlige fremgangsmåter ved offentlige innkjøp av varer, tjenester, bygg og anlegg over en viss terskelverdi gitt av EU (FOA, 2006, § 2-2). Allerede i 1971 ble det første EU- direktivet med regler om offentlige bygge- og anleggskontrakter vedtatt (Goller et al., 2014, s. 15). Da EØS avtalen ble undertegnet i 1992 og innført i 1994, forelå det således allerede et omfattende EU-regelverk om offentlige anskaffelser som ble inntatt i sin helhet i EØS (Goller et al., 2014, s. 15).

Ifølge Goller et al. (2014, s. 14) gir anskaffelsesreglene detaljerte regler for gjennomføring av offentlige innkjøp, og reglene strekker seg fra planlegging til inngåelse av kontrakt. Videre utdyper han at anskaffelser skal foretas på bakgrunn av kunngjorte konkurranser, hvor alle elementer oppdragsgiver vil vektlegge i prosessen skal gjøres kjent på forhånd. Han beskriver videre at oppdragsgiver står fritt til å bestemme hva som skal anskaffes og hva oppdragsgiver vil vektlegges ved tildeling, dog begrenset av likebehandling og ikke-diskriminering mv. (Goller et al. 2014, s. 14).

I LOA(1999) § 1 og FOA(2006) § 1-1 heter det at formålet med anskaffelsesreglene er å *«bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling»*. Videre skal regelverket bidra til at det offentlige *«opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnsmessig måte»*.

Regelverket er på den måten i stor grad rettet mot det offentliges- og allmennhetens interesser, og har som formål å begrense det offentliges kostnader samt hindre korrupsjon og kameraderi (Goller et al., 2014, s. 15). Med tanke på de bakenforliggende EU-direktivene, er det også klart at formålet videre er å sikre det indre marked i EØS-området ved å sørge for fri flyt av varer og tjenester på markedet for offentlige innkjøp (Goller et al., 2014, s. 15).

Anskaffelsesreglene har altså et relativt sammensatt formål, der forskjellige hensyn kan trekke i flere retninger. Svært strenge tolkninger av reglene kan ifølge Goller et al. (2014, s. 15) stride mot formålet om økt verdiskapning, mens en altfor stor skjønnsfrihet for oppdragsgiver og mangel på etterprøvbarehet, vil stride mot leverandørens beskyttelsesverdige interesser.

Regelverket har som nemt et EØS-rettslig opphav, og de sentrale EU-kildene, særlig avgjørelser fra EU-domstolen, er derfor av stor betydning når reglene skal tolkes. I Norge blir også praksis fra Klagenemda for offentlige anskaffelser, heretter KOFA, vektlagt i ikke ubetydelig grad (Goller et al., 2014, s. 15). KOFA er et uavhengig statlige organ, som gir rådgivende uttalelser om påståtte brudd på anskaffelsesreglene. KOFA består av en nemd på 10 medlemmer og et sekretariat (VOA, 2013, s. 241). Den rettskildemessige betydningen av KOFA sine avgjørelser må antas å være begrenset, men avgjørelsene er imidlertid vist til en rekke ganger av domstolene, også av Høyesterett, uten at spørsmålet har vært problematisert (Goller et al., 2014, s. 17).

Anskaffelsesforskriften er delt inn i fire deler benevnt del I, del II, del III og del IV. De ulike delene regulerer ulike typer anskaffelser ut i fra anskaffelsens art og verdi (VOA, 2013, s. 49). Hva de forskjellige delene regulerer er kort oppsummert i figur 2.

Del I:

Omhandler grunnleggende og alminnelige bestemmelser. Den gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens verdi. Om anskaffelsens verdi er under nasjonal terskelverdi på NOK 500 000, kan man som regel velge å bare følge del I.

Del I og II:

Gjelder for anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi, NOK 500 000 og EØS-terskelverdiene. EØS terskelverdi er nå NOK 1,75 millioner for vare- og tjenestekontrakter, og NOK 44 millioner for bygge- og anleggsarbeider.

Del I og III:

Gjelder for anskaffelser over EØS- terskelverdi. For bygge- og anleggsarbeider er EØS-terskelverdi på NOK 44 millioner ekskl. mva.

Del I og IV:

Regulerer plan- og designkonkurranser, og bygge og anleggskonsesjoner.

Figur 2, Anskaffelsesforskriftens inndeling

Som vi ser av figur 2 inneholder del I grunnleggende bestemmelser for alle anskaffelser. Denne delen gjelder alltid, i tillegg til enten del II, del III eller del IV. Del II er et nasjonalt regelverk, men følger i all hovedsak EU-reglene som er implementert i del III. For bygge- og anleggsarbeider er EØS-terskelverdien på NOK 44 millioner ekskl. mva. (FOA, 2006, § 2-2). Anskaffelser som ligger over EØS-terskelverdi må følge forskriftens del III, hvor EU- reglene er fullt implementert. EØS-terskelverdiene blir normalt justert annethvert år. For å fastslå hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse, må oppdragsgiver foreta en vurdering av anskaffelsens anslåtte verdi (FOA § 2-2). Det er her strengt regulert hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes, blant annet for å hindre oppdeling av kontrakter, for å komme under en terskelverdi.

Det nasjonale regelverket i FOA del II er i all hovedsak sammenfallende med reglene i FOA del III, men med noen forenklinger. Den viktigste forskjellen er at det i del II alltid er adgang til å

bruke konkurranser med forhandling, noe som man i svært begrenset grad kan gjøre i del III (Goller et al., 2014, s. 18). Reglene i del II oppfattes av mange som unødige kompliserte, særlig i lys av anskaffelsens beskjedene verdi (Goller et al., 2014, s. 18).

I det videre ser vi i all hovedsak på reglene gitt i del III. Grunnen til dette er at de fleste bygg og anlegg av betydning har en kostnadsramme som overstiger EØS-terskelverdi på NOK 44 millioner ekskl. mva..

4.2.2 Grunnleggende prinsipper

I LOA (1999) § 5 og FOA (2006) § 3-1 er det fastsatt grunnleggende krav og prinsipper som gjelder alle anskaffelser. Ifølge Goller et al. (2014, s. 45) har anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper stor betydning ved den praktiske rettsanvendelsen. De brukes blant annet til å utlede forpliktelser og ved tolkning av innholdet av forskriftens krav. De grunnleggende krav og prinsipper omfatter likebehandling og ikke-diskriminering, konkurranse (så langt det er mulig), forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet, god forretningsskikk, høy forretningsetisk standard og forholdsmessighet (LOA § 5) (FOA § 3-1). I tillegg til kravet om konkurranse er de viktigste i praksis kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet (Goller et al., 2014, s. 45). Da disse prinsippene antas viktig i forhold til oppdragsgivers muligheter og begrensninger, utdypes de videre i det neste.

Likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og gjennomsiktighet

Likebehandling går ut på at like situasjoner skal behandles likt, om det ikke er saklig og lovlige grunner for ikke å gjøre det. VOA (2013, s. 64) beskriver at det blant annet skal stilles objektive og ikke-diskriminerende kriterier i konkurransen. Kravet om ikke-diskriminering omhandler noe av det samme, men har som konkret formål å forhindre nasjonal og lokal favorisering. Ifølge Goller et al. (2014) gjennomsyrrer disse prinsippene hele anskaffelsesprosessen, blant annet ved at oppdragsgiver er forpliktet til å gi lik informasjon til markedet før og under konkurransen, slik at ingen leverandører får en konkurransefordel.

Med forutberegnelighet menes i all hovedsak at leverandørene i en konkurranse skal få nødvendig kunnskap om hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres og hvilke forhold som vil bli vektlagt ved vurdering og tildeling (Goller et al., 2014, s. 49). Ifølge VOA (2013, s.

67) skal leverandøren ha tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om de skal delta i konkurransen. Kunngjøringen må derfor inneholde tilstrekkelig informasjon om oppdragets karakter og omfang. Det er videre viktig at oppdragsgiver informerer om hva som vektlegges med hensyn til kvalifikasjon, utvelgelse og tildeling mv. Prinsippet om forutberegnelighet er i praksis svært viktig, og oppdragsgiver kan ikke vektlegge forhold som fremstår uventet ut fra konkurransegrunnlaget (VOA, 2013, s. 67-68). Det er ikke uvanlig at prinsippet blir påberopt, når en leverandør mener noe uventet er vektlagt ved vurdering, og det videre anføres at det er i strid med forutberegnelighet at det gitte forhold ble vektlagt (Goller et al., 2014, s. 49).

Ifølge Goller et al. (2014, s. 42) skal prinsippet om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet bidra til at leverandører kan være trygge på at anskaffelsesprosessen er gjennomført i overensstemmelse med anskaffelsesreglene, og at det er foretatt en forsvarlig saksbehandling (Goller et al., 2014, s. 42). Videre skal prinsippet samtidig sikre en effektiv håndhevelse av eventuelle brudd på reglene.

4.2.3 Konkurransform

Anskaffelser over EØS terskelverdi som reguleres av del III skal i all hovedsak gjennomføres som anbudskonkurranser (FOA, 2006, § 14-1). Bare hvis de relativt strenge unntaksvilkårene i FOA § 14 er oppfylt, kan anskaffelsen gjennomføres som en konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog (FOA, 2006, §14-1 til § 14-4). Da disse konkurranseformene svært sjelden benyttes over terskelverdi, redegjøres det i det videre bare for anbudskonkurranser som er det normale. Anbudskonkurransene kan i all hovedsak være enten åpen eller begrenset (FOA, 2006, §14). En anbudskonkurranse er en skriftlig prosedyre hvor tilbudet til leverandøren må inneholde en fullstendig og endelig beskrivelse av hvordan ytelsen som er etterspurt, skal leveres. Det er ikke anledning til å redegjøre ytterligere for dette senere, eller gjennom forhandlinger (Goller et al., 2014, s. 72). Vesentlige avvik, kan gi oppdragsgiver plikt til avvisning, og det er viktig at både oppdragsgiver og leverandør gjør en grundig jobb med utarbeidelsen av henholdsvis konkurransegrunnlaget og tilbudet (Goller et al., 2014, s. 72). Ved en åpen anbudskonkurranse kan alle som oppfyller konkurransens kvalifikasjonskrav eller kvalifikasjonsgrunnlag delta. Ved en begrenset anbudskonkurranse blir det avholdt en prekvalifisering, der de best kvalifiserte ut i fra gitte kvalifikasjonskrav kan delta i konkurransen og inngi tilbud. Antallet som kan delta i en begrenset konkurranse blir bestemt av oppdragsgiver,

men må som ett minstekrav sørge for tilstrekkelig konkurranse i forhold til FOA (2006, § 17-6 (3)).

I del IV av FOA (2006, § 23, § 24) er det egne retningslinjer for plan- og designkonkurranser, som vi var inne på i innledning og bakgrunn. Ved konkurranse om tjenesteytelse som for eksempel arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeid, gjør en plan- og designkonkurranse det mulig for oppdragsgiver å få utarbeidet en plan eller et design som deretter kåres av en jury, enten for å kåre en vinner som skal gjennomføre prosjektet, eller bare for å kåre en vinner hvor oppdragsgiver skal realisere prosjektet uten medvirkning av vinneren. Denne konkurranseformen benyttes som regel ved arkitektkonkurranser, men kan også brukes ved for eksempel finansieringsplanlegging (Goller et al., 2014, s. 84). Disse konkurransene kan også avholdes som åpne eller begrensede konkurranser. Ved denne konkurranseformen plikter ikke oppdragsgiver å utarbeide et detaljert konkurransegrunnlag, men det åpnes for at tilbyderne presenterer sine løsningsforslag av prosjektet. Oppdragsgiver har heller ikke krav knyttet til tildelingskriterier eller avvisning som ved anbudskonkurranser (FOA, 2006, § 23-1). Det gjelder som alltid ved offentlige anskaffelser, et krav om konkurranse. Det betyr for eksempel at dersom det blir valgt en begrenset plan- og designkonkurranse, må det være en reell konkurranse knyttet til utvelgelsen av leverandører (FOA, 2006, § 23-1). Juryens avgjørelse kan være bindende eller innstillende, og konkurransen kan gjennomføres med eller uten premiering. Ifølge FOA (2006, § 23-1) skal juryen utelukkende bestå av fysiske personer, hvorav minst en tredjedel må ha samme eller tilsvarende kvalifikasjon som den yrkesmessige kvalifikasjon som eventuelt kreves av deltakerne. Juryen skal foreta selvstendige beslutninger og kun basere sine faglige vurderinger på kriteriene som er oppgitt i kunngjøringen. Leverandørene har ikke en rett om at konkurranser om tjenester av en slik art skal skje i form av oppnevning av en jury eller for øvrig kunngjøres som en plan- og designkonkurranse. Det er altså ikke noen forbud mot at det, som en del av tilbudet i en anbudskonkurranse, skal utarbeides illustrasjoner, og at disse blir vurdert opp mot oppgitte tildelingskriterier, og ikke av en jury (Goller et al., 2014, s. 84).

I kommende casestudie blir det synliggjort at det har blitt vanlig å ha en designkonkurranse som en del av en pris- og designkonkurranse, men da leverandørene der gir en bindende pris, ofte over EØS-terskelverdi, er konkurransen derved pålagt å følge anskaffelsesforskriftens del III. I det følgende blir det gjennomgått hva del III krever av konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon.

4.2.4 Konkurransesgrunnlag og kravspesifikasjon

Konkurransesgrunnlaget er et sentralt dokument i anskaffelsesprosessen for både oppdragsgiver og leverandør, og det er dette som legger rammene for hele prosessen (Bakke og Nordby, 2013, s. 126). For anskaffelser som følger reglene i FOA del III, skal det utarbeides et konkurransegrunnlag. I konkurransegrunnlaget skal den ytelsen som oppdragsgiver ønsker å anskaffe være beskrevet (Dragsten, 2006 s. 121). Ofte må oppdragsgiver gi en mer utfyllende beskrivelse av hva han ønsker og hvilke krav ytelsen skal oppfylle (Dragsten, 2006 s. 121). Det kan da utarbeides en kravspesifikasjon. VOA (2013, s. 129) anbefaler at anskaffelsen beskrives enten ved behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Dette innebærer at oppdragsgiver angir hvilke behov som skal dekkes, eller hvilken funksjon anskaffelsen skal ha. Det blir da opp til leverandøren å komme med forslag til løsninger (Dragsten, 2006, s. 121). En angivelse av behov eller funksjonskrav er antatt å gi de laveste kostandene totalt sett og dermed mest egnet til å gi effektive anskaffelser (Dragsten, 2006, s. 121). Dersom anskaffelsen spesifiseres i detalj, risikerer man at flere leverandører og løsninger utelukkes fordi de ikke kan oppfylle spesifikasjonene slik de er angitt, selv om de kan levere et produkt eller ytelse som dekker samme behov eller har samme funksjon (Dragsten, 2006, s. 121). Når konkurransen om en kontrakt blir mindre, kan også anskaffelseskostnad bli høyere. Behovsspesifikasjon og funksjonskrav i stedet for detaljerte spesifikasjoner vil ifølge Dragsten (2006, s. 121) også kunne stimulere til produktutvikling ved at leverandørene forøker å fremstille produkter som dekker oppdragsgivers behov på rimeligst mulig måte.

Overordnet vil konkurransegrunnlag normalt bestå av konkurransereglene, kravspesifikasjonen og utkast til kontrakt for å oppfylle FOA (2006, § 17-1). Disse tre delene henger nøye sammen. Ofte vil det bli gjennomført en behovsanalyse av oppdragsgiver, der man kartlegger konkrete behov og funksjoner som skal dekkes ved anskaffelsen (Goller et al., 2014, s. 106). Deretter bør oppdragsgiver beskrive forutsetninger som leverandøren må tilfredsstillere for å oppnå det ønskede resultatet. Dette kan være forutsetninger knyttet til varen eller tjenesten, leverandørens evne til å oppfylle anskaffelsen og hvilke vilkår som skal gjelde for leveransen. Disse forutsetningene må deretter inngå i konkurransegrunnlaget, henholdsvis som kvalifikasjonskrav, minstekrav i den tekniske spesifikasjonen, og som tildelingskriterier (Goller et al., 2014, s. 106). Kontrakten blir så garantien for riktig oppfyllelse fra leverandørens side.

Den klare sammenhengen mellom de forskjellige deler i konkurransegrunnlaget, kan beskrives med et eksempel:

«Hvis det viktigste for oppdragsgiveren er hurtig levering, må kvalifikasjonskravene sikre at tilbyderne har tilstrekkelig kapasitet. Leveringstid må dessuten veie som et tungtveiende tildelingskriterium, og kontrakten må sanksjonere brudd på det avtalte leveringstidspunkt. Hvis man i den samme konkurransen har tatt inn et krav i kontrakten om en bestemt leveringstid, gir det derimot ikke mening å ha leveringstid som et tildelingskriterium. Dermed blir kvalifikasjonsvurderingen desto viktigere.»

(Goller et al., 2014, s106)

Krav til klarhet av konkurransegrunnlaget har vist seg å kunne føre til rettskonflikter. Ved uklarheter i konkurransegrunnlaget kan og bør tilbyderne stille spørsmål (Goller et al., 2014, s108). Som regel angir oppdragsgivere en frist for å stille spørsmål om konkurransegrunnlaget, hvor svarene gjøres tilgjengelig for alle leverandørene. Det har blitt etablert rettspraksis på at oppdragsgiver har risikoen for opplysningene i konkurransegrunnlaget, og tilbyderne har risikoen for opplysningene i tilbudet. Dette ble blant annet slått fast i byggholtdommen, som ble behandlet av høyesterett i sak HR-1835 (2007). I tilfeller der EU-domstolen og KOFA har lagt til grunn at konkurransegrunnlaget har vært uklart, har det blitt vist at oppdragsgiver i slike tilfeller har en plikt til å avlyse konkurransen (KOFA, 2011, sak 249), (EU-domstolen, 2003, sak C448/01).

Det skal også være en klar sammenheng mellom de grunnleggende prinsippene og konkurransegrunnlaget. I veiledningen for offentlige anskaffelser er det skrevet:

«For å ivareta kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling må konkurransegrunnlaget utformes på en klar, tydelig og nøyaktig måte. Sammen med kunngjøringen skal konkurransegrunnlaget gi leverandørene de opplysninger som er nødvendige for at de skal kunne utarbeide et fullstendig og fullverdig tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen..»

VOA (2013, s. 130)

4.2.5 Tildelingskriterier

Tildelingskriteriene er de kriteriene som legges til grunn i vurderingen om hvilket tilbud som skal vinne konkurransen. Alle tilbud som er innkommet innen fristen, og som ikke er avvist, er med i vurderingen (Bakke og Nordby, 2013, s. 137). Tildelingen avgjør hvilket av tilbudene som skal vinne konkurransen, ut ifra hvilket tilbud som er best i henhold til tildelingskriteriene (Bakke og Nordby, 2013, s 137).

Det følger av FOA (2006, § 22-2) at tildelingen kan foregå på to måter. Kontrakten kan tildeles det tilbud som har den laveste pris eller det tilbudet som «er det økonomisk mest fordelaktige». Ved tildeling utelukkende på bakgrunn av laveste pris er tildelingen ofte enkel, men ifølge Goller et al. (2014, s. 106) kan det også her oppstå tvilsspørsmål knyttet til prising av forbehold og avvik eller liknende. Dersom kontrakten tildeles med grunnlag i det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal alle tildelingskriterier som legges til grunn oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget (FOA, 2006, § 22-2). Det heter videre at:

«Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene. Vektingen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.»

(FOA, 2006, § 22-2)

Forskriften oppgir dermed en ikke uttømmende liste over relevante og lovlige kriterier. Bredden i kriteriene som er oppgitt viser mulighet for økonomisk vurdering i vid forstand. I VOA (2013, s. 123) står det direkte at begrepet økonomisk mest fordelaktig «skal ikke leses snevert». Et eksempel på dette er sak C-513/99 (EU-domstolen, 2002) Concordia. Helsinki by brukte utslipp av nitrogendioksid og støynivå fra busser som tildelingskriterium. Anskaffelsen ble ikke bedømt etter det som er bedriftsøkonomisk mest lønnsomt for byen. EU-domstolen kom frem til at disse kriteriene var forenelig med alle lovens grunnprinsipper, at kravene var knyttet til

kontraktsgjenstanden, og dermed var lovlige kriterier. Domstolen uttalt imidlertid at alle kriterier, som et generelt utgangspunkt, «*must be objective, apply to all the tenders, be strictly linked to the subject-matter of the contract in question, and be of direct economic advantage to the contracting authority*». Ifølge VOA (2013, s. 215) har EU-domstolen uttalt at «*oppdragsgiver kan vektlegge forhold som miljøegenskaper, estetiske egenskaper eller ivaretagelsen av sosiale hensyn, så lenge det er en saklig sammenheng mellom kravet og kontraktens gjenstand.*». Ordlyden «*direct economic advantage*» i sak C-513/99 fremstår imidlertid som en tydelig begrensning på oppdragsgivers valgfrihet av tildelingskriterier. EU-domstolen godtok imidlertid miljøhensyn som kriterium og henviste til at det som er økonomisk mest fordelaktig ikke «*necessarily [must] be of a purely economic nature*». Videre ble det argumentert for at miljøhensynet uansett kunne «*influence the value of a tender*», og at det var «*supported by the wording of the provision, which expressly refers to the criterion of the aesthetic characteristics of a tender*» (C-513/99, EU-domstolen, 2002). Dommen åpnet dermed for en mer utstrakt bruk av kriterier, enn det ordlyden i direktivet kunne tilsi.

Et annet element ved tildelingskriteriene er det som blir omtalt som klarhets- eller presisjonsnivået for tildelingskriterier. Her blir ofte sak C-19/00(EU-domstolen, 2001), SIAC Construction-dommen, referert, både i juridisk litteratur og gjennom andre dommer. Saken omhandlet en konflikt ved tildeling av en offentlig kontrakt vedrørende kloakksystemer, vannledninger og lignende innretninger. Kjernen i konflikten var klarheten av tildelingskriteriene pris og kostnad. EF-domstolen uttalte at valg av tildelingskriterier er fritt, så lenge kriterienes formål er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Om kriteriene derimot gir oppdragsgiver «*an unrestricted freedom of choice..would be incompatible with Article 29*» (Tilsvarende deler av anskaffelsesforskriften), vil det bryte mot de grunnleggende prinsippene. I forhold til krav om klarhet til tildelingskriteriene utalte domstolen videre at kriteriet «*must be formulated...in such a way as to allow all reasonably wellinformed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*».

Det heter i FOA (2006, § 22-2) at tildelingskriterier må ha tilknytning til kontraktsgjenstand, for å være egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette innebærer f.eks. at miljø bare kan vektlegges i den grad det har betydning for selve ytelsen som tilbys (Goller et al., 2014). Kravet om tilknytning til kontraktsgjenstand betyr at oppdragsgiver bare kan vektlegge

forpliktete forhold i tilbudet. Det kan derfor, for eksempel, ikke vektlegge mulige besparelser. Det finnes imidlertid et unntak ifølge (Goller et al., 2014), som er tildelingskriteriet oppdragsforståelse, hvor det er mulighet for å vektlegge en beskrivelse av muligheter.

Underkriterier til tildelingskriteriene kan benyttes for å presisere hva som vil bli vurdert og vektlagt ved evalueringen (Goller et al., 2014, s. 135). Dette kan hjelpe med å skape klarhet og forutberegnelighet for leverandørene. Når leverandører bruker underkriterier, gir det også forpliktende rammer for hva oppdragsgiver kan vektlegge ved evaluering (Goller et al., 2014, s. 135).

Etter FOA (2006, § 22-2) skal «den relative vektningen som gis hvert av kriteriene» angis. I praksis vil det si at oppdragsgiver må oppgi hvor mye hvert tildelingskriterium er vektet. Dette oppgis oftest med prosent. Siste ledd i denne paragrafen åpner for at kriteriene kan angis innenfor «et område med et passende maksimalt utslag». Dette vil si at tildelingskriteriene kan oppgis innenfor et intervall, for eksempel pris 40 – 50 % og kvalitet 50 – 60 %. I VOA (2013, s. 218) skriver departementet at de finner det vanskelig å gi råd om dette på generelt grunnlag, men at det sjeldent kan være grunnlag for å sette intervallet høyere enn +/-10 %. En slik vektning av tildelingskriteriene kan gi oppdragsgiver større fleksibilitet ved tildeling av kontrakten. Som tidligere beskrevet kan ikke tildelingskriteriene gi oppdragsgiver en for stor skjønnsfrihet ved tildeling. Om intervallet blir for stort vil det gi oppdragsgiver mulighet for å tilpasse evalueringen til et bestemt tilbud. Dette kommer også frem i VOA (2013, s. 214) som legger mye vekt på at tildelingskriteriene ikke kan gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten på grunn av krav til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet.

Lovligheten av skjønnsmessige tildelingskriterier som kvalitet, brukertilfredshet og funksjonalitet har alle vært diskutert i rettsapparatet. Det kan blant annet vises til sak 2004/243(KOFA, 2004) og sak LH-2006-38200 (Hålogaland lagmannsrett, 2004). Sakene viser at denne type tildelingskriterier er tillatt så lenge de følger de overnevnte premisser om kontraktsgjenstand og forutberegnelighet. For eksempel er kvalitet i seg selv et intetsigende begrep. Om dette skal være et lovlig tildelingskriterium, må det som hovedregel presiseres hva oppdragsgiver mener med kvalitet.

I sammenheng med oppgavens problemstilling så vil det være noen tildelingskriterier som er mer interessante enn andre. Tildelingskriterier som har blitt benyttet mye i pris- og designkonkurranser er «*Prosjektforslag*», «*samspillkompetanse*» og «*Prosjektgjennomføring*». Prosjektforslag er eksempelvis brukt om en egen arkitekturkonkurranse i selve konkurransen. Det er for undertegnede ikke mulig å finne uttalelser fra KOFA eller rettsaker angående lovligheten av dette tildelingskriteriet. Tildelingskriteriet samspillkompetanse har derimot vært behandlet. Samspillkompetanse blir ofte vurdert gjennom et lengere intervju med en sammensetning av leverandørens tverrfaglige prosjektgruppe. Det har vært sterk uenighet om lovligheten av dette på grunn av flere punkter i loven. Dette har blant annet omhandlet det strenge forhandlingsforbudet i forskriftens del III og fordi prosedyrereglene i forskriftens § 20-2 beskriver at saksbehandlingen skal være skriftlig. KOFA behandlet dette spørsmålet i sak 55/2011, og kom ved dissens (ikke enstemmig) til at dette var tillatt, såfremt krav til dokumentasjon ble overholdt. Dette gjelder særlig ved at referater fra slike samtaler blir dokumentert og protokollert etter forskriftens § 3-2, slik at alle vesentlige forhold og viktige beslutninger beskrives så utførlig at etterprøvnbarhet etter forskriften § 3-1 ivaretas.

Etter at oppdragsgiver har fått inn tilbudene, men før de bedømmes, må han foreta en vurdering om tilbudet skal avvises. Dette vil i case-studien vise seg å være kjernen i mange konflikter.

4.2.6 Avvisning, avvik og avlysning

En sentral regel i anskaffelsesregelverket er § 20-12 til § 20-14 (FOA, 2006) som gir oppdragsgiver avvisningsplikt dersom tilbudet ikke er i samsvar konkurransegrunnlaget. Dersom tilbudet ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget, skal tilbudet som regel avvises og dermed ikke vurderes i forhold til tildelingskriteriene. Brudd på reglene om avvisning kan føre til erstatningsansvar for oppdragsgiver etter LOA (1999, § 11). Erstatningskravene etter brudd på avvisningsreglene kan bli svært høye. Nesten alle saker om positiv kontraktinteresse (erstatning for tapt fortjeneste) innenfor anskaffelsesretten gjelder brudd på avvisningsreglene, fordi det som regel kun er i disse tilfellene at årsakssammenheng kan oppfylles (Goller et al., 2014, s152). Avvisningsspørsmålet kan oppstå av flere årsaker. Avvisningsplikten kan blant annet utløses av formelle feil, forhold ved tilbyder (manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav), eller vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget, jf. FOA (2006, §§ 20-12 til 20-14). Det mest relevant for

oppgavens problemstilling antas å være avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Dette vil utdypes i det videre uten å komme nærmere inn på avvisning grunnet forhold ved tilbyder.

Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet reguleres av anskaffelsesforskriften (2006) § 20-13. Her blir det presentert en rekke forhold, noen som skal og noen som kan lede til avvisning. Det følger av bestemmelsen at et tilbud skal avvises dersom et det inneholder vesentlige forbehold eller avvik. Tilbudet skal også avvises dersom det fører til såkalt relativ bedømmelsestvil. Relativ bedømmelsestvil betyr i praksis at oppdragsgiver ikke kan være helt sikker på hvordan tilbudet skal tolkes opp mot de andre. Dette kan for eksempel være at leverandør har tatt et forbehold, som oppdragsgiver ikke kan være helt sikker på konsekvensen av. Hvorvidt oppdragsgiver har avvisningsplikt, avhenger av en tolkning av hvert enkelt tilbud. Denne tolkningen må ifølge FOA (2006, § 21-1) foretas uten at partene har mulighet for å forhandle med hverandre. En sentralt prinsipp ved tolkning av tilbud er den såkalte ukklarhetsregelen (Woxholt, 2009 s. 435). Ukklarhetsregelen kommer fra den generelle avtalerettslige regel om at der det foreligger tolkningstvil, tolkes avtaleretten i disfavør av den som burde uttalt seg klarere (RT 1980 s. 1037; Høyesterett, 1980; Woxholt, 2009 s. 435). Selv om tilbudet inneholder avvik, er det ikke sikkert det skal avvises. Avvik må være vesentlige for at de skal føre til avvisning. VOA (2013, s. 193) beskriver avvisningsspørsmålet som at:

«Dersom tilbudet inneholder vesentlig avvik mot kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, skal tilbudet avvises. Avvisningsbestemmelsene er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige avvik kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelige å sammenlikne».

«Hvilke avvik som anses som «vesentlige» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Hvis avviket medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, taler det for at avviket er vesentlig og tilbudet må avvises. Hvis tilbudet avviker fra kravspesifikasjonene på flere steder, som isolert sett ikke er å anse som vesentlige, kan avvikene likevel samlet sett medføre at tilbudet må avvises. Avvik som ikke er vesentlige kan falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- *Ved anbudskonkurranser, plikt til å avvise tilbud som inneholder avvik som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud...»*

VOA (2013, s. 193)

Som beskrevet ovenfor må oppdragsgiver i hvert enkelt tilfelle vurdere om det foreligger grunn til avvisning. Dersom det foreligger avvik, forbehold, uklarheter eller liknende må oppdragsgiver vurdere sin avvisningsplikt. Hvordan et tilbud skal tolkes har vært tema i mange rettsaker. Et eksempel er kjennelsen LB-2013-64251 (Borgarting lagmannsretts, 2013), hvor det blir slått fast at utgangspunktet for oppdragsgiver er at tilbudet skal tolkes objektivt etter sin ordlyd i lys av konkurransegrunnlaget. Objektiv tolkning vil si at tilbudet ikke kan antas å være i samsvar med konkurransegrunnlaget. Objektiv tolkning vil si at tilbudet ikke kan antas å være i samsvar med konkurransegrunnlaget. Kjennelsen viser at det kun er tilfeller der tilbudet etter en objektiv tolkning ikke finnes å stride mot konkurransegrunnlaget, at det kan konkluderes med å være konformt med konkurransegrunnlaget. Reglene om avvisning er svært vesentlige og er ifølge Goller et al. (2014, s. 165) utledet fra de grunnleggende prinsippene, med særlig hensyn til kravet om likebehandling som innebærer at det skal være like konkurranseforhold for alle tilbydere. Tilbydere kan som nevnt få en konkurransefordel om de leverer tilbud med vesentlig avvik eller forbehold. Dette kan blant annet være ved at leverandør tilbyr andre produkter eller leverer på andre betingelser enn det som følger av konkurransegrunnlaget (Goller et al., 2014, s. 165). Med avvik menes at tilbyder vil levere noe annet enn det som er etterspurt i konkurransegrunnlaget, mens et tilbud inneholder forbehold dersom det ikke er konformt med kontraktsvilkårene (Dragsten 2013, s. 487).

Det er altså i hovedsak to momenter som kan føre til avvisning. Avvik og relativ bedømmelsestil. For å få en forståelse av hvordan dette skal håndheves i praksis, ser vi nærmere på noen domsavgjørrelser.

I sak 2000/58 (KOFA, 2000) uttalt nemda følgende om hva som skal til for at avviket er vesentlig:

«Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.»

(KOFA, 2000/58)

Det har vist seg at dersom oppdragsgiver ikke gir helt presise krav, for eksempel hvor stort et bygg skal være, skal det mer til for at det foreligger et vesentlig avvik enn viss oppdragsgiver har

fastsatt dette presist. Utformingen av konkurransegrunnlaget er i denne sammenheng viktig. Det kan her blant annet vise til sak LB-2008-56919 (Borgarting lagmannsrett, 2009), mot Rygge kommune. Spørsmålet omfattet blant annet om en entreprenør skulle vært avvist på grunn av for lite arealer i forhold til konkurransegrunnlagets rom- og funksjonsprogram. Retten la vekt på at arealet oppgitt i konkurransegrunnlaget ikke var et absolutt krav, men et anslag. Slik lagmannsretten så det, oppfordret oppdragsgiver til at tilbyderne skulle vise initiativ og komme med egne forslag som kunne avvike fra programmet, blant annet ved ordlyd som *«anbyderne står likevel fritt til å avvike rom- og arealoversikter i programmet dersom det skulle fremstå som hensiktsmessig og kan forsvares ut ifra en helhetlig vurdering.»* Dersom kravene til ytelse er presist fastsatt, skal det mindre til for at det foreligger et vesentlig avvik. Goller et al. (2014, s. 166) lister opp de samme momenter som sås i KOFA sak 2000/58 som sentrale punkter i avviksvurderingen og legger til at det er viktig å vurdere om oppdragsgiver får dekket sitt behov.

Tilbud som inneholder avvik, forbehold, feil eller liknende som kan *« medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene»*, skal avvises ifølge FOA (2006) §20-13. Som det vil fremgå av den følgende casestudiet, blir det uttalt i sak LH-2012-105793 (Hålogaland lagmannsrett, 2012) at *«Det er tilstrekkelig til å utløse plikt til avvisning at det foreligger tolkningstvil, dvs. at det ved fortolkning av tilbudet kan oppstå en rimelig begrunnet tvil om hvordan tilbudet vil komme ut dersom tilbudet hadde oppfylt konkurransegrunnlagets areal- og romprogram»*. Dette underbygges av VOA (2013, s. 194) hvor det er uttrykt at det i praksis ofte skal lite til for å fastslå såkalt relativ bedømmelsestvil.

I anskaffelsesforskriften (2006, § 22-1) heter det at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse dersom det foreligger en saklig grunn. Ifølge samme paragraf kan også oppdragsgiver velge å forkaste alle tilbud dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. Med avlysning menes ifølge VOA (2013, s. 222) at *«konkurransen avsluttes fordi det har oppstått forhold som medfører at oppdragsgiver må eller ønsker å avslutte konkurransen. Avlysning av konkurransen knytter seg normalt til utenforliggende forhold eller forhold på oppdragsgivers side»*. KOFA har behandlet flere slike saker, blant annet 2003/216 (KOFA, 2003) der nemda uttalte at dersom oppdragsgiver ikke klarer å dokumentere saklig grunn for avlysning, er dette et brudd på reglene, og kan dermed gi leverandør krav til erstatning. I sak 2004/1(KOFA, 2004) kom oppdragsgiver frem til at det ikke var økonomisk dekning for å gjennomføre prosjektet, og valgte derfor å avlyse

konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen og uttalte, med henvisning til Concord II- kjennelsen, RT. 2001 (Høyesterett 2001, s. 473) at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt er å karakterisere som saklige grunner. Advokat Laake (2006) skriver dog i sin artikkel at høyesterett har advart mot risikoen for erstatningsansvar ved det som kalles fiktive anbudskonkurranser, pristesting og fortielse av usikkerhet om finansiering.

Selv om reglene om anskaffelser gir omfattende og strenge føringer for oppdragsgiver, er det likevel noen element som domstolen ikke kan overprøve, som vil fremgå av det neste.

4.2.7 Oppdragsgivers skjønnsfrihet

Ifølge forarbeidet til anskaffelsesloven (Ot.prp. nr. 71, 1997 – 1998), blir det redegjort for i hvilken grad en domstol kan overprøve oppdragsgivers faglige skjønn ved anskaffelser.

Regjeringsadvokaten uttaler her at:

«De rettstvister som kan oppstå i forbindelse med en anskaffelse kan bero på kompliserte og sammensatte vurderinger hos oppdragsgiveren, og vil derfor ikke alltid være like godt egnet for overprøving ved domstolene. Dette er f.eks tilfellet hvor tildeling av kontrakten skal skje på basis av «hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige», jf utkast til forskrifter § 11-1 og § 22-2. Så lenge anskafferens kun tar lovlige hensyn når han treffer sitt valg, må valget etter vårt syn legges til grunn av domstolene ved overprøvingen. Det er ikke domstolens oppgave å sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville ha valgt om den selv var anskaffer. Domstolenes kompetanse må på dette feltet være begrenset på samme måte som ved overprøvelsen av skjønnsmessige forvaltningsvedtak»

(Ot.prp. nr. 71, 1997 – 1998)

Videre i forarbeidet (Ot.prp. nr. 71, 1997 – 1998) sier departementet seg enig i dette og videre at *«enhver anskaffelsesprosess vil være en kjerne av skjønn som en domstol ikke kan overprøve. Vurderingen av de ulike tilbud basert på tildelingskriteriene vil til en viss grad være skjønnsmessig. Et slikt skjønn kan ikke overprøves av domstolene.»*

Dette er også senere bekreftet gjennom rettspraksis, blant annet ved dom LH 2008-134402 (Hålogaland lagmannsrett, 2008). Av forarbeidene og rettspraksis følger det at *«oppdragsgivers*

skjønn blant annet omfatter innhold i tildelingskriterier, vurderingen av leverandørens oppfyllelse av tildelingskriterier, den øvrige evalueringen av leverandørens tilbud, vurdering av tilbudene opp mot hverandre og poengsetting» (Goller et al., 2014, s. 224). Retten kan med andre ord ikke overprøve oppdragsgivers faglige skjønn. Det retten derimot kan vurdere er om oppdragsgiver har fulgt saksbehandlingsreglene, om oppdragsgivers skjønnsutøvelse bygger på korrekt faktum, er vilkårlig, grovt urimelig, eller bygger på usaklig hensyn (Goller et al., 2014, s. 224). Når tildelingskriteriene er svært skjønnsmessige, blir domstolenes mulighet til å overprøve dem desto mindre ifølge Goller et al. (2014, s. 224). Imidlertid kan det minnes om tidligere avsnitt om tildelingskriterier, som redegjør for at de grunnleggende prinsippene setter grenser for hvor skjønnsmessig kriteriene kan være.

4.2.8 Alternative tilbud

I anskaffelsesforskriften (2006) § 20-4, gis oppdragsgiver mulighet for å godta alternative tilbud, dersom kontrakten skal tildeles etter det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom det åpnes for alternative tilbud i konkurransen, skal dette angis i kunngjøringen. I slike tilfeller må oppdragsgiver angi alternative minstekrav til ytelse og funksjon i konkurransegrunnlaget. Om slike alternative minstekrav ikke er angitt er det ifølge EU-domstolens sak 421/01 (2003) ikke anledning til å inngi eller akseptere alternative tilbud. I de tilfeller det åpnes for alternative tilbud må tildelingskriteriene være utformet slik at det er mulig å sammenlikne og bedømme tilbud etter både den primære og den alternative spesifikasjonen (Goller et al., 2014, s. 113). Alle tildelingskriterier må kunne vurderes opp mot alle tilbud. I VOA (2013, s. 143) heter det:

«Et av formålene med alternative tilbud er å åpne for at leverandørene skal kunne tilby andre løsninger enn den oppdragsgiver har sett for seg. Dette vil kunne fremme innovasjon og gi bedre behovstilfredsstillelse for oppdragsgiver. Alternative tilbud kan brukes ved alle former for tekniske spesifikasjoner. Bruken av alternative tilbud for å åpne for andre løsninger, vil imidlertid trolig være mer aktuelt der anskaffelsen er beskrevet med detaljerte tekniske spesifikasjoner enn der den er beskrevet funksjonelt. Ved en funksjonell teknisk spesifikasjon velger leverandøren selv hvordan man vil tilfredsstille kravene.» (VOA, 2013, s. 143)

4.2.9 Klagemuligheter

Det er i VOA (2013, s. 241) oppstillet en rekke muligheter for å klage på utfallet av en anskaffelsesprosess. En leverandør har for eksempel mulighet, til å klage direkte til oppdragsgiver med oppfordring om å omgjøre beslutningen. Uenigheten kan således løses på lavest mulig konfliktnivå. Oppdragsgiver kan som regel omgjøre sin tildelingsbeslutning frem til kontrakt blir inngått, særlig dersom han finner at beslutningen ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket (FOA, 2013, § 22-3). Dersom dette ikke fører frem til en løsning, kan leverandøren klage til Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) (VOA, 2013, s241). Klagenemdas uttalelser er rådgivende, men det forventes at de blir lagt til grunn i de aller fleste tilfeller. Om saken senere kommer opp for domstolene vil det være adgang til å legge frem uttalelsen fra klagenemda. Dersom leverandører ønsker å fremme formelle krav, må det ifølge VOA (2013, s242) rettes til domstolene.

Hvilke krav som kan fremmes for domstolene, avhenger av om kontrakt er inngått eller ei. Før oppdragsgiver og leverandør har inngått kontrakt, kan domstolene sette til side ulovlige beslutninger i henhold til LOA (1999, § 8), og oppdragsgiver må dermed omgjøre den ulovlige beslutningen (VOA, 2013, s243). Ifølge VOA (2013, s243) kan domstolen i denne perioden også beslutte midlertidig forføyning. En midlertidig forføyning, er det samme som en midlertidig avgjørelse, og gjelder som regel frem til det foreligger endelig dom i saken. I bygge- og anleggsarbeider vil dette som regel være utsettelse av arbeider, eller utsettelse av adgang til å inngå en kontrakt. Dersom kontrakt er inngått, har ikke domstolen myndighet til å sette til side eller omgjøre ulovlige beslutninger. Domstolen kan etter kontraktsinngåelse heller ikke treffe en beslutning om midlertidig forføyning (VOA, 2013, s243). Det kan heller ikke besluttes midlertidig forføyning der skaden eller ulempen oppdragsgiveren blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse leverandøren har i at forføyningen blir vedtatt (VOA, 2013, s245).

4.2.10 Erstatning

Tilbydere som deltar i en konkurranse, investerer både tid og penger. De går ut fra at det eksisterer en reell vinnnersjanse, og at konkurransereglene overholdes. Dersom oppdragsgiver bryter anskaffelsesreglene, har saksøker krav på erstatning for det tapet han har lidt som følge av bruddet, i henhold til anskaffelsesloven (1999) § 11. I den juridiske litteraturen virker det å være

vanlig å dele opp det økonomiske tapet for leverandører i den negative kontraktsinteressen og den positive kontraktinteressen.

Den negative kontraktinteressen går ut på at leverandøren har krav på erstatning for utgifter forbudet med deltakelse i konkurransen, altså de direkte og reelle utgiftene. Dette kan blant annet omfatte utgifter ved anbudsregning, prosjektering, reiser med mer (Myhre, 2005). Om ikke oppdragsgiver overholder anskaffelsesreglene kan det også komme spørsmål om den tapende tilbyder har krav på erstatning for manglende oppfyllelse av kontrakt, såkalt positive kontraktsinteresse (Goller et al., 2014, s. 153). Dette vil i praksis bety at dersom det kan bevises at en leverandør ikke fikk oppdraget på grunn av oppdragsgivers regelbrudd, skal han stilles som om han hadde fått anbudet. Det er altså en erstatning for tapt fortjeneste. Rettspraksis har stilt noe strengere krav til ansvarsgrunnlag ved erstatning for den positive kontraktinteressen, blant annet vist gjennom dom Rt. 2001 s. 1062 (Høyesterett 2001), «*Nucleusdommen*». I denne dommen legges det vekt på «*Storleiken på feilen*» og «*typen feil*» og viser først og fremst at alvorligheten av oppdragsgivers brudd må tas i betraktning. Ved vurderingen i *Nucleusdommen* fremhevet Høyesterett at det er tale om brudd på «*sentrale og grunnleggjande prinsipp og føresegner i anbudsretten*» (Rt. 2001, Høyesterett 2001). Å måtte betale positiv kontraktinteresse til en leverandør, samtidig som man må betale en annen leverandør for den faktiske ytelsen, er naturlig nok svært uheldig for oppdragsgivere.

Det er imidlertid ikke alltid at oppdragsgiver blir ansvarliggjort dersom han har brutt anskaffelsesregelverket. I *Nucleusdommen* (Rt. 2001, Høyesterett 2001) var et annet sentralt moment hvor mye «*oppdragsgivaren er å leggje til last*». Høyesterett uttalte her at de grunnleggende prinsippene og forskriftene var noe «*fylkeskommunen som stor og profesjonell byggherre burde vere godt kjend med*». Dette viser i tillegg at det kan oppstilles høye forventninger til oppdragsgivere av en viss størrelse eller profesjonalitet, og at skyldmomentet kan variere etter hvem en har med å gjøre. En liten kommune med begrenset anbudsrettslig kompetanse, kan det følgelig forventes mindre av enn et departement (Gaksøyr, 2010).

For å se dette i sammenheng med tildelingskriterier kan *Rabattdommen* (Rt. 2008 s. 1705, Høyesterett, 2008) brukes som eksempel. Der hadde Statens Vegvesenet samtidig utlyst to anbudskonkurranser om omfattende vedlikehold av E-18 i Vestfold og Telemark. En av

leverandørene som innga tilbud på begge kontrakter, tilbydde en rabatt på 5 %, dersom de ble tildelt begge kontraktene. Oppdragsgiver regnet med denne rabatten ved vurdering av tildelingskriteriet «*pris*», og dette ble utslagsgivende for hvem som ble tildelt kontrakten. Avgjørelsen ble klaget inn for domstolen, med krav om erstatning for positiv kontraktinteresse. Høyesterett vurderte at dette var et brudd på opplysningsplikten, ettersom muligheten for vektlegging av en slik rabatt ikke gikk frem av konkurransegrunnlaget, og at «*de strenge krav til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at det ikke kan være adgang til å ta hensyn til rabatttilbudet i en situasjon som i denne saken*». Statens Vegvesen ble på tross av dette likevel frifunnet. Hovedbegrunnelsen til dette var at «*spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt - løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet*». De fant på bakgrunn av dette bruddet unnskyldelig, og vegvesenet ble frifunnet for erstatning for den positive kontraktinteressen. Dommen kan derfor virke noe motstridende med ovenstående teori og dommer, ved at også en stor og profesjonell oppdragsgiver har et rettsvern, selv når de gjør brudd som grenser mot de grunnleggende prinsippene.

Det antas likevel viktig å merke seg den strenge opplysningsplikten som oppdragsgiver er pålagt etter de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 (LOA, 1999). Når det gjelder utformingen av tildelingskriteriene har ifølge Gaksøyr (2010) EF-domstolen lagt til grunn at det gjelder et «*tydelig klarhetskrav*». Dette tilsier at oppdragsgiveren i utgangspunktet skal benytte seg av så klare tildelingskriterier som mulig, men uklarhet vil imidlertid ikke ubetinget medføre et brudd på regelverket (Gaksøyr, 2010). Dersom oppdragsgiver skriftlig informerer leverandørene om hvordan tildelingskriteriene skal forstås kan dette tilsi at de grunnleggende kravene i LOA (1999) § 5 er overholdt.

Dersom oppdragsgiver ikke overholder opplysningsplikten, vil utvelgelsen lett bli vilkårlig for leverandørene (Gaksøyr, 2010). Slik sett står vi da ovenfor et alvorlig brudd på kravene i anskaffelsesloven (1999) § 5, spesielt kravene til å gjennomføre en forutberegnelig og gjennomiktig anbudskonkurranse. Brudd på denne opplysnings- og klarhetsplikten kan i seg selv gi ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteresse, og vilkåret om «*vesentlige feil*», er dermed oppfylt (Gaksøyr, 2010). Det kan imidlertid i slike tilfeller være vanskelig å fastslå at det foreligger årsakssammenheng, slik det kreves. Høyesterett har ifølge Gaksøyr (2010) stilt høye

beviskrav for å vise at den forbigåtte leverandør ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke var begått.

4.2.11 Oppsummering av regler om offentlige anskaffelse

Regelverket om offentlige anskaffelser skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket består hovedsakelig av lov- og forskrift om offentlige anskaffelser. Når en kontrakt overstiger EØS-terskelverdi på NOK 44 millioner ekskl. mva., er vi i Norge pålagt å følge EU sitt regelverk for offentlige anskaffelser, som er innarbeidet i forskriftens del III. De viktigste grunnleggende prinsippene i regelverket er likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet. Disse preger hele regelverket, og blir ofte lagt til grunn av rettsvesenet ved tolkning av lovverket. For å tolke regelverket i tvetydige saker, bruker man ofte uttalelser fra KOFA, kjennelser fra norske rettsaker og da særlig dommer fra lagmannsrett og Høyesterett, samt dommer fra EU-domstolen. I anskaffelsesforskriften er det i del IV gitt forenklete regler for å avholde plan- og designkonkurranser. Pris- og designkonkurranser er derimot en anbudskonkurranse og må forholde seg til et strengere regelverk. Når kontrakten overstiger EØS-terskelverdi må pris- og designkonkurranser utføres i henhold til del III.

Når en anskaffelse etter del III er kunngjort av oppdragsgiver, skal det videre beskrives i et konkurransegrunnlag. Her skal det angis hvilken ytelse som skal anskaffes, og ofte er det behov for ytterligere spesifiseringer i en kravs- eller behovsspesifikasjon eller ved funksjonskrav. En angivelse av behov eller funksjonskrav er antatt å gi de laveste kostandene totalt sett og dermed mest egnet til å gi effektive anskaffelser. Spesifiseres anskaffelsen i detalj, kan resultatet bli at flere leverandører og løsninger utelukkes fordi de ikke kan imøtekomme spesifikasjonene slik de er angitt, selv om de kunne ha levert en ytelse som dekker samme behov eller har samme funksjon. For å ivareta kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling må konkurransegrunnlaget utformes på en klar, tydelig og nøyaktig måte.

Anbudet kan tildeles på bakgrunn av hvilket tilbud som har den laveste pris eller det tilbudet som er det økonomisk mest fordelaktige. I det siste tilfellet skal tildelingskriterier legges til grunn ved vurderingen av hvilke tilbud som skal vinne konkurransen. Tildelingskriteriene og hvor mye hvert av disse vekter, må være kjent for leverandørene gjennom konkurransen. Det er i

utgangspunktet fritt for oppdragsgiver å velge tildelingskriterier, men de må være i tråd med de grunnleggende prinsippene, være tydelig beskrevet, ha tilknytning til kontraktsgjenstand og ikke gi oppdragsgiver en uforholdsmessig stor valgfrihet. Før tilbudene blir vurdert har oppdragsgiver både en plikt og rett til å vurdere om noen av tilbudene skal avvises. Det kan foreligge grunn til avvisning både ut ifra av forhold ved leverandøren eller det tilbudet han har levert. Dersom oppdragsgiver ikke utfører sin plikt til avvisning, eller på annen måte bryter anskaffelsesreglene, kan det stilles rettslige krav om erstatning. Det kan kreves erstatning for både den negative og positive kontraktinteressen.

Det er nå redegjort for arkitektkonkurransens historiske utvikling, hvordan en tradisjonell plan- og designkonkurranse arrangeres og sentrale prinsipper ved bedømmelse. Videre ble det kort redegjort for offentlige programmer om estetikk, og videre noen elementer som kan fremme og hemme kreativitet. Dette ga oss et lite innblikk i elementer som kan være viktig for en offentlig oppdragsgiver ved anskaffelse av bygg. I det siste har vi sett på reglene for offentlig anskaffelser og hvordan de tolkes, med særlig vekt på FOA del III som oppdragsgivere må forholde seg til når de benytter pris- og designkonkurranser. Det synes allerede nå å utpeke seg noen argumenter i forbindelse med delspørsmålene stilt i innledningen. For å få et bedre grunnlag for diskusjonen av disse, går vi i det videre igjennom casestudien med pris- og designkonkurranser, og tilhørende intervjuer. Dette vil forhåpentlig gi en mer helhetlig forståelse av problemstillingen

5 Resultater

Det er utført et case-studie på tre caser. Case 1 besto av både skole og barnehage mens case 2 og 3 var rene skoleprosjekter. Alle tre prosjekter har innenfor de siste årene vært i en rettskonflikt. Den eldste dommen er i case 3 fra mars 2012, mens den nyeste dommen er i case 1 der kjennelse ble avsagt i februar 2016. Generelt ble alle prosjektene beskrevet med et omfattende konkurransegrunnlag. De inneholdt elementer som tomtedisponering og utomhusplan, romprogram, romskjema, omfattende reguleringsbestemmelser, parkeringsbestemmelser og omfattende beskrivelser av hva som skal anskaffes. Det var generelt en ordlyd i konkurransegrunnlagene, som krevde bestemmelser oppfylt. Det var få punkter som oppfordrer leverandører direkte til å komme med andre løsningsforslag på de bestemmelser som lå til grunn. Ingen av konkurransene åpnet for alternative tilbud.

5.1 Case 1, Lørenskog skole og barnehage

5.1.1 Bakgrunn

Lørenskog kommune ligger i Akershus fylke og har ca. 35 000 innbyggere. Kommunen er i sterk vekst og kunngjorde 6. september 2013 anskaffelse av en ny skole og barnehage. Konkurransen ble utlyst som en totalentreprise med design- og planutvikling. Anslått kostnadsramme for skolen var i overkant av 254 millioner kroner, og i overkant av 57 millioner kroner for barnehagen. Anskaffelsene av Ødegården skole og Ødegården barnehage var en annengangsutlysning. Ved forrige utlysning ble samtlige innkomne tilbud avvist grunnet avvik fra konkurransegrunnlaget. Konkurransene ble utlyst som en åpen anbudskonkurranse, som tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud. I konkurransene ble totalentreprenøren bedt om, i tillegg til å forestå gjennomføring av selve bygget med tilhørende utomhusanlegg,

Tabell 2, Opplysninger case 1

Opplysninger skole og barnehage, Lørenskog			
Prosedyre	Budsjett (mill)	Tildelingskriterier	Konkurranse-honorar
Åpen anbudskonkurranse	200 – 311	Pris 60% , Kvalitet og funksjonalitet 40%	100.000kr for 2. og 3. plass

også å forestå design- og planutvikling av prosjektet. Entreprisen er ikke en uttalt pris- og designkonkurranse men beskrives som en: *«åpen anbudskonkurranse i forbindelse med prosjektet Ødegården skole og barnehage. Anskaffelsen er en totalentreprise og valgt entreprenør skal arbeide videre ut ifra foreliggende grunnlagsmateriale. Det skal tilbys prosjektering og bygging av skole og barnehage.»*. Denne beskrivelsen ligner på det man i praksis kaller en totalentreprise med løsningsforslag, eller den nyere pris- og designkonkurranser.

Kriteriene var som vi ser i tabell 3, pris 60 % og kvalitet og funksjonalitet 40 %. Kvalitet og funksjonalitet hadde en rekke underkriterier som planløsning, arkitektonisk uttrykk, livssyklus-kostnader, utemiljø og tilpasning til tomta. Denne delen ble bedømt av en evalueringsgruppe som besto av faglig og kompetent personell, men kommunen opplyste ikke gruppens sammensetning.

For skolen kom det inn tre tilbud, fra Seby AS, Hent AS og Agathon Borgen. For barnehagen kom det inn fem tilbud, fra Seby AS, Hent AS, Scandi Byg AS, Asker Entreprenør AS og Johs Granås AS. I konkurransen som gjaldt skolen ble ingen tilbud avvist. Hent AS sine tilbud ble tildelt flest poeng i begge konkurranser, av to vurderingsgrupper, og ble tildelt oppdragene. Seby AS ble rangert som nummer to i konkurransen. Seby AS, et datterselskap av Veidekke, innga begjæring om midlertidig forføyning i begge saker, med påstand om at Lørenskog kommune måtte avstå fra å signere kontrakt med Hent AS. Bakgrunnen for dette var påstand om at tilbudene inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. For skolen var det avvik på tre punkter: 1) kotehøyde, 2) fotavtrykk og 3) bestemmelse om åpen vannføring av en bekk som Hent AS delvis hadde lagt i rør. For barnehagen var årsaken at bygget var plassert delvis utenfor byggegrensen. Hent AS opplyste ikke om avvikene i tilbudet.

1) Kotehøyde

I konkurransegrunnlagets plankart var det tegnet inn en kotehøyde for undervisningsbygget på *«maks k+180»*. Dette angav høyeste tillatte høyde på bygget etter reguleringsplanen. På Hent AS sine tegninger av undervisningsbygget, var kotehøyde på takplanet angitt til $k + 180,1$. I tillegg kommer gesims. Gesimsen var ikke målsatt.

2) Fotavtrykk

I kravspesifikasjonen til skolen het det at «*Bygget med tilhørende uteområde skal prosjekteres i samsvar med Detaljreguleringsplan for Ødegården, jfr. gjeldende plankart og tilhørende reguleringsbestemmelser*». I plankart vedlagt konkurransegrunnlaget fremgikk det at et felt i skoletomtens østre del er forbeholdt undervisningsbygget. Byggegrensene for bygget var tegnet inn. Hent sitt tilbud hadde en avlang bygningskropp i tre etasjer. Byggets nordlige hjørne var plassert 6 meter utenfor byggegrensen. Grunnarealet som ligger utenfor byggegrensen var 22 m², til sammen 66 m² samlet for tre etasjer. Bygget ble opplyst å samlet ha et areal på 7000 m².

3) Bestemmelse om åpen vannføring

Steinerudbekken var delvis lagt i rør. Av kravspesifikasjonen fremgår det at «*Videre forutsettes det at Steinerudbekken ivaretas i åpent vannløp over skoletomten frem til Haneborgveien*». Videre heter det at «*Eksisterende bekk skal ivaretas i åpent vannløp over skoletomten frem til Haneborgveien. Bekkeomleggingen skal dimensjoneres for å kunne ta unna en 200-års flom. Det skal tas nødvendige vassdragstrekniske hensyn slik at det ikke oppstår oppstuvning med økt flomfare, endrede strømnings- og erosjonsforhold samt masseavlagring*». Bekken deler tomten i to. I tilbudet fra Hent AS var det prosjektert en fotballbane over en del av bekkeløpet, og for denne delen er bekkene lagt i rør. Bekkeløpet er lagt i rør omlag 30 meter av et bekkeløp som i utgangspunkt er rundt 190 meter.

Nedre Romerike Tingrett behandlet saken om midlertidig forføyning og avsa dom 31.03.2014.

5.1.2 Nedre Romerike tingrett

Som svar på anklager fra Seby AS fremsetter kommunen at det i en anbudsfasen med løsningsforslag vil være justeringer i forhold til løsningsforslag og bestemmelser. De mener at avvikene i denne saken ikke er betydelige, og kan løses ved hjelp av dispensasjonssøknader, som de mener å ha åpnet for i konkurransegrunnlaget. Selv om dette ikke er et uttalt samspillprosjekt, argumenterer kommunen for at det i denne typen prosjekter må påregnes endringer i planlegging- og søknadsfasen.

Etter vurdering finner tingretten at alle tre punkter på skolen er avvik fra konkurransegrunnlaget. Spørsmålet som da må vurderes er om avvikene er vesentlige. Kotehøydens avvik anses

ubetydelig. De to andre avvikene vurderes ikke som vesentlige hver for seg, men til sammen utgjør de et vesentlig avvik som har gitt Hent AS en betydelig fordel, og at tilbudet derfor burde vært avvist. Også i barnehagen gikk bygget utenfor tomtegrensen. Retten mente at dette ga Hent AS en klar fordel, og at tilbudet følgelig burde vært avvist. Som følge av dette kunne ikke Lørenskog Kommune inngå kontrakt med Hent AS, om bygging av skole og barnehage. Seby AS blir tilkjent saksomkostninger på nær 450 000,-. Noe av den vesentlige argumentasjonen fra kjennelsen var:

«Det er ikke uenighet om at prosjektene er totalentrepriser som tar opp i seg både det som gjerne skilles ut som en egen plan- og designkonkurranse, i tillegg til konkurranse om prosjektering og utførelse av nybygget. Det er heller ikke uenighet mellom partene om at de tilbud som det i konkurransegrunnlagene bes om, skal være et utgangspunkt for videre prosjektering og detaljering. Retten kan imidlertid ikke se at dette kan medføre at konkurransegrunnlaget må forstås som kun et utgangspunkt, som i alminnelighet åpner for inngivelse av tilbud med avvik fra klare og konkrete bestemmelser i grunnlaget. Dette vil være i klar strid med hensynene bak regelverket for offentlige anskaffelser, jfr. anskaffelseslovens § 1 og § 5. For å sikre effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling, er det essensielt at tilbyderne konkurrerer på forutberegnelige og like vilkår. Utgangspunktet må være at tilbud skal være i overensstemmelse med kravspesifikasjonen, med unntak for de avvik og forbehold som tillates i medhold av anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter. Dersom det i konkurransegrunnlaget er lagt opp til videreutvikling av prosjektet, må dette i det lovlig inngitte tilbudet forutsettes utført innenfor rammene av tilbudet selv. Dette følger også forutsetningsvis av det forhold at vesentlige endringer i inngått kontrakt anses som en ny kontrakt, som må inngås i henhold til regelverket om offentlige anskaffelser, jfr. eksempelvis EU-domstolens sak C-454/06 (pressetext) premiss 34. Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-13 e) og f) at tilbud som har vesentlige avvik eller forbehold fra kravspesifikasjonen, eller avvik eller forbehold som kan medføre at tilbudet ikke lar seg sammenligne med øvrige inngitte tilbud, skal avvises. Vurderingen av hvorvidt det foreligger slike avvik eller forbehold vil bero på en tolkning av kontraktsgrunnlaget og tilbudene.»

(TNERO, 2014, 36771)

Avgjørelsen ble anket til lagmannsretten som kom med en ganske annerledes kjennelse, som vi vil gjennomgå i det neste.

5.1.3 Eidsivating Lagmannsrett

Eidsivating Lagmannsrettens behandlet anken om midlertidig forføyning og avsa dom den 20.11.2014. Lagmannsretten finner andre punkter mer tungtveiende, enn hva tingretten gjorde. De mener et punkt i konkurransegrunnlaget som sier at «bygget skal prosjekteres i samsvar med detaljreguleringsplanen» gir stort rom for tolkning. Helt fra at alle detaljer må være innenfor reguleringen, til at bygget ikke må føre til en omregulering av hele planen, altså kan løses ved dispensasjoner. Retten etterlyser bevisførsel på hva som er den felles oppfatning av dette i bransjen, da dette er en formulering som går igjen i mange saker, og at en slik bevisførsel her hadde veid tungt. For øvrig mener retten at måten og målestokken prosjektene skulle presenteres på, kan tilsies at prosjektet stadig kan være et skisseprosjekt, og dermed ikke ha avklart alle detaljer, også byggets nøyaktige plassering på tomten. Retten sier videre:

«I den utstrekning kravet ikke angis som absolutt, er det samtidig fortsatt en åpning for å fremme løsningsforslag med mindre avvik fra byggegrensa. Dette er noe som - sett fra oppdragsgivers side - generelt sett vil være ønskelig. Retten viser til at det er tale om en slags design-konkurranse, og at det da vil være uheldig i utgangspunktet å avskjære muligheten for kreative løsninger, selv om disse vil trenge dispensasjon fra byggegrensa for å kunne gjennomføres. Retten kan ikke se at en slik mulighet vil være i strid med de grunnleggende kravene til like konkurransevilkår og forutberegnelighet. Likheten i konkurransevilkår er i behold, i og med at muligheten for å tenke utenfor den opprinnelige «boksen» er åpen for alle. Også forutberegneligheten er ivaretatt, selv om det muligens vil stille noen spesielle krav til evalueringsprosessen.»

«Slik lagmannsretten har tolket kravspesifikasjonen med hensyn til prosjektering i tråd med byggegrensa, er ikke spørsmålet om dette kravet er absolutt eller ikke av avgjørende betydning for denne delen av saken. For fullstendighets skyld bemerker lagmannsretten likevel at den ikke kan se noen holdepunkter for at kravet skal forstås som absolutt. Verken det forhold at reguleringsbestemmelser er «bindende» eller bruken av ordet «skal», gir grunnlag for å trekke en slik konklusjon. Tvert om mener lagmannsretten at

det går nokså klart fram av sammenhengen at dette ikke er et absolutt krav. Retten viser her for det første til at det, i den generelle kravspesifikasjonen pkt. 1.4, nettopp finnes et eksempel på at noe - nemlig «beskrevne funksjoner og rom» - uttrykkelig er gjort til et minstekrav, «og skal oppfylles». Noe tilsvarende finnes ikke i tilknytning til kravet om prosjektering i samsvar med reguleringsplanen. For det andre viser retten til pkt. 1.17 annet ledd i kravsspesifikasjonen. Her går det fram at det kan være aktuelt å søke om dispensasjon, forutsetningsvis fra reguleringsbestemmelsene. Dette trekker også i retning av at det generelle kravet om prosjektering «i samsvar med» reguleringsbestemmelsene ikke skal forstås som et absolutt krav» (LE, 2014, 96767)

Forholdet om kotehøyde tolker retten på samme måte, at det kan endres uten å bryte konkurransegrunnlaget. Når det gjelder vannløpet så påpeker lagmannsretten at det er relativt vage formuleringer som gir tolkningsrom, og at det heller ikke her foreligger et avvik. Generelt legger retten stor vekt på at alt som ikke blir presisert som et absolutt krav, ikke kan anses som et avvik. Tvert om innebærer overskridelsene at Hent AS har vært i stand til å tilby det kommunen ønsket, nemlig en barnehage med alle avdelingene plassert på én flate. Lørenskog Kommune vinner begge saker, og Seby AS må betale 1 050 920,- i saksomkostninger til Lørenskog Kommune.

Like etter denne dommen inngikk kommunen kontrakt med Hent AS, som de hadde kåret som vinner av konkurransen. Seby AS tok saken videre og gikk igjen til retten, denne gangen med erstatningssøksmål for den positive kontraktinteressen. Saken ble behandlet Nedre Romerike tingrett, og det ble avsagt dom 22.04.2015.

5.1.4 Nedre Romerike Tingrett

Seby AS krever 20 millioner kroner i erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Argumentene fra begge sider er ganske lik som gjengitt i tidligere dommer. Retten legger her vekt på at kravene i tilbudsgrunnlaget er så omfattende at det går langt utover et skisseprosjekt, ved at kommunen krever løsninger og bindende pris på prosjektet. De mener at dersom dette var et skisseprosjekt, måtte det ha kommet mye tydeligere frem. Det blir lagt vekt på at dette er en totalentreprise, og ikke en plan- og designkonkurranse. For denne konkurranseformen mener de at kriterier i regelverket må følges strengt, og at etterprøvheter må være stor. Retten anser

derfor at kommunen har misforstått de strenge krav til forutberegnelighet og likebehandling som gjelder ved den valgte konkurranseform og at kommunen er å klandre. Kommunen har i utgangspunktet lagt opp til en god og profesjonell anbudsrunde, men feilen ligger i at ingen virkelig har vurdert om noen av forslagene burde vært avvist. Selv om det i kravspesifikasjonen står: *«Inkludert i leveransen fra totalentreprenør er også eventuelle søknader om dispensasjon eller endringstillatelser.»* Retten mener at dette ikke skal tolkes som en generell adgang til å gi unntak om at reguleringsbestemmelsene skal følges. Dette ville stride imot formålet bak reglene om offentlige anskaffelser og krav til forutberegnelighet og likebehandling som forutsettes. Retten kommer frem til at Hent AS sitt tilbud skulle vært avvist. Videre finner de ingen avvik i Seby AS sitt forslag som skulle ledet til avvisning. Siden Hent AS sitt forslag burde vært avvist, og Seby AS var innstilt på andreplass i konkurransen, finner retten at Seby AS har krav på erstatning for den positive kontraktinteressen. Lørenskog kommune ble dømt til å betale Seby AS erstatning og saksomkostninger på over 20,2 millioner kroner.

Lørenskog kommune anket dommen, og den ble videre behandlet i Eidsivating lagmannsrett hvor dom ble avsagt den 15.02.2016.

5.1.5 Eidsivating Lagmannsrett

Lagmannsretten legger til grunn mange av de samme argumentene som tingretten. De vurderer at det her ikke er noen tvil om at det er en totalentreprise med en omfattende kravspesifikasjon, og ikke et skisseprosjekt eller en designkonkurranse. Retten finner at alle de tre påståtte avvikene var avvik, at de tilsammen var vesentlige, og burde ført til avvisning av tilbudet. De tre avvikene har direkte gitt Hent AS en konkurransefordel. Lagmannsretten påpeker at Hent AS sitt forslag, nå i byggefasen, har fått dispensasjon til å gå utenfor tomtegrensen. I og med at dette er en konkurranseform med forhandlingsforbud, er dette et problem med tanke på likebehandling. De mener at tilbud ikke kan basere seg på bruk av dispensasjoner, da dette vil gjøre det vanskelig å sammenlikne tilbudene kvalitativt. Det vil skape usikkerhet ved evaluering og tildeling hvilket vil komme i konflikt med hensyn til likebehandling. Det legges videre til grunn i dommen at kommunen ved å ikke avvise tilbudet har begått en vesentlig feil, og dermed har et erstatningsansvar. De sier at dette er et komplisert spørsmål. Retten bemerker at to vitneuttalelser tyder på at ingen av vurderingsgruppene har vurdert om tilbudene burde avvises med bakgrunn i konkurransegrunnlaget. Videre påpeker de at vurderingsgruppen synes ved evalueringen av

tilbudet, i alle fall delvis, å ha misforstått de strenge krav til forutberegnelighet og likebehandling som gjelder ved den valgte konkurranseformen. Lagmannsretten konkluderte med at erstatning fastsatt i tingretten var riktig, og at Lørenskog kommune i tillegg må betale Seby AS sine sakskostnader.

5.1.6 Intervju med prosjektsjef i Lørenskog kommune

Prosjektsjefen begrenser seg på en del spørsmål, da det på dette tidspunktet er uklart om saken skal søkes fremmet for høyesterett. Han forteller at konkurransen har vært utlyst en gang tidligere. Det var samme konkurransen men den ble avlyst på grunn av prosedyrefeil. Kommunen har de siste årene hatt tre dårlige byggeprosjekter og har derfor et ganske strengt regime på prosjektplanlegging og gjennomføring. Prosjektet ble utviklet av en ekstern styringsgruppe og tre dyktige interne medlemmer. Denne konkurranseformen ble valgt fordi de hadde gode erfaringer med den fra tidligere. Valg av kriterier ble satt ut ifra prosjektrådgiver sine anbefalinger. Ved bedømmelse av forslagene løsnings og kvalitet ble det satt ned en jury. Han vil ikke opplyse om sammensetning av juryen. Disse fikk ikke vite priskriteriet. Priselementet ble vurdert internt i kommunen. Det ble avvist to tilbud på barnehagen. Det ene på grunn av materialbruk og det andre fordi det var utenfor de satte økonomiske rammene. Når de vurderte om noen av prosjektene skulle avvises, var det aldri et tema å avvise på grunn av at byggegrenser var brutt. Området rundt byggegrensen var helt ubebodd. De anså derfor byggegrensen for likegyldig, og det hadde ingen konsekvenser om den ble utvidet. Prosjektsjefen forteller at når kommunen vant saken om midlertidig forføyning i lagmannsretten gikk de fort i gang med å skrive kontrakt med prosjektvinner og starte byggingen. Grunnen til dette var at de trengte den nye skolen for å unngå utvidet bruk av midlertidige løsninger, og for å unngå videre byggherrekostnader. De mente også at prosjektet de hadde valgt var klart bedre og mer fremtidsrettet. De var fult klar over at det kunne komme et erstatningskrav. Konsekvensene utover de rettslige utgifter og erstatningskrav omhandler forsinkelse, og noe intern ressursbruk. I lagmannsretten ble det etterlyst bevisførsel på hva som er den felles oppfatning av reguleringsrammer i en anbudskonkurranse, og om de kunne utfordres, da dette er en formulering som gjentok seg i mange saker, og at en slik bevisførsel hadde veid tungt. Det har tross tap i begge de etterfølgende erstatningssaker ikke blitt gjort undersøkelser på dette. Det har ikke blitt tatt stilling til om eksterne rådgivere har gjort feil eller gitt uriktig informasjon, som kan gjøre at de har et erstatningsansvar overfor kommunen. Han

utelukker ikke, at en slik vurdering vil bli foretatt på et senere tidspunkt. De hadde ikke noen planer eller intensjoner om å endre noe i prosjektet som de valgte som vinner, selv om de argumenterte for den muligheten i retten. Han mener det er svært lite som kan endres underveis i et slikt prosjekt, mest av praktiske hensyn. Om kommunen skulle gjort noe annerledes så hadde de vurdert å benytte seg av en samspillsmodell, slik at de hadde større frihet. De vil vurdere det på sitt neste store prosjekt.

De som utarbeidet konkurransegrunnlaget og som vurderte avvisningsspørsmålet hadde minimum kurs i offentlige anskaffelser. Det ble benyttet både ekstern prosjektrådgiver og advokat i flere stadier av anskaffelsen. I hvilke stadier dette var kan ses i tabell 3.

Tabell 3, Rådgivere case 1

Bruk av advokat og ekstern prosjektrådgiver		
Prosjektperiode	Advokat	Prosjektrådgiver
Planlegging og utarbeidelse av konkurransegrunnlag?	Ja	Ja
Ved avvisning- og tildelingsvurdering?	Ja	Ja
Ved vurdering av klagen fra leverandør?	Ja	Nei
Ved forberedelse til rettsak?	Ja	Ja

5.2 Case 2, Kongsvinger ungdomsskole

5.2.1 Bakgrunn

Kongsvinger er en by og kommune sør i Hedemark fylke og har ca. 12.000 innbyggere. Flere skoler i kommunen hadde et stort oppgraderingsbehov, og kommunestyret vedtok derfor å bygge ny felles ungdomsskole for 720 elever. Det ble valgt totalentreprise med løsningsforslag og samspill som gjennomføringsmodell for prosjektet. Av tabell 4 ses at anskaffelsesformen var en begrenset anbudskonkurranse, og det var i økonomiplanen var satt av 250 millioner kroner til prosjektet. Denne summen skulle også inneholde byggherrekostnaden.

Tabell 4, Opplysninger case 2

Opplysninger ungdomsskole, Kongsvinger			
Prosedyre	Budsjett (mill.)	Tildelingskriterier	Konkurransenhonorar
Begrenset anbudskonkurranse	250	Pris 30 % - 40 % , Kvalitet 50 % - 60 % , Kompetanse/erfaring/ samarbeidsevne 10 %	150.000 kr. til alle

I kunngjøringen til tilbudsinnbydelsen står det blant annet:

«Formålet med konkurransen er å skaffe Kongsvinger kommune en samarbeidspart med nødvendig gjennomføringskraft og – kompetanse til å bistå kommunen med å få frem et godt forprosjekt for Kongsvinger ungdomsskole, deretter detaljprosjektere og bygge skoleanlegget. Det er valgt totalentreprise til samspill som gjennomføringsmodell for prosjektet. Forprosjektet skal gi svar på om det er mulig å etablere en ny og framtidsrettet skole innenfor en økonomisk ramme på maks 250 millioner kroner eksklusiv mva. Kommunestyret tar endelig stilling til eventuell bygging når forprosjektet med endelig kostnadsoverslag foreligger, våren 2015.»

Alternativet «Livet» med Ø.M. Fjeld som entreprenør ble valgt. Eide entreprenør og HRTB arkitekter var en av fem inviterte deltakere i anbudskonkurransen, og deres forslag

«Kunnskapshjertet» var det eneste som holdt seg innenfor den økonomiske rammen på 250 millioner kroner, når man regner med byggherrekostnad. De fire andre var langt over, og prosjekt med navn «Livet» av entreprenør ØM Fjeld som ble valgt, var ca. 45 millioner kroner over den oppgitte rammen.

Utvelgelsen av vinnerprosjektet foregikk ved at to grupper vurderte produktet. Den ene gruppen vurderte arkitektur og løsning, og fikk ingen informasjon om pris. Denne gruppen besto av to arkitekter og en landskapsarkitekter, alle utnevnt av Norske arkitekters landsforbund (NAL). Videre besto gruppen av rektorer fra to ungdomsskoler, en representant fra kommunens eiendomsenhet og en innleid prosjektleder. Den andre gruppen vurderte blant annet pris og kompetanse, og fikk ikke informasjon om hva den andre vurderingsgruppen kom frem til. Den eneste som var med i begge gruppene var den innleide prosjektlederen som fungerte som koordinator.

Eide entreprenør og HRTB arkitekter følte seg urimelig behandlet og valgte å gå til tingretten for å kreve midlertidig forføyning av prosjektet.

5.2.2 Glåmdalen tingrett

Etter behandling i Glåmdalen tingrett kom retten frem til at anbudskonkurransen for ny ungdomsskole ikke ble gjennomført i henhold til regelverket, og derfor fikk kommunen inntil videre ikke lov til å inngå kontrakt med vinneren. Grunnlaget for avgjørelsen var at kommunen hadde en intensjon om å redusere prisen gjennom samspill i forprosjektet, noe retten mener er i strid med forhandlingsforbudet. Dette forholdet samt at prisen uansett ville ende betydelig over oppgitt ramme, utgjør vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, og burde ført til avlysning av konkurransen. Retten legger til grunn at utfallet av konkurransen hadde blitt et annet dersom kommunen ikke la opp til å øke budsjettammen ved tildeling til Ø.M. Fjeld AS. Kommunen ble også dømt til å betale saksøkers omkostninger. Retten bemerker at fire av fem tilbud var over kostnadsrammen og dermed utenfor konkurransegrunnlaget, men at de etter bevisførselen ikke har grunnlag for å tolke hva grunnen til dette er. Retten mener det ikke er mulig å forhandle ned en kontraktssum i samspillfasen. En sentral del av rettens argumentasjon er:

«Av rådmannens innstilling fremgår det at man skal forsøke å få ned kostnadene i samspillfasen ved å bearbeide arealer, redusere brutto/nettofaktoren, se på sambruk, vurdere uteområdet samt krav til teknisk kvalitet uten at det går ut over funksjonaliteten i anlegget. Etter rettens syn vil slike endringer, eller endog forsøk på slike endringer, være i strid med forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1. Retten viser til at selve utbyggingskontrakten ikke vil inngås før etter samspillfasen. For at forhandlingsforbudet skal ha noen realitet kan man etter rettens syn ikke unngå dette ved å legge inn en samspillfase med kun en tilbyder, hvor det er fritt frem å forhandle om tilbudet. En slik mulighet ville stride mot formålet til forskriftens § 21-1, og etter rettens syn også mot anskaffelsesloven § 5.»

Det ser med andre ord ut som lovligheten av en samspillfase før kontrakt ikke vil bli godkjent av retten.

Kongsvinger kommune valgte å anket tingrettens avgjørelsen til lagmannsretten.

5.2.3 Eidsivating lagmannsrett

Eidsivating Lagmannsrett behandlet den ankede sak om forføyning og avsa dom den 20.02.2015. Etter behandling i lagmannsretten valgte retten å avslå anken, og dømte kommunen til å betale saksomkostninger for begge parter. Hovedgrunnen til avslaget var, at det var kjent ved tildelingen til samspillfasen at budsjettet måtte heves betydelig.

Det er både i tingrettens og lagmannsrettens kjennelse en interessant debatt om hvor mye som kan endres i en samspillfase før du har en vesentlig endring, og bryter med regler for offentlige anskaffelser. Ifølge de to dommene er det lite rettspraksis på dette. Mens tingretten mener at det er et forhandlingsforbud også for samspillkontrakter, så anerkjenner lagmannsretten derimot at det må være et rom for forhandlinger i denne typen kontrakter. Det påpekes i lagmannsretten sin kjennelse at bruk av samspillkontrakter fører til særlige utfordringer med hensyn til utarbeidelse av anbudsgrunnlaget og tildelingskriteriene, og beskrivelse av samspillfasen, samt at man må sikre likebehandling og forutberegnelighet ved tildelingen. En interessant del av lagmannsrettens argumentasjon går som følger:

«Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk ved blant annet å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom tilbyderne, og sikre at forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. I dette ligger også et krav om at det ikke må gjøres vesentlige endringer av prosjektet etter kontraktsinngåelsen. Disse grunnleggende kravene gjelder også ved bruk av såkalte samspillskontrakter, hvor det er forutsatt å skulle kunne foretas tilpasninger av tilbudet gjennom samspillsfasen. Et sentralt spørsmål blir da hvilke endringer og tilpasninger som kan foretas i samspillsfasen, uten å være i strid med de grunnleggende kravene til offentlige anskaffelser. Partene er enige om at det er adgang til å benytte samspillskontrakter ved offentlige anskaffelser, men er uenige om hvilke endringer av det opprinnelige tilbudet som kan foretas i denne fasen.

Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger rettspraksis som direkte behandler dette spørsmålet. Ved vurderingen tar lagmannsretten utgangspunkt i anbudsgrunnlaget og de generelle krav som gjelder ved anbudsprosesser, jf. ovenfor. Anbudsgrunnlaget beskriver samspillsfasen, og prosessen rundt dette. I motsetning til tingretten finner lagmannsretten det klart at forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1 ikke kommer direkte til anvendelse i samspillsfasen. Bestemmelsen gjelder under konkurransen, og ikke etter at kontrakt er inngått. Kontrakten i dette tilfellet omfatter retten til å delta i forprosjektfasen, og eventuelt i den senere utbyggingsfase. Det følger som nevnt av konkurransegrunnlaget at det skal kunne foretas tilpasninger av prosjektet. Det er da ikke tale om forhandlinger av tilbudet som rammes av forbudet i anskaffelsesforskriften § 21-1. Hvilke endringer som kan foretas i samspillsfasen må derfor vurderes med utgangspunkt i konkurransegrunnlaget og forbudet mot vesentlige endringer. Etter lagmannsrettens syn medfører bruk av samspillskontrakter på denne bakgrunn særlige utfordringer med hensyn til utformingen av anbudsgrunnlaget og tildelingskriteriene, og beskrivelsen av samspillsfasen. Dette er nødvendig for å sikre likebehandling og forutberegnelighet ved tildelingen.»

De åpner derfor for bruk av samspillkontrakter før en totalentreprisekontrakt. De bemerker viktigheten av beskrivelsen av samspillsfasen. Dette kan tyde på at det i konkurransegrunnlaget bør være beskrevet hva som kan endres i samspillsfasen. Det synes uansett å være enighet om at

vesentlige endringer i forhold til konkurransegrunnlaget ikke kan bestemmes i en samspillfase. Det vil si at alle endringer i en samspillfase må være innenfor de føringer gitt av konkurransegrunnlaget.

5.2.4 Intervju med innkjøpsleder i Kongsvinger kommune

I intervju med innkjøpsleder i kommunen, ble det uttalt at de valgte prosjektformen fordi de ville ha større kontroll og påvirkningskraft på prosjektet. De har brukt denne konkurranseformen to ganger tidligere, og har hatt blandede erfaringer. Det var ikke aktuelt å velge en annen konkurranseform. Det ble både brukt interne og eksterne ressurser til å utvikle konkurransegrunnlaget. Hvorvidt det ble brukt advokat og innleid prosjektleder i de forskjellige fasene av prosjektet kan ses i tabell 5. Innkjøpsleder var selv hovedansvarlig for utarbeidelsen av grunnlaget, for vurderingsprosessen og ved vurdering om avvisning. Han opplyser at han har 27 års erfaring og gjentatte kurs og sertifiseringer innen offentlige anskaffelser. Tildelingskriteriene ble bestemt av kommunen, men ble anbefalt av innleid prosjektleder. Bruk av ekstern prosjektleder og advokat i de forskjellige faser av prosjektet kan ses i tabell 6.

Tabell 5, Rådgivere case 2

Bruk av advokat og ekstern prosjektrådgiver		
Prosjektperiode	Advokat	Prosjektrådgiver
Planlegging og utarbeidelse av konkurransegrunnlag?	Nei	Ja
Ved avvisning- og tildelingsvurdering?	Nei	Ja
Ved vurdering av klagen fra leverandør?	Ja	Ja
Ved forberedelse til rettsak?	Ja	Nei

Det var bevissthet i kommunen om at det ønskede prosjektet antakelig ikke kunne utføres innenfor en prisramme på 250 mill. kr. Det ble vurdert om noen av prosjektene skulle forkastes, men kommunen kom frem til at det ikke var nødvendig. De mente at prisrammen som var oppgitt ikke var bindende, og at pris skulle vektles som oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Kommunen valgte det dyreste prosjektet «Livet» til vinner og valgte å gå videre med det. Prisen på prosjektet ville de få ned blant annet ved å redusere arealet og endre noen tekniske rom. Videre ville de forsøke å øke den økonomiske rammen ved å øke kommunens bevilgninger, og

søke diverse tilskuddsordninger. Ifølge kommunens innkjøpsleder gjorde de beregninger som viste at endringene de la opp til ikke utgjorde mer enn 15%, som de mener at kontraktstandarden tillater. Videre uttrykker han at de i dag ser at de burde satt budsjettammen høyere eller mer vagt. Det er foreløpig usikkert hvor stor konsekvensen blir både i kostnad og tid. Innkjøpslederen påpeker flere ganger at det er elevene som er de store taperne i dette, som ikke får den opplæringsrammen de har krav på. Kommunen er fornøyd med den innleide prosjektleder og annen innleid kompetanse. De har ikke vurdert om feilaktig eller manglende råd fra innleide konsulenter, kan stille de økonomisk ansvarlig. Etter rettsaken betalte kommunen ut en erstatning til entreprenøren for den negative kontraktinteressen, for å unngå en rettslig erstatningssak. På grunn av et politisk skifte i Kongsvinger kommune, er det nå uenighet om veien videre, og fremtiden for prosjektet er usikkert både i tid å kostnad.

5.2.5 Intervju med saksøkende arkitekt

Eide entreprenørene gikk sammen med sin samarbeidspartner i prosjektet HRTB arkitekter, til sak mot kommunen, for å hindre at kommunen kunne inngå kontrakt. Arkitekten som ble intervjuet har blant annet vært sjefsarkitekt i Statsbygg, og i seks år ledet konkurransekomitéen i Norske arkitekters landsforbund (NAL). Han mener konkurranseformen ikke er gunstig for noen parter, at den ikke er forankret i anskaffelsesforskriften, og videre ikke er godkjent av Norske arkitekters landsforbund. Han beskriver at deres prosjekt ble utviklet med utgangspunkt i den stramme økonomien som var for prosjektet. De kjente til at det var en stor aktør i det lokale markedet, så de jobbet hardt for å konkurrere på pris. Det ble planlagt stor benyttelse av prefabrikasjon, rasjonelle løsninger, og praktisk løsning av funksjonsprogram. De fikk tilbakemelding fra juryen som bedømte prosjektene, med blant annet kommunens innkjøpssjef, at de hadde bommet fullstendig på løsningen av prosjektet. Grunnen til at de valgte å gå til sak, var at de følte at de hadde blitt lurt, og aldri hadde noen reel mulighet til å konkurrere på samme vilkår som de andre leverandørene. Arkitekten mener det burde vært stilt tydeligere krav, slik at alle hadde de samme forutsetningene. Han opplevde det å være på grensen til urent spill, der en aktør fikk betydelige konkurransefordeler. Utover at den vinnende entreprenøren fikk være med i konkurransen på tross av priskriteriet, fikk de også levere inn to forslag. Når prosjektene videre ble vurdert, så fikk ikke de som evaluerte prosjektet vite priskriteriet, og juryen kunne dermed ikke dømme prosjektet på en reell bakgrunn. På utviklingen av et slikt prosjekt opplyser

arkitekten at de bruker de mellom 500 og 600 timer. Det er derfor et relativt stort tap når man ikke får prosjektet. Han fremhever at de største tapene her, er for bedriftene som ble kåret til vinner, men ikke ble tildelt kontrakten, og at deres relasjon naturligvis påvirkes.

Arkitekten mener det er godt kjent i arkitektmiljøer at det er greit å utfordre kriterier i konkurransegrunnlaget og tomterereguleringer, og at vinneren ofte går utover de gitte rammene. Det som generelt blir utfordret mest er tomtegrenser. Han erkjenner de selv også ofte går utover de gitte rammene, men at de da sender inn spørsmål til oppdragsgiver om hvorvidt dette blir tillatt.

5.3 Case 3, Aust Lofoten VGS

5.3.1 Bakgrunn

Nordland Fylkeskommune, heretter NFK, utlyste den 07.10.2011 en begrenset anbudskonkurranse. Anbudskonkurransen gjaldt bygging og ombygging av Aust Lofoten videregående skole i Svolvær. Bjørn Bygg AS, NCC Construction AS og Hent AS var prekvalifisert, og samtlige innga tilbud. NCC ble tildelt kontrakten. Bjørn Bygg klaget til NFK over tildelingsbeslutningen. Klagen var begrunnet i at NCC sitt tilbud skulle vært avvist grunnet vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget og ufullstendigheter som skapte tvil om hvordan tilbudet skulle vurderes i forhold til andre tilbud. NFK tok ikke klagen til følge. Det ble derfor fremsatt begjæring om midlertidig forføyning av Bjørn Bygg.

Tabell 6, Opplysninger case 3

Opplysninger Aust-Lofoten vgs			
Prosedyre	Budsjett (mill.)	Tildelingskriterier	Konkurransenhonorar
Begrenset anbudskonkurranse	151 - 201	Pris 40 %, Prosjektforslag 40 %, Samspillkomp. 10 %	200.000 kr. til alle

Det avgjørende spørsmålet var om NCC sitt tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, fordi de hadde utfordret konkurransegrunnlaget. Prosjektet var en begrenset konkurranse med totalentreprise med samspill. Prosjektet var ikke en uttalt pris- og designkonkurranse, men inneholdt de elementene som inngår i denne typen konkurranser, altså løsningsforslag, prosjektering og oppføring. Tildelingskriterienefremgår av tabell 6, og var pris 40 %, prosjektforslag 40% og samspillskompetanse 20%. Ved vurdering av prosjektforslag skulle det vurderes arkitektonisk hovedgrep, oppfyllelse av programkrav, arealeffektivitet, generalitet og fleksibilitet. Bjørn Bygg leverte tilbud til NFK med en totalpris på 181 000 000 kr inkl. mva., og hadde en løsning som var basert på tre etasjer. NCCs prosjekt hadde en totalpris på 121 840 730 inkl. mva., og hadde en løsning med to etasjer. De feilene som blir fremsatt mot NCC sitt forslag var for det første mangel på flere rom i forhold til konkurransegrunnlaget, på tross av at ordlyden i grunnlaget fremsto bindende. De argumenterer for at selv om dette er en samspillskontrakt har ikke NCC lov til å gå utenfor konkurransegrunnlaget, og at dette har gitt de en konkurransefordel. Det andre punktet er at tilbudet har et arealavvik på 5 – 10 %. Mange rom er for små, og også dette har gitt NCC en konkurransefordel. For det tredje mangler NCC sitt tilbud aktivitetssoner og tilstrekkelig antall parkeringsplasser, som Bjørn Bygg AS hevder det ligger bindende føringer på i konkurransegrunnlaget. Ved å utelate parkeringsplasser og aktivitetssoner har NCC fått en konkurransefordel ved å kunne benytte en større del av tomten. Med bakgrunn i dette mener de at det ikke var mulig å sammenlikne NCC sitt tilbud med de øvrige, eller å fastslå hvordan deres tilbud ville vært med korrekte prosjektforklaringer. De anser det ikke som avgjørende at uklarheter i NCC sitt tilbud kan avklares i en samspillsfase av prosjektet.

Fylkeskommunen vurderer på sin side at dette er en konseptkonkurranse, hvor det ikke er oppstilt absolutte minimumskrav som må oppnås i tilbydernes prosjektforslag. Deres beregning viser at avviket til NCC bare var på 190m² som tilsvarer 3,7 % av det totale arealet. De mener dette argumentet underbygges av at alle de leverte forslagene inneholder avvik, der NCC bare hadde det største avviket. De anslår videre at selv om dette arealavviket skulle vektet ned prisen, hadde det fortsatt ikke endret på utfallet av konkurransen. Arealer som eventuelt mangler hevder de kan tegnes inn flere steder i prosjektet hvor det er åpninger.

Saken ble behandlet i Nord-Troms Tingrett, og dom ble avsagt den 02.05.2012.

5.3.2 Nord-Troms tingrett

Nord-Troms tingrett viser til tidligere sak i Borgarting Lagmannsrett, LB-2008-56919, hvor det fastslås at det ikke foreligger avvik der det eksplisitt er uttrykt at tilbyderne hadde betydelig fleksibilitet ved oppfyllelse av rom- og arealprogram. Men, de vurderer at ordlyden flere steder i dette konkurransegrunnlaget viser at rommene og arealene beskrevet i romprogrammet var noe oppdragsgiver faktisk hadde behov for og som således måtte inntas i tilbudet.

NFK har anført at det er tale om en konseptkonkurranse med mulighet for videreutvikling av valgt tilbud i samspillfasen av prosjektet. Retten på sin side understreker at selv om samspillmodellen innebærer at konseptet som velges skal raffinere i samspillfasen, inneholder konkurransegrunnlaget like fult krav som definerer hvilken ytelse som skal anskaffes, og som tilbydere må inkludere i tilbudet. Hensyn til likbehandling og forutberegnelighet står like sterkt, selv om det er tale om en totalentreprise med samspill.

Retten diskuterer videre noen uklarheter i tilbudet i forbindelse med avvik i NCC sin arealtabell og deres tegninger. Det vises til at slike uklarheter må tolkes i disfavør av den som er skyldig i uklarheten, altså NCC. De argumenterer videre for at andre også kunne ha kommet frem til et billigere konsept over to etasjer, med de reduserte arealene og rommene som NCC har lagt til grunn. Om forslaget til NCC skulle vært avvist avhenger av om avvikene må anses som vesentlige.

Det er flere ting som gjør dette til vesentlig ifølge retten. Den ene er det reelle arealavviket som er relativt stort. Det andre er at skolens behov er fremsatt tydelig på bakgrunn av utredninger, og at deres behov ikke blir oppfylt i dette tilbudet. Retten anser at vesentligheten er så tydelig oppfylt at man ikke trenger å vurdere manglende aktivitetssoner og parkeringsplasser. Neste spørsmål er om avvikene forrykker rekkefølgen på konkurrentene. Retten finner at det ikke er mulig å bestemme verdien på NCCs manglende areal på en simpel måte. Om NCC hadde hatt med alle arealer og måtte bygge en etasje mer, kunne det vært sterkt kostnadsdrivende. Det kan derfor ikke utelukkes at det foreligger en risiko for at rekkefølgen mellom tilbydere ville vært annerledes, om NCC hadde forholdt seg til konkurransegrunnlagets krav til areal og funksjoner.

Etter en samlet vurdering kom retten frem til at avvikene fra romprogrammets krav er vesentlig slik at NFK hadde plikt til å avvise tilbudet fra NCC jf. anskaffelsesforskriften §20-13. I lys av saksøktens anførsler bemerker retten for ordens skyld, at det i foreliggende sak ikke er tale om å overprøve det innkjøpsfaglige skjønnet som bedømmelseskomiteen har utøvd i vurderingen av tilbudets oppfyllelse av konkurransekriteriene.

Bjørn Bygg vinner saken fullt ut og får tilkjent saksomkostninger. Dommen ble anket av NFK og anken ble behandlet av Hålogaland lagmannsrett. Dom ble avsagt 12.11.2012.

5.3.3 Hålogaland lagmannsrett

Lagmannsretten legger i sin vurdering som tingretten vekt på en tidligere uttalelse av KOFA, sak 2000/58:

«Ved vurdering av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.. ..Det er den konkrete betydningen av avviket som er det sentrale jf. LH-2009-45911.». (KOFA, 2000/58)

Retten kommer til at det er relativt lite arealer som mangler. Men de mener, at det ikke er dokumentert eller klart at arealene kan legges til i samspillfasen, uten å vesentlig endre konstruksjonen. De mener det ikke er sannsynliggjort, at det er mulig å innpasse arealene innenfor de to etasjene, uten at det går ytterligere utover uteområdet. Videre mener de at dette må legges til en vesentlighetsvurdering. Det er av samme grunn vanskelig å bedømme og prissette avvikene, da alle de andre forslagene som går over tre etasjer ligger vesentlig høyere i pris. Lagmannsretten finner det likevel ikke nødvendig å ta stilling til om avvikene fra konkurransegrunnlagets areal- og romfunksjon var vesentlig, og om tilbudet skulle vært avvist på dette grunnlag. Grunnen til dette er, at forskriften om offentlige anskaffelser § 20-13 første ledd bestemmer at et tilbud skal avvises når det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller liknende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er tilstrekkelig til å utløse plikt til at det foreligger tolkningstvill, dvs. at det ved fortolkning av tilbudet kan oppstå en rimelig begrunnet

tvil om hvordan tilbudet ville kommet ut, dersom tilbudet hadde oppfylt konkurransegrunnlagets areal og romprogram. Det vises blant annet til 13.3.1 i VOA, der det er uttrykt at det «skal i praksis ofte lite til» for å fastslå såkalt relativ bedømmelsestvil.

Det knytter seg tvil til tilbudet fra NCC. Det foreligger ikke noen løsning for hvordan manglende romfunksjoner skal kunne innpasses innenfor det foreslåtte løsningen med et bygg på to etasjer. Det foreligger ikke utearealer som kan disponeres, uten at løsningen vil komme ytterligere i konflikt med konkurransegrunnlaget for så vidt gjelder ute- og trafikkarealer.

Bjørn Bygg vant saken og Nordland Fylkeskommune ble forbudt å inngå kontrakt med NCC Construction AS om bygging og ombygging av Aust Lofoten videregående skole. NFK har bekreftet at de vil svar på spørsmål angående saken, men har etter flere anmodninger valgt å ikke gi svar. Det ble ikke ført noen videre rettsak om erstatningskrav fra Bjørn Bygg AS, og skolen ble likevel bygget av NCC. Det er av den grunn rimelig å anta at partene inngikk et erstatningsforlik om den positive kontraktinteressen.

Etter casestudiet ble det utført intervjuer med prosjektdirektør i Statsbygg og juridisk avdeling i undervisningsbygg. Hensikten med disse intervjuene var å kartlegge om de hadde kjennskap og erfaring med konkurranseformen, og videre dra nytte av deres kunnskap og erfaring i belysningen av problemstillingen. Både Statsbygg og Undervisningsbygg er to av landets største byggherrer av offentlige bygg.

5.4 Eksterne intervju

5.4.1 Intervju juridisk avdeling undervisningsbygg

Advokaten hos Undervisningsbygg, heretter UB, har ikke hørt om pris- og designkonkurranse som konkurranseform. De har selv aldri brukt konkurranseformen, men bruker av og til totalentreprise med løsningsforslag. I all hovedsak kjøper de inn arkitekttjenester fra dyktige arkitekter, som sammen med UB utvikler byggeprosjektene, som deretter blir konkurranseutsatt i en passende entrepriseform. Valg av entrepriseform blir ofte gjort på bakgrunn av kapasitet, erfaring hos prosjektleder med mer. De utarbeider et styringsdokument og redegjør for valget. Det vesentligste forhold er at prosjektleder er komfortabel med den konkurranse- og entrepriseformen som blir valgt. UB ser normalt ikke de store fordelene med begrenset

konkurranse, og bruker derfor i all hovedsak åpne konkurranser. De benytter en del samspillentrepriser og det viktigste valget er da om de skal ha en tidlig- eller sen-partnering.

UB anvender normalt en relativt omfattende kravspesifikasjon. Noe av det mest utfordrende med å lage spesifikasjoner er ifølge advokaten at det er vanskelig å forutse hvordan kriterier tolkes. UB diskuterer internt om den høye graden som de detaljerer prosjektene på kan hindre innovative løsninger. De mener at konkurranser ofte kan tildeles utelukkende på grunnlag av pris, fordi det kan være vanskelig å bedømme andre kriterier, som for eksempel LCC beregninger. Men igjen presiseres advokaten at bruk av andre tildelingskriterier enn pris kan føre til mer innovasjon. Det kan være viktig for en oppdragsgiver at man ikke låser programmet for mye, og hindrer kreativitet, innovasjon og løsningsmuligheter.

Advokaten mener på generelt grunnlag at byggherrer burde tørre å gjøre en mer helhetlig og skjønnsmessig vurdering av prosjektene. Dette kan oppnås ved å gi entreprenørene mer spillerom gjennom konkurransegrunnlaget, og sette bedømmelseskriterier som muliggjør dette. Heri ligger å gi mindre spesifikke kriterier, der det er mulighet for innovasjon. Dette kan være risikofylt for en byggherre, og krever derfor god kompetanse. Hun presiserer at det ikke er vanskelig å følge reglene om offentlige anskaffelser, men at reglene krever at man gjør alle prosedyrer riktig. Ved valg av tildelingskriterier mener hun det er aktuelt å bruke kreativitet som et kriterium, men muligens beskrive det på en annen måte. Det kan da bli viktig at oppdragsgiver forklarer hva han mener med dette, og at man gjennom konkurransegrunnlaget ikke setter strenge krav til reguleringer. Det vil være viktig å ha prosedyrer for hvordan man skal bedømme abstrakte kriterier.

På spørsmål angående konkurranseforslag som utfordrer konkurransegrunnlaget mener advokaten på prinsipielt grunnlag at man må være svært forsiktig med å gi reguleringer og føringer i konkurransegrunnlaget, og på en annen måte tillate å gå utenfor disse føringene.

Ved å velge en konkurranse som inneholder både pris og design, mener advokaten at oppdragsgiver fort kan miste innflytelse over prosjektet, da det er begrenset hva man går i gang med å endre etter at man har valgt design. Dermed har man ikke den samme innflytelsen som når du er med på hele prosjektutviklingen.

Undervisningsbygg har klare rutiner på hvordan utvelgelsesprosessen av tilbud/løsningsforslag skal foregå. Først er det en kvalifikasjon av leverandør der alle formaliteter og kompetanse undersøkes. Deretter undersøkes at det ikke er regnefeil i tilbudet, før de foretar en vurdering av tilbudet opp mot tildelingskriteriene. De har klare regler på hvordan de gir poengtrekk på pris og de prøver å ha samme tilgang hva angår kvalitet, der de regner om kvalitet til pris og økonomi. De går nøye igjennom alle forslag og vurderer om noen skal avvises. Dette er en viktig del av jobben, og UB har fire jurister som blant annet jobber med denne type problemstillinger. De bruker relativ bedømmelsestil aktivt, når de vurderer om noen skal avvises. Advokaten mener at leverandører har blitt mye bedre til å følge konkurransegrunnlaget, og levere gode tilbud.

Med hensyn til samspillfasen er advokaten av den holdning at det kan gjøres hvilke som helst endringer, fordi grunnlaget for å bli utvalgt er det samme. For en totalentreprise er endringssummen satt til 15%, men denne kan forhandles opp, anslagsvis opp til 50 %. Hun kan heller ikke se noen grunn til at samspill før kontrakt er noen mer kontroversielt en ved «*en tradisjonell samspillkontrakt*» da begge foregår etter valg av leverandør. Hun understreker her at kravet om vesentlig endringer må opprettholdes.

Advokaten mener det kan være lurt å bruke muligheten for intervju for å avdekke hvordan entreprenøren har planer om å håndtere samspillfasen og hvordan kjemien imellom tilbyderne og oppdragsgiver er. Dette intervjuet kan brukes til å verifisere personer, samarbeid, kompetanse, planleggingsevne og strategi med mer. Hun understreker at det stilles strenge krav til saksbehandlingsregler ved intervju, med blant annet referat fra intervju (for å sikre etterprøvbarhet), likebehandling av leverandører ved å stille de samme spørsmålene og gi eventuell lik veiledning, og at man ikke endrer eller forsøker å endre tilbudene da forhandling ikke er tillatt.

Når det kommer til bruk av alternative tilbud, har hun ikke opplevd at dette har vært anvendt for hele byggeprosjekter. Hun mener at dette normalt blir åpnet for ved mindre og tekniske prosjekter, der det er et større behov for å dra nytte av kunnskapen til leverandørene. Hun utelukker likevel ikke at det foreligger en mulighet til å åpne for alternative tilbud. Hun mener å ha hørt en annen advokat argumentere for at bruken av alternative tilbud er en mulighet som burde brukes i langt større grad. Hun anbefaler at dette er noe som bør undersøkes nærmere.

5.4.2 Intervju Statsbygg

Intervjupersonen hos statsbygg er avdelingsdirektør i byggherreavdelingen. Han kan opplyse om at de aldri har brukt pris- og designkonkurranse, men at de i liten grad har benyttet totalentreprise med løsningsforslag. På et generelt grunnlag opplever han at Statsbygg har mange konflikter, og at det ofte skyldes for dårlige konkurransegrunnlag og kontraktdokumenter. Siden de har et ekstra stort ansvar for å forvalte offentlige midler på den mest forsvarlige måte, arbeider de hardt for å unngå konflikter, men at det noen ganger ikke er til å unngå, da det er en interessekonflikt i forhold til entreprenører. De har de siste årene i stor grad benyttet seg av samspillkontrakter, der de involverer entreprenøren tidlig i prosjektutviklingen, og opplever at dette kan være en svært god konkurranseform for alle parter. De anvender en modell som baserer seg på åpen bok, målpris og insentiver i forhold til måloppnåelse. De jobber kontinuerlig med å utvikle denne modellen, og et sentralt spørsmål i den forbindelse er hvor mange av underentreprenørene som skal være involvert i samspill- og insentivdelen. Det viktigste i slike kontrakter er at alle involverte ønsker å benytte modellen og jobber i samme retning. Valg av prosjektleder anses som viktig. Den prosjektlederen som entreprenøren mener er best, er ofte ikke den samme som byggherre ønsker. De beste prosjektlederne sett fra entreprenørers ståsted, har ofte fokus på høy inntjening, og ser etter muligheter for å få bedre betalt av oppdragsgiver. Dette kan i en samspillkontrakt være svært skadelig, og ødelegge både hensikten og samspillet.

Avdelingsdirektøren mener en viktig mulighet som det er blitt åpnet for, er å bruke intervju i utvelgelsen av en samspillkontrakt. Her kan mye av kjemien hos samspillgruppen avsløres. Det er en stor jobb å avholde slike intervju, men det kan ha svært stor påvirkning på prosjektet og kan derfor vektes tungt.

Det ble avslutningsvis gjort intervjuer, hovedsakelig i form av spørsmål og svar per epost, med to eksterne prosjektledere som benyttes av oppdragsgiverne, ved pris- og designkonkurranser. De har begge vært involvert i en av casene, men intervjues på generelt grunnlag for å få så objektiv informasjon som mulig. Undertegnede deltok også på et minikurs om pris- og designkonkurranser med en av intervjupersonene.

5.4.3 Kurs og intervju av prosjektleder 1

Prosjektlederen opplyser at han er innleid som prosjektleder/rådgiver for majoriteten av pris- og designkonkurransene som blir avholdt. Han gjennomførte i 2015, 11 pris- og designkonkurranser. Han har utviklet sin egen strategi for denne type prosjekter, og anser seg selv som gründer for konkurransetypen. Forskjellen på denne konkurranseformen og en totalentreprise med løsningsforslag, består ifølge han av at ved en pris- og designkonkurranse er samspill et tildelingskriterium. I den modellen som han gjennomfører, er det en forutsetning at prosjektet skal videreutvikles i samarbeid med byggherre og representanter fra brukerne til et omforent prosjekt, før man går inn i en totalentreprise. Han mener denne modellen har færre konflikter enn andre konkurranse- og anskaffelsesmodeller.

Konkurranses grunnlaget bør ut ifra hans perspektiv være så enkelt og forutsigbart som mulig, for at tilbyderne skal kunne bruke den kompetansen de har og som oppdragsgiver stiller krav om. De bruker alltid begrenset konkurranse, og anbefaler at 5 -6 leverandører får delta. Etter det er valgt en vinner, går de inn i en samspillfase på 3 – 9 måneder, som ender i en totalentreprise med fast pris. Han anbefaler alltid de samme tildelingskriterier som kan ses i tabell 7.

Tabell 7, Prosjektrådgivers tildelingskriterier

Tildelingskriterier			
Pris 40 %	Løsningsforslag 40 %	Dokumentert samspillkomp. 10 %	Gruppeintervju 10 %

Han anser at tildelingskriteriet gruppeintervju som viktig. Det har skjedd at intervjuet har forandret plasseringer i konkurransen. Det er dog ifølge han stor forskjell i hvor forberedte leverandørene er på dette. Han mener at det er avgjørende at leverandørens samspillgruppe forbereder seg og øver på intervjuet, men vil samtidig ikke si hva de bør forberede seg på. Arkitekter som deltok på kurset, gav uttrykk for at de var kritisk til at man skal bruke store ressurser på å forberede seg, uten å vite hva de skal forberede seg på, eller hvem de skal være i samspill med etter de eventuelt vinner konkurransen. Etter press fra kursdeltakere kommer han

med noen råd. Han påpeker det er viktig hvordan teamet presenterer seg på intervjuet. Når oppdragsgiver ber om at et bredt utvalg fra leverandørens team skal stille til intervju, så er fem personer som for få. Det er viktig at denne gruppen er samkjørt og presenterer seg på en god måte. Prosjektlederen anser det som viktig at gruppen har planlagt hvem de skal samarbeide med i prosjektet og hvordan samspillfasen og prosjektet skal gjennomføres. En fin måte å øve seg på intervju, er å gjennom de spørsmål kan komme ut i fra bok 0.

Et annet element han fremhever som viktig er å overholde formaliteter når man sender inn dokumentasjon. Med dette mener han oppdaterte cv, referanser og attester, og at dette er bra presentert. Det er viktig å sette sammen et team som har den rette kompetansen og at denne kompetansen er riktig dokumentert.

5.4.4 Intervju av prosjektleder 2

Hvor pris- og designkonkurranser har sitt opphav fra, har ikke prosjektlederen noe konkret svar på. De har benyttet konkurranseformen i varierende grad siden 2005. Prosjektlederen bruker denne konkurranseformen ofte, mest i samspillsprosjekter, men også i rene totalentrepriser. De har ikke standardiserte tildelingskriterier, men gjentar gjerne det som har fungert i tidligere prosjekt. Vekting av tildelingskriterier vurderes fra prosjekt til prosjekt. Prosjektlederen benytter ofte intervju som et tildelingskriterium. Tema for intervju blir angitt, men ikke nødvendigvis detaljert. Når det gjelder samspill i denne konkurranseformen, benytter de både en modellen med samspill før en totalentreprise og en modell med det de betegner som «ekte» samspill med målsom og åpen bok prinsipper.

Hva angår detaljering av prosjekter varierer dette etter hvor langt prosjektet er kommet før man henter inn rådgivere og leverandør. Byggherren har ofte en skisse, men den er ofte ikke ønskelig å bruke ved pris- og designkonkurranse. Prosjektlederen mener konkurransegrunnlaget bør inneholde tre viktige dokumenter. Dette er rom- og funksjonsprogram (RFP), kravspesifikasjon (med vedlegg som f.eks. Miljøplan, geotekniske undersøkelser, SHA-plan, miljøsaneringsrapport, regulering osv.) og kontraktbestemmelser. RFP bør være detaljert til hvert rom, størrelse og funksjon og samspillet mellom funksjoner. Hvor detaljert kravspesifikasjonen er avhenger hvor viktig det er for byggherren å sette krav til bygningstekniske løsninger og tekniske anlegg.

Byggherren må si noe om hva som betyr noe for han. Der han ikke sier noe, får han det levereadøren vil levere.

Prosjektlederen opplyser at de ofte benytter jurister til kvalitetssikring, på alle områder. Det er dessverre blitt slik at det bes om innsyn og kommer klager i nesten alle konkurranser, uansett hvor grundig gjennomført konkurransegrunnlag og evalueringsprosess er.

Ved utvelgelse av vinner benytter de normalt en egen jury som bedømmer løsningsforslaget anonymt, uten å ha informasjon om tilhørende pris. Juryen har ikke noe med andre tildelingskriterier å gjøre. Andre tildelingskriterier enn løsningsforslag vurderes av en egen evalueringskomite. Ofte benytter de Norske arkitekters landsforening til å utnevne en eller to jurymedlemmer (leder og medlem), da dette kan gi tilbyderne en trygghet for kvaliteten i juryeringen. Sammensetningen av jury varierer noe, man kan som eksempel være:

- Arkitekt 1, leder av juryen
- Arkitekt 2 (kan evt. sløyfes)
- Landskapsarkitekt
- Brukerrepresentant(er)
- Representanter fra driftsorganisasjon
- Miljørådgiver (ved prosjekter med sterkt fokus på miljø)
- Prosjektleder

På neste side er informasjonen fra konkurransegrunnlag og intervjuer som lett lar seg kvantifisere, oppsummert i tabell 8. Konfliktkostnad er anslått delvis ut ifra opplyste tall, men erstatningsutbetaling i case 2 og case 3, har oppdragsgiver ikke ville opplyse om, og er dermed bare estimert. Tallene er, som intervallene tilsier, usikre, men fremstilles for å gi en indikasjon på hvor store erstatningene i denne typen konflikter kan bli. Forsinkelse er beregnet ut fra planlagt oppstart og ferdigstillelse, opplyst i konkurransegrunnlag.

5.5 Oppsummering resultater

Tabell 8, Oppsummering caser

	Konkurranserammer				Konsekvenser		
	Budsjett(mill.)	Prosedyre	Honorar	Tildelingskriterier	Konfliktkjerne	Forsinkelse	Konfliktkostnad
Case 1	200 - 311	Åpen anbuds- konkurranse	100.000kr. til 2. og 3. plass	Pris 60 %	- Kotehøyde - Utenfor tomtegrense - Vannløp	1.5 – 2.5 år	Anslått 22mill. – 24 mill. kr.
				Løsningsforslag 25 %			
				Kvalitet 15 %			
Case 2	250	Begrenset anbuds- konkurranse	150.000kr. til alle	Pris 30 % – 40 %	- Utenfor budsjett gitt i konkurranse- grunnlag	1 – 4 år (ikke påbegynt)	Anslått 2mill. – 4mill. kr.
				Kvalitet 40 % – 50 %			
				Samarbeid/ erfaring 10 %			
Case 3	151 - 201	Begrenset anbuds- konkurranse	200.000kr. til alle	Pris 40 %	- Vinnerforslag manglet rom i forhold til romprogram	1.5 – 2 år	Anslått 8mill. – 15mill. kr.
				Prosjektforslag 40 %			
				Samspill- kompetanse 20 %			

6. Diskusjon

6.1 Generell diskusjon

6.1.1 Konkurransformen

Ved at pris- og designkonkurranser inneholder en bindende tilbudspris, gir det oppdragsgiver mer økonomisk forutsigbarhet enn ved en plan- og designkonkurranse, samt bedre kontroll over ferdigstillelse. Samtidig får oppdragsgiver flere uavhengige løsningsforslag som kan bedømmes av en jury, som er en av styrkene til plan- og designkonkurranser. Dette er alle elementer som konkurranseformen har til felles med totalentreprise med løsningsforslag. Pris- og designkonkurranse synes derfor å være en naturlig utvikling av denne etablerte konkurranse- og entrepriseformen. At de fleste pris- og designkonkurranser ser ut til å bli utført i en samspillmodell virker også naturlig, da samspill har blitt brukt i utstrakt grad de siste årene. At navnet på konkurranseformen er endret fra totalentreprise med løsningsforslag, kan ha flere grunner. En totalentreprise med løsningsforslag legger føringer for hvordan utførelsesentreprisen må foregå, altså som en totalentreprise, mens en pris- og designkonkurranse varierer noe i utførelsesform. Dette fører til mange relativt like konkurranseformer med ulike navn, som kan føre til forvirring for både oppdragsgivere og leverandører, som igjen er uheldig.

I utførelsen av anbudskonkurranser som pris- og designkonkurranser, ble det fremlagt av teorien at man i hovedsak kan velge mellom en åpen eller begrenset konkurranse. Av case-studien og intervjuene fremgikk at det mest normale er at disse konkurransene blir avholdt som begrensede konkurranser, etter en prekvalifisering av deltakere. For oppdragsgiver synes det gunstig å foreta en prekvalifisering der det stilles krav til ønskede kvalifikasjoner hos tilbyderne, for å sikre at leverandører har den ønskede og nødvendige kompetanse og kapasitet til å gjennomføre prosjektet. Oppdragsgiver får da muligheten til å honorere alle leverandører og for leverandører øker muligheten for å vinne konkurransen, på grunn av færre deltakere. På den andre siden mister man noen fordeler som ble nevnt i teorien om arkitektkonkurranser, som å oppdage nye talent, utfordre nåværende viten og praksis, skape dialog om arkitektur og design, øke konkurransen og utvide rammen for design. Disse fordelene kan man i større grad få ved en åpen

anbudskonkurranse, der alle som oppfyller konkurransens kvalifikasjonskrav eller kvalifikasjonsgrunnlag kan delta.

Den største juridiske forskjellen ved å gå fra en plan- og designkonkurranse til en pris- og designkonkurranse er hvilke regler om offentlige anskaffelse man må følge, som vi blant annet så i figur 2. Flere av casene argumenterte i retten for at dette var skisseprosjekter, der forandringer måtte påregnes. De fleste av dommene var derimot tydelig på at dette var anbudskonkurranser, som må følge reglene gitt i forskriftens del III. Dette gjør at det kommer inn krav til konkurransegrunnlaget, tildelingskriterier, og avvisning for å nevne noe. Vi ser først nærmere på konkurransegrunnlaget, og hvilke konsekvenser dette kan få for konkurransen.

6.1.2 Konkurransesgrunnlaget

Konkurransegrunnlaget er det sentrale dokumentet for både oppdragsgiver og leverandør. Det legger rammene for hele prosessen. Ifølge loven skal det i konkurransegrunnlaget angis hvilken ytelse som skal anskaffes. Videre stilles det krav til at ytelses- og funksjonskrav er tilstrekkelig presise til at det er mulig for tilbyder å fastslå kontraktens gjenstand. Utover dette stilles det få konkrete krav til hva konkurransegrunnlaget må inneholde.

I teorikapittelet fremgikk det at VOA anbefaler at anskaffelsen beskrives enten ved behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Dette innebærer at oppdragsgiver angir hvilke behov som skal dekkes, eller hvilken funksjon anskaffelsen skal ha, og så er det opp til leverandøren og komme med forslag til løsninger. En angivelse av behov eller funksjonskrav er antatt å gi de laveste kostandene totalt sett og dermed mest egnet til å gi effektive anskaffelser. Spesifiseres anskaffelsen i detalj, kan resultatet bli at flere leverandører og løsninger utelukkes fordi de ikke kan imøtekomme spesifisasjonene slik de er angitt, selv om de kunne ha levert en ytelse som dekker samme behov eller har samme funksjon.

I case-studiene sås det at alle konfliktene oppsto på grunn av konkurransegrunnlaget. Ved å gi omfattende krav i konkurransegrunnlaget, låser byggherre seg i alle tre casene fra å velge det forslaget han mener er best. Byggherre gir omfattende og klare føringer for hva han vil ha, men er kanskje ikke klar over hva han da samtidig velger bort. Det kan videre stilles spørsmålstegn ved

at de løsninger og begrensninger som kommunens rådgivere anbefaler, skal antas å være bedre enn løsningene til alle arkitekt- og entreprenørteamene som er med i konkurransen.

Vi så blant annet i case 1 at det i første tingrettsrunde ble presisert at konkurransegrunnlaget ikke kan tolkes som et utgangspunkt, som åpner for inngivelse av tilbud med avvik. Dette ville være i klar strid med hensynene om å sikre effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling og forutberegnelige like vilkår. Utgangspunktet bør være at tilbud skal være i overensstemmelse med kravspesifikasjonen. Juristen hos statsbygg advarte også sterkt imot å gi føringer, som man på en annen måte oppfordrer til å bryte. I teorien sås også at det stilles strenge krav til klarhet av konkurransegrunnlaget, og tolkning av dette er et vanlig tema i rettskonflikter ved store bygge- og anleggskonflikter. Det var etablert rettspraksis på at uklårheter i konkurransegrunnlaget dømmes imot oppdragsgiver.

Det er vanskelig å gjøre konkrete vurderinger på i hvilken grad et konkurransegrunnlag bør være spesifisert. De fleste prosjekter og oppdragsgivere er ulike og har dermed ulike behov. Noen generelle fellestrekk ser imidlertid likevel ut til å være fremtredende. Der oppdragsgiver har et klart behov som skal dekkes må dette uttrykkes, men om behovet kan dekkes med forskjellige løsninger bør det åpnes for det. Jo flere føringer en oppdragsgiver legger, dess færre kreative og innovative løsninger kan fremkomme som løsning, og oppdragsgiver kan bli tvunget til å avvise de beste forslagene.

Dersom det skal gis muligheter for å gå utenfor deler av konkurransegrunnlaget, må man opptre med svært stor forsiktighet. Vi så i argumentasjonen til flere av dommene der de påpeker at dersom konkurransegrunnlaget ikke er et minstekrav, men at leverandørene kan komme med andre forslag, så måtte det komme tydelig frem. I case 1 ble det åpnet for å kunne gi dispensasjoner fra tomtegrensen, men dette ble ikke hensyntatt av retten. Dette kan få svært store konsekvenser for oppdragsgiver. Om det derfor skal åpnes for å ikke oppfylle konkurransegrunnlaget, som for eksempel et fastsatt romprogram, men at andre løsninger skal være mulige, må dette komme ytterst tydelig frem av konkurransegrunnlaget, slik at det ikke kan tolkes motstridende. Dette ble tydelig i case 3 hvor en fravikelse fra romprogrammet førte til avvisningsplikt for leverandøren.

Dersom oppdragsgiver har et budsjett han må holde seg innenfor, kan det være hensiktsmessig å opplyse om dette i konkurransegrunnlaget. Av case 2 så vi at løsningsforslag som ligger vesentlig over oppgitt budsjett må avvises, selv om løsningsforslaget gir en bedre totalløsning, ved en samlet vurdering av alle tildelingskriterier. Det er derfor viktig at en oppdragsgiver tar en tydelig avgjørelse på dette før kunngjøring av konkurransen, og formidler sine økonomiske krav tydelig.

Om tomtens regulering er en del av konkurransegrunnlaget gir dette klare føringer for prosjektet. Som det kom frem av intervju med arkitekten i case 2 er tomtegrenser noe av det som blir mest utfordret i løsningsforslag, og at vinneren ofte går utenfor tomtegrenser. I case 1 var tomtegrensen av ingen betydning for oppdragsgiver da nabetomtene var ubenyttet. Da reguleringen med tomtegrenser var en del av konkurransegrunnlaget skulle oppdragsgiver likevel ifølge tre av kjennelsene ha avvist forslag som utfordret reguleringen vesentlig. Med en kultur hos arkitekter der det virker til å være en usagt norm om at reguleringsrammer i konkurransegrunnlaget kan utfordres, er det tydelig at dette ikke blir akseptert av rettsvesenet når det gjelder en anbudskonkurranse. Det vil derfor i pris- og designkonkurranser være nødvendig for oppdragsgivere å ta en tidlig avgjørelse på om reguleringer for området gir uheldige begrensninger, og hvordan dette skal håndteres i den kommende konkurransen.

Konkurransegrunnlaget kan også ses opp mot kreativitetsteorien. Av kreativitetsteorien så vi at noe av det som er viktig for å stimulere kreativitet er å utsette valg, utsette vurderinger og slippe frem mange løsninger på problemet. Noe av det som antas å hemme kreativitet var en stram problemspesifikasjon, en rigid fremstilling av problemet og fiktive begrensninger. Dette taler for at jo mindre man spesifiserer prosjektet i konkurransegrunnlaget, jo bedre legger man til rette for, først og fremst arkitektenes, men også entreprenørens kreativitet.

6.1.3 Tildelingskriterier

Formålet med tildelingsvurderinger å avgjøre hvilken tilbyder som skal vinne konkurransen, basert på hvilket tilbud som etter tildelingskriteriene er best. Det er derfor sannsynlig at tildelingskriterier påvirker løsningsforslagene og utfallet av konkurransen. Anbudet kan tildeles på bakgrunn av hvilket tilbud som har lavest pris eller det tilbudet som er det økonomisk mest fordelaktige. Økonomisk mest fordelaktig skal tolkes bredt. Kravene er at kriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstand, at de skal være egnet for å identifisere det økonomisk mest

fordelaktige tilbudet og at det ikke skal gi oppdragsgiver en urimelig stor valgfrihet. I FOA sin liste så vi blant annet at etiske og funksjonsmessige egenskaper var nevnt som mulige tildelingskriterier. EU-domstolen hadde også uttalt at miljøegenskaper, estetiske egenskaper eller ivaretagelse av sosiale hensyn var tillatt. Bruk av arkitektkonkurranser som et tildelingskriterium har ikke vært problematisert i noen av casene, eller øvrig teori. Så lenge en slik konkurranse bedømmes uavhengig av oppdragsgiver, kan den mest sannsynlig vektet svært høyt. Dette blir utdypet senere i diskusjonen.

Av intervju så vi at den første intervjuede prosjektlederen utelukkende anbefaler de samme tildelingskriterier for alle prosjekt. Den andre prosjektlederen vurderer dette i hvert enkelt prosjekt, men uttaler at det gjerne blir brukt tildelingskriterier som har vært bra ved tidligere prosjekt. Oppdragsgiver har med tildelingskriteriene en mulighet til å påvirke utfallet av konkurransen etter hva som er viktig for han. Det synes derfor berettiget å stille spørsmålsteget ved at innleide prosjektledere anbefaler oppdragsgivere å bruke de samme tildelingskriterier for alle prosjekter, uten å gjøre en vurdering av hva som er viktig med prosjektet for oppdragsgiver. Dersom kommune har behov for et signalbygg for å skape identitet, tilhørighet og kanskje befolkningsvekst, ville det muligens vært naturlig å ha et pristak i konkurransegrunnlaget, og en arkitektkonkurranse med juryvurdering som tungtveiende tildelingskriterium. Om en kommune derimot har begrenset økonomi, vil det kanskje være mer naturlig å tildele prosjektet på bakgrunn av laves mulig pris. Å ikke vurdere eller benytte den tilpasningsmuligheten tildelingskriterier gir, synes ulogisk.

Som vi så i teorien om arkitektkonkurranser er en arkitektkonkurranse med flere løsningsforslag en læringsprosess i seg selv. Det fremkommer ingen grunner til at dette ikke skulle gjelde i like stor grad i en pris- og designkonkurranse. En mulighet som derfor synes naturlig å benytte er å oppgi vekten av tildelingskriterier i et intervall, og ikke som en fast prosent. VOA anbefalte på generelt grunnlag at de sjelden kan se grunn til et større intervall enn +/- 10 %. Når en oppdragsgiver har mottatt løsningsforslag, er det en god mulighet for å oppdage nye potensialer i prosjektet, eller lære ytterligere om hva som er viktig. Dette kan som eksempel være tilfeller der oppdragsgiver ønsker fleksibilitet i spørsmålet om man er villig til å betale ekstra for en kvalitativt eller nyskapende løsning. Det synes da naturlig å utsette den endelige vekten til man har mest mulig informasjon. Det fremgår av intervju med de innleide prosjektrådgiverne,

som formodes å ha mye innflytelse over prosessen, at de ikke anbefaler dette. En av de tre casene i studien brukte vekting med intervall.

Av tildelingskriteriene i casestudien fremgår at alle har med pris som et kriterium. Videre har alle med et eller flere kriterier som blir bedømt av en jury. Det benyttes ulike begreper på dette, løsningsforslag, kvalitet og prosjektforslag. Felles for disse er at de blir bedømt av en jury, og tar opp i seg elementer som kvalitet, estetisk helhetsinntrykk, funksjonsløsning med mer. Det varierer hvor godt underkriteriene er beskrevet, og på hvilket grunnlag de blir bedømt. Ifølge teorien vil det være nødvendig å spesifisere hva som blir bedømt, for å sikre at de grunnleggende prinsippene blir ivaretatt. Det vil derfor være nødvendig å beskrive hva som vil bli evaluert av en jury.

I teorien fremgikk det av departementets program om estetikk, at estetikk skulle prioriteres og at kommunen og andre offentlige byggherrer her hadde et særlig stort ansvar, og skulle prioritere dette i sine egne bygg. Vi så ingen direkte argumentasjon for dette i noen av casene. Det synes likevel rimelig å anta at i en konkurranseform hvor man har en arkitektkonkurranse som et tildelingskriterium, er muligheten her stor for å kunne vektlegge estetiske kvaliteter.

Utover tildelingskriterier for pris og arkitektkonkurranse varierer det hvilke tildelingskriterier oppdragsgivere har med. Noen eksempler er samspillkompetanse, gruppeintervju og erfaring. Vi så i teorien at lovligheten av intervju var behandlet, og KOFA var kommet frem til, under disens, at dette var lovlig. Både advokaten i Undervisningsbygg, prosjektdirektør i Statsbygg og prosjektrådgiverne anbefaler å benytte seg av denne muligheten, og mener det kan være av stor betydning for prosjektet. Det er her viktig å huske på, at det stilles strenge krav til saksbehandlingsregler ved intervju. Det fremkom av informasjon fra kurs med prosjektrådgiver at det ble stilt spørsmålstegn ved dette tildelingskriteriet fra arkitektene, da de ikke visste hva de skulle forberede seg på til intervju, hva de ble bedømt på, eller hvem fra leverandørens tverrfaglige prosjektgruppe som var forventet å møte. Så lenge det ikke opplyses om hvordan tildelingskriteriet bedømmes og hvem som skal møte, kan det synes og ikke oppfylle de grunnleggende prinsippene som loven krever. Det vil derfor være fornuftig å presisere hensikten med dette intervjuet og hvem som forventes å møte, for å sikre at kravet om likebehandling og forutberegnelighet skal ivaretas, og en fremtidig konflikt unngås. Det virker tilfeldig at en stor

samspillsgruppe med arkitekter, entreprenør og andre tekniske rådgivere skal forberede seg på et intervju basert på gjettinger, og at flaks da kan være utslagsgivende.

6.1.4 Arkitektkonkurransen

Ved en pris- og designkonkurransen ser det ut til at det fortsatt vil være mulig å ha en fullverdig arkitektkonkurransen, selv om det vil være noen forskjeller fra den tradisjonelle plan- og designkonkurransen. Det som kjennetegner arkitektkonkurransen er først og fremst at deltakerne har konkrete løsningsforslag og at forslagenes faglige kvalitet blir bedømt av en jury eller en bedømmelseskomité. Forslagene skal være anonyme slik at det kun er forslaget faglige kvalitet som skal påvirke bedømmelsen. Dette kan bli og blir fortsatt ivaretatt. Som belyst tidligere vil ofte ikke bedømmelsen av arkitektkonkurransen avgjøre utfallet alene, da det ofte er flere tildelingskriterier i en anbudskonkurransen. Dette er et valg som oppdragsgiver må ta ut i fra behov, men muligheten for å vekte juryens bedømming tungt, er tilstede.

En annen forskjell som har blitt nevnt er konkurransegrunnlaget. I en ren arkitektkonkurransen ser det ut til at arkitektens begrensninger har vært få. Kreiner skriver som nevnt at arkitekter kan velge å lese konkurransegrunnlaget som en instruksjon, en indikasjon eller inspirasjon. Denne friheten er, som sett, ikke tilstede i pris- og designkonkurransen. I flere av casene utfordret arkitektene både reguleringer og økonomi for å skape et bedre prosjekt. Dette ble generelt slått hardt ned på av retten, og ikke tillatt. I pris- og designkonkurransen vil det bli opp til oppdragsgiver å gi arkitekten de rammene han trenger for å skape et godt prosjekt.

En sentral del av arkitektkonkurransene har vært juryeringen. Det stilles ingen krav til dette i reglene for en pris- og designkonkurransen. På grunn av de grunnleggende prinsippene som tildelingskriterier må følge, vil det være naturlig å bruke en jursammensetting som anbefalt for plan- og designkonkurransen, for å sikre likebehandling av leverandørene og hindre at oppdragsgiver får et fritt valg. Av case-studien og intervjuer synes det å være dette som blir gjort i praksis. Juryen synes i denne konkurranseformen å ha samme muligheten hva gjelder utvelgelsesprosess som blir beskrevet i arkitekturteorien. Forskjellen blir at det som bedømmes her bør beskrives i konkurransegrunnlaget. I teorien om juryering så vi at noen av hovedutfordringene omhandlet ærligheten av kriteriene som juryen bedømte ut ifra. I juryeringen av pris- og designkonkurransen må det antakelig være mer nøyaktighet på dette. Juryen må

bedømme løsningsforslagene på bakgrunn av de bedømmelseskriterier som er opplyst i konkurransegrunnlaget. I teorien fremgikk at faktorer som kontekst og omgivelser, helhet og underliggende konsept, inngangsforhold, funksjonelt oppsett, tekniske løsninger og utviklingspotensial gikk igjen ved bedømming av arkitektur. Det er så langt jeg kan se ikke noe i veien for at de samme elementer vektlegges i en pris- og designkonkurranse. Forskjellen er at det bør nevnes under tildelingskriteriet. I teorien så vi også utsagn om at selv om juryen la til grunn alle disse elementene, var det til slutt tanker og følelser hos jurymedlemmene som avgjorde utfallet. Dette vil det antakelig være mindre rom for i forbindelse med pris og designkonkurranser. Et av de mest sentrale kriteriene ved juryering er utviklingspotensial. Siden dette er en konkurranseform der det ofte benyttes samspill i større eller mindre grad, vil det være naturlig at utviklingspotensial også er sentralt i denne konkurranseformen.

I teorien utdyper Rönn at det ikke er tilstrekkelig å oppfylle funksjonskrav for å være en vinner og at arkitektonisk kvalitet må være noe mer enn feilfritt og at kvaliteter i arkitektur ikke kan veies mot hverandre matematisk. Dette kan muligens bli en utfordring når forutberegneligheten og likebehandling skal være sentralt. Men, tildelingskriterier som estetiske egenskaper vil uansett være vanskelig å beskrive og her vil nok det faglige skjønn til juryen stå sterkt, og vanskelig kunne etterprøves i rettsvesenet.

Rönn beskriver også at juryeringen er en læringsprosess. Her har oppdragsgiverne en vanskelig utfordring. Juryen lærer hva som er kvaliteter i forslagene underveis i juryeringsprosessen, mens oppdragsgiver må sette tildelingskriterier før løsningsforslagene produseres. Ulike forslag vil ha ulike kvaliteter, både materialistisk, funksjonelt og estetisk, og forskjellene kan være signifikante. For å kunne vektlegge de ønskede egenskapene, er det viktig å være nøyaktig med hva man stiller som underkriterier i konkurransen, slik at man ikke låser juryen fra å vektlegge prosjektets iboende kvaliteter.

Konkurranseformen utføres som regel som en begrenset konkurranse, og honorerer som regel deltakerne. Selv om ikke honoraret vil dekke hele selvkosten for utarbeidelsen av løsningsforslaget og andre konkurranseforberedelser, gjør det uansett tapet mindre. I casestudien sås at honoraret varierer fra 100.000kr. – 200.000kr. I den utdypende bakgrunnen fremgår at de fleste pris- og designkonkurranser kunngjort det seneste år, har et honorar på 250.000kr. Et

garantert honorar for deltakelse, begrenser risikoen for leverandørene, og gjør konsekvensen av å ikke vinne konkurransen mer akseptabel. I en åpen arkitektkonkurranse honoreres som regel bare noen få av de beste løsningsforslagene. I rene anbuds konkurranser blir ingen honorert. Et garantert deltakerhonorar anses derfor som utelukkende positivt for leverandørene, og et konkurransehonorar kan ikke forventes å dekke leverandørens utgifter fullt ut.

6.1.5 Avvik, avvisning og avlysning

En sentral regel innenfor anskaffelsesregelverket er oppdragsgiver avvisningsplikt dersom tilbudet ikke er i samsvar med konkurransegrunnlaget. I casestudiene handlet alle tre konfliktene om avvisning. Samtlige prosjekter som ble kåret som vinnere, har rettsvesenet i siste instans kommet til at skulle vært avvist. Dette gir en klar føring om at brudd på konkurransegrunnlaget blir håndhevet svært strengt. Brudd på reglene om avvisning kan videre gjøre oppdragsgiver erstatningsansvarlig både for positiv og negativ kontraktinteresse. Ut i fra flere av casene kan det ses at noen løsninger har blitt avvist, både på grunn av prosedyrefeil, og for feil materialbruk. Det har altså vært et fokus på avvisning, men tydelig ikke tilstrekkelig. Alle har opplyst at de som vurderer avvisning har opplæring i regelverket, og i et tilfelle svært lang erfaring. I flere av casene fremgår også at det både blir brukt eksterne prosjektrådgivere og advokater i denne fasen. Det kan derfor virke underlig at disse bruddene ikke har blitt fanget opp. Av teorien fremgikk at de fleste erstatningssaker som omhandler positiv kontraktinteresse, kommer av manglende avvisning. Det synes derfor merkelig at det ikke settes inn ekstra ressurser i akkurat denne fasen, som en forsikring mot store erstatningskrav. Av intervju med undervisningsbygg sås at fasen med vurdering av prosjekter, og særlig avvisningsplikten var strengt regulert internt, og at de brukte relativ bedømmelsestil aktivt.

I casestudiet inngikk uttalelser fra åtte rettsaker. I lagmannsrettens første behandling av case 1, legger retten vekt på at dette er en designkonkurranse, og at løsninger med avvik fra konkurransegrunnlaget bør tillates, og at dette, sett fra oppdragsgivers side, generelt sett vil være ønskelig. Retten viser til, at det er tale om en design-konkurranse, og at det da vil være uheldig i utgangspunktet å avskjære muligheten for kreative løsninger, selv om disse vil trenge dispensasjon fra byggegrensa for å kunne gjennomføres. Dette er fra et arkitekt og oppdragsgivers ståsted ofte ønskelig og hadde gitt friere muligheter. Det er dessverre for mange av de andre rettsakene i tillegg til teorien som peker mot at dette er feil, og ikke kan tillates. For å

unngå konflikter ser det ut til at avvik i første rekke må unngås, og om de oppstår, må forslagene avvises.

6.1.6 Samspill

Samspill i entrepriser er et tema det har vært skrevet mye om de siste årene, og som antakelig kommer til å være et aktuelt tema i mange år fremover. Samspill er i seg selv så omfattende at det ikke er egnet å omtale i korthet, men her begrenses det til de momenter som virker særegne for pris- og designkonkurranser.

De fleste pris- og designkonkurranser synes å inneholde samspill i en eller annen form. De fleste ser ut til å ha en samspillperiode etter kåring av vinner av konkurransen. Oppdragsgiver og leverandøren utvikler da i felleskap prosjektet videre, gjerne i samspill med en brukergruppe. Lovligheten av å benytte en samspillkontrakt er gjort rede for i rettspraksis. Det fremgikk i en av dommene at retten vurderte at benyttelse av en samspillkontrakt var et brudd på forhandlingsforbudet, særlig når samspillet foregikk før kontrakt ble inngått. Dette ble rettet opp i neste instans, og lovligheten virker klar. Det er likevel litt særegent i pris- og designkontraktene, fordi man ikke har en ren samspillsmodell, men bare en periode med samspill før man går inn i en totalentreprise. Man gjør da forhandlinger med en monopolist, noe som kan synes ubalansert. Prosjekt sjef i case 1, og arkitekt i case 2, mente det var svært lite som kan forandres i en slik fase, og at eventuelle forandringer vil bli omfattende. Det er vanskelig å spekulere ytterligere om hvor hensiktsmessig en slik periode er, eller hva og hvor mye som endres, uten å gjøre grundigere undersøkelser. Om det generelt er lite som endres i denne perioden, kan det være naturlig å stille spørsmål ved om et tildelingskriterium samspillkompetanse vektet 20 %, som blir brukt og anbefalt, er hensiktsmessig. Det er da også et spørsmål om samspillkompetanse vektet tungt har tilstrekkelig kontraktsgjenstand og dermed er egnet til å identifisere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Vi går ikke nærmere in på dette her.

Ved en pris- og designkonkurranse er entreprenør og arkitekt allerede godt kjent gjennom utviklingen og kostnadsberegning av løsningsforslaget. Dette kan tenkes å være en fordel når man skal videre inn i en samspillperiode. Det kan tenkes at det av den grunn også kan være mindre konflikter mellom entreprenør og arkitekt, uten at det foreligger empirisk dekning for dette. Det kan ved en samspillentreprise være naturlig å tenke at et tildelingskriterium som

utviklingspotensial vil være naturlig og særlig viktig, slik det også er ved plan- og designkonkurranser.

6.1.7 Alternative tilbud

I anskaffelsesforskriften åpnes det for at oppdragsgiver skal kunne godta alternative tilbud, dersom kontrakten skal tildeles etter det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I slike tilfeller må oppdragsgiver angi alternative minstekrav til ytelse og funksjon i konkurransegrunnlaget. Ingen av casene har åpnet for dette, og ifølge advokaten ved juridisk avdeling hos Undervisningsbygg, har de aldri opplevd at dette er benyttet for hele byggeprosjekt. Hun utelukker ikke at det foreligger en mulighet for dette.

I en pris- og designkonkurranse, er det tydelig at leverandørenes kunnskap kan være vesentlig for å utvikle de beste prosjektene. I prosjekter der oppdragsgiver gir et omfattende konkurransegrunnlag, og dermed er redd for å låse løsningen for mye, virker det naturlig at det åpnes for å mota alternative løsninger. Av VOA fremgår at formålet med alternative tilbud er å åpne for at leverandørene skal kunne tilby andre løsninger enn den oppdragsgiver har sett for seg, og at dette vil kunne fremme innovasjon og gi bedre behovstilfredsstillelse for oppdragsgiver. Om muligheten er tilstede, virker det ulogisk å ikke åpne for løsninger som kan være bedre enn det man har forutsett.

Der det åpnes for alternative tilbud må tildelingskriteriene være utformet på en måte som gjør det mulig å evaluere og sammenlikne tilbud etter både den primære tekniske spesifikasjonen og den alternative spesifikasjonen. Dette vil stille krav til oppdragsgiver sin kompetanse. Siden denne muligheten har vært lite brukt, vil det antakelig være nødvendig å gjøre en juridisk vurdering av lovligheten av dette, og hvilke krav det vil stille til konkurransegrunnlaget og de alternative tilbud.

6.1.8 Oppdragsgivers skjønnsfrihet

Når det kommer til vurdering av prosjekter i forhold til tildelingskriterier, har oppdragsgiver en relativt stor skjønnsfrihet. Retten kan ikke overprøve oppdragsgivers faglige skjønn. I teorien ble det beskrevet at det ikke er domstolens oppgave å sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville ha valgt om den selv var anskaffer. En anskaffelse kan bero på kompliserte og

sammensatte vurderinger hos oppdragsgiveren, og vil derfor ikke alltid være like godt egnet for overprøving ved domstolene. Ved vurdering av prosjekter kan derfor ikke domstolen gå inn og overprøve, for eksempel en jury, vurderinger og avgjørelser. Derimot kan den prøve om saksbehandlingsreglene er fulgt, og om oppdragsgivers skjønnsutøvelse bygger på korrekt faktum, er vilkårlig, grovt urimelig, eller bygger på usaklig hensyn. Lovligheten av tildelingskriterier, kan som eksempel overprøves. Vi så av forarbeidene til loven at *«vurderingen av de ulike tilbud basert på tildelingskriteriene vil til en viss grad være skjønsmessig. Et slikt skjønn kan ikke overprøves av domstolene.»*. For en arkitektkonkurranse vil en domstol antakelig ikke kunne overprøve juryens avgjørelser, så lenge de begrunner sine avgjørelser med utgangspunkt i tildelingskriteriet og eventuelle underkriterier. Av teorien gikk det også frem at domstolens prøvingsintensitet blir mer begrenset jo mer skjønsmessig kriterier oppdragsgiver har benyttet. Balansen for en oppdragsgiver blir da å holde tildelingskriteriene lovlige. I casestudien var juryens vurdering og beslutning ikke et tema i noen av sakene.

6.1.9 Konflikter og konsekvenser

Tilbydere som deltar i en konkurranse, investerer både tid og penger. De går ut fra at det eksisterer en reell vinningsmulighet, og at konkurransereguleringen overholdes. Alle konfliktene i casestudien har blitt dømt imot oppdragsgiver. Av tabell 8 ses at konsekvensen kan bli både erstatning på flere titalls millioner kroner, og prosjekter som blir flere år forsinket. I følge intervju med innleide prosjektlederen er pris- og designkonkurranse en prosjektform med mindre fare for konflikt. Med bakgrunn i case-studien er det lite som tyder på at det er liten sjanse for konflikter i denne konkurranseformen, men konfliktene har muligens en annen art. De fleste erstatningssaker med krav om positiv kontraktinteresse grunner i avvisningsspørsmål. Avvisningsspørsmålet er sentralt i pris- og designkonkurranser, da man skal utforme løsningsforslag etter et mer omfattende konkurransegrunnlag. Det vil derfor være en naturlig slutning, at faren for å få store erstatningskrav for den positive kontraktinteressen er større i denne konkurranseformen. Entreprenører er ofte mer økonomisk robuste enn arkitekter, og har samtidig et større konkret tap på å ikke få prosjekter. Det kan derfor tenkes at entreprenører har en lavere terskel for å gå til rettsak, enn arkitekter som har vært vant til at det er tillatt å utfordre konkurransegrunnlaget, og at konfliktraten derav vil øke. Å måtte betale positiv kontraktinteresse til en leverandør, samtidig

som man må betale en annen leverandør for den faktiske ytelsen, kan få store økonomiske konsekvenser.

6.2 Diskusjon og oppsummering av delspørsmål

6.2.1 Delspørsmål 1

Er det ulikheter i lovgivningen for en plan- og designkonkurranse og en pris- og designkonkurranse, og hvilke konsekvenser har det?

Det er store ulikheter i lovverket. Oppdragsgiver må ved en pris- og designkonkurranse forholde seg til et strengere regelverk. Det stilles strengere krav til konkurransegrunnlaget, konkurranseprosessen og tildelingen av kontrakt. Konsekvensen er i første omgang at oppdragsgiver må ta valg når han utarbeider konkurransegrunnlaget. De viktigste valgene omhandler detaljeringen av konkurransegrunnlaget og valg av tildelingskriterier. Disse valgene kan ha konsekvenser for sluttresultatet.

6.2.2 Delspørsmål 2

Har oppdragsgiver valg som kan påvirke arkitektens muligheter?

Oppdragsgiver har flere muligheter for å påvirke. Jo mindre føringer han gir i konkurransegrunnlaget, dess friere rammer får arkitekt og entreprenør i utvikling av løsningsforslag. Oppdragsgiver kan også påvirke ved valg av tildelingskriterier og vektning av disse. Det er her gode muligheter for å vekke en arkitektkonkurranse høyt. Løsningsforslag og juryering av disse kan være en læringsprosess, og det vil da være naturlig å vekke de kvaliteter man lærer er viktige, litt tyngre. Ved å oppgi tildelingskriterier i intervall, får oppdragsgiver litt større valgfrihet ved tildeling. Det kan synes at konkurransens iboende potensiale ikke blir utnyttet av innleide prosjektledere. De virker til at samme prosjektform, konkurransegrunnlag, detaljeringsgrad og tildelingskriterier blir anbefalt for alle prosjekter. Da dette kan ha stor påvirkning på prosjektet, virker dette uheldig. Det er lett for en oppdragsgiver å være fornøyd med et resultatet når man ikke vet hvilke løsninger som gjennom konkurransegrunnlaget har blitt valgt bort.

6.2.3 Delspørsmål 3

Hvilken kreativ faglig frihet har arkitekten i en pris- og designkonkurranse?

Som sett virker det til å være relativt frie rammer for arkitekter i plan- og designkonkurranser. I pris- og designkonkurranse er det noe strengere, og både arkitekter og entreprenører må holde seg innenfor de rammer som er gitt i konkurransegrunnlaget. Om man utfordrer konkurransegrunnlaget må det gjøres en vurdering av om avviket er vesentlig. Som vist kan dette fører til konflikter, og i praksis skal lite til før et avvik er vesentlig.

6.2.4 Delspørsmål 4

Hvilken frihet har juryen ved bedømmelse av arkitekturen?

Både juryen i en plan- og designkonkurranse og i en pris- og designkonkurranse har normalt bedømmelseskriterier de skal forholde seg til. Som vi har sett skal bedømmelsen foregå på bakgrunn av disse, men det skal mye til før det faglige skjønnets kan utfordres av en domstol. Dette tyder på at juryens frihet i prinsippet er lik i en pris- og designkonkurranse som i andre arkitektkonkurranser, men at juryens begrunnelse i en pris- og designkonkurranse, må dokumenteres noe mer i forhold til bedømmelseskriterier.

6.2.5 Delspørsmål 5

Er det økt risiko for konflikt i pris og designkonkurranser, og hva kan konsekvensene bli?

Om risikoen for konflikt er større, foreligger det ikke empirisk grunnlag for å avklare. Case-studien tyder likevel på at risikoen for konflikt er tilstede, og at det i denne konkurranseformen stilles strengere krav til oppdragsgiver. Alle konfliktene i studien ble dømt imot oppdragsgiver. Konsekvensen av en konflikt kan bli svært stor i denne konkurranseformen. Som sett har det blitt benyttet både eksterne prosjektledere og advokater til å bistå prosessen. Dette er dog tydelig ikke en garanti for å unngå konflikt. Det er viktig at oppdragsgiver er bevisst om sine plikter, og at noen blir ansvarliggjort for viktige vurderinger, for eksempel spørsmål om avvisning.

6.2.6 Delspørsmål 6

Kan bruk av samspill fremme kreative løsninger i konkurranseformen?

Vi ser at samspill i stor grad blir brukt. Både som rene samspillsentrepriser, men mest som en periode mellom valg av konkurransevinner og før inngåelse av totalentreprisekontrakt.

Konkurransen legger ofte opp til en god samspillperiode, ved å innlemme samspill som en del av tildelingskriteriene. Vi har sett flere uttalelser som tyder på at det er begrenset hvor mye man kan endre i en slik samspillperiode. Det er ikke gjort konkrete undersøkelser på dette. I en pris- og designkonkurranse samarbeider allerede arkitekt og entreprenør, og noen ganger flere fagfelt. Det kan da tenkes at en samarbeide i en samspillperiode i pris- og designkonkurranser har en fordel.

De innledningsvis stilte delspørsmål er nå gjennomgått. Til tross for at det ikke foreligger et uttømmende svar på alle spørsmålene, synes det likevel tilfredsstillende i forhold til å kunne svare på hovedproblemstillingen.

Er pris- og designkonkurranse en hensiktsmessig anskaffelsesform for å løse en offentlig byggherre sine funksjonelle og estetiske behov?

7 Konklusjon

En pris- og designkonkurranse kan i stor grad være egnet for å løse både funksjonelle og estetiske behov. For å tilrettelegge for dette, stilles det imidlertid krav til oppdragsgiver.

Konkurransegrunnlaget og tildelingskriterier må tilpasses prosjektet. Der oppdragsgiver har konkrete krav og behov må dette oppgis, men der det er rom for at leverandøren kan komme med forslag, bør dette fremheves og konkurransegrunnlaget minimeres. Da får leverandørene frihet til å benytte sin kunnskap og kreative evner til å løse oppdragsgiver sitt behov, på best mulig måte. Oppdragsgiver sine valg tidlig i prosessen må antas å ha konsekvenser for resultatet. I pris- og designkonkurranser er det svært viktig at løsningsforslaget er innenfor rammene gitt i konkurransegrunnlaget. Noe annet kan føre til avvisningsplikt for oppdragsgiver. Manglende avvisning kan føre til konflikter, forsinkelser på flere år, og i tillegg føre til betydelige erstatningskrav. Om konkurransegrunnlaget gir betydelige føringer for hvordan løsningen må utformes og rigide rammer det må utføres innen, kan arkitektens mulighet til å utvikle god arkitektur og funksjonelle løsninger kraftig begrenses.

Videre arbeider

Et interessant aspekt i disse konkurransene er hva som faktisk endres i samspillfasen.

Lagmannsretten i case to mener det foreligger lite rettspraksis på hva som kan endres i en samspillkontrakt. Det er da en mulighet for å se problemet fra to sider, hva som konkret endres og hva endringer har å si for brukertilfredsheten. Det kan tenkes at tilfredsheten til brukerne/brukergruppen/politikere blir bedre når de selv er involverte i utviklingen av prosjektet. Når man har faktiske resultater på hva som endres, kan man også foreta en vurdering på hvor tungt det vil være rimelig å vekte tildelingskriterier som samspillkompetanse i en pris- og designkonkurranse. I en casestudie kan man også avdekke om det er normalt å gjøre endringer som bryter med konkurransegrunnlaget, noe som vil være ulovlig.

Forskere som Volker mener at valg av arkitekt er svært viktig for resultatet av prosjektet. Det kunne i denne sammenheng være interessant å se på hvilke kriterier som blir brukt ved prekvalifisering av leverandører i pris- og designkonkurranser, og undersøke hvilken betydning dette kan ha for resultatet.

Det kan også være interessant å se på bedømming av plan- og designkonkurranser opp mot loven om offentlige anskaffelser. Som vi har sett stilles det ingen krav til konkurransegrunnlaget i en plan- og designkonkurranse. Imidlertid stilles det krav til bedømmelseskriterier. Det blir likevel ofte gitt et mer eller mindre omfattende konkurransegrunnlag i disse konkurransene. De grunnleggende prinsippene kommer fra grunnleggende deler av loven og forskriften og gjelder, så langt jeg kan se, også ved benyttelse av særreglene for en plan- og designkonkurranse. Selv om det ikke fremgår bestemte krav for avvisning i plan- og designkonkurranser, kan det likevel tenkes at det er en avvisningsplikt, på grunn av de grunnleggende prinsippene. Det kan her være interessant å gjøre en mer omfattende studie på hva arkitekter mener om dette, en case studie med aktuelle caser og supplere med juridisk litteratur og/eller gjøre intervju med advokater innen fagfeltet. Vi så også at rettsvesenet etterlyste hva som var bransjenormen på å utfordre reguleringer ved arkitektkonkurranser.

Referanser

- Al-Reshaid, K., Kartam, N. (2005): *Design-build pre-qualification and tendering approach for public projects*. International Journal of Project Management 23. s.309 – 320
- Bakke, E., Nordby, T. (2013). *Offentlige anskaffelser*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Bertone, V. (1993). *Creatività aziendale. Metodi, tecniche e casi per valorizzare il potenziale creativo di manager e imprenditori*, Milano, Franco Angeli.
- Dalland, O. (2012). *Metode og oppgaveskriving for studenter*. Oslo: Gyldendal akademisk.
- De Bono, E. (1970) *Lateral Thinking*. London: Ward Lock Educational Limited.
- De Bono, E. (2006) *Seks tenkehatter*. Oslo. Flux forlag.
- Dragsten, M. H. (2013). *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget
- Drazin, R., Glynn, M. A., Kazanjian, R. K. (1999). *Multilevel theorizing about creativity in organizations: A sensemaking perspective*. Academy of Management Review, 24(2): 286-307
- Ekre, O. H. (2014). *Tolkning av tilbud i anbudskonkurranser*. LOV OG RETT, vol, 53, s253 – 272
- Fellows, R., & Liu, A. (2008). *Research methods for construction*. Chichester: Wiley Blackwell.
- Forsth, L. (1991) *Praktisk nytenkning – Systematisk og kreativ problemløsning* (2. utgave). Oslo: Aquarius forlag.
- Gaksøyr, T. K. (2010). *Erstatning ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser*, Faculty of Law, University of Bergen
- Goller, m. Christophersen, B. J. Ekre O. H. Gulsvik, A. A. Kreyberg, K. Neslein, K. Ø. Thommessen, K. N. Werner, L K. (2014). *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. Gyldendal norske forlag

Hart, C. (2005). *Doing your masters dissertation: realizing your potential as a social scientist*. London: Sage

Kaufmann, G. (2006). *Hva er kreativitet*. Oslo: Universitetsforlaget

Kommunal- og arbeidsdepartementet, Miljøverndepartementet. (1997). *Estetikk i statlige bygg og anlegg*. Oslo

Kreiner K., (2009). *Architectural Competitions, Empirical Observations and Strategic Implications for Architectural Firms*. Nordic Journal of Architectural Research Volume 21, No 2/3

Kreiner, K. (2006). *Architectural Competitions – A casestudy*. Copenhagen: Center for Management Studies of the Building Process

Kreiner, K (2007a). *Constructing the client in architectural competition – an ethnographic study of revealed strategies*. Paper presented at the EGOS 2007

Kreiner, K. (2007b). *Strategic Choices in Unknowable Worlds*. Copenhagen: Center for Management Studies of the Building Process

Kreiner, K. (2008). *Architectural Competitions – Empirical Observations and Strategic Implications for Architectural Firms*. Paper presented at the Architectural Competitions Nordic Symposium.

Kulturrepartementet, (1992), *Omgivelser som kultur: Handlingsrom for estetisk kvalitet i offentlige miljø*, Oslo

Laake, T. O. (2006). *Avlysning av anbuds konkurranser – Hvor ligger erstatningsansvaret?*. Stat & styring - Årg. 16, nr. 3, S. 9-11

Ling F. Y Y. (2004). *How project managers can better control the performance of design-build projects*. International Journal of Project Management 22 (2004) 477–488

- Larson, M. S. (1994). Architectural Competitions as Discursive Events. *Theory and Society* Temple University, 23(4): 469-504, © 1994 KluwerAcademic Publishers.
- Masterman, J.W.E. (1992). *An introduction to building procurement systems*. London. E&FN Spon; 1992
- Manzoni, B., Morris, P., & Smyth, H. (2009). *Equipping project teams to win tenders: an insight into Italian architecture projects*. Paper presented at the 25th Annual ARCOM Conference, Nottingham, UK.
- Milgram, R. M. (1989). *Teaching gifted and talented children learners in regular classrooms*. Springfield, IL
- Myhre, R. (2005). *Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteresse*. LOV OG RETT nr. 9, 2005
- NAL (2016), <https://www.arkitektur.no/nytt-begrep-pris-og-designkonkurranse>, hentet 05.04.2016
- Olsson, N. (2011). *Praktisk rapportskrivning*. Trondheim: Tapir akademisk
- Ringdal, K. (2001). *Enhet og mangfold: samfunnsvitenskapelig forskning og kvantitativ metode*. Bergen: Fagbokforl.
- Rygh, P. (2012) *Dagens Norske Konkurranseskultur*, Arkitekturårbok 2012, s 114 – 121, Pax forlag. Oslo
- Rönn, M. Kazemian, R. (2007). *Key concepts, Criteria and Quality Judgment in Architecture*. Nordic Conference: Beyond Dichotomies, August 16-18, 2007, University of Oulu, Finland
- Rönn, M. (2009). *Judgment in the Architectural Competition – rules, policies and dilemmas*. Nordic Journal of Architectural Research Volume 21, No 2/3, 2009
- Rönn, M. (2011). *Architectural quality in competitions - A dialogue based assessment of design proposals*. FORMakademisk . Vol.4 Nr.1 2011, 100-115

Runco, M. A. (1986). *Maximal Performance on Divergent Thinking Tests by Gifted, Talented, and Nongifted Children*. *Psychology in the Schools* 23(3), s. 308 – 315.

Statistisk sentralbyrå. (2015). Statestikk over offentlige innkjøp

<https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-12-11>, (hentet 1.mai.2016)

Strong, J. (1976). *Participating in architectural competitions: A guide for competitors, promoters and assessors*. London: The Architectural Press Ltd.

Spreiregen, P. D. (1979). *Design Competitions*. New York: McGraw-Hill Book Company.

Spreiregen, P. D. (2008). *The Vietnam Veterans Memorial Design Competition*. Paper presents at the Architectural Competitions Nordic Symposium, Stockholm.

Shah, J. J., Kulkarni, S.V., Vargas-Hernandez, N. (2000). *Evaluation of Idea Generation Methods for Conceptual Design: Effectiveness Metrics and Design of Experiments*. *Journal of Mechanical Design* 122, s. 377–384

Svensson, C. (2008). *Speaking of Architecyure – a study of the jury's assessment in the invited competition of an education center in Hagfors, Sweden*. Paper presented at the Architectural Competitions Nordic Symposium, Stockholm

Tryti, O. (2010). *Offentlige anskaffelser – overregulert uten styring?*, *Magma - Årg. 13, nr. 4 S.* 44-48

Volker, L. (2010). *Deciding about Design Quality: Value judgements and decision making in the selection of architects by public clients under European tendering regulations*. Sidestone Press, Leiden

Woxholt, G. (2009). *Avtalerett*. 7. utg.. Oslo: Gyldendal Norske Forlag

Yin, R. K. (2009). *Case study research: design and methods*. Thousand Oaks, Calif.: Sage.

Lover, forskrifter, forarbeider og veiledere

Lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser

Forskrift av 7. mars 2006 om offentlige anskaffelser

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2013, Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Ot.prp nr71, 1997 – 1998 (Forarbeid til lov om offentlige anskaffelser)

Internasjonale avtaler

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2. mai 1994, inntatt i EØS-loven av 27. november 1992

EU-direktiver (norsk oversettelse)

Direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter

Direktiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige innkjøps- og bygge- og anleggskontrakter

Rådgivende uttalelser av Klagenemnda for offentlige anskaffelser(KOFA)

2000, sak 58

2003, sak 119

2003, sak 216

2004, sak 1

2004, sak 243

2011, sak 249

Dommer

1980, RT. 1980 s. 1037, Høyesterett

1997, RT. 1997 s. 1807, Høyesterett

2001, RT. 2001 s. 473, Høyesterett, Concord II- kjennelsen

2001, RT. 2001 s. 1062, Høyesterett, Nucleusdommen

2004, LH-2006-38200, Hålogaland lagmannsrett

2007, HR-1835

2008, LH-2008-134402, Hålogaland lagmannsrett

2008, RT. 2008 s. 1705, Høyesterett, Rabattdommen.

2009, LB-2008-56919, Borgarting lagmannsrett

2012, TNHER-2012-52067 - Nord-Troms tingrett, Aust-Lofoten

2012, LH-2012-105793 Hålogaland lagmannsrett, Aust-Lofoten

2012, LH-2012-105793, Hålogaland lagmannsrett

2013, LB-2013-64251, Borgarting lagmannsretts

2014, TGLOM-2014-156423, Glåmdal tingrett Case Kongsvinger

2014, TNERO-2014-36771(26898) Nedre Romerike tingrett, Case Lørenskog, forføyning

2014, LE-2014-96767 (98029), Eidsivating lagmannsrett, Case Lørenskog, forføyning

2015, LE-2014-188806, Eidsivating lagmannsrett, Case Kongsvinger

2015, TNERO-2014-73972, Nedre Romerike tingrett, Case Lørenskog erstatning

2016, LE-2015-102226 Eidsivating lagmannsrett, Case Lørenskog erstatning

Dommer avsagt av EF-domstolen

2001, C-19/00, SIAC Construction

2002, C-513/99, Concordia

2003, C421/01

2003, C448/01

Vedlegg 1, Sentrale lover og forskrifter

Sentrale lover

§ 1. Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

§ 2. Oppdragsgivere som er omfattet

Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven. Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.

§ 5. Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Oppdragsgiver skal ikke

- a. diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet,
- b. Bruke standarder og tekniske spesifikkasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, eller
- c. dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse

§ 6. Livssyklus kostnader, universell utforming og miljø

Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

§ 8. Søksmål

Søksmål om overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven.

§ 11. Erstatning

Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet

Sentrale forskrifter

§ 2-2. Terskelverdier

(1) Forskriftens del III gjelder kontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 44 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter. For statlige myndigheter gjelder imidlertid forskriftens del III for vare- og tjenestekontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva.

(2) For forsknings- og utviklingstjenester som nevnt i vedlegg 5 kategori 8, etterfølgende kunngjøring av uprioriterte tjenester (jf. vedlegg 6 og § 18-4) og for varekontrakter på forsvarsområdet når disse varekontraktene gjelder varer som ikke er omfattet av Norges vedlegg 4 til tillegg I til WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA), gjelder likevel forskriftens del III for statlige myndigheter der den anslåtte verdi overstiger 1,75 millioner kroner ekskl. mva.

(3) Når den samlede anslåtte verdien av delkontrakter som omtalt i § 2-3 syvende og åttende ledd overstiger verdiene i denne paragrafs første ledd, kommer forskriftens del III til anvendelse på alle delkontraktene. Bygge- og anleggskontrakter som har en anslått verdi på under 8,4 millioner kroner ekskl. mva. og tjenestekontrakter og varekontrakter som har en anslått verdi på under 650 000 kroner ekskl. mva., kan likevel inngås etter forskriften del II, dersom den samlede verdi av disse delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av samtlige delkontrakters sammenlagte verdi.

(4) Nærings- og fiskeridepartementet kan endre terskelverdiene fastsatt i denne forskrift.

§ 3-1. Grunnleggende krav for alle anskaffelser

(1) Enhver anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse uansett hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes.

- (2) Oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet.
- (3) Oppdragsgiver skal ikke dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at denne forskrift kommer til anvendelse.
- (4) Konkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt.
- (5) Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen.
- (6) Konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk.
- (7) Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet.
- (8) Oppdragsgiver skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

§ 3-2. Protokollføring

- (1) Oppdragsgiver skal føre protokoll for anskaffelser som overstiger 100.000 kroner ekskl. mva.
- (2) Protokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Protokollen skal minst omfatte opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4.

§ 14-1. Tillatte anskaffelsesprosedyrer

- (1) Anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse.
- (2) Konkurranspreget dialog kan benyttes når vilkårene i § 14-2 (konkurranspreget dialog) er oppfylt.
- (3) Konkurranspreget dialog kan benyttes når vilkårene i § 14-3 (konkurranspreget dialog med forhandling etter forutgående kunngjøring) eller § 14-4 (konkurranspreget dialog uten forutgående kunngjøring) er oppfylt.

§ 14-2. Konkurranspreget dialog

- (1) Oppdragsgiver kan benytte konkurranspreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter.
- (2) En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:
 - a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål, eller
 - b. objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt.

§ 14-3. Konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring

(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling ved tildeling av kontrakter etter å ha offentliggjort en kunngjøring i henhold til § 18-3 (kunngjøring av konkurranse), jf. § 18-1 (fremgangsmåten ved kunngjøringer) i følgende tilfeller:

- a. når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-14 (Skatteattest), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud), § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår,

- b. i særlige tilfeller hvor vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd,

- c. ved tjenestekontrakter hvor tjenestene som skal leveres er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner, at valg av det beste tilbudet kan skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette gjelder særlig tjenesteytelser i vedlegg 5 (prioriterte tjenester) kategori 6 (finansielle tjenester) og intellektuelle tjenesteytelser, som for eksempel tjenesteytelser vedrørende prosjektering av arbeid, eller

- d. ved bygge- og anleggskontrakter hvor arbeidene skal utføres utelukkende til forsknings-, forsøks- eller utviklingsformål, og ikke for å sikre lønnsomhet eller inntjening av forsknings- eller utviklingskostnader.

§ 14-4. Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:

- a. når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, eller dersom tilbudene er uakseptable i henhold til krav fastsatt i samsvar med § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-14 (Skatteattest), § 20-1 (fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter), § 20-3 (avvik), § 20-4 (alternative tilbud), § 22-2 (kriterier for valg av tilbud), forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene

for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta,

- b. dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og at det på anmodning oversendes en rapport til Nærings- og fiskeridepartementet,
- c. dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan prestes av en bestemt leverandør,
- d. dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift,
- e. dersom varene i en varekontrakt skal produseres kun med sikte på forskning, eksperimentering, undersøkelse eller utvikling. Dette gjelder ikke ved produksjon i større mengder for å påvise varens kommersielle muligheter eller for å dekke forsknings- og utviklingsomkostninger,
- f. ved tilleggsleveranser i en varekontrakt fra den opprinnelige leverandør til delvis fornyelse av normale leveranser eller installasjoner, eller til utvidelse av allerede foretatte leveranser eller installasjoner, dersom skifte av leverandør vil pålegge oppdragsgiveren å anskaffe utstyr som er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr, eller som skaper uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold. Varigheten for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen må normalt ikke overstige tre år,
- g. dersom varene noteres og kjøpes på en varebørs,
- h. dersom varene anskaffes på særdeles fordelaktige vilkår, enten hos en leverandør som endelig innstiller sin virksomhet eller et konkursbo, tvangsakkord eller en tilsvarende behandling,
- i. ved tjenestekontrakter som skal tildeles vinneren eller en av vinnerne etter en gjennomført plan- og designkonkurranse jf. § 23-1 (plan- og designkonkurranse), og i samsvar med de regler som gjelder for denne. Alle vinnerne i konkurransen skal inviteres til å delta i forhandlingene,
- j. tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektforslag eller i den opprinnelige kontrakten og tilleggsarbeider som ikke var med i den opprinnelige kunngjøring eller i den opprinnelige kontrakten, forutsatt at:
 1. forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet for å utføre de tjenestene som opprinnelig ble beskrevet,
 2. tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene tildeles samme leverandør,
 3. den samlede verdi av kontrakter som inngås om tilleggsarbeider eller tilleggstjenester ikke overstiger 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakt, og

4. tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakt, likevel er strengt nødvendig for fullføring av denne,
- k. ved tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for nye arbeider, som er en gjentakelse av lignende arbeider utført i forbindelse med en tidligere kontrakt inngått i samsvar med hovedregelen i § 14-1 (tillatte anskaffelsesprosedyrer). Forutsetningen er at kontrakten tildeles til den opprinnelige leverandør og at arbeidene er i samsvar med det prosjekt som dannet utgangspunktet for tildelingen av den første kontrakten. Muligheten for at denne fremgangsmåte kan bli brukt, skal angis første gang det innhentes tilbud for prosjektet. Mulige senere arbeider skal tas med i beregningen av anskaffelsens verdi i forhold til terskelverdiene i kapittel 2 (anvendelsesområde for de ulike bestemmelsene i forskriften). Fremgangsmåten kan bare anvendes inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakt ble sluttet, eller
- l. ved dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning etter reglene i kapittel 22A, forutsatt at det er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift og kontrakt ikke inngås for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med forskriften.

§ 17-1. Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget

(1) Oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag. Konkurransegrunnlaget skal inneholde følgende opplysninger, med mindre dette allerede er tilstrekkelig og fullstendig beskrevet i kunngjøringen:

- a. hvilken ytelse som skal anskaffes. Dersom det kan gis tilbud på deler av oppdraget eller med alternative frister, skal dette opplyses,
- b. hvordan konkurransen skal gjennomføres. Det skal minst opplyses om:
 1. hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt,
 2. endelig frist for mottak av tilbud (dag og klokkeslett), adressen disse skal sendes eller leveres til,
 3. vedståelsesfrist for tilbudene, jf. § 19-6 (vedståelsesfrist),
 4. den relative vektningen av tildelingskriteriene eller tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge jf. § 22-2 (kriterier for valg av tilbud),
 5. på hvilket eller hvilke språk tilbudet skal være skrevet, og
 6. en henvisning til kunngjøringen.

(2) I den utstrekning det er aktuelt skal det også opplyses om:

- a. adresse til organ som forespørsler om kontraktsdokumenter og eventuelle tilleggsdokumenter kan rettes til, fristen for slike forespørsler, samt betalingsvilkår og beløp som eventuelt må betales for dokumentene,

- b. minstekrav som alternative tilbud må oppfylle og eventuelle krav til presentasjon av det alternative tilbudet, jf. § 20-4 (alternative tilbud), dersom det i kunngjøringen er åpnet for alternative tilbud,
- c. sted og tid for eventuell åpen tilbudsåpning,
- d. tid og sted for befaring eller konferanse,
- e. det skal sendes inn prøver, modeller, planer, tegninger mv. og hvordan disse skal merkes,
- f. hvor eventuelt tilhørende dokumenter, beskrivelser, prøver, modeller, planer mv. ligger til ettersyn, samt om disse kan utleveres og eventuelt hvilket depositum som forlanges,
- g. hvilke alminnelige eller spesielle kontraktsbetingelser som gjelder for oppdraget,
- h. det stilles krav om at leverandøren opplyser i tilbudet hvor stor del av kontrakten som eventuelt skal tildeles underleverandører, samt hvilke underleverandører han foreslår. Opplysningene får ikke virkning for hovedleverandørens kontraktsansvar,
- i. det stilles vilkår om at leverandøren utarbeider en priskalkyle over de kostnader som ventes å påløpe ved gjennomføringen av oppdraget. Det kan i så fall forbeholdes rett til å se regnskapsdata, bilag mv. som grunnlag for en eventuell kostnadskontroll,
- j. tilbud kan leveres elektronisk, og hvordan dette skal skje, jf. § 20-2 (tilbudets utforming),
- k. ved konkurransepreget dialog, hvordan dialogen skal gjennomføres,
- l. ved konkurransepreget dialog, tid og sted for når dialogen skal starte og på hvilke(t) språk dialogen skal foregå. Denne informasjon må være tilgjengelig i invitasjonen til å innlevere tilbud,
- m. det settes en frist for når begjæring om midlertidig forføyning må fremsettes for tingretten, jf. § 19-7 (frist for begjæring om midlertidig forføyning), og
- n. andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av tilbudet.

§ 17-2. Rettelse, supplerings eller endring av konkurransegrunnlaget

- (1) Innen tilbudsfristens utløp, jf. kapittel 19 (frister), har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.
- (2) Rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en av leverandørene, skal likeledes meddeles alle.
- (3) Dersom rettelse, supplerings eller endring som nevnt i første ledd kommer så sent at det er vanskelig for leverandørene å ta hensyn til det i tilbudet, skal det fastsettes en forholdsmessig forlengelse av tilbudsfristen. Samtlige leverandører skal snarest varsles om forlengelsen.

§ 20-3. Avvik

Avvik skal fremgå klart av tilbudet, og være presist og entydig beskrevet. Ved anbudskonkurranser skal avvik i tillegg være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere

avvikene uten kontakt med leverandør. Oppdragsgiver har plikt eller rett til å avvise tilbud med avvik i tråd med § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).

§ 20-4. Alternative tilbud

Dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver ta i betraktning alternative tilbud. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal angi i konkurransegrunnlaget de alternative minstekravene til ytelse og funksjon, og eventuelle spesielle krav til tilbudets utforming som stilles til alternative tilbud.

§ 20-12. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

(1) Oppdragsgiver skal avvise leverandører som:

- a. ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter),
- b. har unnlatt å levere skatteattest i samsvar med § 17-14 (skatteattest), med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter),
- c. - - -
- d. har unnlatt å levere forespørsel om deltakelse i begrenset anbuds konkurranse, konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling i samsvar med kapittel 16 (kommunikasjon), eller ikke har levert slik forespørsel innen fristen,
- e. oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, eller
- f. har blitt benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner i strid med § 3-8 (bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner).

(2) Oppdragsgiver kan avvise leverandører som:

- a. er konkurs, under gjeldsforhandling eller avvikling, har innstilt sin virksomhet eller befinner seg i en tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonale lover og forskrifter,
- b. er begjært konkurs, har begjært åpning av gjeldsforhandling eller tvangsoppløsning eller annen lignende prosess med hjemmel i nasjonale lover og forskrifter,
- c. ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel,
- d. i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje,
- e. ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av trygdeavgifter i samsvar med lovbestemmelser i den stat hvor han er etablert, eller i Norge,
- f. ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter og avgifter i samsvar med lovbestemmelser i den stat hvor han er etablert, eller i Norge, eller

g. har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren.

(3) Når oppdragsgiver krever bevis for at leverandøren ikke omfattes av første og annet ledd, skal utdrag fra strafferegister eller konkursregister godtas som tilstrekkelig bevis for første ledd bokstav e og annet ledd bokstav a, b eller c. I mangel av slikt utdrag skal et tilsvarende dokument som viser at kravene er tilfredsstilt, utstedt av en retts- eller forvaltningsmyndighet i leverandørens hjemstat eller oppholdsstat, aksepteres. For annet ledd bokstav e og f skal det anses tilstrekkelig med attest utstedt av vedkommende myndighet i leverandørens hjemstat. Når leverandørens hjemstat ikke utsteder slike dokumenter eller attester, kan de erstattes av en erklæring avgitt under ed eller forsikring av den aktuelle personen overfor en retts- eller forvaltningsmyndighet, en notarius publicus eller annen kompetent myndighet i hjemstaten eller nåværende oppholdsstat.

§ 20-13. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

(1) Et tilbud skal avvises når:

- a. det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen,
- b. det ikke tilfredsstiller kravene til tilbudets utforming, jf. § 16-1, § 16-2, § 16-3 første ledd bokstav b-g og 20-2 første ledd.
- c. det er et alternativt tilbud avgitt i strid med § 20-4 (alternative tilbud). Oppdragsgiver kan ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende med den begrunnelse at kontrakten vil endre karakter fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt,
- d. det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene,
- e. det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnet, eller
- f. det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

(2) Et tilbud kan avvises når:

- a. tilbudet, etter forsøk på avklaring etter § 21-1 (forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser), inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige,
- b. det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en konkurranse med forhandling kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- c. tilbudet virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 20-14, eller
- d. tilbudet ikke er signert, jf. § 20-2 (tilbudets utforming) annet ledd, eller på grunn av andre forbehold ikke kan anses bindende. Tilsvarende avvisningsrett gjelder når et tilbuds elektroniske signatur ikke oppfyller kravene i § 16-3 første ledd bokstav a.

§ 21-1. Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

(1) Ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger. Det er herunder ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet.

(2) Det er adgang til følgende avklaringer av tilbudene:

- a. oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom uklarhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet),
- b. når det gjelder løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som leverandøren selv foreslår, kan oppdragsgiver be leverandøren foreta utdypninger og klargjøringer om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivaretatt, eller
- . dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.

(3) Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Andre åpenbare feil vurderes etter regelen i § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).

§ 22-1. Avlysning av konkurransen og totalforkastelse

(1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det.

(3) Leverandørene skal informeres i samsvar med § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) om beslutninger om å ikke inngå kontrakt om et oppdrag som har vært kunngjort eller om å gjennomføre anskaffelsesprosedyren på nytt.

§ 22-2. Kriterier for valg av tilbud

(1) Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

(2) Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal angi den relative vekten som gis hvert av kriteriene. Vekten kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.

(3) Der det etter oppdragsgivers mening av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først.

§ 22-3. Meddelelse om kontraktstildeling og karenperiode før inngåelse av kontrakt

1. Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører før kontrakten eller rammeavtalen inngås.
2. Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle berørte leverandører. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget etter § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd, og opplyse om karenperioden.
3. Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt eller rammeavtale etter utløpet av den karenperioden oppdragsgiver har fastsatt. Karenperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen sendes elektronisk eller over telefaks, eller minst 15 dager dersom den sendes med et annet kommunikasjonsmiddel. Fristen regnes fra dagen etter at meddelelsen er sendt.
4. Kravet om karenperiode gjelder ikke:
 - a. når det ikke er krav om forutgående kunngjøring, jf. § 14-4 (konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring),
 - b. når leverandøren som får tildelt kontrakten eller rammeavtalen er den eneste berørte leverandøren,
 - c. ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale, jf. § 15-2 (rammeavtale med en leverandør) og § 15-3 (rammeavtale med flere leverandører), eller
 - d. ved tildeling av kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 14-4 (dynamiske innkjøpsordninger).
5. Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.
6. Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når begge parter har signert kontrakten eller rammeavtalen.

§ 22-3a. Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt

1. Ved begjæring om midlertidig forføyning etter oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:
 - a. oppdragsgiver har fastsatt en karenperiode etter § 22-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt) tredje ledd, og begjæringen er fremsatt innen utløpet av karenperioden, eller
 - b. oppdragsgiver har kunngjort i tråd med § 18-3a (intensjonskunngjøring), og begjæringen er fremsatt innen ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.
2. Suspensjon inntreffer når begjæringen er forkynt for saksøkte. Saksøkte informeres om suspensjonsvirkningen ved forkynnelsen.

3. Tingretten skal samtidig som begjæringen sendes til forkynnelse beramme muntlig forhandling til behandling av begjæringen. Partene kan samtykke i at behandlingen i stedet skal være skriftlig.
4. Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karenperioden eller ti dager regnet fra dagen etter datoen for intensjonskunngjøringen.
5. Det inntreer ikke suspensjon ved anke over tingrettens avgjørelse.

§ 23-1. Plan- og designkonkurranse

- (1) Denne paragraf får anvendelse på plan- og designkonkurranse som definert i § 4-2 (prosedyrer) bokstav g.
- (2) Plan- og designkonkurransen skal kunngjøres i samsvar med § 18-1 (fremgangsmåten ved kunngjøringer) når:
 - a. den gjelder tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp der den anslåtte samlede verdi overstiger 1,75 millioner kroner ekskl. mva. eller 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter, jf. § 2-2 (terskelverdier), eller dersom
 - b. den anslåtte samlede verdien av konkurransepremiene og utbetalingene til deltakerne overstiger 1,75 millioner kroner ekskl. mva. eller 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter.
- (3) Plan- og designkonkurransen skal kunngjøres i samsvar med § 9-1 (kunngjøring av konkurranse) når:
 - a. tildeling av kontrakter om offentlige tjenestekjøp med en anslått verdi på 500 000 kroner ekskl. mva. eller mer, eller når
 - b. den anslåtte samlede verdien av konkurransepremiene og utbetalingene til deltakerne overstiger 500 000 kroner ekskl. mva.
- (4) Reglene for gjennomføring av plan- og designkonkurranse skal fastsettes i samsvar med kravene i denne bestemmelsen og utleveres til de som er interessert i å delta i konkurransen.
- (5) Adgangen til å delta i plan- og designkonkurranser kan ikke begrenses til én EØS-stats territorium eller en del av dette.
- (6) Oppdragsgiver kan ikke begrense adgangen til å delta i konkurransen til bare fysiske eller bare juridiske personer.
- (7) Ved plan- og designkonkurranser med et begrenset antall leverandører skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Under enhver omstendighet skal antallet leverandører som inviteres til å delta, være stort nok til å sikre reell konkurranse.
- (8) Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av konkurransedeltakerne. Dersom en særskilt yrkesmessig kvalifikasjon kreves for å delta i designkonkurransen, skal minst en tredel av juryen være i besittelse av samme eller tilsvarende kvalifikasjon.

(9) Juryen skal være uavhengig i sine beslutninger og uttalelser. Grunnlaget for juryens beslutninger og uttalelser skal være planer og design som den anonymt har fått til vurdering. Kun de kriterier som ble oppgitt i kunngjøringen, er relevante. Anonymiteten skal bevares inntil juryens uttalelse eller avgjørelse foreligger. Deltagerne kan anmodes om å besvare spørsmål som juryen har nedtegnet i protokollen for å klargjøre enkelte aspekter ved prosjektene. Protokollen skal inneholde en fullstendig oversikt over dialogen mellom juryens medlemmer og deltagerne.

(10) Juryens vurderinger, konklusjoner og anbefalinger, inkludert en rangering av prosjektene, skal nedtegnes i en protokoll som underskrives av juryens medlemmer. Protokollen skal sendes deltakerne i plan- og designkonkurransen etter at vinner av konkurransen er kåret eller, ved plan- og designkonkurranse arrangert som et ledd i en anskaffelsesprosedyre for tildeling av tjenestekontrakter, senest etter at oppdragsgiver har besluttet hvem som skal tildeles kontrakt.

(11) Dersom verdien av kontraktene overstiger terskelverdiene i § 2-2 (terskelverdier), skal resultatet av konkurransen kunngjøres i tråd med bestemmelsene fastsatt i § 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultater).

Vedlegg 2, Intervjuguide prosjektsjef, case 1

Intervjuguide ved intervju av prosjektsjef Lørenskog Kommune

Førstegangsutlysning

- Generell beskrivelse av førstegangsutlysningen
- Hvorfor ble alle forslag her forkastet
- Hva var forskjellen på førstegangs og annengangsutlysningen

Utarbeidelsen av prosjektet og konkurransegrunnlaget

- Generell beskrivelsen av oppstarten av prosjektet
- Hvilke personer fra kommunen var med på utviklingen av prosjektet?
- Hvilke eksterne rådgivere ble leid inn for å utvikle prosjektet
- Din rolle i prosjektet
- Hvorfor valgte dere en totalentreprise med løsningsforslag? Ble det vurdert å ha en separat plan og designkonkurranse først?
- Hvor mye ressurser har dere brukt i utvikling av prosjektet, både i tid og penger?
- Valg av kriterier

Utvelgelsen av vinnende prosjektet

- Hvordan foregikk utvelgelsen av prosjektet
- Hvilke personer/grupper vurderte prosjektene, Thorvaldsen prosjektadministrasjon, og kommunens evalueringsgruppe? Hva evaluerte de forskjellige gruppene
- Hva visste personene/juryen om kriterier som var satt og kostnaden til de forskjellige prosjektene
- Hva var grunnen til at to av tilbudene for barnehagen ble avvist?
- Ble det vurdert om det vinnende prosjektet burde avvises på grunn av at de gikk utover reguleringer

Rettsprosessen

- Beskrivelse av prosessen som ført frem til konflikten og den videre rettsprosessen

- Var dere forberedt på at det kunne komme et erstatningskrav da dere gikk i gang med byggingen?
- Hvilke konsekvenser fikk konflikten for dere, utover erstatning? Tidsforbruk? Kostnad? Relasjoner? Forsinkelser?
- Blir saken anket til høyesterett?
- I forføyningssaken i lagmannsretten ble det etterlyst bevisførsel på hva som er den felles oppfatning av reguleringsrammer i en anbudskonkurranse, da dette er en formulering som går igjen i mange saker, og at en slik bevisførsel her hadde veid tungt. Gjorde dere noen undersøkelser på dette
- Har noen av deres eksterne rådgivere noe ansvar om de gir uriktig informasjon som kan føre til en konflikt

Utførelsen av prosjektet:

- Hva hadde dere planer om å endre i prosjektet?
- Har prosjektet blitt endret slik at de i dag ligger innenfor de gitte reguleringsbestemmelsene, eller har det blitt søkt dispensasjon? Andre endringer?
- Hvor store endringer mener dere det er greit å gjøre underveis i prosjektet

Hva kunne vært gjort annerledes

- Hva kunne vært gjort annerledes for å unngå konflikten?
 - Konkurransereformen
 - Konkurransesgrunnlaget
 - Kriteriene
 - Tildelingen
 - Andre
- Hvordan de i dag ville utformet konkurransen
- Annen relevant informasjon?

Oppfølgingsspørsmål sendt og besvart per epost:

- Ble det brukt advokat eller ekstern prosjektrådgiver i noen av de fire fasene beskrevet nedenfor? Fyll gjerne ut ja eller nei i skjema.
-

Bruk av advokat og ekstern prosjektrådgiver		
Prosjektperiode	Advokat	Prosjektrådgiver
Planlegging og utarbeidelse av konkurransegrunnlag?		
Ved avvisning- og tildelingsvurdering?		
Ved vurdering av klagen fra leverandør?		
Ved forberedelse til rettsak?		

- Hvem bestemte tildelingskriteriene, dere eller innleid prosjektrådgiver?
- Hva var begrunnelsen for valget av tildelingskriterier?
- Hvilken opplæring i reglene for offentlige anskaffelser har de som utarbeider konkurransegrunnlag og evaluerer tilbudene?

Vedlegg 3, Intervjuguide innkjøpssjef, case 2

Intervju med innkjøpssjef i Kongsvinger kommune

Om konkurransen

- Hvorfor valgte dere en pris- og designkonkurranse?
- Hvilke konkurranseformer har dere brukt på tidligere prosjekt?
- Ble det vurder å bruke en annen konkurranseform på dette prosjektet?
- Hvordan jobbet dere med å utvikle prosjektet?
- Hvilke interne og eksterne ressurser ble brukt i utviklingen av prosjektet?
- Hvor mye ressurser har dere brukt i utvikling av prosjektet, både i tid og penger?
Byggherrekostnad?
- Hvordan kom dere frem til valg av kriterier?

Om utvelgelsen

- Hvor mange prosjekter var invitert til en samspillfase, og hva ble diskutert der?
- Hvordan foregikk utvelgelsen av prosjektet?
-
- Hvilke personer/grupper vurderte prosjektene?
- Hvem bestemte hvem som skulle evaluere prosjektet?
- Ble det vurdert om de prosjektene som lå godt over 250 mill kr skulle forkastes?
- Hva visste personene/juryen om kriterier som var satt og kostnaden til de forskjellige prosjektene?
- Hva og hvor mye hadde dere sett for dere å endre (for å ta ned kostnaden 15mill) i en samspillfase?
- Hvor store endringer hadde det vært greit å endre i samspillfasen? Pris, kvalitet, reguleringer?
- Hvilke endringer mener du det er greit å gjøre etter kontrakten er inngått?
- Var det mer enn pris de forskjellige tilbyderne utfordret? Tomtegrenser, høyde, fotavtrykk?

Etter konflikten

- Ble det søkt om erstatning fra Eide entreprenør?
- Hvordan har dere gått videre med prosjektet?
- Har det vært problematisk å gå videre med prosjektet uten å bruke ideer fra de tidligere forslagene?
- Hvilke konsekvenser fikk konflikten for dere, utover erstatning? Tidsforbruk? Kostnad? Relasjoner? Forsinkelser? Bedre prosjekt? Midlertidig skole?
- Har deres eksterne rådgivere noe ansvar for rådene de gir dere, og ble det vurdert å gå til sak mot dem?
- Har noen av deres eksterne rådgivere noe ansvar om de gir uriktig informasjon som kan føre til en konflikt? Ble det vurdert å gå til sak mot dem?
- Hva kunne vært gjort annerledes for å unngå konflikten?
 - o Konkurransereformen
 - o Konkurranses grunnlaget
 - o Kriteriene
 - o Tildelingen
 - o Andre
- Hvordan de i dag ville utformet konkurransen
- Kan jeg spørre Inrid Gåsvik Eklund om informasjon og hennes syn på saken?
- Annen relevant informasjon eller meninger om prosjektet?

Oppfølgingsspørsmål sendt og besvart per epost:

- Ble det brukt advokat eller ekstern prosjektrådgiver i noen av de fire fasene beskrevet nedenfor? Fyll gjerne ut ja eller nei i skjemaet.

Bruk av advokat og ekstern prosjektrådgiver		
Prosjektperiode	Advokat	Prosjektrådgiver
Planlegging og utarbeidelse av konkurransegrunnlag?		
Ved avvisning- og tildelingsvurdering?		
Ved vurdering av klagen fra leverandør?		
Ved forberedelse til rettsak?		

- Hvem bestemte tildelingskriteriene, dere eller innleid prosjektrådgiver?
- Hva var begrunnelsen for valget av tildelingskriterier?
- Hvilken opplæring i reglene for offentlige anskaffelser har de som utarbeider konkurransegrunnlag og evaluerer tilbudene?

Vedlegg 4, Intervjuguide arkitekt, case 2

Intervju med saksøkende arkitekt, case Kongsvinger skole

- Hvor vanlig er det med pris- og designkonkurranser?
- Generell beskrivelse av prosjektet
- Din rolle i utviklingen av prosjektet og den påfølgende konflikten?
- Hvordan dere jobbet med å utvikle prosjektet? Tar dere utgangspunkt i kriterier og pris, eller prøver dere å tilpasse et konsept til pris og spesifikasjon?
- Hvordan dere samarbeider med entreprenøren for å utarbeide prosjektet?
- Hva og hvor mye hadde dere sett for dere å endre i en samspillfase?
- Hvor mye ressurser har dere brukt i utvikling av prosjektet, både i tid og penger?
- Hvor store endringer hadde det vært greit å endre i samspillfasen? Pris, kvalitet, reguleringer?
- Hvilke endringer mener du det er greit å gjøre etter kontrakten er inngått?
- Hvordan kunne tilbudsgrunnlaget vært utformet annerledes for at BH kunne utvikle et best mulig prosjekt?
- Hvorfor dere valgte å gå til sak mot Kongsvinger?
- Hva kunne vært gjort annerledes for å unngå konflikten?
 - o Konkurransformen
 - o Konkurransgrunnlaget
 - o Kriteriene
 - o Tildelingen
- Ble det søkt om erstatning?
- Hvilke konsekvenser fikk konflikten for dere? Tid? Kostnad?

Generelt

- Hvor ofte dere opplever at de som vinner en konkurranse går utenfor spesifikasjoner eller regulering som er gitt i konkurransegrunnlaget, hva blir mest utfordret?
- Hender det at dere går utenfor de rammer som er gitt i konkurransegrunnlaget?

- Hvor mange er det vanlig å ha med inn i samspillsfasen
- Har dere gått til sak mot noen tidligere
- Når deres prosjekt ikke blir valgt, følger dere da med for å se om deres ideer blir brukt videre?
- Hvordan foregår en ren plan og designkonkurranse i praksis, er det da ikke et pristak inne i bilde?
- Kjenner du til liknende saker, som har endt i konflikt på grunn av ulik tolkning av konkurransegrunnlaget?

Vedlegg 5, Intervjuguide juridisk avdeling

Undervisningsbygg

Intervjuguide ved intervju advokat hos Undervisningsbygg

Utvikling av et prosjekt og konkurranse

- Hvordan jobber dere med å utvikle prosjekter, hvilke interne og eksterne ressurser bruker dere?
- Hvordan kommer dere frem til valg av konkurranseform?
- Det har de siste årene vært brukt mye pris- og designkonkurranser. Er det i utgangspunktet noen forskjell på dette, og en totalentreprise med løsningsforslag?
- I hvor stor grad bruker dere denne konkurranseformen?
- Hvilke andre konkurranseformer benytter dere

Ofte vet man ikke hva man vil ha før det foreligger løsningsforslag. Det er en økning i konflikter som grunner i at tilbydere bryter reguleringer og rammer satt i konkurransegrunnlaget. Flere domstoler har også etterlyst en bransjenorm på dette.

- Hvordan jobber dere for å få et mest mulig rettferdig konkurransegrunnlaget?
- Det kan virker som om mange kommuner ikke vurderer hvordan bruk av kriterier for utvelgelse kan påvirke resultatet. Hvordan kommer dere frem til valg av kriterier?
- Er det noen forbehold BH kan ta i konkurransegrunnlaget som gir de større handlingsrom ved valg av tilbud?
- Kan kreativitet brukes som kriterier i en anbudsprosess?
- Forskrift for offentlige anskaffelse nevner estetiske og funksjonsmessige egenskaper som et mulig kriterier. Er dette vanlig, og hva kan legges i estetiske egenskaper?

Forskrift for offentlige anskaffelse § 20-4.

Alternative tilbud. Dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver ta i betraktning alternative tilbud. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal angi i konkurransegrunnlaget de alternative minstekravene til ytelse og funksjon, og eventuelle spesielle krav til tilbudets utforming som stilles til alternative tilbud.

- Kan dette gi en byggherre større frihet til å velge det beste prosjektet i en konkurranse
- Kan en byggherre i konkurransegrunnlaget på noen måte åpne for at tilbydere kan gå utenfor reguleringer og kravspesifikasjoner, eller vil dette være vanskelig med tanke på å sikre at forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet skal ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen?
- Er det i prinsippet noen forskjell på dette om det er en totalentreprise eller en plan og designkonkurranse?

Valg av tilbud

- Hvordan foregår utvelgelsen av prosjekter?
- Hva vet de som bedømmer arkitektur og kvalitet om kriteriene i prosjektet
- Er det alltid en avvisningsplikt om noen utfordrer konkurransegrunnlaget?
- Hvordan jobber dere med rett og plikt til avvisning av prosjekter?
- Har dere noen strategi for eventuelle klager fra leverandører?
- Har dere opplevd konflikter etter valg av tilbud?

Om samspillskontrakter

Konkurranse med forhandling og samspillskontrakter har vært oppfattet forskjellig. Det virker til å være stor uenighet om hva og hvor mye som kan endres i disse konkurransene, og om man kan endre noe som i større eller mindre grad vil bryte med konkurransegrunnlaget.

- Hvordan gjennomfører dere en konkurranse med forhandling?
- Hvor mange blir normalt invitert med inn i en samspillfase, og hvordan foregår utvelgelsen av et prosjekt?
- Hva kan det forhandles om i en samspillfase?
- Hvordan mye kan endres i et prosjekt før og etter kontraktsinngåelse?
- Har dere erfaringer der det har blitt eller nesten blitt en konflikt etter tildeling av et prosjekt i denne typen prosjekter?

- Hvordan kan en offentlig byggherre utvikle og velge de beste byggeprosjektene innenfor et budsjett, uten å komme i konflikt med lov om offentlige anskaffelser?
- Andre erfaringer dere har i forbindelse med disse temaene?

Oppfølgingsspørsmål sendt og besvart per epost

- Som vi snakket om så er det tillatt å avholde et intervju før tildeling av en kontrakt, for eksempel som en del av et tildelingskriterium. Vet du om det har vært noen rettssaker, KOFA-uttalelser eller liknende der lovlighet av intervju er slått fast?
- Ved pris- og designkonkurranser (totalentreprise med løsningsforslag) er det noen prosjekter som har en samspillfase etter valg av leverandør, der man gjennomarbeider prosjektet, og så går inn i en totalentreprise med fast pris. Altså ikke en tradisjonell samspillsmodell. Vet du om lovligheten av dette har vært diskutert noe sted?
- En vanlig fordeling av tildelingskriterier ser ut til å være pris 40%, prosjektforslag 40% (som blir bedømt av en jury, med tanke på arkitektur, funksjonalitet mm.) og samspillkompetanse 20%, der et intervju ofte teller mye av samspillkompetansekriteriet. Dette gjør at ca 55% av tildelingskriteriene er skjønnsmessige. Vet du om tilfeller der det har vært diskutert om oppdragsgiver får en for stor valgfrihet i forhold til regelverket? Eller har du noen tanker om dette?

Vedlegg 6, Intervjuguide avdelingsdirektør Statsbygg

Intervjuguide ved intervju av avdelingsdirektør i Statsbygg

Utvikling av et prosjekt og konkurranse

- Hvordan jobber dere med å utvikle prosjekter, hvilke interne og eksterne ressurser bruker dere?
- Hvordan kommer dere frem til valg av konkurranseform?
- Det har de siste årene vært brukt mye pris- og designkonkurranser ute i kommunene. Har dere brukt denne konkurranseformen?
- Er det i utgangspunktet noen forskjell pris- og designkonkurranse, og en totalentreprise med løsningsforslag?
- Hvilke andre konkurranseformer benytter dere

Ofte vet man ikke hva man vil ha før det foreligger løsningsforslag. Det er en økning i konflikter som grunner i at tilbydere bryter reguleringer og rammer satt i konkurransegrunnlaget. Flere domstoler har også etterlyst en bransjenorm på dette.

- Hvordan jobber dere for å få et mest mulig rettferdig konkurransegrunnlaget?
- Det kan virker som om mange kommuner ikke vurderer hvordan bruk av kriterier for utvelgelse kan påvirke resultatet. Hvordan kommer dere frem til valg av kriterier?
- Er det noen forbehold BH kan ta i konkurransegrunnlaget som gir de større handlingsrom ved valg av tilbud?
- Kan kreativitet brukes som kriterier i en anbudsprosess?
- Forskrift for offentlige anskaffelse nevner estetiske og funksjonsmessige egenskaper som et mulig kriterier. Er dette vanlig, og hva kan legges i estetiske egenskaper?

Forskrift for offentlige anskaffelse § 20-4.

Alternative tilbud. Dersom tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, kan oppdragsgiver ta i betraktning alternative tilbud. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal dette angis i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal angi i konkurransegrunnlaget de alternative minstekravene til ytelse og funksjon, og eventuelle spesielle krav til tilbudets utforming som stilles til alternative tilbud.

- Er dette noe dere har brukt, og i hvilke tilfeller kan dette benyttes?

- Kan en byggherre i konkurransegrunnlaget på noen måte åpne for at tilbydere kan gå utenfor reguleringer og kravspesifikasjoner, eller vil dette være vanskelig med tanke på å sikre at forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet skal ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen?

Valg av tilbud

- Hvordan foregår utvelgelsen av prosjekter?
- Hva vet de som bedømmer arkitektur og kvalitet om kriteriene i prosjektet
- Er det alltid en avvisningsplikt om noen utfordrer konkurransegrunnlaget?
- Hvordan jobber dere med rett og plikt til avvisning av prosjekter?
- Har dere noen strategi for eventuelle klager fra leverandører?
- Har dere opplevd konflikter etter valg av tilbud?

Om samspillskontrakter

Konkurranse med samspillskontrakter har vært oppfattet forskjellig. Det virker til å være stor uenighet om hva og hvor mye som kan endres i disse konkurransene, og om man kan endre noe som i større eller mindre grad vil bryte med konkurransegrunnlaget.

- Hvordan gjennomfører dere en konkurranse med samspill?
- Hva kan det forhandles om i en samspillfase?
- Hvordan mye kan endres i et prosjekt før og etter kontraktsinngåelse?
- Har dere erfaringer der det har blitt eller nesten blitt en konflikt etter tildeling av et prosjekt i denne typen prosjekter?

Andre erfaringer dere har i forbindelse med disse temaene?

Vedlegg 7, Spørsmål til ekstern innleid prosjektleder 1

Spørsmål sendt og besvart per epost, ekstern prosjektleder 1

- Hvor kommer konkurranseformen pris- og designkonkurranse fra? Er det noen forskjell på denne og totalentreprise med løsningsforslag?
- Hvor mye bruker du denne eller liknende konkurranseformer?
- Har du standard tildelingskriterier dere anbefaler for denne konkurranseformen eller blir dette vurdert fra prosjekt til prosjekt?
- Hva anbefaler du kundene deres med hensyn på hvor detaljert og omfattende et konkurransegrunnlag bør være?
- Anbefaler du bruk av advokater som en del av en anskaffelsesprosess, i forbindelse med konkurransegrunnlaget, tildelingskriterier eller avvisning/tildeling?
- Kan du sende med beskrivelsen av prosjektformen og en generell bok 0, som avtalt?

Vedlegg 8, Spørsmål til ekstern innleid prosjektleder 2

Spørsmål sendt og besvart per epost, ekstern prosjektleder 2

- Hvor kommer konkurranseformen pris- og designkonkurranse fra? Er det noen forskjell på denne og totalentreprise med løsningsforslag?
- Hvor ofte bruker dere denne eller liknende konkurranseformer?
- Har dere standard tildelingskriterier dere anbefaler for denne konkurranseformen eller blir dette vurdert fra prosjekt til prosjekt?
- Hva anbefaler dere kundene deres med hensyn på hvor detaljert og omfattende et konkurransegrunnlag bør være?
- Anbefaler dere bruk av advokater som en del av en anskaffelsesprosess, i forbindelse med konkurransegrunnlaget, tildelingskriterier eller avvisning/tildeling?
- Hvordan pleier samspillsfasen i disse prosjektene å være. Pleier det å være målsum, åpen bok og insentiver eller bare samarbeid frem til et visst punkt, og deretter en totalentreprise?
- Ofte brukes et intervju med leverandører før tildeling. Vet du om det har vært noen rettsaker, KOFA-uttalelser eller liknende der lovlighet av intervju er slått fast?
- Noen prosjekter har en samspillfase etter valg av leverandør, der man gjennomarbeider prosjektet med brukergruppen, og så går inn i en totalentreprise med fast pris. Altså ikke en tradisjonell samspillmodell. Vet du om lovligheten av et slikt samspill før kontrakt er behandlet noe sted?
- En vanlig fordeling av tildelingskriterier ser ut til å være pris 40%, prosjektforslag 40% og samspillkompetanse 20%, der et intervju ofte teller mye av samspillkompetansekriteriet. Vet du om det har vært klager på om dette kan gi oppdragsgiver en for stor valgfrihet i forhold til regelverket?



Norges miljø- og biovitenskapelig universitet
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003
NO-1432 Ås
Norway