

---

**Til:** Samnanger kommune v/Hilde-Lill Våge  
**Frå:** Odin Advokat AS v/Torstein Fjeldet Lunde  
**Ansvarleg advokat:** Helge Jellestad Andersen  
**Vår ref.:** <Referanse>  
**Dato:** 21. april 2021

---

## Vurdering regelverk konkurranse veg til Hagabotnane

### 1 Innleiing

I forlenging av notat om konkurransegjennomføring 7. april er det bedt om ei vurdering av lovlegheit av kunngjering av regulering, prosjektering og bygging i ein konkurranse.

### 2 Vurdering

Etter lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) § 4 gjeld eit grunnleggjande prinsipp om «forutberegnelighet». Prinsippet inneber eit krav til klarheit.

I departementet sin rettleiar til reglane offentlege anskaffingar pkt. 7.5.1 vert det uttalt at:

«Forutberegnelighet er særlig knyttet til at følgende forhold skal fremgå klart:

- Hva som skal anskaffes.
- Hvordan konkurransen skal gjennomføres.
- Hvilke krav til leverandøren som skal gjelde.
- Hvilke kriterier som legges til grunn for valget av leverandør.
- Omfang og lengde på kontrakten.

På denne bakgrunn har KOFA i flere saker lagt til grunn at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det " *for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres* " og at det må " *inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*".

I KOFA-sak 2010/157, som omhandlar kjøp av arrangementstenester, uttalar KOFA i premiss 41 følgjande, som er følgd opp i fleire seinare saker:

«Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.»

I saka var det ikkje oppgitt budsjettramme for arrangementet det skulle gjevast tilbod på, slik at tilbydarane ikkje hadde noko grunnlag for å vurdere oppdragsgjevaren sine ambisjonar for arrangementet. Dette var i strid med kravet til klarheit, og medførte etter KOFA si vurdering avlysningsplikt, jf. § 44.

I forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA) § 8-4 (2) er det fastsett krav til innhaldet i eit konkurransegrunnlag, der ein m.a. må skildra kva som skal anskaffast, jf. bokstav a, samt gje «andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av [...] et tilbud». Kravet til klarheit er også følgd opp i FOA § 8-4 (3), der det er slått fast at oppdragsgjevar «har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget».

Vidare er prinsippet om at anskaffingar skal vera føreseielege spela inn på utforming av tildelingskriteria i konkurransen. Etter FOA § 8-11 (2) siste punktum gjeld at tildelingskriteria «ikke [skal] være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet». Sette opp mot prinsippet om føreseielegheit vil dette m.a. innebera at oppdragsgjevar klårt må seia kva som er avgjerande ved val mellom tilbod på ulike alternativ i konkurransen.

Dette kjem m.a. fram i KOFA-sak 2010/288, der konkurransen omhandla anskaffing av eit paviljongbygg. I konkurransegrunnlaget hadde oppdragsgjevaren opna for å prisa både kjøp og leige, men det var ikkje klart korleis valet mellom alternativa skulle gjerast. Her skriv KOFA i premiss 40 at:

«Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at når oppdragsgiver ber om tilbud på flere angitte alternativer, må oppdragsgiver angi hva som vil bli vektlagt ved valg av alternativ, jf. tilsvarende betraktninger i klagenemndas avgjørelser i sakene 2010/197 og 2010/271. Hvis dette ikke er gjort, må oppdragsgiver enten foreta en samlet vurdering av alternativene, eller beregne hvilket alternativ som totalt sett er økonomisk mest fordelaktig – i den grad dette faktisk er mulig. I foreliggende sak fremgår det av prisskjemaet at innklagede 'står fritt til å velge mellom kjøp/leie'. Dette gir ingen veiledning til leverandørene om hva innklagede vil vektlegge ved valget mellom de ulike alternativene, og det er for øvrig ikke klarlagt hva som er bakgrunnen for innklagedes senere valg av modell (leie i fem år med opsjon på utkjøp etter to år). Klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.»

### **Kva inneber dette for vår konkurranse?**

Slik eg tolkar Samnanger kommune er det ei oppfatning om at vegalternativa som er tatt med i silingsrapporten er for dyre, og det er ynskje om eit nytt alternativ som er rimelegare. Ut frå det eg skjønar er det ei smertegrense for prosjektet på 10 – 15 MNOK i totalkostnader. Dette tolkar eg som å omfatta alle kostnader knytt til regulering, kjøp av grunn, og entreprisekostnader. Dersom det her er ein reell grenseverdi må det opplysast om i konkurransen, slik at dette er føreseieleg for entreprenørane. Slik det no ligg, der silingsrapporten er ynskt ut som ein del av grunnlaget, og der det berre er føreslått eit heilt ope og generelt atterhald om politisk godkjenning og finansiering, vil ein ikkje oppfylla det grunnleggande prinsippet om at anskaffinga skal vera føreseieleg. Prisestimata i silingsrapporten varierer frå ca. 19 til 60 MNOK, og med dette som bakteppe er det heilt klart uføreseieleg at kommunen sin høgste aksepterte prosjektkostnad er 10-15 MNOK, kan hende enno lågare. Ei kunngjering utan presisering av forventta eller akseptert kostnad vil soleis vera i strid med LOA § 4, og dette vil vera ein feil som vil medføra avlysningsplikt, og som kan nyttast som grunnlag for å krevja erstatning for deltakingskostnader.

Vidare er det usikkert kva trase som skal veljast, og traseane i silingsrapporten har vidt forskjellige kompleksitetar, fordelar/ulempar, og kostnad. I tillegg er det lagt opp til at det skal opnast for eit fjerde alternativ. Det er openbert at tilbod mellom ulike alternativ ikkje lett kan samanliknast. Mykje av fordelane og ulempene ved traseane er enno ikkje klargjort, og vil ikkje vera mogeleg å klargjera heller gjennom tilbod. Dette vert fyrst klargjort gjennom ei reell vurdering av traseane

i forkant av og i samband med reguleringa, der m.a. omsyn til naboar, kulturminne, matjord, terrenginngrep, risikoar i traseen m.m. vert grundig drøfta.

Det vil heller ikkje vera mogeleg å prisa entreprisen på forsvarleg grunnlag slik status no er. Vanleg i totalentreprisar er å få inn totalprisar frå entreprenørane, som entreprenørane seinare har risikoen for. Hovuduntaket er at byggherren har risikoen for uføresette forhold i grunnen dersom dei avvik frå det entreprenøren hadde grunn til å rekna med ved utarbeiding av tilbod. Her er det så mange ukjente faktorar, m.a. kva krav som vil leggjast til grunn ved regulering, at det ikkje er rimeleg å be leverandørane ta risikoen på å prisa ein fast pris. Dette kan løysast gjennom einingsprisar, men samstundes vil det vera nær umogeleg å laga eit oppsett for evaluering av einingsprisar som gjev eit realistisk bilete på kostnaden ved ulike trasear. Ergo vil ein ved konkurranse på entreprisen på noverande tidspunkt ikkje ha noko kontroll på reelle entreprisekostnader. Dette vil utgjera den klårt største kostnaden i prosjektet, då kostnader til regulering og prosjektering er klårt lågare.

Samla sett er det vår vurdering at det ikkje er mogeleg å laga eit konkurransegrunnlag for entreprisen p.t. som faktisk oppfyller prinsippet om føreseielege anskaffingar etter LOA § 5, under dette kravet til klarheit.

Me vurderer det også som mest tidseffektivt i konkurransen at prosjektet vert delt i to delar:

- Ein del for traseval og regulering
- Ein del for totalentreprise

I tillegg må det etter regulering gjerast eit arbeid med grunnkjøp.

Ein slik gjennomføringsmåte vil også sikra at kommunen har eit godt grunnlag for å gjera ei investeringsavgjerd, og fastsetja økonomiske ramar for prosjektet.

Kunngjering av konkurranse om bistand til reguleringsarbeidet, som også inkluderer traseval, kan gjerast snarleg. Konkurransen vil også kunne gjerast etter FOA del I, då antatt verdi av dette er mindre enn 1,3 MNOK. Derved kan ein gå direkte til 3-5 leverandørar for å henta inn tilbod. Konkurransen kan også gjerast på timeprisar. Her kan ein inkludera at ein i tillegg til trasealternativa i sillingrapporten vil ha framlegg om eit fjerde alternativ før trasevalet vert gjort.

Når regulering til slutt er gjort vil ein ha eit godt grunnlag for å gjennomføra konkurranse om totalentreprise for prosjektering og bygging. Her vil entreprenørane kunne koma med ulike framlegg til endeleg trase innanfor rammene av reguleringsplanen.

Med helsing

Torstein Fjeldet Lunde  
Advokatfullmektig MNA