

FRØYA KOMMUNE

MØTEPROTOKOLL

Formannskapet:

Møtested: Kommunestyresalen	Møtedato: 11.04.2019	Møtetid: 13:30 - 14:45	Av utvalgets medlemmer møtte 7 av 7
Fra og med sak:	63/19		
Til og med sak:	69/19		

Faste representanter i Formannskapet i perioden 2015 - 2019

Ap: Berit Flåmo, <i>ordfører</i> Kristin Reppe Storø Pål Terje Bekken, <i>varaordfører</i> Gunn Heidi Hallaren	Frp/Sp/H: Aleksander Søreng Martin Nilsen	Venstre: Arvid Agnar Hammernes
--	--	--

Faste representanter med forfall:

Ap:	Frp/Sp/H: Martin Nilsen	Venstre:
------------	-----------------------------------	-----------------

Vararepresentanter som møtte:

Ap:	Frp/Sp/H: Remy Strømskag	Venstre:
------------	------------------------------------	-----------------

Merknader:

1. Innkalling til møte med sakliste ble enstemmig godkjent.

Underskrift:


Berit Flåmo
Ordfører


Kristin Reppe Storø
Protokollunderskriver


Siv-Tove Skarshaug
Sekretær

HOVEDUTSKRIFT

Utvalg: Formannskapet
Møtedato: 11.04.2019

SAKSLISTE

Saksnr.	Arkivsaksnr. Innhold
63/19	19/914 GODKJENNING AV PROTOKOLL FRA MØTE 02.04.19
65/19	18/3228 KLAGE PÅ DETALJPLAN, MILJØ-, TRANSPORT OG ANLEGGSPPLAN (MTA) - FRØYA VINDKRAFTVERK
66/19	19/441 PROSESSVARSEL - OMGJØRING AV DISPENSASJONSVEDTAK - VINDKRAFT
64/19	19/965 REFERATSAKER
67/19	17/1658 BOBILTØMMING, LEIEAVTALE
68/19	19/970 ORDFØRERS ORIENTERING
69/19	19/972 RÅDMANNS ORIENTERING

63/19

GODKJENNING AV PROTOKOLL FRA MØTE 02.04.19

Vedtak:

Protokoll fra møte 02.04.19 godkjennes som framlagt.

Enstemmig.

Forslag til vedtak:

Protokoll fra møte 02.04.19 godkjennes som framlagt.

65/19

KLAGE PÅ DETALJPLAN, MILJØ-, TRANSPORT OG ANLEGGSPLAN (MTA) - FRØYA VINDKRAFTVERK

Vedtak:

Frøya kommune gir følgende uttalelse som klage på MTA-vedtaket:

- **Frøya kommune fastholder at valget av vindturbiner, som gir en høyde på 180 meter, er en stor endring av tiltaket, som vil gi negative konsekvenser når det gjelder bl.a. synlighet og naturmangfold. Kommunestyret i Frøya kommune fastholder derfor at omsøkt høyde på vindturbinene ikke godkjennes, og at NVE kun tillater høyder i tråd med tidligere kommuniserte planer**
- **Frøya kommune fastholder at plasseringen av turbin 1 og 2 ikke skal tillates. Hensynet til den utsatte hubro-bestanden på Frøya og hensynet til Røssvassmyras sårbarhet kan ikke tilsesettes**
- **Frøya kommune mener det er kritikkverdig av NVE å ikke avvente endelig behandling av detaljplan/ MTA inntil folkeavstemning var avholdt**

Enstemmig.

Forslag til vedtak:

Frøya kommune gir følgende uttalelse som klage på MTA-vedtaket:

- Frøya kommune fastholder at valget av vindturbiner, som gir en høyde på 180 meter, er en stor endring av tiltaket, som vil gi negative konsekvenser når det gjelder bl.a. synlighet og naturmangfold. Kommunestyret i Frøya kommune fastholder derfor at omsøkt høyde på vindturbinene ikke godkjennes, og at NVE kun tillater høyder i tråd med tidligere kommuniserte planer
- Frøya kommune fastholder at plasseringen av turbin 1 og 2 ikke skal tillates. Hensynet til den utsatte hubro-bestanden på Frøya og hensynet til Røssvassmyras sårbarhet kan ikke tilsesettes
- Frøya kommune mener det er kritikkverdig av NVE å ikke avvente endelig behandling av detaljplan/ MTA inntil folkeavstemning var avholdt

66/19

PROSESSVARSEL - OMGJØRING AV DISPENSASJONSVEDTAK - VINDKRAFT

Vedtak:

Frøya kommune registrerer at tiltakshaver ikke har igangsatt noe byggearbeid. Dispensasjonen av 10.03.16 har dermed bortfalt i henhold til treårsfristen. Frøya kommune må vurdere pålegg om å stanse eventuelle bygge- og anleggsarbeider på stedet.

Enstemmig.

Formannskapetets behandling i møte 11.04.19:

Følgende forslag til vedtak ble fremmet av H, Frp og V:

Frøya kommune registrerer at tiltakshaver ikke har igangsatt noe byggearbeid. Dispensasjonen av 10.03.16 har dermed bortfalt i henhold til treårsfristen. Frøya kommune må vurdere pålegg om å stanse eventuelle bygge- og anleggsarbeider på stedet.

Enstemmig.

Rådmanns forslag:

Kommunestyret i Frøya kommune vedtar at:

- Fylkesmannens uttalelse hva gjelder dispensasjonsvedtaket tas til etterretning
- KMD sin vurdering av 3-års fristens gyldighet tas til etterretning
- Dispensasjonsvedtaket av 10.03.2016 hadde falt bort dersom tiltaket ikke var satt i gang innen 07.04.2019, men at tiltaket ville ha vært tilstrekkelig igangsatt om ikke de har blitt hindret av protestaksjonen på stedet
- Treårsfristen må derfor anses som avbrutt og dispensasjonen er dermed ikke er bortfalt

Falt enstemmig.

Forslag til vedtak:

Saken utsettes med bakgrunn i at konsekvensene ikke er tydelig nok beskrevet. Folkeavstemmingen har gitt oss et tydelig råd om å søke å få stoppet vindkraftutbyggingen på Frøya. Rådmannen bes om å søke å få svar på følgende spørsmål innen torsdag:

1. Hva er konsekvensen av at vi konkluderer med at igangsettelse ikke er utført/er utført.
2. Er det realisme i at konsesjonen blir trekt eller ikke blir benyttet av utbygger?
3. Er det sannsynlig at staten kommer med en statlig plan dersom kommunen får medhold i at treårsfristen er oversittet?

64/19

REFERATSAKER

Vedtak:

Referatene tas til orientering.

Enstemmig.

Forslag til vedtak:

Referatene tas til orientering.

67/19

BOBILTØMMING, LEIEAVTALE

Vedtak:

- 1. Frøya kommune skriver driftsavtale med Frøya Transportsenter AS**
- 2. For 2019 tas kostnaden over ordinær drift, ramme rådmann**
- 3. Fom 2020, og i hele avtaleperioden, legges kostnaden inn i budsjett**

Enstemmig.

Forslag til vedtak:

1. Frøya kommune skriver driftsavtale med Frøya Transportsenter AS
2. For 2019 tas kostnaden over ordinær drift, ramme rådmann
3. Fom 2020, og i hele avtaleperioden, legges kostnaden inn i budsjett

68/19

ORDFØRERS ORIENTERING

- **Kort orientering om besøket til OED.**

69/19

RÅDMANNS ORIENTERING

**Kjennelse, midlertidig forføyning, ikke tatt til følge. (Se vedlegg)
Prosess politisk organisering på neste møte den 23.04.19.**



FOSEN TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 04.04.2019
Sak nr.: 19-034965TVI-FOSN
Dommer: kst tingrettsdommer Marit Wenda Kjørsvik
Saken gjelder: Begjæring om midlertidig forføyning

Arkitema Architects AS

Advokat Petter Albrektsen

mot

Frøya kommune

Advokat Hallgrim Fagervold

KJENNELSE

Saken gjelder krav fra Arkitema Architects AS (heretter «Arkitema») om midlertidig forføyning for å forby Frøya kommune å tildele kontrakt i plan- og designkonkurranse i henhold til utlyst anbudskonkurranse.

Begjæring om midlertidig forføyning kom inn til Fosen tingrett den 1. mars 2019. Begjæringen ble forkynt for Frøya kommune den 4. mars 2019 og adgangen til å signere kontrakt ble derved suspendert, jf. forsyningsforskriften § 21-3. Frøya kommune har inngitt tilsvaret. Det ble den 18. mars 2019 avholdt planmøte. Rettsmøte med muntlig forhandling ble avholdt 25. mars 2019 i Fosen tinghus. Fra Arkitema møtte kontorsjef Thomas Innseth. Saksøkte var representert ved konstituert rådmann Beathe Meland med fullmakt, samt sivilarkitekt Astrid Reikvam. Reikvam var engasjert av Frøya kommune som juryleder i plan- og designkonkurransen. Det ble ført ett vitne, Reikvam, og bevis for øvrig som fremgår av rettsboken.

Sakens bakgrunn:

Kommunestyret i Frøya kommune vedtok i 2016 bygging av nytt helsehus med 28 plasser, og bygging av 48 omsorgsboliger med heldøgns tjenester. Konkurransen denne saken handler om, heter *FR-18-01: Plan og designkonkurranse Frøya Helse- og omsorgssenter*. Etter en forutgående prekvalifisering var Arkitema, Link arkitektur AS og Streken AS i samarbeid med RATIO arkitekter AS, valgt ut som leverandører for videre konkurranse. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 2.3 at konkurransen består av «å levere løsningsforslag for bedømmelse. Det skal også medfølge pristilbud på videre prosjektering, som vil danne utgangspunkt for kontraktsforhandlinger med arkitekt bak vinnende løsningsforslag.» Kommunen skal inngå avtale med én leverandør, og det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 5.2 at intensjonen er å videreføre oppdraget med den vinneren som av juryen rangeres som best. Oppstartsseminar ble avholdt 14. november 2018. Aktørene hadde før innleveringsfristen anledning til å stille spørsmål til oppdragsgiver, og det er i saken fremlagt notat som viser innkomne spørsmål og svar.

Ved brev av 15. februar 2019 ble Arkitema meddelt at Link arkitektur AS hadde vunnet konkurransen med sitt forslag «Hjerterom». Arkitema, som kaller sitt forslag «FrøyaHagene» ble rangert som nummer to.

Twisten mellom partene gjelder særlig tolkningen av konkurransegrunnlaget punkt 2.1, der det i femte og sjette avsnitt fremgår:

«Det vises til vedlagte mulighetsstudie med funksjon-, areal- og romprogram, og reguleringsplan. For utarbeidelsen av løsningsforslaget, er det krav til at mulighetsstudiens romprogram følges (areal og funksjoner). Teknisk areal forutsettes til 8% påslag, av hensyn til likebehandling av tilbyderne.»

Gjeldende reguleringsplan følges, da omregulering ikke er forutsatt. Forhold knyttet til høyder på teknisk rom/anlegg eller bebyggelsens avgrensning mv. vil kunne avvike noe fra gjeldende regulering, men det er da forutsatt å kunne behandle dette som mindre vesentlig endring med ev. dispensasjon fra planen i et videre prosjektførløp.»

Reguleringsplan for Bekken er datert 7. september 2018, og regulering av betydning for saken gjelder særlig punkt 4:

«4 BEBYGGELSE OG ANLEGG

4.1 Offentlig eller privat tjenesteyting (BOP)

a) o_BOP1, o_BOP2

Felt o_BOP 1 og o_BOP2 skal benyttes til omsorgsboliger og helsehus med tilhørende anlegg, herunder parkering på bakkeplan, sykkelparkering, samt plass for avfallsbeholdere.

b) Utforming (jf. PBL. § 12-7)

Bebyggelsen innenfor o_BOP skal utformes slik at den fremstår som separate boenheter i form av lavblokker eller kjedet bebyggelse. Ny bebyggelse skal tilpasses bygningsmiljøets karakter, men bør gis et moderne uttrykk slik at det framgår hva som er nytt. Med tilpasning menes at plassering, størrelse, materialbruk, detaljering og farger skal harmonere med eksisterende struktur og bebyggelse i området.

Utnyttelsesgrad og maksimalt tillatt høyde:

Område	Gesimshøyde	Mønehøyde	Utnyttelse (%BYA)
<i>o_BOP1</i>	<i>C+22</i>	<i>C+25</i>	<i>35 %</i>
<i>o_BOP2</i>	<i>C+26</i>	<i>C+29</i>	<i>30 %</i>
<i>o_BOP3</i>	<i>C+24</i>	<i>C+27</i>	<i>40 %</i>

Det er tillatt med sokkeletasje eller kjeller. Høyde beregnes etter gjennomsnittlig planert terreng.»

Denne saken gjelder BOP1.

Arkitema fremmet under den muntlige forhandlingen en ny anførsel om at også den veien som fremgår av forslaget til Link arkitektur AS, er i strid med konkurransegrunnlaget. Det fremgår av reguleringsplanen punkt 6.2 at det skal opparbeides «turvei» med bredde på 3,0 meter, og at «Turveien skal være universelt utformet.».

Planbeskrivelse til detaljregulering for området er datert 13. september 2018, der det av punkt 6.2 vedrørende BOP 1 fremgår at

«Dette er feltet sørøst i planområdet. Det er i dette området hvor helsehuset er plassert. o_BOP_1 får adkomst fra nordøst i feltet fra Myranvegen. Det er også tiltenkt en utvidelse av helsehuset mot sør. Terrenget faller slakt fra kote 16 i vest til kote 13 i øst. Helsehuset vil ha inngang fra plan 0 og vil strekke seg over to etasjer. Utnyttelsesgraden er foreslått til 30 %. Maks monehøyde er satt til kote + 22. Det tillates sokkel/kjelleretasje. Det skal også gå en tursti i planområdet som deler helsehuset og bokollektivet fra hverandre. Utbygging av helsehus vil ha samlet kapasitet på 28 plasser. o_BOP1 vil ha adkomst via o_SKV4 og parkering på o_SPP2.»

Av referat datert 14. november 2018 fra oppstartsmøte samme dag, fremgår av sak M-01.1.4

«Gangvei

Det tillates noe justering av gangvei gjennom området. (mindre vesentlig endring).»

I tillegg er det i tilknytning til prosjektet utarbeidet en mulighetsstudie datert februar 2018. Studien er utarbeidet av Rambøll. Karensperioden ble satt til 26. februar 2019, men ble senere forlenget til 1. mars 2019.

Partene er enige om at det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1, men er uenige om kravet, jf. tvisteloven § 34-2.

Arkitema har i det vesentligste anført:

Arkitema anfører prinsipalt at juryens avgjørelse er i strid med konkurransegrunnlaget som følge av høydeavvik på BOP1. En evaluering i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget skulle medført at Link arkitektur AS skulle vært avvist, da forslaget «Hjerterom» ikke er i overensstemmelse med konkurransevilkårene punkt 2.1. Dette medfører brudd på anskaffelsesloven § 4. Dersom tilbudet hadde vært avvist, ville Arkitema som ble innstilt som nr. 2 i plan- og designkonkurransen, vunnet konkurransen.

Subsidiært anføres at juryens evaluering er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, da det må anses negativt at bygget rager 2 meter høyere enn forutsatt i konkurransegrunnlaget. Herunder anføres tre hovedårsaker til at juryens avgjørelse er uriktig. For det første har Frøya kommune under evalueringen av prosjektet «Hjerterom» sett bort fra at forslaget avviker fra konkurransegrunnlagets forutsetninger

ved å se bort fra at forslaget i vesentlig grad overskrider reguleringsbestemmelsenes krav til møne- og gesimshøyde.

For det andre er det under evalueringen spesielt lagt vekt på økonomisk arealutnyttelse, og i den forbindelse fremgår det at juryen ved evalueringen av «Hjerterom» ikke har hensyntatt arealet som medgår til tekniske løsninger på loftet, og at konklusjonen av brutto/netto faktor på arealet av den grunn blir feil. Tekniske rom på loft, med føringer horisontalt vil kreve oppbygde løsninger mellom skråtakene. Dette vil igjen medføre at området må isoleres, og dermed skal regnes som et bruttoareal.

For det tredje vil løsningen med tekniske rom på loft være en dyr løsning. Løsningen vil innebære behov for branncelleinnndelinger og sprinkling. Løsningen vil dermed være lite kostnadseffektiv sammenlignet med forslaget «Frøyahagene» Det fremgår ikke av juryens evaluering at dette er hensyntatt, og evalueringen er mest sannsynlig basert på uriktig faktisk grunnlag. Det anføres videre at det av jury- og sluttrapportene fremgår det at juryen vurderer prosjektet «Frøyahagene» som et bedre eller likestilt prosjekt med «Hjerterom» på alle vesentlige punkter. Ovennevnte feilvurderinger har derfor åpenbart hatt avgjørende betydning for evalueringsresultatet.

Det anføres at også veien som fremgår av prosjektet «Hjerterom» er i strid med konkurransegrunnlaget, da den i grunnlaget er regulert som en turvei, mens «Hjerterom» legger til rette for adkomst med bil.

Arkitema har nedlagt følgende påstand:

- 1. Frøya kommune forbys å tildele kontrakt i plan- og designkonkurransen inntil det er rettskraftig avgjort om Arkitema Architects AS er rettmessig vinner av konkurransen, FR-18-01: Plan og designkonkurranse Frøya helse- og omsorgssenter.*
- 2. Arkitema Architects AS tilkjennes sakens omkostninger.*

Frøya kommune har i det vesentligste anført:

Det bestrides ikke at løsningsforslaget Hjerterom overstiger regulert mønehøyde med inntil 2 meter for den del av bygningsmassen plassert på reguleringsplanens område BOP1. Avviket er imidlertid ikke grunnlag for avvisning. Dette fordi det klart fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 at det ble åpnet for avvik.

At det ble åpnet for mindre vesentlige endringer/avvik ble også kommunisert til leverandørene både på oppstartsmøtet og i spørsmål- og svarrunden relatert til mulighetsstudiet. Samtlige av leverandørene hadde følgelig muligheten til å ta høyde for denne type avvik i sine løsningsforslag. Dette er relativt ordinært ved plan- og designkonkurranser, all den tid man ønsker løsningsforslag på skissestadiet som

visualiserer hvordan prosjektet kan utformes. Den endelige detaljprosjektering og avklaring av byggehøyder, arealformål mv. og eventuell tilpasning til reguleringsplan vil skje senere, og kommunen er ikke her bundet av de innkomne løsningsforslag. Dette til forskjell fra eksempelvis en åpen anbudskonkurranse om en totalentreprise.

Videre anføres at vurderingen av hva som utgjør et mindre vesentlig avvik faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Dette kan kun i begrenset grad overprøves. Retten kan kun prøve om oppdragsgiver ved skjønnsutøvelsen har brutt de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, om det er lagt feil faktum til grunn, eller om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig.

Frøya kommune kan ikke se at det hefter feil ved deres og/eller juryens skjønnsutøvelse. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at det ble åpnet for mindre vesentlige avvik fra reguleringsplanen, uten annen begrensning enn at avvikene var forutsett å kunne håndteres som mindre vesentlig endring eller dispensasjon uten full omregulering. Det aktuelle høydeavviket ble ansett for å være av en slik art at administrativ reguleringsendring etter plan- og bygningsloven § 12-14, som tidligere ble benevnt som «mindre endring» o.l., eller dispensasjon ville være tillatt og påregnelig, også sett i lys av tidligere praksis i kommunen. Skjønnsutøvelsen var således forsvarlig og i samsvar med kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Det anføres at de samme betraktninger må gjelde anførselen vedrørende gangveien i Link arkitektur ASs forslag. Veien har ikke vært tema i saken før under den muntlige forhandlingen. Adgang til justering av veien var et tema i oppstartsmøtet, og således også noe som var kjent for alle aktørene. Det vises videre til at forslaget «Hjerterom» ble gitt trekk for å tillate kjøring ved juryens vurdering. Det er således ikke gitt Link arkitektur AS noen fordel på bekostning av Arkitema eller de øvrige aktørene.

Frøya kommune har nedlagt følgende påstand:

- 1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.*
- 2. Arkitema Architects AS dommes til å betale Frøya kommunes sakskostnader.*

Rettsens vurdering

Hovedkrav og sikringsgrunn

Det følger av anskaffelsesloven § 9 annet ledd, jf. anskaffelsesforskriften § 25-3 (1) bokstav a, at en begjæring om midlertidig forføyning som er avgitt innenfor karenperioden, suspenderer oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. I Frøya kommunes konkurranseinnyddelse følger det at forskriftens del I og V kommer til anvendelse på konkurransen. Arkitema har anført at også forskriftens del III og § 25-3

kommer til anvendelse der plan- og designkonkurransen er avgjørende for inngåelsen av den etterfølgende tjenestekontrakten. Frøya kommune har ikke bestridt anførsel, og retten er enig i Arkitemas anførsel. Det vises til at det fremgår av konkurransegrunnlaget at det er kommunens intensjon å inngå avtale med vinneren av konkurransen. Retten viser også til forsyningsforskriften § 21-3 som antas å gjelde generelt. Retten ser ingen grunn til å gå nærmere inn på dette.

Etter tvisteloven § 32-1 (3) kan den som har et krav som går ut på annet enn betaling av penger, begjære midlertidig forføyning etter tvistelovens kapittel 34, dersom det foreligger en sikringsgrunn, jf. § 34-1 første ledd. Det følger videre av § 34-2 (1) at midlertidig forføyning normalt bare kan besluttes dersom kravet og sikringsgrunn er sannsynliggjort. Partene er enige om at det foreligger sikringsgrunn hvis retten finner hovedkravet sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 (1).

Det retten skal ta stilling til er om Arkitema har sannsynliggjort et hovedkrav, nærmere bestemt om Frøya kommune hadde plikt til å avvise tilbudet fra Link arkitektur AS.

Det rettslige utgangspunktet i anbudskonkurranser er at en tilbyder som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget skal avvises, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 24-2 første ledd bokstav a. Denne saken dreier seg om en plan- og designkonkurranse. Denne type konkurranse er regulert i anskaffelsesforskriften del IV. Anskaffelsesforskriften § 24-2 er ikke gitt direkte anvendelse, jf. § 31-3, og konkurransegrunnlaget viser kun til anskaffelsesforskriften del I og V. Det er imidlertid ikke bestridt at Frøya kommune har en avvisningsplikt ved brudd på konkurransegrunnlaget, anskaffelsesloven § 4, at det ved skjønnsutøvelsen er lagt feil faktum til grunn, eller at skjønnsutøvelsen er vilkårlig eller usaklig.

Arkitema har prinsipielt anført at Link arkitektur ASs løsningsforslag er i strid med konkurransegrunnlaget slik at det foreligger en avvisningsplikt. Spørsmålet er således om Link arkitektur ASs løsningsforslag «Hjerterom» er i samsvar med kravene i kommunens plan- og designkonkurranse.

Sentralt i denne forbindelse er for det første størrelsen på selve avviket. Retten bemerker at også de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, særlig kravene om likebehandling og forutberegnelighet, vil være av betydning.

Arkitema har anført at avviket vil ha betydning for omgivelsenes utsikt mot havet. Retten har ved vurderingen vektlagt at alle løsningsforslagene ble offentliggjort på kommunens hjemmesider fra 31. januar 2019, der det ble gitt mulighet for å fremme synspunkter til forslagene frem til 10. februar 2019 før juryens avgjørelse. Det kom ingen innsigelser eller klager på forslagene. Retten bemerker at avviket muligens vil kunne ha en estetisk betydning for byggets form, men at det på den andre siden må kunne anses som et like

viktig moment at avviket ikke innebærer at det som tilbys er noe annet enn det konkurransegrunnlaget etterspør. Link arkitektur ASs forslag innebærer at tekniske rom legges på taket, mens Arkitemas forslag på den andre siden går ut på å grave seg ned i grunnen, som viser kreativitet også fra Arkitemas side. Konkurransegrunnlaget regulerer ikke eksplisitt en adgang til grave seg ned i grunnen, herunder hvor langt ned dette kunne gjøres. Det er ikke foretatt noen utredning av forholdene under bakken på stedet. Frøya kommune valgte imidlertid å akseptere dette forslaget, noe som også støtter rettens oppfatning av konkurransens preg av å være et prosjekt som skulle videreutvikles. Retten kan for øvrig ikke av bevisførselen finne det sannsynliggjort at «Hjerterom»s forslag er i strid med hensynet til økonomisk arealutnyttelse eller arealberegningen. Retten har videre ikke konkrete holdepunkter eller noe sammenligningsgrunnlag for å anta at løsning med tekniske rom på taket vil være en dyr løsning.

Når det gjelder forholdet til de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, er det etter rettens syn heller ikke noe som tilsier at det avviket i Link arkitektur ASs tilbud inneholder bør vurderes som vesentlig og dermed medfører avvísningsgrunn. Når det følger direkte av konkurransegrunnlaget at kravet om å overholde høydegrensen ikke er absolutt, innebærer det nettopp at alle tilbydere har lik mulighet til å fremme løsningsforslag med mindre avvik. Dermed var det også forutberegnelig at oppdragsgiveren var åpen for å vurdere tilbud hvor høydegrensa var overskredet.

Slik denne saken ligger an, mener retten derfor at det ikke er noe som gir grunnlag for å vurdere Link arkitektur ASs avvik som vesentlig eller av en slik art det ville være i strid med konkurransegrunnlaget ikke å avvise det. I realiteten har Link arkitektur AS tatt konsekvensen av konkurransegrunnlagets adgang til «noe avvik» som kommunen ga allerede i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 sjette avsnitt, og gjentok på senere spørsmål fra tilbyder før innleveringsfristen. Selv om det teknisk sett er et «avvik» er det avvik på et punkt hvor alle tilbyderne hadde oppfordring til å vurdere det samme. At Link arkitektur AS ble rangert som nummer én av to vinnere i konkurransen og på noen punkter ble vurdert som bedre eller likestilt med Arkitema, innebærer ikke at avviket i seg selv må vurderes som vesentlig. Arkitema hadde som nevnt samme mulighet, men benyttet den ikke. Å godta Link arkitektur ASs tilbud er dermed verken i strid med hensynet til konkurranse, likebehandling eller forutberegnelighet. Til dette kommer at det ikke foreligger konkrete holdepunkter for retten til å fastslå at høydeavviket var avgjørende for rangeringen.

Arkitema har subsidiært anført at kommunens skjønnsutøvelse er i strid med anskaffelsesloven § 4.

Retten legger til grunn at oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet når det gjelder å fastsette hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles og hvor strenge kravene skal være for å oppfylle formålet, det vil si å sikre kontraktsmessig oppfyllelse. Retten viser til Borgarting

lagmannsretts avgjørelse inntatt i LB-2017-156250. Kvalifikasjonskravene skal oppfylle de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, herunder være så klart utformet at en normalt tilbyder kan forstå innholdet i dem og utlede hvilke konkrete betingelser som stilles for deltakelse i konkurransen, jf. Dragsten, Offentlige anskaffelser, 2013, side 325. De generelle kravene til likebehandling og forutberegnelighet/klarhet, slik disse fremgår i Rt-2008-1705 avsnitt 33 og 34, gjelder også her.

Når det gjelder tolkning av kvalifikasjonskravene, legger retten til grunn at det skal foretas en objektiv tolkning, jf. Borgarting lagmannsretts uttalelser inntatt i LB-2017-156250.

Retten bemerker at konkurransen i denne saken gjelder en plan- og designkonkurranse med valg av et løsningsforslag som skal videreutvikles og gjennomføres som en totalentreprise, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Det er således ikke tale om en totalentreprise, men vinneren vil bli tiltransportert til totalentreprenøren. Selv om det i konkurransegrunnlaget punkt 3.5.1 fremgår at det skal leveres et «komplett» løsningsforslag, fremstår prosjektet således som et prosjekt som skal videreutvikles. Dette underbygges av konkurransegrunnlagets forside der det fremgår «Konkurransefase av plan- og designkonkurranse». Konkurransen er en fase i en større prosess. Videre fremgår av juryens rapport av 13. februar 2019 punkt 6 at «Juryens kåring av vinner(e) av plan- og designkonkurranse skal behandles politisk. Det vil da bli tatt endelig stilling til videreføring av foreliggende utkast og ev. andre kontraktsmessige forhold».

Også videreføring av prosjektet beror på politisk behandling etter juryens kåring. Retten viser til konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Plan- og designkonkurranser er regulert særskilt i anskaffelsesforskriften, og kun deler av anskaffelsesforskriften er gjort gjeldene i denne type konkurranse. Prosjektets art tilsier at det ikke var et endelig resultat som skulle godkjennes ved juryens kåring. Retten har lagt vekt på at dette var ett av juryens forutsetninger ved evalueringen, noe som også fremgår av juryleder Reikvams forklaring.

Høydeavvik BOP1

Retten legger ut fra partenes anførsler til grunn at stridens kjerne gjelder høydeavviket i Link arkitektur ASs løsningsforslag «Hjerterom», og hvorvidt avviket omfattes av ordlyden i konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Det er ikke bestridt at det foreligger et avvik fra høyde som angitt i reguleringsplanen, og partene er ikke uenige om størrelsen på avviket; henholdsvis 2 og 0,7 meter.

Det fremgår imidlertid som nevnt av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 sjette avsnitt at:

*«Gjeldende reguleringsplan følges, da omregulering ikke er forutsatt.
Forhold knyttet til høyder på teknisk rom/anlegg eller bebyggelsens avgrensning mv.
vil kunne avvike noe fra gjeldende regulering, men det er da forutsatt å kunne*

behandle dette som mindre vesentlig endring med ev. dispensasjon fra planen i et videre prosjektførløp.»

Det følger uttrykkelig og utvetydig av ordlyden at høyder vil kunne «avvike noe» fra «gjeldende regulering». Det er etter rettens oppfatning således ikke et absolutt krav at høyder er i samsvar med reguleringsplanen. Det åpnes med dette for avvik, men forutsettes at avviket kan behandles som en mindre vesentlig endring med eventuell dispensasjon. En naturlig forståelse av dette tilsier, etter rettens syn, at avviket ikke må kreve reguleringsendring som er en mer omfattende prosess, slik som også fremgår av første setning i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 sjette avsnitt foran.. Tolkningen støttes av kommunens svar på spørsmål 2 i notat den 13. november 2018, der det vises til konkurransegrunnlaget punkt 2.1 sjette avsnitt.

Konkurransegrunnlaget angir ikke noen nærmere avgrensning av hvor mye avvik som kan aksepteres, eller når avvik vil kreve reguleringsendring. De nærmere grensene for avvikets omfang beror således, etter rettens syn, på kommunens skjønn i egenskap av oppdragsgiver. Overprøvingsadgangen er begrenset på samme måte som ved forvaltningsskjønn, jf. Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) s. 67 og NOU 1997:21 s. 82. Det er imidlertid fra Arkitema anført at det ikke kan anses påregnelig at høydeavviket ikke vil kreve reguleringsendring eller at dispensasjon vil bli gitt. Retten må således vurdere om kommunen ved skjønnsutøvelsen har lagt til grunn feil faktum, eller er usaklig eller vilkårlig. Spørsmålet er om det er mest sannsynlig at høydeavviket vil kreve reguleringsendring, eller at det ikke vil bli gitt dispensasjon.

Retten har ved vurderingen vektlagt juryleder Reikvams forklaring om at juryen i plan- og designkonkurransen anså høydeavviket som en mindre vesentlig endring som det ville bli gitt dispensasjon for. Både Arkitema og Link arkitektur ASs løsningsforslag hadde avvik, men alle ble godtatt. Frøya kommune har videre vist til eksempler på tidligere saker der det har blitt gitt dispensasjon. Utover dette har retten ingen holdepunkter for å kunne fastslå noe om hvordan avviket mest sannsynlig vil bli behandlet i den videre prosessen. Det har eksempelvis ikke vært noen direkte bevisførsel med hensyn til om det foreligger en felles oppfatning i bransjen på at slikt avvik vil kreve omregulering eller ikke bli innvilget dispensasjon.

Retten bemerker imidlertid at det er tale om en plan- og designkonkurranse, og at det da i utgangspunktet vil være uheldig å avskjære muligheten for kreative løsninger, selv om disse vil trenge dispensasjon fra reguleringsplan for å kunne gjennomføres. Det vises til prosjektets forutsetning om videre bearbeiding mv. som beskrevet foran. I mangel av mer konkrete tolkningsmomenter, er retten kommet til at det ikke foreligger holdepunkter for å fastslå at Frøya kommune har lagt til grunn feil faktum ved skjønnsutøvelsen, er vilkårlig eller usaklig.

Turveien

Arkitema har anført at turveien i Link arkitektur ASs løsningsforslag er i strid med konkurransegrunnlaget, subsidiært at kommunens skjønnsutøvelse også hva gjelder aksepten av denne er basert på feil faktum, vilkårlig og eller usaklig. Retten bemerker innledningsvis at Arkitemas anførsel vedrørende turveien i Link arkitektur ASs løsningsforslag er en ny anførsel som ikke ble fremmet i saken før under den muntlige forhandlingen.

Hva gjelder spørsmålet om det faktisk foreligger et avvik i løsningsforslaget «Hjerterom», viser retten til at kommunen ikke har bestridt at det foreligger avvik. Retten bemerker at veien i reguleringsplanen er angitt å skulle være en «turvei», og at den i justeringsadgangen i referat fra oppstartsmøte den 14. november 2018 refereres til som «gangvei». Dette kan tyde på at biladkomst medfører et avvik.

Det fremgår imidlertid av referat den 14. november 2018 fra oppstartsmøte samme dag at

«det tillates noe justering av gangvei gjennom området. (mindre vesentlig endring).»

Som for høydeavvik var det heller ikke for veien nærmere angitt hvor mye justering som tillates, og den nærmere reguleringen faller inn under kommunens skjønn. Retten legger til grunn at det også her var forutsatt at justeringen ikke måtte medføre reguleringsendring.

Retten kan ikke se at bevisstillingen for gangveien stiller seg noe annerledes enn ved vurderingen av høydeavviket foran. Det foreligger ingen holdepunkter for å anta at det ved justeringsadgangen hva gjelder turveien er satt ytterligere begrensninger enn for adgang til avvik fra høyde hva gjelder hverken den konkrete ordlyden i konkurransegrunnlaget eller for kommunens skjønn ved vurderingen.

For veien gjelder i tillegg at det av juryens vurdering av 13. februar 2019 punkt 2 fremgår at

«I «Hjerterom» er denne gangveien gitt et bymessig preg med fast dekke og adkomstvei for bil til hovedinngang, samt hager/fellesareal tett mot denne. Juryen mener forutsetningene med offentlig gangvei gjennom området, på denne måten blir forringet, når den skal kombineres som bilvei og ligge tett på hager/fellesareal.»

«Hjerterom» er således ikke gitt noen fordeler ved løsningsforslaget hva gjelder gangvei. Retten kan videre ikke se at det av juryens uttalelse under samme punkt i sin vurdering fremgår at det er Arkitemas løsning for gangvei som anses best for omgivelsene, alene kan medføre at Arkitema burde vært rangert som vinner av konkurransen. Juryens kåring beror

på en skjønnsmessig vurdering av hele løsningsforslaget, både de ulike elementene og helheten. Retten er således kommet til at Link arkitektur ASs løsning hva gjelder gangvei ikke er i strid hverken med konkurransegrunnlaget, de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, eller at kommunens skjønnsutøvelse er basert på feil faktum, er usaklig eller vilkårlig. Det vises for øvrig til rettens bemerkninger hva gjelder skjønnsutøvelsen ved høydeavviket da de samme vurderinger må gjelde også ved den kjente adgangen til justering av turvei.

Retten resultat er etter dette at Arkitema ikke har sannsynliggjort et krav om at Frøya kommune hadde en avvisningsplikt overfor Link arkitektur AS.

Vilkårene i tvisteloven § 34-2 (1) er ikke oppfylt, og begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.

Etter rettens resultat finnes ikke grunn til å nærme inn på sikringsgrunn eller forholdsmessighetsvurdering.

Sakskostnader

Etter resultatet skal Frøya kommune tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 32-10, jf. § 20-2 første ledd. Advokat Hallgrim Fagervold har på vegne av Frøya kommune fremmet en kostnadsoppgave på kr 187 490. Advokat Petter Albrektsen hadde ingen innsigelser til oppgaven. Retten har vurdert, men finner ikke at unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd eller § 20-4 kommer til anvendelse. Sakskostnader som skal tilkjennes Frøya kommune fastsettes således til kr 187 490. Kostnadsbeløpet inkluderer ikke merverdiavgift, da den som får tilkjent sakskostnader driver næring med avgiftsplikt og kan føre merverdiavgiften til fradrag i sitt avgiftsregnskap.

SLUTNING

1. Begjæring om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Arkitema Architects AS betaler kr 187 490 – hundreogåttisyv tusen firehundreogtittusen - kroner i sakskostnader til Frøya kommune innen to uker etter forkynning av denne kjennelsen.

Marit Wenda Kjørsvik