



## OSLO BYFOGDEMBETE

### DOM OG KJENNELSE

---

**Avsagt:** 23.09.2016 \*

**Sak nr.:** 16-109245TVI-OBYF/1

**Dommer:** Dommer Henning Kristiansen

**Saken gjelder:** Begjæring om midlertidig forføyning og krav om dom for hovedkravet – spørsmål om avvisning av tilbud i konkurranse om veitviklingskontrakt – konkurransepreget dialog

---

Hæhre Entreprenør AS

Advokat Borgar Høgetveit Berg

Rettslig medhjelper: Advokat Kristine Rønningen Blaauw

**mot**

Staten v/ Samferdselsdepartementet

Advokat Jørgen Aardalsbakke

Rettslig medhjelper:  
Advokatfullmektig Solfrid Aga

**Partshjelp:**

Skanska Norge AS

Advokat Morten Goller

\* Datoen er rettet fra 23.08.2016 til 23.09.2016 i medhold av tvisteloven § 19-8.

  
23.09.2016 Henning Kristiansen

## KJENNELSE OG DOM

### 1 Innledning

Hæhre Entreprenør AS «Hæhre» begjærte 1. juli 2016 midlertidig forføyning med krav om at staten v/Samferdselsdepartementet forbys å inngå kontrakt i konkurranse om vegutviklingskontrakt E6 Helgeland sør.

I prosesskriv 4. juli 2016 opplyste Hæhres prosessfullmektig, advokat Borgar Høgetveit Berg, at Statens vegvesen i brev 30. juni 2016 hadde meddelt at Skanska Norge AS («Skanska») hadde vunnet konkurransen og at det var fastsatt en karensperiode frem til 11. juli 2016.

Begjæringen ble 4. juli 2016 forkynt for statens prosessfullmektig, advokat Jørgen Aardalsbakke. I rettens brev ble det gjort oppmerksom på at adgangen til å inngå kontrakt var suspendert som følge av at begjæringen om midlertidig forføyning var fremsatt innenfor karensperioden, jf. anskaffelsesforskriften § 22-3 a.

Retten innkalte etter dette partene til muntlig forhandling 5, 6. og 7. september 2016.

I skriftlige merknader 5. august 2016 til begjæringen om midlertidig forføyning, begjærte staten at hovedkravet ble trukket inn for samtidig pådømmelse, jf. tvisteloven § 32-9.

Retten mottok 11. august 2016 erklæring om partshjelp fra Skanska, representert ved advokat Morten Goller. Begjæringen ble forelagt for partene, som begge gjorde gjeldende at vilkårene etter tvisteloven § 15-7 for å tillate partshjelp ikke var oppfylt. Retten avgjorde dette spørsmålet ved kjennelse 19. august 2016, og besluttet at Skanska skulle gis anledning til å opptre som partshjelper for staten i saken. I beslutning samme dag avgjorde retten at Skanska skulle gis tilgang til statens tilsvaret i saken, og at hovedkravet kunne trekkes inn til samtidig pådømmelse, jf. tvisteloven § 32-9.

Muntlig forhandling i saken ble gjennomført 5., 6. og 7. september 2016.

### 2 Sakens bakgrunn

Hæhre er en betydelig aktør innen vei- og anleggsutbygging. Selskapet er lokalisert i Vikersund i Modum, på Billingstad i Asker og i Bergen, og utfører oppdrag over hele landet. Selskapet har over 1200 ansatte.

Hæhre fikk i 2015 tildelt oppdraget med utvikling av E6 Helgeland nord, delparsell Korgen – Bolna av Statens vegvesen. Statens vegvesen lyste 13. juli 2015 ut konkurranse for totalentreprisen E6 Helgeland sør, som vil være en direkte forlengelse av denne

veistrekningen. Konkurransen skulle gjennomføres som en konkurransepreget dialog i henhold til anskaffelsesforskriften del I og III. Konkurransformen var den samme som i konkurransen om E6 Helgeland nord. Statens vegvesen har i eget informasjonsmateriale opplyst at formålet med vegutviklingskontraktene er å sikre en kontinuerlig, sammenhengende og forutsigbar utbygging av en lang strekning.

Konkurransen gjelder prosjektering, bygging, drift og vedlikehold av E6 mellom Nord-Trøndelag grense og Osen i Nordland fylke. Drift og vedlikehold skal utføres på alle veier som inngår i kontrakten, også der det ikke er gjort eller skal utføres bygging. Prosjektet skal bompengefinansieres, og det er forutsatt innført fire bompengestasjoner i kontraktsområdet. I tillegg skal det opprettes et eget bompengeselskap som skal drifte betalingsstasjonene.

Av prekvalifikasjonsgrunnlaget fremgikk at byggearbeidene skulle være avsluttet senest 30. september 2020. Driftsdelen av kontrakten skal løpe fra 1. september 2016 til 31. august 2031 dersom opsjon ikke benyttes. Kontrakten har dermed en varighet på 15 år når byggetiden tas med.

Konkurransen skulle gjennomføres som en konkurransepreget dialog, jf. anskaffelsesforskriften § 14-2. Formålet med dialogfasen var å identifisere og fastslå hvordan byggherrens krav og behov best kunne oppfylles. Når Statens vegvesen hadde funnet den eller de løsninger som oppfylte behovet, skulle dialogfasen erklæres avsluttet. Statens vegvesen skulle da oppfordre de gjenværende deltakerne i konkurransen til å avgi endelig tilbud på grunnlag av de løsninger som var fremlagt og bearbeidet i dialogfasen. Tildeling av kontrakt skulle så skje på grunnlag av byggherrens evaluering av de endelige tilbudene.

Kontrakt skulle tildeles det økonomisk sett mest gunstige tilbudet. Leverandøren med lavest konkurransesum ville bli tildelt oppdraget. Konkurransesummen ville bli bestemt av tilbudssum (tilbudt pris med korrigeringer), men der det ved beregningen av tilbudssummen også ville bli tatt hensyn til kostnader i forbindelse med tiltak under øvrige tildelingskriterier (organisering og styring av kontrakt, sensitive områder, tekniske løsninger og trafikkavvikling).

Det ble gjennomført en prekvalifisering, med frist til 18. september 2015 med å innlevere prekvalifikasjonssøknad. Fire entreprenører ble kvalifisert til å delta. Prekvalifikasjonssøknadene skulle leveres til Statens vegvesens kontor i Mosjøen. De tre entreprenørene Hæhre, Skanska og NCC Construction AS («NCC») ble valgt til å delta i konkurransen.

De utvalgte entreprenørene fikk tilsendt konkurransegrunnlaget «Gjennomføring av dialog og etterfølgende konkurranse» av 18. november 2015. Av konkurransegrunnlaget del A2 fremgikk det:

«Kontraktarbeid: Bygging av ca 57,8 km E6 Helgeland Nord-Trøndelag grense – Osen, samt drift- og vedlikehold av riksvegnettet i Grane og Vefsn kommune

Tilbudet skal leveres i to separate konvolutter, jf. KAP B3 pkt. 3.9.

Konvolutt 1 skal være merket med:

"Tilbud nr. 15/210204-xx E6 Helgeland, Nord-Trøndelag grensen – Osen, Konvolutt 1"

Konvolutt 2 skal være merket med:

"Tilbud nr. 15/210204-xx E6 Helgeland, Nord-Trøndelag grensen – Osen, Konvolutt 2: Pristilbud"

Tilbud som leveres i strid med ovennevnte, kan bli avvist.

Innlevering til:

Statens vegvesen Region nord med innleveringssted:

Kontoradresse: Mosjøen Kontorsted – Postadresse: Ytterøra, 8656 Mosjøen

Tidspunkt for innlevering av endelig tilbud settes ved endelig avslutning av konkurransepreget dialog.»

Konvolutt 1 skulle inneholde en besvarelse av tildelingskriteriene som gjaldt kvalitetsmessige forhold ved de tekniske konseptforslagene og konvolutt 2 skulle inneholde prisopplysninger.

Ved innledningen av dialogfasen ble det 25. november 2015 gjennomført et oppstartsmøte mellom Statens vegvesen og Hæhre. Av referatet fra møtet, sak 01.6 «Oppbygging og struktur», fremgikk det:

- «- SVV gikk gjennom oppbygging og struktur på eRoom, kapitlene i konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene for kontrakten
- Kommunikasjon mellom partene kan gjøres på mail. Mailene vil legges på eRoom
- Avklaringer av generell karakter vil kunne videreformidles fra SVV til alle tilbydere»

E-rom er et elektronisk dokumentbehandlingssystem som skulle forenkle kommunikasjonen mellom partene i dialogfasen.

I oppstartsmøtet ble første dialogmøte berammet til 20. januar 2016.

NCC hadde stilt spørsmål om det var mulig å få mer tid til å innlevere pristilbudet (konvolutt 2). Til dette svarte Statens vegvesen at spørsmålet først måtte tas opp med de øvrige leverandørene, Hæhre og Skanska. Ingen av disse hadde innsigelser mot at fristen for å levere pristilbudet (konvolutt 2) ble forskjøvet til etter at konvolutt 1 var levert. Av den skriftlige tilbakemeldingen fra Statens vegvesen til Hæhre etter det første dialogmøtet, fremgikk det under punkt 4 at det ble gjort følgende endring i konkurransegrunnlaget:

«Tekst som tas ut:

*Tidspunkt for innlevering av endelig tilbud settes ved endelig avslutning av konkurransepreget dialog.*

Ny tekst:

*Innleveringsfrister for tilbud:*

*Innleveringsfrist konvolutt 1: 20. mai 2016 kl 12.00*

*Innleveringsfrist konvolutt 2: 2. juni 2016 kl 12.00»*

Andre dialogmøte ble samtidig berammet til 17. februar 2016.

Statens vegvesen kom til at dersom konvolutt 2 skulle leveres på et senere tidspunkt enn konvolutt 1, så måtte levering skje i Oslo. Bakgrunnen var at prosjektorganisasjonen ville befinne seg i Oslo på det tidspunkt konvolutt 2 skulle leveres. Dette fremkom av den skriftlige tilbakemeldingen fra Statens vegvesen til Hæhre etter det andre dialogmøtet, 17. februar 2016:

**«Videre prosess fram til avslutning av dialogfasen jf. kap B3, pkt. 3.8:**

[...]

- 20. mai: Innlevering av konvolutt 1 kl 10.00.  
Innleveringssted:  
*Statens vegvesen  
Ytterøra 22  
8652 Mosjøen*  
Konvolutt merkes iht konkurransegrunnlaget kap. A2
  
- 2. juni Innlevering av konvolutt 2 kl 10.00.  
Innleveringssted:  
*Vegdirektoratet  
Brynsengfareet 6A  
0667 Oslo*

Konvolutt merkes iht konkurransegrunnlagets kap. A2»

Tredje dialogmøte ble gjennomført 9. mars 2016. Av tilbakemeldingen til Hæhre fremgikk det:

«18. mars: Byggherren erklærer dialogfasen for avsluttet og sender de tre entreprenørene invitasjon på deltagelse i tilbudsfasen jf. kap. B3. pkt. 3.7."

Videre ble opplysningene om innleveringstidspunkt og innleveringssted, som gjengitt ovenfor, gjentatt.

Statens vegvesen v/Øyvind Børstad oversendte etter dette 18. mars 2016 brev vedrørende avslutning av dialogfasen til Knut Harstad i Hæhre. Av brevet fremgikk det:

«Det er nå gjennomført dialog med alle leverandørene, og Statens vegvesen Region nord har funnet løsninger som oppfyller behovet angitt i ramme for dialogen.

Statens vegvesen Region nord erklærer med dette dialogen for avsluttet 18.02.2016 jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 20-9 (1) og gjennomføring av dialog og etterfølgende konkurranse pkt.3.8, og inviterer alle leverandørene til å avgi tilbud.

Tilbudet skal avgis på grunnlag av de løsninger som er fremlagt og presisert under dialogen.

Det presiseres at det skal avgis komplett tilbud. Det vil si tilbud som svarer ut alle forhold som fremgår av konkurransedokumentene (konkurransegrunnlaget, møtereferater og øvrige dokumenter kommunisert på eRoom).

Avslutningen av dialogen medfører at det ikke lenger vil være åpning for dialog mellom partene, ut over det som følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-9 (2).

Tid og sted for innlevering av tilbud:

**20. mai: Innlevering av konvolutt 1 kl 10.00.**

Innleveringssted:  
*Statens vegvesen*  
*Ytterøra 22*  
*8652 Mosjøen*

Konvolutt merkes jf. konkurransegrunnlaget kap. A 2

## **2. juni: Innlevering av konvolutt 2 kl 10.00.**

Innleveringssted:  
*Vegdirektoratet*  
*Brynsengfare 6A*  
*0667 Oslo*

Konvolutt merkes jf. konkurransegrunnlagets kap. A2»

Den 10. april 2016 ble konkurransegrunnlaget for Hæhre sendt per e-post til Knut Harstad. Konkurransegrunnlaget, som var datert 8. april 2016, ble også lagt ut på eRoom. Av oversendelsesmailen fra Øyvind Børstad i Statens vegvesen til Knut Harstad i Hæhre, fremgikk det:

«Hei Knut!

Håper alt står bra til og at dere er i full gang med kalkulasjon?

Vedlagt finner du komplett konkurransegrunnlag for Hæhre Det er bygd opp på følgende måte hvor alle kapitler fra A – E er identiske for de ulike entreprenørene og kapittel F inkluderer referater fra dialogfasen. Konkurransegrunnlaget er også lagt ut på eRoom.»

Det viste seg imidlertid at det oppdaterte konkurransegrunnlaget manglet kapittel A2, som blant annet omhandlet leveringstid og leveringssted. Av kapittel A4 «Endringer i konkurransegrunnlaget i dialogfasen» fremgikk det videre under punkt 4 at innleveringsfristen var endret, slik at konvolutt 1 skulle leveres 20. mai kl 1200 og konvolutt 2 skulle leveres 2. juni 2016 kl 1200, og ikke kl 1000 for begge konvolutter, som oppgitt i den forutgående kommunikasjonen.

Statens vegvesen oppdaget at kapittel A2 manglet og at tidspunktet for innlevering av tilbudene var endret fra kl 1000 til kl 1200, uten at dette var tilsiktet. Øyvind Børstad i Statens vegvesen tok etter dette kontakt med hver av tilbyderne på telefon, og oversendte en e-post 19. mai 2016 til hver av tilbyderne, der dette ble forsøkt rettet opp. Av e-posten som ble sendt Hæhre v/ Knut Harstad fremgikk det:

«Hei!

Viser til telefonsamtale hvor jeg påpekte at vi har gjort en feil i konkurransegrunnlagets kap A4 – endringslogg. Vi har skrevet innleveringstidspunkt kl. 12.00. dette er ikke korrekt, det skal være kl. 10.00 på begge innleveringstidspunktene. I tillegg mangler kapittel A 2 i det oversendte

konkurransesgrunnlaget, se vedlegg. Kap A2 vil også tilføyes i konkurransegrunnlag av 08.04.16.»

Vedlagt e-posten fulgte også oppdatert konkurransegrunnlag, som også inneholdt oppdatert kapittel A2, der riktig leveringstidspunkt (kl 1000) og riktige leveringssteder (hhv. Mosjøen (konvolutt 1) og Oslo (konvolutt 2) fremgikk.

Hæhre innleverte – i likhet med øvrige leverandører – konvolutt 1 til riktig tid og sted som angitt i konkurransegrunnlaget. Når det gjaldt innlevering av konvolutt 2, besluttet Hæhre å sende ansvarlig for innlevering av tilbudet, Trond Simensrud, til Mosjøen for å levere tilbudet én dag før fristen løp ut. Dette ble også gjort. Simensrud mottok ved innleveringen en bekreftelse fra Statens vegvesen, Mosjøen trafikkstasjon, der det fremgikk:

«Med dette bekrefter vi at Tilbud nr: 15/210204 E6 Helgeland..." er mottatt i dag den 01.06.2016, kl. 1104 ved Mosjøen trafikkstasjon.»

Skanska og NCC leverte konvolutt 2 innen fristen på den oppgitte adressen i Oslo.

Da Statens vegvesen skulle åpne konvolutt 2 etter utløpet av fristen 2. juni 2016 kl 1000, ble det klart at det kun var innkommet to tilbud; fra Skanska og NCC. Prosjektleder Bård Nyland forklarte i retten at det da oppstod en merkelig stemning blant medlemmene i prosjektledelsen, og at det ble besluttet å ta kontakt med Hæhre per telefon for å undersøke hva som kunne ha skjedd. Øyvind Børstad tok da kontakt med Knut Harstad i Hæhre, som informerte om at konvolutt 2 var levert i resepsjonen på Statens vegvesens trafikkstasjon i Mosjøen dagen før. Hæhre fikk da først beskjed om å sende tilbudet per e-post, men dette skal rett etterpå ha blitt korrigert, etter at prosjektorganisasjonen hadde konsultert jurister. I stedet besluttet Hæhre å levere et likelydende tilbud til Vegdirektoratets adresse i Oslo. Dette tilbudet ble levert på den oppgitte adressen 2. juni 2016 kl 11.50.

I forbindelse med at det ble avklart at Hæhre ikke hadde levert konvolutt 2 på rett sted innen fristen, ble prosjektledelsen i Statens vegvesen samlet sammen med ledelsen i Vegdirektoratet. Spørsmålet var om Statens vegvesen hadde plikt til å avvise Hæhres tilbud fra konkurransen. Det ble iverksatt arbeid med å utrede dette spørsmålet, og saksbehandlingen ble avsluttet med et møte den 9. juni 2016 i ledergruppen i Vegdirektoratet, der det ble besluttet å avvise Hæhres tilbud. Den endelige beslutningen om å avvise Hæhre ble truffet av vegdirektøren. Som grunnlag for beslutningen lå et notat fra advokat Jørgen Aardalsbakke. I tillegg hadde det blitt innhentet en vurdering fra Regjeringsadvokaten, og det var også utarbeidet et notat fra byggherreenheten i Vegdirektoratet.

Statens vegvesen meddelte Hæhre beslutningen om å avvise selskapets tilbud fra konkurransen i brev 10. juni 2016. Av brevet fremgikk det:



«Det vises til Deres deltakelse i konkurranse om vegutviklingskontrakt E6 Nord-Trøndelag grense Osen.

Det meddeles med dette at Statens vegvesen har besluttet at Deres tilbud skal avvises fra konkurransen.

I konkurransegrunnlaget kapittel A2 fremkommer det at tilbudets Konvolutt 2 skal leveres på angitt adresse i Oslo. Dette fremkommer også av byggherrens beslutning om avslutning av dialogfasen med tilhørende invitasjon til inngivelse av tilbud, samt referater fra det andre og tredje dialogmøtet.

Det vises videre til konkurransegrunnlaget kapittel B1 punkt 2.1 hvor det fremkommer at tilbud er rettidig levert dersom det er kommet frem til innleveringsstedet før tilbudsfristens utløp.

Som De er kjent med ble Konvolutt 2 av Deres tilbud levert i Mosjøen, og ikke i Oslo slik det følger av konkurransereglene. Beslutningen om å avvise tilbudet er gjort med grunnlag i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 første avsnitt, bokstav a, og konkurransegrunnlaget kapittel A2, hvor det begge steder fremkommer avvsningsbestemmelser om det aktuelle forholdet. Det foreligger således både plikt og rett for Statens vegvesen til å avvise tilbudet.

Det opplyses om at Konvolutt 2 fra de øvrige tilbydere vil bli åpnet 20. juni 2016 kl 1400 og at evalueringen av disse tilbudene vil fortsette etter dette.

Statens vegvesen takker for Deres deltakelse i konkurransen.»

Hæhre påklaget beslutningen om å avvise tilbudet i brev 15. juni 2016 fra advokat Aron Solheim, og Statens vegvesen ble anmodet om å omgjøre beslutningen. I brev 20. juni 2016 fra Statens vegvesens advokat, Jørgen Aardalsbakke, ble det meddelt at beslutningen om å avvise Hæhre ikke var besluttet omgjort. Det var etter dette ytterligere korrespondanse mellom advokat Solheim og advokat Aardalsbakke, men uten at dette førte til at beslutningen om ikke å omgjøre avvisningen av Hæhres tilbud ble endret.

Etter at Statens vegvesen ble gjort kjent med at Hæhre ville påklage avvsningsbeslutningen, besluttet Statens vegvesen å utsette åpningen av de øvrige tilbudene ytterligere, til 27. juni 2016 kl 1400.

Det ble gjennomført åpning av de øvrige tilbudene 27. juni 2016 kl 1400.

### 3 Partenes anførsler

#### 3.1 Hæhre Entreprenør AS har i korte trekk gjort gjeldende

Hæhre har levert til «fastsatt» adresse i henhold til gjeldende konkurransegrunnlag. Det følger av konkurransegrunnlaget punkt A2 at levering skulle skje i Mosjøen. Dersom Statens vegvesen hadde til hensikt å endre dette, måtte reglene for endring av konkurransegrunnlaget vært fulgt, jf. anskaffelsesforskriften § 17-2 (2) som fastsetter at alle endringer umiddelbart skal sendes leverandørene.

I dette tilfellet hadde Statens vegvesen etablert eRoom som konkurransegjennomføringsverktøy, og bestemt at alle dokumenter som inngår i konkurransegrunnlaget skulle legges der. For at noe skal være sendt etter anskaffelsesforskriften § 17-2 (2) må endringen følgelig i det minste være kommunisert via eRoom. Statens vegvesens manglende oppdatering av eRoom er den utløsende årsaken til den oppståtte situasjonen.

Statens vegvesen hadde utarbeidet en egen tabell for de endringer i konkurransegrunnlaget som ble gjort i løpet av dialogmøtene. Samtlige endringer i konkurransegrunnlaget skulle fremgå der. Tabellen ble inntatt som et eget kapittel A4 i det komplette konkurransegrunnlaget. Når Statens vegvesen har etablert et system for håndtering av endringer, må endringer fremgå av endringstabellen for å kunne anses som en «sendt» endring etter anskaffelsesforskriften § 17-2 (2). Dersom «sendt» i anskaffelsesforskriften § 17-2 (2) ikke korresponderer med Statens vegvesens uttalte fremgangsmåte for endringer, skaper det ikke bare en svært uoversiktlig, men fremfor alt en lite forutberegnelig situasjon for tilbyderne. Når konsekvensene for tilbyderer kan bli dramatiske, må hensynet til forutberegnelighet veie tungt.

Statens vegvesen unnlot å ta inn endringen av leveringssted inn i endringsloggen. Der fremgikk det bare at tidspunkt for levering var bestemt. Verken e-posten eller brevet av 18. mars 2016, som erklærte dialogfasen for avsluttet, ble lagt på eRoom. Det ble derfor heller ikke gjort kjent for Hæhres prosjektgruppe. Det oppdaterte kapittel A2, som 19. mai 2016 ble sendt Knut Harstad som et vedlegg til e-post, ble heller ikke lagt ut på eRoom.

Referatene fra dialogmøtene, som er inntatt i det oppdaterte konkurransegrunnlaget kapittel F, er ikke en del av selve konkurransegrunnlaget.

Endring av leveringssted er på denne bakgrunn ikke gjort i henhold til avtalte endringsprosedyrer, og kan ikke anses som en gyldig endring etter anskaffelsesforskriften § 17-2. Når noe er fastsatt i konkurransegrunnlaget, må endringer i konkurransegrunnlaget fastsettes på tilsvarende måte. Om fastsettelsen skal skje på en avvikende måte, må denne endringsmåten i så fall være omforent, og nedfelt og kommunisert på den måten som gjelder for endringer. Hensynet til forutberegnelighet må tillegges avgjørende vekt. Rt. 2012 s. 17929 kan ikke vektlegges – saken gjaldt en åpen anbuds konkurranse og ikke en konkurransepreget dialog.

Ettersom konkurransegrunnlaget og innbydelsen i kapittel A2 ikke er endret med hensyn til leveringssted, har Hæhre levert til rett sted.

Hæhre bestrider at e-posten 18. mars 2016 fra Statens vegvesen v/Øyvind Børstad, og som erklærte dialogfasen for avsluttet, var en gyldig endring av konkurransegrunnlaget. For det tilfellet at brevet likevel skal ha selvstendig betydning som grunnlag for hva som er rett leveringssted, anføres det at invitasjonen til å innlevere endelig tilbud i så fall måtte blitt lagt ut på eRoom for at informasjonen om endret leveringssted skulle kunne bli gjort gjeldende i konkurransen. Videre utstedte Statens vegvesen også på eget initiativ et såkalt komplett konkurransegrunnlag i etterkant av invitasjonen 18. mars 2016. I dette komplette konkurransegrunnlaget ble det ikke gjort endringer i kapittel A2. Dette må forstås slik at det var det opprinnelige kapittel A2 som skulle gjelde. Uavhengig av hva som måtte følge av invitasjonen, ble dette uansett korrigert ved den etterfølgende utsendelsen av komplett konkurransegrunnlag. Det reviderte konkurransegrunnlaget er yngst, og opplysningene i innbydelsen 18. mars 2016 kan da ikke være styrende for hva som er rett leveringssted.

Subsidiært gjøres det videre gjeldende at levering i Mosjøen ikke har den rettsvirkning at tilbudet skal avvises, jf. anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a. Verken forskriften eller konkurransegrunnlaget kapittel A2 pålegger Statens vegvesen en ubetinget plikt til å avvise tilbudet ved levering til feil kontor. En må foreta en nærmere vurdering av om avvisning *bør* skje i et tilfelle som det foreliggende. Levering er skjedd til riktig juridisk person. Det foreligger ikke noen risiko – heller ikke teoretisk – for at Hæhre fikk eller kunne fått kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene før levering skjedde i Mosjøen. I en slik situasjon må retten foreta en helhetlig vurdering av hvorvidt avvisning *bør* skje. Samtlige hensyn som ligger bak anskaffelsesregelverket tilsier at retten ved denne vurderingen må komme til at avvisning ikke *bør* skje.

Den praksis som staten og Skanska har vist til, knytter seg utelukkende til tilbud som er levert for sent. Det er ikke tilfellet her. Det er ikke engang en teoretisk mulighet for at feilen kunne påvirket innholdet i Hæhres tilbud.

Disse forholdene tilsier samlet sett at retten *bør* underlegge anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a en innskrenkende eller formålsorientert tolkning.

Subsidiært gjøres det gjeldende at Statens vegvesen har akseptert Mosjøen som rett leveringssted. Dersom det ført aksepteres at Statens vegvesen kan endre konkurransegrunnlaget uten å gå veien om det endringssystemet som ble etablert, må Statens vegvesens aksept av å motta tilbudet i Mosjøen tilsvarende representere en gyldig endring av fastsatt leveringssted. Ved å motta tilbudet i Mosjøen, og gi kvittering for dette, har Statens vegvesen uansett akseptert levering av tilbudet der. Hæhre måtte åpenbart kunne legge til grunn at vedkommende person som mottok tilbudet hadde kompetanse til dette. Under enhver omstendighet er dette, sammen med den manglende etterlevelsen av endringsregimet, tilstrekkelig for at tilbudet er riktig levert.

Det anføres at det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1.

Hovedkravet:

1. Statens Vegvesens beslutning 10. juni 2016 om å avvise tilbud fra Hæhre Entreprenør AS i konkurranse om vegutviklingskontrakt E6 Helgeland sør (Nord-Trøndelag grense – Osen) er rettstridig.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet og Skanska Norge AS erstatter Hæhre Entreprenør AS' sakskostnader.

Midlertidig forføyning:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet forbys å inngå kontrakt i konkurranse om vegutviklingskontrakt E6 Helgeland sør (Nord Trøndelag grense – Osen) til søksmålet er rettskraftig avgjort.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet og Skanska Norge AS erstatter Hæhre Entreprenør AS' sakskostnader.

### 3.2 Staten v/Samferdselsdepartementet har i korte trekk gjort gjeldende

Saken har prinsipiell betydning. Feilen som har inntruffet her vil kunne forekomme også ved levering av tilbud elektronisk. Saken er viktig.

Beslutningen om å avvise Hæhres tilbud ble tatt etter en svært grundig saksbehandling, der ulike juridiske miljøer var involvert. Statens vegvesen hadde ikke noe valg – det foreligger plikt til å avvise, jf. anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a. Det foreligger ikke rom for skjønn for oppdragsgiver.

En annen beslutning hadde representert et forsettlig brudd på regelverket. Statens vegvesen kan ikke fravike likebehandlingsprinsippet for å oppnå et hensiktsmessig resultat i dette konkrete tilfellet.

Staten anfører at Hæhre har levert tilbudet på feil sted. Det følger av praksis og teori at tilbudsfrist og leveringssted må sees i sammenheng. Alle de tre leverandørene fikk tydelig beskjed om hvor tilbudet skulle leveres. Informasjonen om leveringssted ble gitt både muntlig og skriftlig. All denne informasjonen viser til sammen at det var klart angitt at konvolutt nr. 2 skulle leveres i Oslo.

Det avgjørende dokumentet i en konkurransepreget dialog er uansett oppdragsgivers erklæring om avslutningen av dialogen og invitasjon til å innlevere endelig tilbud, jf. anskaffelsesforskriften § 20-9. Kun dersom retten mener at dette brevet er uklart, er det aktuelt å se på andre dokumenter i saken.

Det gjeldende konkurransegrunnlaget datert 8. april 2016 ga klart opplysninger om at leveringssted for tilbudskonvolutt nr. 2 var i Oslo. Opplysning om dette fremkom av kapittel F, der referatene fra dialogmøtene var inntatt.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 17-2 at oppdragsgiver har anledning til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Alle tilbydere har her fått informasjon om leveringssted, i god tid før levering av konvolutt nr. 2. At dette ikke fremgår av konkurransegrunnlaget kapittel A4 vedrørende endringer i konkurransegrunnlaget, er ikke avgjørende. Kapittel A4 var bare en ekstra service som Statens vegvesen ga til tilbyderne.

Hæhre har selv risikoen for informasjonsflyten internt og at tilbudet er gitt på korrekt grunnlag. At Statens vegvesen kunne informert enda bedre, er ikke nok for å konstatere en feil, jf. Rt. 2012 s. 1729. Avgjørende er om konkurransegrunnlaget var klart nok. Hæhre må selv bære risikoen for egen mangelfull gjennomgang av konkurransedokumentene og mangelfull oppklaring av eventuelle uklarheter.

Hæhres kopi av tilbudet, som ble levert i Vegdirektoratet 2. juni 2016 kl 11.50, er også levert for sent. Fristen var 2. juni 2016 kl. 1000.

Staten bestrider videre at Statens vegvesen har akseptert Mosjøen som rett leveringssted. Ingen i prosjektorganisasjonen var lokalisert ved trafikkstasjonen i Mosjøen – og fikk heller ikke beskjed om at pakke var levert. Konsekvensen av å gi Hæhre medhold i anførselen, vil være at likebehandlingsprinsippet brytes.

Hæhre har etter dette ikke sannsynliggjort et hovedkrav.

Staten bestrider ikke at det foreligger sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1.

Hovedkravet:

1. Tilbudet fra Hæhre Entreprenør AS skal avvises fra konkurransen "E6 Helgeland sør, Nord-Trøndelag grensen – Osen".
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens kostnader.

Midlertidig forføyning:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Staten v/Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens kostnader.

### 3.3 Skanska Norge AS har i korte trekk gjort gjeldende

Retten må ta utgangspunkt i en tolkning av konkurransegrunnlaget – hva er bestemt om sted for innlevering av konvolutt nr. 2? Det skal foretas en objektiv tolkning, der alle konkurransedokumentene sees i sammenheng. Det avgjørende er hva en alminnelig aktsom tilbyder måtte forstå, jf. Rt. 2012 s. 1729 (Mika).

Skanska anfører at dersom man leser alle konkurransedokumentene objektivt og i sammenheng, er det utvetydig klart at konvolutt nr. 2 skulle leveres i Oslo.

Verken konkurransegrunnlaget eller anskaffelsesregelverket setter formkrav til endringer i konkurransegrunnlaget. Er en opplysning kommunisert til leverandørene, så er det tilstrekkelig. Det eneste kravet er at dette skjer skriftlig, jf. KOFA-2003-146. Det er ingen holdepunkter i konkurransedokumentene for at bare opplysninger som ligger på eRoom er gjeldende. Betydelig informasjon ble i konkurransen kommunisert på e-post. Under alle omstendigheter er referatene fra dialogmøtene (kapittel F) en del av konkurransegrunnlaget. Opplysningen om leveringssted fulgte klart av tre formelle utsendelser fra Statens vegvesen; erklæringen om avsluttet dialogfase 18. mars 2016, det komplette konkurransegrunnlaget 8. april 2016 kapittel F, samt e-post 19. mai 2016 med det manglende kapittel A2. En tolkning av konkurransegrunnlaget foretatt av en normalt påpasselig tilbyder viser at konvolutt 2 skulle leveres i Oslo.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a at et tilbud «skal» avvises når det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen. Ordlyd og forarbeider viser at avvisningsregelen er unntaksfri. Praksis bekrefter dette, jf. TOSFI-2010-59689 og KOFAs avgjørelser i sakene 2010/6 og 2015/140. Avvisningsplikten foreligger selv om det er klart at feilen ikke har gitt tilbyderen en fordel i konkurransen og uavhengig av årsaken til forsinkelsen, jf. KOFA-2008-89, KOFA-2008-103 og KOFA-2008-109.

Uttalelsene i Dragstens og Arrowsmiths bøker om at det kan tenkes unntak fra regelen om at avvisning må skje dersom tilbudet leveres for sent, har ikke støtte i rettspraksis. Under alle omstendigheter vil oppdragsgiver aldri ha en plikt til *ikke* å avvise i slike tilfeller.

Praksis er konsekvent; det finnes ingen eksempler der det er akseptert at avvisning ikke skal skjer når det er levert for sent. Det er ikke rom for vurderinger av konkret rimelighet/økonomi. Begrunnelsen er å sikre forutsigbar konkurranse på like vilkår for alle deltakere. Det skal ikke være noen som helst risiko for at tilbyderne kan tilpasse sine tilbud til etter utløpet av fristen.

Hæhres subsidiære anførsel om at Statens vegvesen, ved å motta tilbudet i Mosjøen hadde akseptert levering der, kan ikke føre frem. Ingen, verken i Mosjøen eller annet sted kunne dispensere fra konkurransereglene på denne måten. Det var heller ikke uaktsomt å motta tilbudet i Mosjøen.

Hovedkravet:

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale Skanska Norge AS sine sakskostnader.

Midlertidig forføyning:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Hæhre Entreprenør AS dømmes til å betale Skanska Norge AS sine sakskostnader.

## 4 Rettens merknader

### 4.1 Innledning

Retten besluttet 19. august 2016 – etter begjæring fra staten – at hovedkravet kan pådømmes samtidig med forføyningssaken, jf. tvisteloven § 32-9 (1). Hovedkravet som Hæhres begjæring om midlertidig forføyning bygger på, er at beslutningen om å avvise Hæhres tilbud er truffet i strid med anskaffelsesregelverket, og derfor er rettsstridig. Staten har imidlertid formulert hovedkravet som det er begjært dom for, noe annerledes. Retten kommer tilbake til dette nedenfor under punkt 4.4. For sakens sentrale spørsmål er dette uten betydning; hovedproblemstillingen er uansett om det var grunnlag for å avvise Hæhres tilbud fra konkurransen.

Dersom retten skulle komme til at hovedkravet i forføyningssaken er sannsynliggjort, er det derimot ikke bestridt fra statens eller Skanskas side at sikringsgrunn foreligger.

Som grunnlag for å sette avvissningsbeslutningen til side, har Hæhre for det første gjort gjeldende at det fulgte av konkurransegrunnlaget at levering av tilbudet skulle skje i Mosjøen. Subsidiært – for det tilfellet at det må anses å følge av konkurransegrunnlaget at leveringssted var Oslo – er det gjort gjeldende at anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a må undergis en innskrenkende tolkning begrunnet i formålsbetraktninger. Atter subsidiært er det gjort gjeldende at Statens vegvesen har akseptert at tilbudet ble levert i Mosjøen. Retten vil i det følgende ta stilling til de rettslige spørsmålene som anførselene fra Hæhre reiser i den samme rekkefølgen som de er gjort gjeldende og referert over.

### 4.2 Hovedkravet

#### 4.2.1 *Ble Hæhres tilbud levert til adressen som var fastsatt i konkurransegrunnlaget?*

Når det gjelder bakgrunnen for at Statens vegvesen besluttet at de to, separate konvoluttene skulle leveres på to ulike tidspunkter på ulike steder (henholdsvis Mosjøen og Oslo) viser retten til redegjørelsen under sakens bakgrunn. Det er på det rene at det i det opprinnelige konkurransegrunnlaget 18. november 2015 kapittel A2 var bestemt at tilbudskonvolutt nr. 2, som etter kapittel B3 skulle inneholde priser og prisinformasjon, skulle leveres i Mosjøen. Det er videre på det rene at Statens vegvesen besluttet å endre leveringsstedet til Oslo, etter at NCC hadde forespurt om konvolutt nr. 2 kunne leveres på et senere tidspunkt enn konvolutt nr. 1, og de øvrige leverandørene heller ikke hadde innvendinger mot dette.

Retten legger videre til grunn at endringen av leveringssted for konvolutt nr. 2 fra Mosjøen til Oslo ble kommunisert til leverandørene. Endringen fremkommer av referatet fra det andre dialogmøtet 17. februar 2016, av referatet fra det tredje dialogmøtet 9. mars 2016, av brevet 18. mars 2016 der Statens vegvesen erklærte dialogfasen for avsluttet og inviterte leverandørene til å levere endelig tilbud, og av vedlegg til e-post 19. mai 2016 fra Øyvind Børstad i Statens vegvesen til Knut Harstad i Hæhre, der oppdatert versjon av

konkurransesgrunnlaget kapittel A2 fulgte vedlagt. Referatene fra dialogmøtene ble videre inkludert i konkurransesgrunnlaget 8. april 2016, som ble oversendt per e-post til Knut Harstad i Hæhre den 10. april 2016, og som også ble lagt ut på eRoom. Retten anser det videre sannsynliggjort at Statens vegvesen både i det andre og tredje dialogmøtet muntlig opplyste om at leveringssted for konvolutt 2 var i Oslo. Retten viser her til forklaringene fra Bård Nyland og Øyvind Børstad. Videre forklarte også Knut Harstad at det i det andre dialogmøtet ble nevnt at levering av konvolutt 2 skulle skje i Oslo.

Retten legger videre til grunn at det var bevisst fra Statens vegvesens side å gjenta opplysningene om leveringstid og –sted. Bård Nyland forklarte i denne forbindelse at det var rutine å innta opplysninger om dette i referatene fra dialogmøter med leverandørene.

At de to andre leverandørene – Skanska og NCC – leverte konvolutt nr. 2 på oppgitt adresse i Oslo, viser videre at leverandørene hadde fått med seg endringen.

Opplysningen om at leveringssted for konvolutt 2 skulle være i Oslo, må etter dette anses tydelig kommunisert til leverandørene, herunder også til Hæhre.

Spørsmålet er videre om opplysningen om endret leveringssted for konvolutt 2 ble beskrevet – eller fastsatt – i konkurransesgrunnlaget.

Utgangspunktet etter anskaffelsesforskriften § 17-2 er at oppdragsgiver kan foreta rettelser, suppleringer og endringer i konkurransesgrunnlaget som ikke er vesentlige. Slike endringer skal i så fall sendes samtlige som har mottatt konkurransesgrunnlaget. Retten legger til grunn at det ikke stilles formkrav til slike endringer, ut over at de skal nedfelles og kommuniseres («sendes») skriftlig, jf. KOFA-2003-146. I tillegg må det stilles krav om at endringen er tilstrekkelig klart og utvetydig formulert, i tråd med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet, jf. HR-2012-2126- A (Mika) avsnitt 58. Hvorvidt klarhetskravet er oppfylt, skal avgjøres etter en helhetsvurdering, jf. KOFA-2009-240 avsnitt 39. Utgangspunktet for denne helhetsvurderingen vil være om endringen ville blitt oppfattet av «en normalt påpasselig tilbyder», jf. Mika-dommen avsnitt 69.

Retten kan ikke se at Statens vegvesen i konkurransesgrunnlaget har fraveket eller stilt strengere eller andre krav til kommunikasjonen enn det som følger av de ovennevnte utgangspunktene. Av konkurransesgrunnlaget B1 punkt 2.3 fremgikk det at leverandørene i tilbudet skulle ta hensyn til alle utsendte endringer av konkurransesgrunnlaget, og at melding om endring skulle sendes byggherren i rimelig tid, og senest én uke før tilbudsfristens utløp. Videre hadde Statens vegvesen ved innledningen av dialogfasen meddelt tilbyderne at kommunikasjon mellom partene kunne skje per e-post, og at disse e-postene ville bli lagt på eRoom, jf. referat fra første dialogmøte 25. november 2015 sak 01.06.



Retten har ovenfor konkludert med at endringen av leveringssted tydelig ble kommunisert til leverandørene. Endringen ble også tatt inn i konkurransegrunnlaget ved at referatene fra dialogmøtene ble lagt inn som kapittel F i det oppdaterte konkurransegrunnlaget av 8. april 2016. I tillegg fremkom opplysningen tydelig av Statens vegvesens brev 18. mars 2016, som avsluttet dialogfasen. Dette brevet oppfylte de formkravene som følger av anskaffelsesforskriften 20-9 (1), herunder inneholdt det som nevnt opplysninger om hvilken adresse det endelige tilbudet skulle leveres til. Retten konkluderer etter dette med at endringen ble gjort til en del av konkurransegrunnlaget.

Hæhre har anført at endringen av leveringssted ikke er skjedd på en tilstrekkelig klar og forutberegnelig måte når det oppdaterte konkurransegrunnlaget kapittel A2 ikke ble lagt ut på eRoom, samtidig som endringen heller ikke fremgikk av endringsloggen i kapittel A4. Det er i denne forbindelse blant annet vist til at Øyvind Børstad i Statens vegvesen i e-post 10. april 2016 opplyste at det oppdaterte konkurransegrunnlaget også ville bli lagt ut på eRoom, men at dette ikke skjedde, og at han – når det senere ble oppdaget at kapittel A2 manglet – i e-post 19. mai 2016 opplyste at kapittel A2 skulle tilføyes i konkurransegrunnlaget 8. april 2016. Videre er det også vist til at brevet 18. mars 2016, som avsluttet dialogfasen, heller ikke ble lagt på eRoom.

Retten anser det som sannsynlig at Hæhre ikke hadde levert konvolutt 2 i Mosjøen dersom oppdatert versjon av konkurransegrunnlaget med kapittel A2 var blitt lagt ut på eRoom, eventuelt ved at også endringsloggen hadde blitt oppdatert med den samme informasjonen om endret leveringssted. Trond Simensrud, som var ansvarlig i Hæhre for leveringen av det aktuelle tilbudet, forklarte i retten at han de siste dagene før fristen for innlevering av konvolutt 2 (2. juni), gikk inn på eRoom og sjekket hvor og når tilbudet skulle leveres. Da han ikke fant kapittel A2 i det sist oppdaterte konkurransegrunnlaget 8. april 2016 som var lagt ut på eRoom, sjekket han videre endringsloggen uten å finne opplysninger om leveringssted. Han så deretter på det opprinnelige konkurransegrunnlaget, og fant opplysningen om at leveringssted var Mosjøen.

Den «feilen» som her har oppstått, og som førte til at Hæhre leverte sin konvolutt 2 i Mosjøen, og ikke i Oslo, ville altså etter rettens syn sannsynligvis vært unngått ved at Statens vegvesen hadde oppdatert alle deler av konkurransegrunnlaget med opplysningen om endret leveringssted. Tatt i betraktning at det her dreide seg om en helt sentral opplysning, som Statens vegvesen også la stor vekt på å kommunisere på en tydelig måte, hadde det vært klargjørende om også oppdatert versjon av kapittel A2 var blitt lagt ut på eRoom, samtidig som endringsloggen hadde blitt oppdatert med endringen. Dette må ikke minst gjelde i en situasjon der det ble opplyst at oppdatert konkurransegrunnlag ville bli lagt ut på eRoom, jf. e-post 10. april 2016 fra Øyvind Børstad til Knut Harstad i Hæhre.

At Statens vegvesen kunne foretatt en mer fullstendig og gjennomgripende oppdatering av konkurransegrunnlaget og lagt dette ut på eRoom, med den sannsynlige konsekvens at Hæhre hadde levert på rett sted, endrer likevel ikke det forhold at opplysningen om leveringssted klart var kommunisert til Hæhre. Det er i dette tilfellet etter rettens syn klart

hva Statens vegvesen som oppdragsgiver hadde ment å fastsette som leveringssted. Heller ikke er det noen tvil om at dette tydelig ble kommunisert til leverandørene, både muntlig og skriftlig, samt i flere omganger. At Statens vegvesen kunne redusert faren for misforståelser ved å oppdatere alle de relevante delene av konkurransegrunnlaget og sørge for at et fullstendig oppdatert grunnlag ble lagt ut på eRoom, kan ikke tillegges avgjørende vekt i en situasjon der endringen fremgår på en klar nok måte, jf. Mika-dommen avsnitt 102.

Retten konkluderer etter dette med at Hæhres tilbud ikke ble levert til det sted som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Tilbudet som Hæhre leverte på den riktige adressen i Oslo 2. juni kl 11.50 ble videre levert etter fristens utløp. Etter rettens syn fremgikk det tilstrekkelig klart av det oppdaterte konkurransegrunnlaget, samt av brev og e-poster som ble sendt Hæhre, at leveringssted for konvolutt 2 var Oslo. Det foreligger ikke brudd på kravet til forutberegnelighet.

#### *4.2.2 Kommer anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a til anvendelse?*

Som rettslig grunnlag for å avvise Hæhres tilbud, viste Statens vegvesen til anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a, jf. brev 10. juni 2016 til Hæhre. I tillegg ble det vist til konkurransegrunnlaget kapittel A2 og kapittel B1 punkt 2.1, som inneholdt opplysninger om at tilbud som ble levert i strid med de fastsatte kravene til leveringstid og –sted kunne bli avvist, samt at rettidig levering innebar at tilbudet måtte være kommet frem til innleveringsstedet før tilbudsfristens utløp.

Av anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a fremgår det at et tilbud «skal» avvises når det ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen. Bestemmelsen er foreslått videreført i den nye anskaffelsesforskriften (FOR-2016-08-12-947) § 24-1 (1) bokstav a uten materielle endringer, jf. NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser, punkt 25.4.2.2.

Bestemmelsen gjelder gjennom hele konkurransen der denne gjennomføres i flere faser, og ikke bare ved innlevering av første tilbud, jf. KOFA-2009-155.

I kravet til at tilbudet må være levert innen den fastsatte tilbudsfristen, ligger at tilbudet også må være kommet frem til rett leveringssted, se for eksempel NOU 1997:21 s. 142 (merknader til § 20-9) og Klagenævnet for Udbuds kjennelse 21. februar 1996 (IBF Nord A/S og Frejlev Cemenstøberi A/S mot Aalborg kommune). Dette rettslige utgangspunktet er heller ikke omtvistet i saken.

Leveringsstedet er det stedet som konkurransegrunnlaget fastsetter at levering av tilbud skal skje til, eller – i konkurransepreget dialog – det sted som er oppgitt i invitasjonen til å innlevere endelig tilbud, jf. anskaffelsesforskriften § 17-1 (1) bokstav b nr. 2 og § 20-9 (1). I dette tilfellet fulgte det som nevnt både av konkurransegrunnlaget og av brevet som avsluttet dialogfasen, at leveringssted for konvolutt 2 var i Oslo.

Hæhres konvolutt 2 ble ikke levert til den oppgitte adressen til Vegdirektoratet, Brynsengfare 6A, 0667 Oslo innen den fastsatte fristen, 2. juni 2016 kl 1000. Utgangspunktet er da at tilbudet skal avvises etter anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a.

Hæhre har imidlertid gjort gjeldende at denne bestemmelsen ikke kan tas ordet i et tilfelle som det foreliggende, og at bestemmelsen må undergis en innskrenkende eller formålsoverordnet tolkning. Dette er særlig begrunnet med at formålet bak bestemmelsen ikke slår til i dette tilfellet. Det vesentlige hensynet bak regelen er at det overhodet ikke skal foreligge noen risiko for at en tilbyder kan ha fått kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene, og dermed kan tilpasse sitt tilbud til dette, jf. for eksempel KOFA-2008-89 avsnitt 22.

Regelen om avvisning av for sent leverte tilbud, praktiseres strengt. Også i tilfeller der det bare er en teoretisk mulighet for at opplysninger om innholdet i tilbudet kan ha kommet ut, er det i praksis lagt til grunn at avvisningen var rettmessig. Selv om det altså verken er noen praktisk eller teoretisk/teknisk mulighet for at opplysninger fra tilbudet er kommet ut, er slike avvisninger blitt opprettholdt i den foreliggende praksis. I KOFAs praksis er det lagt til grunn at bestemmelsen om avvisning for tilbud som er levert for sent, må tolkes slik at en mulighet for misbruk eller tilpasning *generelt* eller *prinsipielt* utelukkes, noe som innebærer at man langt på vei ser ut over hvordan faktum ligger an i den enkelte sak, jf. KOFA-2003-67 og KOFA-2008-25 avsnitt 32. Den vesentlige begrunnelsen for å etablere en slik streng praksis, er hensynet til likebehandling av tilbyderne, jf. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and the UK*, 2014. s. 732. Rettstekniske grunner kan også tale for en slik absolutt regel, idet man da unngår å måtte foreta kompliserte vurderinger av grunnen til at tilbudet er levert sent, muligheten for misbruk mv. i en situasjon der oppdragsgiver ofte er i tidspress.

Etter rettens syn var det i denne saken overhodet ingen risiko for at Hæhre kunne gjort seg kjent med innholdet i de øvrige leverandørenes tilbud. Hæhres tilbud ble levert dagen før innleveringsfristen utløp, og før de to andre leverandørene leverte sine tilbud. Tilbudet ble registrert mottatt og deretter låst ned i en safe. Etter den foreliggende praksis kan det – som redegjort for ovenfor – likevel ikke legges avgjørende vekt på dette.

Heller ikke der forsinkelsen skyldes forhold på oppdragsgivers side, er det gjort unntak fra avvisningsplikten, jf. KOFA-2008-89 og KOFA-2008-103.

Riktignok er det i juridisk litteratur tatt til orde for at det ikke kan utelukkes at det kan gjøres unntak fra avvisningsplikten for tilbud som er levert for sent der det foreligger spesielle eller eksepsjonelle omstendigheter, se Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, 2013, s. 647, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, s. 498 og i den påfølgende utgaven av samme bok, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and the UK*, 2014. s. 733. I denne litteraturen er det særlig i relasjon til situasjoner der årsaken til at tilbudet leveres for sent, er feil begått av

oppdragsgiver, at det åpnes for at det kan tenkes å gjøre unntak fra den absolutte regelen. KOFA har på sin side avvist at det kan være grunnlag for å etablere unntak ut fra konkrete rimelighetsbetraktninger, jf. KOFA-2010-6 avsnitt 20.

Retten finner ikke grunn til å ta stilling til spørsmålet om det kan tenkes å foreligge tilfeller der oppdragsgiver ikke har plikt til å avvise tilbud som er levert etter tilbudsfristens utløp. I den grad det foreligger et slikt unntak, må det uansett gis en meget snever rekkevidde, og anses forbeholdt de «eksepsjonelle» tilfellene. Retten anser ikke at det er tilfellet her.

Hovedgrunnen til at Hæhre leverte sitt tilbud i Mosjøen, og ikke i Oslo, var at prosjektorganisasjonen i Hæhre ikke hadde fått med seg den aktuelle endringen. Dette var en feil som ikke skyldtes Statens vegvesen eller som Statens vegvesen må bære risikoen for. Dette gjelder selv om Statens vegvesen, som redegjort for over, sannsynligvis kunne handlet slik at feilen ikke hadde oppstått, ved å oppdatere alle de relevante delene av konkurransegrunnlaget og legge disse ut på i dokumentbehandlingssystemet eRoom.

I den grad saken kan betegnes som eksepsjonell, skyldes dette andre omstendigheter, og da særlig kontraktens størrelse og kontraktssummene som er involvert. Hæhre har i denne forbindelse med tyngde gjort gjeldende at staten påføres et betydelig tap ved at det inngås kontrakt med en annen leverandør enn Hæhre. Tapet er anslått til i størrelsesorden 300 millioner kroner. Verken staten eller Skanska har bestridt de opplysninger som Hæhre har fremsatt knyttet til dette forholdet. Prosjektleder Bård Nyland forklarte i retten at prosjektorganisasjonen i Statens vegvesen var svært imponert over tilbyderne som deltok i dialogfasen, og kanskje først og fremst Hæhre. På denne bakgrunn fremstår det for retten som overveiende sannsynlig at Hæhre ville ha vunnet konkurransen om konvolutt 2 var levert på rett sted. Å avvise Hæhres tilbud i en slik situasjon, der faren for misbruk eller tilpasning ikke er tilstede, kan fremstå som uforholdsmessig. Retten kan imidlertid ikke se at det er rettskildemessige holdepunkter for at oppdragsgiver kan legge avgjørende vekt på verken formålsbetraktninger, hensynet til konkret rimelighet eller økonomiske hensyn i vurderingen av om avvisning skal skje.

Retten konkluderer etter dette med at bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a kommer til anvendelse, og at Statens vegvesen ikke begikk noen feil ved å avvise Hæhres tilbud med grunnlag i denne bestemmelsen.

#### *4.2.3 Har Statens vegvesen akseptert at tilbudet kunne leveres i Mosjøen?*

Hæhre har videre gjort gjeldende at Statens vegvesen, ved å motta tilbudet i Mosjøen, har akseptert at levering kunne skje der. Det er i denne forbindelse for det første vist til at Statens vegvesen må anses bundet på avtalerettslig grunnlag, idet personen som mottok tilbudet fremstod som legitimert til å motta dette. For det annet er det vist til at omstendighetene rundt mottaket av tilbudet, i kombinasjon med at Statens vegvesen ikke hadde fulgt det «endringssystem» som var etablert, innebar en gyldig endring av fastsatt leveringssted.

Som redegjort for ovenfor, anser ikke retten at Statens vegvesen i konkurransegrunnlaget eller i den informasjon som ble gitt til leverandørene underveis i anbudsprosessen etablerte et formalisert endringssystem som satte bestemte krav til hvordan endring av konkurransegrunnlaget kunne skje. Alle endringer av konkurransegrunnlaget ble kommunisert skriftlig til leverandørene. Det er på det rene, og ikke omtvistet, at Hæhres representant mottok alle de relevante dokumentene som inneholdt endringer. I stor utstrekning ble korrespondansen oversendt per e-post.

Spørsmålet blir derfor om Hæhre må anses bundet på avtalerettslig grunnlag fordi en medarbeider ved trafikkstasjonen i Mosjøen mottok tilbudet og ga bekreftelse til Hæhres representant, Trond Simensrud, om at tilbudet var mottatt.

Etter rettens syn kan denne anførselen ikke føre frem. Medarbeideren som mottok tilbudet ved trafikkstasjonen kan ikke ha fremstått med kompetanse (legitimasjon) til å endre konkurransegrunnlagets krav til leveringssted. Etter bevisførselen legger retten til grunn at det heller ikke var noen i prosjektorganisasjonen – som på dette tidspunktet befant seg i Oslo – som fikk beskjed om at et tilbudet var levert i Mosjøen.

Hvorvidt den som mottok tilbudet, som var merket med referansen til den aktuelle konkurransen, burde ha kontaktet prosjektledelsen og informert om at et tilbud var levert i Mosjøen, er ikke anført fra Hæhres side, og heller ikke avgjørende for rettens vurdering av dette spørsmålet. Retten går etter dette ikke nærmere inn på dette.

Etter anskaffelsesregelverket § 17-2 og konkurransegrunnlaget kapittel B1 punkt 2.3 settes det uansett krav til hvordan endringer skal skje. Disse prosedyrene ble ikke fulgt i dette tilfellet. Hæhre må av denne grunn også anses å ha forstått at det her ikke fant sted en endring av konkurransegrunnlagets krav til leveringssted.

Retten konkluderer etter dette med at Statens vegvesen ikke kan anses å ha akseptert at tilbudet ble levert i Mosjøen.

#### *4.2.4 Oppsummering hovedkravet*

Retten er kommet til at Statens vegvesens beslutning om å avvise Hæhres tilbud fra konkurransen ikke er truffet i strid med anskaffelsesregelverket. Hæhre har etter dette ikke sannsynliggjort at Statens vegvesen har gjort noen feil ved å avvise selskapets tilbud fra konkurransen eller at beslutningen er truffet i strid med anskaffelsesregelverket.

#### 4.3 Kravet om midlertidig forføyning

Hæhre har ikke sannsynliggjort et hovedkrav i forføyningssaken, og begjæringen tas ikke til følge, jf. tvisteloven § 34-2 (1). Det er ikke anført at unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 34-2 (2), som bestemmer at forføyning kan besluttes også i tilfeller der hovedkravet ikke er sannsynliggjort, kommer til anvendelse. Det antas at anvendelsesområdet for

bestemmelsen er snever i forføyningssaker som gjelder offentlige anskaffelser, jf. Frostating lagmannsretts kjennelse 15. august 2002 (LF-2002-623). Retten er etter en helhetsvurdering, der hensynet til at det kan oppstå økonomisk skade for partene, Hæhres muligheter for å nå frem med hovedkravet og partenes interesser i en midlertidig løsning er vektlagt, uansett kommet til vilkårene for å beslutte midlertidig forføyning i medhold av denne unntaksbestemmelsen ikke er oppfylt.

Begjæringen om midlertidig forføyning tas etter dette ikke til følge.

#### 4.4 Statens begjæring om samtidig dom for hovedkravet

Etter tvisteloven § 32-9 (1) kan saksøkeren eller saksøkte trekke inn hovedkravet til pådømmelse dersom dette kan skje på en forsvarlig måte, ikke vil forsinke saken mv. Staten har som saksøkt part begjært at hovedkravet trekkes inn til samtidig pådømmelse. Retten har i beslutning 19. august 2016 avgjort at det i forføyningssaken kan gis dom for hovedkravet.

Etter anskaffelsesloven § 8 (2) kan retten frem til kontrakt er inngått sette til side beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosedyren dersom beslutningen er i strid med bestemmelser i anskaffelsesregelverket. Det kan videre begjæres midlertidig forføyning for å sikre dette hovedkravet, slik tilfellet er i denne saken, jf. anskaffelsesloven § 9.

Hovedkravet i en forføyningssak er det kravet som det begjæres midlertidig sikring for, jf. tvisteloven § 32-5 (2). Hæhres krav om midlertidig forføyning bygger på at beslutningen om å avvise Hæhres tilbud er truffet i strid med anskaffelsesregelverket. Når det gjelder pådømmelsen av hovedkravet, har Hæhre i tråd med dette lagt ned påstand om at beslutningen om å avvise Hæhres tilbud er rettsstridig.

Den normale situasjonen i tilfeller der den private part (tilbyder) i en offentlig anskaffelse krever midlertidig forføyning og eventuelt trekker inn hovedkravet til samtidig pådømmelse, vil være at den offentlige oppdragsgiveren legger ned påstand om at begjæringen om midlertidig forføyning ikke tas til følge, eventuelt at oppdragsgiveren frifinnes. Skanska har som partshjelper også lagt ned påstand om at staten frifinnes for hovedkravet. Denne påstanden må klart nok anses å ligge innenfor de rammer som partene har trukket opp for saken.

Staten har imidlertid formulert påstanden i tvisten om hovedkravet slik at retten skal fastslå at Hæhres tilbud skal avvises fra konkurransen. Det kan reises spørsmål om retten, innenfor rammen av tvisteloven § 32-9, kan gi dom for dette kravet. Staten har ikke gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor det ikke er tatt utgangspunkt i hovedkravet som er fremsatt i forføyningssaken, når dette kravet er trukket inn til samtidig pådømmelse. Spørsmålet ble heller ikke berørt av partene under saksforberedelsen eller den muntlige forhandlingen. Retten kan ikke se at det rettslige spørsmålet er omtalt i forarbeider, teori

eller praksis, og etter rettens syn er det ikke opplagt hva som her er riktig løsning. I mangel av klare holdepunkter, er retten under tvil kommet til at begrepet «hovedkravet» i tvisteloven § 32-9 (1) må tolkes snevert og i tråd med tvisteloven § 32-5 (2).

Konsekvensen av dette er at staten innenfor rammen av forføyningssaken bare kan få slått fast at det ikke er grunnlag for det hovedkravet som Hæhre har gjort gjeldende, og som bygger på at avvisningsbeslutningen er rettsstridig.

Retten anser at en domsslutning som går ut på frifinnelse samsvarer med det staten reelt sett også ønsker å få dom for. Resultatet ligger videre innenfor den påstand som staten har lagt ned og det påstandsgrunnlag som er påberopt, jf. tvisteloven §§ 32-2 jf. 11-2. Idet retten har kommet til at tvistegjenstanden i saken må avgrenses ut fra det hovedkrav som saksøker har gjort gjeldende i forføyningssaken, kan ikke retten se at staten kan oppnå noe materielt bedre resultat enn frifinnelse. Hvorvidt retten av andre grunner ikke kan gi dom for det underliggende, materielle kravet om avvisning, som staten har lagt ned påstand om, er det etter dette ikke grunn til å gå inn på.

Som redegjort for over, har retten kommet til at det ikke er sannsynliggjort at Statens vegvesen har opptrådt i strid med anskaffelsesregelverket ved å avvise Hæhres tilbud fra konkurransen. Staten skal etter dette frifinnes for hovedkravet.

#### 4.5 Sakskostnader

Staten og Skanska har fremsatt krav om dekning av sakskostnader. Også partshjelperen kan tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-1 (3).

Staten og Skanska har lagt ned påstand om sakskostnader både i forføyningssaken og i tvisten om hovedkravet. Begge avgjørelser skal derfor omfatte det sakskostnadskrav som er fremsatt, jf. Flock, Midlertidig sikring, 2011, s. 207 og Schei m.fl., Tvisteloven, Kommentartutgave, 2. utgave, s. 700.

Staten og Skanska har vunnet saken, og har i utgangspunktet krav på sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven §§ 32-2 jf. § 20-2 (1). Dette gjelder både kravet om midlertidig forføyning og tvisten om hovedkravet. Hæhres begjæringen om midlertidig forføyning er ikke tatt til følge. Når det gjelder tvisten om hovedkravet, anser retten at staten og Skanska i det vesentlige har vunnet frem, selv om domsslutningen ikke samsvarer med den påstand som staten nedla i saken. Staten har fått medhold i de vesentlige spørsmålene som saken har reist, og også i resultatet. Hæhre kan ikke anses å ha fått medhold av betydning, og har i praksis tapt saken.

Retten har vurdert om det er grunnlag for å fritta Hæhre for kostnadsansvaret etter unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 20-2 (3). Fra statens side er det anført at saken har et prinsipielt tilsnitt, og det er på det rene at det ikke foreligger praksis fra høyere rettsinstanser som avklarer tolkningen av den anvendte avvisningsbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav a. Som redegjort for ovenfor, har staten også

brukt store ressurser og involvert ulike anskaffelsesrettslige miljøer for å vurdere avvísningsspørsmålet. Det kan derfor hevdes at det var god grunn for Hæhre til å få saken prøvd. Når retten likevel har kommet til at det ikke foreligger «tungtveiende grunner» som gjør det rimelig å gjøre unntak fra tvistelovens hovedregel, har dette sammenheng med at avvísningsspørsmålet – vurdert ut fra det samlede rettskildebildet som foreligger – ikke objektivt sett har fremstått som tvilsomt. Et resultat der Hæhre ble gitt medhold ville etter rettens syn i så fall måtte bygge på en tolkning av den aktuelle avvísningshjemmelen som blant annet ikke hadde vært forenlig med omfattende og langvarig klagenemndspraksis. Det foreligger heller ikke faktiske forhold i saken som først ble bevismessig avklart etter saksanlegget. Etter en samlet vurdering, der det også er tatt hensyn til at staten har vunnet saken, hvilke parter som er involvert og styrkeforholdet mellom dem, er retten derfor kommet til at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om at Hæhre må dekke statens og Skanskas sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (3). Retten kan videre ikke se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra kostnadsansvaret i medhold av andre bestemmelser.

Advokat Aardalsbakke har på vegne av staten fremsatt et sakskostnadskrav på til sammen 822 675 kroner. Advokat Goller har på vegne av Skanska fremsatt et krav på 570 000 kroner. Kostnadskravene omfatter de samlede sakskostnadene, herunder også tvist knyttet til om partshjelp skulle tillates, jf. tvisteloven § 20-8 (2). Hæhre har ikke protestert mot kravene. Retten anser at dette er rimelige krav, og at arbeidet har vært nødvendig. Merverdiavgift skal ikke tillegges salærkravene.

Verken staten eller Skanska har i kostnadsoppgaven gjort noen fordeling av kostnadene mellom forføyningssaken og tvisten om hovedkravet, og prosessfullmektigene har heller ikke for øvrig redegjort for fordelingen. Retten vil etter dette skjønsmessig beslutte fordelingen av sakskostnader mellom avgjørelsen om midlertidig forføyningen og dommen vedrørende hovedkravet.

Utgangspunktet for – og tyngdepunktet i – saken har vært Hæhres krav om midlertidig forføyning. Retten anser at det merarbeid som har oppstått som følge av at hovedkravet er trukket inn til samtidig pådømmelse har vært av meget begrenset omfang. Partene har vært enige om at hovedkravet kunne trekkes inn, og de rettslige spørsmålene som pådømmelsen av hovedkravet har reist har vært identiske med de spørsmål som retten har tatt stilling til i forføyningssaken. Spørsmålet knyttet til pådømmelsen av hovedkravet er videre knapt kommentert, verken i den skriftlige saksforberedelsen eller under den muntlige forhandlingen. Under disse omstendigheter fastsetter retten den delen av salæret som knytter seg til tvisten om hovedkravet skjønsmessig til 30 000 kroner. Dette beløpet trekkes fra det totale salærkravet som staten og Skanska har fremsatt krav om.



## SLUTNING

### Slutning i kjennelse

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. I sakskostnader betaler Hæhre Entreprenør AS til staten v/Samferdselsdepartementet 792 675 – syvhundreogtittotusensekshundreogsyttifem – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.
3. I sakskostnader betaler Hæhre Entreprenør AS til Skanska Norge AS 540 000 – femhundreogførtitusen – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.

### Domsslutning

1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. I sakskostnader betaler Hæhre Entreprenør AS til staten v/Samferdselsdepartementet 30 000 – trettitusen – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.
3. I sakskostnader betaler Hæhre Entreprenør AS til Skanska Norge AS 30 000 – trettitusen – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne kjennelsen.



Henning Kristiansen