



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 12. oktober 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg  
dommer Ragnhild Noer  
dommer Arne Ringnes  
dommer Cecilie Østensen Berglund  
dommer Borgar Høgetveit Berg

**HR-2022-1964-A, (sak nr. 22-023291SIV-HRET)**  
Anke over Gulating lagmannsretts dom 9. desember 2021

Staten v/Samferdselsdepartementet

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Kristin Hallsjø Aarvik)

mot

Flage Maskin AS

(advokat Eric Albert Rundhovde – til prøve)

Maskinentreprenørenes forbund  
(partshjelper)

(advokat Morten Goller)

## S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Østensen Berglund:**

**Sakens spørsmål og bakgrunn**

- (2) Saken gjelder krav om erstatning fra en tilbyder som ble avvist fra en konkurranse underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. Den reiser særlig spørsmål om tilbyderen oppfylte kvalifikasjonskravet som var stilt fra oppdragsgivers side.
- (3) Statens vegvesen Region vest utlyste i juli 2019 en anbuds konkurranse om oppgradering av den 4,9 kilometer lange Eikefettunnelen langs E39 i Vestland fylke. Den anslåtte kontraktsverdien var på 197 millioner kroner. De tre hovedfagområdene for kontrakten var oppgradering av elektriske og styringstekniske installasjoner, anlegg- og byggteknikk samt trafikkavvikling. I kunngjøringen var det tatt inn en oversikt og kort beskrivelse av kvalifikasjonskravene, der det blant annet gikk frem at leverandøren skulle ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra de tre hovedfagområdene. Det ble vist til konkurransegrunnlaget for nærmere informasjon. Pris var eneste tildelingskriterium.
- (4) Uenigheten i saken gjelder tolkingen av konkurransegrunnlaget, nærmere bestemt hva som var omfattet av hovedfagområdet «trafikkavvikling».
- (5) Flage Maskin AS ga i september 2019 et tilbud på i underkant av 170 millioner kroner, noe som viste seg å være laveste pris i konkurransen. I tilbudet oppga Flage Maskin hva det ville bruke underentreprenører til og hvem som var underentreprenører. For trafikkavvikling var det ikke oppgitt noen underentreprenør. Under punktet om erfaring oppga Flage Maskin fire tidligere tunneloppdrag. Det skulle i tilbudsskjemaet gis en kort beskrivelse av disse oppdragene, inkludert hvilke arbeider som eventuelt var utført av underleverandører. Flage Maskin unnlot å opplyse om bruken av underleverandør i forbindelse med trafikkavvikling i tidligere prosjekter, men skrev at disse tunnelprosjektene omfattet «trafikkhåndtering».
- (6) Etter å ha gjennomgått tilbudet ba Statens vegvesen Flage Maskin om å opplyse hvor i tilbudet det var dokumentert at selskapet oppfylte kvalifikasjonskravene for trafikkavvikling. I sitt svar viste Flage Maskin til sin referanseliste for andre tunnelprosjekter, der det sto at de hadde hatt ansvar for trafikkhåndtering. Flage Maskin beskrev også en rekke forhold som må være til stede for at trafikantene kan ferdes problemfritt gjennom anleggsområdet, eksempelvis planlegging og sikringstiltak. Dette hadde vært utført av Flage Maskin i referanseprosjektene. Det ble også pekt på at utarbeiding av prosedyrer for kjøring av ledebil var utført av Flage Maskin og deres daværende underentreprenør Sogn vegteneste i samarbeid. Videre fremhevet Flage Maskin at de hadde styrt trafikkdirigering og kjøring av ledebil, mens Sogn vegteneste i det vesentlige hadde utført dette. Til tider hadde Flage Maskin også utført deler av dette selv. Flage Maskin mente at selskapet utvilsomt var kvalifisert for hovedfagområdet trafikkavvikling.
- (7) Statens vegvesen besluttet å avvise Flage Maskin i medhold av anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a. Avvisningen følger av anskaffelsesprotokollen og ble meddelt

selskapet 23. oktober 2019. Avvisningen var begrunnet i «[m]anglende dokumentasjon for tilstrekkelig erfaring og kompetanse innen sentralt arbeidsområde trafikkavvikling». Flage Maskin klaget på avgjørelsen, men avvisningen ble opprettholdt av Statens vegvesen.

- (8) Birkeland Entreprenørforretning AS, som var tilbyderen med nest lavest pris, ble deretter tildelt kontrakten.
- (9) Flage Maskin tok ut stevning i saken. Ved Bergen tingretts dom 29. januar 2021 ble staten ved Samferdselsdepartementet frifunnet og tilkjent sakskostnader. Tingretten mente tilbudet korrekt var avvist fordi kvalifikasjonskravet knyttet til trafikkavvikling, og da spesielt erfaring med kjøring av ledebil, ikke var oppfylt.
- (10) Flage Maskin anket dommen til Gulating lagmannsrett, som avsa dom 9. desember 2021 med slik domsslutning:
- «1. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å betale erstatning til Flage Maskin AS med kr 13 500 000 - trettenmillionerfemhundretusen - med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 20. desember 2019 til betaling skjer.
  - 2. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte Flage Maskin AS sine sakskostnader for tingretten med kr 174 626 - etthundreogsyttifiretusensekshundreogtjueseks - innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.
  - 3. Staten v/Samferdselsdepartementet dømmes til å erstatte Flage Maskin AS sakskostnader for lagmannsretten med kr 214 073 - tohundreogfjortentusenogsyttitre - innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av dommen.»
- (11) Lagmannsretten mente avvisningen var uriktig. Retten la til grunn at Flage Maskin gjennom den fremlagte dokumentasjonen hadde sannsynliggjort at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, mente lagmannsretten at det ikke var stilt særskilte krav til dokumentasjon av egen erfaring for hvert enkelt kriterium knyttet til trafikkavvikling. Flage Maskin hadde dermed oppfylt minimumsterskelen som oppstilles for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. Retten mente at en urettmessig avvisning som utgangspunkt er erstatningsbetingende. Flage Maskin ble tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen.
- (12) Staten ved Samferdselsdepartementet har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse – både den generelle lovtolkningen og den konkrete subsumsjonen, samt bevisbedømmelsen.
- (13) For Høyesterett erklærte Kollektivtrafikkforeningen partshjelp til støtte for staten, jf. tvisteloven § 15-7 nr. 1 bokstav b. Høyesteretts ankeutvalg mente imidlertid at foreningen ikke hadde en tilstrekkelig sterk tilknytning til saken, og den fikk derfor ikke tillatelse til å opptre som partshjelper, jf. HR-2022-1552-U.
- (14) Maskinentreprenørenes forbund erklærte partshjelp til støtte for ankemotparten, jf. tvisteloven § 15-7 nr. 1 bokstav b. Høyesteretts ankeutvalg ga tillatelse til dette, jf. HR-2022-1553-U.
- (15) KS – *Kommunesektorens organisasjon* – har inngitt skriftlig innlegg i saken, jf. tvisteloven § 15-8 første ledd bokstav a. Dette inngår som en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken.

### Partenes syn på saken

- (16) Den ankende part – *staten ved Samferdselsdepartementet* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Etter anskaffelsesforskriften kan en oppdragsgiver stille relevante krav for å sikre at leverandøren har de nødvendige tekniske og faglige kvalifikasjonene. Den nærmere fastsettelsen av kravene ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Om en leverandør oppfylder kvalifikasjonskravene, beror på en konkret vurdering av den innleverte dokumentasjonen opp mot kvalifikasjonskravet, korrekt tolket. Ved tolking av kravene må det ses hen til hvordan en rimelig opplyst og normalt forstandig tilbyder vil forstå disse. Det må tas utgangspunkt i ordlyden i kvalifikasjonskravet, men også andre momenter som ordlyden i dokumentasjonskravet, hva kontrakten går ut på og konkurransegrunnlaget lest i sammenheng, er av betydning.
- (18) I konkurransegrunnlaget var det trukket frem tre hovedfagområder, hvorav ett var trafikkavvikling. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at dette blant annet omfattet kolonnekjøring med bruk av ledebil. Flage Maskin hadde ikke selv slik erfaring, og det ble ikke oppgitt at de skulle støtte seg på en underleverandør. Når Flage Maskin ikke oppfylte det materielle kvalifikasjonskravet, måtte tilbudet avvises.
- (19) Subsidiært er det anført at dersom avvissningen var urettmessig, foreligger det ikke et kvalifisert brudd på regelverket som kan gi grunnlag for erstatning. Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger et brudd på forskriften. Ansvar forutsetter at oppdragsgiver «åpenbart og grovt» har overskredet rammene for sitt skjønn. Det er ikke tilfellet i saken her. Den konkrete vurderingen beror på en helhetsvurdering, der Flage Maskin selv må bære ansvaret for uklarheter ved tilbudet.
- (20) Staten ved Samferdselsdepartementet har lagt ned slik påstand:
- «1. Staten v/Samferdselsdepartementet frifinnes.
  2. Staten v/ Samferdselsdepartementet tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»
- (21) Ankemotparten – *Flage Maskin AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (22) Lagmannsrettens dom er korrekt. Flage Maskin ble avvist på grunnlag av et regelstridig innfortolket kvalifikasjonskrav underveis i konkurransen. Statens vegvesen brøt videre regelverket ved å kreve dokumentasjon utover hva som følger av anskaffelsesforskriften.
- (23) Anskaffelsesdirektivet regulerer uttømmende hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles. Etter praksis må kvalifikasjonskravene utformes klart og tydelig, slik at formålet bak anskaffelsesreglene kan nås og alle opplyste tilbydere forstår innholdet. Det kan ikke underveis i prosessen trekkes inn nye krav eller tolkingsmomenter. Videre må det skilles mellom kvalifikasjonskrav og krav til kontraktens utførelse. Dersom tilsvarende prosjekter er gjennomført, er det en presumsjon for at man kan utføre det aktuelle arbeidet.
- (24) Det er egnetheten til å oppfylle kontrakten som skal dokumenteres. Prosjektene viser at Flage Maskin hadde tilstrekkelig erfaring med trafikkavvikling. Det var ikke grunnlag for å

kreve særskilt egenerfaring med kjøring av ledebil, en erfaring som for øvrig raskt kunne opparbeides.

- (25) Oppdragsgiver har ikke noe innkjøpsfaglig skjønn ved kvalifikasjonsvurderingen. Et slikt skjønn ville undergrave muligheten til etterfølgende kontroll og sanksjoner.
- (26) Det foreligger ansvarsgrunnlag for staten fordi en regelstridig avvisning normalt vil utgjøre et tilstrekkelig kvalifisert brudd på anskaffelsesreglene. Også de øvrige vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt. Det er ikke grunnlag for å nedsette ansvaret som følge av medvirkning.
- (27) Flage Maskin har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
  2. Flage Maskin AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (28) Partshjelperen – *Maskinentreprenørenes forbund* – har sluttet seg til anførslene fra Flage Maskin, og har i tillegg fremhevet:
- (29) Klarhetskravet og formålene bak regelverket innebærer at vurderingen av om en tilbyder er kvalifisert, må baseres på en riktig tolking av kvalifikasjonskravet og på objektiv lesing av tilbudet. Selv om en oppdragsgiver har en viss skjønnsfrihet i saken, er skjønnet begrenset som følge av hensynene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarhet.
- (30) Ved utvikling av den erstatningsrettslige normen må det ses hen til det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet og håndhevelsesdirektivet om effektive sanksjoner. Det må også tas i betraktning at kravet til årsakssammenheng allerede er strengt. Der oppdragsgiver har brutt en klar bestemmelse som ikke etterlater særlig rom for skjønn, vil normalt vilkåret om tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket være oppfylt. Ansvar er ikke betinget av skyld. Det skal foretas en helhetsvurdering, der betydelig skadeevne skal tillegges vekt.
- (31) Dersom kvalifikasjonskravet er oppfylt, har tilbyderen rett til å delta. Her foreligger det ingen skjønnsfrihet. Når kravet om erfaring fra trafikkavvikling er generelt utformet, vil tidligere erfaring med dette på et overordnet nivå være tilstrekkelig. Denne kompetansen hadde Flage Maskin, og det ble dokumentert. Selskapet innga det laveste tilbudet og har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.
- (32) Maskinentreprenørenes forbund har lagt ned slik påstand:
- «Maskinentreprenørenes forbund tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

## **Mitt syn på saken**

### *Spørsmålene i saken*

- (33) Tvistetemaet i saken er om Statens vegvesen urettmessig avviste Flage Maskin, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a, slik at det foreligger et brudd på reglene om offentlige anskaffelser, og om staten i tilfelle er erstatningspliktig.

## **Kvalifikasjonskrav**

### *Generelt om kvalifikasjonskrav*

- (34) Offentlige anskaffelser reguleres av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Loven og forskriften gjennomfører direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp, og de må tolkes i samsvar med rettsavgjørelser knyttet til dette direktivet og dets forløper, direktiv 2004/18/EF. Også rettsavgjørelser vedrørende EU-organenes egne anbudskonkurranser, som skal respektere de samme grunnleggende prinsippene som direktivene bygger på, er relevante.
- (35) Reglene om utvelgelseskriterier fremgår av direktivets artikkel 58, mens kravene til dokumentasjon for at utvelgelseskriteriene er oppfylt, følger av artikkel 60. I forskriften er disse bestemmelsene gjennomført i kapittel 16.
- (36) Før jeg går inn på forskriften, understreker jeg at anskaffelsesloven § 4 stiller krav om at en oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet under hele prosessen.
- (37) Forskriften § 16-1 har overskriften «kvalifikasjonskrav» og lyder:
- «(1) Oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. Kravene kan bare gjelde registrering, autorisasjoner mv., jf. § 16-2, økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-3, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5. Kravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen.
  - (2) Oppdragsgiveren kan bare kreve attester, erklæringer eller andre typer dokumentasjon som angitt i § 16-2, § 16-4, § 16-6 eller § 16-7 som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
  - (3) Oppdragsgiveren skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.»
- (38) Det er krav om «tekniske og faglige kvalifikasjoner» som er av interesse i saken her. Hvilke krav som kan stilles er utdypet i forskriften § 16-5. Første og andre ledd lyder:
- «(1) Oppdragsgiveren kan bare stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene, inkludert menneskelige og tekniske ressurser og erfaringer, til å utføre kontrakten.
  - (2) Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiveren vurdere leverandørens faglige kvalifikasjoner på grunnlag av hans ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider.»
- (39) Det følger av ordlyden i de to bestemmelsene at det som vilkår for kontraktstildelingen kan stilles kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens egnethet til å gjennomføre kontrakten. Kravene må være relevante og forholdsmessige.

- (40) For å sikre at oppdragsgiver kan gjøre en kvalifisert vurdering av om kvalifikasjonskravene er oppfylt og samtidig sikre at andre tilbydere kan sammenlikne de ulike tilbudene, kan oppdragsgiver kreve dokumentasjon – bevis – for at tilbyderen har den relevante kompetansen.
- (41) Dette er nærmere regulert i anskaffelsesforskriften § 16-6. De deler av bestemmelsen som er av særlig betydning i saken her, lyder:
- «(1) Som dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner kan oppdragsgiveren bare stille krav om at følgende dokumenter fremlegges:
    - a. en oversikt over bygge- og anleggsarbeidene som leverandøren har utført i løpet av de siste fem årene, sammen med attester for tilfredsstillende utførelse av de viktigste arbeidene. [...]
  - (4) Dokumentasjonskravene skal stå i forhold til anskaffelsens karakter, omfang, betydning og planlagte bruk.»
- (42) Bestemmelsen fastslår hvilken dokumentasjon som kan kreves. Det kan ikke kreves dokumentasjon for forhold som ikke kunne vært stilt som et kvalifikasjonskrav.
- (43) Innenfor de rammene som trekkes opp gjennom direktiv, lov og forskrift er det av betydning hvilket *handlingsrom*, ofte omtalt som «innkjøpsfaglig skjønn», en oppdragsgiver har ved fastsettelse av kvalifikasjonskravene.
- (44) Dette følger ikke av ordlyden i bestemmelsene, men er behandlet i rettspraksis fra EU-domstolen.
- (45) I EU-domstolens sak C-195/21 *LB* avsnitt 50, avsagt 31. mars 2022, heter det:
- «Nevertheless, as it is best placed to assess its own needs, the contracting authority has been granted a broad discretion by the EU legislature when determining selection criteria, as can be seen inter alia from the recurring use of the term ‘may’ in Article 58 of Directive 2014/24. Thus, in accordance with paragraph 1 of that article, it has some flexibility in setting those requirements for participation in a procurement procedure which it considers to be related and proportionate to the subject matter of the contract and appropriate to ensure that a candidate or tenderer has the legal and financial capacities and the technical and professional abilities to perform the contract to be awarded. More specifically, according to paragraph 4 of that article, the contracting authority is free to determine which requirements for participation it considers appropriate, from its point of view, to ensure inter alia the performance of the contract to a quality standard which it considers appropriate.»
- (46) Slik jeg leser denne avgjørelsen har oppdragsgiver – innenfor det rettslige rammeverket for offentlige anskaffelser – et betydelig handlingsrom i valget av kvalifikasjonskrav så lenge kravene er relevante og forholdsmessige. En slik tilnærming er også lagt til grunn i praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Jeg nøyer meg her med å vise til KOFA-2017-84 avsnitt 40 og KOFA-2021-1053 avsnitt 28.
- (47) Den nærmere *utformingen av kvalifikasjonskravene* er drøftet i flere avgjørelser fra EU-domstolen. Av særlig interesse er de kravene som følger av EU-domstolens avgjørelser i C-368/10 *Max Havelaar* og C-27/15 *Pippo Pizzo*.

(48) I *Max Havelaar* heter det i avsnitt 109:

«The principle of transparency implies that all the conditions and detailed rules of the award procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the notice or contract documents so that, first, all reasonably informed tenderers exercising ordinary care can understand their exact significance and interpret them in the same way and, secondly, the contracting authority is able to ascertain whether the tenders submitted satisfy the criteria applying to the relevant contract [...]»

(49) Dette ble fulgt opp i *Pippo Pizzo*, der domstolen i avsnitt 36 også understreker at:

«[...] the principle of equal treatment requires tenderers to be afforded equality of opportunity when formulating their tenders, which therefore implies that the tenders of all tenderers must be subject to the same conditions.»

(50) Avgjørelsene viser at kvalifikasjonskravene må utformes klart, presist og utvetydig, i tråd med det som omtales som gjennomsiktighetsprinsippet. Ved vurderingen av om kravene er tilstrekkelig presise, skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravenes konkrete rekkevidde. Det samme er lagt til grunn i C-538/1 *eVigilio* avsnitt 54, som omhandler tildelingskriterier, jf. artikkel 67 og forskriften § 18-1. I denne dommen er det i avsnitt 53 også vist til at uklare krav vil kunne være et brudd på direktivet.

(51) Ved *tolkingen av kravene* må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på. I den forbindelse vil også ordlyden i dokumentasjonskravet være av betydning, jf. blant annet KOFA-2022-909 avsnitt 34 flg. Jeg er derfor ikke enig i at tolkningen av kvalifikasjonskravet må begrenses til den umiddelbare, isolerte forståelsen av hvordan det er formulert, slik det er anført fra partshjelperen. Det kan imidlertid ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget faktisk gir grunnlag for, jf. *Pippo Pizzo* avsnitt 35 følgende. Videre kan det ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf. samme dom avsnitt 51. En oppdragsgiver må også forholde seg strengt til de kvalifikasjonskravene som er oppgitt. Dette fremgår blant annet av avsnitt 42, hvor det understrekes at «a contracting authority must comply strictly with the criteria which it has itself established».

(52) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, må tilbudet sammenholdes med den informasjonen som leverandøren eventuelt har gitt etter anmodning fra oppdragsgiveren om å avklare forhold ved tilbudet, jf. anskaffelsesforskriften § 23-5.

(53) På samme måte som ved fastsettelse av kvalifikasjonskravene, er partene uenige om hvilket *handlingsrom*, «innkjøpsfaglig skjønn», oppdragsgiver har ved den konkrete vurderingen av om kravene er oppfylt.

(54) Til dette bemerker jeg at selv om konkurransegrunnlaget skal utformes klart, presist og utvetydig, er det ikke til å unngå at visse kvalifikasjonskrav kan få en skjønnsmessig utforming. Dette vil eksempelvis være tilfellet når det kreves «tilstrekkelig erfaring fra arbeider av relevant art og vanskelighetsgrad». Ved vurderingen av om slike krav er



oppfylt, vil oppdragsgiveren ha et handlingsrom, se til illustrasjon KOFA-2014-81 avsnitt 53. Vurderingen må imidlertid skje innenfor de rammene som kvalifikasjonskravene angir og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som følger av anskaffelsesloven § 4.

*Støtte fra andre virksomheter*

- (55) Etter anskaffelsesforskriften § 16-10 kan en leverandør for en bestemt kontrakt støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Leverandøren må da dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, jf. § 16-10 andre ledd. Den virksomheten som leverandøren støtter seg på for å oppfylle kravene til utdanning eller relevant erfaring, må også utføre de aktuelle tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene, jf. § 16-10 femte ledd.
- (56) Dersom en leverandør har benyttet seg av underentreprenører i tidligere prosjekter, oppstår spørsmålet om leverandøren gjennom ledelse av eller deltakelse i underentreprenørens arbeid kan ha fått slik erfaring på området at det ikke er nødvendig å oppgi underentreprenører i tilbud om tilsvarende oppdrag hvor det kreves relevant faglig erfaring.
- (57) Dette er nærmere behandlet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14 *Esaprojekt*, der det i avsnittene 62-64 heter:
- «62      Therefore, where an economic operator relies on the experience of a group of undertakings in which it has participated, that experience must be assessed in relation to the effective participation of that operator and, therefore, to its actual contribution to the performance of an activity required of that group in the context of a specific public contract.
- 63      [...] in practice an economic operator acquires experience not by the mere fact of being a member of a group of undertakings without any regard for its contribution to that group, but only by directly participating in the performance of at least part of the contract, the whole of which is to be performed by that group.
- 64      It follows that an economic operator cannot rely on the supplies of services by other members of a group of undertakings in which it has not actually and directly participated as experience required by the contracting authority.»
- (58) Slik jeg forstår dommen, slår den fast at en leverandør bare kan opparbeide seg erfaring ved selv å utføre i alle fall deler av det aktuelle arbeidet, og at leverandørens erfaring skal vurderes ut fra sitt faktiske bidrag til utførelsen.
- (59) Flage Maskin har anført at dette stiller seg annerledes for en prosjektleder. I dommen stilles det imidlertid krav om at tilbyderens erfaring må være basert på mer direkte utførelse av arbeidsoppgavene. Som det klare utgangspunkt kan jeg ikke se at ledelse av underentreprenører i seg selv etablerer det nødvendige erfaringsgrunnlaget. Dersom prosjektlederen er avhengig av å knytte til seg andre for å ha de nødvendige kvalifikasjonene for å utføre et bestemt arbeid, må det dermed i tilbudet opplyses om at det skal engasjeres en navngitt underentreprenør når ikke andre i eget selskap har den nødvendige kompetansen.

### *Den konkrete vurderingen*

- (60) Spørsmålet er altså om det var riktig å avvise Flage Maskin fordi selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra trafikkavvikling, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a, som lyder:
- «(1) Oppdragsgiveren skal avvise en leverandør
- a. som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene;»
- (61) Det fremgår av *innbydelsen* til anbudskonkurransen, A2, om prosjektinformasjon, at Statens vegvesen ønsket tilbud på tunneloppgradering i Eikefettunnelen fra entreprenører med det faglige, tekniske og økonomiske grunnlaget som var nødvendig for å oppfylle kontrakten. Det ble krevd erfaring fra tilsvarende arbeider i henhold til konkurransegrunnlaget. Samtidig er det vist til utfyllende bestemmelser i konkurransegrunnlaget kapittel B2.
- (62) I konkurransereglene, B1, var arbeidenes art og omfang beskrevet som «oppgradering av elektrisk og styringstekniske installasjoner, anlegg- og byggeteknikk samt trafikkavvikling i Eikefettunnelen». Anslått hovedmengde for trafikkavvikling var angitt til 600 dager natt, kl. 22.00-05.30, søndag kveld til lørdag morgen og 50 dager dag, kl. 05.30-22.00, mandag morgen til fredag kveld. Videre het det under «spesielle forhold», 10.1, at trafikkavvikling skulle avvikles i henhold til prosess 14. Det var fremhevet at trafikkavvikling skulle utføres med kolonnekjøring mellom 22.00-05.30.
- (63) Under B2, krav til leverandørens kvalifikasjoner, fremgikk det i punkt 2.1 at hvert enkelt kvalifikasjonskrav måtte være oppfylt for at leverandøren skulle bli vurdert som kvalifisert. Om kvalifikasjonskravene knyttet til relevant erfaring het det i punkt 2.4.1:
- «Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende arbeider:
- 1: Hovedfagområdene i oppdraget omfatter:  
Elektro/SRO, bygg- og anleggsteknikk og trafikkavvikling.»
- (64) Om krav til dokumentasjon for slik erfaring het det:
- «En liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført [...]. Listen skal, jf. skjema inntatt i kapittel E, inneholde følgende for hver av kontraktene:
- [...]
- Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere).»
- (65) Samme sted fremgikk det at Statens vegvesen og andre byggherrers erfaring med tilbyder ville bli vurdert.
- (66) Under den beskrivende delen, D, var det i prosess 14 A gitt regler om midlertidig trafikkavvikling. I punkt 14.9 var det stilt krav om trafikkavvikling med ledebil. Det var gitt en spesiell beskrivelse, hvor det blant annet fremgikk at det skulle være

trafikkdirigering på begge sider og at trafikken skulle avvikles som kolonnekjøring. Det var også her angitt mengder dag og natt, som samsvarte med de mengdene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget B1, som jeg har referert tidligere. Kravene til ledebilsjåfører og trafikkdirigenter var inntatt i de spesielle kontraktsbestemmelsene, C2, punkt 31.15.

- (67) Samlet inneholdt konkurransegrunnlaget en rekke omtaler av kravet til trafikkavvikling, som altså var ett av de tre hovedfagområdene i kontrakten. Trafikkdirigering og bruk av ledebil var omtalt flere steder.
- (68) Flage Maskin gjorde som nevnt gjeldende at selskapet hadde erfaring med trafikkavvikling i prosjekt av relevant art og vanskelighetsgrad, og da også organisering av trafikkdirigering og kolonnekjøring, samt utførelse av noe trafikkdirigering. Selskapet hadde i tidligere prosjekter stått for de andre konkrete oppgavene som fremgikk av prosess 14, slik at de mente den samlede erfaringen selskapet hadde, tilfredstilte kvalifikasjonskravet.
- (69) Jeg er enig med Flage Maskin i at konkurransegrunnlaget viste at trafikkavvikling omfattet en rekke arbeidsprosesser, blant annet planlegging og koordinering med arbeider som sprengning og utkjøring av masser. Men det gikk samtidig klart frem av anbudsinnbydelsens konkurranseregler pkt. 1, sammenholdt med den beskrivende delen i pkt. 14.9, at kjøring med ledebil var helt sentralt innenfor arbeidet med trafikkavvikling.
- (70) Ut fra det samlede konkurransegrunnlaget er det etter mitt syn klart at Flage Maskin måtte forstå at konkret erfaring med trafikkdirigering og bruk av ledebil, eventuelt gjennom støtte fra en underleverandør, ville bli ansett nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet om trafikkavvikling. Det ville ikke, slik selskapet har argumentert for, være tilstrekkelig med opplæring av egne ansatte etter at kontrakten var tildelt, heller ikke om dette ble sammenholdt med at leverandørens prosedyrer for trafikkavvikling skulle godkjennes av byggherren.
- (71) Flage Maskin nøyde seg i tilbudet med å vise til at selskapet hadde hatt ansvaret for «trafikkhåndtering» i tre av fire tidligere oppdrag. For to av disse referanseprosjektene hadde imidlertid ikke selskapet selv stått for kjøring med ledebil, men benyttet underentreprenører til arbeidet. Det fremgår av min omtale av sak C-387/14 *Esaprojekt* at en slik arbeidsdeling ikke ga Flage Maskin den tilstrekkelige kompetansen som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Det tredje prosjektet som omhandlet trafikkhåndtering, var såpass begrenset i omfang at det ikke oppfylte kravet om å vise erfaring med prosjekter av tilsvarende art og størrelse. I skranken for Høyesterett opplyste Flage Maskin at meningen var å benytte underentreprenør til det aktuelle arbeidet. Selskapet hadde imidlertid ikke gitt opplysninger om dette i tilbudet og heller ikke fått noen forpliktelseserklæring fra noen slik underentreprenør, slik at kvalifikasjonskravet heller ikke var oppfylt gjennom støtte fra en annen virksomhet.
- (72) Den etterfølgende avklaringen mellom Staten vegvesen og Flage Maskin viste at Flage Maskin hadde basert seg på en forståelse av kvalifikasjonskravet om trafikkavvikling som det ikke var grunnlag for.
- (73) Det forhold at Statens vegvesen i konkurransegrunnlag som er utarbeidet etter at uenigheten i denne saken oppsto, har valgt å presisere at kolonnekjøring med ledebil inngår i hovedfagområdet om trafikkavvikling, må sees som et tiltak for å unngå ytterligere tvister og kan ikke tillegges vekt.

- (74) Slik jeg ser det, la Statens vegvesen i 2019 korrekt til grunn at Flage Maskin ikke oppfylte kravet om tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad knyttet til trafikkavvikling.
- (75) Jeg er derfor, i likhet med tingretten, kommet til at det var riktig av Statens vegvesen å avvise Flage Maskin, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a.
- (76) Partene, partshjelperen og KS, som har inngitt skriftlig innlegg i saken, har uavhengig av om tilbudet kunne avvises, ønsket at Høyesterett drøfter spørsmålet om eventuelt erstatningsansvar ved urettmessig avvisning. Høyesterett har i HR-2019-1801-A, *Fosen-Linjen*, behandlet ansvarsgrunnlaget for statens ansvar for brudd på regelverket. De særlige spørsmålene som saken her eventuelt kunne reist, blir ikke aktualisert etter det resultat jeg er kommet til.

### ***Konklusjon og sakskostnader***

- (77) Jeg er etter dette kommet til at staten skal frifinnes.
- (78) Staten har vunnet saken og skal tilkjennes sakskostnader for alle instanser, i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-1 tredje ledd, jf. § 20-8 første ledd. Jeg har vurdert, men ikke funnet grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen.
- (79) Det er krevet dekning av sakskostnader for tingretten med 118 900 kroner og sakskostnader for lagmannsretten med 62 717 kroner. For Høyesterett er det krevet dekning av sakskostnader med 171 200 kroner og dekning av rettsgebyret på 33 021 kroner. Kostnadene anses som nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5.
- (80) Jeg stemmer for denne

### **D O M :**

1. Staten ved Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Flage Maskin AS og Maskinentreprenørens forbund én for begge, begge for én  
204 221 – tohundreogfiretusentohundreogtjueen – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Flage Maskin AS  
62 717 – sekstitotusensjuhundreogsyttien – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.
4. I sakskostnader for tingretten betaler Flage Maskin AS  
118 900 – etthundreogtattusennihundre – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.

- (81) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (82) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (83) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (84) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (85) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

## D O M :

1. Staten ved Samferdselsdepartementet frifinnes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Flage Maskin AS og Maskinentreprenørens forbund én for begge, begge for én  
204 221 – tohundreogfiretusentohundreogtjueen – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Flage Maskin AS  
62 717 – sekstitotusensjuhundreogsyttten – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.
4. I sakskostnader for tingretten betaler Flage Maskin AS  
118 900 – etthundreogattentusennihundre – kroner til staten ved Samferdselsdepartementet innen to uker fra forkynnelse av dommen.