



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avvisning av tilbud.

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for prosjektering og bygging av omtrent 21 kilometer vei. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av minstekrav. Klagenemnda kom til at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Saken ble behandlet i stornemnd. Dissens.*

### **Klagenemndas avgjørelse 12. mai 2026 i sak 2025/1014**

**Klager:** Joint Venture mellom Implenia Norge AS og Bertelsen & Garpestad AS

**Innklaget:** Statens vegvesen Utbygging

**Klagenemndas medlemmer:** Elisabeth Wiik, Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

### **Bakgrunn:**

- (1) Statens vegvesen Utbygging (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. april 2024 en konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av totalentreprise bestående av prosjektering og bygging av omtrent 21 kilometer vei. Anskaffelsens verdi var estimert til 4 375 000 000 kroner ekskl. mva.
- (2) Det ble avholdt en prekvalifiseringsrunde der fem leverandører sendte forespørsel om å delta i konkurransen. Fire leverandører oppfylte kvalifikasjonskravene, og ble valgt ut til å delta i konkurransen. Fristen for å innlevere første tilbud var 17. januar 2025. Etter mottak av første tilbud, ble det gjennomført forhandlingsmøter med alle leverandørene den syvende uken i 2025. Fristen for levering av endelig tilbud var 19. mars 2025.
- (3) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget del B2 («*Krav til entreprenørenes kvalifikasjoner*»). I punkt 2.4.1 var det stilt kvalifikasjonskrav om at leverandøren skulle «*ha tilstrekkelig erfaring med gjennomføring av vegprosjekter av relevant art og vanskelighetsgrad*». Videre skulle leverandøren i tillegg «*ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad*» fra «*sentrale arbeider*» som blant annet «*[k]omplekse brukonstruksjoner*».
- (4) Grunnlaget for tildelingen av kontrakten fremgikk av konkurransegrunnlaget del B3 punkt 8. Kontrakten skulle tildeles leverandøren «*med det tilbudet som gir beste forholdet mellom pris og kvalitet*». Tildelingskriteriene var «*K1: Tilbudssum*», «*K2: Organisering og tilbudt nøkkelpersonell*», «*K3: Gjennomføring av oppdraget*», «*K4: Ivaretagelse av HMS på prosjektet, herunder SHA og YM*» og «*K5: Reduksjon av klimagassutslipp*».
- (5) På bakgrunn av tildelingskriteriene skulle tilbudene beregnes til en konkurransesum, og kontrakten skulle tildeles leverandøren med den lavest konkurransesummen.

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) Tildelingskriteriet «K2: *Organisering og tilbudt nøkkelpersonell*» var nærmere omtalt i punkt 8.3. For utvalgte nøkkelpersonell, herunder for «*[a]nleggsledere(e)*», skulle leverandøren levere CV og stillingsbeskrivelse samt «*referanseliste med minimum 3 relevante referanseprosjekter pr. nøkkelperson*». Slikt nøkkelpersonell skulle «*kun [gi] merverdi dersom de overoppfyller minstekrav gitt i C2-10*» og det var presisert at «*[f]or alt av nøkkelpersonell gjelder uansett minimumskrav til erfaring som angitt i kapittel C2 punkt 10.*»
- (7) I konkurransegrunnlaget del C2 punkt 10.1 («*Nøkkelpersonell*») var det stilt krav om at nøkkelpersonell skulle ha «*gode samarbeidsevner og tilstrekkelig kompetanse*». For personell tilbudt i rollen som «*anleggsleder*» var det i tillegg stilt «*minstekrav til kompetanse*»:
- «Minst 10 års relevant erfaring innen bygg og anlegg, hvorav minst 5 år som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad.»*
- (8) Innklagede mottok tilbud fra alle de prekvalifiserte leverandørene, herunder fra Joint Venture mellom Implenia Norge AS og Bertelsen & Garpestad AS (heretter *klager*) og Skanska Norge AS.
- (9) I tilbudet fra Skanska Norge AS ble det fremlagt tre referanseprosjekter for tilbudt anleggsleder. Referanseprosjektene ble av innklagede sammenstilt slik:

	<i>Rv3/25 Løten-Elverum</i>	<i>TWEL Kollsnes</i>	<i>Yggdrasil Pfs</i>
<b>Type</b>	<i>Totalentreprise</i>	<i>Totalentreprise</i>	<i>Samhandlingsfase</i>
<b>Kostnad (mnok)</b>	<i>2633</i>	<i>392</i>	<i>1900</i>
<b>Tidsrom</b>	<i>2018-2020</i>	<i>2021-2023</i>	<i>2023</i>
<b>Rolle</b>	<i>Anleggsleder/senior produksjonsleder betongkonstruksjoner</i>	<i>Prosjektleder</i>	<i>Prosjektleder</i>
<b>Omfang</b>	<i>Etablering av 27 km veg 28konstruksjoner Overgangsbruer og bruer i linjen Direktefundamentert og fundamentert med peling i og nært vassdrag 3 kryssområder Trafikkstasjon Mv</i>	<i>Etablering av trafostasjon og landfall</i>	<i>Etablering av trafostasjon og landfall</i>

- (10) Den 28. april 2025 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt Skanska Norge AS (heretter *valgte leverandør*). Klager ble rangert som nummer to.

- (11) I evalueringsrapporten fremgikk at Skanska Norge AS sitt tilbudte nøkkelpersonell oppfylte minimumskravene som angitt i konkurransegrunnlaget C2 punkt 10.1. Videre ble nøkkelpersonellet vurdert som å representere en «*meget god merverdi for oppdragsgiver*». Om den tilbudte anleggsleder konstruksjon het det i evalueringsrapporten at:

*«Tilbudt nøkkelperson har relevant utdanning - ingeniør eller tilsvarende (3 år), og svært lang erfaring fra bygg og anlegg. Basert på CV og referanseprosjekter vurderes vedkommende å ha ca. 38 års relevant erfaring, hvorav ca. 5 år som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad.»*

- (12) Den 9. mai påklaget klager tildelingsbeslutningen, og ba samtidig om at karensfristen ble utsatt. I brev 14. mai informerte innklagede om at klagen ikke ble tatt til følge. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 20. mai 2025.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 3. juli 2025. Klagebehandling startet 7. juli 2025, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. november 2025. Den 12. januar 2026 ble det besluttet at saken skulle behandles i stornemnd, jf. klagenemndsforordningen § 12 første ledd andre setning. Stornemndsmøte i saken ble avholdt 23. februar 2026.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (15) Valgte leverandørs tilbudte anleggsleder konstruksjon har ingen erfaring med de sentrale ytelsene for sin rolle og funksjon i det aktuelle prosjektet. Vedkommende oppfylte dermed ikke det absolutte minimumskravet om erfaring. Dette innebærer et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, og tilbudet skulle dermed vært avvist.
- (16) Denne konkurransen gjelder hovedsakelig bygging av to store brokonstruksjoner over vann på henholdsvis 550 - og 180 meters lengde, seks tunnelportaler, to mindre broer og mindre betongkonstruksjoner. Anleggsleder konstruksjon har i en totalentreprise et generelt ansvar for planlegging og oppfølging av produksjonen, samt deltagelse og innspill til den løpende detaljprosjekteringen. En svært viktig forutsetning i dette prosjektet, er at anleggsleder konstruksjon har tilstrekkelig erfaring med brokonstruksjoner, og da særlig brokonstruksjoner over fjord/vann. Særlig to av brokonstruksjonene som skal bygges er svært krevende med særlig vanskelige fundamenteringsforhold, krevende pelearbeider over vann med lange peler opptil 85 meter, arbeid på lekter med forankring på dypt vann, håndtering av flo og fjære, brobygging i værutsatt fjordområder i Nord-Norge mv. Også byggingen av de seks tunnelportalene i prosjektet forutsetter særskilt kunnskap og erfaring hos anleggsleder konstruksjon, herunder med sikring mot rasfare mv. De tre referanseprosjektene fremlagt for anleggsleder konstruksjon kan verken i «*art*», «*omfang*» eller «*vanskelighetsgrad*» sammenlignes med ytelsene i foreliggende anskaffelse.
- (17) Manglende overholdelse av avvisningsplikten utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd til at vilkårene for erstatning er oppfylt.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (18) Valgte leverandørs tilbudte anleggsleder konstruksjon oppfyller kravet om erfaring. Dette er dokumentert via referanseprosjekter og CV. Det foreligger derfor ikke et avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (19) Kravet om erfaring kan ikke forstås slik at det kun er erfaring fra rollen som anleggsleder som er relevant. Erfaring fra andre roller kan være relevant og tilstrekkelig, så lenge det er snakk om lignende roller. Både prosjektleder og anleggsleder er lederroller. På grunn av størrelsen på prosjektet og tilbudt organisering har rollen som anleggsleder konstruksjon i valgte leverandørs organisasjon blitt vurdert til å være relativt overordnet, og med lite behov for stedlig ledelse. Erfaring som prosjektleder er dermed relevant i vurderingen av om minstekravet er oppfylt.
- (20) Den tilbudte anleggslederen konstruksjon er 58 år gammel, har jobbet omtrent 38 år i bygg og anleggsbransjen, har 18 års erfaring som prosjektleder eller anleggsleder, og en CV som viser svært relevant utdanning for rollen. I evalueringen ble vedkommende ansett som en tungvekt, som med sin bakgrunn heller er overkvalifisert til rollen.
- (21) Referanseprosjektene «art» er «tilsvarende», ettersom også disse gjelder konstruksjoner i betong. Videre inneholder referanseprosjektene utfordringer innen konstruksjonsfaget av «tilsvarende vanskelighetsgrad» som prosjektet i denne anskaffelsen hvor det skal bygges to større broer og flere mindre konstruksjoner. Også «omfanget» av referanseprosjektene er «tilsvarende».
- (22) Referanseprosjektene må ikke være identiske for å gi nødvendig erfaring. Anleggsleder erfaring med komplekse brokonstruksjoner og tunnelportaler er ikke en forutsetning for å oppfylle minstekravet. Heller ikke sluttproduktet – det visuelle – er avgjørende. Ulikheter i konstruksjonene ivaretas i stor grad av prosjekterende ved at anleggsleder konstruksjon får et grunnlag (arbeidstegninger) fra prosjekterende. Erfaringen som anleggsleder konstruksjon har opparbeidet seg gjennom sin rolle i referanseprosjektene har gitt tilstrekkelig kompetanse for rollen og ansvaret vedkommende er tiltenkt i foreliggende prosjekt.
- (23) Minstekravet om erfaring har ikke et eget dokumentasjonskrav. Referanseprosjektene og CV etterspørres under tildelingskriterium «K2: *Organisering og tilbudt nøkkelpersonell*». Minstekravet bør derfor ikke praktiseres for strengt. Eventuelle uklarheter på dette punkt, må gå utover oppdragsgiver og ikke leverandørene.
- (24) Skulle klagenemnda mene at minstekravet om erfaring ikke er oppfylt, er avviket uansett ikke «vesentlig».
- (25) Kravet er et minstekrav, men ikke et absolutt krav. Konkurransgrunnlaget inneholder ingenting som tilsier at ethvert avvik skal lede til avvisning. Det eventuelle avviket vil være marginalt, ettersom anleggsleder konstruksjon beviselig har svært lang og relevant erfaring, og formålet med kravet er å unngå uerfarne i rollen. Terskelen for å oppfylle kravet bør heller ikke praktiseres for strengt, ettersom det blant annet vil medføre at det er mindre igjen å vektlegge under tildelingskriterium K2 ved overopplyselse. Konsekvensen av å bytte ut vedkommende – med hans lange erfaring – hadde trolig vært at tilbudssummen ble redusert. Det er svært stor avstand mellom leverandørens tilbudssumme, og et eventuelt avvik vil dermed ikke forrykke konkurransen. Valgte leverandør vil ikke ha hatt en reell fordel – terskelen for oppfyllelse er praktisert likt

overfor leverandørene. Videre vil det eventuelle avviket ikke hindre en objektiv sammenligning av tilbudene, og risikoen i kontraktsforholdet påvirkes heller ikke. Det vil eventuelt foreligge et avvik ved én av 16 nøkkelpersoner, hvilket også trekker i retning av at avviket ikke var vesentlig.

- (26) Det vil ikke være formålstjenlig å heve terskelen for oppfyllelse av minstekravet om erfaring. Kravet er praktisert likt overfor alle leverandørene. En heving av terskelen ville potensielt medført at klagers prosjektleder stod i fare for å ikke oppfylle minstekravet. Det antas at samtlige leverandører ville hatt nøkkelpersonell som ved en strengere praktisering ikke oppfyller minstekravene.
- (27) Under enhver omstendighet foreligger det ikke grunnlag for erstatning. Konkurransen ville blitt avlyst dersom valgte leverandørs tilbud hadde blitt avvist, fordi gjenværende tilbud lå langt over kostnadsrammen.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise bestående av prosjektering og bygging av omtrent 21 kilometer vei som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 4 375 000 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter *loven*) følger anskaffelsen forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter *forskriften*) del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (29) Klagenemnda skal ta stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist.
- (30) Det følger av forskriften § 24-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «avvik» fra anskaffelsesdokumentene dersom avviket er «vesentlig».
- (31) Klagenemnda vurderer først om valgte leverandørs tilbud inneholder «avvik» fra anskaffelsesdokumentene.
- (32) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 femte ledd og 23-3 andre ledd. Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 Cartiera dell'Adda.
- (33) Det var angitt som et «minstekrav til kompetanse» at «anleggsleder(e)» hadde «Minst 10 års relevant erfaring innen bygg og anlegg, hvorav minst 5 år som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad.»
- (34) Det er ikke tvilsomt at den tilbudte anleggsleder konstruksjon hadde «minst 10 års relevant erfaring innen bygg og anlegg». Av de ti årene må anleggslederen ha minst fem års «relevant erfaring» som «anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad». Spørsmålet er om anleggslederen har «relevant erfaring» i minst 5 år som «anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad».

- (35) I mangel av en presisering av hva som er «*relevant erfaring*», er det naturlig å forstå dette slik at den aktuelle erfaringen må ha en viss tilknytning og overføringsverdi til kontraktsgjenstanden i anskaffelsen. En slik tolkning underbygges av formålet med kravet om å sikre at anleggslederen har nødvendig erfaring fra prosjekter som er like utfordrende, sammensatt og komplekse som prosjektet i denne anskaffelsen.
- (36) Kravet gjelder erfaring fra «*prosjekter*» der den tilbudte personen har hatt rollen som «*anleggsleder*». At prosjektene skal være av «*tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad*» må forstås som tre kumulative vilkår, jf. formuleringen «*og*». En naturlig språkforståelse av «*tilsvarende*» innebærer at det må være likt. Vilkåret «*tilsvarende*» setter dermed en konkret terskel, som er høyere og etterlater et mindre rom for skjønn hos oppdragsgiver enn eksempelvis «*tilstrekkelig*» eller «*relevant*».
- (37) Vilkåret om «*tilsvarende art*» tilsier minst fem års erfaring som anleggsleder i prosjekter av lik type som prosjektet i denne anskaffelsen. Vilkåret om «*tilsvarende omfang*» tilsier minst fem års erfaring som anleggsleder i prosjekter av lik verdi, størrelse og ressursbruk som denne anskaffelsen. Vilkåret om «*tilsvarende vanskelighetsgrad*» tilsier minst fem års erfaring som anleggsleder i prosjekter som er like utfordrende, sammensatte og komplekse som prosjektet i denne anskaffelsen.
- (38) Utover de tre referanseprosjektene som ble innlevert for den tilbudte anleggsleder konstruksjon i forbindelse med tildelingskriteriet «*K2: Organisering og tilbudt nøkkelpersonell*», inneholder valgte leverandørs tilbud ingen opplysninger av relevans for om kravet er oppfylt. Klagenemnda tar dermed utgangspunkt i referanseprosjektene ved vurderingen av om kravet til erfaring er oppfylt. Referanseprosjektene strekker seg over et samlet tidsrom på fem år. Følgelig må alle referanseprosjektene være av lik «*art*», likt «*omfang*» og lik «*vanskelighetsgrad*» for å utgjøre «*minst 5 år*» erfaring.
- (39) Klagenemnda behandler først om vilkåret «*minst 5 år*» erfaring som anleggsleder i prosjekter av «*tilsvarende art*» – slik dette er fastlagt ovenfor – er oppfylt.
- (40) Prosjektet i denne anskaffelsen gjelder totalentreprise for prosjektering og bygging av omtrent 21 kilometer vei. I prosjektet inngår to større broer over vann, der en bro er 550 meter lang og den andre er 180 meter. Videre inngår seks tunnelportaler, to mindre broer og mindre betongkonstruksjoner. Referanseprosjekt 1, «*Rv3/25 Løten Elverum*», var totalentreprise vegprosjekt, mens referanseprosjekt 2 og 3, henholdsvis «*TWELL Kollsnes*» og «*Yggdrasil Pfs -fase 1*», gjaldt begge etablering av transformatorstasjoner. Selv om referanseprosjektene knyttet til transformatorstasjoner også gjaldt betongkonstruksjoner, finner klagenemnda det klart at disse ikke kan anses som like typer prosjekter som vegprosjektet i denne anskaffelsen. Konstruksjonene som skal oppføres i denne anskaffelsen, er således vesensforskjellige fra konstruksjonene i referanseprosjektene. Den tilbudte anleggsleder konstruksjon oppfyller dermed ikke kravet om «*minst 5 år*» erfaring «*som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art*».
- (41) Når det gjelder vilkåret om «*tilsvarende vanskelighetsgrad*», viser riktignok referanseprosjektene generell erfaring med utfordrende betongkonstruksjoner. Kravet om erfaring må imidlertid også tolkes i lys av at erfaringen skal være «*relevant*». Slik klagenemnda ser det, vil etablering av vei, herunder komplekse broer som skal krysse fjord, by på helt andre konstruksjonsmessige utfordringer enn etablering av transformatorstasjoner. Referanseprosjektene som gjelder etablering av transformatorstasjoner, har dermed ikke tilstrekkelig overføringsverdi til

kontraktsgjenstanden i denne anskaffelsen. Den tilbudte anleggsleder konstruksjon oppfyller dermed ikke vilkåret om «*minst 5 år*» erfaring «*som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende vanskelighetsgrad*».

- (42) Videre er referanseprosjekt 2, med verdi på 392 000 000 kroner, et langt mindre prosjekt enn prosjektet i denne anskaffelsen som har en verdi på 4 375 000 000 kroner. Dermed er heller ikke kravet om «*minst 5 år*» erfaring «*som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende omfang*» oppfylt.
- (43) Valgte leverandørs tilbud inneholdt dermed avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (44) Klagenemnda går så over til å vurdere om avviket i valgte leverandørs tilbud er «*vesentlig*». Når det gjelder dette spørsmålet, har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

**Flertallet bestående av nemndsmedlemmene Wiik, Fagervold og Torkelsen legger til grunn:**

- (45) Ordlyden «*vesentlig*» gir anvisning på en viss terskel. Om denne terskelen er nådd, beror på en konkret objektiv vurdering av betydningen av avviket, jf. Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2025-1098-A (Consto) avsnitt 42. Sentrale momenter i vesentlighetsvurderingen er «*[k]arakteren av kravet det avvikes fra, hvor stort avviket er, viktigheten av bestemmelsene det avvikes fra, kravets betydning for oppdragsgiver, om avviket er egnet til å forrykke konkurransen mellom leverandørene, om avviket er egnet til å forrykke risikoen i kontraktsforholdet, og i hvilken grad avviket kan prissettes*», jf. Consto avsnitt 42 med henvisning til NOU 2024: 9 *Ny lov om offentlige anskaffelser, Andre delutredning* side 194. Videre er det sentralt om avviket er til hinder for en objektiv sammenlikning av tilbudene, jf. Consto avsnitt 80 med henvisning til rettspraksis fra EU-domstolen.
- (46) Avvik fra «*absolutte krav*», «*minstekrav*», «*minimumskrav*» eller lignende, har som den klare hovedregel blitt ansett som «*vesentlig*», og automatisk ledet til avvisning av tilbudet uten noen nærmere vurdering av avvikets betydning, jf. LB-2017-94201 og klagenemndas avgjørelse i sak 2024/424 avsnitt 44 med videre henvisning til LE 2014-96767 og klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1130 avsnitt 32. I forarbeidene til anskaffelsesforskriften ble det foreslått at avvik fra absolutte krav alltid skulle anses som vesentlige, uten hensyn til kravets objektive betydning i forhold til den konkrete anskaffelsen, se NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*, side 230.
- (47) Klagenemnda har unntaksvis, og etter en konkret vurdering, kommet til at avvik fra et absolutt krav ikke var vesentlig, se eksempelvis sak 2010/336. Med henvisning til nettopp sak 2010/336, uttales det i NOU 2024: 9 s. 194 at «*[d]e senere år, har praksisen gått mer i retning av at avvik fra et absolutt krav ikke automatisk har blitt ansett som vesentlig, og at det må foretas en konkret vurdering av avvikets betydning*». I Consto viste Høyesterett til denne forarbeidsuttalelsen, og fremholdt i avsnitt 50 at det fremstår «*som uavklart om brudd på absolutte krav alltid må anses som vesentlige avvik, som medfører ubetinget avvisningsplikt, eller om det også ved slike avvik må gjøres en vurdering av om avviket er vesentlig, men slik at terskelen for at avviket skal anses vesentlig, er lavere.*» Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til denne problemstillingen, ettersom Høyesterett uansett kom til at det omtvistede kravet i saken ikke var et absolutt krav.

- (48) I sak C-561/12 (Nordecon) avsnitt 37 uttalte EU-domstolen at oppdragsgiver er «*bound to see to it that those requirements of the contract that it has made mandatory are complied with*». Videre fremholdt EU-domstolen at oppdragsgiver ikke kunne føre forhandlinger med leverandører om tilbud som ikke oppfyller «*mandatory requirements laid down in the technical specifications of the contract*», jf. avsnitt 39. I Underrettens sak T-40/01 (Scan Office Design) fremgår det i avsnitt 76 at oppdragsgiver alltid er «*bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory*», og i avsnitt 84 at manglende oppfyllelse av slike krav skal føre til avvisning. Disse sakene gjaldt riktignok avvik fra kravspesifikasjonens tekniske krav. Uttalelsene er imidlertid generelt anlagt, og etter flertallets syn er det ingen grunn til å sondre mellom kompetansekrav og tekniske krav til selve ytelsen når det gjelder avvik fra absolutte krav. Slik flertallet forstår rettspraksis fra EUs domstoler, følger det dermed at oppdragsgiver skal avvise tilbud med avvik fra absolutte krav. Dette standpunktet har støtte i forarbeidene til dagens regler og i juridisk teori. Forenklingsutvalget skriver at «*[d]et kan altså synes slik at det for anskaffelser omfattet av direktivet må settes likhetstegn mellom minstekrav og vesentlighet. I forlengelse av dette er det naturlig også å konkludere at det heller ikke vil være adgang til å anta et tilbud som ikke oppfyller minstekravene*», se NOU 2014: 4 s. 230. Tilsvarende legger Midtun til grunn at EU-retten stenger for at oppdragsgiver kan akseptere tilbud med avvik fra absolutte krav.<sup>1</sup>
- (49) Flertallet legger etter dette til grunn at avvik fra absolutte krav, som den klare hovedregel, må anses som et «*vesentlig avvik*».
- (50) Spørsmålet blir om det aktuelle avviket gjelder et absolutt krav. Vurderingstemaet er om en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør, basert på en konkret og objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene, vil forstå det aktuelle kravet som absolutt, jf. Consto avsnitt 56.
- (51) Det aktuelle kravet er angitt å være et «*minstekrav*». Selv om det ikke fremgår uttrykkelig at avvik fra kravet vil føre til avvisning, tilsier ordlyden klart at kravet er absolutt.
- (52) Videre er tildelingskriteriet «*K2: Organisering og tilbudt nøkkelpersonell*» av interesse for tolkningen. Det skulle kun gis merverdi for tilbudt nøkkelpersonell «*dersom de overoppfyller minstekrav gitt i C2-10*». Videre er det presisert at «*[f]or alt av nøkkelpersonell gjelder uansett minimumskrav til erfaring som angitt i kapittel C2 punkt 10*». Kravet om erfaring hos anleggsleder er ett av kravene i C2 punkt 10. Kravet omtales altså som et «*minstekrav*» og et «*minimumskrav*» under tildelingskriteriet. Videre tilsier forholdet mellom kravene i C2 punkt 10 og evalueringen under tildelingskriteriet at kravene under enhver omstendighet må være oppfylte. Dette forsterker inntrykket av at kravet om erfaring hos anleggsleder er absolutt. På denne bakgrunn, legger flertallet til grunn at kravet om erfaring hos anleggsleder er et absolutt krav.
- (53) Flertallet kan ikke se at det i denne saken er grunnlag for å fravike hovedregelen om at avvik fra absolutte krav må anses som «*vesentlig*». Ettersom valgte leverandørs tilbudte anleggsleder konstruksjon ikke oppfylte det absolutte kravet om erfaring, hadde

---

<sup>1</sup> Linda Midtun, *Avvikende og uklare tilbud i konkurranser om offentlige kontrakter*, CAPPELEN DAMM AS, 1. utgave, 1. opplag, 2023, side 237-240.

innklagede en plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 24-8 første ledd bokstav b. Innklagede har ikke overholdt denne avvisningsplikten.

### **Mindretallet bestående av nemndsmedlem Bekkedal og Nyhus legger til grunn:**

- (54) Mindretallet er kommet til et annet resultat enn flertallet hva angår spørsmålet om avviket er vesentlig.
- (55) Mindretallet tar som flertallet også utgangspunkt i Consto-saken, og understreker at Høyesterett i avsnitt 42 viser til at spørsmålet om et *«avvik er vesentlig, beror på en konkret objektiv vurdering av betydningen av avviket»*. I samme avsnitt oppstilles sentrale momenter for den konkrete vesentlighetsvurderingen. Høyesterett fremholdt at det er *«uavklart om brudd på absolutte krav alltid må anses som vesentlig avvik»*, jf. dommens avsnitt 50.
- (56) Nemndas flertall foretar ingen nærmere drøftelse av de momentene som Høyesterett løfter frem som sentrale for vesentlighetsvurderingen, men innretter drøftelsen av vesentlighetskriteriet som et spørsmål om avvik fra såkalte *«absolutte krav»*. Flertallet konkluderer med at *«det i denne saken [ikke] er grunnlag for å fravike hovedregelen om at avvik fra absolutte krav må anses som «vesentlig»*, jf. avsnitt 52 over.
- (57) Mindretallet mener det blir en for unyansert tilnærming, i lys av Høyesteretts føringer som er gjengitt ovenfor. Mindretallet viser til at Høyesterett i Consto-saken i avsnitt 63 fastslo *«at brudd på kravspesifikasjoner ikke uten videre utgjør brudd på absolutte krav»*, og at det i avsnitt 65 understrekes at det i vurderingen også må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dommens avsnitt 80 viser til at det ifølge praksis fra EU-domstolen vil være et sentralt moment *«om avviket er til hinder for en objektiv sammenlikning av tilbudene»*.
- (58) Mindretallet viser til at denne saken gjelder anskaffelse av en omfattende totalentreprise med en estimerte verdi er på over 4,3 milliarder kroner. Det i seg selv tilsier at det blir for snevert kun å foreta vesentlighetsvurderingen med henvisning til hvordan innklagede har formulert kontraktsbestemmelsene. Særlig gjelder det, når det som i denne saken, ikke fremgår noen informasjon om hvorfor ordet *«minstekrav»* er brukt, eller henvises til særskilte avviksregler. Når det gjelder rettslige konsekvenser av eventuelle avvik, er det i punkt 8 i konkurransegrunnlagets del B1 om konkurranseregler, vist til den generelle hovedregelen i anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b om at tilbud med vesentlige avvik vil bli avvist.
- (59) Med andre ord oppstiller ikke konkurransegrunnlaget en annen terskel for å vurdere tilbud med avvik enn det som følger av forskriftens rettslige standard.
- (60) Når det så gjelder den konkrete vurderingen av avviket, tar mindretallet utgangspunkt i de sentrale momentene som Høyesterett oppstiller i Consto-saken og som er gjengitt i avsnitt 45 over.
- (61) Kravet det avvikes fra, er et underpunkt til hovedpunkt C i konkurransegrunnlaget med overskrift *«Kontraktsbestemmelser NS 8407:2011»* som igjen har to underpunkter *«C2 Spesielle kontrakts-bestemmelser for bygging, Statens vegvesen»* og *«C3 Avtaledokument»*.

- (62) De spesielle kontraktsbestemmelsene i punkt C2 består av 80 sider med 48 underpunkter. Underpunkt 10 har overskriften «*Entreprenørens representant og nøkkelpersonell*». Under pkt. 10.1 om nøkkelpersonell er 13 ulike nøkkelroller nevnt, herunder «*Anleggsleder(e)*» med tilhørende krav om erfaring i «*minst 5 år som anleggsleder i prosjekter av tilsvarende art, omfang og vanskelighetsgrad*».
- (63) Mindretallet viser til at det grunnleggende kravet til nøkkelpersonell er «*gode samarbeidsevner og tilstrekkelig kompetanse*». Presiseringene, formulert som minstekrav for 10 ulike nøkkelroller, kommer som et tillegg. Selv for de nøkkelrollene hvor det er satt minstekrav til erfaringens lengde, forutsetter erfaringskravet uansett en skjønsmessig vurdering av erfaringens relevans. Konkurranses grunnlaget presiserte heller ikke hvor mange «*anleggsleder(e)*» som skulle tilbys, men brukte en svært åpen formulering. Dermed var det ikke stilt konkrete krav til hver enkelt av de «*anleggsleder(e)*» som leverandørene faktisk valgte å tilby og operere med, ei heller til et bestemt antall. Kravet vurdert under ett, fremstår derfor ikke som entydig definert. Det inngår i et omfattende dokument blant svært mange spesifikasjoner, vilkår og krav. Verken utformingen, innholdet, presentasjonen eller sammenhengen tilsier at det er et vesentlig krav.
- (64) For «*anleggsleder(e)*» er det formulert to krav, hvorav det første som gjelder minst 10 års relevant erfaring fra bygg og anlegg, er oppfylt. I tillegg har tilbudt anleggsleder noe relevant erfaring som anleggsleder, jf. avsnitt 40 foran. Det innebærer at den tilbudte anleggslederen oppfylte deler av kravet.
- (65) Hvor viktig bestemmelsen det avvikes fra har vært for innklagede, er vanskelig å vurdere. Bruken av formuleringen «*minstekrav*» kan tilsa at kravene har vært viktige. Kontrakten gjelder både prosjektering og utførelse slik at manglende erfaring hos anleggsleder konstruksjon kan få konsekvenser for det som skal leveres. På den annen side var det mange med nøkkelrolle i prosjektet, og tre av de fire anleggslederne tilfredstilte kvalifikasjonskravet. Slik konkurransegrunnlaget var bygget opp, var det mest sentrale hvordan ledergruppen, vurdert som et hele, var komponert og organisert. Et avvik i deler av erfaringskravet for en enkelt persons vedkommende vil derfor i begrenset grad kunne påvirke ytelsene som skal leveres.
- (66) Det delvise avviket røtter ikke ved den kontraktsforpliktelsen leverandøren har til å levere anlegget i samsvar med kontraktens forutsetninger. Innklagede vil med andre ord ha alle sine mislighetsbeføyelser i behold uavhengig av om anleggsleder tilfredstiller erfaringskravet. Avviket er dermed ikke egnet til å forrykke risikoen i kontraktsforholdet.
- (67) Det er heller ikke tvilsomt at det delvise avviket «*kan prissettes*» ved å se hen til eventuelle kostnadsforskjeller ved å tilby en anleggsleder konstruksjon som fullt ut oppfylder minstekravet til kompetanse. Mindretallet nøyer seg i den forbindelse med å vise til at en eventuell pris på avviket vil være helt bagatellmessig både i seg selv og i forhold til kontraktens totalsum.
- (68) Når det gjelder spørsmålet om avviket er «*egnet til å forrykke konkurransen mellom leverandørene*», eller «*til hinder for en objektiv sammenligning av tilbudene*», viser mindretallet først til at avviket, økonomisk vurdert, er svært lite, jf. avsnittet over.

- (69) I tillegg vises det til at kontrakten skulle tildeles leverandøren med den laveste konkurransesummen. Konkurransesummen skulle beregnes av leverandørens tilbudssum, fratrukket verdien av de fire øvrige tildelingskriteriene.
- (70) Valgte leverandørs tilbudssum var på 4 450 206 300 kroner ekskl. mva. Evalueringen under tildelingskriteriet «K2 Organisering og tilbuds nøkkelpersonell» medførte et fratrekk på 152 600 000 kroner ekskl. mva. Under de tre øvrige tildelingskriteriene ble tilbudssummen ytterligere redusert med 335 000 000 kroner ekskl. mva., og valgte leverandør endte med en konkurransesum på 3 962 606 300 kroner ekskl. mva. Klager, som kom på andreplass, hadde en tilbudssum på 5 172 025 075 kroner ekskl. mva. Evalueringen under tildelingskriteriet «K2 Organisering og tilbuds nøkkelpersonell» medførte et fratrekk på 91 600 000 kroner ekskl. mva. Under de tre øvrige tildelingskriteriene ble tilbudssummen ytterligere redusert med 168 700 000 kroner ekskl. mva., og klager endte med en konkurransesum på 4 911 725 075 kroner ekskl. mva.
- (71) De betydelige prisforskjellene i tilbudene viser at avviket ikke har hatt noen som helst innvirkning på utfallet av konkurransen. Dette skyldes først og fremst at valgte leverandørs tilbudssum var 721 818 775 kroner ekskl. mva. lavere enn klagers tilbudssum, men også at valgte leverandør oppnådde størst fratrekk under samtlige av de tre øvrige tildelingskriterier. Avviket medførte derfor ikke en fordel som var «egnet til å forrykke konkurransen mellom leverandørene».
- (72) Det var kun overoppfyllelse av minstekravene til nøkkelpersonell som skulle gis merverdi under evalueringen av tildelingskriteriet «K2 Organisering og tilbuds nøkkelpersonell». Ettersom innklagede feilaktig har lagt til grunn at valgte leverandørs anleggsleder konstruksjon oppfylte minstekravet, kan det sies å hefte en feil ved grunnlaget for evalueringen. Potensielt kan slike feil i noe grad påvirke den objektive sammenligningen med øvrige tilbud, men ettersom den gjelder kun én av 16 nøkkel-personer, må betydningen anses som begrenset. Det må også understrekes at valgte leverandør tilbød fire «anleggsleder(e)», og de tre øvrige tilfredsstilte kravspesifikasjonene fullt ut. Den praktiske betydningen av feilen begrenses videre av at konkurransesummen skulle beregnes ut ifra ytterligere fire tildelingskriterier, og at leverandørens tilbudssum var den klart viktigste faktoren. Mindretallet bemerker i den forbindelse at valgte leverandør uansett ville ha vunnet konkurransen, selv om fratrukket på 152 600 000 kroner ekskl. mva. ses helt bort ifra, jf. avsnitt 53. Avviket er dermed ikke «til hinder for en objektiv sammenligning av tilbudene». Tvert imot var avviket lite, og både for konkurransegjennomføringen, og i praktisk henseende, helt ubetydelig.
- (73) På dette grunnlag har mindretallet kommet til at valgte leverandørs avvik ikke er vesentlig, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b.
- (74) Klagenemnda legger etter dette flertallets konklusjon til grunn om at avviket var vesentlig, og at innklagede hadde en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. avsnitt 53 over. Bruddet som er konstatert, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (75) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd.

***Konklusjon:***

Statens vegvesen Utbygging har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*