



NORGES HØYESTERETT

Den 23. desember 2014 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Endresen, Normann og Bull i

HR-2014-02508-U, (sak nr. 2014/2096), sivil sak, anke over kjennelse:

Staten v/Samferdselsdepartementet
Telemark fylkeskommune

(Regjeringsadvokaten v/advokat Torje
Sunde)

mot

BMO Entreprenør AS

(advokat Siri Falch-Olsen)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder anke over kjennelse om midlertidig forføyning der staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune ble pålagt å avstå fra å inngå kontrakt i anbudskonkurranse inntil spørsmålet om brudd på anskaffelsesreglene er rettskraftig avgjort.
- (2) Statens vegvesen Region sør (etter dette Statens vegvesen) lyste 9. januar 2014 ut en anbudskonkurranse om rammeavtale for bruvedlikehold i Telemark i perioden 2014–2016. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at man var under EØS-terskelverdi, og at konkurransen var gjennomført i henhold til lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) del I og II.
- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk også at kontrakt ville bli gitt til det anbudet som hadde lavest pris. Blant annet følgende krav ble stilt til leverandørene:

"For nøkkelpersonell som skal gjennomføre betongrehabiliteringsarbeid kreves det at personer har kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering, jfr. NS 3420 kap L8. Dokumentasjon av dette skal vedlegges tilbudet."
- (4) Det kom inn seks tilbud innen fristen, som var 14. februar 2014. Tre av tilbyderne, herunder BMO Entreprenør AS (etter dette BMO), hadde ikke lagt ved RPKU-bevis ved sine tilbud. Ved tilbudet fra BMO lå det imidlertid en egenerklæring fra en av de ansatte, A, om at han hadde deltatt på alle nødvendige kurs og oppfylte øvrige krav, samt dokumentasjon på dette. Det ble opplyst at beviset ikke faktisk var mottatt ennå, men at det på forespørsel kunne ettersendes.

- (5) Statens vegvesen vedtok 14. mars 2014 å gi kontrakten til Ypsilon Contractors AS, samtidig som de avviste BMO med den begrunnelse at BMO ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om RPKU-kompetansebevis. BMOs tilbud var ca. 2 millioner lavere enn tilbudet fra Ypsilon Contractors AS.
- (6) Etter begjæring om midlertidig forføyning fra BMO avsa Aust-Agder tingrett 1. april 2014, uten muntlige forhandlinger, kjennelse med slik slutning:
- "1. Statens vegvesen Region Sør pålegges å avstå fra å inngå kontrakt i anbudskonkurransen Bruvedlikehold Telemark 2014-2016, inntil spørsmålet om anskaffelsesreglene er brutt ved gjennomføringen av konkurransen er rettskraftig avgjort av domstolene.**
 - 2. BMO pålegges innen 1. juni 2014 å reise søksmål for tingretten om kravet.**
 - 3. Statens vegvesen Region sør betaler kr. 66.550,- i saksomkostninger til BMO Entreprenør AS innen to uker etter forkynning av denne kjennelsen."**
- (7) Statens vegvesen begjærte muntlige forhandlinger, og disse ble avholdt 5. juni 2014. I mellomtiden var partsforholdet på saksøktensiden blitt rettet til staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune. Det ble videre avklart mellom partene at det som følge av de muntlige forhandlingene var hensiktsmessig å avvente rettens pålegg om å reise søksmål innen 1. juni 2014.
- (8) Aust-Agder tingrett avsa 19. juni 2014 kjennelse med slik slutning:
- "1. Staten ved Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune pålegges å avstå fra å inngå kontrakt i anbudskonkurransen Bruvedlikehold Telemark 2014-2016, inntil spørsmålet om anskaffelsesreglene er brutt ved gjennomføringen av konkurransen er rettskraftig avgjort av domstolene.**
 - 2. Staten ved Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune, in solidum, tilpliktes å erstatte BMO Entreprenør AS' saksomkostninger med kr. 253.930,- innen 2 uker etter forkynt kjennelse."**
- (9) Staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune anket kjennelsen til Agder lagmannsrett, som holdt muntlig forhandling og 13. oktober avsa kjennelse med slik slutning:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Staten og Telemark fylkeskommune tilpliktes innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse å betale BMO Entreprenør AS 124.000 – etthundreogtjuefiretusen – kroner i saksomkostnader for lagmannsretten.**
 - 3. Fristen for BMO Entreprenør AS til å inngi stevning for tingretten settes til 8 – åtte – uker fra forkynnelsen av kjennelsen."**
- (10) *Staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune* har anket kjennelsen til Høyesterett. Det anføres i hovedsak:
- (11) Anbud som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene skal avvises, jf. anskaffelsesforskriften § 11-10 første ledd bokstav a. Det må gjøres en sannsynlighetsvurdering, og denne må gjøres på bakgrunn av de faktiske opplysninger som er mottatt fra leverandørene innen tilbudsfristen.
- (12) Leverandøren har risikoen for at nødvendige opplysninger er gitt innen tilbudsfristen, og det kan ikke tas hensyn til opplysninger som blir lagt fram etter dette tidspunkt. Denne

rettsregelen er forutsatt i en rekke sentrale anskaffelsesbestemmelser, blant annet anskaffelsesforskriften § 11-11 første ledd bokstav a og anskaffelsesforskriften § 12-1 første ledd. Det vises også til lov om offentlige anskaffelser § 5, der blir oppstilt grunnleggende krav til likebehandling, forutsigbarhet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, noe som tilsier at en ikke kan ta hensyn til opplysninger som ikke fremkommer i leverandørens tilbud. Domstolenes etterfølgende prøving kan heller ikke bygge på opplysninger som først forelå etter fristen. Lagmannsretten har ved vurderingen av når RPKU-beviset forelå, lagt vekt på opplysninger som fremkom etter tilbudsfristen, og dette er en lovtolkningsfeil.

- (13) Lagmannsretten har tolket kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget riktig: Nøkkelpersonell måtte inneha RPKU-bevis ved tilbudsfristens utløp 14. februar 2014. Resten av vurderingen er imidlertid feil. Den bygger på faktum som ikke var opplyst for oppdragsgiver ved fristen, nemlig at A egentlig hadde slikt kompetansebevis fra og med 6. februar 2014, som er utstedelsesdatoen på det beviset som først ble fremlagt én måned etter at tilbudsfristen utløp, og etter at BMOs anbud var avvist.
- (14) Det lagmannsretten skulle ha vurdert, var om de opplysningene som forelå ved tilbudsfristens utløp – As egenerklæring med underliggende dokumentasjon – sannsynliggjorde at BMO oppfylte kvalifikasjonskravet, det vil si at A rent faktisk hadde et RPKU-bevis ved fristens utløp.
- (15) Staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune har lagt ned slik påstand:
1. **Agder lagmannsretts kjennelse, punkt 1 og 2, i sak 14-138145 oppheves.**
 2. **Staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (16) *BMO Entreprenør AS* har tatt til motmæle og anfører i hovedsak:
- (17) BMO er uenig i lagmannsrettens tolkning av konkurransegrunnlaget. Det avgjørende måtte være at nøkkelpersonell oppfylte alle nødvendige krav til RPKU-kompetansebevis innen tilbudsfristens utløp, ikke at vedkommende faktisk hadde fått utstedt beviset innen fristens utløp. Men selv med lagmannsrettens tolkning av dette kravet, dokumenterte BMOs tilbud at kravet var oppfylt, selv om en ikke hadde mottatt selve beviset ennå.
- (18) Det er også dette lagmannsretten rent faktisk har drøftet og lagt til grunn som avgjørende. Lagmannsretten har altså ikke lagt vekt på om A faktisk hadde beviset eller ikke. Når lagmannsretten drøftet sertifikatet og utstedelsesdato, så ble dette gjort for å ta stilling til statens anførsel om at sertifikatet var feildatert.
- (19) BMO er enig i at kvalifikasjonsvurderingen som det klare utgangspunkt må gjøres ut fra de opplysninger som foreligger ved tilbudsfristen, men her har lagmannsretten altså ikke vektlagt senere tilkomne opplysninger. En har tvert om kommet til at den fremlagte dokumentasjonen klart underbygget at A hadde RPKU-beviset.
- (20) Utgangspunktet om at man bare kan bygge på de opplysningene som foreligger ved utløpet av tilbudsfristen, må uansett ses i lys av unntakene i anskaffelsesforskriften § 12-3 og § 12-4. Følgelig må også domstolene kunne se hen til om oppdragsgivers vurderinger i ettertid viste seg å være riktige.
- (21) Under enhver omstendighet har ikke eventuell vektlegging av RPKU-beviset hatt betydning for utfallet. Lagmannsretten tok stilling til BMOs subsidiære anførsler og fant at de førte frem.

Den ene anførselen var at staten ikke kunne avvise BMOs tilbud etter anskaffelsesforskriften § 11-10 andre ledd fordi vurderingen av den fremlagte dokumentasjonen i så fall ikke var forsvarlig. Den andre anførselen var at staten, slik situasjonen var, hadde plikt til å innhente supplerende dokumentasjon i medhold av anskaffelsesforskriften § 12-3 og § 12-4. Lagmannsretten la således til grunn at staten uansett ikke kunne avvise BMOs tilbud.

(22) BMO Entreprenør AS har lagt ned slik påstand:

"1. Anken forkastes.

2. BMO Entreprenør AS tilkjennes sakens kostnader for Høyesterett."

(23) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at saken gjelder videre anke over en kjennelse, og at utvalgets kompetanse derfor er begrenset til å gjelde lagmannsrettens saksbehandling og generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel, jf. tvisteloven § 30-6.

(24) Som nevnt inneholdt konkurransegrunnlaget følgende krav:

"For nøkkelpersonell som skal gjennomføre betongrehabiliteringsarbeid kreves det at personer har kompetansebevis RPKU innen betongrehabilitering, jfr. NS 3420 kap L8. Dokumentasjon av dette skal vedlegges tilbudet."

(25) Lagmannsretten er kommet til at dette må forstås slik at nøkkelpersonell ved anbudsfristens utløp, som var 14. februar 2014, skulle inneha RPKU-bevis, men at dette ikke nødvendigvis måtte dokumenteres ved å fremlegge kopi av beviset. Lagmannsretten har videre funnet at egenerklæringen, vedlagt nødvendig dokumentasjon, fra BMOs medarbeider A om at han hadde gjennomført alle nødvendige kurs og hadde all relevant erfaring og utdanning, i tilstrekkelig grad oppfylte dokumentasjonskravet. Det ble i denne forbindelse lagt til grunn at kriteriene for utstedelse av beviset ikke er av skjønnsmessig karakter, og at det ville være svært enkelt for oppdragsgiver å konstatere at kompetansevilkårene var oppfylt.

(26) Ankeutvalget er bundet av lagmannsrettens forståelse av konkurransegrunnlaget, og av konklusjonen om at As egenerklæring med tilhørende dokumentasjon oppfylte dokumentasjonskravet. Lagmannsrettens avgjørelse er da heller ikke påanket på det grunnlag at lagmannsretten her har tatt feil.

(27) Staten gjør imidlertid gjeldende at lagmannsrettens avgjørelse bygger på feil lovforståelse ved at det i vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt, også har trukket inn den etterfølgende dokumentasjon for at dette kravet var oppfylt.

(28) Ankeutvalget kan ikke se at det er noe å utsette på lagmannsrettens lovforståelse.

(29) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 8-4 at det kan oppstilles kvalifikasjonskrav til tilbyderne. Dette vilkåret gjelder uavhengig av det dokumentasjonskrav som følger av konkurransegrunnlaget. Dersom kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt, må tilbudet, med det forbehold som følger av anskaffelsesforskriften § 12-3 og § 12-4, avvises selv om det skulle være slik at det oppstilte dokumentasjonskrav er tilfredsstillt, jf. anskaffelsesforskriften § 11-10 bokstav a.

(30) Staten har gjort gjeldende at oppdragsgiver ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt, må bygge på de faktiske opplysninger som er mottatt fra leverandørene ved tilbudsfristens utløp. Dette er riktig for så vidt som det ikke til tilbyders gunst kan bygges på etterfølgende opplysninger. Det er imidlertid klart at oppdragsgiver kan bygge på etterfølgende opplysninger som viser at tilbyder, på tross av å ha oppfylt

dokumentasjonskravet, rent faktisk ikke oppfyller kvalifikasjonskravet.

- (31) Lagmannsretten la til grunn at kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget måtte forstås som et krav om at aktuelt nøkkelpersonell måtte ha RPKU-bevis ved utløpet av tilbudsfristen, 14. februar 2014. For lagmannsretten gjorde staten gjeldende at RPKU-beviset var feildatert og faktisk ikke utstedt ved tilbudsfristens utløp. Retten måtte da ta stilling til om slikt bevis var utstedt i tide. Den fant at det var tilfellet. Utvalget er bundet av dette, og lagmannsrettens avgjørelse er ikke påanket for så vidt.
- (32) Når lagmannsrettens avgjørelse leses i sammenheng, finner utvalget at det ikke kan legges til grunn at lagmannsretten har trukket inn den etterfølgende opplysning om at RPKU-beviset var oppfylt, ved vurderingen av om den dokumentasjon som fulgte tilbudet var tilstrekkelig til at det kunne legges til grunn at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Drøftelsen av dette i overgangsavsnittet på sidene 12–13 i kjennelsen innledes riktignok med en henvisning til RPKU-beviset, men det fremgår klart at dette ikke er noe mer enn en innledende forklaring for hvorfor det har oppstått en situasjon der det er nødvendig å drøfte om opplysningene i tilbudet var tilstrekkelige. Lagmannsretten gir så en selvstendig begrunnelse for at dokumentasjonen er tilstrekkelig på tross av at det må ses bort fra beviset:

"Lagmannsretten har tidligere i det foranstående faktisk lagt til grunn at A fikk utstedt sitt RPKU-bevis 6. februar 2014, og således faktisk oppfylte kvalifikasjonskravet, men at dokumentet ennå ikke var mottatt av ham ved tilbudsfristens utløp. Det var derfor nødvendig å dokumentere at kvalifikasjonskravet var oppfylt på annen måte enn ved å vedlegge en kopi. I lys av dette og uklarheten i konkurransegrunnlaget, er lagmannsretten enig med tingretten i at dokumentasjonskravet må anses tilstrekkelig oppfylt ved å vedlegge den nevnte egenerklæringen og dokumentasjon for at han oppfylte vilkårene for beviset. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at bruk av egenerklæringer benyttes i andre sammenhenger for å dokumentere kompetanse, jf. foa § 8-8 vedrørende HMS-krav og Statens vegvesens NA-rundskriv pkt. 4.4.2 hvoretter nøkkelpersoners kompetanse dokumenteres ved CV. Det legges i den forbindelse til grunn at kriteriene for utstedelse av RPKU-beviset ikke er av skjønnsmessig karakter, og at det var svært enkelt for oppdragsgiver å kunne konstatere at kompetansevilkårene var oppfylt."

- (33) Den begrunnelse lagmannsretten har gitt bygger ikke på en uriktig lovforståelse, og anken blir etter dette å forkaste.
- (34) Ankemotparten har krevd seg tilkjent 34 800 kroner i sakskostnader. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2.
- (35) Avgjørelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Samferdselsdepartementet og Telemark fylkeskommune én for begge og begge for én *til BMO Entreprenør AS** 34 800 – trettifiretusenåttehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Kristin Normann
(sign.)

Clement Endresen
(sign.)

Henrik Bull
(sign.)

**Rettet 5. januar 2015 i henhold til tvisteloven § 19-8 første ledd.*

Henrik Bull
(sign.)

Riktig utskrift: