



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 13. juni 2025 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Eyvin Sivertsen
dommer Christian Lund

HR-2025-1098-A, (sak nr. 24-176825SIV-HRET)
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 6. september 2024

Consto Anlegg Nord AS

(advokat Kjersti Holum Karlstrøm – til
prøve)

Maskinentreprenørenes Forbund
(partshjelper)

(advokat Morten Goller)

mot

Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Helge Røstum)

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

(1) Dommer **Lund:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder krav om erstatning etter en åpen anbudskonkurranse basert på reglene om offentlige anskaffelser. For Høyesterett er spørsmålet om oppdragsgiver hadde plikt til å avvise den valgte leverandøren, fordi leverandøren på ett punkt tilbød en annen løsning enn den som fulgte av konkurransegrunnlaget.
- (3) Kystverket kunngjorde 1. september 2021 en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med prosjektet «Hammerfest Ren Havn». Prosjektet var et samarbeidsprosjekt mellom Kystverket og Hammerfest kommune om å gjøre utbedringer i Hammerfest havn og Forsøl havn.
- (4) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen overordnet beskrevet som følger:
- riving av eksisterende kaikonstruksjon inkl. bygningsmasse
 - cellespunddeponi for forurensede masser
 - bygging av kaikonstruksjon på deponiet
 - utdyping av Forsøl havn og Hammerfest havn
 - miljømudring og tildekking Hammerfest havn
- (5) Anskaffelsesdokumentene besto av tre hoveddeler: konkurransegrunnlaget, oppdragsbeskrivelsen og kontraktsbestemmelser basert på NS 8405 (utførelsesentreprise).
- (6) I en teknisk beskrivelse vedlagt konkurransegrunnlaget (kravspesifikasjonen), var arbeidene nærmere beskrevet. Det fremgikk her blant annet:
- «Denne beskrivelsen er basert på NS 3420 (201903) med veiledninger. Kodene til de spesifiserende tekstene viser til de bestemmelser i standarden som gjelder for de enkelte delprodukter».
- (7) Kontraktsarbeidene besto blant annet i at det skulle etableres en større stålkonstruksjon (spunddeponi). Denne skulle ifølge kravspesifikasjonen beskyttes mot korrosjon ved bruk av katodisk beskyttelse med offeranoder.
- (8) Kystverket mottok tre tilbud. Ett av dem ble avvist som følge av vesentlige avvik. De to andre tilbyderne var Consto Anlegg Nord AS og NCC Norge AS. Constos tilbudssum var på i overkant av 351 millioner kroner, mens tilbudssummen fra NCC var på i overkant av 355 millioner kroner.
- (9) I NCCs tilbudsbrev fremgikk blant annet følgende:
- «I vårt tilbud har vi medtatt levering/montering av komplett ICCP-anlegg (Impressed Current Cathodic Protection-system) i stedet for bruk av offeranoder.»
- (10) I stedet for å bruke offeranoder som korrosjonsbeskyttelse lå det dermed i tilbudet fra NCC at korrosjonsbeskyttelsen skulle skje ved å sette elektrisk spenning på anlegget. Posten var

av NCC priset til knapt 1,2 millioner kroner, mens den av Consto var priset til 5,9 millioner kroner.

- (11) Tildelingskriteriene etter kontrakten var vektet med 70 prosent på pris og 30 prosent på kvalitet. Til tross for at Consto lå lavere i pris, ble NCC innstilt som vinner av konkurransen, da NCC fikk høyere total poengsum som følge av at de scoret høyere enn Consto på kvalitet. Det er enighet om at prisforskjellen på posten om katodisk beskyttelse ikke hadde betydning for resultatet.
- (12) Consto brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I avgjørelse 21. april 2022 fant nemnda at Kystverket hadde brutt anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd. NCC hadde tilbudt og priset en annen type katodisk beskyttelse enn den som det var bedt om i konkurransegrunnlaget. Tilbudet inneholdt derfor et avvik. KOFA mente avviket var vesentlig, da NCCs tilbudte løsning innebar bruk av en annen teknologi, som krevde en annen gjennomføring og oppfølging av kontrakten.
- (13) Consto gikk deretter til erstatningssøksmål mot staten ved Nærings- og fiskeridepartementet, der de gjorde gjeldende flere grunnlag for at NCC skulle vært avvist under anbudskonkurransen. I dom 24. november 2023 fra Salten og Lofoten tingrett ble staten frifunnet. Sakskostnader ble ikke tilkjent.
- (14) Når det gjelder det spørsmålet Høyesterett behandler, fant tingretten at tilbudet inneholdt et avvik ved at NCC hadde tilbudt og priset en annen type katodisk beskyttelse enn den konkurransegrunnlaget ba om. Etter en samlet vurdering mente tingretten at avviket ikke var vesentlig, og at Kystverket dermed ikke hadde plikt til å avvise NCCs tilbud.
- (15) Consto anket dommen inn for Hålogaland lagmannsrett og påberopte også for lagmannsretten flere grunnlag for at NCC skulle vært avvist. Lagmannsretten avsa 6. september 2024 dom med slik slutning:
 - «1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Consto Anlegg Nord AS til Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet (Kystverket) 1 744 614 – enmillionsyvhundreogførtifiretusensekshundreogfjorten – kroner innen to uker fra forkynnelse av dommen.
 3. Sakskostnader for tingretten tilkjennes ikke.»
- (16) Lagmannsretten så spørsmålet om avvisning som følge av vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget hovedsakelig på samme måte som tingretten. Lagmannsretten mente også at kravet om katodisk beskyttelse med offeranoder ikke var et absolutt krav der avvik må lede til ubetinget avvisning av tilbudet.
- (17) Consto har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder kun spørsmålet om Kystverket hadde plikt til å avvise tilbudet fra NCC som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (18) Maskinentreprenørenes forbund har erklært partshjelp til fordel for Consto, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.

Partenes syn på saken

- (19) Den ankende part – *Consto Anlegg Nord AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (20) Det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver har en ubetinget plikt til å avvise tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b.
- (21) Avvik fra krav som er å anse som ufravikelige – såkalte absolutte krav – skal uten videre anses som vesentlige, slik at det foreligger en ubetinget avvisningsplikt. Hvorvidt et krav er absolutt, beror på en objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene med utgangspunkt i hvordan kravene fremstår for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder. Det er ikke grunnlag for noen presumsjon om at krav kan fravikes, med mindre noe annet er angitt. Det er kun for krav som ikke er absolutte, at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om avviket er vesentlig.
- (22) NS 3420 er en av de viktigste standardene i bygge- og anleggsnæringen. Ved bruk av standarder som NS 3420 skapes det klare forventninger hos leverandørmarkedet om at standardene, og systemet som standardene bygger på, vil bli fulgt. I saken her var NS 3420 uttrykkelig gjort til en del av anskaffelsesdokumentene, og det følger av veilederen til NS 3420 at tilbudsgiveren «må tilby» de løsningene som oppdragsgiver har beskrevet. Kravene i slike kravspesifikasjoner må dermed anses som absolutte, med mindre oppdragsgiver angir noe annet.
- (23) Det følger også av praksis fra EU-domstolen at avvik fra ufravikelige krav uten videre medfører avvisningsplikt, samt at tekniske kravspesifikasjoner alltid anses som ufravikelige krav.
- (24) I dette tilfellet har Kystverket fulgt systemet i NS 3420, og har heller ikke på annen måte åpnet for at leverandørene kunne fravike kravene i kravspesifikasjonens poster. Kravet som NCCs tilbud avvek fra, må da – i fravær av holdepunkter for noe annet – anses som et absolutt krav. Avviket er dermed vesentlig og medfører at NCCs tilbud måtte avvises fra konkurransen.
- (25) Dersom kravet ikke anses som et absolutt krav, gjøres det for Høyesterett ikke gjeldende at avviket er vesentlig.
- (26) Det er lagt ned slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 2. Consto Anlegg Nord AS tilkjennes sakskostnader.»
- (27) Partshjelperen – *Maskinentreprenørenes forbund* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (28) I EU-domstolens dom 22. juni 1993 i sak C-243/89 *Storebælt* ble det slått fast at avvik fra grunnleggende kontraktsvilkår leder til avvisning. I senere praksis fra EU-domstolen er det oppstilt en annen og strengere norm ved avvik fra kravspesifikasjonen. Det er ingen presumsjon for at angitte krav basert på kravspesifikasjonen er fravikelige. Utgangspunktet er tvert imot at kravspesifikasjonen er ufravikelig. Dette følger også av direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet), se artikkel 45 og artikkel 56 nr. 1.

- (29) I saken her har oppdragsgiver benyttet NS 3420, som uttrykkelig åpner for at oppdragsgiver kan overlate konkrete valg til entreprenøren. Der dette ikke er gjort, må kravene som er oppstilt, anses som absolutte krav.
- (30) Det er lagt ned slik påstand:
- «Maskinentreprenørenes forbund tilkjennes sakskostnader.»
- (31) Ankemotparten – *staten ved Nærings- og fiskeridepartementet* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (32) Etter anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b er vesentlighet et grunnvilkår for at oppdragsgiver skal ha plikt til å avvise tilbudet på grunn av avvik. Dette medfører at det er en høy terskel for avvisningsplikt.
- (33) Om et avvik er vesentlig, beror på en konkret objektiv vurdering av en rekke momenter. Det sentrale er om avviket gjør at konkurransen forrykkes, slik at tilbudene ikke objektivt lar seg sammenligne. Dersom et avvik ikke i nevneverdig grad påvirker kontraktsgjennomføringen, og avviket kan prissettes på en måte som gjør det sammenlignbart med andre tilbud, taler det med styrke mot at avviket er vesentlig.
- (34) Vesentlighetsvilkåret i anskaffelsesforskriften er en operasjonalisering av, og er i samsvar med, EU-domstolens praksis, der det er lagt til grunn at avvik ikke kan godtas hvis de gjelder grunnleggende krav i konkurransen.
- (35) Betegnelsen «absolutte krav» må forbeholdes krav som oppdragsgiver klart og utvetydig har uttrykt er ufravikelige. Det kan ikke tolkes inn eller utledes basert på generelle prinsipper. Dersom et krav må anses som absolutt, må et avvik fra kravet føre til automatisk avisning uten noen vurdering av avvikets betydning.
- (36) Det er ikke rettslig grunnlag for en regel om at alle krav basert på en standard som NS 3420, i utgangspunktet er absolutte. Det følger ikke av praksis i Norge eller av EU-retten og strider også mot anskaffelseslovens formål om effektiv bruk av ressurser.
- (37) I saken her er ikke kravet om katodisk beskyttelse med offeranoder et absolutt krav, og avviket var ikke vesentlig ut fra en konkret vurdering.
- (38) Det er lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
2. Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Internrettslige utgangspunkter

- (39) Offentlige anskaffelser reguleres av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Lovens formål er å fremme «effektiv bruk av samfunnets ressurser», se § 1 første setning. Loven skal også bidra til at det offentlige «opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte», se § 1 andre setning. Av § 4 følger det at offentlige virksomheter som oppdragsgiver skal opptre i samsvar med «grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet».
- (40) Anskaffelsesforskriften § 24-8 har regler om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet. Etter første ledd bokstav b «skal» oppdragsgiveren blant annet avvise et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene». Etter andre ledd bokstav a «kan» oppdragsgiveren avvise et tilbud som «inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige».
- (41) Forskriften etablerer altså tre nivåer: (i) vesentlige avvik, som gir oppdragsgiver avvisningsplikt, (ii) avvik som ikke er vesentlige, som gir oppdragsgiver avvisningsrett, og (iii) ubetydelige avvik, som ikke gir oppdragsgiver rett til avvisning.
- (42) Om et avvik er *vesentlig*, beror på en konkret objektiv vurdering av betydningen av avviket. I NOU 2024: 9 *Ny lov om offentlige anskaffelser*, Andre delutredning side 194 sammenfatter utvalget – med henvisning til rettspraksis – sentrale momenter i vurderingen som følger:
- «Karakteren 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.»
- (43) Deler av anskaffelsesloven og -forskriften gjennomfører anskaffelsesdirektivet, og de må her tolkes i samsvar med rettsavgjørelser knyttet til dette direktivet og dets forløper, direktiv 2004/18/EF, jf. HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 34. Også rettsavgjørelser fra domstolene i EU er relevante.

Om tolkningen av anbudsdokumenter

- (44) Kontrakter i næring mellom profesjonelle parter må i utgangspunktet tolkes objektivt, det vil si at kontraktens ordlyd tillegges stor vekt. Dette prinsippet får en særlig styrke ved anbud, se Rt-2012-1729 *Mika* avsnitt 58, der det også slås fast at uklarheter i anbudsgrunnlaget i utgangspunktet må gå ut over anbudsinnbyderen.
- (45) Ved den objektive fortolkningen er man imidlertid ikke henvist til en ren ordfortolkning. Ordlyden må blant annet leses «i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn», se Rt-2010-961 *Skanska* avsnitt 44. Når det nærmere innholdet i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil – som påpekt i *Mika*-dommen avsnitt 67 – også «systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.»

- (46) Dommene jeg nettopp har vist til, gjelder tolkningsprinsipper ved inngåtte kontrakter basert på anbudsdokumenter. Saken her gjelder spørsmålet om avvisning av tilbud *før* en kontrakt er inngått. Vurderingstemaet er i hvilken grad tilbudet avviker fra anskaffelsesdokumentene, som er noe annet enn å skulle fastslå innholdet i partenes avtale i etterkant. Også ved vurderingen av avvik må man imidlertid ta utgangspunkt i hvordan anskaffelsesdokumentene må forstås basert på de retningslinjer jeg nettopp har skissert. Det avgjørende er da hvordan anskaffelsesdokumentene vil bli forstått av en «normalt forstandig tilbyder», se Mika-dommen avsnitt 69. Med henvisning til praksis fra EU-domstolen, er dette i HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 51 formulert som at det avgjørende er hvordan «en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder» vil forstå kravene.

Generelt om absolutte krav

- (47) Anskaffelsesforskriften benytter begrepet «absolutte krav» i tre sammenhenger. Etter § 23-4 tredje ledd skal oppdragsgiveren, der det bes om alternative tilbud, «angi hvilke absolutte krav de alternative tilbudene skal oppfylle». I konkurranser med forhandling følger det av § 23-7 andre ledd at det ikke er tillatt å forhandle om «tildelingskriteriene og absolutte krav». Av § 14-1 tredje ledd bokstav a følger det at konkurransegrunnlaget blant annet skal inneholde hva som skal anskaffes, inkludert eventuelle kravspesifikasjoner, og «absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle».
- (48) Forskriften har ikke noen definisjon av begrepet absolutte krav. I NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser, Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket* foreslo utvalget (Forenklingutvalget) å benytte begrepet om de krav der avvik fra konkurransegrunnlagets krav alltid skulle anses som vesentlige, og dermed gi ubetinget avvisningsplikt, se utredningen side 230.
- (49) I NOU 2024: 9 side 194 heter det at hva som anses som absolutte krav, «beror på en konkret tolkning der det avgjørende er om anskaffelsesdokumentene samlet sett må forstås slik at manglende oppfyllelse av kravet uten videre vil medføre avvisningsplikt». Utvalget viste imidlertid samtidig til at praksis gikk i retning av at avvik fra et absolutt krav ikke automatisk ble sett som vesentlig, og utvalget ønsket ikke å innføre en regel om at avvik fra et absolutt krav alltid anses som et vesentlig avvik, se utredningen side 196. Utvalget la imidlertid til grunn at det normalt skulle «langt mindre til for å anse et avvik som vesentlig», der avviket stred mot et absolutt krav, se utredningen side 194.
- (50) Det fremstår etter dette 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.
- (51) I saken her er partene enige om at det foreligger et avvik. Partene er også enige om at dersom avviket her *ikke* gjelder et absolutt krav, er det ikke vesentlig, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav b, slik at det ikke foreligger ubetinget avvisningsplikt. Jeg ser derfor først på spørsmålet om avviket gjelder et absolutt krav.

Nærmere om vurderingen av om et krav er absolutt

Innledning

- (52) De tolkningsprinsippene jeg nettopp har skissert, må som et utgangspunkt få anvendelse også på spørsmålet om et oppstilt krav i anskaffelsesdokumentene er et absolutt krav. Staten har imidlertid gjort gjeldende at for at et krav skal anses som absolutt, må oppdragsgiver klart og utvetydig ha uttrykt dette. Det er blant annet vist til NOU 2014: 4 side 230, der det er uttalt at det skal mye til for at et krav må tolkes som absolutt, hvis dette ikke eksplisitt er angitt, og at da «må presumsjonen være at det ikke er et slikt krav.»
- (53) Jeg bemerker først at statens syn tilsynelatende vil innebære at det oppstilles en strengere norm for tolkningen av om et krav i anskaffelsesdokumentene er absolutt, enn det som følger av de alminnelige tolkningsprinsipper om at konkurransegrunnlaget skal tolkes objektivt.
- (54) Forenklingsutvalgets uttalelser i NOU 2014: 4 er også tvetydige. På side 230 i utredningen uttales det – i tillegg til det jeg nettopp har gjengitt – at det ikke er avgjørende at begrepet «absolutt krav» er eksplisitt brukt i konkurransegrunnlaget, og at det avgjørende er hva som må legges til grunn «etter en naturlig fortolkning».
- (55) Praksis fra lagmannsrettene og KOFA gir heller ingen klar indikasjon på at det klart og utvetydig må være uttrykt at et krav er absolutt. Både i LB-2017-94201 og LH-2021-72273 legges det til grunn at det må gjøres en konkret tolkning av konkurransegrunnlaget. Praksis fra KOFA spriker, og jeg nøyer meg her med å vise til gjennomgangen av denne praksisen i Linda Midtun, *Avvikende og uklare tilbud i konkurranser om offentlige kontrakter*, 2023 side 223.
- (56) Jeg kan etter dette ikke se at det er grunnlag for å oppstille særskilte tolkningsprinsipper eller presumsjoner for spørsmålet om et krav må anses som absolutt. Vurderingstemaet må også her være om en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder – basert på en konkret og objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene – vil forstå at det aktuelle kravet er absolutt.

Betydningen av brudd på kravspesifikasjoner

- (57) Consto og Maskinentreprenørenes forbund har gjort gjeldende at tekniske kravspesifikasjoner alltid må anses som absolutte krav. I alle fall må det gjelde for kravspesifikasjoner basert på NS 3420. Det er vist til den betydning og status NS 3420 har i bransjen. Det er også vist til at det følger av anskaffelsesdirektivet og praksis fra EU-domstolen at brudd på kravspesifikasjoner gir ubetinget avvisningsplikt.
- (58) Jeg ser først på hvordan dette er regulert i norsk rett og praksis.
- (59) Etter forskriften § 14-1 tredje ledd bokstav a skal konkurransegrunnlaget inkludere kravspesifikasjonene. Samtidig skal absolutte krav presiseres. Dette er en klar indikasjon på at alle kravspesifikasjoner ikke ubetinget kan anses som absolutte krav. Hvis det hadde vært meningen, ville det vært naturlig å presisere dette i forskriften.

- (60) Dette underbygges ytterligere av systembetraktninger og av forarbeidene til anskaffelsesforskriften. Tidligere skilte man mellom *forbehold* og *avvik*, se anskaffelsesforskriften 2006 § 11-11 første ledd bokstav d og e. Forbehold omfattet de tilfeller der et tilbud etter sitt innhold ikke samsvarte med de juridiske, økonomiske eller kommersielle forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Begrepet *avvik* ble i første rekke benyttet der et tilbud etter sitt innhold ikke samsvarte med konkurransegrunnlagets kravspesifikasjoner, se NOU 2014: 4 side 227. Både for *avvik* og *forbehold* krevdes det etter anskaffelsesforskriften 2006 § 11-11 første ledd bokstav d og e, vesentlighet for at det skulle oppstå avvisningsplikt.
- (61) Ved innføringen av den gjeldende anskaffelsesforskriften mente man at det ikke var nødvendig å sondre mellom *avvik* og *forbehold*, og innførte begrepet «*avvik*» som en felles betegnelse, se utredningen side 229. Det er ingen tegn til at man med det mente å anse alle brudd på kravspesifikasjonene som *avvik* fra absolutte krav.
- (62) Den rettsregelen som Consto og Maskinentreprenørenes forbund gjør gjeldende, har heller ikke forankring i praksis fra domstolene og KOFA. Ved brudd på kravspesifikasjonene vurderes det konkret om avviket er vesentlig, samt om det er tale om brudd på et absolutt krav. Jeg er ikke kjent med saker der norske domstoler eller KOFA har lagt til grunn at kravspesifikasjonene – heller ikke der de er basert på NS 3420 eller andre standarder – generelt gir uttrykk for absolutte krav. Jeg er derfor enig med staten i at en løsning i tråd med det Consto og Maskinentreprenørenes forbund anfører, ville innebære et brudd med langvarig praksis i norsk rett.
- (63) Basert på norsk rett isolert finner jeg det dermed ikke tvilsomt at brudd på kravspesifikasjoner ikke uten videre utgjør brudd på absolutte krav. Dette gjelder også der kravspesifikasjonene er basert på NS 3420 eller andre standarder.

Betydningen av EØS-rettslige regler

- (64) Spørsmålet er etter dette om anskaffelsesdirektivet og praksis fra EU-domstolen innebærer at det må etableres en strengere avvisningsplikt ved brudd på kravspesifikasjoner. De norske reglene kan ikke gi oppdragsgivere en større rett til å akseptere tilbud som avviker fra anskaffelsesdokumentene, enn det som følger av EUs regelverk for offentlige anskaffelser.
- (65) Av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 bokstav a følger det at for å tildele offentlige kontrakter må oppdragsgiver ha kontrollert blant annet at «anbudet er i samsvar med kravene, vilkårene og kriteriene» som følger av konkurransedokumentene. Etter sin ordlyd er dette et strengt krav, som kan indikere at ethvert *avvik* vil innebære at kontrakten ikke kan tildeles den aktuelle tilbyder. Artikkel 56 regulerer imidlertid ikke oppdragsgiverens avvisningsplikt direkte. Bestemmelsen må også tolkes i lys av det generelle prinsippet om proporsjonalitet, se for eksempel Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, første volum, 3. utgave, 2014 side 731. Det er derfor nødvendig å se nærmere på domstolpraksis.
- (66) Det er naturlig å ta utgangspunkt i EU-domstolens dom 22. juni 1993 i sak C-243/89 *Storebælt*. Saken gjaldt en begrenset konkurranse om inngåelse av kontrakt for å bygge bro over Storebælt i Danmark. Etter anskaffelsesdokumentene skulle tilbyderne utføre

detaljprosjektering som skulle forelegges byggherren for aksept, og tilbyderer skulle bære det fulle ansvaret for prosjektet og utførelsen, inkludert mengdebeskrivelsen, se dommen avsnitt 5. Oppdragsgiver inngikk avtale basert på et alternativt tilbud der tilbyderer hadde tatt forbehold om at oppdragsgiver skulle overta både prosjekterings- og mengderisikoen. Forbeholdet var dermed klart i strid med bestemmelsene i konkurransegrunnlaget. I avsnitt 37 uttaler domstolen følgende:

«Det skal i den henseende først bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelseerne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere.»

- (67) I avsnitt 39 gjentas det at prinsippet om likebehandling av tilbyderer innebærer at tilbudene må være i samsvar med tilbudsbetingelsene. I avsnitt 40 er det så uttalt at kravet om likebehandling ikke vil bli oppfylt, dersom tilbyderer «kunne fravige de grunnleggende udbudsbetingelser».
- (68) Storebælt-dommen gir altså uttrykk for at oppdragsgiver vil ha avvisningsplikt dersom et tilbud avviker fra *grunnleggende* konkurransebestemmelser. Dette samsvarer etter mitt syn godt med den norske regelen om avvisningsplikt ved vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Spørsmålet er imidlertid om senere praksis fra EU-domstolen har skjerpet kravene til avvisningsplikt.
- (69) Consto og Maskinentreprenørenes forbund har vist til EU-domstolens forhåndsavgjørelse i dom 5. desember 2013 i sak C-561/12 *Nordecon*. Saken gjaldt en anbudskonkurranse med forhandling om bygging av en veistrekning i Estland. Ifølge anskaffelsesdokumentene skulle midtrabatten i en del av veistrekingen ha en bredde på 13,5 meter og i den resterende delen en bredde på 6 meter. Tilbyderer tilbød en midtrabatt med en bredde på 6 meter på hele veistrekingen. Oppdragsgiveren kontaktet deretter de øvrige tilbyderer og ba dem om å endre sine tilbud til en midtrabatt på 6 meter på hele strekingen, se dommen avsnitt 15.
- (70) EU-domstolen presiserte i avsnitt 36 at et vesentlig formål er å sikre seg mot «favorisering og vilkårlighet» fra oppdragsgiverens side. Deretter uttaler domstolen i avsnitt 37 følgende:
- «Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt.»
- (71) I avsnitt 39 sammenfattes dette slik at oppdragsgiver ikke kan «føre forhandlinger med tilbudsgiverer om tilbud, som ikke oppfyller de bindende krav, der er fastsat i udbuddets tekniske spesifikasjoner».
- (72) Saken gjaldt en *anbudskonkurranse med forhandling*, der oppdragsgiver hadde endret konkurransegrunnlaget for krav som i anskaffelsesdokumentene var gitt en bindende karakter, såkalte minstekrav. EU-domstolen påpekte at endring av slike krav gir en risiko for favorisering og vilkårlighet. Forbudet mot slike endringer i anbudskonkurranser med

forhandling er nå uttrykt i anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 3, der det heter at «minstekravene og tildelingskriteriene» ikke er gjenstand for forhandlinger, se også fortalen punkt 45. Dette er en annen problemstilling enn om oppdragsgiver har plikt til å avvise alle tilbud som avviker fra konkurransegrunnlaget. Jeg kan derfor ikke se at Nordecon-dommen er avgjørende for spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å avvise alle tilbud fra tilbydere som avviker fra kravspesifikasjoner oppstilt i anskaffelsesdokumentene.

(73) I enkelte saker har EU-domstolen lagt til grunn at oppdragsgiver ikke kan tillate avvik om forhold «som i henhold til udbudsmaterialets uttrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse», se EU-domstolens dom 2. juni 2016 i sak C-27/15 *Pippo Pizzo* avsnitt 49, med videre henvisning til EU-domstolens dom 6. november 2014 i sak C-42/13 *Cartiera dell'Adda*. Heller ikke disse avgjørelsene er egnet til å kaste lys over det generelle spørsmålet om avvik fra kravspesifikasjoner ubetinget medfører avvisningsplikt.

(74) En sak med en viss overføringsverdi er EU-domstolens dom 29. april 2004 i sak C-496/99 P *Succhi di Frutta*. Spørsmålet i den saken var om oppdragsgiveren kunne endre kontrakten etter at den var tildelt, noe som innebærer at oppdragsgiveren aksepterer et avvikende tilbud. På samme måte som i Storebælt-dommen tar domstolen i avsnitt 115 utgangspunkt i at oppdragsgiver strengt må følge de kriterier, den selv har oppsatt. I avsnitt 116 uttales deretter:

«Selv om det således er åbenbart, at et bud, der ikke er i overensstemmelse med de opstillede betingelser, skal forkastes, er den ordregivende myndighed heller ikke beføjet til at ændre den almindelige opbygning af licitationen ved senere ensidigt at ændre en af de væsentlige betingelser deri og navnlig ikke en bestemmelse, der, hvis den havde været medtaget i licitationsbekendtgørelsen, ville have gjort det muligt for de bydende at afgive et væsentligt andet bud.»

(75) Selv om dette sitatet tar utgangspunkt i en streng avvisningsplikt, åpner den også – på samme måte som Storebælt-avgjørelsen – for en vurdering av hvor *vesentlig* den aktuelle betingelsen er.

(76) Jeg kan ikke se at praksis fra EU-domstolen fra tiden etter at anskaffelsesdirektivet ble vedtatt i 2014, endrer de utgangspunktene jeg nettopp har gjennomgått. Consto har særlig vist til to avgjørelser. Den første er EU-domstolens dom 16. april 2015 i sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions*. Saken gjaldt et tilfelle der oppdragsgiver i tildelingsfasen endret de tekniske spesifikasjonene de tilbudte produktene skulle oppfylle. EU-domstolen fastslo at oppdragsgiveren ikke kunne avvise et bud som oppfylte de oppstilte krav av grunner som ikke fremgikk av anskaffelsesdokumentene, se avsnitt 30. Saken gjelder en annen problemstilling enn saken her, og har – etter mitt syn – ikke nevneverdig overføringsverdi.

(77) Den andre saken Consto har vist til, er EU-domstolens dom 5. april 2017 i sak C-298/15 *Borta*. Saken gjaldt endring av anskaffelsesdokumentene der flere tilbydere avga felles bud. Consto har vist til at domstolen i avsnitt 70 uttaler at oppdragsgiver ikke kan «endre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for tilbuddet, herunder de tekniske specifikationer», og gjør gjeldende at dette viser at tekniske spesifikasjoner er å anse som en grunnleggende betingelse.

- (78) Jeg er ikke enig i at dette kan utledes av avgjørelsen. I avsnitt 70 tas det som en forutsetning at tilbyderne «med rette har baseret sig på» opplysningene for «at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage» i anbudskonkurransen. I dette ligger det en forutsetning om innvirkning på konkurransen. At det også har betydning hvor vesentlig endringen er, fremgår av sammenfatningen i avsnitt 77, der det blant annet står at oppdragsgiver ikke kan endre en bestemmelse i et anskaffelsesdokument hvis endringene er «så væsentlige, at de kunne have tiltrukket mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke var i stand til at fremsætte et tilbud».
- (79) Flere av avgjørelsene fra EU-domstolen gjelder grunnleggende elementer ved leveransen, der en endring medførte betydelige endringer i konkurransegrunnlaget. Det er etter mitt syn ikke grunnlag for å ta generelle uttalelser i disse avgjørelsene om plikt til å avvise tilbud, til inntekt for at det samme må gjelde for alle mindre avvik. Anvendelsen av likebehandlingsprinsippet i anbudsreglene er ikke et mål i seg selv, men må bedømmes i lys av reglenes formål, som er å hindre konkurransevidning og fremme fri bevegelighet av varer og tjenester, jf. EU-domstolens dom 10. oktober 2013 i sak C-336/12 *Manova* avsnittene 28 og 29.
- (80) Et sentralt moment ved spørsmålet om et bud må avvises, vil etter praksis fra EU-domstolen være om avviket er til hinder for en *objektiv sammenlikning* av tilbudene, se Storebælt-dommen avsnitt 37. Hvis leverandøren har oppnådd en *reell fordel* ved å levere et avvikende tilbud, slik at konkurransen mellom aktørene påvirkes, vil det kunne foreligge avvisningsplikt. Dette har støtte i blant annet EU-domstolens dom 25. april 1996 i sak C-87/94 *Wallonske busser*. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om kjøp av busser. En av tilbyderne fikk anledning til å sende inn tre dokumenter med nye opplysninger. EU-domstolen fant at oppdragsgiver ikke hadde anledning til å legge vekt på disse opplysningene, og la blant annet vekt på at leverandøren ville få en reell fordel sammenlignet med de øvrige leverandørene, se avsnitt 56 og avsnitt 72.

Oppsummering

- (81) Min *konklusjon* etter dette er at EUs regelverk og praksis fra EU-domstolen ikke kan tolkes slik at ethvert avvik fra anskaffelsesdokumentene medfører at oppdragsgiveren må avvise tilbydereren. Avvisningsplikt krever at avviket er av en viss betydning, som der avviket hindrer en objektiv sammenligning av budene og der det å akseptere avviket vil påvirke konkurransen ved at tilbydereren oppnår en reell fordel. Det er ikke noe i praksis fra EU-domstolen som indikerer at oppfyllelse av kravspesifikasjoner – heller ikke der de er basert på bransjestandarder – står i en særstilling med hensyn til når det oppstår avvisningsplikt. Dersom oppdragsgiveren har presisert i anskaffelsesdokumentene at manglende oppfyllelse av et krav vil føre til utelukkelse, vil utgangspunktet derimot være at et avvik fører til ubetinget avvisningsplikt.
- (82) De norske reglene og den praksis som er utviklet basert på disse – om avvisningsplikt først ved vesentlige avvik og at ikke alle brudd på kravspesifikasjoner uten videre regnes som brudd på absolutte krav – er dermed i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser. Dette gjelder uavhengig av om man etter norsk rett skulle legge til grunn at alle brudd på absolutte krav gir ubetinget avvisningsplikt.

Konkret vurdering

- (83) Spørsmålet i saken her er om det er et absolutt krav etter anskaffelsesdokumentene at den katodiske beskyttelsen skulle skje ved bruk av offeranoder. I motsatt fall er Consto enig i at avviket ikke er vesentlig og dermed ikke medfører avvisningsplikt.
- (84) Vurderingen av om kravet om katodisk beskyttelse ved bruk av offeranoder er et absolutt krav, skal skje ut fra alminnelige tolkningsprinsipper, der det avgjørende er om en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ved en objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene, ville legge til grunn at kravet var absolutt.
- (85) Anskaffelsesdokumentene besto som allerede nevnt av tre hoveddeler: Konkurranses grunnlaget, oppdragsbeskrivelsen og kontraktsbestemmelser basert på NS 8405 (utførelsesentreprise).
- (86) I konkurransegrunnlaget er det i punkt 2.3 presisert at oppdragsgiver «skal avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra konkurransedokumentene, jf. FOA 24-8 (1) b». Jeg oppfatter dette som en generell henvisning til reglene om avvisning i anskaffelsesforskriften, uten at det bidrar til å belyse hva som anses som vesentlige avvik i den konkrete kontrakten her.
- (87) I punkt 3.1 i konkurransegrunnlaget er det opplyst at *kvalifikasjonskravene* er «minimumskrav til leverandøren». I kapittel 4 om krav til tilbudet er det ikke tatt inn noen bestemmelser om at enkelte av kravene som følger av *kravspesifikasjonen* er minstekrav eller absolutte krav. Etter anskaffelsesforskriften § 14-1 tredje ledd bokstav a skal konkurransegrunnlaget opplyse om eventuelle absolutte krav. Selv om dette kan fremkomme på andre måter enn som en spesifikk liste i konkurransegrunnlaget, er den manglende opplysningen om absolutte krav i konkurransegrunnlaget en indikasjon på at det ikke er oppstilt slike krav.
- (88) Kontraktsarbeidene var nærmere beskrevet i en teknisk beskrivelse vedlagt konkurransegrunnlaget (kravspesifikasjonen). Som jeg har redegjort for tidligere, fremgikk det av denne blant annet at den var «basert på NS 3420 (201903) med veiledninger».
- (89) Kravspesifikasjonen inneholdt en rekke detaljerte poster for alle arbeider som entreprenøren skulle utføre. Tilbyderne skulle prise alle postene, og den utfylte mengdebeskrivelsen tjente som konkurransens prisskjema. Den tekniske beskrivelsen er omfattende og utgjør mer enn 300 sider. Post C-2.41 gjelder katodisk beskyttelse med offeranoder, og lyder slik:

«PR3.31A
KATODISK BESKYTTELSE MED OFFERANODER
Rund sum
Lokalisering: Cellespunt og permanent profilspunt i nord og sør
Anodemateriale: -
Anodens levetid: 25 år
Dimensjoner: -

Andre krav:

- a) Omfang og prisgrunnlag

Posten inkluderer også leveranse og montering av anoder inklusive festebraketter på spunt. Innfestingen skal tåle påvirkningen av propellstrømmer. Posten omfatter også all nødvendig beregning og plan for plassering av offeranoder.

- c) Utførelse
Det vises til tegning 10201517-RIG-TEG-709 og -710 for illustrasjon.
Anodene monteres utvendig spuntvegg. Entreprenør skal oppgi anodetype med vekt.»

- (90) Det fremkommer her visse krav til leveransen, mens andre elementer er valgfrie for leverandøren. Det innebærer at det er lagt opp til at leverandøren må gjøre noe prosjektering på denne posten. En objektiv lesing av posten gir ingen indikasjoner på om posten er ment å være et absolutt krav.
- (91) Som en foreløpig oppsummering kan det fastslås at det ikke er noe i anskaffelsesdokumentene jeg har gjennomgått så langt som tilsier at kravet om katodisk beskyttelse med offeranoder er et absolutt krav.
- (92) Consto har særlig fremhevet at bruken av NS 3420 og det forhold at kontrakten er en utførelsesentreprise basert på NS 8405, innebærer at kravene i beskrivelsene som bygger på NS 3420 – i fravær av holdepunkter for noe annet – må anses som absolutte krav. Det er blant annet vist til at det følger av veilederen til NS 3420 punkt 3 at tilbudsgiverne «må» følge de løsningene som er beskrevet i kravspesifikasjonen basert på NS 3420. I saken her kunne oppdragsgiver ha valgt en særskilt post i NS 3420 som omfattet katodisk beskyttelse med påtrykt spenning (ICCP). Oppdragsgiver kunne også ha valgt katodisk beskyttelse med valgfri utførelse. Når det ikke er gjort, vil normaltilbyderen etter Constos oppfatning forstå det slik at de ikke kan tilby ICCP, og at metoden for katodisk beskyttelse ikke er valgfri.
- (93) Om bruken av NS 8405 er det vist til at i en utførelsesentreprise som denne, var det Kystverket som hadde prosjektert arbeidene og som hadde prosjekteringsrisikoen. Tilbyderne skulle bare prise og utføre de beskrevne arbeidene, som i praksis ville være en detaljbeskrivelse basert på NS 3420 eller Statens vegvesens prosesskode.
- (94) Samlet sett mener derfor Consto at kravene som følger av kravspesifikasjonen utgjør absolutte krav. Slik jeg forstår deres anførsel, gjelder ikke det kun kravet om katodisk beskyttelse med offeranoder, men alle krav som følger av kravspesifikasjonen.
- (95) Dette kan ikke føre frem.
- (96) Jeg viser først til det jeg allerede har sagt om at ikke ethvert brudd på kravspesifikasjoner utgjør et vesentlig avvik som medfører avisningsplikt. Dette gjelder også for kravspesifikasjoner basert på NS 3420 eller andre standarder.
- (97) Dernest kan det understrekes at verken NS 3420 eller NS 8405 er en del av anskaffelsesregelverket. Standardene benyttes i en rekke kontraktsforhold som ikke omfattes av reglene om offentlige anbud. At standardene oppstiller detaljerte regler og krav om hvordan kontraktsarbeider skal utføres, er dermed ikke ensbetydende med at slike krav er absolutte krav i anskaffelsesforskriftens forstand. Snarere er det mer naturlig å anse den beskrivelsen som følger av kravbeskrivelsen basert på NS 3420, som den alminnelige

beskrivelsen av kravspesifikasjonen som skal gis i henhold til forskriften § 14-1 tredje ledd bokstav a – og ikke som absolutte krav som gir ubetinget avvisningsplikt ved avvik av hver og en av alle postene i kravspesifikasjonen.

- (98) Jeg kan derfor ikke se at bruken av en utførelsesentreprise som NS 8405, basert på kravspesifikasjoner utarbeidet i tråd med NS 3420, gjør at en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville legge til grunn at kravspesifikasjonen utgjør absolutte krav. Det gjelder også posten knyttet til katodisk beskyttelse med offeranoder.

Konklusjon og sakskostnader

- (99) Etter dette har jeg konkludert med at kravet om å levere et anlegg med offeranoder ikke er absolutt. Partene er da enige om at avviket fra kravet ikke er vesentlig, slik at det ikke foreligger noen avvisningsplikt. Jeg går derfor ikke nærmere inn på kriteriene for at et avvik skal anses som vesentlig. Det er heller ikke nødvendig for meg å ta stilling til spørsmålet om avvik fra absolutte krav alltid må anses som vesentlige avvik som gir ubetinget avvisningsplikt.
- (100) Anken skal etter dette forkastes.
- (101) Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet har krav på å få dekket nødvendige sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-5 første ledd. Sakskostnadene er oppgitt til 303 400 kroner. Oppgaven legges til grunn.
- (102) Consto og Maskinentreprenørenes forbund er solidarisk ansvarlig for sakskostnadene, jf. tvisteloven § 20-1 tredje ledd, jf. § 20-6 andre ledd tredje setning.
- (103) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Consto Anlegg Nord AS og Maskinentreprenørenes forbund, én for begge og begge for én, til staten ved Nærings- og fiskeridepartementet 303 400 – trehundreogtretusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
- (104) Dommer **Sivertsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (105) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (106) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (107) Dommer **Webster:** Likeså.

(108) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Consto Anlegg Nord AS og Maskinentreprenørenes forbund, én for begge og begge for én, til staten ved Nærings- og fiskeridepartementet 303 400 – trehundreogtretusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.