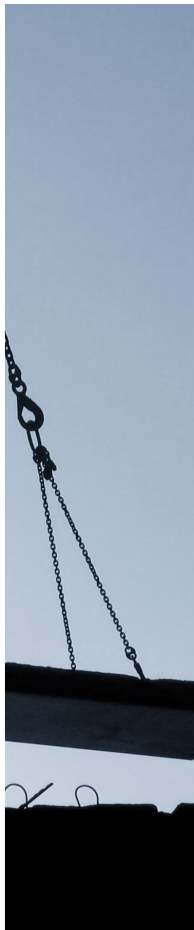


April 2018

NYHETSBREV



Entrepriserett, plan- og bygningsrett og anskaffelsesrett

Schjødts avdeling for fast eiendom og entrepris utgir regelmessig nyhetsbrev som omhandler våre fagområder. Denne gang omtales nyheter innen entrepriserett, plan- og bygningsrett og anskaffelsesrett, med hovedvekt på utvalgte dommer og andre avgjørelser. Disse fagområdene er relevante både for eiendomsutviklere, entreprenører og rådgivere innen bygg og anlegg. Schjødt har et ledende advokatmiljø på dette feltet, sammensatt av advokater som samlet sett representerer omfattende erfaring og spesialkompetanse.

Redaktører for nyhetsbrevet er advokatene Ole Christian Hyggen, Martin Støren og Erlend Holstrøm, alle partnere tilknyttet områdene fast eiendom og entrepris i Schjødt.

SCHJØDT

ENTREPRISERETT

HR-2018-383-A – DAGMULKTSKRAV VED SLUTTOPPGJØR ETTER BUSTADOPPFØRINGSLOVA

Saken gjaldt kjøp av en eierseksjon etter bustadoppføringslova. Overtakelse skulle etter avtalen finne sted midt i juli 2014, men ble forsinket til 17. november 2014. Kjøper fremmet krav på dagmulkt 7. august 2014, men selger avviste kravet med henvisning til ulike tilleggsarbeider og forsinkelse fra kjøpernes leverandører. Den 30. januar 2015 oversendte eiendomsmegleren oppgjørstilling til kjøper. Oppgjørstillingen inneholdt verken selgers krav på betaling for tilleggsarbeider eller kjøpers dagmulktkrav. Den 20. september 2015, dvs. nesten 7 måneder etter sluttoppgjøret, fremmet kjøper dagmulktkravet på nytt.

Spørsmålet for Høyesterett var om dagmulktkravet var bortfalt etter bustadoppføringslova § 48 tredje ledd eller etter ulovfestede passivitetsregler.

Det konkrete spørsmålet etter bustadoppføringslova § 48 tredje ledd var om dagmulktkrav er å anse som en "innvending" mot sluttoppgjøret. I så tilfelle ville dagmulktkravet være tapt som følge av at det ikke var reist senest en måned etter mottakelse av sluttoppgjøret. Høyesterett gjennomgikk lovens forarbeider, hvor det blant annet var uttrykt at misligholdskrav ikke rammes av fristen i § 48 tredje ledd. Det ble også vist til lovens ordlyd – "innvending" – som peker hen på at forbrukeren må imøtegå entreprenørens sluttoppgjør, typisk hevde at entreprenøren ikke har grunnlag for det vederlaget han har krevd. Høyesterett påpekte at et dagmulktkrav kan fremsettes som en innvending mot entreprenørens vederlag, men det kan også fremsettes særskilt. Høyesterett konkluderte derfor med at dagmulktkrav ikke var rammet av fristen i § 48 tredje ledd.

For spørsmålet om kravet var bortfalt etter ulovfestede passivitetsregler, tok Høyesterett utgangspunkt i at det må foretas en konkret helhetsvurdering i lys av forventninger til gjensidig lojalitet i avtaleforholdet. Sentrale momenter vil være hvilken oppfordring kravshaveren har til å reagere, og hvilket behov skyldneren har for å innrette seg på at kravet ikke eksisterte eller ikke blir forfulgt. Basert på de konkrete omstendighetene i saken kom Høyesterett til at de ca. 7 månedene som gikk ifra 30. januar 2015 til 20. september 2015 ikke var tilstrekkelig til at kravet var tapt ved passivitet.

HR-2018-392-A – PRISAVSLAG HVOR MANGELEN IKKE PÅVIRKER EIENDOMMENS MARKEDSVERDI

Saken gjaldt krav om prisavslag etter bustadoppføringslova § 33 annet ledd annet punktum som følge av at en enebolig ved en feil var plassert nærmere naboeiendommen en avtalt. Plasseringen medførte at passasjen mellom boligen og naboeiendommen ble mindre og innsynet mellom husene større. Det var enighet om at plasseringen ikke påvirket markedsverdien til boligen. Spørsmålet for Høyesterett var om manglene likevel kunne anses å innebære en verdireduksjon i henhold til bustadoppføringslova § 33 annet ledd annet punktum.

Høyesterett flertall (dissens 3-2) kom til at bestemmelsen måtte forstås slik at det unntaksvis er adgang til å utmåle prisavslag skjønnsmessig slik at det svarer til den verdireduksjon mangelen representerer for forbrukeren. En forutsetning for å tilkjenne slikt skjønnsmessig prisavslag er at forbrukeren kan vise til konkrete ulemper som det fremstår som plausibelt at han eller hun vektlegger.

I den konkrete saken fant Høyesterett det godtgjort at feilplasseringen representerte en ulempe for kjøper og utmålte prisavslag til 85 000 kroner. Kjøpesummen for huset var 3 millioner.

HR-2017-1834 (BORI II) – KONTROLLANSVARLIGES ERSTATNINGS- ANSVAR OVERFOR TREDJEMENN

En kontrollansvarlig for oppføring av en enebolig med separat hybelleilighet hadde gitt uriktige opplysninger til kommunen om brannskille mellom hybelleiligheten og resten av huset. Boligen ble senere solgt videre to ganger. Tredje eier oppdaget manglene og fikk utbetalt prisavslag under eierskifteforsikring. Forsikringsselskapet krevde den utbetalte forsikringssummen erstattet av den kontrollansvarlige. På grunn av at reklamasjonsfristen på 5 år var utløpt, var det utelukket å basere kravet på reglene i avhendingslova. Kravet ble derfor fremmet på grunnlag av reglene om erstatningsansvar utenfor kontrakt.

Høyesteretts flertall tok utgangspunkt i Rt. 2015 s. 276 (Bori I-dommen) som slo fast at feil begått av den ansvarlige kan gi grunnlag for ansvar overfor tredjemann, og at et slikt ansvar kan baseres på reglene om erstatning utenfor kontrakt. Det avgjørende ville være en "bred vurdering" av tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter.

I denne saken kom Høyesterett til at kravet ikke kunne føre frem, og la særlig vekt på:

1. *Nærheten til kontraktsforholdet*: Det ble vektlagt at kravet var nært knyttet til kontraktsforholdet mellom andre og tredje eier.
2. *Graden av skyld i relasjon til kontraktsparten*: I motsetning til i Bori I-dommen, kunne ikke den kontrollansvarliges opptreden overfor kontraktsparten karakteriseres som grov uaktsom.
3. *De faktiske konsekvenser av feilen*: Det var tale om feil som lot seg utbedre ved relativt begrensede kostnader. I Bori I-dommen var eiendommen ubeboelig.
4. Det var gått lang tid siden feilen var begått, og huset hadde vært solgt flere ganger
5. Tredje eier og forsikringsselskapet hadde ikke i samme grad som i Bori I-saken en rimelig og berettiget grunn til å stole på ferdigattesten.

Dommen stadfester de rettslige utgangspunktene som ble trukket opp i Bori I-dommen, samtidig som den bidrar til å avklare rekkevidden av den kontrollansvarliges erstatningsansvar overfor tredjemenn. Bori II-dommen synes å innebære at terskelen for ansvar utenfor kontrakt i slike saker er relativt høy.

HR-2017-2102-A – PRISAVSLAG

I forbindelse med utviklingen at et boligprosjekt hadde prosjekterende arkitekt gitt boligutviklingsselskapet uriktige opplysninger om P-rom i boligene. Selskapet, som hadde benyttet disse opplysningene i markedsføringen, ga to kjøpere prisavslag. Tapet som følge av utbetalt prisavslag ble krevd dekket av arkitektkontoret.

Arkitektkontoret avviste ansvar med henvisning til at de uriktige opplysningene ikke kunne anses for å ha medført en "verdireduksjon" etter bustadoppføringslova når det kort tid etter at arealsvikten var korrigert ble solgt tilsvarende bolig til samme pris. Høyesterett kom likevel til at det forelå en "verdireduksjon" fordi differansen mellom faktisk og opplyst areal (henholdsvis 10,1 % og 7,4 %) var av en slik størrelse at det var en presumpsjon for at mangelen representerte en verdireduksjon.

Arkitektkontorets subsidiære anførsel var at boligutviklingsselskapet uansett ikke hadde lidt noe tap ved å utbetale prisavslagene. Argumentet var at de uriktige opplysningene hadde medført at prisen hadde blitt høyere enn den ellers ville ha vært, og at boligutviklingsselskapet dermed hadde fått en

økonomisk fordel. Ved at selgeren betalte prisavslag hadde han ikke blitt påført et økonomisk tap, men kun blitt fratatt fordelene. For Høyesterett var det ikke nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet, da de uansett kom til at P-rom ikke hadde hatt betydning for prisfastsettelsen. Det var med andre ord ikke ført tilstrekkelig bevis for at prisen ville blitt lavere dersom boligutviklingsselskapet hadde hatt riktige opplysninger om P-rom ved prisfastsettelsen.

BERGEN TINGRETT 2017-08-29 (TOLKNING AV PROSESSKODEN)

Saken gjaldt sluttoppgjør etter entreprisekontrakt om byggingen av firefelts motorveg E39 Vågsbotn – Hylkje. Kjernen i partenes uenighet knyttet seg til tolkningen og forståelsen av prosesskoden (2007-versjonen).

Implenia anførte at beskrivelse og prispåberende post for portalvogn manglet siden prosess 84.1 ikke var med i beskrivelsen, og at portalvognene uansett ikke var dekket i 84.2 siden det der var underprosesser med ny a-tekst. SVV gjorde på sin side gjeldende at portalvognen lå inne i prosess 84.2.

Med henvisning til ordlyden "Stillas, avstivninger og understøttelser" i 84.2 kom retten til at SVV ikke var forpliktet til å bruke 84.1 til å beskrive portalvogn. At prosess 84.1 manglet, var således ikke i seg selv nok til å legitimere et tilleggskrav. Det ble ikke vektlagt at portalvogn normalt prises med rundsum, og ikke kvadratmeterpris, slik som forskalingspostene i 84.2.

Spørsmålet var da hvilken betydning det skulle få at 84.2 hadde prispåberende underprosesser med ny a-tekst (omfangstekst) som satte til side den overordnede prosessens henvisning til "stillas, avstivninger og understøttelse". Retten viste i den forbindelse til prosesskoden punkt 5 om den "Hierarkisk oppbygning av prosesser", hvor det følger at

"[...] Arbeidets omfang beskrevet i en overordnet prosess gjelder imidlertid ikke for den underordnede, dersom ny tekst for omfang er angitt"

Ordlyden i 2007-versjonen skiller seg fra den foregående 1994-versjonen, som la til grunn at tilsidesettelse kun gjaldt ved ny tekst om samme emne i underordnet a-tekst. Retten la til grunn at SVV måtte ha risikoen for at den objektive fortolkningen av 2007-ordlyden ikke tilsa det samme. Ny a-tekst i underprosess satte derfor til side a-tekst i overordnet prosess.

Det var således klart at det var begått en formell feil fra SVV når beskrivelsen hadde prispåberende underprosesser med ny a-tekst som ikke inneholdt stillas/reis. Ut fra kontraktsdokumentene og beskrivelsen var det imidlertid samlet sett klart at SVV hadde lagt til grunn

at all nødvendig understøttelse og reis skulle prises i forskalingsposten (84.2), og at en entreprenør normalt hadde forstått dette. Retten konkluderte dermed med at det ikke var grunnlag for tilleggskravet fra entreprenøren.

Retten ga også noen avsluttende merknader til forholdet mellom subjektive forhold hos entreprenøren og ukklarhetsregelen. Det var et faktum at entreprenørens tilbudsteam på tilbudsstadiet hadde oppdaget at det manglet post for portalvogn. I en slik situasjon mente tingretten at det var begrenset hvor langt ukklarhetsregelen kunne beskytte entreprenøren. Selv om subjektive oppfatninger av anbudsgrunnlaget i utgangspunktet ikke er avgjørende, la tingretten likevel vekt på at entreprenøren verken i anbudsfasen, kontraktsmøte eller underveis i arbeidet hadde påpekt at det ikke var egen post for portalvogn i beskrivelsen. Varsel og krav ble først sendt etter at arbeidet var utført. Retten uttalte at entreprenøren av den grunn uansett hadde mistet sin mulighet til å kreve portalvognen dekket som endringsarbeid.



PLAN- OG BYGNINGSRETT

FORSKRIFT OM BEHANDLING AV PRIVATE FORSLAG TIL DETALJREGULERING ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN: FOR-2017-12-08-1950

Den 1. januar 2018 trådte forskrift om behandling av private forslag til detaljregulering etter plan- og bygningsloven i kraft. Forskriften gir blant annet utfyllende bestemmelser om utforming av planinitiativ, om gjennomføring av og referat fra oppstartmøte mellom forslagstillere og kommunen, og krav til private planforslag.

Forskriften stiller krav til innholdet i privat planinitiativ, som skal sendes til kommunen senest sammen med forespørsel om oppstartsmøte med kommune, jf. forskriften § 1 og pbl. § 12-8. Planinitiativet skal redegjøre for formålet med og innholdet i planen, samt en rekke konkrete forhold som utbyggingsvolum, byggehøyder osv. I tillegg skal de berørte interesser, miljø, behov for konsekvensutredning osv. adresseres.

På stadiet for oppstartsmøtet lister forskriften opp flere temaer som skal gjennomgås av kommunen og forslagsstiller, og som også skal inngå i møtereferat som kommunen er pålagt å skrive. Forskriften presiserer også hvilke krav som stilles til innholdet i et privat planforslag, og kommunen er gitt adgang

til å pålegge ytterligere krav til fremstilling og innhold. Kommunen kan kun pålegge mer utredning og dokumentasjon som er nødvendig for å fatte et forsvarlig planvedtak.

NY EIERSEKSJONSLOV FRA 1. JANUAR 2018

Ny eierseksjonslov trådte i kraft 1. januar 2018. Loven inneholder flere bestemmelser som er gunstige for boligutviklere. Vi nevner noen av de sentrale endringene.

Seksjoneringstidspunktet for nybygg og bestående bygninger er fremskyndet til tidspunkt for rammetillatelse, jf. § 8. Etter tidligere lov var det ikke adgang til å seksjonere før igangsettingstillatelse var gitt. Etter § 22 kan kommunen kreve reseksjonering dersom det er "avvik av betydning" mellom de ferdige bruksenhetene og seksjonert bygning.

Den nye loven presiserer adgangen til å etablere midlertidige bruksretter i fellesareal (§ 25). I både bolig- og næringssameier kan det fastsettes i vedtektene at én eller flere seksjonseiere har enerett til å bruke deler av fellesarealene i inntil tretti år. I næringssameier kan det vedtektsfestes en enerett for *to eller flere* seksjoner i mer enn tretti år, eller uten tidsbegrensning.

I tillegg til endringene nevnt ovenfor er det blant annet

innført enklere krav for oppmåling av tilleggsdeler (§ 11) og etablering av p-plasser (§ 7), og det er innført en frist for saksbehandling i kommunen på 12 uker fra seksjoneringsøknad ble mottatt (§ 14). Leietakers rabatterte kjøpsrett ved seksjonering i tidligere lov er ikke videreført.

LH-2017-105765 – DOM I HÅLOGALAND LAGMANNSRETT OM VEDTAK OM RIVING/FLYTTING OG TVANGSMULKT

Saken gjelder gyldigheten av Vestvågøy kommunes vedtak om pålegg om retting og ileggelse av tvangsmulkt. Kommunen vedtok med hjemmel i plan- og bygningsloven § 32-1 (plikt til å forfølge ulovligheter) å pålegge fester av eiendom å rette bebyggelse på grunn av avstanden til nabo.

Bakgrunnen for pålegget var en konflikt mellom fester av den aktuelle eiendom og naboeiendommen om hvor nabogrensen gikk. Etter avgjørelse i jordskifteretten ble nabogrensen slått fast, og det ble deretter klart at bebyggelse på den ene eiendommen var oppført for nære nabogrensen. Den aktuelle bebyggelse ble oppført mer enn 20 år før vedtaket ble truffet og etter byggetillatelse. Det forelå ferdigattest for deler av bebyggelsen.

Lagmannsretten vurderte om vedtaket var ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil i form av uforsvarlig utredning og unnlatt begrunnelse. Lagmannsretten vurderte også om pålegget var uforholdsmessig. Forholdsmessighetsprinsippet følger av § 32-10 der det fremgår at sanksjoner ved ulovlighetsoppfølging skal "stå i rimelig forhold til ulovligheten". Videre viste retten til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) første tilleggsprotokoll artikkel 1 om inngrep i eiendomsretten, og understreker at forholdsmessighetsprinsippet står særlig sterkt ved statlige inngrep i fast eiendom.

Retten kom til at kommunen ikke hadde foretatt en forsvarlig utredning av saken og at begrunnelsen var mangelfull. Forholdsmessigheten av retting som reaksjon var heller ikke vurdert. Vedtaket ble opphevet som ugyldig etter forvaltningsloven § 41.

LG-2017-64254 – DOM I GULATING LAGMANNSRETT OM SPØRSMÅL OM VILKÅR I DISPENSASJON VAR UGYLDIGE

Saken gjaldt et leilighetskompleks i tre bygg i Bergen, som var oppført i strid med tillatt tomteutnyttelsesgrad etter kommuneplanens arealdel. Kommunen fattet vedtak om at deler av byggene måtte rives. Vedtakene ledet til flere

rettsprosesser. Parallelt med rettsprosessene søkte tiltakshaver kommunen om dispensasjon fra tillatt utnyttelsesgrad; målet var å få beholde de deler av byggene som var vedtatt å måtte rives.

Kommunen avsto søknaden, med unntak av den del som gjaldt heis- og trappehuset i bygg c. Flere naboer påklaget kommunens dispensasjonsvedtak, som ble oversendt Fylkesmannen for klagebehandling. Fylkesmannen stadfestet vedtaket, men stilte samtidig nærmere vilkår: ombyggingen måtte slutføres i løpet av det nærmeste året. Fylkesmannen viste til at det var nødvendig å avslutte saksbehandlingen, som kostet både det offentlige og de private parter store ressurser.

Tiltakshaver tok ut stevning med påstand om at fylkesmannens vedtak skulle kjennes ugyldig, og utvidet senere også påstanden til å gjelde andre vedtak fattet av kommunen. Tingretten avviste saksanlegget under henvisning til at kravene allerede var rettskraftig avgjort. Tiltakshaver anket, og lagmannsretten behandlet spørsmålet knyttet til gyldigheten av fylkesmannens vilkår. Lagmannsretten viste i denne forbindelse til den ulovfestede vilkårs læren, som angir at vilkåret må være saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig tyngende. Lagmannsretten fant etter en nærmere avveining at hensynet til å dempe konfliktnivået og få avsluttet saken, var et saklig hensyn. Ettersom tiltakshaver nå fikk beholde en adkomst som var i strid med kommunal plan, fant retten videre at fristen fylkesmannen hadde satt heller ikke kunne anses uforholdsmessig tyngende.

LG-2017-167458 – DOM I GULATING LAGMANNSRETT OM UFORSVARLIG REGULERING

Saken gjaldt krav om erstatning etter at en boligeiendom i 2004 ble omregulert til fremtidig næringsområde. Forutsetningene for omreguleringen, viste seg senere å ikke stemme ved at det ikke ble så mye støy fra ny godsterminal at det kunne kreves innløsning fra jernbaneverket, og heller ikke andre ønsket å innløse til næringsformål. Kommunen ga i 2013 opp et forsøk på å regulere eiendommen tilbake til boligformål etter at det kom innsigelser fra bl.a. Jernbaneverket. I tingretten ble kommunen frifunnet, men lagmannsretten kom til at det var uforsvarlig å regulere om eiendommen til industri når det var usikkert om noen ville ha behov for å bruke eiendommen til dette formålet. Innsigelse om at krav var foreldet, ført ikke frem. Lagmannsretten fant at de private parter ikke hadde tilstrekkelig grunn til å saksøke kommunen før tidligst et stykke ut i 2013.

ANSKAFFELSESRETT

LF-2015-187242 (EFTA-DOMSTOLEN SAK E-16/16) – VILKÅR FOR ERSTATNING

I sak mellom Fosen Linjen AS og AtB AS ba Frostating lagmannsrett om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen vedrørende blant annet krav til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Nucleus-dommen (Rt. 2001-1062), som i etterfølgende saker har fått tilslutning, oppstiller et krav om vesentlig feil (ansvarsgrunnlag) for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse, samt at det må foreligge kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at tilbyderer ville fått kontrakten om feilen ikke var begått (årsakssammenheng).

På spørsmålet om håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) var til hinder for at nasjonale regler oppstilte en vesentlighetsterskelen, uttalte EFTA domstolen at

”Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c [...]”

EFTA-domstolen konstaterer med dette at vesentlighetsterskelen fra Nucleus-dommen er for streng. Samtidig var ikke Håndhevelsesdirektivet til hinder for et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt (årsakssammenheng).

I dom avsagt 2. mars 2018 fastholder Frostating lagmannsrett vesentlighetsterskelen fra Nucleus-dommen med henvisning til at uttalelsen fra EFTA domstolen ikke fremstår som klart riktig. Dette til tross for at Høyesterett i Rt. 2013-258 la til grunn at det kreves særlige grunner for å fravike uttalelser fra EFTA-domstolen. Dommen er nå anket av begge parter til Høyesterett.

LG-2017-28938 - TOTALENTREPRISE, TOLKNING AV KRITERIUM, MIDLERTIDIG FORFØYNING

Saken gjaldt midlertidig forføyning i forbindelse med anbudskonkurranse om totalentreprisekontrakt for nytt sykehjem. Det springende punktet i saken var fortolkningen og anvendelsen av kvalitetskriteriet;

”Tilbudte prosjektleder/oppdragsansvarliges dokumenterte erfaring og kompetanse fra tilsvarende roller i sammenliknbare prosjekter”

Selskapet som ikke nådde opp i konkurransen, fikk medhold av tingretten i at ”tilsvarende roller” siktet

til rollen som entreprenørens prosjektleder med hovedvekt på erfaring fra gjennomføringsfasen (”nøkkelperson på byggeplass”).

Lagmannsretten mente at en slik fortolkning var for snever. Kriteriet pekte mot en sammensatt vurdering der ikke bare type rolle eller type prosjekt vil ha betydning. Ordlyden tilsa en bred vurdering av om prosjektet rollen ble utøvet i ”innebar at rollen kunne være lignende eller jevngrad i omfang/verdi” med den rollen som i det konkrete oppdraget skulle fylles. Rammene kommunen la til grunn for evalueringen var derfor ikke i strid med ordlyden. Anførsel om at kommunens vurdering var basert på feil faktisk grunnlag førte heller ikke frem.

KOFA SAK 2017/64 – EVALUERING AV KVALIFIKASJONSKRAV, USAKLIG FORSKJELLSBEHANDLING

I konkurranse om utførelsesentreprise for byggingen av gangbro, var et av kvalifikasjonskravene ”erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad”. Oppdragsgivers beslutning om å avvise tilbyder på grunnlag av manglende dokumentasjon av erfaring med peling ble påklaget.

Tilbyderens referanseprosjekter viste erfaring med pelearbeid fra likeverdige eller større prosjekter. Selve pelearbeidet var imidlertid i alle prosjektene utført av underleverandør. Tilbyderen hadde opplyst at pelearbeidene også i dette prosjektet skulle utføres av underleverandør.

Arbeidets art, og øvrige opplysninger i konkurransegrunnlaget, tilsa at pelearbeidet utgjorde en sentral del av entreprisen til tross for at det kun utgjorde en mindre del av kontraktens totale verdi. Siden underleverandørens erfaring ikke var dokumentert, konkluderte Nemnda med at avvisningen var lovlig. Underleverandørens erfaring var dokumentert i et annet av tilbudene, men dette kunne ikke vektlegges. Det kunne heller ikke legges til grunn at tilbyderen (NCC) som et av landets største entreprenørselskaper ble ansett å ha den nødvendige erfaringen med pelearbeider.

Valgte tilbyder hadde på sin side kun vist til ett referanseprosjekt som omfattet pelearbeid. Anførsel om usaklig forskjellsbehandling førte likevel ikke frem siden det ikke kunne utledes noe krav om at alle referanseprosjektene skulle dokumentere erfaring fra samtlige fagområder. Helheten i referanseprosjektene ble vektlagt, og Nemnda fant ikke grunn til å overprøve dette.

Valgte tilbyder kvalifiserte seg for pelearbeidene ved datterselskap, men var ikke forpliktet til å legge fram forpliktelseserklæring. Det var tilstrekkelig at morselskapet hadde selskapsrettslig instruksjonsrett over datterselskapet.

KOFA SAK 2018/172 – EVALUERING AV KVALIFIKASJONSKRAV OM ERFARING

Risør kommune kunngjorde konkurranse om rivningsarbeid, herunder rivning av bryggeanlegg med sjøbod. Ett av kvalifikasjonskravene oppstilte krav om

”erfaring fra tilsvarende anlegg de siste 5 årene. Med tilsvarende anlegg menes samme størrelse og kompleksitet”

Klager anførte at referansene som var gitt, knyttet seg til selskap med annet organisasjonsnummer, og dessuten at referansene ikke var tilstrekkelig for å oppfylle nevnte krav.

Nemnda la til grunn at erfaringene disse referansene representerte, fortsatt var i selskapet til tross for omorganisering. I vurderingen av hvorvidt tilbyders referanser oppfylte kravet, viste Nemnda til at ordlyden ”tilsvarende anlegg” tilsa at det måtte dokumenteres rivnings- og avfallshåndtering av samme størrelse og kompleksitet. Tilbyder hadde kun to rivningsreferanser, og begge disse referansene var om lag 20 % av anslått verdi på denne kontrakten. Nemnda kom følgelig til at kravet ikke kunne anses oppfylt.

KOFA SAK 2017-95 – ESPD-SKJEMA, SPØRSMÅL OM AVVISNING

I en konkurranse om rammeavtale for elektriker-tjenester og elektromateriell annullerte oppdragsgiver opprinnelig tildelingsbeslutningen, og avviste tilbyder. Begrunnelsen for avvisningen var at tilbyder ikke hadde levert ESPD-skjema i sitt tilbud (egenerklæringsskjema for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav). Oppdragsgiver hadde imidlertid før avvisningen etterspurt og mottatt skjemaet.

Nemnda viste til § 23-5 om adgangen til å supplere og ettersende dokumentasjon, og at det ikke ”prinsipielt er noe til hinder for ettersending av et ESPD-skjema, alene av den grunn at et slikt skjema manglet i leverandørens tilbud”. Det avgjørende er hvorvidt ettersendelsen kan skje i samsvar med kravet om likebehandling og gjennomsiktighet. I dette konkrete tilfellet skulle tilbyderne kun bekrefte økonomisk soliditet. Opplysning/bekreftelse om egen økonomiske soliditet var etter sin art objektivt konstaterbart. En etterfølgende bekreftelse kom derved ikke i konflikt med kravet om likebehandling og gjennomsiktighet.

Nemnda viste til at faktumet i denne saken her skilte seg fra EU-domstolens sak C-387/14 (Esaprojekt), hvor tilbyder gjennom ettersendt dokumentasjon baserte seg på erfaringen til en ny underleverandør. Dette ble av EU-domstolen ansett som en innholdsmessig og vesentlig endring av opprinnelig tilbud, som i realiteten ble ansett som et nytt tilbud.

KOFA SAK 2016/146 – TOLKNINGEN AV KVALIFIKASJONSKRAV – DRIVEMETODE TUNNEL

I februar 2017 avsa klagenemnda en avgjørelse vedrørende fortolkningen av kvalifikasjonskrav i forbindelse med anbudskonkurranse om byggingen av Tjernfjelltunnelen på rv. 77 i Saltdal. Klager hevdet seg urettmessig avvist fra konkurransen som følge av at de mente å oppfylle kvalifikasjonskravet om ”erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad”. Tunnelen skulle drives ved tradisjonell boring og sprengning, mens avvist tilbyder bare hadde dokumentert referanseprosjekter fra TBM-entrepriser.

Med utgangspunkt i hva en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville forstå, konkluderte Nemnda med at ordlyden i kravet tilsa at tilbyderen gjennom sine referanser måtte dokumentere erfaring med bygging av tunnel av sammenliknbar størrelse. Det kunne imidlertid ikke av ordlyden utledes et krav om erfaring med en spesifikk drivemetode slik oppdragsgiver hevdet. Et slikt krav var ikke forutberegnelig for en normalt påpasselig tilbyder. Det var følgelig ikke grunnlag for å avvise klager.



Ole Christian Hyggen

Partner
och@schjodt.no
m: +47 909 11 427



Erlend W. Holstrøm

Partner
ewh@schjodt.no
m: +47 911 32 417



Martin Støren

Partner
mast@schjodt.no
m: +47 926 30 137