



HR-2025-1098-A

"Hammerfest havn"

Advokatene Ignethe Caroline Aaby (Kvale Advokatfirma DA) og
Elisabeth Berge (Consto AS)

Agenda

- 1) Saksforholdet
- 2) Hurtigleksjon i anskaffelsesrett: avvisningsadgangen, "vesentlig avvik" og "absolutte krav"
- 3) Høyesteretts behandling
- 4) Rettstilstanden etter HR-2025-1098-A
- 5) Refleksjoner og avsluttende tips

1. Saksforholdet

Formelle domsfakta

- **Parter:** Consto Anlegg Nord AS mot Staten v/ Nærings- og fiskeridepartementet (Kystverket)
 - Prosessfullmektiger: Kjersti Holum Karlstrøm (SANDS) og Helge Røstum (Regjeringsadvokaten)
- **Partshjelp for Consto:** Maskinentreprenørens forbund (MEF)
 - Prosessfullmektig: Morten Goller (Wiersholm)
- **Tvistetema:** Avvik fra "absolutte krav" og "vesentlige avvik" i offentlig anskaffelse
- **Bakgrunn:**
 - Consto anførte at tilbudet fra valgt tilbyder (NCC) inneholdt et avvik fra et "absolutt krav", og at tilbudet derfor skulle vært avvist fra konkurransen.
 - Consto fremmet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse

Bakteppe: Anbudskonkurransen for prosjektet "Hammerfest Ren Havn"

- Samarbeidsprosjekt mellom Kystverket og Hammerfest kommune
- Kontraktsbestemmelser basert på **NS 8405 (utførelsesentreprise)**
- Kravspesifikasjon basert på **NS 3420**
- Kunngjøring av **åpen anbudskonkurranse** 1. september 2021
- Kontraktsverdi ca. 350 MNOK
 - **FOA del I og III**



Evalueringen og tildelingen av kontrakt

- Totalt tre tilbydere:
 - NCC Norge AS tildelt kontrakt
 - Consto AS rangert som nr. 2
 - Vest betong AS ble avvist



Nærmere om kravspesifikasjonen og kravet til katodisk beskyttelse

- **Teknisk kravspesifikasjon basert på NS 3420**
 - Et komplett system for å detaljbeskrive bygge- eller anleggsarbeid gjennom poster
 - Oppdragsgiver velger de aktuelle arbeidsoperasjonene
 - Entreprenøren skal som hovedregel kun prise postene
 - I denne saken:
 - Evalueringen av pris (70 %) var utelukkende basert på priset postbeskrivelse



Hammerfest kommune
KYSTVERKET Hámmerfeastta suohkan



Hammerfest Ren Havn

Hammerfest Ren Havn

06.07.2021

Sakens kjerne og opphavet til tvisten:

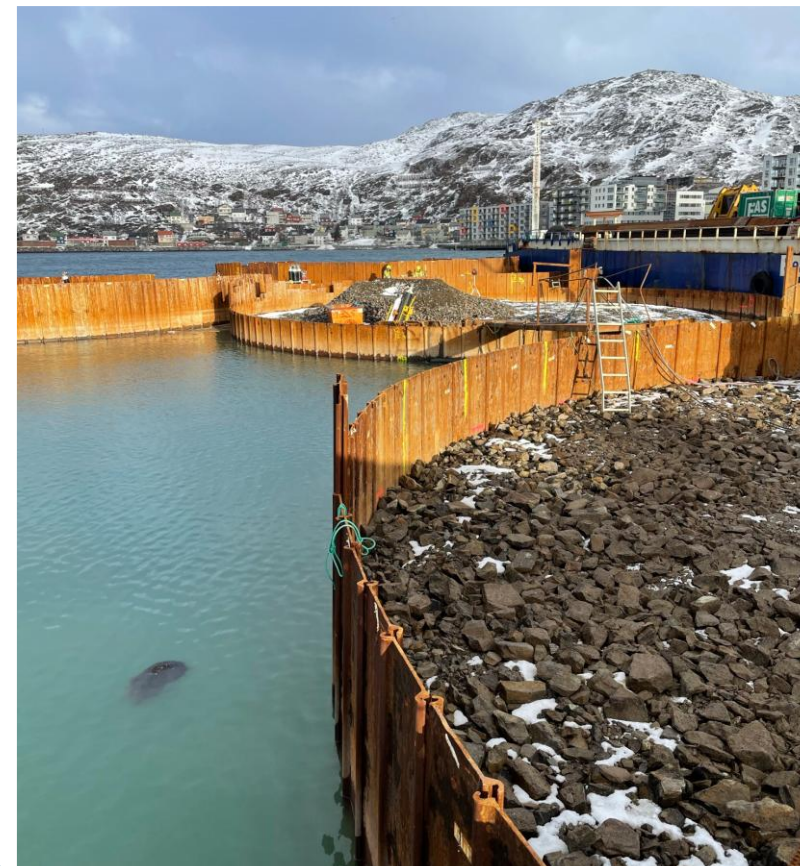
Postbeskrivelsen for katodisk beskyttelse

- Katodisk beskyttelse:
 - Rustbeskyttelse
 - Hindre at stålpunten korrelerer/ruster som følge av eksponering mot vann
 - To metoder: offeranoder eller påtrykt spenning

- NS 3420 P: NS 3420-P:2019

PR	Korrosjonsbeskyttelse	156
PR1	Forbehandling	158
PR2	Beskyttelse med fyllingsmaterialer	160
PR3	Katodisk beskyttelse	160
PR3.1	Katodisk beskyttelse med valgfri utførelse	161
PR3.3	Katodisk beskyttelse med offeranoder	161
PR3.4	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og manuell regulering	161
PR3.5	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og automatisk regulering	162

**Også kalt ICCP



Oppdragsgivers valg: katodisk beskyttelse med offeranoder

Del: C Spuntdeponi Sentrumskaia					
Postnr:::	NS-kode/Spesifikasjon	Enh.	Mengde	Pris	Sum
C-2.41	PR3.31A KATODISK BESKYTTELSE MED OFFERANODER Rund sum <i>Lokalisering:</i> Cellespunt og permanent profilspunt i nord og sør <i>Anodemateriale:</i> - <i>Anodenes levetid:</i> 25 år <i>Dimensjoner:</i> - <i>Andre krav:</i> 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 10201617-RIG-TEG-709 og -710 for illustrasjon. Anodene monteres utvendig spuntvegg. Entreprenør skal oppgi anodetype med vekt.	RS			

NS 3420-P:2019

PR	Korrosjonsbeskyttelse	156
PR1	Forbehandling	158
PR2	Beskyttelse med fyllingsmaterialer	160
PR3	Katodisk beskyttelse	160
PR3.1	Katodisk beskyttelse med valgfri utførelse	161
PR3.3	Katodisk beskyttelse med offeranoder	161
PR3.4	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og manuell regulering	161
PR3.5	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og automatisk regulering	162

NCCs tilbud:

Hammerfest Ren Havn

NS 3420-P:2019

Vedlagt følger tilbud fra NCC på ovennevnte entreprise hvor vi tilbyr arbeidene utført for:

Tilbudssum: 444.161.796,- inkl. mva.

I vårt tilbud har vi medtatt levering/montering av et komplett ICCP-anlegg (Impressed Current Cathodic Protection-system) i stedet for bruk av offeranoder.

PR	Korrosjonsbeskyttelse	156
PR1	Forbehandling	158
PR2	Beskyttelse med fyllingsmaterialer	160
PR3	Katodisk beskyttelse	160
PR3.1	Katodisk beskyttelse med valgfri utførelse	161
PR3.3	Katodisk beskyttelse med offeranoder	161
PR3.4	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og manuell regulering	161
PR3.5	Katodisk beskyttelse med påtrykt spenning og automatisk regulering	162

Constos reaksjoner:

"Detta e kødd,
sant?"

"Har nån mista vettet"

"Ka i faen?"

"Ka i svarte
har dei tenkt
me?"

"Ka e det her førr nåkka
piss?"

Veien frem til Høyesterett...

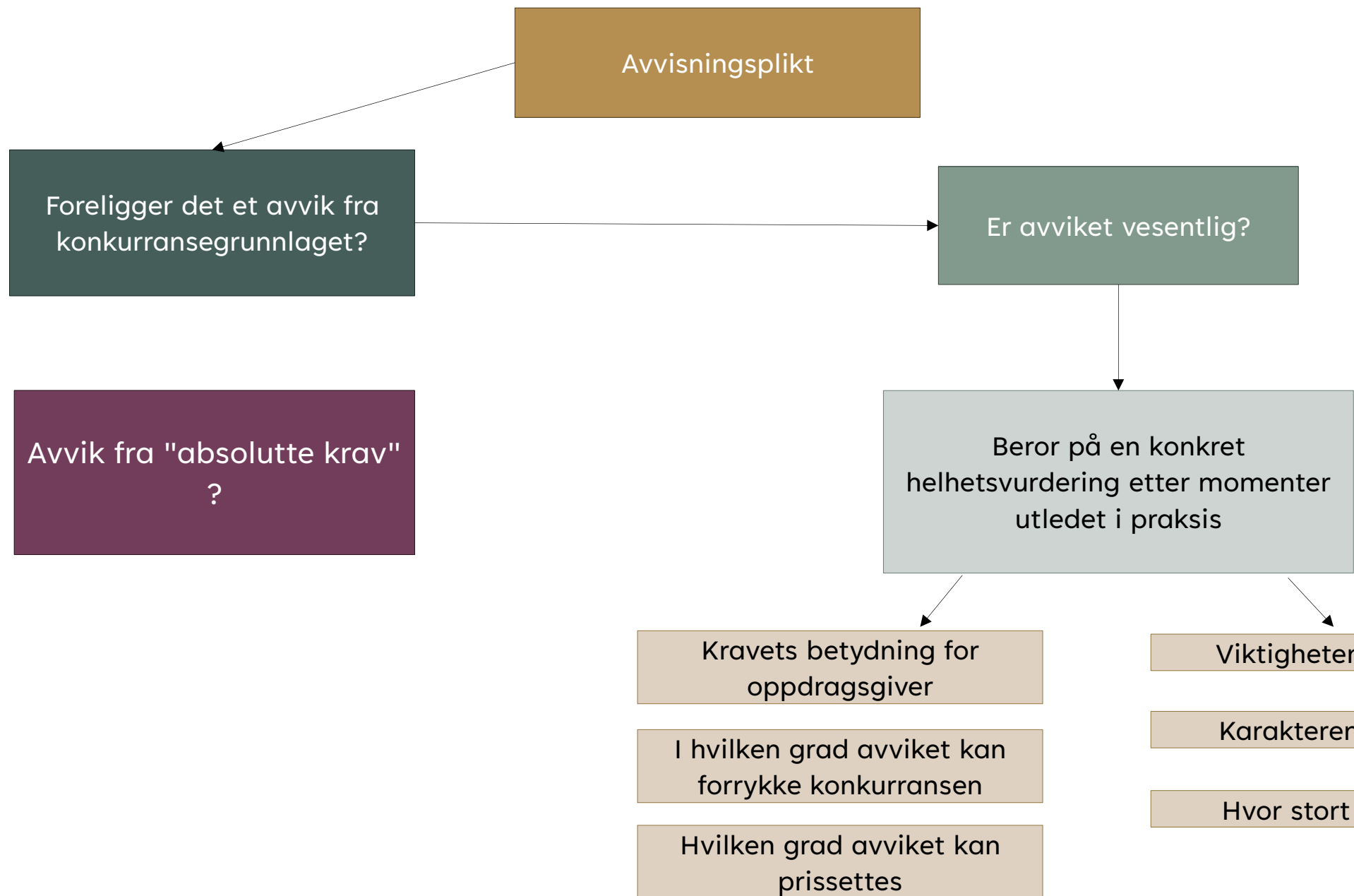
- Consto klaget på tildelingen
 - Kystverket avviste klagen
- Consto klaget til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)
 - KOFA kom til at NCCs tilbud inneholdt et "vesentlig avvik"
- Erstatningssøksmål for tingretten og anke til lagmannsretten:
 - Consto fikk ikke medhold i at NCCs tilbud inneholdt et "vesentlig avvik"

2. Rettslig bakteppe: Hurtigleksjon i anskaffelsesrett

Når har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbydere på grunn av forhold ved tilbudet?

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 24-8:

- Oppdragsgiver skal avvise tilbudet:
 - når tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- Oppdragsgiver kan avvise tilbudet:
 - når tilbudet inneholder avvik som ikke er ubetydelige.
- Oppdragsgiver kan ikke avvise tilbudet:
 - når tilbudet inneholder avvik som må anses som ubetydelige.



Avvik fra "absolutte krav"
?

Nærmere om "absolutte krav"

- Ingen definisjon av begrepet i FOA
 - Fra departementets veileder: *"Absolutte krav er krav som det er obligatorisk for tilbudet å oppfylle for å kunne bli bedømt i konkurransen"*
- Begrepet "absolutte krav" blir benyttet tre steder i FOA:
 - § 14-1 tredje ledd:

(3) Konkurranses grunnlaget skal inneholde følgende opplysninger, med mindre de allerede er tilstrekkelig beskrevet i kunngjøringen:

 - a. hva som skal anskaffes, inkludert eventuelle kravspesifikasjoner og merkekrav, jf. [kapittel 15](#), og absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle
 - § 23-4 tredje ledd:

(3) Oppdragsgiveren skal angi hvilke absolutte krav de alternative tilbudene skal oppfylle, og eventuelle særlige krav som gjelder for utformingen av de alternative tilbudene, i anskaffelsesdokumentene.
 - § 23-7 andre ledd:

(2) Oppdragsgiveren skal forhandle med alle leverandørene, med mindre han reduserer antallet tilbud som det forhandles om, jf. [§ 23-11](#). Forhandlingene kan gjelde alle sider ved tilbudet. Det er ikke tillatt å forhandle om tildelingskriteriene og absolutte krav.

"Absolutte krav" forts.

Typetilfeller:

Angitt at krav er "absolutt" og
brudd medfører avvisning

Angitt at krav er "absolutt"

Angitt at krav er "obligatoriske
krav", "minimumskrav", "A-, B-, C-
krav" eller "må"-krav

Ikke er angitt uttrykkelig at det er
et "absolutt krav", men hvor det
må fortas en konkret tolkning

Vilkårsiden
(Hvis...)

Oppdragsgiver må klart
og utvetydig ha uttrykt
at kravet er "absolutt"

eller

En rimelig opplyst og
normalt påpasselig
tilbyder vil oppfatte
kravet som "absolutt"

Rettsvirkningssiden
(Så...)

Avvik vil alltid anses
som et "vesentlig avvik"
og gir en ubetinget
avvisningsplikt

eller

Brudd på "absolutte
krav" senker terskelen
for at avviket skal anses
som "vesentlig"

3. Høyesteretts behandling

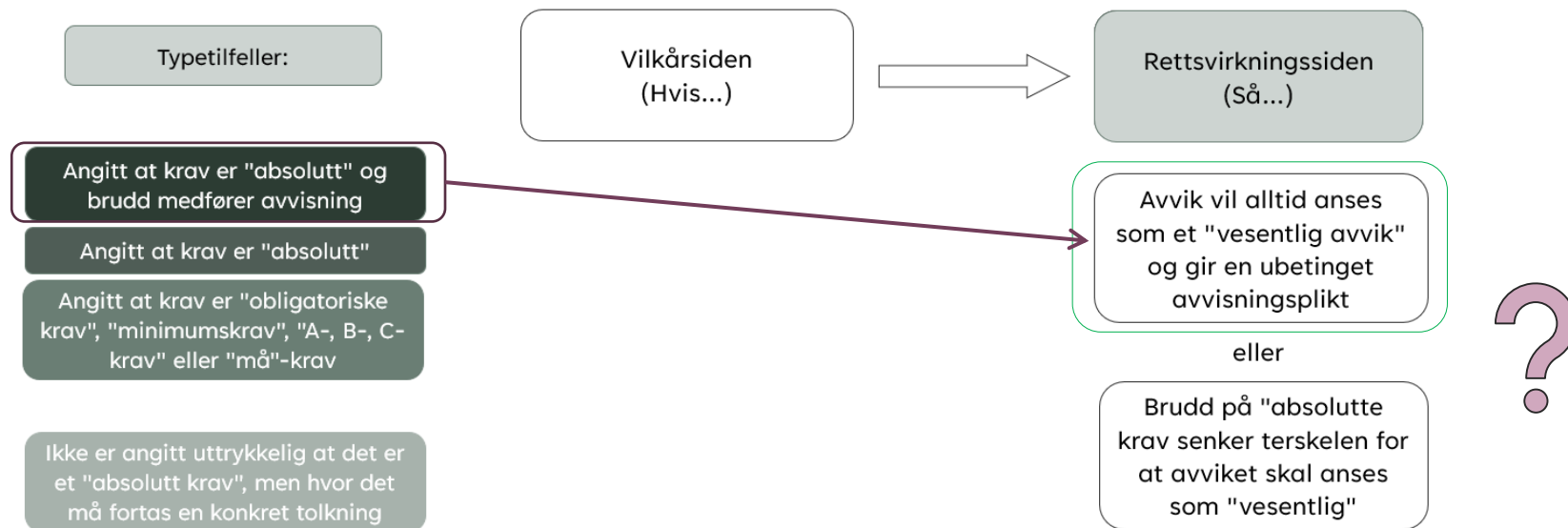
3. Høyesteretts behandling

- Høyesterett skulle ta stilling til:
 - 1) Gir brudd på "absolutte krav" en ubetinget avvisningsplikt?
 - 2) Utgjør beskrevne krav i en kravspesifikasjon basert på NS 3420 "absolutt krav"?
- Avgrensningen av anken for Høyesterett:
 - Dersom kravet om offeranoder ikke var "absolutt", frafalte Consto anførselen om at avviket var "vesentlig"



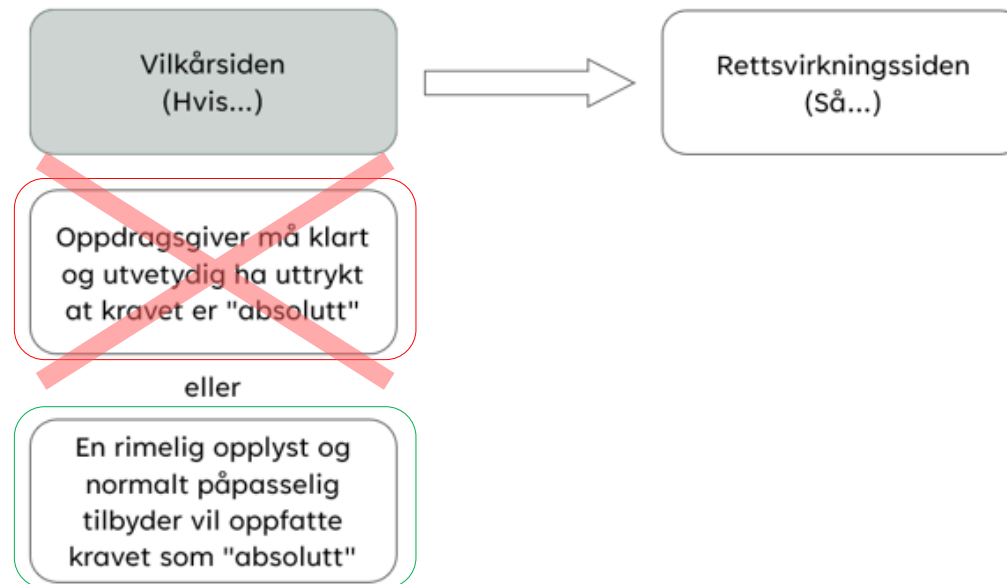
Uttalelser om virkningen av avvik fra "absolutte krav"

- Begge parter ba Høyesterett om å avklare virkningen av avvik fra "absolutte krav"



- (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.

Hvilket tolkningsprinsipp skal legges til grunn ved vurderingen av om et krav er "absolutt"?



- (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 **kravspesifikasjoner** og **NS 3420** ved vurderingen av "absolutte krav"

MEF:

Tekniske kravspesifikasjoner skal alltid anses som "absolutte krav".

Consto:

Ved bruk av **standarder som NS 3420** skapes det klare forventninger hos leverandør markedet om at standardene, og systemet, som standarden bygger på, vil bli fulgt.

Kystverket:

Det er ikke rettslig grunnlag for en regel om at alle krav basert på en standard som NS 3420 eller kravsspesifikasjoner generelt, i utgangspunktet er "absolutte".

Betydningen av kravspesifikasjoner og NS 3420 ved vurderingen av "absolutte krav" forts.

- Avsnitt 54-63: Gjennomgang av 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 >.

- Avsnitt 64-80: Gjennomgang av EU/EØS-retten
 - Avviser relevans og Constos tolkning av EU-praksis
- Avsnitt 81-82: konklusjon

(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 tilbyderen. 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 tilbyderen 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.

Høyesteretts vurdering: var katodisk beskyttelse med offeranoder et "absolutt krav"?

- Fra avsnitt 83 foretar Høyesterett en konkret tolkning om av postbeskrivelsen i C2.41 var et "absolutt krav":

- (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 >.
- (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:
- (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.

Del: C Spuntdeponi Sentrumskaia	
Postnr:::	NS-kode/Spesifikasjon
C-2.41	PR3.31A KATODISK BESKYTTELSE MED OFFERANODER Rund sum <i>Lokalisering:</i> Cellespunt og permanent profilspunt i nord og sør <i>Anodemateriale:</i> - <i>Anodenes levetid:</i> 25 år <i>Dimensjoner:</i> - <i>Andre krav:</i> 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 10201617-RIG-TEG-709 og -710 for illustrasjon. Anodene monteres utvendig spuntvegg. Entreprenør skal oppgi anodetype med vekt.

Constos anførsler: var katodisk beskyttelse med offeranoder et "absolutt krav"?

1

- Når oppdragsgiver har valgt en metode for utførelsen, og at den ikke skal være valgfri, vil normaltilbyderen forstå det slik at kravet er "absolutt".

2

- Det var en utførelsesentreprise basert på NS 8405, hvor Kystverket hadde prosjektert arbeidene og hadde prosjekteringsrisikoen.
- Tilbyderne har følgelig ikke samme forutsetning til å endre prosjektert løsning.

3

- Det følger av veilederen til NS 3420 punkt 3 at tilbudsgiverne «må» følge de løsningene som er beskrevet i kravspesifikasjonen basert på NS 3420.

Høyesteretts vurdering: var katodisk beskyttelse med offeranoder et "absolutt krav"?

- Høyesterett:

(95) Dette kan ikke føre frem.

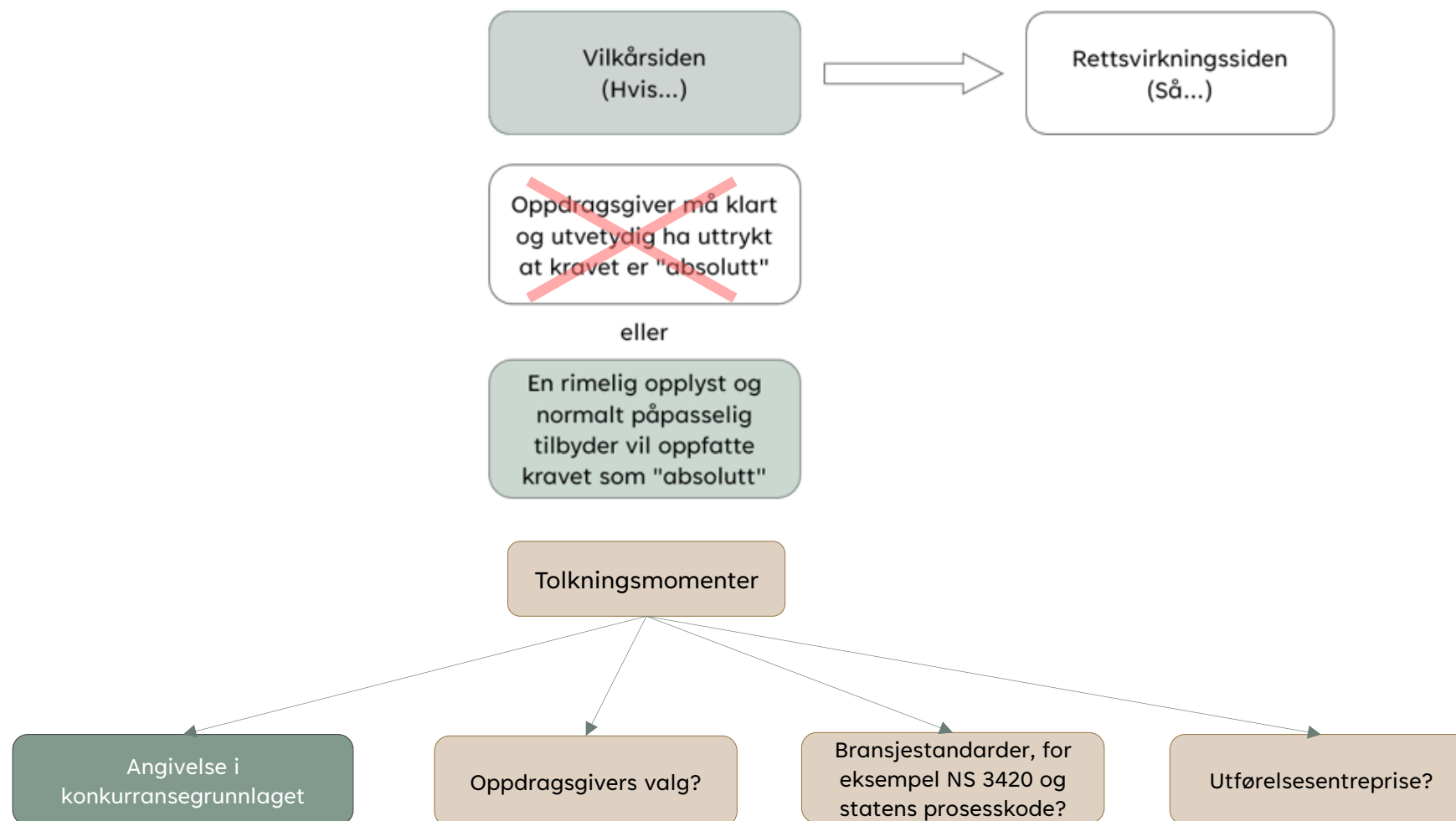
(96) Jeg viser først til det jeg allerede har sagt om at ikke ethvert brudd på kravspesifikasjoner utgjør et vesentlig avvik som medfører avisningsplikt. Dette gjelder også for kravspesifikasjoner basert på NS 3420 eller andre standarder.

(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 avisningsplikt ved avvik av hver og en av alle postene i kravspesifikasjonen.

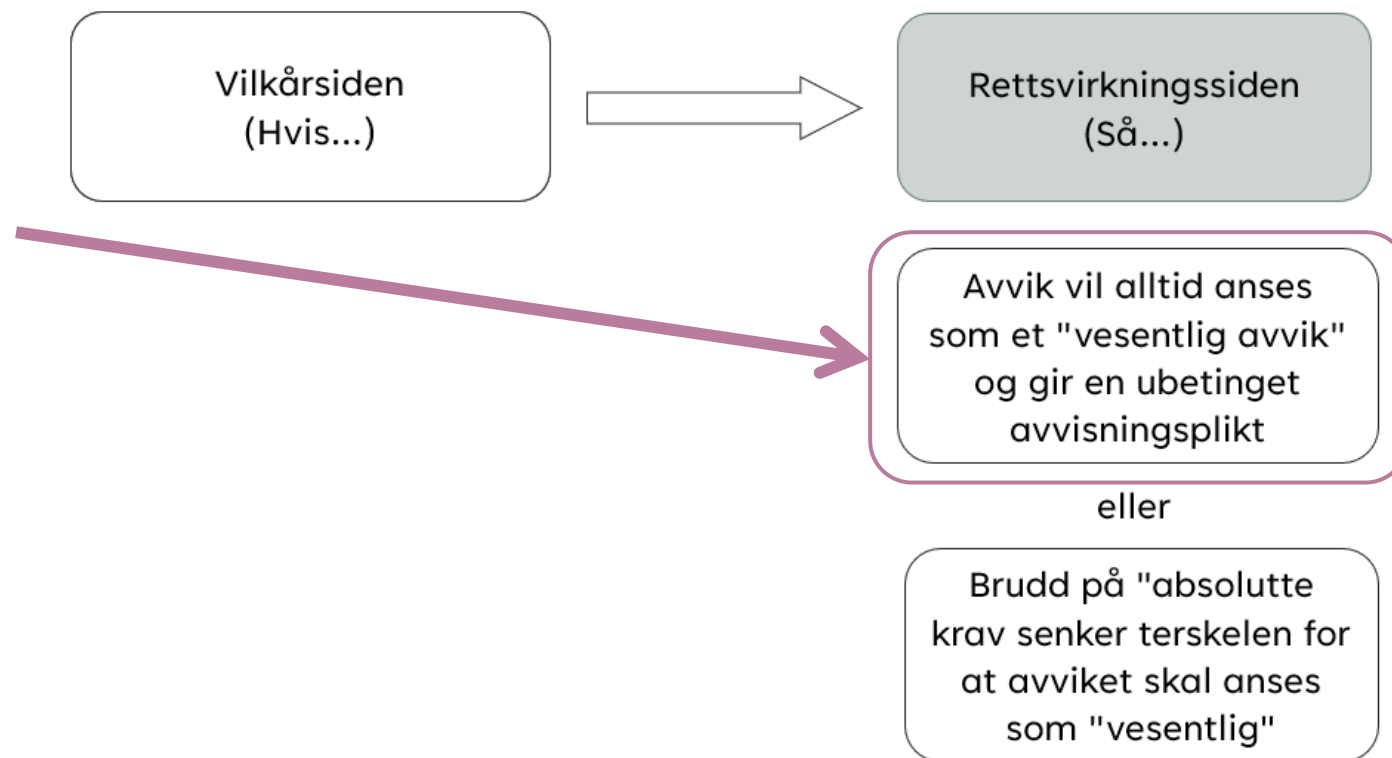
(98) Jeg kan derfor ikke se at bruken av en utførelsesentreprise som NS 8405, basert på kravspesifikasjoner utarbeidet i tråd med NS 3420, gjør at en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ville legge til grunn at kravspesifikasjonen utgjør absolutte krav . Det gjelder også posten knyttet til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

4. Rettstilstanden etter HR-2025-1098-A

Hva skal til for at krav anses som et "absolutt krav"?



Hva er konsekvensen av brudd på et "absolutt krav"?



5. Refleksjoner og avsluttende tips

Hvilken betydning får dommen for aktørene i bransjen?

- Vil man se en økning i antall tilbydere som vil tilby egne løsninger?
- Vil det bli større risiko for favorisering?
- Vil systemet bak NS 3420 undergraves?
- Hva med forholdet til de øvrige bestemmelsene i anskaffelsesregelverket?
 - Oppdragsgiver kan foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige før tilbudsfristen utløp, jf. § 14-2 (1)
 - Forbud mot vesentlig endring i kontrakt, jf. §§ 28-1 (1)(f), jf. § 28-2



Avsluttende tips

Tilbydere:

- Kartlegg tidlig om det er krav som eksplisitt eller etter en naturlig objektiv tolkning fremstår som "absolutt"
- Dersom man er i tvil om et krav er "absolutt"
 - Still oppdragsgiver spørsmål i forkant av tilbudsfristen

Oppdragsgivere:

- Inngi en presis angivelse av krav i kravspesifikasjonen
 - Skriv eksplisitt hvilke krav som er absolutte, og at det vil medføre avvisning
 - Konsekvent begrepsbruk – bruk forskriftens begreper
 - Understrek dersom det er ingen absolutte krav.

Takk for oss!



Ignethe Caroline Aaby

Advokat i Kvale Advokatfirma DA

ignaab@kvale.no

908 063 24



Elisabeth Berge

Advokat i Consto AS

elisabeth.berge@consto.no

412 08 808