



## ØSTRE INNLANDET TINGRETT

### DOM OG KJENNELSE

---

**Avsagt:** 08.12.2023 i Østre Innlandet tingrett,  
**Saksnr.:** 23-007757TVI-TOIN/TELV  
**Dommer:** Tingrettsdommer Bjørn Erik Serkland  
**Saken gjelder:** Krav om å sette til side beslutning om å inngå kontrakt.

---

Arne Tøråsen AS

Advokat Beate Vesterås

**mot**

Trysil kommune

Advokat Marianne Høstmark Dragsten

---

## KJENNELSE OG DOM

Saken gjelder krav om å sette til side beslutning om å inngå kontakt om bygging av barnehage i forbindelse med offentlig anskaffelse.

Tingretten skal både ta stilling til krav om midlertidig forføyning og søksmål i saken.

Saksøker, Arne Tøråsen AS (Tøråsen), har fremmet midlertidig forføyning om at saksøkte, Trysil kommune, pålegges å avstå fra å signere kontrakt med Skanska Husfabrikk AS (Skanska) inntil spørsmålet om anskaffelsesregelverket er brutt er rettskraftig avgjort ved domstolene.

Søksmålet i hovedsaken gjelder krav om at Trysil kommunes beslutning av 21. november 2022 om å tildele kontrakt i totalentreprise til Skanska om ny sentrumsbarnehage settes til side.

### 1. Sakens bakgrunn

Den nye sentrumsbarnehagen skal erstatte Nysted barnehage og Østmojordet barnehage i Trysil kommune.

Som en del av forprosjektet fikk kommunen arkitekt Eilert Gabrielsen til å utarbeide en enkel skisse for barnehagen basert på definerte behov i november 2021. Denne skissen ble ikke gjort til en del av konkurransegrunnlaget, og var derfor kun et internt hjelpedokument for kommunen.

Gjennomføringen av konkurransen ble tilrettelagt av Abakus AS på vegne av Trysil kommune. Abakus er et interkommunalt selskap eid av Engerdal, Trysil, Stor-Elvdal, Åmot, Alvdal, Folldal, Os, Rendalen, Tolga, Tynset, Røros, Elverum, Frøya, Orkland og Rindal kommuner.

Sweco Norge AS ble engasjert av kommunen til å være prosessleder for totalentreprise med samspill. Sweco utarbeidet nødvendige behovsbeskrivelser. Konkurransegrunnlaget ble utarbeidet av Abakus og Sweco, etter innspill fra kommunen.

Ola Øyen, hos Silvinova AS, ble engasjert av kommunen for å oppnå kompetanse innenfor oppføring av bygninger med massivt heltre.

Det ble etablert en egen prosjektgruppe som skulle stå for gjennomføringen av anskaffelsen og som skulle foreta evalueringen. Prosjektgruppen bestod av åtte personer. Dette var Ole Petter Blestad (prosjektleder Trysil kommune), Reidun Østby

(barnehagebestyrer Trysil kommune), Berit Helen Haget (barnehagesjef Trysil kommune), Ståle Elgshøen (Eiendomssjef Trysil kommune), Richard Olsen (Sweco), Ola Øyen (Silvinova AS), Bjarne Skarpmo (Abakus) og Svend Hoff Johnstad (Abakus).

Trysil kommune kunngjorde den 14. februar 2022 konkurranse med forhandling for anskaffelse av ny sentrumsbarnehage i Trysil. Tilbudsfristen var 19. september 2022

I konkurransegrunnlaget fremgår det at konkurransen skulle gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser del I og III. Reglene om konkurranse med forhandling ble gitt anvendelse, jf. § 13-1 andre ledd.

Ifølge konkurransegrunnlaget var anskaffelsen en totalentreprise etter NS 8407:2011 med samspillsfase etter endt konkurranse. I punkt 2.1 fremgår følgende om formålet med anskaffelsen:

«Oppdragsgiver nevnt i punkt 1 har til hensikt å inngå avtale med totalentreprenør om oppføring av ny sentrumsbarnehage

Formålet med anskaffelsen er å dekke oppdragsgivers behov for prosjektering og oppføring av ny sentrumsbarnehage i Trysil, etter foreliggende kravspesifikasjon/behovsbeskrivelse i konkurransen. Totalentreprenøren skal bidra aktivt med gode løsninger gjennom samspillsfase.

Leverandøren skal bruke sin fagkunnskap og kompetanse for å bidra til at kontraktens formål blir ivaretatt.»

I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 angis tildelingskriteriene:

#### «4.2. TILDELINGSKRITERIER

Valg av leverandører bestemmes ut ifra det beste forholdet mellom pris og kvalitet, vurdert ut fra følgende kriterier med vektning i parentes.

##### 4.2.1. PRISER (60 %)

Prisene skal oppgis i henhold til beskrivelsene i punkt 3.6.2 eksklusive merverdiavgift og inneholde alle relevante kostnader og avgifter for å utføre oppdraget. Alle kostnader som ikke er oppgitt eller spesifisert, anses som inkludert.

##### 4.2.2. EGNETHET FOR TILBUDT LØSNING (40 %)

Det er viktig for oppdragsgiver at tilbyder kan presentere en godt egnet løsning for de behov bygget skal tilfredsstillere. Oppdragsgiver vil evaluere de tilbudte løsningsforslagene, for å finne den løsningen som passer best.

Oppdragsgiver vil vurdere følgende sider ved tilbudt løsning:

- Byggets praktiske utforming i forhold til barnehagevirksomhetens behov og utnyttelse av bygget.
- Arealutnyttelse av både tomten og byggets arealer

- Byggets estetikk
- Energieffektivitet utover krav stilt til bygget»

I bok 0, generelle bestemmelser, punkt 1.4.2 fremkommer følgende:

«Totalentreprenøren skal utvikle et prosjekt i henhold til de beskrevne krav, TEK og andre gjeldende krav for bygging av en ny og moderne barnehage.»

Kravspesifikasjonen, bok 2, angir følgende:

## «1.0 BYGGETS UTFORMING OG PLASSERING

### 1.01 Byggets hovedform

Størrelse og kapasitet:

Det skal prosjekteres og tilbys en barnehage for 100 barn og 30 til 35 ansatte.

Nybygget skal erstatte 2 eksisterende barnehager, Østmojordet og Nysted som i dag til sammen har 35 ansatte pluss renholder og vaktmester.

Det er benyttet erfaringstall fra andre barnehageprosjekt som tilsier 10 m<sup>2</sup> pr. barn BRA (bruksareal). Dette gir 1000 m<sup>2</sup>. Det legges inn en reserve på 10% som gir BRA på 1100 m<sup>2</sup>.

Bruttoarealet BTA blir da trolig 1300-1400 m<sup>2</sup>, men dette er det opp til tilbyderne å optimalisere.

Det skal være en 6-avdelings barnehage med 3 innganger til avdelingene der to avdelinger deler felles grovgarderobe. Alle avdelinger skal ligge på hovedplanet plan 1.

Det skal være egen personalinngang som kan være felles med adkomsten til administrasjonsdelen. Personal og administrasjonsdelen anbefales lagt i plan 2.

### 1.02 Tomten

Det er vedlagt kart som viser tomten som i dag disponeres av Østmojordet barnehage samt et tilleggsareal der den nye barnehagen planlegges.

Begge disse arealene blir tomten for det nye barnehageprosjektet når nybygget flyttes inn og Østmojordet barnehage rives.

Det skal legges til rette for at foreldre leverer og henter barna med bil.

Det må også være tilstrekkelig antall parkeringsplasser (25-30) for ansatte samt overbygd sykkelparkering.

Forutsetningene som legges til grunn er at barnehagen bygges i 2 plan der plan 2 får direkte adkomst fra hovedvegen og at det på dette planet bygges noe parkering for ansatte, sykkelparkering og tilrettelegges for varelevering.

På plan 1 planlegges parkering for foreldre og levering/henting av barn og resten av ansatteparkering som en utvidelse av eksisterende parkeringsplass.

På parkeringsplassen for de ansatte skal det etableres 4 betalingsladepunkt for EL-bil.»

I kravspesifikasjonen punkt 2.00 gis opplysninger om funksjons- og arealprogram.

I punkt 2.01 angis de generelle kravene:

### «2.01 Generelle krav

- Det må legges til rette for helhet og sammenheng i de fysiske omgivelsene som

omfatter både arealet ute og inne.

- Fleksible løsninger.
- Tilrettelegge for at barn får mulighet til medvirkning/deltakelse, lek og læring.
- Være en attraktiv, god og tilrettelagt arbeidsplass for ansatte, og en god, tilrettelagt og attraktiv barnehage for alle barn med foreldre uavhengig av funksjonsnivå.
- Fokus på kvalitet, arealeffektivitet og kostnad, også fremtidige driftskostnader.

Barnehagen skal prosjekteres i henhold til gjeldende veiledere fra Kunnskapsdepartementet, lover og forskrifter samt miljørettet helsevern og arbeidsmiljøloven.»

Kravspesifikasjonen punkt 2.02 inneholder et detaljert arealprogram med egen tabell for administrasjonsdel, fellesrom, avdeling for små barn og avdeling for store barn.

I radene angis romtypene som skal inngå i hver del. I kolonnene gis opplysninger om antall personer, areal pr. rom, antall rom, totalt areal, hvilke rom som krever egen inngang i plan 2 og diverse opplysninger. Det er angitt totalt nettoareal på 1309 kvadratmeter, bruttoareal på 1636 kvadratmeter og brutto/netto-faktor på 1,25.

I kravspesifikasjonen punkt 2.03 til 2.22 fremgår ytterligere spesifikasjoner for de ulike romtypene.

Ola Øyen utarbeidet kravspesifikasjonen pkt. 4.00 om bruk av tre/massivtre.

Kommunen mottok tre søknader om å delta i konkurransen. Leverandørene Arne Tøråsen AS, Skanska Husfabrikken AS og Peab AS ble prekvalifisert med invitasjon til å inngi tilbud.

Det ble holdt tilbudsbeifaring 28. mars 2022. Til stede for byggherre var blant annet prosjektleder Ole Petter Blestad, barnehagesjef Berit Helen Haget i Trysil kommune og sivilingeniør Richard Olsen i Sweco, og representanter fra de tre leverandørene.

Av referatet fra beifaringen fremgår blant annet følgende:

«...Da dette er en totalentreprise med samspill og tilbyderne blir honorert for å utarbeide prosjektløsning er det viktig at tilbyderne gjør et grundig forprosjekt og klart presenterer sine løsninger i tilbudene. Tydelige og gjennomarbeidede tilbud vil kunne forkorte samspillsfasen.

Det er ikke gitt noen grundig beskrivelse av prosjektet, men heller stilt krav og lagt ved behovsbeskrivelser. Dette er ment for at tilbyderne skal kunne presentere sine løsninger.

Det er ønskelig med lavest mulige drifts- og vedlikeholdskostnader for den nye barnehagen. Tilbyderne bes ta hensyn til dette i sine løsningsforslag, og beskrive hvilke besparelser på vedlikehold deres løsning vil gi.

(...)

Bygningen skal bygges i massivtre (bærekonstruksjoner). Dette er blant annet for å sikre et godt inn klima og redusere energibehovet. Tilbyderne bes ta hensyn til dette i vurdering av antall energibrønner mv.

(...)

Romplanen er veiledende. Det er allikevel ønskelig at fellesrom ikke legges opp som gjennomfartsårer...»

Samtlige av de tre leverandørene innga tilbud innen fristen. Skanskas opprinnelige tilbud er datert 15. september 2022 og tilbudet fra Tøråsen er datert 18. september 2022.

Tøråsen benyttet Nord Arkitektur AS, ved Eilert Gabrielsen, som sin arkitekt i forbindelse med inngivelse av tilbudet.

Etter dette ble det avholdt et møte mellom kommunes representanter og Sweco på Hamar den 21. september 2022. Formålet med møtet var en foreløpig felles gjennomgang av tilbudene, herunder for å vurdere om det forelå mangler ved tilbudene. Tøråsen hadde glemt å sende med utomhusplan, men fikk anledning til å ettersende denne. Det foreligger referat fra møtet.

Etter dette ble skissene fra de tre tilbyderne, i anonymisert form, oversendt til arbeidsmiljøgruppen ved Nysted og Østmojordet og barnehager. I arbeidsmiljøgruppen ble det avholdt et møte den 29. september 2022. I referatet fra møtet fremkommer blant annet følgende:

«Skissene ble først gjennomgått og vurdert hver for seg. Til slutt ble det konkludert med hvilket alternativ de ansattes representanter opplevde som det beste. Dette er kun basert på de forelagte skisser

(...)

#### **Konklusjon:**

Arbeidsmiljøgruppene liker best alternativ C pga. «ryddighet» og god organisering. Mulighet for å lukke dører til «vringleareal» ble sett på som svært positivt. Plassering på tomte gir en god utnyttelse av arealet og det er bra at lekearealet ute ikke omgir hele huset. Det er likevel ønskelig med bedre garderobeplass til barna og annen romløsning i personalavdelingen, slik at garderobene flyttes nærmere inngangen. Samtidig er det viktig å ikke rokkere på plassering av styrers og nestleders kontorer.»

Det er Skanska som innga tilbud C.

Deretter ble det avholdt forhandlingsmøter med hver av de tre tilbyderne. Trysil kommune v/ prosjektgruppen kom med ulike tilbakemeldinger til de tre tilbyderne, særlig basert på innspillene fra arbeidsmiljøgruppen.

Forhandlingsmøte med Skanska ble avholdt den 20. oktober 2022 og med Tøråsen den 21. oktober 2022. Forut for hvert forhandlingsmøte hadde prosjektgruppen et forberedende møte. Det er ble ført referater fra forhandlingsmøtene.

I referatet fra forhandlingsmøtet med Tøråsen fremkommer blant annet følgende om konkurransesituasjonen:

«Det er konkurranse. Arne Tøråsen er ikke eneste tilbyder. Tilbudt løsning er arealmessig større enn angitt, og oppdragsgiver informerer om at størrelse på areal og pris henger sammen i tilbudene som er inngitt. Tilbyder kan styrke sin konkurranseposisjon ved å gjennomgå inngitt pris og løsning på nytt og se eventuelle besparelser som kan gjøres innenfor de rammer som er gitt...»

Etter forhandlingsmøtene innga de tre tilbyderne reviderte tilbud. Skanska innga revidert tilbud den 9. november 2022 og Tøråsen den 14. november 2022.

Deretter foretok prosjektgruppen en evaluering av de tre tilbudene.

Kommunen orienterte i brev av 21. november 2022 om at kontrakt ville bli tildelt Skanska.

For tildelingskriteriet pris (60 prosent) ble det gitt følgende oversikt over innkomne priser:

**«Priser (60%)**

<b>Arne Tøråsen AS</b>	<b>Peab AS</b>	<b>Skanska Husfabrikken AS</b>
69 457 144	82 170 143	60 879 127»

For tildelingskriteriet egnethet for tilbudt løsning (40 prosent) ble det gitt følgende poengfordeling:

<b>«Arne Tøråsen AS</b>	<b>Peab AS</b>	<b>Skanska Husfabrikken AS</b>
2,45	2,4	3»

Vedlagt brevet fulgte evalueringsmatrise for omregning av pris ut ifra «avvik fra summen av tildelingskriterier utenom pris». Poengskalaen for egnethet var 0 til 3. Det vises til konkurransegrunnlaget pkt. 5.2 der denne evalueringsprosedyren er beskrevet.

Ifølge matrisen fikk Tøråsen 2,625 poeng for egnethet, som etter omregning ga en pris på 75 245 239 kroner. Peab fikk 2,575 poeng og en omregnet pris på 89 930 65760 kroner.

Skanska fikk 3 poeng og beholdt opprinnelig tilbudspris. Kommunen har opplyst at det ble benyttet feil tall i denne matrisen, og at korrekt poeng for Tøråsen er 2,45 og for Peab 2,375, uten at dette er avgjørende for rangeringen av tilbudene.

Det foreligger et evalueringsskjema med beskrivelse av evalueringen, som gir grunnlag for poengfastsettelsen basert på tildelingskriteriene. Dette gjelder i forhold til byggets praktiske utforming, arealutnyttelse, byttets estetikk, energieffektivitet.

Karensperioden i tildelingsbeslutningen ble satt til 5. desember 2022.

Peab klaget på tildelingen og anførte at Skanska hadde benyttet for lite massivt treverk. Etter svar fra kommunen forfulgte ikke Peab saken videre.

Tøråsen klaget på tildelingen i brev av 13. desember 2022. Det ble anført at Skanskas tilbud skulle vært avvist fordi det ikke oppfylte arealprogrammet i kravspesifikasjonene og var i strid med TEK 17, arbeidsmiljøloven og barnehagenormen. Vedlagt fulgte begrunnelse av 12. desember 2022 fra daglig leder Eilert Gabrielsen i Nord Arkitektur AS.

Kommunen avslo klagen 22. desember 2022. Det ble fastholdt at det var gjort en korrekt og lovmessig vurdering av kvalifikasjonene, og at det ikke var grunnlag for å avvise Skanska.

Tøråsen fastholdt klagen i brev av 4. januar 2023, med vedlagt redegjørelse fra Gabrielsen.

Kommunen fastholdt i brev av 10. januar 2023 sitt tidligere standpunkt.

Karensperioden ble utvidet flere ganger, senest til 16. januar 2023.

Tøråsen begjærte midlertidig forføyning den 15. januar 2023. Muntlige forhandlinger ble avholdt den 16. og 17. februar 2023. Tingretten ga Tøråsen medhold i begjæring om midlertidig forføyning om at kontrakt ikke skulle inngås før tingretten hadde avsagt dom i saken. Eidsivating lagmannsrett opphevet tingrettenes kjennelse den 19. mai 2023. Dette ble videre anket til Høyesterett, som nektet å fremme anken.

Stevning i hovedsaken ble tatt ut av Tøråsen den 14. april 2023. Trysil kommune innga tilsvar den 8. mai 2023.

Planleggingsmøte ble avholdt den 26. mai 2023. Det ble besluttet at hovedsaken og midlertidig forføyning skulle forenes til felles behandling under hovedforhandling som ble berammet fra 8. til 11. august 2023. Denne hovedforhandlingen ble utsatt på grunn av sykdom.



Hovedforhandling i saken ble avholdt fra 14. til 17. november 2023 i tinghuset i Elverum. Det ble avgitt partsforklaringer, og i tillegg ført 11 vitner i retten. Det ble foretatt slik dokumentasjon som fremkommer av rettsboka.

## **2. Saksøkeren, Arne Tøråsen AS, har gjort gjeldende følgende:**

Likebehandlingsprinsippet er ikke ivaretatt. Det anføres at kommunen har brutt grunnleggende prinsipper om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i tildelingsfasen.

Kommunen har ikke sikret lik informasjon om grunnlaget for konkurransen til samtlige tilbydere i strid med FOA § 14-2

Kommunens feil har fått innvirkning på tildelingen, både ved forhandlingene og ved evalueringen av tilbudene

Kommunen har tatt utenforliggende hensyn i konkurransen.

Kommunen har ikke opplyst at arealprogrammet er veiledende til tross for direkte spørsmål fra en tilbyder. Det er ikke opplyst i konkurransedokumentene, i møtoreferat eller på annen måte noe som skulle tilsi at kommunen her ment at arealprogrammet var veiledende. To av tre tilbydere har forholdt seg til arealprogrammet. Kommunens standpunkt ble først kjent for Tøråsen etter beslutningen om tildeling.

Arealprogrammet setter rammene for prosjektet. Arealprogrammet er etter flere revisjoner gjennomarbeidet av kommunen, og samsvarer med kravspesifikasjonen. Det er et viktig grunnlag for likebehandling av tilbydere ettersom areal og pris henger sammen.

Det følger ikke av en naturlig forståelse av kontraktsdokumentene at arealprogrammet skal være veiledende. Konkurransedokumentene åpner ikke for forhandlinger om areal eller andre SKAL-krav i konkurransegrunnlaget.

Kommunen står altså ikke fritt til å komme med nye ønsker i tilbudsfasen, heller ikke fra brukerne. Arealeffektivitet er noe annet. Romplan er noe annet, og er heller ikke benyttet i konkurransegrunnlaget. Romplan er plassering av rom i forhold til hverandre

Areal er et vesentlig grunnlag for konkurransen ettersom det har avgjørende betydning for pris. Manglende likebehandling av tilbydere vil derfor utgjøre et avgjørende konkurransefortrinn.

Kommunen har ikke gitt tilbyderne samme informasjon om grunnlaget for konkurranse. Kommunen var kjent med at en tilbyder stilte spørsmål om arealprogrammet kunne fravikes. Kommunen sikret ikke at samtlige tilbydere ble gjort kjent med spørsmålet. Verken Tøråsen eller PEAB oppfattet at det ble kommunisert at arealprogrammet var veiledende under befaringen den 28. mars.

Det anføres at kommunen ikke har ivaretatt likebehandlingsprinsippet under forhandlingene. Det anføres at Tøråsen ikke informert om innspill fra brukerne jf. møtereferat av 8. februar 2023.

Det anføres at kommunens brudd på regelverket har gitt Skanska fordeler under forhandlingene. Skanska forholdt seg fritt til arealprogrammet og fikk anledning til å tilpasse prosjektet ytterligere på punkter som de øvrige ikke ble gjort kjent med. Kommunen har aldri kommunisert at bygget skulle presses mot syd. Kommunen har ikke informert om at lekearealer ikke skal plasseres mot syd, men kun bedt om bra adkomst fra avdelingen. Det er fravikelse av sentrale skal-krav i kravspesifikasjonen som dusj i garderobe.

Det anføres at kommunens evaluering av tilbudene har gitt Skanska fordeler i strid med likebehandlingsprinsippet. Evalueringen skal være etterprøvbare. Domstolene kan prøve hvorvidt likebehandlingsprinsippet er fulgt. Det er feil i evalueringsmatrisene. Evalueringsprosessen følger ikke likebehandling ved endring av forutsetningene om massiv tre i kravspesifikasjonen. Kommunen innfører 0,25 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup> ved forhandlingene. Ved at kommunen fraviker tidligere grunnleggende forutsetninger gir dette en skjev tilpasningsmulighet for tilbyderne. Skanska får ny fordel ved at deres konstruksjon kan beklees med coverboard som inkluderes i massiv tre andelen. De øvrige tilbydere, Tøråsen og Peab har fulgt kommunens forutsetninger om et godt massiv tre bygg.

Skanska er ikke gitt fratrukket for åpenbare dårlige løsninger knyttet til sentrale tildelingskriterier. Det gjelder massiv tre, hvor kommunen har tillatt alternativer for Skanska, Det er avvik fra TEK 17 for lysforhold i vranglearealer. Det er svakheter ved massehåndtering på tomt/høy mur etc. Det er lite egnede garderobeløsninger

Det anføres at kommunen har tatt utenforliggende hensyn i konkurransen. Kommunen har vektlagt personlig egnethet. Det vises til uttalelse i kjennelse om midlertidig forføyning. Kommunens rådgiver må identifiseres med kommunen.

Skanskas tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, jf. FOA § 24-8 (1) b. Arealavviket er vesentlig. Areal har betydning for pris som skal vektas 60 %. Arealavvik blir derfor fort vesentlig da avvik på noe mer enn noen få prosent vanskelig kan løses i en samspillfase uten å endre grunnlaget for konkurransen. Skanskas løsning er dessuten lite arealeffektiv jf. brutto/nettofaktor på 1,46. Det foreligger et arealavvik på 18 % i Skanskas

tilbud. Kommunens beregning av Skanskas arealavvik er feil. Skanska har fått full uttelling for merarealer som er utenfor arealprogrammets reelle funksjon. Totalberegning av arealer til tross for innlemmet en trapp og heisløsning på 50,5 m<sup>2</sup> – mens arealprogrammet oppgir dette til 20 m<sup>2</sup>. Det er ingen optimalisering i Skanskas tilbud som kravspek forutsetter. Kommunen har ikke hensyntatt at Skanska har mangler tilknyttet garderober, lagerrom, wc, dusjer og samtalerom. Kommunens etterfølgende argumentasjon vedrørende arealeffektivitet og optimalisering er feil.

Brudd på likebehandlingsprinsippet har enkeltvis eller samlet gitt Skanska et fortrinn i konkurransen. Kommunen har bevisbyrden og risiko ved uklarheter. Det er samlet sett en uryddig prosess i Skanskas favør. Det er ingen møtereferater fra kommunens evaluering og ingen etterprøvbare vurderinger fra evalueringen. Referater fra forhandlingsmøter viser at tilbyderne har fått ulik informasjon hvor Skanska er gitt særskilte fordeler både i strid med konkurransegrunnlaget og tekniske forskrifter som ligger til grunn. Det er en konkurranse som både enkeltvis og samlet kun gir Skanska fordeler både i forhold til hvilken informasjon som er gitt, forståelsen av konkurransegrunnlaget og manglende trekk for avvik.

Det anføres at vilkårene for midlertidig forføyning er oppfylt jf. i tvisteloven § 34-2 og § 32-1. Hovedkravet er sannsynliggjort og sikringsgrunn foreligger. Det foreligger ikke grunnlag for sikkerhetsstillelse.

### **3. Saksøkeren, Arne Tøråsen AS, nedla slik påstand:**

#### I hovedsaken:

Trysil kommunes beslutning av 21. november 2022 om å tildele kontrakt i totalentreprise om ny sentrumsbarnehage settes til side

#### I sak om midlertidig forføyning:

Trysil kommune pålegges å avstå fra å signere kontrakt i med Skanska Husfabrikk AS i konkurranse totalentreprise ny sentrumsbarnehage inntil spørsmålet om anskaffelsesregelverket er brutt ved gjennomføringen av konkurransen er og leverandørvalget er rettskraftig avgjort ved domstolene.

#### I begge saker:

Arne Tøråsen AS tilkjennes sakens omkostninger

#### **4. Saksøkte, Trysil kommune, har gjort gjeldende følgende:**

Det er ikke grunnlag for at tilbudet fra Skanska skulle vært avvist. For at avvising skal være en problemstilling må tilbudet til Skanska inneholde avvik. En kravspesifikasjon vil både kunne bestå av krav som må oppfylles for at tilbudet i det hele tatt skal tas i betraktning, og krav som ønskes oppfylt i mer eller mindre grad. Arealprogrammet utgjør ikke et absolutt krav. Avvik fra andre krav enn absolutte kan føre til avvising, men det skal mer til. Hvis det er noe det skal evalueres på, så er det i alle fall ikke en avvissingsgrunn.

Konkurransesgrunnlaget og tilbudet til Skanska må tolkes. Utgangspunktet er objektiv fortolkning av konkurransesgrunnlaget. Ikke enhver uklarhet kan påberopes så lenge det er tilstrekkelig klart hva oppdragsgiver har ment.

Ved den konkrete tolkningen av konkurransesgrunnlagets krav til areal, må kravspesifikasjonen leses i sammenheng, og i lys av det som er formålet med anskaffelsen. Det vises til kravspesifikasjonen punkt 1.01 om at det er opp til tilbyder å optimalisere. En forstandig og normalt påpasselig tilbyder måtte se at det var en tilsynelatende motsetning mellom netto og bruttoarealet angitt i punktet om byggets hovedform og arealprogrammets angivelse. Arealprogrammet er veiledende. Tilbyder er utfordret til å finne løsninger som ivaretar funksjonene, men som samlet gir et mindre areal og helst ned til 1300 - 1400 m<sup>2</sup> brutto. Det står ingen steder at arealprogrammet skal følges. God arealutnyttelse er et tildelingskriterium knyttet til egnethet i konkurransesgrunnlaget punkt 4.2.2. Angivelse av «arealprogram» tilsier ikke i seg selv at det er bindende. Avvik» fra arealprogrammet er dermed ikke avvik i anskaffelsesrettslig forstand. Befaringen, og opplysninger gitt der, klargjorde en eventuell uklarhet, men endret ikke konkurransesgrunnlaget. Det er ingen krav i anskaffelsesregelverket om at spørsmål skal videreformidles. Svaret ble videreformidlet til alle, og dermed er krav om likebehandling oppfylt. Referatet er en del av konkurransesgrunnlaget. Det er tilbyders ansvar å sette seg inn i referatet. Verken Skanska, Tøråsen eller Peab har fulgt arealprogrammet fullt ut, og det viser at tilbyderne forstod at dette ikke var absolutte krav. Tilbudet til Skanska inneholder ikke avvik i anskaffelsesregelverkets forstand, men er i samsvar med oppfordringen til optimalisering. Subsidiært anføres det at avviket uansett ikke er vesentlig.

Det anføres at Skanskas tilbud oppfylder kravet til massivt tre. Massivt tre er en «løsning» i kravspesifikasjonen og må ses i sammenheng med tildelingskriteriet «energieffektivitet utover krav stilt til bygget». Kravet til massivt tre ble angitt under forhandlingsmøtene til samtlige tilbydere (0,25 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>) og alle fikk tips om coverboards.

Skanskas løsning oppfylder normen til lekeareal, både med og uten vrimleareal innberegnet. Oppfyllelse av TEK 17 er et kontraktskrav og ikke et evalueringskrav.

Det anføres at likebehandlingsprinsippet ikke er brutt i forbindelse med forhandlingene. Like tilfeller skal behandles likt, ulike tilfeller skal behandles ulikt. Tilbyder har risikoen for innholdet av sitt eget tilbud. Oppdragsgiver har ingen alminnelig veiledningsplikt. Det er i samsvar med likebehandling å ha ulikt fokus i forhandlingene basert på ulike tilbud.

Angående plassering av barnehagen på tomtene, er det opp til tilbyder å optimalisere dette i henhold til tildelingskriterier. Tåråsen fikk tilbakemelding om de samme forhold under forhandlingsmøtet som er tillagt vekt ved evalueringen.

Alle tre tilbyderne har fått samme informasjon om bruk av massivtre. Tildelingskriteriet er energieffektivitet utover krav stilt til bygget.

Fokuset i forhandlingsmøtene med Skanska var 2. plan og antall dusjer kom da opp. Prisforskjellen er så stor at selv om retten skulle legge til grunn at Skanska hadde en konkurransefordel, så har det ingen påvirkning av tildelingen. For Tøråsen var det fokus på andre mer utfordrende forhold enn detaljer i planløsning.

Det foreligger ikke brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene. Det er et innkjøpsfaglig skjønn med begrenset overprøvingsadgang. Skanska svarte på oppgaven ved å redusere arealet og samtidig oppfylle funksjonskravene. Øvrige innsigelser går rett på kommunens skjønn.

Det er ikke lagt vekt på utenforliggende hensyn; personlig egnethet. Dersom retten skulle komme til at Richard Olsen vektla personlig egnethet, så har ikke dette virket inn på evalueringen av tilbudene.

For å kunne sette beslutningen til side etter anskaffelsesloven § 8, så må det foreligge et påvirkningskrav. Eventuelle feil har ikke hatt innvirkning på tildelingsbeslutningens innhold, og heller ikke for Tøråsens mulighet til å få tildelt kontrakten. Før kontrakt kan inngås et det et krav om at tilbyder skal sende oppdatert kvalifikasjonsdokumentasjon, jf. anskaffelsesforskriften § 17-1 (5). Tøråsen oppfyller ikke kravet til økonomisk stilling lenger, og kommunen kan derfor ikke inngå kontakt med Tøråsen. Tøråsen skulle også ha vært avvist på grunn av manglende utenomhusplan, noe som innebærer et vesentlig avvik.

Det anføres at vilkårene for midlertidig forføyning ikke foreligger. Det må sannsynliggjøres at det foreligger grunnlag for å tilsidesette tildelingsbeslutningen. Kommunen krever sikkerhetsstillelse som betingelse ved en midlertidig forføyning.

## 5. Saksøkte, Trysil kommune, nedla slik påstand:

### I hovedsaken:

1. Trysil kommune frifinnes

### I den midlertidige forføyningen

1. Trysil kommune frifinnes

### I begge saker:

Trysil kommune tilkjennes saksomkostninger

## 6. Rettens vurdering

Retten har kommet frem til at Trysil kommune frifinnes.

Begrunnelsen for dette fremkommer nedenfor.

### 6.1 Om tilbudet fra Skanska skulle vært avvist?

Saksøker har gjort gjeldende at Skanskas tilbud skulle vært avvist. Første problemstilling er om tilbudet fra Skanska skulle vært avvist.

#### 6.1.1 *Rettslig utgangspunkt*

Etter anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b skal oppdragsgiver avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Loven oppstiller krav om at det må foreligge et «avvik». Hvis det foreligger avvik fra absolutte krav, så skal tilbudet avvises. Avvik fra andre krav enn absolutte krav kan føre til avvisning, men det skal mer til.

Retten må derfor ta stilling til om det foreligger et «avvik».

Ved denne vurderingen må konkurransegrunnlaget tolkes og deretter sammenholdes med tilbudet.

Lov om offentlige anskaffelser på § 4 bygger på prinsipp om likebehandling og forutberegnelighet.

Det fremkommer følgende i anskaffelsesforskriften § 14-1 (3):

«Konkurransesgrunnlaget 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».

Dersom kravspesifikasjonen skal angi et absolutt krav for å få tilbudet evaluert, så må dette fremgå uttrykkelig, jf. KOFA 2014/18 avsnitt 44-45, KOFA 2016/138 avsnitt 29 og KOFA 2020/144 avsnitt 48 flg.

#### 6.1.2 *Foreligger det et arealavvik som gir grunnlag for avvisning?*

Skanska har innlevert et tilbud med mindre areal enn det som følger av arealprogrammet. Tøråsen har anført at Skanskas tilbud hadde et avvik i nettoareal på 230 kvadratmeter sammenlignet med arealprogrammet, noe som utgjør et avvik på 18 prosent. Kommunen mener at differansen er på 113,8 kvm. Parene er uenige om hvordan arealdifferansen skal beregnes, men det er ikke avgjørende for rettens vurdering av saken.

Saksøker har anført at arealprogrammet er bindende. Det er anført at arealprogrammet setter rammene for prosjektet. Det er videre anført at arealprogrammet etter flere revisjoner er gjennomarbeidet av kommunen, og samsvarer med kravspesifikasjonen. Det er vist til at arealprogrammet er et viktig grunnlag for likebehandling av tilbydere ettersom areal og pris henger sammen.

Både Eilert Gabrielsen, daglig leder i Nord Arkitektur, og Martin Bashevkin, faglig leder i Nord Arkitektur, som var Tøråsens arkitekt, ga i retten uttrykk for at de oppfattet arealprogrammet som detaljert og bindende. Videre at de derfor forholdt seg til de arealangivelser som fremkom av arealprogrammet.

Retten tar stilling til om angivelsen i arealprogrammet er å anse som et absolutt krav, et skal-krav, eller om arealprogrammet er veiledende.

I Kravspesifikasjonen, bok 2, pkt. 1.01 fremkommer det at det skal det «skal prosjekteres og tilbys en barnehage for 100 barn og 30 til 35 ansatte». «Det er benyttet erfaringstall fra andre barnehageprosjekt som tilsier 10 m<sup>2</sup> pr. barn BRA (bruksareal). Dette gir 1000 m<sup>2</sup>. Det legges inn en reserve på 10% som gir BRA på 1100 m<sup>2</sup>. Bruttoarealet BTA blir da trolig 1300-1400 m<sup>2</sup>, men dette er det opp til tilbyderne å optimalisere».

Her fremkommer det direkte at det er opp til tilbyderne å optimalisere bruttoarealet.

Kravspesifikasjonen punkt 2.02 inneholder et detaljert arealprogram med egen tabell for administrasjonsdel, fellesrom, avdeling for små barn og avdeling for store barn.

I radene angis romtypene som skal inngå i hver del. I kolonnene gis opplysninger om antall personer, areal pr. rom, antall rom, totalt areal, hvilke rom som krever egen inngang i plan 2 og diverse opplysninger. Det er angitt totalt nettoareal på 1309 kvadratmeter, bruttoareal på 1636 kvadratmeter og brutto/netto-faktor på 1,25.

Arealprogrammet angir altså et høyre areal enn pkt. 1,01, og dette fremstår som klart for en tilbyder som leser og vurderer kravspesifikasjonen. Retten viser i den forbindelse til vitneforklaring fra arkitekt Martine Aasvold Skagen, som forklarte at hun hadde oppfattet denne differansen. Vitnet forklarte at hun var overrasket hvis ikke andre tilbydere enn Skanska også hadde sett dette.

I bok 0, generelle bestemmelser, pkt. 2.01 fremkommer det at tilbyderne skal ha fokus på kvalitet, arealeffektivitet og kostnad, også fremtidige driftskostnader.

I tildelingskriteriene knyttet til «egnethet» i konkurransegrunnlaget pkt. 4.2.2 fremkommer blant annet følgende:

«Det er viktig for oppdragsgiver at tilbyder kan presentere en godt egnet løsning for de behov bygget skal tilfredsstillende. Oppdragsgiver vil evaluere de tilbudte løsningsforslagene, for å finne den løsningen som passer best.

Oppdragsgiver vil vurdere følgende sider ved tilbudt løsning:

- Byggets praktiske utforming i forhold til barnehagevirksomhetens behov og utnyttelse av bygget.
- Arealutnyttelse av både tomten og byggets arealer...»

Ved tildelingen skal det altså legges vekt på utnyttelse av bygget, og arealutnyttelse av byggets arealer.

Konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng. Det fremkommer at det er opp til opp til tilbyderne å optimalisere arealet, og at det skal være fokus på arealeffektivitet.

Ved tildelingen vil det bli lagt vekt på arealutnyttelse.

Begrepet arealutnyttelse handler om hvordan en kan tilpasse og unytte et areal til akkurat den størrelsen virksomheter har brukt for. Optimal arealutnyttelse knytter seg ikke kun til brutto/netto faktor, men også til at nettoarealet ikke blir større enn nødvendig for å oppfylle de funksjonskrav som oppdragsgiver har stilt.

Kravspesifikasjonen benytter begrepet arealprogram. Det står ikke at arealprogrammet skal følges, eller at dette er et absolutt krav.



Etter en tolkning av konkurransegrunnlaget fremkommer det ikke at arealprogrammet er et absolutt krav, eller at det er bindende for tilbyderne, men tvert imot at tilbyderne skal optimalisere arealutnyttelsen samtidig som behovsbeskrivelsen oppfylles. Dette må igjen sees i sammenheng med at rettspraksis oppstiller strenge krav for å tolke bestemmelser i konkurransegrunnlaget som absolutte, med den konsekvens at tilbudene blir avvist dersom kravene ikke oppfylles fullt ut.

Basert på en tolkning av konkurransegrunnlaget, ut fra en naturlig språklig forståelse, er arealprogrammet veiledende.

Bevisføringen viste at ingen av tilbyderne fullt ut har fulgt arealprogrammet. Dette er også en indikasjon på at ingen anså det som et absolutt krav. PEAB, som også klaget på tildelingsbeslutningen, anførte ikke noe om arealavvik som grunnlag for sin klage.

Saksøker har anført at areal er et vesentlig grunnlag for konkurransen ettersom det har avgjørende betydning for pris. Dette ble også Tøråsen gjort kjent med under tilbudsbeferingen, hvor oppdragsgiver opplyste om følgende i referatet:

«Det er konkurranse. Arne Tøråsen er ikke eneste tilbyder. Tilbudt løsning er arealmessig større enn angitt, og oppdragsgiver informerer om at størrelse på areal og pris henger sammen i tilbudene som er inngitt. Tilbyder kan styrke sin konkurranseposisjon ved å gjennomgå inngitt pris og løsning på nytt og se eventuelle besparelser som kan gjøres innenfor de rammer som er gitt.»

Samtlige tilbydere fikk beskjed om dette, og dermed foreligger det ikke brudd på likebehandlingsprinsippet. Ingen av tilbyderne ble gitt noe konkurransefortrinn. Det var opp til tilbyderne å optimalisere sine tilbud basert på de opplysninger som oppdragsgiver ga.

Saksøker har anført at kommunen ikke har opplyst at arealprogrammet er veiledende til tross for direkte spørsmål fra en tilbyder. Det anføres at det ikke er opplyst i konkurransedokumentene, i møtereferat eller på annen måte noe som skulle tilsi at kommunen her ment at arealprogrammet var veiledende.

Retten er ikke enig i dette.

Det følger allerede av en tolkning av konkurransegrunnlaget at arealprogrammet er veiledende. Spørsmålet om arealprogrammet var bindende eller veiledende ble presisert under tilbudsbeferingen, der samtlige tilbydere var tilstede. Vitnet, Egil Henning, forklarte i retten at han tok opp dette spørsmålet i plenumsmøtet inne i barnehagen. Det fremkom videre under bevisføringen, at det var Ricard Olsen som svarte ut spørsmålet på vegne av kommunen, om at arealprogrammet er veiledende. Henning forklarte i retten at han fikk et klart svar på at arealprogrammet var veiledende. Christian Jakobsen, i Abakus, som skrev

referatet, bekreftet også i retten at spørsmålet ble stilt og besvart under møtet. Det er heller ikke bestridt av saksøker at Skanska stilte dette spørsmålet og at Olsen svarte på dette. Det er imidlertid anført at Tøråsen og PEAB ikke fikk med seg spørsmålet og svaret. Retten bemerker at samtlige tilbydere var til stede da spørsmålet ble stilt og besvart.

I tillegg fremkommer svaret i referatet etter befaringsmøtet, som ble sendt til samtlige tilbydere via Mercell. Det fremkommer følgende i referatet:

«Romplanen er veiledende. Det er allikevel ønskelig at fellesrom ikke legges opp som gjennomfartsårer».

Saksøker har anført at romplan er noe annet enn arealprogram. Det er vist til at en romplan angår rommenes plassering i forhold til hverandre og ikke størrelsen på rommene. Videre at kommunen derfor ikke har gitt tilbakemelding på at arealprogrammet er veiledende.

Retten bemerker at referatet benytter begrepet «romplanen», mens det i konkurransegrunnlaget står «arealprogram». Formuleringene er dermed ikke like, men det er likevel ikke tvil om hva som referatet sikter til.

Arealprogrammet er det eneste som kan beskrives som en «plan» i konkurransegrunnlaget. Hvis det er slik at saksøker ikke oppfattet at «romplanen» henviste til arealprogrammet i konkurransegrunnlaget, så må det som står i referatet også ha fremstått som uten mening eller sammenheng. En slik tolkning vil innebære at kommunen svarte på noe annet enn det som står i konkurransegrunnlaget.

I konkurransegrunnlaget er ikke begrepet «romplan» benyttet noe sted. Det står i referatet at «romplanen er veiledende». Dermed fremstår det som uklart om hva som skal ha vært veiledende, hvis det ikke er arealprogrammet som referatet henviser til. En romplan som ikke eksisterte, kan ikke ha vært veiledende.

En naturlig forståelse av begrepet «romplan» omfatter også arealangivelser. Retten finner støtte for dette i «Det Norske Akademis ordbok», hvor det fremkommer at begrepet defineres som «plan over plassering av og størrelse på rom i en bygning».

Det fremstår slik at begrepene brukes om hverandre.

Retten er etter dette kommet frem til at det både under tilbudsbeferingen, og i referatet etterpå, ble presisert at arealprogrammet er veiledende, selv om det ble brukt ulike begreper. Dette er også i samsvar med rettens tolkning av konkurransegrunnlaget.

Tilbyderne har ansvaret for å sette seg inn i referatet, og har plikt til å stille spørsmål dersom det er uklarheter, jf. konkurransegrunnlaget pkt. 5.8. Retten bemerker for øvrig at

møtereferatet er en del av konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 4-2 (a) og Kofa-2017-129, avsnitt 35.

Saksøker har anført at Tøråsen først ble kjent med at arealprogrammet var veiledende etter beslutning om tildeling. Dette må i tilfelle bero på at Tøråsen ikke har tolket konkurransegrunnlaget korrekt. Og heller oppfattet det som ble sagt under tilbudsbeferingen og det som stod i referatet etter tilbudsbeferingen.

Eilert Gabrielsen, som var Tøråsens arkitekt, forklarte i retten at han ikke deltok på tilbudsbeferingen fordi han var forhindret. Heller ikke Martin Bashevkin, faglig leder ved Nord Arkitektur AS, deltok under tilbudsbeferingen, jf. referatet fra tilbudsbeferingen. Dermed var det ingen av arkitektene som bistod Tøråsen som deltok under tilbudsbeferingen. Retten bemerker imidlertid at andre representanter fra Tøråsen deltok.

Saksøker har videre anført at kommunen var kjent med at en tilbyder stilte spørsmål om arealprogrammet kunne fravikes, uten å informere de andre om dette. Dette er ikke korrekt. Retten bemerker at også Tøråsen må ha vært kjent med dette, ettersom representanter fra Tøråsen deltok under tilbudsbeferingen og deretter mottok referatet.

Saksøker har også anført at kommunen ikke sikret at samtlige tilbydere ble gjort kjent med spørsmålet fra Skanska, ved at kommunen ikke har gjengitt det spørsmål som Skanska stilte under beferingen skriftlig i Mercell. Retten bemerker at det ikke er krav i anskaffelsesregelverket at spørsmål skal videreformidles, jf. anskaffelsesforskriften § 14-2 (2). Det er tilstrekkelig at svaret fremkommer skriftlig til samtlige tilbydere. Svaret på spørsmålet fremkommer av referatet. Retten bemerker i tillegg at samtlige tilbydere var tilstede i plenum da spørsmålet ble stilt og besvart.

Kravet til likebehandling er oppfylt ved at kommunes svar ble videreformidlet til alle, både muntlig og skriftlig.

Retten konkluderer med at arealprogrammet i kravspesifikasjonen er veiledende, og ikke bindende for tilbyderne. Dette innebærer også at tilbudet fra Skanska ikke har avvik i forhold til areal. Det er derfor ikke grunnlag for å avvise Skanskas tilbud på dette grunnlaget. Det foreligger heller ikke brudd på likebehandlingsprinsippet idet alle tilbydere fikk lik informasjon.

### 6.1.3 *Foreligger det avvik ved at Skanska ikke oppfyller kravet til massiv tre?*

I kravspesifikasjonen, pkt. 4.00 «Bruk av tre/ massivtre», fremkommer følgende:

<b>Emne</b>	<b>Konsept beskrivelse</b>	<b>Kravspec</b>
Bygnings- Form	Massivtre som hovedkonstruksjon – spesielt ytterveggoppbygging Størst mulig andel treoverflater på vegger og himling	(løsning) (løsning)

Det fremkommer i kravspesifikasjonen at dette ikke er et absolutt krav eller en skal-løsning. Det er angitt som en «løsning». Det fremkommer også av kravspesifikasjonen hvorfor bruk av massiv tre er viktig. Dette må igjen ses i sammenheng med tildelingskriteriet, hvor det fremkommer at det skal vektlegges:

«Energieffektivitet utover krav stilt til bygget».

Bruk av massivt tre har sammenheng med energieffektivitet og godt inn klima.

Under forhandlingsmøtene fikk både Tøråsen og Skanska følgende informasjon om bruk av massivt tre:

«- Konstruksjonen

- o Andel massivtre i flg definisjon av et massivtrebygg (min 0,25m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>), hvor konstruksjonen skal være i hovedsak massivtre.
- o Andel i % aktive treoverflater, dvs min 2,5 cm tykke og diffusjonsåpne...»

Alle tilbydere fikk dermed lik beskjed om hvilke krav som det ble stilt til andel massivt tre. Det ble også gitt følgende opplysning:

«Oppdragsgiver ber tilbyder vurdere coverboards (tynne massivtreskiver) i ikke-bærende yttervegger med rette flater for å senke lekkasjetallet.»

Ola Øyen, som var kommunes innleide fagperson på massivt tre, har beregnet at alle tre tilbyderne i sine reviderte tilbud oppfylte kravet om andel massivt tre som ble satt til minimum 0,25m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>. Skanska har etter beregningen 27,5 prosent.

Cover Boards i massivt treverk er også massivt tre, ifølge Ola Øyen.

Det forhold at oppdragsgiver, under forhandlingsmøtene med all tilbyderne, konkretiserte kravet til andel av massivt tre, innebærer at alle ble behandlet likt og at alle fikk lik informasjon.

I den opprinnelige konkurransegrunnlaget ble det ikke stilt absolutte krav til andel massiv tre, og det var derfor ikke grunnlag for å avvise tilbudet fra Skanska. Det forelå ikke noe avvik. Samtlige tilbydere oppfylte kravene, som ble stilt under forhandlingene, i de reviderte tilbudene. Det foreligger derfor ikke avvik i tilbudet fra Skanska når det gjelder krav til andel av massivt tre.

*6.1.4 Foreligger det avvik ved at Skanska ikke har tilstrekkelig innvendig lekeareal i sin løsning?*

Ifølge veileder for godkjenning av barnehager fra Kunnskapsdepartementet er veiledende norm for barns lekeareal inne 4 kvadratmeter for barn over 3 år og ca. 5,3 for barn under

tre år.

Retten finner det bevist at Skanska har tilbudt en barnehage for 108 barn, herunder 72 store og 36 små barn. Normen krever etter dette er lekeareal på 479 kvadratmeter. Skanska har et totalt lekeareal på 518,5 kvadratmeter, uten vrimleareal. Tilbudet er derfor i henhold til normen. Med vrimleareal er arealet 610,3 kvadratmeter, men dette er der ikke nødvendig å medta for å oppfylle kravet.

En fordeling 50/50 mellom små og store barn, ville krevd et lekeareal på 502,2 kvadratmeter. Dette er også oppfylt uten vrimleareal i Skanskas tilbud.

Det foreligger ikke avvik som gir grunnlag for avvisning av tilbudet på dette grunnlaget.

*6.1.5 Foreligger det avvik ved at Skanskas løsning ikke oppfyller TEK 17s krav til dagslys i vrimlearealene?*

Det fremkommer følgende i konkurransegrunnlaget, generell del bok O, pkt. 1.4.2:

«Totalentreprenøren skal utvikle et prosjekt i henhold til de beskrevne krav, TEK og andre gjeldende krav for bygging av en ny og moderne barnehage.»

Dette innebærer at TEK 17 er et kontraktskrav som Skanska har plikt til å oppfylle, og som Skanska kan dømmes til å oppfylle ved mislighold. Dette er dermed heller ikke et evalueringskrav. Oppdragsgiver stilte derfor heller krav til dokumentasjon for at TEK 17 ville bli oppfylt. Det ble derfor heller ikke etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av dagslyskrav, sml. KOFA-2022-616 avsnitt 33.

Vrimlearealet er ikke areal til varig opphold og kravet til dagslys kommer ikke til anvendelse, jf. TEK 17 § 13-7 (2). Arealet er ikke nødvendig for å oppfylle krav til lekeareal og må ikke benyttes for at barnehagen skal oppfylle barnehagenormens krav til lekeareal.

Det foreligger derfor ikke avvik i tilbudet fra Skanska angående dette forholdet.

*6.1.6 Foreligger det avvik ved at Skanskas varmesentral er i strid med TEK 17?*

Basert på bevisføringen forstår retten det slik at Skanskas løsning ikke er en pre-akseptert løsning jf. TEK 17 § 1-3 bokstav j. Dette innebærer at Skanska må dokumentere at løsningen oppfyller Tek 17 før bygget kan tas i bruk. Det er ikke krav om bruk av pre-aksepterte løsninger. Det er ikke dokumentert at løsningen ikke vil bli godkjent, eller at

den er i strid med TEK 17. Dette er uansett et kontraktskrav som Skanska må oppfylle for å unngå misligholdsanksjoner. Dette utgjør derfor ikke et avvik som kan medføre avvisning.

Egil Henning i Skanska forklarte at deres løsning tilfredsstillte kravene i TEK 17 og at Skanska garanterte for korrekt oppfyllelse. Det er heller ikke sannsynliggjort eller dokumentert noe annet.

Retten konkluderer med at det ikke foreligger noe avvik på dette punktet.

*6.1.7 Foreligger det avvik ved at brudd på arbeidsplassforskriften i forhold til krav om dusj i garderober?*

Etter arbeidsplassforskriften § 3-6 femte ledd skal det stilles tilstrekkelige og egnede dusjer til rådighet for arbeidstakerne dersom arbeidets art eller helsemessige forhold gjør det påkrevd.

Ifølge arbeidstilsynets kommentarer omfatter «arbeidets art» fysisk krevende arbeid, skittent arbeid, arbeid med illeluktende stoff eller arbeid med giftige eller helsefarlig stoff. Arbeid i barnehage er ikke omfattet av bestemmelsen.

Løsningen ble også til i samsvar med kommunes ønsker fremført under forhandlingsmøtet med Skanska.

Det fremkommer følgende fra forhandlingsmøtet med Skanska:

«Det er dimensjonert et større antall dusjer enn det som er nødvendig for å løse oppdragsgivers behov. Et eget dusjrom vil være tilstrekkelig for å dekke oppdragsgivers behov.»

Dette medførte at Skanska foretok endringer i sitt reviderte tilbud.

Det foreligger derfor ikke et avvik som gir grunnlag for avvisning på dette grunnlaget.

*6.1.8 Konklusjon og oppsummering - avvisningsspørsmålet*

Det foreligger ingen avvik i Skanskas tilbud. Oppdragsgiver hadde verken plikt eller adgang til å avvise tilbudet fra Skanska.

\*\*\*\*\*

6.2 Foreligger det brudd på kravet til likebehandling i forbindelse med forhandlingene?

6.2.1 *Rettslig utgangspunkt*

Saksøker har anført at kommunen ikke har ivaretatt likebehandlingsprinsippet under forhandlingene, og at oppdragsgiver har gitt Skanska ulike fordeler.

Likebehandling innebærer at like tilfeller skal behandles likt, og at ulike tilfeller skal behandles ulikt.

Tilbyder har risikoen for innholdet av sitt eget tilbud, jf. anskaffelsesforskriften § 23-3, og oppdragsgiver har ikke en alminnelig veiledningsplikt, jf. KOFA 2018/156 avsnitt 39, KOFA 2015/125 avsnitt 49-51, KOFA 2021/410 avsnitt 61-62, KOFA 2021/410 avsnitt 61-62 og KOFA 2019/262 avsnitt 116.

Det er ikke i strid med likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver har ulikt fokus i forhandlingsmøtene basert på ulike tilbud.

Det fremkommer også av referatene fra forhandlingsmøtene at kommunen generelt sett har hatt fokus på de samme forholdene i samtlige forhandlinger. Ulike tilbakemeldinger skyldes at tilbudene er ulike.

6.2.2 *Forskjellsbehandling under forhandlingene angående innspillene fra arbeidsmiljøgruppen?*

Retten bemerker at innspillene fra kommunen under forhandlingsmøtene i stor grad var basert på innspill fra arbeidsmiljøgruppen ved Nysted og Østmojordet barnehager. Arbeidsmiljøgruppen hadde vurdert skissene i anonymisert form og kom med tilbakemeldinger på positive og negative sider ved de ulike tilbudene. Retten bemerker at likebehandlingsprinsippet i den forbindelse ble ivaretatt. Arbeidsmiljøgruppen visste ikke hvem som hadde innlevert de ulike skissene, men ga tilbakemeldinger på gode og dårlige løsninger.

Saksøker har også anført at Tøråsen ikke ble informert om innspill fra arbeidsmiljøgruppen. Dette er rettens vurdering ikke korrekt. De forhold som ble tatt opp av arbeidsmiljøgruppen ble igjen tatt opp under forhandlingene med Tøråsen. Dette gjelder særlig spørsmål knyttet til plasseringen av lekeareal. Det fremkommer direkte at referatet fra forhandlingene med Tøråsen at dette spørsmålet ble tatt opp av kommunen.

Retten viser også til at Barnehageleder, Berit Helen Haget, forklarte i retten at hun under forhandlingsmøtet tok opp spørsmålet om bygningens sikksakkform, som nettopp hadde betydning for hvor bygningen kunne plasseres i forhold til grensen mot sør. Dette påvirket også hvordan lekearealet var plassert. De ansatte ønsket lekeareal foran barnehagen for å kunne ha bedre oversikt over barna. Dette har også sammenheng med hvor mye bemanning som barnehagen har tilgjengelig, ettersom det er mindre bemanning tidlig og sent på dagen. Det samme ga barnehagebestyrer, Reidun Østby, uttrykk for i retten.

Både Haget og Østby forklarte også at det ble tatt opp med Tøråsen at det var uhensiktsmessig med en gangbro som adkomst til andre plan. Særlig av hensyn til vareleveringer og snøforhold i Trysil om vinteren, ble dette ansett som upraktisk.

Retten viser for øvrig til at kommunen tok opp en rekke forhold med Tøråsen under forhandlingene angående forbedringsmuligheter, jf. referatet fra forhandlingsmøtet.

Det er ikke holdepunkter for at det har vært forskjellsbehandling i forhold til de tilbakemeldinger som ble gitt under forhandlingene angående innspillene fra arbeidsmiljøgruppen.

#### *6.2.3 Forskjellsbehandling ved at Skanska kunne stille seg fritt i forhold til areaprogrammet?*

Det er anført at Skanska fikk en fordel ved at de kunne forholde seg fritt til arealprogrammet. Retten bemerker at Tøråsen fikk samme mulighet ettersom det ble kommunisert at arealprogrammet ikke var bindende. Det samme følger av en tolkning av konkurransegrunnlaget. Arealprogrammet var ikke bindende, men samtlige tilbydere måtte innlevere tilbud som oppfylte de funksjonskrav som oppdragsgiver stilte i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver har derfor ikke gitt Skanska noen fordel i forhold til dette. Det var opp til hver enkelt tilbyder om hvordan dette skulle optimaliseres.

Samtlige tilbydere fikk lik informasjon angående dette.

#### *6.2.4 Forskjellsbehandling angående barhagehagens plassering på tomta?*

Skanska fikk ikke tilbakemelding om byggets plassering ettersom kommunen var fornøyd med den plassering som Skanska hadde i sitt opprinnelige tilbud. Dermed ble ikke dette et tema under forhandlingsmøtet. Skanska fikk særlig tilbakemeldinger om rom-plasseringen i andre etasje, hvor det under forhandlingsmøtet blant annet ble påpekt følgende fra kommunens side:



«Garderober bør legges nærmere trappe-/heisrom. Det er ikke ønskelig for oppdragsgiver å bevege seg gjennom store deler av planet for å få tilgang til garderobe.»

Retten antar at bakgrunnen for dette var at kommunen mente at dette utgjorde en svakhet i Skanskas tilbud.

Saksøker har anført at Tøråsen ikke fikk tilbakemelding om at bygningen skulle plasseres mot tomtegrensen.

Plasseringen av barnehagen på tomten er ikke angitt i konkurransegrunnlaget. Andre krav setter imidlertid rammer for plasseringen av bygget. Arealutnyttelse av tomten var en del tildelingskriteriet «egnethet for tilbudt løsning».

Det er opp til tilbyder å finne optimale løsninger i en totalentreprise.

Etter rettens vurdering hadde ikke kommunen noen plikt til å påvise overfor Tøråsen at de kunne flytte bygget. Dette er noe Tøråsen selv måtte vurdere basert på de tilbakemeldinger som ble gitt.

Angående plassering av bygningen på tomten, og plassering av utvendige lekearealer, fikk Tøråsen følgende tilbakemelding under forhandlingsmøtet:

«Oppdragsgiver stiller spørsmål med hvordan sikring av lekeareal for småbarn er tenkt, da avsatt areal er i en skråning».

Barnehageleder, Berit Helen Haget, forklarte i retten at hun under forhandlingsmøtet med Tøråsen hadde tatt opp at hun var overrasket over formen på barnehagen. særlig i forhold til ønsket om at bygget skulle plasseres nær tomtegrensa. I følge vitnet skal arkitekt Eilert Gabrielsen da ha sagt at han var klar over dette, men at den foreslåtte løsningen ga noen spennende rom for lekearealer. Formen på bygget i tilbudet var til hinder for at bygningen kunne trekkes lenger opp mot grensen mot syd. Det var Tøråsen som selv bestemte formen på bygningen. Dette viser at kommunens innvendinger mot tilbudet fra Tøråsen ble tatt opp under forhandlingsmøtet.

Retten bemerker også at kommunen først hadde engasjert arkitekt Eilert Gabrielsen til å tegne en skisse av barnehagen for internt bruk på forstadiet. Gabrielsen som senere ble engasjert av Tøråsen som arkitekt i samme prosjekt, hadde dermed mer kunnskap enn de øvrige tilbyderne angående kommunens ønsker om plassering og utforming av barnehagen. Dette innebærer i alle fall ingen forskjellsbehandling i disfavør av Tøråsen.

Etter rettens vurdering fikk Tøråsen tilstrekkelig med tilbakemeldinger angående kommunes syn på plasseringen av bygget før inngivelse av revidert tilbud.

Retten bemerker for øvrig at Tøråsen ikke fikk trekk ved evalueringen for at plasseringen av bygningen, men plasseringen av lekearealet.

I tildelingsbrevet fremkommer at det er gitt trekk for at «lekeområdene i utearealet i større grad ligger i den brattere delen av tomten».

I evalueringsskjemaet fremkommer det følgende:

«Lekeområdene i utearealet ligger i den brattere delen av tomten. (...) Bygget er stort i forhold til tomten og det er lite lekearealer i grøntarealet.»

Retten bemerker at Tøråsen under hele prosessen ble informert om kommunes syn angående plasseringen av lekeareal. Det fremkommer av tildelingskriteriene at plassering på tomten vektlegges. Det ble gitt konkret tilbakemelding om plassering av lekeareal under forhandlingsmøtet. Og det ble gitt trekk for dette under evalueringen etter at Tøråsen ikke hadde endret sitt tilbud på dette området.

Retten kan ikke se at kommunes fremgangsmåte innebærer noen forskjellsbehandling, men tvert imot var nødvendig for at kommunen skal få den barnehagen som de ønsker seg.

#### 6.2.5 *Forskjellsbehandling angående bruk av massivt treverk?*

Saksøker har anført at det utgjør en forskjellsbehandling at Skanska fikk anledning til å levere et bygg med mindre massivt tre.

Alle tre tilbyderne har fått samme informasjon om bruk av massivt tre. I det opprinnelige konkurransegrunnlaget ble ikke dette oppstilt som et absolutt krav, men det fremgikk av tildelingskriteriet at det vektlegges «Energieffektivitet utover krav stilt til bygget».

Massivt tre var angitt som en løsning i kravspesifikasjonen, og det var derfor ikke grunnlag for å avvise Skanskas tilbud (se ovenfor om dette).

Spørsmålet om massivt tre var imidlertid noe som oppdragsgiver tok opp med Skanska under forhandlingsmøtet. Det fremkommer følgende fra referatet:

«Tilbudt løsning inneholder en for liten andel massivtre til at det kan anses som et massivtrebygg, Faktoren i tilbudt løsning er 0,17m<sup>3</sup> per m<sup>2</sup> bruttoareal. Oppdragsgiver anser en faktor på 0,25m<sup>3</sup> som nødvendig for at det skal anses som et reelt massivtrebygg.»

(...)

Oppdragsgiver ber tilbyder vurdere coverboards á 40mm (tynne massivtreskiver) i stedet for gips i oppholdsrom og korridorer/vrimleareal

(...)

Andel massivtre i flg definisjon av et massivtrebygg (min 0,25m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup>), hvor konstruksjonen skal være i hovedsak massivtre».

Skanska fikk dermed tilbakemelding om at deres tilbud ikke var godt nok i forhold til massivt tre. Den omstendighet at Skanska fikk oppfordring om å forbedre sitt tilbud angående massivt tre, innebærer etter rettens vurdering ingen forskjellsbehandling. De andre tilbyderne fikk også oppfordring til å forbedre svakheter i sine tilbud under forhandlingene.

Oppdragsgiver definerte hvilke krav som ble stilt for at bygget skulle anses som massivt tre. Under forhandlingsmøtene ble krav til massivt tre konkretisert, og det ble stilt opp mer absolutte krav, om minimum 0,25 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup> massivt tre. Det ble gitt lik informasjon angående dette til alle de tre tilbyderne.

I det reviderte tilbudet oppfylte Skanska de krav som oppdragsgiver stilte under forhandlingsmøtet.

Det er anført at Skanska fikk en fordel ved at deres konstruksjon kan beklees med Cover Boards som inkluderes i massiv tre andelen. Cover Boards av massivt tre, utgjør også massivt tre. Retten viser til vitneforklaring fra Øyen, fra Silvinova AS, som var kommunes innleide fagkompetanse på massiv heltrebygg.

Det fremkommer imidlertid av kravspesifikasjonen at hovedkonstruksjonen skal være av massivt tre (løsning). Tøråsen har anført at de har fulgt kommunens forutsetninger om et godt massiv tre bygg i konkurransegrunlaget, mens Skanska kunne forholde seg til lempeligere krav fastsatt under forhandlingene. Videre at kommunen som følge av dette ga Skanska en fordel i konkurransen. Også PEAB har reagert på dette. Retten viser til vitneforklaring fra Trond Jarle Elvestad som mente at løsningen fra Skanska ikke var basert på massivt treverk. Elvestad forklarte også at kommunen hadde vært veldig opptatt av at det skulle være nok massivt treverk. Vitnet forklarte at bruk av massivt tre medfører en kostnadsøkning.

Det kan fremstå slik at både Tøråsen og PEAB i større grad innrettet sine tilbud basert på at konstruksjonen skulle være av massivt heltre. Videre at Skanska oppfylte dette kravet ved å levere Cover Bords på yttervegger.

Øyen forklarte at løsningen fra Skanska var en hybridløsning med blanding av ulike konstruksjonsformer; med både reisverk og heltre.

Øyen, fortalte i retten at tilbudet fra Skanska oppfylte de krav som kommunen stilte til massivt heltre. Videre at det var massivt tre i hovedkonstruksjoner. Topp-planet ble også skiftet ut med massivt tredekke i forbindelse med det reviderte tilbudet fra Skanska.

Øyen fortalte at de tre tilbyderne ble likebehandlet og at det ble stilt de samme kravene til alle, og det ble gitt lik informasjon.

Etter rettens vurdering beror det på oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn hvilke krav som skulle stilles til et massivt tre-bygg. Oppdragsgiver valgte å fastsette et krav om minst 0,25 m<sup>3</sup>/m<sup>2</sup> under forhandlingene, nettopp for å likebehandle tilbyderne. Om det burde vært stilt ytterligere krav, herunder om Cover Bords skal medregnes eller ikke, utgjør etter rettens vurdering oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Det samme gjelder spørsmålet om hvilke deler av bygningen som må bestå av massivt tre. Oppdragsgiver var i den forbindelse bistått av Ola Øyen som har spesiell fagkunnskap på dette området. Retten har ikke grunnlag for å overprøve hans vurdering på skjønnsmessig grunnlag, all den tid at Skanskas tilbud oppfylte det prosentkravet til massivt tre som ble angitt.

Det er ikke dokumentert eller sannsynliggjort at oppdragsgiver lempet på kravene til massivt heltre for å tilgodese Skanska. Retten bemerker at det under forhandlingene ble stilt krav som Skanska ikke oppfylte i sitt opprinnelige tilbud. Dette indikerer at kravene som ble stilt, ikke ble satt for å lempe kravene av hensyn til Skanska. Retten har ikke adgang til å foreta en skjønnsmessig vurdering av hvor strenge kravene burde vært.

Oppdragsgiver oppstilte krav som Skanska og de andre måtte oppfylle, for å ivareta det formålet som bruk av massivt heltre skulle ivareta. Formålet med massivt heltre var særlig å sikre godt inneklima og energieffektive løsninger, ifølge Øyen. Øyen fortalte at Cover Bords gjør bygget tettere og dermed mer energieffektivt.

Under forhandlingsmøtet ble Tøråsen oppfordret til å benytte Cover Boards for «å senke lekkasjetallet». Kommunen ga dermed tilbakemelding på det som kunne forbedre Tøråsens uttelling på dette tildelingskriteriet (energieffektivitet).

Og det fremkommer følgende i tildelingsbrevet:

«Samtlige løsninger tilfredsstillende en reduksjon på minimum 25% fra TEK17. Samtlige løsninger oppfylder også kravene som stilles til at de er å regne som massivtrebygg, med de gevinster og termiske egenskaper dette gir for inneklima. Valgt leverandør har imidlertid levert en mer energieffektiv løsning enn de to øvrige. Bygget har et høyere innsparingspotensiale, og er også det bygget som har den største reduksjonen fra TEK17.»

Det er ikke påvist eller dokumentert at tilbyderne fikk ulik informasjon angående krav til bruk av massivt tre og hva som skulle til for å oppnå høyere energieffektivitet. Det foreligger derfor heller ikke forskjellsbehandling angående krav til andel av massivt tre.

### 6.2.6 *Forskjellsbehandling angående reduksjon av antall dusjer i andre etasje?*

Det er anført at det foreligger fravikelse av skal-krav i forhold til antall dusjer i garderoben i Skanskas tilbud.

Færre dusjer innebærer en besparelse. Retten har forstått det slik at Tøråsen ikke ble gjort kjent med at antall dusjer kunne reduseres, men at Skanska fikk tilbakemelding om dette i forhandlingsmøtet, og dermed kunne justerte sitt tilbud.

Fokuset i forhold til Skanskas tilbud var planløsningen i andre etasje, ettersom kommunen mente at det på dette punktet var svakheter i tilbudet. I den forbindelse ble det tatt opp fra kommunens representanter at det kunne reduseres antall dusjer ut fra barnehagenes behov. Dette ble ikke et tema under forhandlingene med Tøråsen ettersom fokuset i den forbindelse var rettet mot andre forhold, herunder at bygningen var i tre etasjer, gangbru til andre etasje og plassering av lekeareal mv. Retten kan derfor ikke se at dette utgjør forskjellsbehandling ettersom kommunen hadde ulikt fokus i forhandlingene.

Endringen med antall dusjer kunne imidlertid med fordel vært formildet til de to andre tilbyderne også. Det er uansett begrenset innsparing som Skanska hadde som følge av dette. Skanskas tilbudspris ville uansett vært klart lavest, selv om dusjene ikke hadde blitt tatt ut av tilbudet.

I forhold til evalueringen av «egnetet» ble reduksjon av antall dusjer ikke premiært. Retten viser i den forbindelse til partsforklaringen til Ole Petter Blestad. Han forklarte at antall dusjer ikke var noe som ble vektlagt i forbindelse med evalueringen. Det fremkommer heller ikke av evalueringsskjemaet at dette ble vektlagt.

Dette har derfor ikke påvirket konkurransen.

Retten konkluderer med at det i forhold til dusjer ikke foreligger forskjellsbehandling som har påvirket utfallet av konkurransen.

### 6.2.7 *Oppsummering/ konklusjon: Likebehandling under forhandlingene*

Retten konkluderer med at de tre tilbyderne ble likebehandlet under forhandlingene og at Skanska ikke ble gitt fordeler.

\*\*\*\*\*

### 6.3 Foreligger det brudd på regelverket ved evalueringen av tilbudene, herunder likebehandlingsprinsippet?

#### 6.3.1 *Rettslig grunnlag*

Anskaffelsesloven § 4 er utgangspunktet for kommunes forpliktelser ved evalueringen av tilbudene. Oppdragsgiver har i høy grad et innkjøpsfaglig skjønn som domstolene ikke kan overprøve, jf. Rt-2007-1783 avsnitt 44, LA-2012-85717 og LB-2017-100799.

#### 6.3.2 *Evalueringen i forhold til areal*

Skanskas areal er mindre enn det som følger av arealprogrammet. Dette hadde Skanska adgang til å gjøre ettersom arealprogrammet var veiledende. Retten viser særlig til pkt. 1.01 i kravspesifikasjonen. Skanska svarte på oppgaven om å redusere arealet og samtidig oppfylle funksjonskravene. Dette fikk også Tøråsen klar beskjed om i forhandlingsmøtet, hvor følgende fremkommer i referatet:

«Det er konkurranse. Arne Tøråsen er ikke eneste tilbyder. Tilbudt løsning er arealmessig større enn angitt, og oppdragsgiver informerer om at størrelse på areal og pris henger sammen i tilbudene som er inngitt. Tilbyder kan styrke sin konkurranseposisjon ved å gjennomgå inngitt pris og løsning på nytt og se eventuelle besparelser som kan gjøres innenfor de rammer som er gitt».

Det ble dermed gitt lik informasjon angående dette til tilbyderne. Det var ved evalueringen ikke grunnlag for å trekke Skanska for reduksjonen i arealet i forhold til arealprogrammet.

Det var opp til tilbyderne å optimalisere sitt tilbud.

#### 6.3.3 *Evalueringen i forhold til massivt heltre*

Saksøker har videre anført at Skanska ikke er gitt fratrukket for dårlige løsninger knyttet til sentrale tildelingskriterier. Det gjelder massiv tre, hvor det anføres at kommunen har tillatt alternativer for Skanska. Retten bemerker at dette ikke er korrekt ettersom også Skanska oppfyller kravet til 25 prosent massivt treverk basert på fremlagt beregning, og samtlige tilbydere fikk tips om at det kunne benyttes Cover Bords av massivt tre. Tildelingskriteriet retter seg særlig mot energieffektivitet.

I forhold til øvrige løsninger i forhold til massivt treverk, og omfanget av dette, hører dette til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere. Skjønnen fremstår ikke som klart urimelig eller vilkårlig, ettersom alle tilbyderne fikk beskjed under forhandlingsmøtene om

hvilke krav som ble stilt til andel massivt tre. Kommunen var i den forbindelse bistått av Øyen som har særlig fagkompetanse på bygninger med massivt heltre.

#### 6.3.4 *Evaluering i forhold til svakheter i Skanska tilbud*

Det er anført at det er svakheter i tilbudet fra Skanska vedrørende massehåndtering på tomt/høy mur etc. Det er videre anført at det er lite egnede garderobeløsninger. Det er også vist til at der er dårlige lysforhold i vrimlerom. Dette er saksøkers subjektive oppfatning av Skanskas tilbud. Dette er forhold som retten ikke kan overprøve hensiktsmessigheten av. Dette angår det innkjøpsfaglige skjønnet. Dette kan domstolene i begrenset grad overprøve, men mindre det er vilkårlig, bygger på utenforliggende hensyn eller er sterkt urimelig. Retten kan ikke se at dette er tilfelle.

#### 6.3.5 *Evalueringen av tilbudet fra Tøråsen*

Evalueringen av tilbudet fra Tøråsen fremstår som innenfor rammen av det innkjøpsfaglige skjønnet. Dette gjelder blant annet at kommunen ga trekk for utendørs lekearealer i skrått terreng, broløsning som adkomst til 2. etasje der kommunen ville ha enklere adkomst, og at grovgarderoben hadde store vinduer. Det fremstår ikke som vilkårlig eller sterkt urimelig at oppdragsgiver vektlegger slike forhold.

De forhold som ble tatt opp under forhandlingsmøtet med Tøråsen, og som ikke forbedret i det reviderte tilbudet, er også de forholdene som oppdragsgiver ga trekk for. Det var også innenfor de fastsatte evalueringskriteriene å vektlegge nevnte forhold.

#### 6.3.6 *Oppsummering/konklusjon: Evaluering*

Retten konkluderer med at det ikke foreligger brudd på regelverket ved kommunes evaluering av tilbudene. Det foreligger heller ikke brudd på likebehandlingsprinsippet i forbindelse ved evalueringen.

Retten er ikke enig i at det har vært brudd på likebehandlingsprinsippet, som enkeltvis eller samlet har gitt Skanska fordeler i konkurransen. Etter rettens vurdering har heller ikke Skanska fått fordeler under konkurransen. Det er heller ikke slik at det er lempet på kravene overfor Skanska når det gjelder TEK 17 som er et kontraktskrav.

Evalueringen har skjedd i samsvar med de tildelingskriterier som kommunen fastsatte i konkurransegrunnlaget.

Feil tall i evalueringsmatrisen som ble vedlagt tildelingsbrevet har ikke påvirket resultatet. Hoff Johnstad fra Abakus forklarte i retten at feilene berodde på teknisk regnefeil, men at riktige tall senere ble satt inn i evalueringsmatrisen. Etter at poengene for egnethet ble

justert, ble differansen enda større opp til Skanska. Uavhengig av hvilke tall som benyttes, så ville resultatet blitt det samme.

Retten er heller ikke enig i at det har vært en uryddig prosess i Skanskas favør.

#### 6.3.7 *Er evalueringen etterprøvbart?*

Saksøker har anført at evalueringen ikke er etterprøvbart.

Retten bemerker at det ble ført referat fra tilbudsbefaringen, fra arbeidsmiljøgruppens vurderinger og fra forhandlingsmøtene. Tildelingsbeslutningen med begrunnelse er skriftlig. Det foreligger også et evalueringsskjema i forbindelse med tildelingen, for tildelingskriteriet «egnethet», der oppdragsgiver har foretatt en vurdering av de ulike tilbudene basert på tildelingskriteriene.

Begrunnelsen for tildelingen og hva som er vektlagt fremkommer klart av de skriftlige dokumentene som er fremlagt i saken. Dette kan sammenholdes med konkurransegrunnlaget og fastsatte tildelingskriterier.

Etter rettenes vurdering er evalueringen etterprøvbart.

Også kravet til forutberegnelighet er ivaretatt. Tilbyderne har fått lik informasjon om hvilke krav som stilles.

\*\*\*\*\*

#### 6.4 Er det lagt vekt på utenforliggende hensyn; personlig egnethet, og har dette virket inn på tildelingsbeslutningen?

Saksøker har anført at kommunen har tatt utenforliggende hensyn i konkurransen ved at det er vektlagt personlige forhold.

Det ble etablert en egen prosjektgruppe som skulle stå for gjennomføringen av anskaffelsen og som skulle foreta evalueringen. Denne gruppen gjennomgikk tilbudene, deltok under forhandlingsmøtene, og foretok evalueringen med innstilling om hvilken tilbyder som skulle få dette oppdraget. Prosjektgruppen bestod av åtte personer. Dette var Ole Petter Blestad (prosjektleder Trysil kommune), Reidun Østby (barnehagebestyrer Trysil kommune), Berit Helen Haget (barnehagesjef Trysil kommune), Ståle Elgshøen (Eiendomssjef Trysil kommune), Richard Olsen (Sweco), Ola Øyen (Silvinova AS), Bjarne Skarpmo (Abakus) og Svend Hoff Johnstad (Abakus).



I forbindelse med rettsmøte da den midlertidige forføyningen ble behandlet av tingretten, den 16. og 17. februar 2023, vitnet Richard Olsen. Denne kjennelsen ble opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, fordi lagmannsretten mente at tingretten hadde tatt stilling til et påstandsgrunnlag som det ikke hadde vært kontradiksjon omkring.

Hvordan tingretten oppfattet forklaringen til Olsen er gjengitt i kjennelsen, hvor følgende fremkommer:

«Sivilingeniør Richard Olsen i Sweco har bistått kommunen i vesentlig grad ved gjennomføring av konkurransen. Han forklarte i retten at det avgjørende for tildelingsevalueringen var egnethet for representantene fra tilbyderne på tilbudsbeferingen og i forhandlingene. Dette ble normalt det avgjørende for byggherre, også i denne saken. Ifølge Olsen var det stor forskjell på Skanska og Tøråsens fremtreden. Representantene fra Skanska hadde ifølge Olsen fremstått ydmyke i møtet med byggherre. Representantene fra Tøråsen hadde derimot gjort et dårligere inntrykk. Olsen forklarte videre at det merkes raskt hvilke representanter som er best egnet.»

I kjennelsen la tingretten deretter til grunn at det ble lagt vekt på utenforliggende og usaklige hensyn ved tildelingsevalueringen, og at dette er i strid med anskaffelsesloven § 4. Videre at dette kunne ha påvirket anskaffelsesprosessen ved at Skanska kan ha fått en mer adekvat veiledning for tilpasning til konkurransegrunnlaget enn Tøråsen.

Retten er enig i at dette ikke er adgang til å ta personlige hensyn slik som beskrevet i tingrettens kjennelse. Forklaringen fra Richard Olsen, slik som den er gjengitt i kjennelsen, fremstår som påfallende. Kommunen identifiseres med Richard Olsen, ettersom kommunen engasjerte Sweco som en medhjelper i forbindelse med konkurransen.

Bevisføringen omkring tildelingsprosessen var langt mer omfattende under hovedforhandlingen, enn under den midlertidige forføyningen. Dette gjelder særlig hvordan anskaffelsen ble gjennomført på, bruk av innspill fra arbeidsmiljøgruppen, forhandlinger, og evalueringen av tilbudene. Videre at det var en prosjektgruppe, der medlemmene bistod med sin fagkunnskap på ulike områder, som hadde betydning for anskaffelsen. Både barnehagesjef og barnehagebestyrer satt i gruppen for å definere hvilke behov de ønsket at barnehagebygget skulle oppfylle. Abakus bistod også ved gjennomføringen.

Problemstillingen er om det er tatt utenforliggende hensyn og om dette eventuelt har påvirket gjennomføringen og utfallet av konkurransen.

Både Blestad, Østby, Haget, Øyen, Skarpmo og Hoff Johnstad avga forklaringer i retten. Samtlige vitner forklarte seg om sine roller i forbindelse med anskaffelsen, hvordan de oppfattet at anskaffelsen ble gjennomført og de vurderinger som ble foretatt i forbindelse

med anskaffelsen. Blestad forklarte i retten at personlig egnethet aldri hadde vært et tema i det samtaler han hadde hatt med Ricard Olsen i forbindelse med denne anskaffelsen. Både barnehagesjef Haget og barnehagestyrer Østby forklarte i retten at personlig egnethet aldri hadde vært et tema under anskaffelsen. Ola Øyen forklarte at han hadde særlig kompetanse på denne anskaffelsesformen med totalentreprise som han hadde vært med på å utvikle. Øyen forklarte at alle tilbyderne hadde blitt behandlet helt likt og det var ikke spørsmål om personlig egnethet. Alt var objektivt og det ble ikke diskutert personer, ifølge Øyen.

Retten viser også til vitneforklaring fra Svend Hoff Johnstad i Abakus, som hadde ansvaret for gjennomføringen av konkurransen. Hoff Johnstad forklarte at Abakus påser at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn og at oppdragsgivers skjønnsutøvelse er innenfor det lovlige. Vitnet forklarte at personlig egnethet ikke ble vurdert og at dette ikke var et tema. Videre at kommunen var fornøyd med samtlige tilbydere. Han hadde heller aldri notert at det var noen negative kommentarer av noe slag angående de ulike tilbyderne. Vitnet forklarte også at det ikke ville blitt akseptert dersom noen ga uttrykk for at det ble tatt personlige hensyn.

Retten bemerker at det ikke er holdepunkter for at ovenfor nevnte personene tok personlige hensyn ved sine vurderinger. Under bevisføringen fremkom det at disse personene vektla saklige forhold ved sine evalueringer.

Ved spørsmålet om det er tatt utenforliggende hensyn har retten foretatt en gjennomgang av hele anskaffelsesprosessen. Retten viser i den forbindelse til redegjørelsen som fremkommer ovenfor i dommen. I tillegg kommer retten med noen tilleggsbemerkinger angående dette som fremkommer nedenfor.

Det er anført at Skanska fikk fordeler i forhold til at spørsmålet om areal. Det ble avholdt en tilbudsbeifaring den 28. mars 2022 hvor representanter fra alle tilbyderne deltok. Det fremkommer i den forbindelse at Egil Henning fra Skanska stilte et spørsmål om arealprogrammet var bindende eller veiledende. Videre at dette ble besvart av Richard Olsen muntlig, mens alle var tilstede. Dette ble også besvart skriftlig ved et referat hvor det står at romprogrammet er veiledende. Retten kan ikke se at oppdragsgiver i den forbindelse forskjellsbehandlet tilbyderne eller tok utenforliggende hensyn.

Bevisføringen ga imidlertid et klart inntrykk av at Skanska var mer bevisst på den problemstillingen som de tok opp under tilbudsbeifaringen, altså muligheten for å optimalisere sitt tilbud ved levere en arealeffektiv løsning som ivaretok funksjonsbehovene som oppdragsgiver hadde beskrevet.

Dette hadde imidlertid også Tøråsen anlegning til å gjøre. Tøråsen ble oppfordret til dette via beskrivelsen som ble gitt i konkurransegrunnlaget, det som ble opplyst på

tilbudsbefaringen (samt i referatet) og i kommunes tilbakemelding under forhandlingene med Tøråsen, hvor dette også fremkommer av referatet fra forhandlingsmøtet.

Retten konkluderer med at oppdragsgiver ikke forskjellsbehandlet noen i den forbindelse, og det er ikke holdepunkter for at det ble tatt personlige hensyn.

Etter at tilbudene hadde innkommet og blitt gjennomgått på et møte på Hamar den 21. september 2022, ble skissene fra tilbyderne anonymisert og forelagt for arbeidsmiljøgruppen ved Nysted og Østmojordet barnehager. I arbeidsmiljøgruppen ble det avholdt et møte den 29. september 2022. Det fremkommer av referatet at «skissene ble først gjennomgått og vurdert hver for seg. Til slutt ble det konkludert med hvilket alternativ de ansattes representanter opplevde som det beste. Under konklusjon fremkommer følgende:

«Arbeidsmiljøgruppene liker best alternativ C pga. «ryddighet» og god organisering. Mulighet for å lukke dører til «vrimeareal» ble sett på som svært positivt. Plassering på tomte gir en god utnyttelse av arealet og det er bra at lekearealet ute ikke omgir hele huset. Det er likevel ønskelig med bedre garderobeplass til barna og annen romløsning i personalavdelingen, slik at garderoberne flyttes nærmere inngangen. Samtidig er det viktig å ikke rokkere på plassering av styrers og nestleders kontorer.»

Det var altså skissen til Skanska i anonymisert form som arbeidsmiljøgruppen foretrakk. I den forbindelse kan ikke retten se at det ble tatt utenforliggende eller personlige hensyn.

Etter dette ble forhandlingsmøtene med de tre tilbyderne gjennomført. Oppdragsgiver ga tilbakemeldinger på svakheter til hver enkelt tilbyder, og fokuset under forhandlingsmøtene ble dermed også ulikt. Det er skrevet referat fra møtene.

I dette møtet fikk Tøråsen tilbakemeldinger om en rekke forhold, som kan oppfattes som en oppfordring til forbedring av tilbudet. Dette gjelder særlig følgende forhold:

«-Oppdragsgiver har angitt at det er ønsket et bygg i to plan, med personalavdeling i 2. etasje. Tilbyder har tilbudt en løsning med teknisk rom i kjeller. Oppdragsgiver ønsker at tilbyder forholder seg til ønsket fra oppdragsgiver om at det skal være et bygg på to plan.»

(...)

-Oppdragsgiver synes adkomst via bro er uhensiktsmessig fra et funksjonelt perspektiv, men at de har forståelse for den arkitektoniske estetikken.

(...)

-Oppdragsgiver stiller spørsmål med hvordan sikring av lekeareal for småbarn er tenkt, da avsatt areal er i en skråning.

- Avstand fra lekearealer på sørside til inngang grovgarderobe er stor. Har tilbyder gjort seg noen tanker rundt hvordan dette skal løses? Tilbyder svarer at tanken er at arealene nås ved å gå rundt fra inngang til lekeområde. Det vil også være mulig å etablere en utgang ut mot lekearealet, dersom dette er ønskelig.

(...)

-Oppdragsgiver ber tilbyder vurdere coverboards (tynne massivtreskiver) i ikke-bærende yttervegger med rette flater for å senke lekkasjetallet.»

Det ble tatt opp mer grunnleggende forhold under forhandlingsmøtet med Tøråsen, og retten antar dette er bakgrunnen for at ble viet mindre tid til detaljer for innsparing, for eksempel ved at det ikke ble tatt opp at noen dusjer kunne tas ut av prosjektet mv. Retten bemerker imidlertid også at Tøråsen fikk tilbakemeldinger om optimalisering. Blant annet fremkommer det av referatet følgende:

«Det er tilbudt to toaletter i tilknytning til hver grovgarderobe. Oppdragsgiver informerer om at det her er tilstrekkelig med ett toalett per grovgarderobe, og at det med fordel heller kan tilbys flere små toaletter ute i avdeling.»

Ulikt fokus under forhandlingen skyldes at tilbudene var ulike, og dette kan ikke tolkes dithen at det ble tatt utenforliggende eller personlige hensyn.

Tøråsen har anført at Skanska ble favorisert ved at de fikk lempeligere krav angående massivt tre. Retten bemerker at de krav som ble stilt ble oppfylt av samtlige tilbydere. Oppdragsgiver var i den forbindelse bistått av Øyen som har spesiell fagkunnskap på dette området. Øyen vitnet i retten og uttalte at det ikke ble tatt personlige hensyn i denne prosessen, heller ikke ved fastsettelsen av hvilke krav som ble stilt for at bygningen skulle anses som et massivt heltrebygg. Det er ingen holdepunkter for at Øyen har tatt personlige hensyn ved denne vurderingen.

Det er ikke sannsynliggjort at Skanska under forhandlingene fikk en mer adekvat veiledning for tilpasning til konkurransegrunnlaget enn Tøråsen. Retten kan heller ikke i forbindelse med forhandlingene se at det er tatt utenforliggende hensyn eller vektlagt personlige forhold.

Evalueringen som kommunen gjorde er dokumentert i tildelingsbeslutningen og i evalueringsskjemaet. Pris er vektet med 60 prosent og dette er et rent objektive tildelingskriterium. Skanska hadde en pris på kroner 60 879 127 og Tøråsen kroner 69 459 144. Prisforskjellen er relativt stor, og dette får stor betydning alle den tid pris vektet med 60 prosent. I forhold til evalueringskriteriet «egnethet» er det vektlagt de samme forhold som det fremkommer av konkurransegrunnlaget, og de forhold som ble påpekt i forhandlingene med tilbyderne. Det er ingen bevis eller noe som tyder på at det tatt utenforliggende hensyn, herunder personlige hensyn, under evalueringen av tilbudene. Kommunen var også bistått av Abakus som kvalitetssikret anskaffelsesprosessen.

For at en feil skal medføre ugyldighet er det er grunnlag om at feilen skal ha påvirket utfallet, se for eksempel artikkel «Feil og ugyldighet i forvaltningsretten», 2021, ved Anders Løvlie s. 270.

Ricard Olsen vitnet under hovedforhandlingen, og ble konfrontert med det han skal ha sagt i forbindelse med behandlingen av den midlertidige forføyningen. Olsen forklarte i retten at det ikke var ment slik som det fremkom av tingrettens kjennelse, men at hans utsagn var et uttrykk for Tøråsen ved sin arkitekt ikke tok til seg de innspill som oppdragsgiver kom med, og dermed ikke tilpasset sitt tilbud i samsvar med kommunes ønsker/behov. Olsen benektet at det ble tatt personlige hensyn, men opplyste at Tøråsen ikke justerte sitt tilbud i samsvar med de innspill som oppdragsgiver ga under forhandlingsmøtet. Dette gjaldt i forhold til gangbru, samt barnehagens utforming og plassering i forhold til lekeareal.

Retten bemerker at det ikke var Ricard Olsen som fattet beslutningen på vegne av Trysil kommune. Det var hele prosjektgruppen som foretok evalueringen og innstillingen om hvem som tilbys oppdraget. Olsen forklarte i retten at de særlig vektla innspillene fra arbeidsmiljøgruppen.

Det fremkom under bevisføringen at ingen av medlemmene i prosjektgruppen hadde noen tilknytning, kjennskap, vennskap eller erfaringer med Skanska Husfabrikken fra tidligere av. Det fremkommer at Trysil kommunen tidligere har samarbeidet med Tøråsen og Nord Arkitektur ved Eilert Gabrielsen, herunder ved bygging av barnehage. Dette samarbeidet hadde vært godt og det forelå ikke konflikter fra tidligere av.

Det fremkom også at det fra Trysil kommune hadde vært et ønske om en lokal entreprenør skulle inngi tilbud i saken. Kommunen aksepterte at Tøråsen fikk ettersende utomhusplan som ikke var vedlagt tilbudet, og unnlot å avvise tilbudet. Kommunen aksepterte også at Tøråsen benyttet arkitekt Gabrielsen, til tross for at kommunen tidligere selv hadde engasjert Gabrielsen til å tegne en skisse i forprosjektet av barnehagen. Dette taler imot at noen av kommunes representanter skulle forskjellsbehandle Tøråsen i disfavør av en annen tilbyder.

Ricard Olsen hadde ingen erfaringer med Skanska fra tidligere av. Olsen opplyste at han hadde gode erfaringer med Tøråsen etter et prosjekt på Rena.

Basert på gjennomføringen av konkurransen, som beskrevet ovenfor, og at i alle fall syv av åtte medlemmer i prosjektgruppen ikke tok utenforliggende hensyn, er det ikke grunnlag for å konstatere at det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller evalueringen av tilbudene. Utfallet av konkurransen ville uansett blitt det samme, idet oppdragsgiver har forholdt seg objektivt til tildelingskriteriene ved evalueringen.

Det er fremlagt dokumentasjon på hvordan evalueringen ble foretatt. Dette dokumenter at tildelingen er basert objektive forhold det er tillatt å vektlegge i en slik konkurranse. Gjennomføringen av konkurransen var rettferdig og utfallet av konkurransen ville blitt det samme uavhengig av hvilke holdninger som Ricard Olsen eventuelt hadde. Skanska hadde også lavest pris som ble vektet med 60 prosent. Samtidig mente kommunen at Skanska hadde den beste funksjonelle løsningen for å ivareta behovene for et barnehagebygg. Det var dette oppdraget som tilbyderne skulle besvare ved å inngi tilbud i en totalentreprise.

Retten er dette kommet frem til at det ikke er tatt utenforliggende hensyn i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Eventuelle feil fra en enkeltperson, i form av feil holdninger, har under enhver omstendighet ikke påvirket utfallet av denne konkurransen alle forhold tatt i betraktning.

\*\*\*\*\*

## 6.5 Oppsummering

Det følger av konkurransegrunnlaget at arealprogrammet er veiledende. Kommunen ga lik informasjon om dette til samtlige tilbydere.

Det foreligger heller ikke andre avvik i Skanskas tilbud som kan gi grunnlag for å avvise Skanska fra konkurransen.

Kommunen har gitt lik informasjon om grunnlaget for konkurransen til samtlige tilbydere, selv om fokuset under de ulike forhandlingsmøtene har variert basert på ulike tilbud. Dette innebærer ikke forskjellsbehandling eller andre brudd på anskaffelsesregelverket.

Kommunen har ikke gitt Skanska fordeler under forhandlingene. Arealprogrammet var veiledende og det var opp til tilbyderne å optimalisere arealutnyttelsen. Krav om andel massivt tre ble likt formulert overfor alle tre tilbyderne.

Det er ikke sannsliggjort at kommunen har opptrådt i strid med grunnleggende prinsipper om likebehandling og forutberegnelighet i tildelingsfasen.

Kommunen har ikke begått feil som har fått innvirkning på tildelingen, verken ved forhandlingene eller ved evalueringen av tilbudene.

Kommunen har ikke tatt utenforliggende hensyn som har innvirket på konkurransen.

Det er ikke grunnlag for å sette tildelingsbeslutningen til side.

## **7. Krav om midlertidig forføyning**

Det er ikke sannsynliggjort et hovedkrav jf. tvisteloven § 34-2, og retten viser til begrunnelsen ovenfor.

Det er derfor ikke grunnlag for midlertidig forføyning.

## **8. Sakskostnader**

Saksøkte frifinnes både i hovedsaken og i sak om midlertidig forføyning. Dette innebærer at saksøkte har vunnet begge sakene fullt ut, jf. tvisteloven § 20-2 (2). Saksøkte har derfor som den klare hovedregel krav på dekning av sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (1).

Saken har ikke bydd på kvalifisert tvil, jf. Rt. 2007 s. 1447 og Rt. 2007 s. 278. Det er derfor ikke grunnlag for å gjøre unntak for sakskostnadskravet på dette grunnlaget.

Saksøker har vist til at det er fremsatt et forlikstilbud fra Tøråsen i saken, ved e-post av 10. mars 2023, hvor følgende fremkommer:

«Fra Arne Tøråsens side vurderes nå søksmål knyttet til beslutningen om kontraktstildelingen og øvrige erstatningskrav. Saken er imidlertid krevende for begge parter og Arne Tøråsen AS er i all minnelighet innstilt på å bidra til en rask løsning for å unngå ytterligere kostnader og utsettelse av kommunens prosjekt. Arne Tøråsen AS har hatt kostnader i forbindelse med denne anbudsinnbydelsen som uansett vil bli krevet dekket i et eventuelt søksmål. Samlede kostnader er foreløpig beregnet til kr 1 350.000 og kan dokumenteres med timelister. Det fremsettes derfor et tilbud om at kommunen utbetaler en erstatning til Tøråsen på kr. 1 350 000 med tillegg av de kostnader som ble idømt i rettens behandling. I tillegg kommer selvfølgelig kr. 100 000 i utbetaling som følger av konkurransegrunnlagets punkt 4.1, anskaffelsesprosedyre, til sammen kr. 1 738 236.»

Forlikstilbudet innebar at Trysil kommune skulle betalte kroner 1 350 000, tilsvarende den negative kontraktsinteressen. I tillegg til de sakskostnader som tingretten ila kommunen i kjennelsen som senere ble opphevet av lagmannsretten.

Retten bemerker at dette forlikstilbudet ikke lå tett opp til det som ble oppnådd i saken. Dette tilbudet betinger også at det foreligger et ansvar fra kommunen side, noe som retten har komme frem til at det ikke gjør. Forlikstilbudet gir derfor ikke grunnlag for å fritta saksøker for sakskostnadsansvar, jf. tvisteloven § 20-2 (3) bokstav b.

Etter en samlet vurdering finner retten ikke at det foreligger tungtveiende grunner for å fritta saksøker fra å betale sakskostnader.

Etter tvisteloven § 20-5 skal det gis full erstatning for sakskostnadene, som skal dekke partenes nødvendige kostnader ved saken.

Saksøker har fremsatt innsigelser mot saksøktes sakskostandsoppgave. Det er anført at salærkravene totalt sett er for høyt, sett i forhold til salærsats og antall timer.

For den midlertidige forføyningen har saksøkte inngitt sakskostnader på kroner 27 950, som gjelder salær for behandling i lagmannsretten. Retten viser i den forbindelse til kjennelse fra lagmannsretten av 19.05.2023, sak 23-055656ASK-ELAG/, der Trysil kommune ble tilkjent sakskostnader med kroner 98 900. Etter rettens vurdering er det ikke grunnlag for ytterligere sakskostnader enn dette for anken til lagmannsretten.

For behandlingen i tingretten av den midlertidige forføyningen er det inngitt en samlet sakskostandsoppgave på kroner 583 787. Dette er for muntlige forhandlinger den 16. og 17. februar 2023, og forberedelse til forhandlingene. Kravet omfatter også honorar til vitner. Det er medtatt kroner 54 210 til vitnet Richard Olsen, kroner 36 000 til vitnet Martine Skagen og kroner 39 010 til vitnet Svend Hoff Johnstad.

For advokatbistand ved den midlertidige forføyningen er antall timer frem til og med tilsvar er oppgitt til 23,5. Antall timer frem til rettsmøtet er oppgitt til 74, og for muntlige forhandlinger med forberedelse etc. er det oppgitt 20 timer. Totalt honorarkrav for advokat utgjør kroner 441 300 eks. mva. Det gir en gjennomsnittlig timepris på 3 755 eks. mva. Det vises til sakskostandsoppgave av 17.02.2023.

Etter rettens vurdering overstiger det samlede salærkravet for den midlertidige forføyningen det som er rimelig og nødvendig i en sak som denne. Dette gjelder både honorar til kommunes vitner og i forhold til advokatens salær. Det er høy timesats kombinert med mange timer. Honoraret til vitnene er også høyt. Etter en skjønnsmessig vurdering settes det totale salærkravet for den midlertidige forføyningen til kroner 450 000.

For hovedsaken er det inngitt et totalt salærkrav på kroner 843 104. Dette gjelder en sak som gikk over fire dager i tingretten. Oppgitt salærkrav frem til inngivelse av tilsvar er 20 timer, salær frem til hovedforhandling er oppgitt til 125 timer, og salær for hovedforhandling med kveldsarbeid og reisetid er oppgitt til 42 timer. Gjennomsnittlig timepris er kroner 4 141 eks. mva.

Honorar for vitnet Skagen er oppgitt et honorarkrav på kroner 51 496. Dette kommer i tillegg til honoraret for den midlertidige forføyningen på kroner 36 000.



Retten bemerker at må ha vært tidsbesparende at deler av saken tidligere hadde vært behandlet i forbindelse med den midlertidige forføyningen. Samlet sett fremstår også salæret for hovedforhandlingen høyere enn det som er rimelig og nødvendig. Dette igjen sett i sammenheng mellom antall timer og timepris. Etter en skjønnsmessig vurdering settes det totale salærkravet for hovedsaken til kroner 700 000.

Saksøker betaler sakskostnader til saksøkte med kroner 450 000 i sak om midlertidig forføyning og kroner 700 000 i hovedsaken.

\*\*\*\*\*

Dom er ikke avsagt innen lovens frist. Det skyldes andre berammelser, samt denne sakens omfang.

I sak om midlertidig forføyning ble det avsagt kjennelse med slik:

### **SLUTNING**

1. Trysil kommune frifinnes.
2. Arne Tøråsen AS betaler sakskostnader til Trysil kommune med 450 000 –firehundreogfemtusen– kroner innen 2 –to- uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

I hovedsaken ble det avsagt dom med slik:

### **DOMSLUTNING**

1. Trysil kommune frifinnes.
2. Arne Tøråsen AS betaler sakskostnader til Trysil kommune med 700 000 –syvhundretusen– kroner innen 2 –to- uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Retten hevet

Bjørn Erik Serkland

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

*Dokument i samsvar med original.  
Bente Linjordet  
rådgiver*

## Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

### Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

### Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

### Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klar sannsynlighetsovervekt for at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

### Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

### Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

### **Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett**

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.