



## EIDSIVATING LAGMANNSRETT

### KJENNELSE

---

**Avsagt:** 19.05.2023

**Saksnr.:** 23-055656ASK-ELAG/

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Lagdommer

Ola Rambjør Heide  
Hans Christian Koss  
Anders Blix Gundersen

---

Ankende part

Arne Tøråsen AS

Advokat Beate Vesterås

Ankemothpart

Trysil kommune

Advokat Marianne Høstmark Dragsten

Saken gjelder begjæring om midlertidig forføyning i sak om offentlige anskaffelser, jf. tvisteloven kapittel 34.

Arne Tøråsen AS og to andre leverandører innga hvert sitt tilbud i en offentlig anbudskonkurranse om anskaffelse av en ny sentrumsbarnehage i Trysil kommune. Anskaffelsen var en totalentreprise, og reglene om konkurranse med forhandling var lagt til grunn, jf. lov om offentlige anskaffelser § 13-1 annet ledd. Det var utformet et konkurransegrunnlag der blant annet tildelingskriteriene – pris og kvalitet – var angitt, og byggets utforming og plassering var beskrevet.

Én av de andre tilbyderne – Skanska Husfabrikken AS – ble 21. november 2022 tildelt kontrakten.

Arne Tøråsen AS påklaget vedtaket 13. desember 2022 og gjorde gjeldende at Skanskas tilbud skulle ha vært avvist fordi det ikke oppfylte arealprogrammet i kravspesifikasjonene og var i strid med TEK 17, arbeidsmiljøloven og barnehagenormen. Kommunen avviste klagen 22. desember 2022. Kommunen opprettholdt sitt vedtak i brev 10. januar 2023, etter at Tøråsen fastholdt klagen.

Tøråsen begjærte midlertidig forføyning 15. januar 2023. Det ble fastholdt at Skanskas tilbud skulle ha vært avvist.

Etter muntlige forhandlinger 16. og 17. februar 2023 avsa Østre Innlandet tingrett kjennelse 3. mars 2023 med slik slutning:

1. Trysil kommune forbys å inngå kontrakt med Skanska Husfabrikken AS i konkurranse totalentreprise ny sentrumsbarnehage inntil tingretten har avgjort spørsmålet om anskaffelsesregelverket er brutt ved gjennomføring av konkurransen.
2. Arne Tøråsen AS gis frist for søksmål på to uker fra forføyningen er rettskraftig avgjort. Dersom sak ikke er reist innen denne fristen, faller den midlertidige forføyningen bort.
3. Trysil kommune betaler 288 236 – tohundreåttehundreogåttiåttetusentohundreogrettiseks – kroner i sakskostnader til Arne Tøråsen AS innen to uker fra forkynnelse av denne kjennelsen.

Tingretten kom til at det ikke var grunnlag for å avvise Skanskas tilbud, men kom til at tildelingsbeslutningen skulle settes til side fordi at kommunen hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å vektlegge personlig egnethet ved tildelingen til Skanska.

Øvrig bakgrunn for saken fremgår av tingrettens kjennelse. Tøråsen har i prosesskriv opplyst at det er inngitt stevning mot kommunen for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Trysil kommune har anket kjennelsen og gjort gjeldende at tingretten begikk saksbehandlingsfeil. Tingretten har i kjennelsen lagt til grunn at det ble fremsatt nye anførsler fra Tøråsen under de muntlige forhandlingene knyttet til en vitneforklaring. Det er ikke riktig. Dersom det fremsettes nye anførsler som skal behandles av retten, må det fremgå tydelig at disse er fremsatt slik at motparten får mulighet til å imøtegå anførslene. Det ble ikke gjort. Tingretten har dermed basert sin avgjørelse på forhold som ikke var gjenstand for kontradiksjon.

Når kommunen ikke var klar over at retten ville behandle en anførsel om at personlig egnethet var vektlagt, så fikk heller ikke kommunen foranledning til å be om ytterligere bevisføring for å tilbakevise påstanden. Dersom kommunen hadde kjent til at dette var en anførsel som tingretten skulle behandle, ville kommunen ha ført vitner fra brukergruppene for å få opplyst saken nærmere om gjennomføringen av evalueringen og hvilke forhold som ble vektlagt. Når kommunen ikke fikk anledning til å ha bevisføring rundt dette, er det et brudd på kontradiksjonsprinsippet

I tillegg kjenner kommunen seg ikke igjen i tingrettens gjengivelse av den aktuelle vitneforklaringen. Det ble på ingen stadier av konkurransen sett hen til personlig egnethet. Tingretten har derfor lagt feil faktum til grunn i kjennelsen. Dersom tingretten hadde lagt riktig faktum til grunn, ville det ikke ha vært grunnlag for å komme til den konklusjonen som tingretten gjorde fordi kommunen bare har vektlagt lovlige hensyn ved tildelingen.

Arne Tøråsen AS sin mangelfulle erfaring med større totalentrepriser var ikke noe som ble tillagt vekt ved evalueringen, men det kan forklare hvorfor Arne Tøråsen AS har tolket konkurransegrunnlaget feil. Det er ikke ført bevis for at vitnet har hatt en avgjørende innflytelse på evalueringen av tilbudene.

Spørsmålet om, og svaret på, om arealprogrammet var veiledende ble gitt mens samtlige tilbydere var til stede, og svaret ble videreformidlet i referatet fra befaringen. Alle tilbyderne fikk derfor kunnskap om kommunens svar. Konkurransegrunnlaget var heller ikke uklart ut fra en objektiv forståelse, og tingretten har ikke ansett det nødvendig å vektlegge avklaringen under befaringen ved sin tolkning av dette. Det forelå derfor ikke en situasjon hvor en tilbyder hadde fått mer informasjon enn de øvrige i konkurransen, slik ankemotparten forsøker å fremstille det.

Tilbudet til Skanska er ikke i strid med TEK17. En løsning som ikke oppfyller de preaksepterte løsningene er ikke automatisk i strid med TEK17. Skanska har i tilbudet påtatt seg å oppfylle TEK 17, og det er ingen holdepunkter for at dette ikke vil bli oppfylt.

Tingrettens vurdering av om det er krav om dusj etter TEK17 eller arbeidsplassforskriften er videre korrekt rettsanvendelse. Kommunen anfører videre at det ble formidlet til samtlige tilbydere at det ikke var behov for dusj i garderoben. Kommunen erkjenner imidlertid at det formelt var en feil at dette ikke ble referatført, slik at opplysningen var tilgjengelig for samtlige tilbydere.

Trysil kommune har nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1) Tingrettens kjennelse oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil

Subsidiært:

2) Trysil kommune frikjennes

I begge tilfeller:

3) Trysil kommune tilkjennes saksomkostningene både for tingretten og lagmannsretten.

Arne Tøråsen AS har inngitt tilsvar og selvstendig anke. Det gjøres gjeldende at ankemotparten allerede i begjæringen om midlertidig forføyning anførte at kommunen hadde opptrådt i strid med likebehandlingsprinsippet, også ved evalueringen av tilbudene. Flere av kommunens begrunnelser fremsto som oppkonstruert i ettertid og var heller ikke i samsvar med en objektiv bransjeforståelse av de benyttede begrepene. På dette grunnlag valgte derfor Tøråsen å ta ut en begjæring om midlertidig forføyning i saken.

Under de muntlige forhandlingene forklarte kommunens innleide rådgiver at det var viktig for byggherren å inngå kontrakt med en leverandør som hadde den nødvendig personlig egnethet, da dette var avgjørende for et godt prosjekt. Tøråsen var ikke kjent med vitnets synspunkter før de muntlige forhandlingene. Vitnet forklarte at i motsetning til Skanska fremsto Tøråsens representanter som arrogante og lite lydhøre overfor kommunens ønsker. På dette grunnlag ble det fra ankemotpartens side både fastholdt og prosedert på at kommunen hadde tatt utenforliggende hensyn ved tildelingen av kontrakten til Skanska. Denne type forutsetninger som kommunen hadde vektlagt i tildelingsprosessen, som personlig egnethet hos leverandørene og ikke minst andre utenforliggende synspunkter som avvek fra konkurransegrunnlaget uten at det var meddelt de øvrige leverandørene, var ikke i tråd med forsvarlig tilbudsprosess i en offentlig anskaffelse.. Anførselen om ulovlig tildelingshensyn i evalueringen var altså en forlengelse av allerede anførte forhold om brudd på regelverket om likebehandling og forutberegnelighet. Det foreligger derfor ingen saksbehandlingsfeil. Det fastholdes dessuten at kommunen la vekt på utenforliggende forhold.

Det fastholdes videre at Skanska skulle vært avvist etter anskaffelsesforskriften § 24-8 bokstav b da det forelå vesentlig arealavvik i Skanskas tilbud i forhold til de arealkrav som

fremgikk av utarbeidet kravspesifikasjon i konkurransen. Ved å tillate Skanskas arealavvik ble denne leverandøren gitt et fortrinn i konkurransen i forhold til de øvrige tilbyderne som hadde forholdt seg lojalt til kravspesifikasjonen. Tøråsen var ukjent med at arealprogrammet i konkurransegrunnlaget kun skulle betraktes som veiledende. Det utgjør et brudd på anskaffelsesforskriften at Tøråsen ikke var gjort kjent med dette. Slik kravspesifikasjonen er bygget opp, og formulert, er det vanskelig å forstå for en alminnelig påpasselig tilbyder hvilket grunnlag som bare skal være veiledende. Retten har verken vist til eller vurdert grunnleggende prinsipper om at det ved uklarheter i et konkurransegrunnlag må tillegges vekt hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen for uklarheten. Siden dette ikke er omtalt i kjennelsen er det sannsynlig at retten ikke har vurdert forholdet, noe som har innvirket på den avgjørelsen som er truffet. Videre har retten ved bevisvurderingen knyttet til arealprogrammets bindende karakter utelatt flere sentrale momenter i vurderingen, noe som også kan ha påvirket resultatet.

Under forhandlingene ble det også kjent at kommunen hadde bedt Skanska ta bort dusjene i garderobene, uten at de øvrige tilbyderne ble gjort kjent med dette. Dette er «skal- krav» i kravspesifikasjonen, og dessuten i strid med TEK 17 og arbeidsplassforskriften. På dette grunnlaget har retten derfor foretatt en feil rettsanvendelse og bevisvurdering ved å konkludere med at det ikke er krav til dusjer i prosjektet. På dette feilaktige grunnlaget har kommunen dessuten foretatt evaluering av tilbudene. Ankende part har hele tiden stilt spørsmål ved kommunens evaluering, da det ikke er gjort fratrukk ved Skanskas tilbud, særskilt knyttet til avvik fra TEK 17.

Arne Tøråsen AS har lagt ned slik påstand:

**Anketilsvaret:**

1. Kommunens anke av 29. mars 2023 forkastes
2. Slutningen i kjennelse av 3. mars 2023 opprettholdes for det tilfellet at begjæringen om midlertidig forføyning tas til følge
3. Arne Tøråsen AS tilkjennes sakens omkostninger for lagmannsretten

**Anken:**

1. Slutningen i kjennelse av 3. mars 2023 opprettholdes for det tilfellet at begjæringen om midlertidig forføyning tas til følge
2. Trysil kommune pålegges å avstå fra å signere kontrakt i med Skanska Husfabrikken AS i konkurranse totalentreprise ny sentrumsbarnehage inntil spørsmålet om anskaffelsesregelverket er brutt ved gjennomføringen av konkurransen er og leverandørvalget er rettskraftig avgjort ved domstolene.
3. Arne Tøråsen AS tilkjennes sakens omkostninger for ting- og lagmannsrett.

**Lagmannsrettens vurdering**

Den ankende part har krevd muntlig forhandling. Lagmannsretten finner imidlertid ikke at hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier at det holdes muntlig forhandling, jf. § 29-15 annet ledd. Ankesaken avgjøres etter skriftlig behandling i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 29-15 første ledd.

Lagmannsretten ser først på spørsmålet om tingretten begikk saksbehandlingsfeil da den avgjorde saken på det grunnlag at kommunen i forbindelse med tildelingsevalueringen hadde vektlagt personlig egnethet.

Rettens forhold til partenes prosesshandlinger reguleres av tvisteloven § 11-2 første ledd:

Retten kan bare avgjøre de krav som er reist i saken. Avgjørelsen må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt. Påstandsgrunnlagene er de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på.

Tingretten kunne altså kun bygge på de *rettsstiftende faktiske forhold* partene – i dette tilfellet Arne Tøråsen AS – bygget på, da selskapet la ned påstand om at begjæringen om midlertidig forføyning skulle tas til følge. «Rettsstiftende faktiske forhold» er de «faktiske forhold som direkte og umiddelbart har rettslige følger», jf. NOU 2001: 32 B side 704. For at ulike faktiske omstendigheter skal anses å inngå i samme påstandsgrunnlag, må de være relevante etter samme eller en lignende rettsregel. I tillegg må de være av samme karakter, knytte seg til samme begivenhet og utløse de samme rettsvirkningene, se Rt-2014-1259 avsnitt 39.

Disse faktiske forholdene må være påberopt i saken, det vil si at parten må ha fremhevet det aktuelle forholdet som begrunnelse for sitt standpunkt, jf. NOU 2001: 32 B side 704. Dette innebærer at parten direkte eller forutsetningsvis må ha fått frem at han ønsker de aktuelle rettsstiftende faktiske forhold lagt til grunn for avgjørelsen – det er ikke tilstrekkelig at forholdet er nevnt. Det stilles imidlertid ikke store krav til påberopelsen, se Schei m.fl. Lovkommentar, § 11-2.

I tilfeller hvor det kan være tvil om hva som danner rammene for rettens avgjørelser etter § 11-2 første ledd, må det avgjørende være om retten tilsidesetter de krav som med rimelighet kan stilles til en kontradiktorisk behandling, se NOU 2001: 32 B side 704. Domstolen kan ha plikt til å varsle at den overveier å avgjøre saken på et påstandsgrunnlag som det kan være uklart om parten rent faktisk har gjort gjeldende, se Schei m.fl. Tvisteloven. Lovkommentar, § 11-2. Dette er også fremhevet i Rt-2013-1079 avsnitt 18 og 19:

*Det avgjørende er om de faktiske omstendigheter retten legger til grunn for avgjørelsen, i hovedsak ligger innenfor det faktum partene har påberopt. Så lenge*

*kravet til kontradiksjon er ivaretatt, vil retten derfor i en viss utstrekning kunne bygge på forhold som ikke har vært særlig fremhevet av partene.*

*Omvendt kan hensynet til kontradiksjon også føre til at retten, selv om den fortsatt er innenfor påstandsgrunnlaget i strengt formell forstand, må gjøre partene særlig oppmerksom på hva den vil bygge på, dersom dette medfører at fokus i saken vil være et annet sted enn det partene har forutsatt i sin argumentasjon. Det gjelder særlig når retten er i randsonen for hva som faller inn under det påberopte påstandsgrunnlaget. Rettens alternative synspunkt kan aktualisere bevisføring og argumentasjon som partene ikke har vært forberedt på med sakens opprinnelige vinkling.*

Det kan i så fall være et brudd på rettens veiledningsplikt og kravet til kontradiksjon etter § 11-1 dersom retten ikke ivaretar hensynet til kontradiksjon i slike tilfeller.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at tingretten ga kommunen medhold i at det ikke var grunnlag for å avvise Skanskas tilbud, men kom til at *tildelingsbeslutningen* skulle settes til side fordi det i forbindelse med evalueringen av de konkurrerende tilbudene var tatt utenforliggende og usaklige hensyn. Spørsmålet er om Tøråsen i lovens forstand har påberopt seg at Skanska – for det tilfellet at Skanskas tilbud ikke skulle ha vært avvist - uansett ikke skulle ha fått tildelt kontrakten, og om kravet til veiledning og kontradiksjon i så fall er ivaretatt ved tingrettens behandling av dette påstandsgrunnlaget.

Det synes ikke bestridt at Arne Tøråsen AS i forkant av de muntlige forhandlingene i tingretten kun hadde anført at Skanskas tilbud skulle ha vært avvist. Det er ikke spor av et alternativt påstandsgrunnlag – om at det var tatt utenforliggende/usaklige hensyn ved å vektlegge tilbydernes personlige egnethet ved evalueringen av de kvalifiserte tilbudene – i begjæringen selskapet fremmet 15. januar 2023, prosesskrift av 6. februar 2023, eller i dokumentene fra klagerunden før den rettslige behandlingen. Den grunnleggende anførselen fra Tøråsen på det tidspunktet var at Skanska Husfabrikken AS tilbud skulle ha vært avvist fra konkurransen fordi det forelå vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene jf. § 9-6 (1) bokstav b. Avviket, slik det er beskrevet i begjæringen, var at Skanska uriktig hadde fått anledning til å fravike arealprogrammet i kravsspesifikasjonen, og at Skanskas løsning var i strid med teknisk forskrift (TEK17).

Denne angrepsvinkelen ble videreført i disposisjonen til Tøråsens prosessfullmektig for innledningsforedraget i tingretten. Der var det på tilsvarende måte forholdet mellom Skanskas løsning og arealprogrammet/TEK17 som ble påberopt som grunnlag for at tilbudet skulle ha vært avvist.

Lagmannsretten finner det klart at Tøråsens påstandsgrunnlag frem til og med innledningsforedraget i tingretten besto av andre rettsstiftende forhold enn det tingretten bygget på da den avgjorde at kommunen skulle avstå fra å inngå kontrakt. Riktignok viste

Tøråsen i innledningsforedraget til kravet til likebehandling og forutberegnelighet for tilbyderene i lov om offentlige anskaffelser § 4, men dette var knyttet til avvísingsanførselen. At kommunen skulle ha tatt utenforliggende hensyn ved tilbudsevalueringen, er imidlertid klart et annet rettsstiftende faktisk forhold enn at kommunen skulle ha avvíst Skanskas tilbud på grunn av arealavvik og avvik fra TEK17.

Spørsmålet om kommunen tok utenforliggende hensyn i tilbudsevalueringen synes å ha blitt aktualisert etter vitneforklaring fra vitnet Richard Olsen, som bisto kommunen under gjennomføringen av anbudskonkurransen. Det er noe uenighet mellom partene hva Olsen forklarte, hvilket grunnlag han hadde for forklaringen og hvilken betydning hans syn hadde for kommunens beslutning.

Det er også uenighet mellom partene i hvilken grad synspunktet formidlet av Olsen foranlediget et nytt påstandsgrunnlag for tingretten før saken ble tatt opp til avgjørelse. Kommunen gjør gjeldende at det ikke ble fremsatt nye anførsler under de muntlige forhandlingene, om at det fra kommunens side skulle vært tatt utenforliggende hensyn ved at personlige egenskaper ble vektlagt. Tøråsen anfører på sin side at selskapet både fastholdt og prosederte på at kommunen hadde tatt utenforliggende hensyn ved tildelingen av kontrakten til Skanska.

Lagmannsretten legger til grunn disposisjonen for prosedyren, fremlagt av Tøråsens prosessfullmektig, sammenholdt med tingrettens gjengivelse av anførselene, som uttrykk for hvilket påstandsgrunnlag Tøråsen prosederte på. Slik lagmannsretten forstår disposisjonen, er den sentrale anførselen at Skanska skulle vært avvíst. Rettsregelen som påberopes er kravet til likebehandling av tilbydere og forutberegnelighet etter lov om offentlige anskaffelser § 4. Påstandsgrunnlaget er i disposisjonen angitt slik: «En samlet vurdering av arealavvik og øvrige tildelingskriterier tilsier at Tøråsen ville vunnet konkurransen dersom Skanska var blitt avvíst» (disposisjonens punkt 1). Arealavviket er fortsatt det sentrale rettsstiftende forhold som det knyttes rettsvirkninger til – som utgjør bruddet på kravene etter lovens § 4. «Øvrige tildelingskriterier» må så langt antakelig forstås som støtteargumenter til arealavviket, og ikke et selvstendig rettsstiftende forhold.

I henhold til disposisjonens punkt 3 «Kommunen har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ikke avvise Skanska fra konkurransen» gjentas anførselen om arealavvik, og avvik fra TEK17 trekkes inn, sammen med kravet til likebehandling opp mot kravspesifikasjoner og arealplan. I de underliggende strekpunktene omtales også uklarheter ved Skanskas tilbud av betydning for evalueringen av tilbudene, og avslutningsvis anfører Tøråsen at det ikke er «anledning til å ta personvalg i en offentlig anskaffelse». Deretter er det vist til en kjennelse fra lagmannsretten, som gjaldt spørsmål om avvísning.

Etter lagmannsrettens syn er det ut fra dette for så vidt ikke tvil om at Tøråsen under behandlingen for tingretten *nevnte* at kommunen hadde vektlagt utenforliggende hensyn



ved tildelingen av kontrakten til Skanska. Det kan imidlertid være uklart ut fra disposisjonen i hvilken grad det i lovens forstand ble *påberopt* under prosedyren som et selvstendig faktisk grunnlag for at kommunen (også) under evalueringen hadde tatt slike utenforliggende hensyn at beslutningen om tildeling skulle settes til side. Med andre ord om det ble hevdet at selv om Skanska tilbud ikke skulle ha vært avvist, så var det uansett gjort avgjørende feil ved tildelingen av kontrakten til Skanska. Det kan også være uklart om Tøråsen påberopte at forholdet – for å få rettsvirkninger – måtte ses i sammenheng med eventuelle andre feil som kommunen hadde begått ved ikke å avvise Skanskas tilbud. Disposisjonen er på dette punkt kortfattet, og hva som muntlig ble påberopt for tingretten er det liten grad av notoritet rundt. Tingretten har ikke utdypet denne anførselen ut over å vise til at det «ble vektlagt personlige hensyn som forklart av Olsen, i strid med likebehandlingsprinsippet», se kjennelsen side 7. At Tøråsens prosessfullmektig, i innsigelser av 21. februar 2023 mot kommunens sakskostnadsoppgave, ga uttrykk for at «... Olsen hverken kunne opplyse eller bidra til sakens saklige gjennomføring utover egne personlige meninger» kan indikere at heller ikke Tøråsen oppfattet Olsens forklaring om tilbudsevalueringen like opplysende for påstandsgrunnlaget som tingretten.

For lagmannsretten er det ikke nødvendig å ta stilling til om Tøråsen i lovens forstand påropte seg at det ved tildelingsevalueringen ble tatt utenforliggende hensyn, da lagmannsretten uansett finner det klart at kravet til kontradiksjon etter tvisteloven 11-1 tredje ledd ikke ble ivarettatt under tingrettens behandling. Bestemmelsen fastsetter at retten ikke kan bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Om bestemmelsen er det uttalt i Rt-2014-1259 avsnitt 42-44:

*Avgjørelsen av om én eller begge parter må gis adgang til å uttale seg før retten bygger på en faktisk opplysning, beror på en totalvurdering, jf. Schei med flere, Kommentartutgave til tvisteloven, 2. utgave 2013, side 379. Det avgjørende er om «partene har hatt en tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om forhold som på avgjørende punkter vil være av betydning for rettens avgjørelse.», jf. Rt-2013-1158 avsnitt 45.*

*Høyesterett har behandlet kontradiksjonsprinsippet i flere saker, og formuleringene i domspremissene belyser innholdet av kravet. I Rt-1990-8 var formuleringen at lagmannsretten hadde avgjort saken «med en begrunnelse og et resultat som avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre.» I Rt-2005-1590 uttalte førstvoterende i avsnitt 27 at avgjørelsen «ellers vil komme som en overraskelse på [partene] fordi voldgiftsretten vil bygge på noe annet enn det som partene har trukket frem i sine prosedyrer.»*

*Når kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, skal det lite til for at feilen anses å ha hatt betydning, jf. Rt-2005-1590 avsnitt 34.*

Etter lagmannsrettens syn var tingretten i det minste «i randsonen for hva som faller inn under det påberopte påstandsgrunnlaget» da den avgjorde saken på det grunnlag den gjorde, jf. også Rt-2013-1079 avsnitt 19. Dette påstandsgrunnlaget var uansett svært underordnet og lite underbygget i disposisjonen og gjengivelsen i tingrettens kjennelse. Dette stiller særlige krav til kontradiksjon. Det samme gjør det forhold at saken eventuelt fikk en annen eller utvidet vinkling under rettsmøtet i tingretten sammenlignet med saksforberedelsen, jf. også Rt-2014-1259 avsnitt 46. Som det vil ha fremgått foran, var saken forberedt og gjennomført ut fra Tøråsens anførsler om avvisning på grunn av arealavvik og avvik fra TEK17. Påstandsgrunnlaget om utenforliggende hensyn ved tilbudsevalueringen var som nevnt ikke fremme i saken før vitnet Olsens forklaring siste rettsdag, relativt kort tid før prosedyrene. Arealavviket var det dominerende påstandsgrunnlaget også i rettsmøtet, og påstandsgrunnlaget om utenforliggende hensyn kan fremstå som et lite selvstendig vedheng til anførselen om avvisning på grunn av arealavvik.

Etter lagmannsrettens syn aktualiserer Tøråsens nye påstandsgrunnlag bevisføring og jf. Rt-2013-1079 avsnitt 19: Dels aktualiseres behovet for ytterligere bevisføring om kommunens vurdering av tilbydernes personlige egnethet og om dette faktisk ble vektlagt under kontraktstildelingen. Dels aktualiseres behov for ytterligere rettslig argumentasjon knyttet til om vitnets forklaring, dersom den legges til grunn, har de rettsvirkninger som tingretten kom frem til.

I et slikt tilfelle hadde tingretten etter lagmannsrettens syn plikt til å klargjøre for kommunen at den overveide å bygge på et påstandsgrunnlag som det kunne være uklart om Tøråsen faktisk hadde gjort gjeldende. Særlig gjelder dette når det verken i disposisjonen til kommunens prosessfullmektig eller i tingrettens gjengivelse av kommunens påstandsgrunnlag er spor av argumentasjon og anførsler knyttet til spørsmålet om kommunen har vektlagt personlig egnethet ved tildelingen. Det kunne tilsi at kommunen ikke hadde oppfattet Tøråsens påstandsgrunnlag på dette punkt.

Det påhviler riktignok en selvstendig plikt for den enkelte part å opplyse saken og å imøtegå motpartens påstandsgrunnlag. Det fremgår av tingrettens kjennelse at et annet vitne ble spurt av kommunens advokat om personlig egnethet ble vektlagt i evalueringen. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis uttrykk for at kommunen oppfattet at Tøråsen gjorde dette gjeldende som et selvstendig påstandsgrunnlag. Lagmannsretten viser dessuten til at det har hatt avgjørende betydning for tingrettens resultat at vitnet Olsen ble trodd på sin forklaring. Lagmannsretten bemerker at det er fremlagt uttalelse fra vitnets arbeidsgiver som kan tyde på at tingretten oppfattet Olsen uriktig. Det er nærliggende at en slik eventuell misforståelse har sin bakgrunn i mangelfull kontradiksjon ved tingrettens behandling. Det er videre nærliggende å anta at det kan ha hatt betydning for tingrettens avgjørelsesgrunnlag at forklaringen – slik tingretten oppfattet den – ble lagt til grunn.

Slik bevisbildet nå fremstår, finner lagmannsretten derfor at tingrettens kjennelse må oppheves på grunn av manglende kontradiksjon. Selv om lagmannsretten er tilført ytterligere bevis og rettslig argumentasjon knyttet til spørsmålet om personlig egnethet og utenforliggende hensyn, finner lagmannsretten det riktigst at tingretten på nytt tar stilling til spørsmålet. Tingretten må også ta stilling til om det er nødvendig at det gjennomføres nytt rettsmøte til behandling av begjæringen om midlertidig forføyning.

Lagmannsretten bemerker at Tøråsen har inngitt «anke» over tingrettens kjennelse, og i «anken» gjort gjeldende at tingretten feilaktig har kommet til at det ikke er sannsynliggjort at det forelå arealavvik eller avvik fra TEK17. En avgjørelse kan imidlertid kun ankes dersom en part vil ha endret *resultatet* i avgjørelsen. Dersom en part kun er uenig i rettens premisser uten innvendinger mot resultatet, kan kjennelsen ikke ankes. Prosessuelt er det derfor riktigst å se Tøråsens «anke» som en fastholdelse av påstandsgrunnlagene for tingretten – om arealavvik og avvik fra TEK17. Når lagmannsretten finner at mangelfull kontradiksjon medfører at tingrettens kjennelse må oppheves, er det ikke grunnlag for å ta stilling til Tøråsens øvrige påstandsgrunnlag.

Det er da heller ikke grunn til å skille mellom sakskostnadsansvaret i kommunens anke og Tøråsens «anke», idet dette er kostnader knyttet til samme ankesak.

Trysil kommunes anke har ført fram, og kommunen har da som utgangspunkt krav på å få erstattet sine omkostninger ved ankesaken, jf. tvisteloven § 20-2. Lagmannsretten finner ikke grunn til å fravike dette utgangspunktet i medhold av § 20-2 tredje ledd eller § 20-3.

Advokat Dragsten har fremlagt en omkostningsoppgave for lagmannsrettens behandling på 98 900 kroner ekskl. merverdiavgift for 23 timers arbeid. Ankemotparten har ikke fremmet innsigelser mot kravet. Advokat Vesterås har på sin side fremmet et salærkrav for et tilsvarende timetall, men med lavere timepris. Lagmannsretten finner under en viss tvil at omkostningene har vært rimelige og nødvendige, jf. § 20-5, og beløpet tilkjennes derfor.

Trysil kommune har krevd seg tilkjent omkostninger også for tingretten. Lagmannsretten finner at avgjørelse av dette omkostningsansvaret utstår til tingrettens endelige avgjørelse, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.

Kjennelsen er enstemmig.

## SLUTNING

1. Tingrettens kjennelse oppheves.
2. Arne Tøråsen AS betaler 98 900 – nittiåttetusennihundre - kroner i saksomkostninger for lagmannsretten til Trysil kommune innen 2 – to – uker fra forkynnelse av kjennelsen.

Ola Rambjør Heide

Hans Christian Koss

Anders Blix Gundersen

*Dokument i samsvar med signert original:  
Marte Skjeggstad (elektronisk signert)*