

Kjennelse i sak 24-128387TVI-TOSL/08

Dokumentet er signert digitalt av følgende undertegnere:

- JØRGEN REINHOLDTSEN, signert 01.10.2024 med ID-Porten: BankID



Det signerte dokumentet inneholder

- En forside med informasjon om signaturene
- Alle originaldokumenter med signaturer på hver side
- Digitale signaturer



Dokumentet er forseglet av Posten Norge

Signeringen er gjort med digital signering levert av Posten Norge AS. Posten garanterer for autentisiteten og forseglingen av dette dokumentet.



Slik ser du at signaturene er gyldig

Hvis du åpner dette dokumentet i Adobe Reader, skal det stå øverst at dokumentet er sertifisert av Posten Norge AS. Dette garanterer at innholdet i dokumentet ikke er endret etter signering.



OSLO TINGRETT

KJENNELSE

Avsagt: 01.10.2024
Sak nr.: 24-128387TVI-TOSL/08
Dommer: Tingrettsdommer Jørgen Reinholdtsen
Saken gjelder: Midlertidig forføyning - offentlige anskaffelser

Itinera S.p.A.

Advokat Svein Terje Tveit

mot

Staten v/Samferdselsdepartementet

Advokat Goud Helge Homme Fjellheim

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Dokumentet er signert digitalt av:

• JØRGEN REINHOLDTSEN, 01.10.2024

Forseglet av



Posten Norge

KJENNELSE

Saken gjelder en begjæring om midlertidig forføyning med krav om stans i gjennomføringen av en offentlig anskaffelse.

Sakens bakgrunn og saksgang

Statens Vegvesen kunngjorde 29.04.2024 en konkurranse for prosjektering og bygging av ca. 21,5 km ny vei (E6) på strekningen fra Megården til Sommerset i Sørfold kommune i Nordland. På strekningen inngår tre tunneler og to større brukonstruksjoner. I tillegg inngår flere mindre konstruksjoner, kanalisert kryss, avkjørsler, stopplommer, landbruksveger, stikkrenner, vegutstyr, elektro mv. Byggearbeidets anslåtte varighet er fra februar 2025 til juni 2031. Konkurransen gjennomføres som en konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring.

Fristen for å anmode om deltakelse i konkurransen var 07.06.2024. Innen denne fristen hadde fem aktører meldt sin interesse, deriblant det italienske entreprenørselskapet Itinera S.p.A. (Itinera).

Etter utløpet av fristen mottok Statens Vegvesen et anonymt tips om at det i flere danske rettsavgjørelser var blitt ilagt reaksjoner for sosial dumping utført av underentreprenører til Itinera. I brev 21.06.2024 tok Statens Vegvesen dette opp med Itinera. Statens Vegvesen viste til en dom av Arbejdsretten fra 2021, og tre kjennelser fra en faglig voldgift, hvorav to fra 2022 og en fra april 2024. Statens Vegvesen ba Itinera om en nærmere redegjørelse innen 26.06.2024.

Itinera besvarte henvendelsen innen fristen. Itinera redegjorde for at avgjørelsene gjelder tre forskjellige prosjekter i Danmark. For hvert av prosjektene er det et felleseid foretak (Joint Venture) som er hovedentreprenør, og Itinera er medeier i fellesforetaket. Prosjektene og fellesforetakenes navn er som følger:

- Hospitalringen Odense / Odense Hospitals Projekt Team I/S («OHPT»)
- Køge Hospital / Køge Hospitals Projekt Team I/S («KHPT»)
- Storestrømsbroen / Storestrøm Bridge Joint Venture («SBJV»)

Av de fire sakene Statens Vegvesen hadde vist til, gjaldt saken fra 2021 OHPT. Én av sakene fra 2022 gjaldt KHPT. Den andre saken fra 2022 og saken fra 2024 gjaldt SBJV. Itinera redegjorde for at alle sakene gjaldt forhold hos underentreprenører, og at verken Itinera eller fellesforetakene hadde vært part i sakene. Itinera presiserte at ingen av de berørte underentreprenørene var tiltenkt noen rolle i prosjektet i Norge.

Statens Vegvesen besluttet i brev 29.07.2024 å avvise Itinera fra konkurransen i medhold av anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c, under henvisning til de påviste bruddene på



bestemmelser om arbeidsforhold. Statens Vegvesen meddelte også at en ville invitere 3-4 kvalifiserte entreprenører til å inngi tilbud, og at Itinera var rangert som nr. 5.

Itinera innga 08.08.2024 klage over beslutningen, og mente at de aktuelle sakene fra Danmark ikke kunne danne grunnlag for avvisning.

Statens Vegvesen besluttet i brev 19.08.2024 å opprettholde avvisningen av Itinera.

Den 22.08.2024 begjærte Itinera midlertidig forføyning med krav om stans i gjennomføring av konkurransen inntil sak om lovligheten av Statens Vegvesens beslutning er rettskraftig avgjort. Itinera anførte at det var feil å avvise dem, og at det var feil bare å invitere 3-4 entreprenører, alternativt at Itinera ikke skulle ha blitt rangert sist.

Etter mottak av begjæringen besluttet Statens Vegvesen å stanse den videre konkurransen i påvente av tingrettens avgjørelse i forføyningssaken.

Staten v/Samferdselsdepartementet innga 06.09.2024 tilsvaret der beslutningen om å avvise Itinera opprettholdes. I tilsvaret viste staten til at man nå var blitt kjent med enda flere saker om brudd på bestemmelser om arbeidsforhold begått av underentreprenører tilknyttet de tre prosjektene i Danmark. Staten viste også til at det pågikk en sak knyttet til SBJVs egne ansatte. Staten mente at Itinera også kunne avvises etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav g om unnlattelse av å opplysninger, og bokstav i om manglende yrkesmessig integritet.

Itinera kommenterte tilsvaret i et prosesskriv 11.09.2024, som igjen ble kommentert av staten i et prosesskriv 15.09.2024.

Muntlig forhandling ble avholdt 16.-17.09.2024 i Oslo tingrett. Itinera møtte med partsrepresentant, og begge parter møtte med prosessfullmektig. Det ble gitt én partsforklaring og tre vitneforklaringer. Det vises til rettsboken for nærmere detaljer.

Saksøker, Itinera S.p.A., har i korte trekk anført:

Vilkårene for avvisning av Itinera er ikke oppfylt. Staten har ikke kunnet dokumentere at Itinera har gjort seg skyldig i forhold som nevnt i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c. Brudd på tariffavtalene er begått av underentreprenører. Det er ikke grunnlag for identifikasjon mellom Itinera og underentreprenørene, og Itinera er heller ikke på annen måte ansvarlig for disse bruddene. Itineras arbeidsklausuler med byggherrne i de ulike prosjektene pålegger Itinera å sikre at ansatte hos underentreprenører har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er mindre gunstige enn nivået etter utbredte tariffavtaler i Danmark. Denne plikten har Itinera oppfylt ved å kreve at underentreprenørene er omfattet av relevante tariffavtaler i Danmark og ved å ha på plass adekvate rutiner for oppfølging av dette. Arbeidsklausulene pålegger derimot ikke noe direkte ansvar for



underentreprenørens brudd. Uansett er ikke brudd på arbeidsklausuler en avvisningsgrunn etter bokstav c, og eventuelle brudd er verken gjentatte eller alvorlige.

Staten kan ikke påberope nye avvisningsgrunner etter at beslutningen om avvisning er truffet. Uansett er ikke vilkårene for avvisning etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav g eller i oppfylt. Det er ikke dokumentert at Itinera har begått alvorlige feil som medfører tvil om deres yrkesmessige integritet. Itinera har heller ikke tilbakeholdt opplysninger som er av betydning for avvisingsvurderingen.

Avvisning vil uansett være et uforholdsmessig tiltak, og kan dermed ikke besluttes. Dessuten er avvisning utelukket fordi Itinera har gjennomført avhjelpende tiltak, jf. anskaffelsesforskriften § 24-5.

Antallsbegrensningen på hvor mange leverandører som ville bli invitert til å gi tilbud, fremgikk av konkurransegrunnlaget, men ikke av kunngjøringen. Staten er dermed forpliktet til å invitere alle kvalifiserte leverandører til å gi tilbud, jf. anskaffelsesforskriften § 16-12.

Det var uansett feil av staten å rangere Itinera som lavest på kvalitet. Utvelgelsen har ikke skjedd i samsvar med de fastsatte kriteriene i konkurransegrunnlaget. Hadde dette blitt gjort, ville Itinera ha fått en bedre uttelling.

Itinera har nedlagt slik påstand:

1. Staten v/ Samferdselsdepartementet pålegges å stanse gjennomføringen av konkurransen om E6 Megården-Sommerset inntil lovligheten av beslutningen om å avvise Itinera fra konkurransen, samt lovligheten av Statens utvelgelse av leverandører som ble invitert til å inngi tilbud i konkurransen, er rettskraftig avgjort.
2. Itinera S.p.A tilkjennes sakskostnader.

Saksøkte, staten v/Samferdselsdepartementet, har i korte trekk anført:

Itinera kan avvises etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c. Staten har dokumentert gjentatte og alvorlige brudd på bestemmelser om arbeidsforhold begått av underentreprenører til Itinera. Dette er tilstrekkelig til å avvise Itinera. Uansett er det dokumentert at Itinera selv har begått brudd på tariffavtaler ved SBJV-prosjektet. Videre har Itinera brutt arbeidsklausulene med byggherrene, idet disse pålegger Itinera et objektivt ansvar for underentreprenørens forpliktelser. Brudd på en avtalebestemmelse i en arbeidsklausul som speiler kollektive avtaler, er en avvisningsgrunn etter bokstav c.

Staten kan påberope nye avvisningsgrunner etter at avvisningen er truffet, ettersom det ikke dreier seg om å endre et utøvd skjønn. Både vilkårene i § 24-2 (3) bokstav g og i er oppfylt. Staten viser særlig til at Itinera ikke har opplyst om brudd på rettighetene til SBJVs egne ansatte.



Avvisning er forholdsmessig på grunn av omfanget av avdekkede brudd og fordi Itinera ikke gjør nok for å forebygge gjentakelser. Det er heller ikke grunnlag for å nekte avvisning etter anskaffelsesforskriften § 24-5.

Det var en feil at antallsbegrensningen i utvelgelsen av entreprenører ikke fremgikk av kunngjøringen. Feilen har imidlertid ikke hatt betydning for gjennomføringen av konkurransen, og skal dermed ikke tillegges vekt. Staten mener videre at det var korrekt å rangere Itinera på sisteplass.

Staten har nedlagt slik påstand:

1. Begjæring om midlertidig forføyning forkastes.
2. Staten v/ Samferdselsdepartementet tilkjennes sakens omkostninger.

Rettsens vurdering:

Innledning og konklusjon

For at en begjæring om midlertidig forføyning skal kunne tas til følge, må saksøkeren sannsynliggjøre så vel hovedkrav som sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-2. Videre må den skade eller ulempe som saksøkte blir påført ved en slik forføyning ikke stå i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyningen blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 (2).

Itineras hovedkrav er at selskapet har rett til å bli invitert til å gi tilbud i konkurransen. Partene er enige om at dersom dette kravet er sannsynliggjort, er også de øvrige vilkårene for å gi midlertidig forføyning oppfylt.

Hovedkravet bygger for det første på at det var feil av staten å avvise Itinera. For det andre var det feil å begrense antall utvalgte kvalifiserte leverandører, alternativt var det feil å rangere Itinera lavest blant dem fem interessentene.

Retten har kommet til at det ikke var feil å avvise Itinera. Hovedkravet er dermed ikke sannsynliggjort, og begjæringen tas ikke til følge. Retten skal begrunne dette i det følgende.

Er vilkårene for avvisning i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c oppfylt?

Retten vil først vurdere om det var grunnlag for å avvise Itinera etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c. Dersom svaret er nei, blir det neste spørsmålet om avvisning kan begrunnes i bokstav g eller i, herunder om det er adgang til å trekke inn disse avvisningsgrunnene etter at beslutningen om avvisning er truffet.



Offentlige anskaffelser reguleres av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Loven og forskriften gjennomfører direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp («anskaffelsesdirektivet»), og de må tolkes i samsvar med rettsavgjørelser knyttet til dette direktivet, jf. HR-2022-1964-A avsnitt 34.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven § 8.

Anskaffelsesverdien i denne saken ligger over EØS-terskelverdiene, og konkurransen følger da reglene i anskaffelsesforskriften del I og III. Regler om avvising av leverandører er gitt i del III kapittel 24. Anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) lister opp en del situasjoner der en leverandør kan avvises fra konkurransen, med mindre avvising vil være uforholdsmessig. Etter § 24-2 (3) bokstav c kan leverandøren avvises «når oppdragsgiveren kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5».

Som grunnlag for avvisingen har staten særlig vist til avgjørelser fra Arbejdsretten og faglig voldgift i Danmark knyttet til underentreprenører av de ulike fellesforetakene der Itinera er medeier. Retten vil kort gjennomgå disse avgjørelsene, og bemerker først at Arbejdsretten og faglig voldgift er to etablerte tvisteløsningsmekanismer innenfor dansk kollektiv arbeidsrett. Ordningene ble beskrevet for retten i vitneforklaringer av Michael Severinsen fra den danske fagforeningen 3F, og den danske advokaten Bo Uhrenfeldt. De aktuelle sakene har vært mellom 3F og vedkommende underentreprenør, representert av arbeidsgiverorganisasjonen Dansk Industri.

Et bakteppe for sakene er at de ulike fellesforetakene i arbeidsklausuler med byggherrene har forpliktet seg til å sikre at alle ansatte, inkludert hos underentreprenører, er sikret lønns- og arbeidsvilkår som minst tilsvarende som gjelder etter representative tariffavtaler. Som ledd i oppfyllelsen av denne plikten krever fellesforetakene at underentreprenører er tilsluttet slike tariffavtaler.

I november 2021 fant Arbejdsretten at en underentreprenør av OHPT ikke hadde betalt en rekke ikke-organiserte ansatte den lønn de hadde krav på i henhold til utført arbeid og den tariffavtalen underentreprenøren var bundet av. Underentreprenørens besparelse ved dette ble beregnet til DKK 1 027 313,67, som underentreprenøren ble dømt til å betale til 3F.

I en kjennelse fra faglig voldgift i 2022 angående en underentreprenør til KHPT, ble en avtale mellom underentreprenøren og dennes ansatte om varierende arbeidstid tilsidesatt som stridende mot gjeldende tariffavtale. Videre ble det lagt til grunn at de ansatte hadde jobbet flere timer enn det som fremgikk av underentreprenørens fremlagte timelister.



Underentreprenøren ble dømt til å betale DKK 500 000 til 3F, dels som skyldig lønn for fagforeningsmedlemmer og dels som besparelse for ikke-medlemmer.

En annen kjennelse fra faglig voldgift i 2022 gjaldt en underentreprenør til SBJV. Her ble timelister og avtaler mellom underentreprenøren og dennes ansatte om varierende arbeidstid ansett forfalsket av underentreprenøren. Det ble imidlertid ikke funnet bevist at de ansatte faktisk hadde arbeidet mer enn det som fremgikk av timelistene. Erstatningen for skyldig lønn til medlemmer og besparelse for ikke-medlemmer ble derfor begrenset til manglende utbetaling av lønnstillegg for overtidarbeid mv. Dette ble samlet beregnet til DKK 957 025.

En kjennelse fra faglig voldgift i 2024 gjaldt en annen underentreprenør av SBJV. Også her var spørsmålet om de ansatte hadde jobbet flere timer enn det som fremgikk av underentreprenørens fremlagte ukersedler. Portdata, som registrerer når de ansatte ankommer og forlater arbeidsplassen, tilsa et betydelig større antall arbeidstimer enn det som fremgikk av underentreprenørens oversikt. Den faglige voldgiften festet større lit til portdata enn til underentreprenørens ukersedler. Videre ble avtaler om varierende arbeidstid også her underkjent som stridende mot tariffavtale. Underentreprenøren ble dømt til å betale DKK 10 335 000 til 3F, hvorav DKK 8 000 000 utgjorde en besparelse ved underbetaling av ikke-medlemmer, mens resten var etterbetaling av skyldig lønn til medlemmer.

Under saksgangen for retten har staten videre vist til at det foreligger en rekke forlik knyttet til at underentreprenører av OHPT har brutt tariffavtaler. To av disse forlikene er fremlagt i saken. Videre skal det være flere andre pågående saker knyttet til underentreprenører av fellesforetakene. Retten går ikke nærmere inn på dette. Gjennomgangen hittil viser klart at det er dokumentert «alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om ... arbeidsforhold ... som følger av ... tariffavtaler», jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c.

Staten har også fremlagt to avgjørelser om ulovlig oppsigelse på grunn av fagforeningstilhørighet. Den ene er fra november 2022 og avsagt av det danske Afskedigelsesnævnet mot en underentreprenør av OHPT. Den andre er fra mars 2021 og avsagt av Arbejdsretten mot en underentreprenør av SBJV. Dette dokumenterer at det også er begått brudd på bestemmelser om arbeidsforhold som følger av internasjonale avtaler som nevnt i vedlegg 5, og trolig også nasjonale regler og EØS-regler.

Etter ordlyden i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c er det et vilkår for avvisning at bruddet på relevante regler er gjort av «leverandøren». Feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person kan likevel sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv, jf. § 24-3 (3). Avvisning i slike tilfeller skal «særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og



styre fellesskap, og omgåelsesbetraktninger». Identifikasjon etter denne bestemmelsen tar primært sikte på konsernforhold og andre tilfeller av nære forbindelser, jf. omtalen i NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser – andre delutredning, punkt 9.3.2.

Partene synes å være enige om at Itinera skal identifiseres med de tre fellesforetakene OHPT, KHPT og SBJV. Retten er enig i dette, og viser til at Itinera har en kontrollerende eller betydelig eierandel i alle foretakene. Derimot mener Itinera at de ikke kan identifiseres med fellesforetakenes underentreprenører. Så vidt retten kan se har heller ikke staten anført dette.

I vår sak er det uansett på det rene at bruddene på tariffavtaler er begått i prosjekter ledet av Itinera/fellesforetakene som leverandør. Som utgangspunkt velger leverandøren selv i hvilken grad arbeid skal utføres av leverandøren selv eller settes ut til underleverandører. Underleverandører utfører arbeid på leverandørens vegne. Når det i et prosjekt ledet av leverandøren blir begått brudd på tariffavtaler, er det etter rettens syn nærliggende å anse bruddene begått av leverandøren i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c sin forstand, uavhengig av om bruddet begås av leverandøren direkte eller av en underleverandør. I motsatt fall kunne leverandøren beskytte seg mot avvisning etter denne bestemmelsen i fremtidige konkurranser ved å benytte underleverandører i størst mulig utstrekning, og eventuelt bytte dem ut etter hvert som de begår brudd. En slik tolkning av anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c ville kunne bidra til uthuling av regelens innhold og bør derfor unngås.

Retten finner støtte for dette i EU-domstolens praksis knyttet til direktivbestemmelsene som anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c gjennomfører. EU-domstolen har i C-395/18 *Tim* avsnitt 43 slått fast at anskaffelsesdirektivet tillater avvisning av en leverandør når det relevante bruddet er begått av en underleverandør. Siden direktivet åpner for ulike måter å gjennomføre avvisningsgrunnene på, betyr ikke dette at også anskaffelsesforskriften må forstås slik. Men direktivet tilsier i alle fall ikke en snever tolkning av «leverandøren» i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c. Retten viser her også til NOU 2024: 9 punkt 9.6.2 der det ble vist til avgjørelsen i *Tim*, uten å stille spørsmål ved om løsningen i den avgjørelsen er anvendelig i norsk rett.

Underleverandører er riktignok særskilt regulert i anskaffelsesforskriften § 24-4. Etter § 24-4 (2) kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren skifter ut en underleverandør dersom oppdragsgiveren blir kjent med at underleverandøren er i en situasjon som nevnt i § 24-2 (3). Retten kan imidlertid ikke se at denne bestemmelsen stenger for at man i slike tilfeller også avviser leverandøren. Når leverandøren gjentatte ganger benytter underleverandører som begår brudd i leverandørens prosjekter, er det et klart behov for også å kunne avvise leverandøren.



En innvending fra Itinera mot å anse underentreprenørers tariffavtalebrudd som Itineras/fellesforetakenes egne, er at fellesforetakene ikke nødvendigvis er ansvarlig for underentreprenørenes brudd etter dansk rett. Partene er her uenige om innholdet i dansk rett. Retten peker på at saken gjelder tolkningen av anskaffelsesforskriften, der den underliggende EØS-retten gir vid adgang til å trekke inn feil begått av underleverandører, uavhengig av den konkrete ansvarsreguleringen mellom leverandør og underleverandør. Retten mener derfor at det ikke er avgjørende hvordan dansk rett her skal forstås.

Retten finner etter dette at tariffavtalebruddene skal anses begått av Itinera i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c sin forstand. Bruddene er gjentatte og alvorlige, og de er alle konstatert for mindre enn tre år siden, slik at det er anledning til å legge vekt på dem, jf. anskaffelsesforskriften § 24-6 og NOU 2024: 9 punkt 9.10.1. Også avgjørelsene om oppsigelse på grunn av fagforeningstilhørighet er alvorlige, og den seneste av dem ligger mindre enn tre år tilbake i tid.

Det er etter dette ikke nødvendig for retten å drøfte statens alternative anførsel om at Itinera kan avvises fordi fellesforetakene har brutt arbeidsklausuler med byggherrene om lønns- og arbeidsvilkår. Retten behøver da heller ikke å ta stilling til partenes uenighet om hvorvidt det gjelder et såkalt kjedeansvar etter dansk rett, der hovedentreprenøren blir solidarisk ansvarlig med underentreprenøren for dennes brudd på tariffavtale. Retten konstaterer likevel at avtalene med byggherrene i alle fall gir byggherrene adgang til å tilbakeholde betalinger ved mislighold av plikt til lønnsutbetaling, og at denne adgangen er benyttet i noen tilfeller.

Staten har ellers vist til at det pågår en sak som gjelder SBJVs egne ansatte, som over en lengre periode skal ha arbeidet langt utover maksimum tillatt arbeidstid. Statens anførsel bygger alene på vitneforklaringen til Michael Severinsen. Retten anser ikke dette tilstrekkelig til å oppfylle dokumentasjonskravet i anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav c, jf. også NOU 2024: 9 punkt 9.6.2.2. Det vil likevel være anledning til å trekke inn denne saken i forholdsmessighetsvurderingen, som retten nå kommer til.

Vil avvisning av Itinera være uforholdsmessig?

Avvisning kan ikke besluttes dersom dette ville være uforholdsmessig, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (3). I punkt 101 i fortalen til anskaffelsesdirektivet heter det om dette:

«Mindre uregelmessigheter bør bare i unntakstilfeller føre til utelukkelse av en markedsdeltaker. Gjentatte tilfeller av mindre uregelmessigheter kan imidlertid reise tvil om en markedsdeltakers pålitelighet, noe som kan berettige en utelukkelse.»

Om anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet når feilen er begått av en underleverandør, uttalte EU-domstolen i *Tim* avsnitt 48:



«Denne oppmerksomhet skal være endnu større, hvis den i den nationale lovgivning fastsatte udelukkelse rammer den økonomiske aktør, der har afgivet tilbudet, for en tilsidesættelse, som ikke direkte er begået af den pågældende økonomiske aktør, men af en person, som ingen forbindelse har til den økonomiske aktørs virksomhed, og for hvilken den økonomiske aktør med hensyn til kontrol hermed hverken har hele den fornødne myndighed eller alle de nødvendige midler til rådighed.»

I vår sak er bruddene begått av underentreprenører som ledd i fellesforetakenes prosjekter. Bruddene har altså en forbindelse til leverandørens virksomhet, i motsetning til det som synes å ha vært tilfelle i avgjørelsen i *Tim*. Det får betydning for hvor stor vekt det skal legges på forholdsmessighet i denne saken.

Retten er enig med Itinera i at uenigheter om lønns- og arbeidsvilkår kan forekomme, og bli avgjort i kollektive tvisteløsningsorganer, uten at det i seg selv trenger å være noe problem. Men bruddene som er avdekket i disse sakene dreier seg ikke om mindre uregelmessigheter. Det er tale om gjentatte og alvorlige brudd på bestemmelser om arbeidsforhold, og det klare utgangspunktet vil da etter rettens syn være at avvisning er forholdsmessig. Et gjennomgående trekk ved sakene er at timelister er forfalsket og rettmessig lønn derfor ikke er utbetalt. En del av sakene ligger tilbake i tid, men den nyeste er fra april 2024. Dette viser at Itinera fortsatt har problemer med underentreprenørens overholdelse av grunnleggende bestemmelser om arbeidsforhold. Antallet forlik og pågående saker knyttet til ulike underentreprenører forsterker inntrykket av at problemet er utbredt i prosjekter der Itinera er involvert, selv om retten ikke kjenner detaljene i disse sakene. I tillegg kommer sakene om oppsigelse på grunn av fagforeningstilhørighet. Michael Severinsens forklaring om situasjonen til SBJVs egne ansatte tyder videre på at også SBJV har problemer med etterlevelsen, selv om dette gjelder en annen type problemstilling enn sakene med underentreprenørene. Itinera har ikke bidratt til å belyse denne saken til tross for statens anmodninger om dette.

En eventuell avvisning vil gå negativt ut over Itinera, og den vil potensielt også kunne gjelde fremtidige prosjekter, innenfor de tidsmessige grensene i anskaffelsesforskriften § 24-6. Retten kan likevel ikke se at avvisningen vil ramme Itinera på en tyngre måte enn det som normalt må antas å være situasjonen ved slik avvisning. Retten mener derfor at en avvisning i utgangspunktet ikke vil være uforholdsmessig.

Har Itinera iverksatt avhjelpende tiltak som er til hinder for avvisning?

Avvisning kan likevel ikke skje dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført nærmere angitte tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktpart, jf. anskaffelsesforskriften § 24-5 (1). Også dette er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet, jf. *Tim* avsnitt 48. Tiltakene som må være gjort, er disse:

«a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,



- b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser»

Ved vurderingen av om de gjennomførte tiltakene er tilstrekkelige, skal oppdragsgiveren legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen, jf. § 24-5 (2). Samtlige tiltak må være gjennomført, men bare i den utstrekning de er relevante og praktisk mulige å gjennomføre, jf. Næringsdepartementets veileder P-2017-933 punkt 36.7.4. I denne saken er det bokstav a og c som er relevante.

Itinera mener at de har iverksatt tilstrekkelige avhjelpende tiltak etter de fire sakene om brudd på tariffavtale. Staten er ikke enig i dette.

Når det gjelder bokstav a, ble underentreprenørene i de ulike sakene idømt erstatningsansvar overfor 3F. Fellesforetakene gikk da inn og dekket ansvaret i større eller mindre grad. I to av de fire sakene er ansvaret i sin helhet gjort opp – herunder i saken med det største idømte beløpet på DKK 10 335 000 – mens i de to andre sakene er det noen utbetalinger som gjenstår. Etter det retten forstår, skal de manglende utbetalingene ha delvis sammenheng med at man ikke har lyktes i å komme i kontakt med alle berørte ikke-medlemmer. Ettersom betaling i henhold til avgjørelsene skulle skje til 3F, er det ikke uten videre klart for retten hvorfor man var avhengig av å komme i kontakt med de aktuelle ikke-medlemmene. Det må likevel sies at Itinera i det vesentlige har oppfylt kriteriet i anskaffelsesforskriften § 24-5 (1) bokstav a om å betale erstatning for lidt tap.

Når det gjelder bokstav c, er spørsmålet om Itinera har truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser. Å bytte ut de underentreprenørene som begår brudd vil være et relevant tiltak, jf. punkt 102 i fortalen. Itinera har i begjæringen om midlertidig forføyning opplyst at dette er gjort «[i] enkelte tilfeller». Etter rettens syn må imidlertid Itinera også vise at det er iverksatt egnede tiltak for utvelgelse av underentreprenører og kontroll med at disse etterlever arbeidsrettslige forpliktelser i prosjekter ledet av fellesforetak der Itinera er medeier.

Allerede før de aktuelle overtredelsene ble begått, hadde fellesforetakene forskjellige tiltak på plass. Blant annet har man bare valgt underentreprenører som var tilsluttet arbeidsgiverorganisasjonen Dansk Industri og dermed underlagt relevante tariffavtaler. Underentreprenører måtte videre gjennom et «face to face»-møte med vedkommende fellesforetak før de fikk tildelt oppdrag. Her ville de få informasjon om hvilke krav som gjelder når man driver virksomhet i Danmark. I kontraktene med underentreprenørene var det også stilt en rekke krav knyttet til oppfyllelse av bestemmelser om arbeidsforhold med tilhørende kontrolltiltak, herunder lønnskrollmøter der også fagforeningen er invitert. I en skriftlig uttalelse har byggherren for KHPT uttalt at «[t]his transparency in the salary checks is unprecedented compared to other contractors at the project in Køge». Denne



uttalelsen ble også fastholdt i vitneforklaring for retten. Byggherren for OHPT uttaler at «OHPT has implemented a good to very good standard for self-control».

Til tross for disse kontrollsystemene, har fellesforetakene ikke kunnet forhindre eller engang avdekke de alvorlige overtredelsene av bestemmelser om arbeidsforhold som her har blitt begått. Det kan riktignok være utfordrende å avdekke overtredelser som forsøkes skjult av underentreprenører gjennom dokumentforfalskning. Men den kunnskapen Itinera nå har om at slike metoder benyttes av underentreprenører for å dekke over brudd på bestemmelser om arbeidsforhold, stiller krav til innskjerping av kontrollene.

I et notat utarbeidet av advokat Bo Uhrenfeldt i august 2024, er følgende forbedringstiltak beskrevet i kjølvannet av de fire sakene om brudd på tariffavtale:

“6.1 Subsequent to the rulings in [2022], Itinera strengthened its internal procedures to ensure that the subcontractors disclosed all local agreements, which they had entered with the local labor union representative.

6.2 These procedures included “face-to-face” meetings with all new subcontractors in which subcontractors were informed of the requirements under the labor clause and requested to present any local bargaining agreements for review. Additionally, the joint ventures implemented monthly salary checks of each subcontractor. The scope depended on size and complexity.

6.3 Based on the PK&ECD ruling from April this year Itinera has decided to allocate more internal resources to conduct audits and engaged a legal advisor specialized in labor law to assist with ensuring that the information disclosed by subcontractors are valid and can be relied on. The legal advisor also participates in meetings between the 3F, DI and the subcontractor to ensure compliance with the collective agreement.

Under den muntlige forhandlingen har Nicole Camozzi Jensen fra Itinera også forklart at de i kjølvannet av den ene saken fra 2022 utarbeidet et «Know your rights»-skjema som underentreprenører skal distribuere til alle sine ansatte. Ansatte hos underentreprenører kan også varsle Itinera om brudd via en anonym varslingsportal.

Itinera har altså satt i verk tiltak for å styrke kontrollen med underentreprenørens etterlevelse. De ovennevnte tiltakene ser imidlertid ikke ut til å tilføre noe vesentlig nytt sammenlignet med de tiltakene som eksisterte forut for overtredelsene. Lønnsk kontrollene er kanskje noe mer intensivert enn det som gjaldt før overtredelsene. Men det er begrenset hva som kan oppdages gjennom slike dokumentbaserte kontroller. Retten har også merket seg Michael Severinsens forklaring om at 3F ikke ønsker å delta i (og dermed «godkjenne») disse lønnsk kontrollene fordi de ikke får være med på å bestemme det representative utvalget av ansatte som skal gjennomgås. Retten mener det derfor er usikkert om ovennevnte tiltak kan anses egnede for å sikre bedre etterlevelse.

Et tiltak som derimot ikke er gjennomført, er å kontrollere timelister fra underentreprenørene opp mot portdata fra arbeidsplassen. Advokat Uhrenfeldt har forklart at formålet med portdata er å ivareta sikkerheten på arbeidsplassen, men at det ikke brukes



til tidsregistrering. Michael Severinsen har forklart at 3F tidligere kunne få utdelt portdata på forespørsel, slik som i saken som ledet til avgjørelsen i april 2024. Nicole Camozzi Jensen har forklart at dette ikke lenger gjøres, da Itineras juridiske avdeling har konkludert med at det er i strid med GDPR å oppbevare portdata ut over 30 dager. Michael Severinsen har på sin side forklart at anmodninger fra 3F om innsyn i portdata har blitt avslått selv når anmodningen er gitt med fullmakt fra den berørte ansatte.

Retten antar at bruk av portdata ville kunne gjøre lønnskontrollen mer effektiv og bidra til å forebygge forsøk på manipulering av timelister. Dette illustreres godt ved saken fra april 2024, der portdata ble benyttet som utgangspunkt ved lønnsberegningen fremfor de fremlagte timelistene. Bruk av portdata kan ha en side til de ansattes personvern, men her er det altså snakk om å bruke det som et kontrolltiltak for å sikre at de ansattes lønns- og arbeidsvilkår blir respektert. Slik saken er belyst mener retten at bruk av portdata i lønnskontrollene vil kunne være et egnet tiltak for å forebygge gjentakelse av den type overtredelser som er begått. Dette har ikke Itinera eller fellesforetakene iverksatt. Retten mener derfor at Itinera ikke har truffet tilstrekkelige tiltak for å forebygge gjentakelse, og at vilkåret i anskaffelsesforskriften § 24-5 (1) bokstav c derfor ikke er oppfylt.

Retten trenger derfor ikke å vurdere om og i hvilken grad det også skulle ha vært truffet avhjelpende tiltak etter oppsigelsene på grunn av fagforeningstilhørighet.

Etter dette har ikke Itinera dokumentert å ha gjennomført tilstrekkelige tiltak som viser at de har den nødvendige integriteten som kontraktspart, jf. anskaffelsesforskriften § 24-5 (1) og (2). Avvisning vil derfor heller ikke være uforholdsmessig.

Konklusjon

Vilkårene for å avvise Itinera er oppfylt, og Statens Vegvesens beslutning om avvisning er gyldig. Itinera har derfor ikke sannsynliggjort sitt krav om at de har rett til å gi tilbud i konkurransen.

Med dette resultatet er det ikke nødvendig for retten å vurdere om Itinera kunne vært avvist etter anskaffelsesforskriften § 24-2 (3) bokstav g eller i, herunder om det er adgang til å påberope disse avvisningsgrunnene etter at beslutningen om avvisning er truffet. Retten trenger heller ikke å drøfte de subsidiære anførselene knyttet til hvor mange kvalifiserte leverandører som skulle inviteres til å gi tilbud, og knyttet til rangeringen mellom leverandørene.

Sakskostnader

Staten har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på dekning av sakskostnader, jf. tvisteloven § 32-2, jf. § 20-2 (1). Retten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig å fritta Itinera for erstatningsansvar etter § 20-2 (3).



Staten har krav på dekning av nødvendige kostnader, og det skal i denne vurderingen legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem, jf. tvisteloven § 20-5 (1).

I henhold til fremlagt sakskostnadsoppgave krever staten sakskostnader med kr 1 023 775 med tillegg av merverdiavgift. Kravet utgjør i sin helhet salær for 157 timers advokatbistand med en timepris som varierer mellom kr 6 200 og 6 700. Til sammenligning utgjør motpartens krav kr 1 991 323,50, basert på 379 timers arbeid med en noe lavere gjennomsnittlig timepris.

Statens sakskostnadskrav er høyt, når det tas hensyn til at saken gjelder en midlertidig forføyning med kort saksforberedelse og en muntlig forhandling på to dager. Samtidig har saken vært bredt lagt opp fra Itineras side, og det kan forsvare en betydelig timebruk også fra statens side, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 24. Det at saken gjelder en offentlig anskaffelse med en kontraktsum på flere milliarder kroner, taler også for romslighet i vurderingen av nødvendige kostnader. Under en viss tvil finner derfor retten at de oppgitte sakskostnadene kan anses som rimelige og nødvendige.

SLUTNING

1. Begjæringen om midlertidig forføyning forkastes.
2. Itinera S.p.A. betaler kr 1 279 718 i sakskostnader til staten v/Samferdselsdepartementet innen to uker etter forkynning av denne kjennelsen.

Jørgen Reinholdtsen

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.



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 f.eks. om det bør være muntlig behandling i rettsmøte, skriftlig behandling og/eller rettsmekling.

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 overvekt av sannsynlighet 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.

