



NORGES HØYESTERETT

Den 7. desember 2005 avsa Høyesterett dom i

HR-2005-01917-A, (sak nr. 2005/843), sivil sak, anke,

New Pac Safety AB (advokat Christian Bjørtuft Ellingsen – til prøve)

mot

Staten v/Forsvarsdepartementet (Regjeringsadvokaten v/advokat Fredrik Sejersted)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Stabel**: Saken gjelder spørsmål om erstatning etter avholdt konkurranse med forhandlinger (forhandlet kjøp) for anskaffelse av forsvarsmateriell.
- (2) I mars 1997 sendte den daværende Hærens forsyningskommando ut invitasjon til innsendelse av tilbud på levering av 480 000 ponchoer til vern mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen – ”Chemical Cover Poncho” (CCP). Blant dem som meldte sin interesse og fikk tilsendt konkurransegrunnlaget – ”Request for Proposal” – var det svenske selskapet New Pac Safety AB (New Pac). Tilbudsfristen var satt til 30. juni 1997.
- (3) Konkurransegrunnlaget viste innledningsvis til at anskaffelsen ville skje som et forhandlet kjøp – ”Negotiated Purchase” – i henhold til BAF – ”Bestemmelser vedrørende Anskaffelser til Forsvaret”. Videre inneholdt invitasjonen en beskrivelse av tildelingskriterier og vedlegg med dels standard- dels spesifikt utarbeidede vilkår og krav til leveransen. Det er uenighet mellom partene om det i tillegg til et krav om farge på ponchoene (militærgrønn), ble stilt krav til lav glans i materialet.
- (4) Innen fristens utløp kom det inn tilbud fra åtte leverandører. Fem av tilbyderne ble ansett kvalifisert for videre deltakelse i konkurransen, og det ble gjennomført demonstrasjoner/utprøving av utstyret. Våren og sommeren 1998 foretok Hærens forsyningskommando ytterligere utvelgelse av tilbydere, slik at det i siste runde sto mellom New Pac og K. Stormark Konfeksjonsfabrikk AS (Stormark). Hæren innførte så innkjøpsstopp i ett år. Prosessen ble satt i gang igjen i juni 1999, men forespørselen var nå redusert til 234 000 enheter. Det ble avholdt møter med hver av tilbyderne, og begge reviderte sine pristilbud.

- (5) I november 1999 ble New Pac varslet om at selskapet ikke fikk kontrakten. I begrunnelsen opplyste Hærens forsyningskommando at New Pac og Stormark var likeverdige når det gjaldt kvalitet, og at valget av leverandør ble truffet ”kun ut fra økonomiske grunner”. New Pac protesterte på avgjørelsen og krevde erstatning. Partene kom ikke til enighet, og New Pac tok ut stevning 13. desember 2002 med krav om erstatning.
- (6) Oslo tingrett avsa dom 16. desember 2003. Tingretten fant ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen. Derimot kom den til at Forsvaret hadde begått saksbehandlingsfeil under prosessen som ga grunnlag for erstatning av den negative kontraktsinteressen. Dommen hadde slik domsslutning:
- ”1. **Staten ved Forsvarsdepartementet pålegges å betale til New Pac Safety AB 342 000 – trehundreogførtitusen – svenske kroner, med tillegg av 12 – tolv – prosent rente p.a. fra oppfyllelsesfristen til betaling skjer.**
- Beløpet forfaller til betaling innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom for staten.**
2. **Hver av partene dekker egne omkostninger i anledning saken.”**
- (7) Staten v/Forsvarsdepartementet anket til lagmannsretten over bevisvurderingen og rettsanvendelsen. New Pac innga aksessorisk motanke for så vidt gjaldt kravet om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Borgarting lagmannsrett avsa 7. april 2005 dom der staten ble frifunnet. Lagmannsretten fant ikke at det var begått erstatningsbetingende feil i forhandlingsprosessen. Dommen hadde slik domsslutning:
- ”1. **Staten v/Forsvarsdepartementet frifinnes.**
2. **Hver av partene bærer sine saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.”**
- (8) New Pac har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder i det vesentlige rettsanvendelsen, men også deler av bevisbedømmelsen. Det er fremlagt vitneforklaringer fra Forsvarets medarbeidere Rune Larsen Fleischer og Kristian Falkgård, og fra Jan Bergling fra New Pac. Det er fremlagt enkelte nye dokumenter. Saken står vesentlig i samme stilling som for lagmannsretten.
- (9) *New Pac Safety AB* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (10) Lagmannsretten har lagt til grunn en for høy terskel for anvendelsen av ordinære anbudsrettslige regler. Selv om den dagjeldende anskaffelsesloven ikke kom til anvendelse, gjelder ulovfestet anbuds- og forvaltningsrett langt på vei, med spesiell vekt på likhetsprinsippet. Dette er forutsatt i den någjeldende anskaffelseslovens forarbeider. Kravene er i prinsippet de samme ved forhandlet kjøp, med det unntak at forbudet mot forhandling ikke gjelder. Den interne instruks for anskaffelser – BAF – gir også i noen grad veiledning om hvor normen ligger. Selv om den i utgangspunktet ikke gir rettigheter til private, er den i vår sak en del av kontraktsgrunnlaget, og dermed bindende.

- (11) Lagmannsretten har feilaktig lagt til grunn at terskelen for erstatningsbetingende feil er høyere på områder som er direkte unntatt, som her forsvarsmateriell. Unntaket bærer bare så langt det er sikkerhetsmessig motivert, noe som ikke er tilfellet i vår sak.
- (12) Prinsipalt kreves erstatning for den positive kontraktsinteressen. Vilåårene for dette, slik de er definert i Nucleus-dommen i Rt. 2001 side 1062, er oppfylt. Det foreligger en vesentlig feil. Feilen er at Stormarks tilbud, ved en korrekt prosedyre, skulle vært avvist. Kontrakten ville da med nødvendighet ha tilfalt New Pac. Kravet til årsakssammenheng er dermed også oppfylt.
- (13) Stormarks tilbud skulle vært avvist fordi deres ponchoer ikke tilfredsstilte kravet til glans under et visst nivå. Konkurransesgrunnet må, lest i sammenheng, klart forstås slik at kravet til farge, herunder kravet til glans, var absolutte vilkår. Dette var i vedlegg til spesifikasjonen definert som "must"-krav, i motsetning til "should"-krav, som også forekom. Det var spesifisert at ponchoene skulle lages av plast, i praksis myk plast, og kravene til glans knyttet seg uttrykkelig til dette.
- (14) New Pac var aldri i tvil om at dette var et krav, og begynte straks utviklingsarbeid for å kunne oppfylle det. Også Stormark må ha oppfattet dette, ettersom de senere søkte om fritak for kravet. Forsvaret innvilget søknaden, noe som tilsier at de må ha ment at det var nødvendig. Uansett gjorde New Pac sin forståelse klar i en rekke henvendelser til Forsvaret, som aldri ble imtegtått.
- (15) Avvisningsplikten følger av BAF, selv om bestemmelsene om forhandlet kjøp uttrykkelig bare omtaler avvisningsrett for tilbud innkommet etter fristen. Bestemmelsene viser generelt til anbudsbestemmelsene så langt de passer. Avvisningsplikt følger også av kravet til likebehandling, som er helt sentralt i den ulovfestete anbudsretten.
- (16) Subsidiært kreves erstatning for den negative kontraktsinteressen. Forsvaret har begått feil som har påvirket New Pacs handlingsmønster. Uklarheten i konkurransegrunnet har forskjøvet konkurransesituasjonen. New Pac måtte beregne sin pris ut fra de strenge krav til lav glans, og ville ellers kunne presentert et mer konkurransedyktig tilbud. Uansett burde Forsvaret foretatt en avklaring.
- (17) Videre har tilbyderne i strid med BAFs bestemmelser vært forskjellsbehandlet med hensyn til adgang til å fremlegge prisreduksjoner. Etter at Stormark hadde redusert sin pris under de avsluttende forhandlinger, skulle New Pac vært gitt en tilsvarende anledning til å endre sitt pristilbud.
- (18) New Pac Safety AB har nedlagt slik påstand:
- ”1. Staten v/Forsvarsdepartementet tilpliktes å betale New Pac Safety AB et beløp etter rettens skjønn begrenset oppad til SEK 1.310.400, med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter lov om forsinkelsesrente § 3 første ledd første punktum, fra 11. november 2002 til betaling skjer.
 2. Staten v/Forsvarsdepartementet tilpliktes å erstatte New Pac Safety AB sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter lov om forsinkelsesrente § 3 første ledd første punktum, fra forfall til betaling skjer.”
- (19) *Staten v/Forsvarsdepartementet* har i korte trekk gjort gjeldende:

- (20) Lagmannsrettens dom er riktig og må stadfestes. Saken gjelder anskaffelser på et område som er uttrykkelig unntatt fra de lovpålagte bestemmelsene som regulerer offentlige anskaffelser. Selv om det også finnes ulovfestet anskaffelsesrett, kan det ikke være riktig å anvende denne på uttrykkelig unntatte områder. Dette ville svekke den praktiske betydning av unntaket og åpne for rettsliggjøring på et område der det er viktig med stor grad av handlefrihet. Ulovfestede anskaffelsesprinsipper vil uansett bare kunne tillegges betydning på helt overordnet nivå, ikke som hjemmel for detaljerte regler om plikt til avvísning av tilbud, eller prosedyreregler for forhandlet kjøp, som i vår sak.
- (21) Forsvaret har egne interne retningslinjer på området – BAF – nå erstattet av Anskaffelsesregelverk for Forsvaret (ARF). Bestemmelsene er gitt i form av instruks, og er ikke en forskrift i forvaltningslovens forstand. De gir således ikke private rettigheter eller plikter, og er heller ikke ment å gjøre det. Det er bare rent unntaksvis at slike instruks kan påberopes av private, og dette er ikke tilfellet her. Bestemmelsene i BAF var heller ikke noen del av kontraktsgrunnlaget – man henviser helt rutinemessig og med nødvendighet til det regelverk anskaffelsen skal reguleres etter, i dette tilfelle forhandlet kjøp. Det er uansett ikke skjedd noe brudd på bestemmelsene i BAF.
- (22) Kravet om erstatning av den positive kontraktsinteressen forutsetter at Forsvaret skulle ha avvíst tilbudet fra Stormark. BAF inneholder ingen bestemmelser om avvísningsplikt ved forhandlet kjøp, kun en avvísningsrett når det gjelder for sent innkomne tilbud. Det finnes heller ikke noe annet rettslig grunnlag for å avvise tilbudet fra Stormark. Prinsippene i Nucleus-dommen kan ikke utvides til å gjelde på et område som uttrykkelig er unntatt fra anskaffelsesloven. Det er uansett ikke snakk om en vesentlig feil, noe som i tilfelle er en forutsetning for ansvar.
- (23) Skulle Høyesterett komme til at det gjelder en regel om avvísningsplikt, kommer en slik regel ikke til anvendelse. Kontraktsgrunnlaget hadde ingen bestemmelser om at glans var et krav. Det var stilt krav til farge – militærgrønn – men ikke noe krav til glans. Forsvaret selv hadde ikke ment å stille et slikt krav, som ikke ville være saklig begrunnet. Ingen av de andre tilbyderne hadde oppfattet noe glanskrav.
- (24) Det foreligger heller ingen saksbehandlingsfeil som kan gi grunnlag for krav om erstatning av den negative kontraktsinteressen. Prosessen i forbindelse med anskaffelsen var omfattende, grundig, profesjonell og nøytral. Bestemmelsene i BAF ble fulgt på alle punkter. Det var ingen feil i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, selv om det kunne ha vært klarere. En mulig feiltolkning må New Pac likevel selv ta ansvaret for. New Pac tok uansett ikke opp spørsmålet på en måte som gjorde at Forsvaret hadde foranledning til å reagere.
- (25) Det har heller ikke vært noen forskjellsbehandling i forhandlingene. BAF tillater saklig forskjellsbehandling, og kravet til forhandling gjelder bare i den grad det er nødvendig. Når New Pac ikke fikk anledning til å revidere sitt pristilbud i sluttrunden, var det fordi dette ble vurdert som hensiktsløst. Det er uansett svært lite sannsynlig at de kunne ha redusert prisen på dette tidspunkt.
- (26) Staten v/Forsvarsdepartementet har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Borgarting lagmannsretts dom av 7. april 2005 punkt 1 stadfestes.**
 2. **Staten v/Forsvarsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for alle instanser, med tillegg av lovbestemt rente fra forfall og til betaling skjer.”**

- (27) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*
- (28) Saken reiser særlig spørsmål om hvilke rettsregler som kommer til anvendelse ved vurderingen av spørsmål om erstatning ved kontrakter om erverv av forsvarsmateriell. På det tidspunkt kontraktsforhandlingene fant sted, gjaldt lov 27. november 1992 nr. 116, som igjen bygget på EØS-avtalens bestemmelser om offentlige anskaffelser. EØS-avtalen artikkel 123 ga avtalepartene adgang til å gjøre unntak for våpen, ammunisjon og krigsmateriell. Unntaket måtte påberopes i det enkelte tilfelle. Det er på det rene at Forsvaret påberopte dette i forbindelse med anskaffelsen, og det er ikke uenighet mellom partene om at unntaket kom til anvendelse. Jeg nevner at reglene på dette punkt er videreført i gjeldende lov om offentlige anskaffelser – lov 16. juli 1999 nr. 69 – § 3.
- (29) Internt i Forsvaret gjaldt på samme tidspunkt BAF. Dette var et svært omfattende og detaljert dokument med bestemmelser om ulike anskaffelsesmetoder, herunder forhandlet kjøp. Bestemmelsene er i dag erstattet av et noe mindre omfattende dokument – ARF. BAF er ikke gitt i forskrifts form, og partene er enige om at den i utgangspunktet er en intern instruks som ikke gir rettigheter til private. Dette må etter mitt syn være riktig. Det innebærer at bestemmelsene har begrenset betydning, med mindre de konkret inngår i avtalegrunnlaget mellom partene. Dette kommer jeg tilbake til. Brudd på BAF vil videre – avhengig av bestemmelsens art og kontraktstypen – kunne være relevant ved vurderingen av om Forsvaret kan ha begått erstatningsbetingende feil på et alminnelig culpagrunnlag. Dette kommer jeg også tilbake til.
- (30) Det har ellers vært noe uenighet mellom partene hvorvidt det er plass for anvendelse av mer allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper på området, til tross for at anskaffelser av forsvarsmateriell er unntatt fra lovregulering. Det har i liten grad vært utdypet hva disse prinsippene i tilfelle skulle gå ut på. New Pac har imidlertid vist til gjeldende anskaffelseslov § 5 om grunnleggende krav, der det blant annet stilles opp et likebehandlingsprinsipp. Jeg kan være enig i at det også på forsvarsområdet må gjelde et minimum av likebehandling av konkurrerende leverandører. Om kravet skal gå like langt som hva som ville fulgt av loven og forskriftene, er imidlertid langt fra opplagt. Jeg viser her til det særlige formålet med unntaket, som blant annet er å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning. Svaret vil uansett avhenge av den konkurranseform som er valgt og av det konkrete konkurransegrunnlaget.
- (31) I vår sak hadde Forsvaret valgt forhandlet kjøp – en ordning som skiller seg fra anbud først og fremst ved at det er anledning til å forhandle med den enkelte leverandør om pris og avtalevilkår etter at tilbud er kommet inn. Etter BAF punkt 3.102 kan ordningen blant annet benyttes:
- ”når Forsvaret ikke kan, eller av hensyn til det tekniske resultat ikke ønsker å fastsette krav og eller spesifikasjoner, eller når det (for å få et best mulig resultat) er ønskelig at tilbyderne foreslår tekniske løsninger som tilfredsstillende fastsatte prestasjoner ...”**
- (32) Det fremgår av registreringsprotokollen, som rutinemessig utarbeides etter at anskaffelsesprosessen er avsluttet, at det særlig var det siste alternativet som var aktuelt i vår sak.
- (33) Prosessen innledes med en mer eller mindre spesifisert forespørsel, som kunngjøres offentlig, eller eventuelt direkte til en utvalgt krets. Hærens Forsyningskommando sendte

7. mars 1997 ut en slik forespørsel – ”Request for Proposal” (RFP). Kunngjøringen skjedde offentlig, i Norsk Lysingsblad og i WEAG – et internasjonalt, NATO-tilknyttet kunngjøringssystem. Konkurransesgrunnlaget anga i punkt 1.3 ”Method of Purchase” at prosedyren ville skje som forhandlet kjøp – ”Negotiated Purchase” i henhold til ”guidelines given in BAF ”, på engelsk kalt ”Provisions Concerning Procurement for the Armed Forces”.

- (34) Jeg bemerker innledningsvis at denne referansen etter mitt syn ikke er tilstrekkelig til å gjøre BAF til en del av avtalegrunnlaget. I BAF punkt 1.102 bokstav a heter det vedrørende bestemmelsenes bruksområde blant annet:

”Dersom noen av bestemmelsene skal inngå som del av kontrakt eller bestilling, må dette uttrykkelig fremgå av avtaledokumentene.”

- (35) Jeg betrakter referansen som en ren orientering om hvilket regelsett som skulle styre prosessen, med andre ord at man ville påberope unntaket fra anskaffelsesloven og EØS-avtalen artikkel 123, og at man i stedet ville følge egne interne retningslinjer.
- (36) Konkurransesgrunnlaget hadde en rekke vedlegg, dels standardtekster, dels spesifikt utarbeidede vilkår. Systemkravene var angitt i Annex B, der verneponchoen, under ”System Overview”, er beskrevet slik:

”The Chemical Cover Poncho is to be used in the combat area within the operational area of the army. The CCP will also be used within the operational area of the ground forces in the airforce. The CCP is a barrier film of a very thin and light material. It must provide protection for the individual and his personal equipment against liquids and fallout particles.”

- (37) Systemkravene følger så i punkt 3 i Annex B. Noen av kravene var såkalte skal-krav, andre bør-krav. Under punkt 3.2.4 Physical Characteristics er det blant annet stilt krav til farge:

”The colour must be MGK 93 Dark Green visually (Norwegian military green), (ref Appendix 3).”

- (38) Appendix 3 – som var en standardtekst – innledes med overskriften ”Recommended Surface Treatment og CCP- Steel, Aluminium, Wood, Plastic and Textile Surfaces”. Under punkt 4.0 Plastic Surfaces (external) er først angitt spesifikasjoner for overflatebehandling i form av maling av plast. Deretter heter det:

”The best result is normally achieved by dyeing the plastic instead of painting it. The colour must in this case be MGK-93 dark green (350-1400nm), but can be RAL 6031 Bronzegrün. The gloss must be maximum 3 units.”

- (39) Deretter heter det i punkt 5.0 Textile surfaces (external):

”If the CCP (carrying device) consists of textile, the camouflage colour should be:

MGK-93 Dark Green (350-1400nm, ref absolute reflectance curve last page to this Appendix).”

- (40) I et avsluttende Annex C System Characteristics heter det at tilbyderen

”must fill in the requirement cross reference list found as Appendix 1. This cross reference list reflects all requirements given in the system specification as five-digits”

- (41) Under Annex C-1 Sub-paragraph 3.2.4.1.1 sto det under Requirement under type: ”Must:
”The colour must be MGK 93 Dark Green visually (Norwegian military green)...”
- (42) Denne listen omtalte ikke noe krav til glans.
- (43) Jeg kan ikke se at en objektiv tolking tilsier at det var et krav om glans. Dokumentet viser klart til de endelige kravene i referanselisten, som leverandørene skulle krysse av, og der glans ikke var nevnt. De potensielle tilbyderne måtte anses å være vel kjent med produktets bruksområde. Hertil kommer at så lav glans på et mykt plastmateriale hittil var ukjent, og ansett som svært vanskelig å frembringe. Et absolutt krav om dette måtte derfor forventes å bli sterkere fokusert. Jeg legger også en viss vekt på at ingen av de andre tilbyderne oppfattet at det skulle gjelde noe glanskrav.
- (44) Ut fra vitneforklaringene fra de ansvarlige på innkjøpssiden i Forsvaret, må jeg legge til grunn at det heller ikke var meningen å stille opp noe glanskrav til ponchoene. De har fremholdt at glans ikke var avgjørende for disse produktene, som bare skulle brukes til beskyttelse i korte tidsrom umiddelbart før og under angrep, og der kamuflasjehensyn derfor var mindre viktige. Henvisningen til glans i Appendix 3 punkt 4.0 siste punktum, som jeg har gjengitt, må mest sannsynlig ha blitt stående ved en forglemmelse i den standardiserte teksten, som ellers gjelder generelle krav til farging og maling av plastmaterialer. At Forsvaret i 2002, etter søknad fra Stormark, ble fritatt for krav til glans, finner jeg da ikke å kunne legge vekt på.
- (45) Jeg konkluderer derfor, under noen tvil, med at det ikke ble stilt krav om glans i konkurransegrunnlaget. Det er derfor ikke grunnlag for noen anførsel om at Forsvaret skulle ha avvist tilbudet fra Stormark. Med mitt syn på dette er det ikke nødvendig for meg å gå inn på spørsmålet om det i tilfelle ville være rettslig grunnlag for en slik avvisningsplikt.
- (46) Jeg tilføyer at BAF, i motsetning til de offentlige anbudsforskriftene, ikke har bestemmelser om avvisning ved forhandlet kjøp, bare ved anbud, og da bare ved for sent innkomne tilbud. Hertil kommer at det i disse tilfellene bare er en adgang, ikke en plikt, til å se bort fra tilbudene. Jeg viser til BAF punkt 3. 211, der det heter:
”Bestemmelsene i avsnitt 2.3 om behandling av anbud gjelder så langt de passer også for mottatte tilbud. Det kan ses bort fra tilbud som er kommet inn etter fristens utløp. Offentlig åpning av tilbud skal ikke finne sted.”
- (47) Ut fra ordlyden og sammenhengen i regelverket kan jeg vanskelig forstå henvisningen til anbudsreglene annerledes enn at de ikke er ment å supplere særbestemmelsen på dette punkt.
- (48) Med det resultat jeg er kommet til, er det heller ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen i et tilfelle som det foreliggende.

- (49) Jeg går derfor over til å se på spørsmålet om Forsvaret har begått andre saksbehandlingsfeil som kan føre til erstatning på et culpagrunnlag, da for den negative kontraktsinteressen. Jeg nevner innledningsvis at alle deltakere i en konkurranse av denne type, hvor det er snakk om å utvikle og presentere et nytt produkt, vil kunne pådra seg betydelige kostnader. Det som i tilfelle skal erstattes, er de ekstra utgifter New Pac har hatt ved å delta i konkurransen på uriktige premisser, først og fremst ved å utvikle et produkt med ekstra lav glans.
- (50) New Pac har her for det første gjort gjeldende at det var feil, eller i alle fall uklarheter, i konkurransegrunnlaget med hensyn til glanskravet, og at Forsvaret burde gjort mer for å oppklare spørsmålet. Det fremgår av det jeg har sagt foran, at det etter mitt syn ikke var en feil å legge til grunn at konkurransegrunnlaget ikke stilte krav til lav glans. Det var således ingen forskjellsbehandling når det ikke ble lagt vekt på dette kriteriet ved utvelgelsen.
- (51) Derimot må Forsvaret bebreides noe for uklarheten i konkurransegrunnlaget, som understrekes av den vinglete holdning til glanskravet i forhold til Stormark, som jeg nettopp har vært inne på. Jeg må imidlertid ut fra bevisførselen legge til grunn at uklarheten først ble tydeliggjort for Forsvaret etter at kjøpsbeslutningen var fattet, i forbindelse med at New Pac tok opp saken. De henvendelsene New Pac sendte underveis i prosessen, var ikke direkte fokusert på glanskravet, og var ikke tilstrekkelig tydelige til at Forsvaret burde skjønnet at det dreide seg om en misforståelse. Noe erstatningskrav på dette grunnlag kan derfor heller ikke føre frem.
- (52) New Pac har videre gjort gjeldende at det var en erstatningsbetingende feil at de i sluttfasen av forhandlingene ikke fikk anledning til å redusere sitt pristilbud. Situasjonen var at New Pac sommeren 1999, på bakgrunn av det halverte bestillingsvolumet, hadde økt sitt opprinnelige pristilbud, som var på SEK 25,41, til SEK 33,60 per enhet uten økonomisk gjennomføringsgaranti, og SEK 35,30 med garanti. Stormark fikk i et forhandlingsmøte 4.-5. oktober 1999 beskjed om at deres opprinnelige pristilbud – som var på NOK 51,65 – ”ikke var konkurransedyktig”, og at prisen måtte vesentlig ned. Stormark svarte med å redusere sitt tilbud til NOK 29,90. New Pac ble ikke gitt spesifikk oppfordring til å redusere sitt pristilbud etter dette.
- (53) Spørsmålet er om Forsvaret med dette handlet i strid med det likebehandlingsprinsippet som blant annet er kommet til uttrykk i BAF 3.508 om alminnelige bestemmelser om forhandlinger bokstav c, som lyder:
- ”Hvis forhandlinger føres med flere enn en tilbyder, er det i forhandlingene ikke tillatt å anvende resultater fra forhandlinger med annen tilbyder for å oppnå bedre vilkår (f.eks. å antyde at prisen er høy i forhold til en annen tilbyder).
Alle tilbydere det forhandles med skal gis samme anledning til å fremlegge slike prisrevisjoner, tekniske revisjoner eller andre justeringer av sitt tilbud som forhandlingene måtte resultere i.”**
- (54) Det er ikke tvilsomt at det faktisk ble forhandlet med begge parter, også om pris, slik BAF krever, ut fra den vide definisjon BAF selv har av begrepet forhandlinger, jf. BAF punkt 3.508. Det er ikke direkte anført at oppfordringen til Stormark om å gå ned i pris var i strid med bestemmelsens første punktum, og det er heller ikke opplysninger i saken som gir grunnlag for å anta det.

- (55) Når jeg er kommet til at heller ikke annet punktum er overtrådt, er det fordi jeg, som lagmannsretten, mener valget av Stormark bygger på at det også var andre forhold enn ren pris som skilte New Pac og Stormark på dette stadiet. New Pac hadde, i motsetning til Stormark, ikke innfridd Forsvarets krav til gjennomføringsgaranti. De krevde også forskuddsbetaling, til tross for Forsvarets krav om betaling ved leveranse, og de hadde først sendt inn nødvendige kvalitetssikringsdokumenter etter den opprinnelige fristen og etter gjentatte purringer.
- (56) Heller ikke på dette grunnlag kan derfor Forsvaret bli erstatningsansvarlig.
- (57) Anken har ikke ført frem. Jeg finner likevel at det foreligger særlige grunner for å fritta New Pac for å betale staten v/Forsvarsdepartementets saksomkostninger for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd. Saken har reist rettslige spørsmål av dels ny karakter, og har på noen punkter budt på tvil. Lagmannsrettens saksomkostningsavgjørelse, som innebærer at hver av partene bærer sine omkostninger for tingretten og lagmannsretten, bør stadfestes.
- (58) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (59) Dommer **Gussgard:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (60) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (61) Dommer **Øie:** Likeså.
- (62) Dommer **Aasland:** Likeså.
- (63) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: