



NORGES HØYESTERETT

Den 21. juni 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-01124-A, (sak nr. 2007/154), sivil sak, anke,

SB Transport AS

(advokat Christian Stang Våland)

mot

Reno-Vest IKS

(advokat Oddmund Enoksen – til prøve)

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

- (1) Dommer **Indreberg**: Saken gjelder krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen fra en anbyder i en anbudskonkurranse som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser. Den berører særlig betydningen av dobbeltroller for ansatte hos innbyderen.
- (2) Reno-Vest IKS (senere omtalt som Reno-Vest) er et interkommunalt selskap eid av seks kommuner i Vesterålen og Lødingen med ansvar for innsamling og håndtering av avfall i eierkommunene. Reno-Vest kunngjorde 3. september 2003 en begrenset anbudskonkurranse, hastetilfelle. Oppdraget gjaldt innsamling av husholdningsavfall. I tillegg kom opsjoner på henting av papir, tømning av returpunkter, spesialavfall mv.
- (3) Anbudskonkurransen ble gjennomført med åpen innbydelse til å melde seg som anbyder, prekvalifisering og lukket anbudsinnhenting fra prekvalifiserte anbydere.
- (4) Fire selskaper ble ansett prekvalifisert, og tre av disse leverte tilbud innen fristen 30. oktober 2003. Anbyderne var den ankende part SB Transport AS (senere omtalt som SB Transport), Østbø AS (senere omtalt som Østbø) og Miljøtransport Nord AS (senere omtalt som Miljøtransport).
- (5) Miljøtransport er et datterselskap av Reno-Vest. På anbudstidspunktet drev Miljøtransport ikke noen virksomhet, og hadde heller ikke egne ansatte. Daglig leder i Reno-Vest, Espen With-Hanssen, var styreformann og registrert som daglig leder i Miljøtransport. Driftssjef

i Reno-Vest, Kai Hemminghytt, var i juli 2003 blitt konstituert som daglig leder i Miljøtransport. Det var Hemminghytt som regnet anbudet fra Miljøtransport. With-Hanssen hadde en rekke oppgaver i tilknytning til Reno-Vests behandling av anbudskonkurransen, som jeg skal komme nærmere tilbake til.

- (6) Anbudene ble vurdert av en ekstern konsulent, sivilingeniør Arve Pedersen. I Pedersens anbudsvurdering, inntatt i notat 13. november 2003, het det avslutningsvis:

”8. Spesielle forhold

I anbudet er det forutsatt at det firma som tildeles kontrakten stiller garanti på kr 1,5 mill. som skal sikre Reno Vest mot tap i tilfelle firmaet ikke oppfyller kontrakten.

Alle firma har fremlagt tilsagn om slik garanti.

Spesielt for Miljøtransport er at banken forutsetter at garantien sikres mot kausjon fra morselskapet Reno-Vest.

9. Konklusjon

Etter en samlet vurdering finner jeg at Miljøtransport Nord AS har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jfr. anbudsreglene pkt. 2.18.

I eventuelle kontraktsforhandlinger bør spesielt forhold nevnt i pkt. 6 og 8 ovenfor avklares.”

- (7) Under henvisning til dette notatet innstilte Arve Pedersen og advokat Oddmund Enoksen 17. november 2003 på at Miljøtransport skulle få oppdraget.
- (8) Styret i Reno-Vest ga 18. november 2003 administrasjonen fullmakt til å sette av kr 1,5 millioner på sperret konto som sikkerhet for bankgaranti for Miljøtransport, og vedtok 24. november 2003 å tildele oppdraget til Miljøtransport.
- (9) Anbyderne ble orientert om styrets vedtak i brev samme dag. Brevet, som var undertegnet av daglig leder With-Hanssen, lød:

”Styret i Reno-Vest har i dag besluttet å tildele kontrakt til Miljøtransport Nord AS.

Miljøtransport Nord AS har angitt det økonomisk mest fordelaktige anbud. Anbyderne har angitt følgende anbud (kontrollerte anbudssummer i NOK):

1.	Miljøtransport Nord AS	6.632.635,-
2.	SB Transport AS	7.984.226,-
3.	Østbø AS	8.283.541,-

Frist til å klage over beslutningen om tildeling av kontrakt til Miljøtransport Nord AS settes til fredag 28/11 kl. 15.00.”

- (10) SB Transport klaget neste dag til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Det ble anført at daglig leder i Reno-Vest, With-Hanssen, også var styreleder i Miljøtransport og i et annet datterselskap som skulle drive transport av næringsavfall, Miljøexpert AS, og dessuten hadde oppgaver for Reno-Vest i forbindelse med anbudskonkurransen. Det ble også anført at Miljøtransport ønsket å ta hånd om næringsavfall, og at Miljøtransport dermed kunne beregne en helt annen utnyttelse av bilparken og sjåfører enn andre anbydere hadde mulighet til.

- (11) Styret i Reno-Vest ga ikke klagen oppsettende virkning, og 3. desember 2003 ble det inngått kontrakt mellom Reno-Vest og Miljøtransport om oppdraget.
- (12) Under arbeidet med klagesaken tok klagenemnda i brev 24. mai 2004 til Reno-Vests advokat opp om Miljøtransport hadde stilt bankgaranti. Reno-Vests advokat svarte i brev 2. september 2004 at garanti ennå ikke var stilt. I brev 3. september 2004 til klagenemnda gjorde SB Transport som ny anførsel gjeldende at anbudet fra Miljøtransport skulle vært avvist siden nødvendig bankgaranti ikke var stilt. Reno-Vest ble ikke gjort kjent med dette brevet.
- (13) Samme dag, 3. september 2004, ga Reno-Vest AS et lån på kr 1,5 millioner til Miljøtransport. Pengene ble 9. september 2004 satt inn på sperret konto som sikkerhet for Miljøtransports garanti overfor Reno-Vest.
- (14) Klagenemndas uttalelse 29. september 2004 hadde slik konklusjon:

”Reno-Vest IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 8-12 (1) bokstav a, da Miljøtransport Nord AS ikke ble avvist, til tross for at firmaet ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget om sikkerhetsstillelse (bankgaranti).”

- (15) Dessuten uttalte klagenemnda i avsnitt 27:

”Espen With-Hanssen er som nevnt administrerende direktør både i Reno-Vest og i datterselskapet Miljøtransport, og har følgelig vært klart inhabil til å treffe avgjørelse om anskaffelsen til fordel for Miljøtransport og/eller tilrettelegge grunnlaget for den. Innklagede hevder at With-Hanssen ikke har deltatt i beslutningen om å tildele oppdraget til Miljøtransport, og klagenemnda må for så vidt bygge på dette. Det vises imidlertid til det som er opplyst om With-Hanssens medvirkning for øvrig under saksbehandlingen, jf. premiss (2), (4), (6), (11) og (15). Klagenemnda finner dette åpenbart uheldig og vanskelig forenlig med regelverket.”

- (16) Ved stevning 4. april 2005 til Vesterålen tingrett reiste SB Transport sak mot Reno-Vest med krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Tingretten avsa dom 26. januar 2006. Den fant at den manglende sikkerhetsstillelsen ikke representerte brudd på regelverket. Derimot innebar Espen With-Hanssens dobbeltrolle og aktivitet i anbudskonkurransen et brudd på de grunnleggende krav i lov om offentlige anskaffelser § 5 samt habilitetsreglene i anskaffelsesforskriften, og dette bruddet ble ansett som vesentlig. Det forelå også brudd på forskriften § 8-1 om føring av protokoll, og § 10-3 annet ledd om meddelelse til de øvrige anbyderne. Tingretten fant imidlertid ikke at det var klar sannsynlighetsovervekt for at SB Transport ville blitt tilbudt oppdraget dersom anbudet fra Miljøtransport var satt ut av betraktning, og SB Transport ble derfor bare tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse. Domsslutningen lød:

- ”1. Reno-Vest IKS dømmes til å betale erstatning til SB Transport AS for den negative kontraktsinteresse med 23 869,- kronertjuetretusenåttehundreogsekstini – kroner, med tillegg av rente etter forsinkelsesloven § 3, 1. ledd, 1. punktum fra 20.11.2004 til frigjørende betaling skjer.**
- 2. SB Transport AS tilpliktet å erstatte Reno-Vest IKS sakens omkostninger med 118.250,- – kroneretthundreogattentusentohundreogfemti – kroner, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3, 1. ledd, 1. punktum til frigjørende betaling skjer.**

3. Oppfyllelsesfristen for punktene 1 og 2 foran er 2 –to – uker fra dommens forkynnelse.”

(17) SB Transport anket dommen til Hålogaland lagmannsrett, som avsa dom 27. november 2006. Lagmannsretten så det slik at Reno-Vest hadde omdefinert garantikravet uten å informere de øvrige anbydere, og at dette var et brudd på likebehandlingsprinsippet. Den konkluderte som tingretten når det gjaldt de øvrige anførsle om saksbehandlingsfeil, og kom til at feilene samlet sett var vesentlige. Derimot fant heller ikke lagmannsretten at det var godtgjort med tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt at SB Transport ville fått kontrakten. Domsslutningen lød:

- ”1. Tingrettens dom, domsslutningens post 1, stadfestes.**
- 2. Hver av partene bærer egne omkostninger for tingretten.**
- 3. SB Transport betaler 126 243 – etthundreogtjuusekstusentohundreogfortitre – kroner i saksomkostninger for lagmannsretten til Reno-Vest IKS innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen.”**

(18) SB Transport har anket saken inn for Høyesterett.

(19) Det er for Høyesterett lagt fram seks skriftlige erklæringer og enkelte nye dokumenter, men saken fremstår likevel i det vesentlige i samme skikkelse som for lagmannsretten. Partene har for Høyesterett oppnådd enighet om utmålingen av den positive kontraktsinteressen.

(20) Den ankende part, *SB Transport AS*, har i hovedsak gjort gjeldende:

(21) Høyesterett har i dommen inntatt i Rt. 2001 side 1062, Nucleusdommen, fastsatt at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesloven eller -forskriften er at bruddet er vesentlig, og at anbyder med klar sannsynlighetsovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkommende anbyder.

(22) I denne saken foreligger vesentlige brudd.

(23) For det første skulle anbudet fra Miljøtransport vært avvist på grunn av manglende garanti. Både i prekvalifiseringsgrunnlaget og anbudsgrunnlaget ble det stilt krav om bankgaranti på kr 1,5 millioner. Det ble i begge dokumenter opplyst at manglende finansieringsgaranti ville utelukke anbyderen fra å delta i anbudsprosessen. En slik garanti forelå imidlertid ikke før nesten ett år etter kontraktsinngåelsen. Formålet med kravet om finansieringsgaranti var å sikre Reno-Vest mot tap i tilfelle selskapet som fikk kontrakten, ikke skulle oppfylle. Dette blir ikke oppfylt når ingen garanti foreligger. Det har ingen betydning hvordan Reno-Vest vurderer nytten av en garanti fra et datterselskap. Det bestrides for øvrig at en slik garanti ville være verdiløs for morselskapet der datterselskapets egenkapital er tapt.

(24) For det andre representerer Espen With-Hanssens deltakelse i anbudsprosessen en saksbehandlingsfeil. Etter anskaffelsesforskriften § 3-4 gjelder forvaltningsloven § 6 om habilitet ved behandlingen av saker som omfattes av forskriften. Lagmannsrettens uttalelse om at det verken utad eller innad i virksomhetene ble gjort tilstrekkelig for å avklare daglig leders ulike roller og funksjoner i de ulike selskapene, er riktig. Det er uten betydning om han har opptrådt partisk eller ikke. Han har gjennom sitt arbeid for Reno-

Vest fått tilgang til kunnskap som var egnet til å gi Miljøtransport et klart konkurransefortrinn. Habilitetsreglene skal ikke bare sikre riktig saksbehandling, men også tilliten til at saksbehandlingen er korrekt. Det må dessuten legges vekt på at det dreier seg om en konkurransesituasjon, hvor det skal mindre til for at det foreligger inhabilitet enn der det ikke er andre parter, se Torghattendommen i Rt. 1998 side 1398 på side 1410.

- (25) Også Kai Hemminghytts deltakelse i anbudsprosessen representerer en saksbehandlingsfeil. Hemminghytt var driftssjef i Reno-Vest fra 2000. Han ble konstituert som daglig leder i Miljøtransport sommeren 2003, men var fremdeles ansatt og mottok lønn fra Reno-Vest. Det var Hemminghytt som regnet anbudet for Miljøtransport og som eventuelt ville ha regnet på arbeid i egenregi for Reno-Vest dersom det hadde blitt aktuelt.
- (26) Det ble også, i strid med anskaffelsesforskriften § 8-1 første og annet ledd unnlatt å føre anskaffelsesprotokoll, og underretningen til anbyderne oppfyller ikke kravene i § 10-3 annet ledd om at valget skal begrunnes.
- (27) Også kravet til årsakssammenheng mellom feilene og SB Transports tap er oppfylt. I henhold til Nucleusdommen påligger det den som mener seg forbigått å vise at det er klar sannsynlighetsovervekt for at vedkommende ville fått kontrakten. Det er likevel et spørsmål om det skjerpede beviskravet for at den forbigåtte tilbyderen ville fått kontrakten, bør gjelde der det ikke er tvil om at feilen har virket inn på avgjørelsen, eller om det mest sannsynlige alternative hendelsesforløpet da skal legges til grunn, uten ytterligere krav til årsakssammenheng. Det er innbyderen som har bevisbyrden for at det alternative hendelsesforløpet ville være at innbyderen ville utført oppdraget i egenregi, slik tilfellet er ved skadeserstatning utenfor kontraktsforhold.
- (28) Uansett er det klar sannsynlighetsovervekt for at SB Transport ville fått kontrakten. Det er ikke noe som tyder på at det var politisk vilje til å utføre arbeidet i egenregi, det ville ikke vært rettslig adgang til å utføre oppdraget i egenregi, og det ville ikke vært adgang til å forkaste de øvrige anbudene.
- (29) Når det gjelder spørsmålet om egenregi, er problemstillingen om det er rettslig adgang for en eierkommune til å gjennomføre oppgavene i egenregi gjennom det interkommunale selskapet. Dersom Reno-Vest selv skal foreta innsamlingen av husholdningsavfallet, en oppgave som påligger den enkelte kommune etter forurensningsloven § 30, innbærer det en avtale mellom kommunene og leverandøren, Reno-Vest, om utførelse av kommunenes lovpålagte plikt. En kommune kan utføre denne plikten selv, men dersom oppgaven skal settes bort, må lovgivningen om offentlige anskaffelser følges. Unntak gjelder bare der kommunen har tilsvarende kontroll over den leverandøren som får oppdraget som over egne organer, og for øvrig står for det vesentlige av leverandørens omsetning. Dette er slått fast av EF-domstolen i Teckal-dommen 18. november 1999 (sak C-107/98). I Carbotermo-dommen 11. mai 2006 (sak C-340/04) ble det slått fast at det ikke i seg selv er nok at det selskapet som får oppdraget, er 100 % offentlig eid. Det må fortsatt foretas en konkret vurdering av om den enkelte kommune har kontroll over selskapet. Det følger videre av Stadt Halle-dommen 11. januar 2005 (sak C-26/03) at den som mener anvendelsesområdet for anskaffelsesreglene skal innskrenkes, har bevisbyrden for at kravene er oppfylt.

- (30) I vår sak har ikke den enkelte kommunen tilstrekkelig kontroll. Den har bare en av seks stemmer i representantskapet, en av seks stemmer i styret, den er underlagt flertallet i alle spørsmål i representantskapet og styret og kan bli holdt ansvarlig for sin andel av forpliktelsene selv om deltakeren har stemt mot forslaget som genererer forpliktelsen, jr. IKS-loven § 3.
- (31) Når den enkelte kommune ikke har tilstrekkelig kontroll over det interkommunale selskapet, er det ikke anledning til å drive renovasjonsvirksomheten i egenregi gjennom selskapet.
- (32) Forkastelse av de resterende anbudene kan etter anskaffelsesforskriften § 10-1 annet ledd bare skje når resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det.
- (33) SB Transports anbud var beregnet ut fra erfaring med tidligere kontrakt, og holdt generelt konkurransedyktige priser, blant annet på grunn av gunstige innkjøp. Anbudet må, for å unngå forskjellsbehandling, korrigeres i lys av at det senere er avklart hvilke opsjoner oppdragsgiver ville bruke, endret omfang fra oppdragsgivers side og endringer i oppdragsgivers forutsetninger som påvirker prisen.
- (34) Miljøtransports anbud kan på bakgrunn av forhistorien ikke brukes som sammenligningsgrunnlag. Reno-Vest har dessuten nektet å fremlegge Miljøtransports anbud i sin helhet, slik at det er vanskelig å sammenligne anbudene. Videre forutsetter Miljøtransports anbud samordning med transport av næringsavfall, noe som gir mulighet for kryssubsidiering.
- (35) Heller ikke det såkalte budsjettet på kr 5,175 millioner for 2004 kan brukes som utgangspunkt for vurderingen slik lagmannsretten har gjort. Dette ble utarbeidet av Reno-Vest etter anbudskonkurransen, og av de inhabile deltakere i prosessen. Budsjettet må uansett økes med kr 450 000 for inntransportering.
- (36) Skal man likevel sammenligne anbudene, ser man at SB Transports etter korrigeringer utgjør maksimalt kr 5,831 millioner mens Miljøtransports utgjør kr 5,657 millioner. Det er følgelig ikke grunnlag for å si at anbudet fra SB Transport var for dyrt, eller at det ikke var forretningsmessig forsvarlig å gjennomføre konkurransen.
- (37) Dersom Miljøtransports anbud var blitt avvist, og totalforkastelse ikke hadde skjedd, ville SB Transport vunnet konkurransen, ikke Østbø. Det er riktig at Østbøs anbud blir lavere hvis man trekker ut ekstratømming om sommeren, slik det senere ble gjort. Det er imidlertid ikke mulig på grunnlag av foreliggende informasjon å foreta en fullstendig korrigering av Østbøs anbud. Dessuten kunne andre forhold spilt inn. Østbø hadde for eksempel særdeles høye krav til kompensasjon ved avbrudd. Det avgjørende er uansett at SB Transports anbud var innstilt som nr. 2 da rangeringen ble foretatt.
- (38) Dersom Miljøtransports anbud korrekt var blitt avvist, er det klar sannsynlighetsovervekt for at SB Transport ville fått oppdraget. Kravet til årsakssammenheng er dermed oppfylt.
- (39) SB Transport AS har lagt ned slik påstand:

"1. Reno-Vest IKS dømmes til å betale til SB Transport AS kr 1.025.000 med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 1. juli 2007 og til betaling skjer.

2. Reno-Vest IKS dømmes til å betale til SB Transport AS sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.”

- (40) Ankemotparten, *Reno-Vest IKS*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (41) Det foreligger ikke ansvar grunnlag. Reno-Vest har ikke gjort feil, eventuelle feil er ikke vesentlige, og Reno-Vest kan uansett ikke klandres for eventuelle vesentlige feil. Uansett er det ikke klar sannsynlighetsovervekt for at SB Transport ville fått oppdraget. Vilåårene for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen er derfor ikke oppfylt.
- (42) Miljøtransport stilte nødvendig garanti. At Reno-Vest på et tidspunkt vurderte om garantikravet skulle opprettholdes, har ingen betydning. Det var for øvrig saklig grunnlag for å gjøre en slik vurdering ettersom det er tale om en garanti fra datterselskap overfor eget morselskap med en årlig kostnad på kr 40 000. Vurderingen skjedde etter at Miljøtransport var tildelt oppdraget. Partene sto da fritt til å legge om avtaleforholdet, herunder frafalle kravet om garanti. Reno-Vest som oppdragsgiver hadde også en ensidig rett til å avbestille garantiytelsen.
- (43) Om garanti ikke hadde blitt stilt, ville det heller ikke vært grunnlag for å avvise anbudet. En garanti fra eget datterselskap overfor morselskapet har ikke økonomisk mening. Mor og datter er en og samme økonomiske enhet, selv om de er to selvstendige rettssubjekter. Kravet om garanti er dessuten stilt for å sikre Reno-Vests interesser, ikke for å sikre konkurranseforholdet mellom anbyderne.
- (44) Reno-Vest gjorde det nødvendige vedtak om sikring av slik garanti for Miljøtransport før spørsmålet om tildeling av kontrakt ble behandlet av styret. Det var praktiske problemer som gjorde at det tok lang tid før sikkerhet faktisk ble stilt.
- (45) Konklusjonen fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser om at anbudet fra Miljøtransport skulle vært avvist på grunn av manglende garanti, må leses i lys av at Reno-Vest ikke var kjent med at dette var gjort gjeldende av SB Transport. Reno-Vest hadde ikke hatt oppfordring til å fremlegge sitt syn på garantispørsmålet, og heller ikke fått orientert klagenemnda om at bankinnskudd var foretatt. Dette er en klar saksbehandlingsfeil.
- (46) Det anføres også at kravet om garanti er et kontraktsvilkår, ikke et kvalifikasjonskrav.
- (47) Når det gjelder habilitetsspørsmålet, må man ta utgangspunkt i at forvaltningsloven § 6 retter seg mot den som skal treffe avgjørelse eller tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse.
- (48) Avgjørelsen er styrets beslutning om tildeling av oppdraget. Verken Espen With-Hanssen eller Kai Hemminghytt var medlemmer i styret – slik skiller denne saken seg fra saksforholdet i Torghattendommen i Rt. 1998 side 1398.
- (49) Grunnlaget for styrets beslutning var innstillingen 17. november 2003 fra Arve Pedersen og Oddmund Enoksen, vedlagt Arve Pedersens notat hvor anbudene korrigeres og kommenteres. Verken Espen With-Hanssen eller Kai Hemminghytt deltok i utarbeidelsen

av disse dokumentene, eller i presentasjonen av disse overfor styret. De har heller ikke for øvrig tilrettelagt grunnlaget for avgjørelsen.

- (50) Espen With-Hanssens tilstedeværelse på styremøtet var uten betydning. Han hadde ikke ordet, og styret traff enstemmig vedtak i samsvar med innstillingen uten debatt.
- (51) Espen With-Hanssen tok del i utarbeidelsen av anbudsdokumentene. Det dreide seg imidlertid i stor grad om gjenbruk fra forrige anbudsrunde, og det var ikke da besluttet at Miljøtransport skulle delta.
- (52) Prekvalifiseringsanbudene ble gjennomgått og kontrollert av revisor Wiggo K. Nilsen og Arve Pedersen. Espen With-Hanssen skulle i henhold til prekvalifiseringsgrunnlaget delta i gruppen, men deltok ikke, på grunn av Miljøtransport's deltakelse i konkurransen.
- (53) Etter prekvalifiseringen ble det avholdt et anbudsmøte hvor de prekvalifiserte deltakerne var til stede. Møtet ble ledet av Espen With-Hanssen som representant for innbyder, Reno-Vest. Dette var nødvendig, det var ingen andre enn han som kunne svare på spørsmålene som ble stilt. Det ble ikke gitt opplysninger på møtet som kan anses som tilrettelegging av styrets senere avgjørelse.
- (54) Det spilte ingen rolle at Espen With-Hanssen var oppgitt som kontaktperson i konkurransegrunnlaget. Eventuelle spørsmål måtte være skriftlige, og det kom ingen slike spørsmål.
- (55) Espen With-Hanssen var til stede under åpning av anbudene, men dette kan ikke anses for tilrettelegging av styrets avgjørelse. Da Espen With-Hanssen underskrev på underretningsbrevet til anbyderne, var beslutningen allerede truffet, og dette var følgelig heller ikke tilrettelegging.
- (56) Kai Hemminghytt var konstituert daglig leder i Miljøtransport fra juli 2003, men siden det ikke var virksomhet i selskapet da, var det unaturlig at han sluttet som driftssjef i Reno-Vest da han skulle regne anbud for Miljøtransport. Reno-Vest kunne alternativt valgt å inngi anbud selv, og da måtte det vært Kai Hemminghytt som regnet anbudet.
- (57) Subsidiært, dersom de to anses som inhabile, anføres at styrets vedtak ville blitt det samme uavhengig av deres deltakelse. Styrets vedtak er derfor ikke ugyldig, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. Uansett kan dette ikke anses som en vesentlig feil. De krav som stilles til avstand, må tilpasses i en liten bedrift. Det må være adgang til å bruke tilgjengelige ressurser, og man må ta i betraktning at det ville vært lovlig for Reno-Vest selv å levere anbud. Det anføres også at Reno-Vest ikke kan klandres.
- (58) Manglende anskaffelsesprotokoll er en formell feil som ikke har betydning. Også eventuelle mangler ved underretningen er uten betydning. Formålet med denne er at den skal gi grunnlag for klage, og det har den gitt i vår sak.
- (59) Det er ikke forhold i denne saken som tilsier at man skal lempe på kravet fastsatt i Nucleusdommen om at SB Transport må bevise med klar sannsynlighetsovervekt at selskapet ville blitt tildelt kontrakten hvis feilen tenkes bort.

- (60) Reno-Vest hadde adgang til å forkaste samtlige tilbud hvis det var saklig grunn til det, og kunne etter dette fritt velge mellom flere alternativer, herunder egenregi – selv eller ved et datterselskap – eller ny anbudsrunde.
- (61) Reno-Vest hadde ikke kontraheringsplikt. Det var tatt uttrykkelig forbehold i anbudsgrunnlaget om valg av egenregi, og det foreligger saklig grunn til egenregi når oppdraget kan utføres bedre eller billigere enn av anbyderne. Miljøtransports tilbud viste hva det ville koste å utføre oppdraget i egenregi, og selv om tilbudet hadde måttet avvises på grunn av formelle feil, rammer ikke det kalkulasjonen som lå til grunn for tilbudet.
- (62) Det var meget stor prisforskjell mellom SB Transport og Miljøtransport, derfor ville det ha vært saklig grunn til å forkaste dette tilbudet, og åpenbart at det ville skjedd.
- (63) Til SB Transports anførsel om at det ikke var politisk vilje til å drive avfallsinnsamlingen i egenregi, påpekes det at dette ikke var et spørsmål som skulle behandles av kommunestyrene, men i Reno-Vests styre. Til spørsmålet om det var rettslig adgang for Reno-Vest til å foreta oppdraget i egenregi, anføres at det var Reno-Vest som her var oppdragsgiver og som hadde lyst ut tilbud, ikke en enkelt kommune. Oppdragsgiver kan selvsagt velge å utføre egen virksomhet i egenregi. Reno-Vest har mangfoldige år stått for renovasjonen for kommunene i Vesterålen og Lødingen, og det har aldri vært spørsmål om Reno-Vest lovlig kan fortsette med det. Også om man skulle mene at kravene til kommunal kontroll som er fastsatt av EF-domstolen gjelder, er kravene oppfylt her. Også egenregi gjennom eget datterselskap kunne vært gjennomført.
- (64) Endelig anføres det at SB Transports tilbud ikke var det nest laveste. Tilbudet fra Østbø var ca. kr 300 000 lavere når det tas hensyn til de opsjoner som på kontraktstildelingstidspunktet ble tatt med. SB Transport ville derfor uansett ikke fått oppdraget.
- (65) Reno-Vest IKS har lagt ned slik påstand:
- ”1. **Lagmannsrettens dom, domsslutningens post 1 og 3 stadfestes.**
 2. **SB Transport AS dømmes til å betale saksomkostninger til Reno-Vest IKS for tingretten og Høyesterett.”**
- (66) *Mitt syn på saken*
- (67) Reno-Vest, som er et interkommunalt selskap, omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser – anskaffelsesloven – og forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser – anskaffelsesforskriften – se anskaffelsesforskriften § 1-2.
- (68) Anskaffelsesloven § 10 gir rett til erstatning ved brudd på loven eller forskrifter gitt i medhold av loven, men gir ikke noen nærmere anvisning om hva som skal erstattes. Når det i norsk rett har vært tilkjent erstatning etter feil fra tilbudsinnbyderen, har det vanligvis vært tale om dekning av en anbyders utgifter ved å ha deltatt i konkurransen – den negative kontraktsinteressen. I vår sak er det rettskraftig avgjort at SB Transport får slik erstatning, og spørsmålet er om selskapet har krav på noe mer. Det følger av Nucleusdommen i Rt. 2001 side 1062 at en forbigått anbyder i visse tilfeller har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen – det vil si å bli stilt som om selskapet var blitt tilkjent tilbudet. Men kravene er strenge. På side 1079 uttaler førstvoterende:

”Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.

Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssamanheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.”

(69) Med utgangspunkt i dette må det først tas stilling til om det i vår sak er begått feil, og eventuelt om feilene er vesentlige, det vil si om det foreligger ansvarsgrunnlag.

(70) Jeg ser først på *kravet til sikkerhetsstillelse*.

(71) I prekvalifiseringsgrunnlaget het det:

”3.1 Prekvalifisering av anbydere

...

Det blir satt krav til skriftlig dokumentasjon av følgende:

...

10. Egnede erklæringer fra bank på at krav om bankgaranti på NOK 1.500 000,- kan stilles.

...

3.2.3 Utelukkelse pga. særlige forhold

Vi gjør oppmerksom på at blant annet følgende forhold vil utelukke anbyder fra å delta i anbudsprosessen:

...

- Manglende finansieringsgaranti”.

(72) I konkurransegrunnlaget het det følgende om garanti:

”3.9 Sikkerhetsstillelse, garanti

Sikkerhetsstillelse i form av bankgaranti på NOK 1.500.000,- skal stilles for hele kontraktsperioden.

Ved bruk av garantierklæring skal dette fremlegges ved kontraktinngåelse. Ved forlengelse av kontraktsperioden (utover 4 år) skal garantien forlenges.”

(73) I tillegg var punkt 2.17 i konkurransegrunnlaget identisk med punkt 3.2.3 i prekvalifiseringsgrunnlaget når det gjaldt virkningen av manglende finansieringsgaranti.

(74) I prekvalifiseringsanbudet fra Miljøtransport lå det ved et forhåndstilsagn om garanti fra Nordlandsbanken med følgende ordlyd:

”Vi viser til Deres henvendelse og kan i den anledning opplyse at banken vil kunne stille en garanti for Deres regning, stor inntil kr. 1.500.000,- i favør av Reno-Vest IKS, til sikkerhet for riktig oppfyllelse av den transportkontrakt som De eventuelt vil få med Reno-Vest IKS i forbindelse med forestående levering av anbud.

Garantien forutsettes sikret med kausjon fra Deres morselskap, eventuelt pantsettelse av bankinnskudd.”

- (75) Som jeg har nevnt ga Reno-Vests styre administrasjonen fullmakt til å sette inn kr 1,5 millioner på sperret konto med sikte på at kontoen kunne brukes som sikkerhet for bankgaranti. Dette skjedde etter at anbudet var innlevert, men før kontraktstildelingen. Under kontraktsforhandlingene i desember 2003 bestemte imidlertid Reno-Vest seg for å vurdere om det var nødvendig med en slik garanti. Sikkerhetsstillelse ble etter hvert ordnet, men ikke før ni måneder senere.
- (76) Jeg finner det unødvendig å ta stilling til om anbudet fra Miljøtransport skulle vært avvist i forbindelse med prekvalifiseringen. Det er etter mitt syn klart at så lenge den betingelsen banken hadde satt om kausjon fra morselskapet eller pantsettelse av bankinnskudd ikke var oppfylt, tilfredsstilte ikke Miljøtransport kravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.9 om at det skulle foreligge sikkerhetsstillelse for hele kontraktsperioden, og at garantierklæring skulle fremlegges ved kontraktsinngåelse. En fullmakt fra styret i Reno-Vest til administrasjonen om å ordne slik sikkerhetsstillelse sikrer ikke Reno-Vest mot tap dersom Miljøtransport ikke oppfyller sine forpliktelser. Jeg kan ikke se at det kan tillegges vekt at Miljøtransport er et datterselskap av Reno-Vest. Det er etter anskaffelsesloven § 5 et grunnleggende krav at oppdragsgiver sikrer at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Frafalles garantikravet for én leverandør, er dette kravet krenket.
- (77) Både i prekvalifiseringsgrunnlaget og konkurransegrunnlaget heter det at manglende finansieringsgaranti vil utelukke anbydere fra å delta i anbudsprosessen. Det er ikke bestridt at ”finansieringsgarantien” refererer seg til garantien på kr 1,5 millioner som kreves etter de samme grunnlagene. Det følger også av anskaffelsesforskriften § 8-12 første ledd bokstav a at oppdragsgivere skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt for leverandørers deltakelse i konkurransen. Miljøtransports anbud skulle derfor vært avvist, og det er en feil at dette ikke er gjort.
- (78) Jeg går så over til å vurdere *habilitetsspørsmålet* eller – kanskje mer treffende – *spørsmålet om rolleblanding*.
- (79) Dette spørsmålet knytter seg til det forhold at styreformann og registrert daglig leder i Miljøtransport, Espen With-Hanssen, også var daglig leder i Reno-Vest med flere oppgaver i tilknytning til anbudskonkurransen. Han utarbeidet anbudsdokumentene og skulle ifølge prekvalifiseringsgrunnlaget ta del i en gruppe på fire som skulle vurdere prekvalifisering av anbudene. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at den samme gruppen skulle foreta anbudsvurdering. With-Hanssen trakk seg fra gruppen da det ble klart at Miljøtransport skulle levere anbud, men dette ble ikke kunngjort for de potensielle anbyderne. Espen With-Hanssen var oppført som kontaktperson i konkurransegrunnlaget og fortsatte med å være det gjennom hele prosessen. Han ledet en anbudskonferanse 8. oktober 2003 og deltok i åpningen av anbudene. Han deltok på styremøtet hvor styret ga administrasjonen fullmakt til å sette av kr 1, 5 millioner som sikkerhet for Miljøtransports bankgaranti, og på styremøtet hvor det ble besluttet å tildele kontrakten til Miljøtransport. Dessuten underskrev han brevet hvor anbyderne ble orientert om utfallet av konkurransen.
- (80) Videre knytter spørsmålet seg til det forhold at konstituert daglig leder i Miljøtransport, Kai Hemminghytt, som hadde regnet Miljøtransports anbud, hele den aktuelle tiden var ansatt som driftssjef i Reno-Vest.

- (81) Det følger av anskaffelsesforskriften § 3-4 at forvaltningsloven §§ 6 til 10 om habilitet gjelder. Forvaltningsloven § 6 fastsetter at man i nærmere angitte tilfeller er inhabil til å "tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak". Reno-Vest har anført at With-Hanssen verken var med på å treffe avgjørelsen eller tilrettelegge grunnlaget for den siden han ikke var styremedlem i Reno-Vest og ikke tok del i gruppen som vurderte prekvalifiseringen og anbudene, slik planen opprinnelig var. Anbudskonferansen han ledet dreide seg fullt ut om praktiske spørsmål, og han hadde ikke ordet da styret behandlet spørsmålet om hvem som skulle få kontrakten.
- (82) Etter mitt syn kan det ikke uten videre være avgjørende at With-Hanssen ikke utarbeidet innstillingen om hvilken anbyder som burde få kontrakten. Det må foretas en konkret vurdering av om han hadde en slik rolle i anbudssaken at den var egnet til å svekke tilliten til at anbyderne konkurrerte på like vilkår. Drøftelsen kan kanskje like gjerne forankres i alminnelige anbuksrettslige prinsipper som i forvaltningsloven § 6. Disse prinsippene kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 5, som blant annet pålegger oppdragsgiver å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Jeg viser også til anskaffelsesloven § 1, hvor det fremgår at et av formålene med regelverket er å sikre at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det vises også til at Høyesterett i Torghattendommen i Rt. 1998 side 1398 på side 1410 gir uttrykk for at det lettere oppstår inhabilitet når det er tale om en konkurransesituasjon enn hva tilfellet er hvor det ikke er andre parter.
- (83) En ansatt hos en innbyder kan etter omstendighetene ha slik kunnskap om innbyderens behov og ønsker at det vil innebære en klar konkurransefordel for en leverandør om vedkommende tar del i utarbeidelsen av leverandørens anbud. Dette er bakgrunnen for at det i praksis gjerne stilles som en forutsetning for at kommunalt ansatte kan utarbeide konkurransegrunnlag når kommunen inngir internanbud, at det er "vanntette skott" mellom dem som utarbeidet konkurransegrunnlaget og dem som inngir anbudet. Det kan i alle fall være egnet til å så tvil om likebehandlingsprinsippet er respektert dersom en sentral person i innbyders organisasjon også sitter sentralt i organisasjonen til en av leverandørene. I vår sak var det tilfellet. Espen With-Hanssen, styreleder i Miljøtransport, var den som utarbeidet anbudsgrunnlaget for Reno-Vest. At det i stor grad skjedde ved gjenbruk av tidligere grunnlag, kan bare tillegges begrenset vekt. I tillegg kommer at det var driftssjef i Reno-Vest, Kai Hemminghytt, som regnet anbudet for Miljøtransport. Espen With-Hanssen fremstår dessuten som en sentral person i Reno-Vest i forbindelse med behandling av anbudskonkurransen, selv om han trakk seg ut av arbeidsgruppen som vurderte anbudene.
- (84) Jeg kan på denne bakgrunn slutte meg til lagmannsretten når den konkluderer slik:
- "Allerede ved prekvalifiseringen var det klart at datterselskapet ville konkurrere om kontrakten. Reno-Vest hadde da en direkte foranledning til å foreta de nødvendige endringer i sin og datterselskapenes personellmessige struktur og tilkjennegi utad hvilke prosedyrer man ville følge for å sikre likebehandling av anbyderne og nødvendig avstand mellom tilbyder og beslutningstakerne. Når dette ikke ble gjort, må dette betegnes som alvorlige brudd på sentrale saksbehandlingsregler."**
- (85) Når det gjelder *øvrige saksbehandlingsfeil*, slutter jeg meg til tingrettens og lagmannsrettens konklusjon om at det ikke er ført anskaffelsesprotokoll slik det kreves i

anskaffelsesforskriften § 8-1 første ledd, og viser til den nærmere drøftelse i lagmannsrettens dom. Jeg slutter meg også til drøftelsen og konklusjonen om at begrunnelsen som ble gitt for valg av anbyder i brev til anbyderne 24. november 2003, ikke tilfredsstillende kravet til begrunnelse i § 10-3 annet ledd. I lagmannsrettens dom heter det blant annet om dette kravet:

”Begrunnelsen skal være så fyllestgjørende at det skal være mulig å avgjøre om tildelingsbeslutningen skal bestrides, jf Dragsten og Lindalens kommentar side 1342. Det må derfor kreves at de nærmere kriterier for valget fremgår. Når det opereres med korrigererte anbudssummer, må det fremgå hvordan disse er fremkommet.”

- (86) Spørsmålet er så om manglende avvisning på grunn av garantimangelen, rolleblanding, manglende protokoll og mangelfull begrunnelse, til sammen innebærer at det er skjedd *vesentlige feil* i anbudskonkurransen.
- (87) Ved vurderingen av om feilene er vesentlige, skal det etter Nucleusdommen legges vekt på feilens størrelse, typen feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan klandres.
- (88) Alene det forholdet at den manglende garantien skulle ført til avvisning av den anbyderen som fikk kontrakten, er en feil som utvilsomt har hatt stor betydning. Rolleblandingen i de to selskapene er en alvorlig feil. De øvrige feilene kan umiddelbart virke mindre betydningsfulle fordi de neppe har vært avgjørende for resultatet. De bidrar imidlertid til å svekke gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, som er grunnleggende krav ved anskaffelsene, jf. anskaffelsesloven § 5. Reno-Vest er en profesjonell aktør som bør kjenne regelverket godt nok til å unngå slike feil. Det at det dreier seg om en mindre bedrift, kan ikke fritta den fra å oppfylle de grunnleggende krav til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. Jeg er derfor enig med tingretten og lagmannsretten i at feilene, samlet sett, er vesentlige.
- (89) Spørsmålet blir dernest om det foreligger *årsakssammenheng* mellom feilene og tapet SB Transport har lidt ved ikke å få oppdraget. Som jeg allerede har vært inne på, følger det av Nucleusdommen at SB Transport for å oppfylle kravet om årsakssammenheng med klar sannsynlighetsovervekt må vise at oppdraget skulle gått til selskapet. I dette ligger etter det jeg kan se ikke noe krav om tilnærmet visshet, men et krav om at SB Transport påviser klare holdepunkter for at selskapet ville fått kontrakten. Dette må sees i sammenheng med at en forbigått anbyder som ikke oppfyller beviskravet, likevel kan ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen. SB Transports anførsel om at beviskravet bør lempes fordi begrunnelsen ikke slår til her – siden det er klart at feilen har spilt inn – kan klart ikke føre fram.
- (90) Reno-Vest har gjort gjeldende at hvis kontrakten ikke kunne tildeles Miljøtransport, ville Reno-Vest forkastet alle anbudene med sikte på å utføre arbeidet i egen regi eller gjennomføre en ny anbudsrunde. Slik saken har vært presentert, ser jeg egenregi som det reelle alternativet. Spørsmålet er derfor om det ville vært adgang for Reno-Vest til å forkaste alle anbudene med denne begrunnelsen.
- (91) Etter anskaffelsesforskriften § 10-1 annet ledd kan oppdragsgiver forkaste alle anbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. I kjennelsen i Rt. 2001 side 473 – Concordekjennelsen – uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg på side 481–482:

”Kjæremålsutvalget deler statens syn på at kravet om forutberegnelighet må anses som en del av saklighetskravet i anskaffelsesloven § 4 annet ledd, og at det først og fremst refererer seg til at regelverket for tilbudskonkurranser må følges, både skrevne regler og de som kan utledes av det alminnelige krav til lojalitet i avtaleforhold. Dette vil ramme tilbudskonkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å ”teste markedet”. Men det innebærer etter utvalgets syn ikke at en avlysning av tilbudskonkurransen uansett må settes til side dersom begrunnelsen er at tilbyderen først i ettertid finner å ville gjennomføre anskaffelsen i egen regi. Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, slik lagmannsretten også har lagt til grunn.”

(92) Lenger ned på side 482 heter det videre:

”Med den sparsomme veiledning lovgivningen gir, finner utvalget ikke grunnlag for å legge så meget i dette at det kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje. Det må være tilstrekkelig at vurderingen av å bruke en tilbudskonkurranse og den senere avlysningen av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra utbyderens side.”

- (93) Concordekjennelsen ble avsagt før den gjeldende forskriften ble vedtatt, og bruker uttrykket avlysning i stedet for totalforkastelse. Dette har ingen betydning, og jeg legger til grunn at spørsmålet er om forkastelse av alle anbudene ville ha hvilt på en fullt ut forsvarlig økonomisk vurdering. Jeg nevner at det ikke er holdepunkter i de opplysningene som foreligger for Høyesterett, for å legge til grunn at anbudskonkurransen her ble lyst ut for å teste markedet.
- (94) Reno-Vest har gjort gjeldende at det må tas som utgangspunkt at Reno-Vest ikke hadde kontraheringsplikt. Det var tatt uttrykkelig forbehold i anbudsgrunnlaget om valg av egenregi, og det foreligger saklig grunn til egenregi når oppdraget kan utføres bedre eller billigere enn av anbyderne. Miljøtransports anbud viste hva det ville koste å utføre oppdraget i egenregi, og selv om anbudet hadde måttet avvises på grunn av formelle feil, rammer ikke det kalkulasjonen som lå til grunn for anbudet.
- (95) SB Transport har hevdet at anbudet fra Miljøtransport ikke kan brukes som utgangspunkt for å vurdere om de øvrige anbudene var for høye, på grunn av dobbeltrollene With-Hanssen og Hemminghytt hadde i anbudsprosessen. Av samme grunn kan heller ikke Reno-Vests budsjettpost på dette punktet, som også er beregnet av Kai Hemminghytt, benyttes til vurderingen.
- (96) Jeg nevner først at selv om det i konkurransegrunnlaget heter at ”Reno-Vest vil vurdere de innkomne anbud mot egendrift”, innebærer ikke det noen lemping av kravet om at totalforkastelse må ha saklig grunn og hvile på en fullt ut forsvarlig økonomisk vurdering.
- (97) I vår sak oppstår da for det første spørsmålet om Miljøtransports anbud kan brukes som grunnlag for å vurdere om det var saklig grunn til å forkaste SBs anbud, i lys av dobbeltrollene til With-Hanssen og Hemminghytt.
- (98) Det må legges til grunn at Espen With-Hanssen og antakelig også Kai Hemminghytt har hatt en helt annen innsikt enn konkurrentene i oppdragsgivers ønsker og behov, herunder hvilke opsjoner oppdragsgiver har ansett som mest aktuelle, hvilke poster i anbudet som var de viktigste for oppdragsgiver, og hvor det kunne være aktuelt å gå inn med justeringer senere. Rolleblandingen er som jeg tidligere er kommet til en alvorlig feil ved anbudskonkurransen. Jeg kan imidlertid ikke se at rolleblanding i seg selv innebærer at

tallene Miljøtransport har kommet fram til, ikke kan legges til grunn av Reno-Vest ved vurderingen av hva det vil koste å drive i egenregi.

- (99) Reno-Vest har påpekt at det er meget stor prisforskjell mellom anbudene fra SB Transport og Miljøtransport. Etter en tilpasning Reno-Vest har foretatt av begge anbudene i forhold til de opsjoner som ble valgt, blir SB Transports anbud på kr 6,885 millioner mens Miljøtransports anbud blir på kr 5,656 millioner, en differanse på 21,7 %. Reno-Vest har også vist til at det i selskapets driftsbudsjett for 2004 er satt av kr 5,175 millioner til avfallsrenovasjon.
- (100) SB Transport mener at skal man først sammenligne anbudene, vil justeringen for opsjonene tilsi at SB Transports anbud blir på kr 6,826 millioner. Det må imidlertid også justeres for andre kostnadsbesparelser som følger av ikke-meddelte endringer på minst kr 435 000. Videre må det tas i betraktning at det i Miljøtransports anbud het at "Miljøtransport ønsker å samkjøre husholdningstransporten med transport av næringsavfall for å utnytte ledig kapasitet til enhver tid. Dette resulterer også i at beredskapskapasiteten øker". Dette har sammenheng med at næringsavfallet etter planen skulle håndteres av Miljøtransports søsterselskap Miljøexpert AS. I sitt anbud tilbød SB Transport en rabatt på 7 prosent, ca. kr 560 000, dersom SB Transport oppnådde en avtale om innkjøring av næringsavfallet i området.
- (101) Det er på det rene at selv om man justerer anbudet fra SB Transport i lys av de opsjonene som faktisk ble valgt, ligger SB Transports anbud vesentlig høyere enn Miljøtransports, uansett hvilken av partenes beregninger som legges til grunn. Det er etter mitt syn ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at det skal gjøres fradrag i SB Transports anbud for ytterligere endringer, slik SB Transport har anført. Derimot er det uklart hvilken betydning Miljøtransports ønske om samordning med næringsavfallet har hatt for størrelsen på Miljøtransports anbud. Det anbudsrettslige likhetsprinsippet tilsier at den fordelene det eventuelt ville innebære å samordne husholdningstransporten med transport av næringsavfall, skulle innkalkuleres i anbudet. Selv om man som SB Transport har gjort gjeldende, av denne grunn reduserer SB Transports anbud med 7 prosent, ville imidlertid anbudet fra SB Transport fortsatt være minst 10 prosent høyere enn anbudet fra Miljøtransport, og dermed den antatte kostnaden ved å utføre oppdraget i egenregi. Jeg legger ut fra dette til grunn at det ville vært en fullt ut forsvarlig vurdering å forkaste alle anbudene for å foreta oppdraget i egenregi.
- (102) SB Transport har dermed ikke påvist med klar sannsynlighetsovervekt at SB Transport ville fått oppdraget.
- (103) SB Transport har også vist til at oppgaven med å foreta innsamling av husholdningsavfall påligger den enkelte kommunen, se forurensningsloven § 30. SB Transport anfører at det følger av EØS-regler, slik de er forstått av EF-domstolen, at kommunene da ikke kan gjennomføre oppgavene i egen regi gjennom det interkommunale selskapet Reno-Vest. Jeg kan ikke se at dette fører frem. Dels er jeg i tvil om hvor relevant problemstillingen i det hele tatt er når det er Reno-Vest, ikke den enkelte kommunen, som er anbudsinnbyder. Men i alle fall er jeg enig i det syn som er lagt til grunn i en avgjørelse 7. november 2005 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Flertallet uttaler der:

"Flertallet kan ikke se at saklig begrunnet samarbeid mellom kommuner gjennom interkommunale selskaper ikke skal kunne kombineres med egenregi i de tilfellene hvor det interkommunale selskapet er opprettet med det hovedformål å dekke

eierkommunenes behov, og eierkommunene samlet utøver en kontroll som er på linje med den som gjelder for interne etater.”

- (104) Det samme rettslige synet har Fornyings- og administrasjonsdepartementet gitt uttrykk for i Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, utgitt i 2006, der det heter på side 33:

”Eksempel på tillatt egenregi:

Kommune A eier, sammen med syv andre kommuner, det interkommunale avfallsselskapet ”Rent og ryddig IKS”, organisert etter lov om interkommunale selskaper. Kommune A er den minste kommunen i samarbeidet og har eierandel etter dette. Kommune A vil etter departementets oppfatning kunne tildele oppdraget med å samle inn og behandle husholdningsavfallet i kommune A, til ”Rent og Ryddig IKS” etter unntaket for egenregi.”

- (105) Noe rettslig hinder for egenregi ser jeg da ikke, og som tingretten og lagmannsretten er jeg kommet til at årsakskravet ikke er oppfylt, slik at SB Transports anke ikke fører frem.
- (106) Siden jeg vet at jeg er i mindretall, former jeg ikke konklusjon.
- (107) Dommer **Bruzelius**: Jeg er i likhet med førstvoterende kommet til at det er begått vesentlige feil i anbudssaken, og til at det således foreligger ansvarsgrunnlag. SB Transport har da krav på erstatning for lidt tap ved ikke å bli tildelt oppdraget, forutsatt at selskapet med klar sannsynlighetsovervekt kan påvise at oppdraget skulle ha gått til SB Transport. I motsetning til førstvoterende, mener jeg, hensett til de konkrete omstendigheter i saken, at også kravet til årsakssammenheng er oppfylt.
- (108) Som førstvoterende har gjort rede for, skulle anbudet fra Miljøtransport ha vært avvist. Hovedspørsmålet i årsaksvurderingen er, slik jeg vurderer saken, om Reno-Vest kunne ha forkastet de øvrige anbudene.
- (109) Etter mitt syn fremgår det klart av dokumentene at Reno-Vest etter en samlet vurdering fant anbudet fra SB Transport å være økonomisk mer fordelaktig enn anbudet fra Østbø, både på kontraktstidspunktet og senere. Særlig viser jeg til underretningen i brev av 24. november 2003 fra Reno-Vest til anbyderne. Men også i brev 22. juni 2004 fra advokat Enoksen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble anbudet fra SB Transport omtalt som det nest laveste anbud. Anførselen vedrørende forholdet til Østbø finner man heller ikke spor av i de tidligere instansers dommer. Jeg finner det etter dette ikke tvilsomt at dersom det ikke var grunnlag for å forkaste de øvrige anbudene, ville SB Transport ha fått oppdraget.
- (110) Som førstvoterende legger jeg til grunn at spørsmålet om forkastelse av de øvrige anbudene beror på en saklighets- eller forsvarlighetsvurdering. Jeg viser til det hun har sagt om anskaffelsesforskriften og Concordkjennelsen i Rt. 2001 side 473.
- (111) Vurderingen må basere seg på det materialet som er lagt frem. Dette er i hovedtrekk anbudsinnbydelsen, anbudsbrevene med anbudssammendrag og den sammenstilling av tallene som fremkom i Pedersens innstilling til styret. Det er også vist til budsjettall, og begge sider har utarbeidet og lagt frem talloppstillinger for å påvise forholdet mellom anbudene i forhold til opsjoner og andre faktiske omstendigheter.

- (112) Reno-Vest gjør gjeldende at Miljøtransports anbud – selv om det skulle ha vært avvist – viste hva det ville ha kostet å utføre arbeidet i egenregi, og at den store prisforskjellen må være avgjørende ved forsvarlighetsvurderingen. Jeg er her ikke enig med Reno-Vest.
- (113) Når det først gjelder dokumentene i anbudssaken, viser jeg til at det nettopp er ved utarbeidelsen av anbudsgrunnlaget med opsjonene og tallene i anbudet fra Miljøtransport at den uakseptable rolleblanding med styrke har gjort seg gjeldende. Dette taler allerede i seg selv mot at materialet kan brukes for å underbygge at det ut fra anbudet fra Miljøtransport ville ha vært forsvarlig å forkaste de øvrige anbud.
- (114) Jeg legger til grunn at både Espen With-Hanssen og Kai Hemminghytt har hatt en helt annen innsikt enn konkurrentene i oppdragsgivers ønsker og behov. Dette gjelder både i forhold til hvilke av de mange opsjoner Reno-Vest har ansett som mest aktuelle, hvilke poster i anbudet som var de viktigste for selskapet, og hvor det kunne være aktuelt med justeringer senere. Dette viser etter min mening at man ikke uten videre kan legge anbudet fra Miljøtransport til grunn ved forsvarlighetsvurderingen.
- (115) I tilknytning til grunnlagsmaterialet peker jeg også på at Miljøtransport i sitt anbud ga uttrykk for at selskapet ønsket å samkjøre husholdningstransporten med transport av næringsavfall for å utnytte ledig kapasitet til enhver tid. Dette hadde sammenheng med at næringsavfallet etter planen skulle håndteres av søsterselskapet Miljøexpert AS. I hvilken grad dette har påvirket anbudet fra Miljøtransport er vanskelig å vite, men man kan etter min mening ikke se bort fra muligheten for krysssubsidiering. Forholdet underbygger etter mitt syn betenkelighetene ved å tillegge anbudet fra Miljøtransport vekt ved forsvarlighetsvurderingen.
- (116) Reno-Vests driftsbudsjett for 2004 er datert 24. oktober 2003, med andre ord en uke før anbudsfristen gikk ut. Mye taler for at det er basert på utregningen av Miljøtransports anbud. Også budsjettet rammes da av den rolleblanding som har funnet sted. Jeg finner det klart at budsjettet ikke kan ha noen vekt i forsvarlighetsvurderingen.
- (117) Begge sider har videre lagt frem tallmateriale til belysning av forholdet mellom anbudene. Disse spriker sterkt. Blant annet fremgår det av tall lagt frem av SB Transport at det under bestemte forutsetninger ikke er stor forskjell mellom anbudene fra Miljøtransport og SB Transport. Det tallene etter min mening viser, er at sammenligningen avhenger av hvilke opsjoner man legger inn, og hvilke faktiske forhold man korrigerer for. Jeg viser her til det jeg tidligere har sagt om det konkurransefortrinn som lå i at With-Hanssen og Hemminghytt hadde innsikt i Reno-Vests ønsker og behov.
- (118) Etter min mening underbygger ikke anbudet fra Miljøtransport, selskapets anbudsmateriale og Reno-Vests budsjettall – slik forholdene her ligger an – at det ville ha vært forsvarlig ut fra økonomiske forhold å forkaste de øvrige anbudene. Heller ikke det nærmere sammenligningsmaterialet som er utarbeidet for Høyesterett, gir grunnlag for en slik konklusjon. Noen begrunnelse i henhold til anskaffelsesforskriften er, som førstvoterende har redegjort for, ikke gitt, og det nærmere grunnlaget for Miljøtransports anbud er ikke fremlagt.
- (119) Når det således må anses påvist at det ikke forelå forsvarlig grunnlag for å forkaste de øvrige anbudene, og det er klart at anbudet ville ha gått til SB Transport som etter en samlet vurdering hadde levert det økonomisk mest fordelaktige anbudet dersom anbudet

fra Miljøtransport rettelig hadde vært avvist, finner jeg at årsakskravet om klar sannsynlighetsovervekt er tilfredsstillt.

- (120) For meg er det etter dette ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om Reno-Vest ville ha hatt adgang til å utføre oppdraget i egenregi.
- (121) SB Transport gis etter dette medhold i sitt krav om dekning av det omforente beløp i positiv oppfyllelsesinteresse.
- (122) SB Transport har vunnet saken fullt ut. Jeg finner at selskapet bør tilkjennes saksomkostninger for alle instanser etter tvistemålsloven § 180 annet ledd jf. § 172 første ledd. Omkostningene settes i samsvar med omkostningsoppgaven til 493 779 kroner.
- (123) Jeg stemmer etter dette for denne

D O M :

1. Reno-Vest IKS betaler til SB Transport AS 1 025 000 – enmillionogtjuefemtusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 1. juli 2007 til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Reno-Vest IKS til SB Transport AS 493 779 – firehundreogtrettetusensjuhundreogsyttini – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
3. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (124) Dommer **Coward:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Indreberg.
- (125) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bruzelius.
- (126) Dommer **Gjølstad:** Likeså.

(127) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Reno-Vest IKS betaler til SB Transport AS 1 025 000 – enmillionogtjuefemtusen – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra 1. juli 2007 til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett betaler Reno-Vest IKS til SB Transport AS 493 779 – firehundreognittitretusensjuhundreogsyttini – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
3. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: