



# NORGES HØYESTERETT

Den 26. juni 2008 avsa Høyesterett dom i

**HR-2008-01144-A, (sak nr. 2008/5), sivil sak, anke,**

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo  
v/advokat Knut Hvidsten – til prøve)

mot

Ventelo Bedrift AS

(advokat Kurt Weltzien – til prøve)

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

- (1) Dommer **Stabel:** Saken gjelder krav om erstatning for brudd på regler om offentlig anskaffelse. Spørsmålet er om det foreligger brudd på regler om kunngjøring av anbudskonkurranse, og om i så fall de utgifter – i det vesentlige advokatutgifter – en potensiell anbyder i konkurransen har pådratt seg, er erstatningsrettslig vernet.
- (2) I februar 2003 kunngjorde Oslo kommune en anbudskonkurranse om varekjøp til et nytt konsernnettverk. Kunngjøringen fant sted i Norsk Lysingsblad og i Database for offentlige innkjøp – Doffin. Kunngjøringen gjaldt datakommunikasjonsutstyr, og den CPV-koden som ble oppgitt var koden for slikt utstyr. CPV- koden er en internasjonal kode for identifisering av de leveranser som etterspørres. Av anbudsgrunnlaget – kalt ”tilbudsinvitasjon” – som ble sendt de leverandører som ba om ytterligere opplysninger, fremgikk det imidlertid at det også dreide seg om drift av en eller flere delelementer og avtale om vedlikehold og support. Det ble også opplyst at det i juli 2003 ville avklares hvorvidt kommunen ville bygge eget xDSL-nettverk, eller leie. Kommunen besluttet å ha eget xDSL-nettverk.
- (3) Catch Communications ASA, som nå inngår i Ventelo Bedrift AS, formidlet datakommunikasjons- og internettjenester. I 2003 var selskapet utleier av ca. 570 bredbåndslinjer – xDSL-aksesser – til Oslo kommune.

- (4) I august 2003 oppdaget Catch at kommunens anbudskonkurranser omfattet tjenesteelementer i tillegg til det kunngjorte varekjøpet. I brev 28. august 2003 til kommunen påpekte Catch at det ville være en ulovlig direkteanskaffelse av tjenester dersom kommunen gikk videre med anskaffelsesprosessen, og at selskapet i så fall ville vurdere å begjære midlertidig forføyning og bringe saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Kommunen svarte i brev 3. september 2003 at anskaffelsesprosessen hadde vært korrekt.
- (5) Catch satte 4. september 2003 frem begjæring om midlertidig forføyning med krav om at kommunen skulle forbys å inngå kontrakt med anbyderne i anbudskonkurransen. Ved Oslo byfogdembetes kjennelse 15. september 2003 ble begjæringen ikke tatt til følge. Retten fant det sannsynliggjort at Catch hadde et underliggende krav på at kommunen ikke kunne inngå kontrakt med den leverandør som var valgt, men kom til at det ikke forelå sikringsgrunn. Det ble ikke tilkjent saksomkostninger. Catch meddelte kommunen per faks 16. september at kjennelsen ville bli påkjært, og 17. september ble kjæremål levert inn til lagmannsretten. Samme dag sendte Catch anmodning til Nærings- og handelsdepartementet om å gi pålegg til kommunen om ikke å inngå kontrakt i henhold til anbudet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-11. Samtidig ble det sendt klage til ESA med påstand om at kommunens handlinger var i strid med EØS-avtalen.
- (6) Kommunen meddelte 18. september 2003 at kontrakt var inngått med en annen leverandør dagen før. Catch erklærte seg enig i at den aktuelle rettslige interesse i saken da var falt bort, slik at midlertidig forføyning ikke kunne besluttes, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8. Begge parter påsto seg tilkjent saksomkostninger for byfogden og lagmannsretten. Ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 12. desember 2003 ble kjæremålet avvist. Catch ble dømt til å betale kommunen 9 500 kroner i saksomkostninger for lagmannsretten. Lagmannsretten fant at den ikke ville overprøve byfogdens saksomkostningsavgjørelse.
- (7) I oktober 2003 gjorde Nærings- og handelsdepartementet Catch kjent med at departementet ikke kunne gripe inn, da kontrakt allerede var inngått. Catch klaget 10. desember 2003 til KOFA, som fattet vedtak 9. august 2004. KOFAs konklusjon var at kommunen hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser (slik den lød før endring i 2006) §§ 4-1 og 6-2 ved at tjenstedelen av kontrakten ikke ble kunngjort, og at bruddet var vesentlig.
- (8) Svar fra ESA forelå 27. april 2004. ESA viste til at kommunen hadde erkjent bruk av feil konkurranseform, og ESA sluttet seg til dette syn. Når det gjaldt kunngjøringsmåten, ble det bl.a. uttalt at "[...] the Authority remains unconvinced, on the basis of the arguments and information put before it, that the contract notice was misleading". Saken ble senere avsluttet.
- (9) I brev 28. september 2004 fremmet Catch krav om erstatning mot kommunen for sine advokatutgifter i forbindelse med samtlige saker som var satt i gang. Det ble også krevet erstatning for reise og opphold for to medarbeidere. Kommunen bestred kravene, og stevning ble tatt ut 2. mars 2005. Under forhandlingene for tingretten ble kravet om erstatning for saksomkostninger for byfogden og lagmannsretten trukket, og påstanden redusert med 103 290 kroner. Kommunen påsto denne delen av saken avvist som rettskraftig avgjort. Oslo tingrett avsa 9. mai 2006 dom med slik domsslutning:

- ”1. I erstatning betaler Oslo kommune innen 2 – to – uker til Catch Communications ASA kroner 169.800 – NOK etthundreogsekstinitusenåttehundre – med tillegg av forsinkelsesrenter etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall og til betaling skjer.
2. I saksomkostninger for tingretten betaler Oslo kommune innen 2 – to – uker til Catch Communications ASA kroner 126.000 – NOK etthundreogtjuusekstusen – med tillegg av forsinkelsesrenter etter forsinkelsesrenteloven § 3 fra forfall og til betaling skjer.”

- (10) Tingretten avgjorde saken på det grunnlag at kommunen feilaktig hadde unnlatt å gi til kjenne at anbudskonkurransen også gjaldt tjenesteelementer, jf. forskriften § 6-2, jf. § 6-4, og at dette hadde hatt innvirkning på Catch’ unnlattelse av å inngi tilbud. Det forelå ifølge tingretten en forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse som måtte anses som vesentlig. Tingretten fant videre at lov om offentlige anskaffelser § 10 kom til anvendelse overfor Catch, selv om selskapet ikke var deltaker i konkurransen. Med unntak av den del av erstatningskravet som gjaldt saksomkostninger for klagebehandlingen i KOFA, fikk Catch medhold i sitt krav. På bakgrunn av den endrede påstanden fant tingretten ikke grunn til å avvise den del av kravet som knyttet seg til den midlertidige forføyningen.
- (11) Kommunen anket til lagmannsretten, påsto seg frifunnet, og gjorde dessuten gjeldende at tingretten, når den behandlet kravet om erstatning av saksomkostningene knyttet til begjæringen om midlertidig forføyning, feilaktig hadde behandlet krav som var rettskraftig avgjort, og som skulle vært avvist. Catch – senere Ventelo Bedrift AS – innga aksessorisk motanke for så vidt gjaldt omkostningene vedrørende klagen til KOFA. Borgarting lagmannsrett avsa 29. oktober 2007 dom med slik domslutning:

**”Hovedanken:**

1. **Tingrettens dom stadfestes.**
2. **Oslo kommune dømmes til innen 2 – to – uker å betale saksomkostninger for lagmannsretten til Ventelo Bedrift AS med 75 271 – syttifemtusentohundreogstyttien – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**

**Motanken:**

1. **Oslo kommune dømmes til å betale erstatning til Ventelo Bedrift AS med 40 000 – førtitusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**
2. **Oslo kommune dømmes til innen 2 – to – uker å betale saksomkostninger for lagmannsretten til Ventelo Bedrift AS med 5 000 – femtusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**

- (12) I motsetning til tingretten kom lagmannsretten til at Catch også hadde rett til dekning av utgifter i forbindelse med klagen til KOFA. Selv om omkostningene knyttet til begjæringen om midlertidig forføyning var rettskraftig avgjort av byfogden og lagmannsretten, slik at det korrekte i utgangspunktet ville vært å avvise kravet, mente lagmannsretten – i og med at kravet ble trukket under hovedforhandlingen – at tingretten ikke hadde gjort noen saksbehandlingsfeil. For øvrig var lagmannsretten enig i tingrettens erstatningsutmåling.
- (13) Oslo kommune har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling, bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Med unntak av at kommunens krav om oppheving

på grunn av saksbehandlingsfeil er redusert i omfang, står saken i det vesentlige i samme stilling som for de tidligere retter.

- (14) *Oslo kommune* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (15) Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag for kommunen. Lov om offentlige anskaffelser § 10 forutsetter regelbrudd, som dessuten må være vesentlig. Kommunen erkjenner å ha brutt forskriften § 4-2 om konkurranse med forhandlinger, men dette hadde ingen betydning for Catch's mulighet til å delta i konkurransen. Reglene om kunngjøring er ikke overtrådt. Det dreide seg om et varekjøp med tilhørende monterings- og installasjonsarbeid. Det var noen tjenester tilknyttet, men dette var et rent aksessorium. Tjenestedelen var av klart mindre verdi enn varedelen, og det var derfor adgang til bare å bruke CPV-kode tilknyttet varedelen. Dette har også ESA lagt til grunn i sin uttalelse. Feilen var uansett ikke vesentlig, noe som er en forutsetning for erstatningsansvar etter § 10. Det kreves dessuten uaktsomhet. Kravet er ikke oppfylt, da kommunen har vært i god tro.
- (16) Det er uansett ikke grunnlag for erstatning for den type utgifter Catch har pådratt seg. Lovens § 10 hjemler bare erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen. Dette forutsetter i alminnelighet at det er en anbyder som har lidt tapet. Catch har pådratt seg utgifter for å komme i posisjon som anbyder. Dette faller utenfor hva som kan kreves dekket etter bestemmelsen. Det er heller ikke utgifter som er rimelige og nødvendige. Når kontrakt først er inngått, er muligheten for å komme i slik posisjon rettslig avskåret, og kravet kan ikke rimelig forfølges videre.
- (17) Utgiftene for å få endret kunngjøringen er først og fremst knyttet til den midlertidige forføyningen. Disse er rettskraftig avgjort i og med lagmannsrettens avvisningskjennelse i forføyningssaken. Det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten i erstatningssaken realitetsbehandlet denne del av kravet. Dommen må derfor oppheves på dette punkt.
- (18) De øvrige utgiftene, henvendelsen til departementet og til ESA – var ut fra den korte tid som sto til rådighet ikke egnet til å få stoppet prosessen, og kan følgelig ikke kreves dekket av kommunen. Det er ellers grunn til å anta at en større del av utgiftene enn det tingretten gjorde fradrag for, må henføres til den midlertidige forføyning.
- (19) Utgifter pådratt etter kontraktsinngåelsen 17. september 2003 kan ikke kreves erstattet. Avgjørelsen om valg av leverandør var da endelig og kunne ikke endres i favør av Catch. Det forelå ikke lenger aktuell interesse i få endret prosessen og komme i posisjon som anbyder. Det samme gjelder behovet for ytterligere utredninger av rettsspørsmålet. Når det gjelder klagen til KOFA, som først ble inngitt senere, er erstatning dessuten avskåret gjennom bestemmelsen om saksomkostninger i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13.
- (20) Oslo kommune har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Lagmannsrettens dom i hovedanken punkt 1 og tingrettens dom punkt 1 oppheves.**
  2. **Krav om erstatning for utgifter som ble eller kunne vært fremmet som saksomkostningskrav i sak nr. 03-1566 D for Oslo byfogdembete og sak nr. 03-008828KSI-BORG/avd04 for Borgarting lagmannsrett med fradrag av kr. 103.290,-, avvises.**

**3. For øvrig frifinnes Oslo kommune.****Subsidiært:****Oslo kommune frifinnes.****I begge tilfeller:**

**Oslo kommune tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett, lagmannsretten og tingretten med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.”**

- (21) *Ventelo Bedrift AS* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (22) Lov om offentlige anskaffelser § 10 hjemler erstatning i et tilfelle som dette. Det er tilstrekkelig at det foreligger et regelbrudd, det er ikke noe krav om at feilen skal være vesentlig, uaktsomhet kreves heller ikke. Også potensielle anbydere er beskyttet av bestemmelsen. Positiv og negativ kontraktsinteresse er bare hjelpebegreper i erstatningsretten, de kan ikke brukes til å utelukke tap av den type *Catch* har lidt.
- (23) Det foreligger en klar feil i kunngjøringen, ved at det ikke er tatt inn noen CPV-kode for tjenester. Selv om delte anskaffelser kan rubriseres som varekjøp, må kunngjøringen reflektere begge elementer. I dette tilfellet viste konkurransegrunnlaget at kunngjøringen hadde et klart tjenesteelement. Forskriften § 2-6 og § 6-4 har forskjellige formål. Kunngjøringen, og spesielt CPV- koden, som er gjengs i hele EØS-området, er inngangsporten til de åpne anbudskonkurransene. Gjennomsliktighetsprinsippet er sentralt i EF-retten på dette området.
- (24) Feilen var uansett vesentlig, og kommunen var ikke i god tro. Kontrakt ble inngått, til tross for at byfogdens kjennelse klart viste at det var feil i kunngjøringen. I tillegg var det brukt feil konkurranseform. Samlet sett var saksbehandlingen uforsvarlig og i strid med god forvaltnings- og forretningskikk. Spesielt gjelder det kommunens behandling av *Catch*, som uten å være varslet, ville miste en løpende kontrakt med kommunen som følge av prosessen.
- (25) Det var legitimt av *Catch* å forsøke å stoppe anbudsprosessen, også med henvendelser til ESA og departementet. Begge hadde formell kompetanse til å gripe inn. En samlet aksjon ville øke mulighetene til å nå frem. Også etter kontraktsinngåelsen var det legitimt å fullføre disse påbegynte prosessene. Uttalelser som konkluderte med å påpeke at kommunen hadde brutt regelverket ville styrke grunnlaget for erstatningskravet. Også den etterfølgende henvendelsen til KOFA var berettiget. KOFA-forskriften § 13 hindrer ikke erstatningsansvar.
- (26) Utgiftene var nødvendige i en situasjon der *Catch* ikke hadde praktisk mulighet til å komme i posisjon før kontrakten var avsluttet, og der kommunen, til tross for klare feil, nektet å erkjenne ansvar.
- (27) Så lenge partene er enige om at krav som kunne vært reist som saksomkostningskrav under saken om den midlertidige forføyning er rettskraftig avgjort og ikke skal tas med nå, er det uten betydning at lagmannsretten har avsagt frifinnelsesdom i stedet for å avvise. Det er ikke grunnlag for å overprøve den utgiftsfordeling lagmannsretten har foretatt.

(28) Ventelo Bedrift AS har nedlagt slik påstand:

- ”1. **Borgarting lagmannsretts dom stadfestes, med den endring at erstatningsbeløpet i hovedankens punkt 1 reduseres med kr 9 500.**
2. **Ventelo Bedrift AS tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall og til betaling skjer.”**

(29) *Jeg er kommet til at anken delvis fører frem.*

(30) Lov om offentlige anskaffelser § 10 har slik ordlyd:

**”Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.”**

(31) Saken reiser for det første spørsmål om det foreligger ansvarsgrunnlag for kommunen, dernest om de utgifter som Catch har hatt som potensiell anbyder kan kreves erstattet etter bestemmelsen.

(32) Jeg behandler først spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

(33) Innledningsvis nevner jeg at kommunen har erkjent at det ikke var hjemmel for å bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, og dermed et brudd på forskriften § 4-2. Ettersom den feil Catch påberoper er at kunngjøringen ikke var tilstrekkelig, og denne feilen ville vært den samme om kommunen hadde valgt en åpen anbudskonkurranse, ser jeg bort fra dette forskriftsbruddet, som heller ikke de tidligere instanser har funnet relevant for ansvarsspørsmålet.

(34) Spørsmålet er om kommunen har brutt bestemmelsen i forskriften § 6-2 Kunngjøring av konkurranse. Bestemmelsen står i kapittel 6 Krav til kunngjøring, og lyder slik:

**”Oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandling, jf. § 4-1 (tillatte anskaffelsesprosedyrer) skal gjøre dette kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4 (fremgangsmåten ved kunngjøring).”**

(35) Etter § 6-4 nr. 1 skal kunngjøringen utarbeides i samsvar med skjemaer fastsatt av Moderniseringsdepartementet. Dette skjemaet inneholder et punkt II.1.8 Nomenklatur med et underpunkt II.1.8.1) CPV-klassifisering, med en rubrikk betegnet Hovedobjekt og flere rubrikker betegnet Tilleggsobjekt. CPV står for Common Procurement Vocabulary og er en fellesbetegnelse innen EU/EØS-systemet, innført med sikte på felles forståelse av anbudskunngjøringer. Betegnelsene ble obligatoriske ved direktiv 2001/78/EF, vedtatt 13. september 2001.

(36) I kommunens kunngjøring 17. februar 2003 var kontraktstypen betegnet som kjøp, og avtalen betegnet som ”Datakommunikasjonsutstyr for Oslo kommune.” Under dette het det:

**”CPV: 3258 10 00. Datakommunikasjonsutstyr med tilhørende management-løsning for nytt konsernnettverk til Oslo kommune.”**

- (37) Tilbud kunne leveres på datakommunikasjonsutstyr samlet eller delt på en rekke oppregnede elementer, herunder LAN-utstyr, brannmurer, modem og rutere. Anbud kunne også gis på delleveranser. Det var ikke nevnt noe om tjenester. Under punktet minstekrav ble imidlertid leverandørene blant annet bedt om å innlevere dokumentasjon om sin mulighet til å levere service- og vedlikeholdsavtaler.
- (38) Den oppgitte CPV- koden er, slik systemet er bygget opp, betegnelsen på en vareanskaffelse. Tjenesteanskaffelser har andre tallkoder. Catch anfører at det var en feil av kommunen ikke også å oppføre en tjenestekode som et tilleggsobjekt i kunngjøringen, slik skjemaet gir plass til. Bare slik kunne rene tjenesteleverandører fange opp at det også var en tjeneste som var utlyst.
- (39) Jeg er enig i at dette ville være brudd på forskriften, forutsatt at det som skulle anskaffes inneholdt et tjenesteelement. Jeg skyter her inn at en varekontrakt etter forskriftens § 1-4 bokstav b i tillegg kan omfatte monterings- og installasjonsarbeid. Slikt arbeid krever ikke særlig kunngjøring som tjeneste. Det er videre slik etter § 2-6 om blandede kontrakter, at kontrakter som gjelder både varer og tjenester, skal anses som varekontrakter dersom verdien av varene kontrakten omfatter er høyere enn verdien av de aktuelle tjenestene. Det er enighet mellom partene om at dette er tilfelle i vår sak. Verdien av varedelen er anslått til 20,5 millioner kroner, og tjenestedelen til 4,2 millioner. Jeg er imidlertid enig med Catch i at dette ikke er avgjørende for spørsmålet om det foreligger et tjenesteelement som skal kunngjøres.
- (40) Spørsmålet er derfor om den søkte kontrakt inneholdt tjenesteelementer ut over monterings- og installasjonsarbeid, eller annet arbeid som må anses uløselig knyttet til varedelen. Slik jeg forstår det, har ESA lagt til grunn at dette ikke syntes å være tilfelle, og har bygget sin uttalelse på det. Jeg er kommet til et annet resultat.
- (41) Forskriften stiller i kapittel 5 krav til konkurransegrunnlaget. Etter § 5-1 (1) bokstav a skal konkurransegrunnlaget opplyse om hvilken ytelse som skal anskaffes. Anskaffelsen bør spesifiseres ved en behovsspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Tilbudsinvasjonen, som her utgjorde konkurransegrunnlaget, blir derfor et sentralt dokument. Under punkt 1.1 Formål het det, etter at det ble bedt om tilbud på leveranse av datakommunikasjonsutstyr, blant annet:
- ”Det tas sikte på å inngå følgende kontraktstyper med en eller flere Leverandører:**
- Avtale om kjøp og implementering, og drift av en eller flere av deelementene i garantiperioden
  - ...
  - Avtale om vedlikehold og support”
- (42) Som bilag fulgte som del 2 avtale om kjøp (og drift) av datakommunikasjonsutstyr med underbilag, blant annet med et bilag 12 Drift og vedlikehold i garantiperioden. Del 3 inneholdt vedlikeholdsavtale i forbindelse med datakommunikasjonsutstyr med en rekke underbilag, blant annet liste over utstyr og programmer som skal vedlikeholdes.
- (43) Kommunen har i sitt brev av 9. oktober 2003 til Nærings- og handelsdepartementet i anledning klagesaken for ESA, forklart at spørsmålet om den manglende bruk av CPV- kode for tjenester beror på en misforståelse av hva kommunen ønsket å kjøpe. Det het videre:

**”Oslo kommune har ønsket å kjøpe datakommunikasjonsutstyr med tilhørende drift og service i en garantiperiode, samt nødvendig normal drift slik at alle faser i prosjektet er ferdig med garantiperioden (se figur under). ...”**

- (44) Figuren viste prosjektstart 1. oktober 2003, prøvedrift fra 15. desember 2003, utrulling i bydelene med påbegynt garantiperiode 1. desember 2004, deretter gradvis videre utrulling og prøvedrift i garantiperiode frem til 1. mai 2006, da driften i sin helhet skulle konkurransenutsettes. Så het det videre:

**”Etter Oslo kommunes vurdering er tjenstedelen av kontrakten et aksessorie til varekontrakten. Det vil ikke være aktuelt å kjøpe tjenesteelementet som en uavhengig og selvstendig tjeneste fordi det ikke på noen måte anses som realistisk å kjøpe utstyr fra en leverandør og driftstjenester fra en annen leverandør før nettverket er levert og prøvedrift og garantidrift er gjennomført. En slik løsning ville satt Oslo kommune i en håpløs situasjon i forhold til feil og mangler som ble avdekket i prøvetid og garantidrift. Det er mao i tråd med Oslo kommunes hensikter at driftstjenester ikke er forespurt separat og at CPV-kode for driftstjenester ikke er tatt med i kunngjøringen.”**

- (45) Jeg bemerker innledningsvis at det ikke fremgår klart av konkurransegrunnlaget at avtalen om vedlikehold og support skulle utløpe med garantiperioden. Men selv om man legger til grunn at driften skulle konkurransenutsettes fra 1. mai 2006, fremgår det av kommunens forklaring at det, i store deler av perioden forut for dette tidspunktet, var snakk om ordinær drift etter utløpet av garantiperiodene, av et betydelig omfang. At arbeidet gikk ut over monterings- og installasjonsarbeid, er helt på det rene. Jeg kan heller ikke se at tjenestene var så nært knyttet til varekjøpet at de av den grunn kunne vært unnlatt kunngjort. Jeg er derfor, som KOFA, kommet til at de skulle vært kunngjort som tjenester etter forskriften § 6-2, jf. 6-4.
- (46) Kommunen har dermed begått en feil, som kan gi grunnlag for krav om erstatning etter lovens § 10. Feilen ble fulgt opp ved at kommunen 17. september 2003 inngikk kontrakt med en anbyder, og dermed i realiteten foretok en forskriftsstridig direkteanskaffelse.
- (47) Kommunen har gjort gjeldende at feilen må være vesentlig. Kravet til vesentlighet er i rettspraksis først og fremst stilt i forhold til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen, jf. Rt. 2007 side 983 avsnitt 68, med henvisning til Rt. 2001 side 1062. Uansett kan det etter min mening ikke kan være tvilsomt at det dreier seg om en vesentlig feil. Dette har også KOFA lagt til grunn. Den manglende kunngjøring av tjenesteelementet medførte i praksis at leverandører som utelukkende leverte tjenester, og som kunne ha kommet i betraktning i konkurransen, eventuelt i samarbeid med vareleverandører, i praksis ble utelukket fra å gjøre seg kjent med tilbudsinvitasjonen.
- (48) Kommunen har også gjort gjeldende at den har vært i god tro, og av den grunn må frifinnes. Dette kan ikke føre frem. Ifølge forarbeidene fritar manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fra erstatningsansvar, jf. NOU 1997: 21 side 85. Kommunen har valgt å inngå kontrakt etter at spørsmålet om riktig prosedyre var tatt opp, og etter at Oslo byfogdembete hadde gjort det klart at kunngjøringen var i strid med forskriften. Dette er uansett ikke unnskyldelig.
- (49) Jeg går dermed over til spørsmålet om Catch kan gjøre ansvar gjeldende mot kommunen. Jeg bemerker innledningsvis at jeg ikke kan se at lov om offentlige anskaffelser § 10 kan forstås slik at den bare beskytter deltakere i anbudskonkurranser. Også potensielle anbydere som blir utestengt fra deltakelse på grunn av feilaktig eller mangelfull



kunngjøring, må i prinsippet omfattes. Det at slike virksomheter ikke pådrar seg utgifter ved å delta i konkurransen – den negative kontraktsinteressen – eller at de ikke er i posisjon til å kunne kreve den positive kontraktsinteressen – kan ikke utelukke erstatningsansvar etter bestemmelsen.

- (50) Dette følger etter mitt syn allerede av lovens system. Etter § 7 kan søksmål om overtredelse av loven, eller forskrifter gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling. Etter annet ledd i bestemmelsen kan retten, inntil kontrakt er inngått, sette til side beslutninger under anskaffelsesprosedyren som er i strid med loven eller forskrifter i medhold av loven. I § 8 første ledd er det bestemt at det ikke kan besluttes midlertidige forføyninger mot slike overtredelser etter at kontrakt er inngått. Disse bestemmelsene, som åpenbart også omfatter potensielle anbydere, innebærer at anbudsprosessen kan stoppes ved domstolenes hjelp, men bare inntil kontrakt er inngått. I praksis er det eneste som kan oppnås ved søksmål etter dette tidspunkt, etterfølgende reparasjon i form av erstatning etter lovens § 10.
- (51) Potensielle anbydere har normalt ikke en slik tilknytning til søksmålgjenstanden at de, når kontrakt er undertegnet, har reelt behov for å få slått fast ved domstolene at det er begått feil, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd og tvistemålsloven § 54. Har de pådratt seg utgifter i forsøk på å stanse en ulovlig prosess, kan imidlertid situasjonen bli annerledes. Dette tilsies også av hensynet til en effektiv håndhevelse av anbuksreglene. I situasjoner som i denne sak, er det i første rekke potensielle anbydere som vil være interessert i å aksjonere mot den forskriftsstridige kunngjøring.
- (52) Catch sto i et løpende kontraktsforhold med kommunen, som ville bli avviklet gjennom den forskriftsstridige anbudsprosessen. Selskapet hadde derfor en konkret og nærliggende interesse i å bringe prosessen inn i lovlige former for selv å kunne delta i konkurransen, og måtte kunne ta hensiktsmessige skritt med dette før øye. Rimelige og nødvendige utgifter som påløp i denne sammenheng, må selskapet kunne kreve erstattet i medhold av § 10.
- (53) Etter min mening hadde Catch en nærliggende interesse i å henvende seg til ESA og til Nærings- og handelsdepartementet, ved henvendelser datert samme dag som kjæremålet i saken om midlertidig forføyning, 17. september 2003. Catch var på dette tidspunkt kjent med at kontrakt kunne være i ferd med å bli inngått, men visste ikke når dette ville skje. Det var også slik at både ESA og departementet formelt disponerte nødvendige virkemidler til å stanse prosessen. Jeg viser til EØS-loven del IV om EFTA-domstolen artikkel 41 som gir domstolen adgang til i nødvendig utstrekning å treffe midlertidig forføyning i saker som er innbragt for den. Departements kompetanse følger av anskaffelsesforskriften § 3-11, som gir departementet adgang til å gi oppdragsgivere pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av loven og forskriften.
- (54) Jeg har vært inne på om de utgiftene som påløp kanskje ikke kan sies å ha vært nødvendige fordi det på et så sent tidspunkt må ha fremstått som lite sannsynlig at disse instansene ville ha kommet med midlertidige pålegg som kunne stanse prosessen. Det er også slik at EFTA-systemet legger opp til en omstendelig saksbehandling, der regjeringen skal høres. Når det gjelder departementets kompetanse, er det opplyst at hjemmelen aldri er brukt. Jeg er likevel kommet til at utgiftene har den nødvendige tilknytning til det legitime formålet, å få stanset en ulovlig anbudsprosess med sikte på selv å få delta i den.

- (55) Etter 18. september, da Catch var kjent med at kontrakt var inngått, mener jeg situasjonen er en annen. Henvendelsene kunne ikke lenger føre til pålegg. Departementet ga ikke noen realitetsuttalelse i saken. ESA hadde fortsatt saken til behandling, men avsluttet den, som jeg har vært inne på, fordi det ikke ble funnet brudd på direktivet. Utgifter med sikte på uttalelser fra slike organer om at lov- eller konvensjonsbrudd har eller ikke har funnet sted, ligger etter mitt syn utenfor det som kan kreves dekket etter lovens § 10. Det dreier seg ikke om tap som følge av bruddet, men en utgift påført for å konstatere lovbrudd. Ut fra dette må utgiftene med arbeid for disse organene reduseres med det som anses knyttet til den etterfølgende behandling. Ut fra omfanget av arbeidet anslår jeg at dette beløpet skjønnsmessig kan settes til 40 000 kroner.
- (56) De samme synspunkter gjør seg etter mitt syn gjeldende for behandlingen i KOFA. Klagen ble her inngitt 10. desember 2003. Etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 § 1 er nemnda et rådgivende organ som skal behandle klager om overtredelser av anskaffelsesloven og forskriftene. Klage til nemnda har ikke oppsettende virkning, jf. forskriften § 8. I § 13 er det bestemt at partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. Dette sier i seg selv ikke mer enn at nemnda ikke skal ta saksomkostningsavgjørelser. Med den betydning nemndas uttalelser har, utelukker jeg derfor ikke at en uttalelse i forkant av en anbudsprosess kunne påvirket prosessen på en måte som kunne sammenlignes med de bindende pålegg jeg har vært inne på tidligere. Slik er imidlertid ikke situasjonen i vår sak, og jeg er kommet til at utgiftene ikke kan erstattes.
- (57) Lagmannsretten stadfestet tingrettens erstatningsbeløp på 169 800 kroner, og idømte i tillegg 40 000 kroner for utgiftene i tilknytning til behandlingen for KOFA. Catch har erkjent at det i tingrettens utmåling skal gjøres fradrag for 9 500 kroner som utgjør idømte saksomkostninger for lagmannsretten i forbindelse med den midlertidige forføyning. Beregningen av beløpene og vurderingen av fordelingen som gjelder den midlertidige forføyningen, ser jeg ikke grunnlag for å gjøre endring i. At deler av kravet eventuelt skulle vært avvist fra lagmannsretten, er slik saken nå står for Høyesterett uten betydning, og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på det. I det av lagmannsretten tilkjente beløp må det gjøres fradrag for 40 000 kroner i forbindelse med den etterfølgende behandlingen for departementet og ESA og 40 000 for KOFA. Det samlede erstatningsbeløp blir derfor kr 120 300.
- (58) Saken er dels vunnet og dels tapt, og hver av partene må bære sine omkostninger for alle instanser, jf. tvistemålsloven § 174.
- (59) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Oslo kommune betaler til Ventelo Bedrift AS 120 300 – etthundreogtyvetusentrehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet fra oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

- (60) Dommer **Tønder**: Jeg er enig med førstvoterende i at Oslo kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved at tjenstedelen av kontrakten ikke ble kunngjort. Jeg er videre enig i at også potensielle bydere, men som ikke har vært deltakere i anbudsprosessen, i prinsippet må kunne kreve erstatning i medhold av § 10 i lov om offentlige anskaffelser. Jeg er imidlertid av en annen oppfatning enn førstvoterende når det gjelder hvilke tap som kan kreves erstattet etter bestemmelsen.
- (61) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 8 i forbindelse med innføringen av § 7b om overtredelsesgebyr i lov om offentlige anskaffelser er det gitt en kort redegjørelse for rekkevidden av § 10, herunder spørsmålet om den også kan påberopes av potensielle leverandører. Det spørsmålet som drøftes er utelukkende om disse kan få erstatning for den positive kontraktsinteresse. De tap som kreves i denne saken er kostnader ankemotparten har hatt, etter forgjeves å ha begjært midlertidig forføyning, ved å henvende seg til offentlige organer for enten om mulig å få stanset anbudsprosessen eller for å få en bekreftelse på at det foreligger brudd på anbudsreglene. Dette er kostnader som verken faller inn under den negative eller den positive kontraktsinteresse. Etter min mening er det ikke hjemmel for å tilkjenne erstatning for slike kostnader.
- (62) Jeg kan heller ikke se at ankemotparten står i en slik stilling til kommunen, sammenlignet med andre potensielle bydere – og for den saks skyld også leverandører som har deltatt i prosessen, men som ikke har vunnet fram – at det av den grunn kan utledes et erstatningskrav for reise- og advokatutgifter av denne art. Riktignok hadde Catch en løpende kontrakt med kommunen om utleie av bredbåndslinjer da anbudsprosessen pågikk. Selv om man nok kan kritisere kommunens framgangsmåte, er det ikke opplyst at dette representerte brudd på kontraktsforholdet mellom partene eller at kommunens handlemåte har karakter av illojal oppførsel i kontraktsforhold.
- (63) Førstvoterende har vist til hensynet til en effektiv håndhevelse av anbudsreglene. Til dette vil jeg bemerke at svakheter i anbudsordningen primært bør løses gjennom lovgivningen, og at reglene om offentlig anbud er under stadig utvikling. Spesielt gjelder det for regler som skal sikre at regelverket blir fulgt. Den nye bestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 7b om adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr til en oppdragsgiver som forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse, er et eksempel på dette. Et annet eksempel er det nylig vedtatte EF-direktiv av 11. desember 2007 om endring av tidligere direktiv om forbedring av effektiviteten av klageprosedyren i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter, jf. direktiv 2007/66/EF. Direktivet tar blant annet sikte på å bøte på den svakhet ”at der ikke er nogen frist, som gør det muligt at klage effektivt i perioden mellom beslutningen om tildeling af en kontrakt og indgåelsen af den pågældende kontrakt. Dette fører undertiden til en meget hurtig undertegnelse af kontrakten, fordi de ordregivende myndigheder og ordregivere ønsker at gøre virkningerne af den omtvistede tildelingsbeslutning endelige. For at afhjælpe denne svaghed, der er en alvorlig hindring for en effektiv retsbeskyttelse af de berørte tilbudsgivere, det vil sige dem, der endnu ikke er endeligt udelukket, bør der indføres en minimumsstandstill-periode, inden for hvilken indgåelsen af den pågældende kontrakt suspenderes, uanset om indgåelsen finder sted på tidspunktet for undertegnelsen af kontrakten eller ej”. Den situasjon som direktivet regulerer, er – med unntak for at vi i vår sak har med en potensiell byder å gjøre – parallell til saken her. I følge direktivet er fristen for gjennomføring satt til 20. desember 2009.

- (64) På bakgrunn av denne utviklingen i lovgivningen kan jeg ikke se at det av hensyn til en effektiv håndhevelse av anbudsreglene er noe reelt behov for å gi § 10 i lov om offentlige anskaffelser anvendelse ut over den negative og den positive kontraktsinteresse.
- (65) Jeg er etter dette kommet til at ankemotparten verken kan kreve erstattet kostnadene i forbindelse med henvendelsene til departementet og ESA eller kostnadene ved henvendelsen til KOFA. Jeg mener derfor at Oslo kommune må frifinnes.
- (66) Dommer **Stang Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Stabel.
- (67) Dommer **Flock:** Likeså.
- (68) Dommer **Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende for så vidt gjelder erstatning for utgiftene Catch pådro seg frem til 18. september 2003. Jeg er imidlertid kommet til at også de etterfølgende utgiftene kan kreves erstattet.
- (69) Utgiftene frem til 18. september 2003 var, som førstvoterende har redegjort for, pådratt av Catch med det formål å oppnå pålegg eller autoritative utsagn om lovligheten av anbudsprosessen for å bringe denne inn i lovlige former og komme i posisjon til selv å delta. Dette hadde Catch en konkret og nærliggende interesse i fordi prosessen ellers uten videre ville føre til avvikling av selskapets avtaleforhold med kommunen.
- (70) Ved kommunens forskriftsstridige direkteanskaffelse gjennom avtalen av 17. september ble Catch avskåret fra å ivareta sin interesse ytterligere. Etter førstvoterendes oppfatning ble selskapet da også avskåret fra å pådra seg ytterligere omkostninger for å underbygge sin oppfatning om kommunens brudd på forskriftene. Dette innebærer at selskapet nektes erstatning for utgifter til å styrke grunnlaget for det krav som allerede var oppstått per 17. september.
- (71) Utgangspunktet er at en part kan få erstattet nødvendige omkostninger pådratt for å styrke rettsgrunnlaget for et krav som bringes inn for domstolene. Om utgiftene er pådratt ved henvendelser til offentlige myndigheter eller andre er likegyldig. De utgifter det her er tale om, er pådratt for dette formålet ved fremskaffelse av uttalelser som dels har stått sentralt i rettssaken. Dels dreier det seg om oppfølging overfor departementet og ESA, dels om utgifter ved behandlingen i KOFA. Når utgiftene er krevd dekket på linje med utgiftene frem til 17. september 2003 og ikke som saksomkostninger, har det sammenheng med at rettsspørsmålene i saken er uoversiktlige. Dette kan imidlertid ikke ha betydning for berettigelsen av kravet. Jeg er enig med førstvoterende i at KOFA-forskriften § 13 ikke utelukker partene fra å kreve utgiftene til behandlingen dekket i rettssak.
- (72) Når det gjelder omfanget av utgiftene, har jeg ikke noe grunnlag for å fravike tingrettens og lagmannsrettens vurderinger.

(73) Jeg stemmer ut fra dette for at lagmannsrettens dom stadfestes med den endring som fremgår av Ventelos påstand og at Ventelo tilkjennes sakens omkostninger for alle instanser.

(74) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Oslo kommune betaler til Ventelo Bedrift AS 120 300 – etthundreogtyvetusentrehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra utløpet fra oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: