



NORGES HØYESTERETT

Den 16. august 2011 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Utgård og Tønder i

HR-2011-01551-U, (sak nr. 2011/624), sivil sak, anke over kjennelse:

Helse Sør-Øst RHF

(advokat Morten Goller)

mot

ResMed Norway AS

(advokat Thomas G. Naalsund)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over kjennelse om midlertidig forføyning med pålegg om ikke å inngå anbudskontrakt vedrørende behandlingsutstyr for søvn- og respirasjonsbehandling. Spørsmålet er om lagmannsrettens kjennelse skal oppheves under saksforberedelsen for Høyesterett fordi avgjørelsen inneholder feil som ikke kan rettes og som hindrer prøving av anken, jf. tvisteloven § 30-3, jf. § 29-12 første ledd bokstav c, jf. § 29-21 andre ledd bokstav c.
- (2) Etter begjæring om midlertidig forføyning fra ResMed Norway AS, avsa Hedmarken tingrett 3. desember 2010 kjennelse med slik slutning:
 - ”1. Helse Sør-Øst Rhf pålegges å ikke inngå kontrakt på grunnlag av tildelingsbeslutningen inntil det foreligger en rettskraftig avgjørelse i hovedsaken.
 2. ResMed Norway AS tilkjennes sakens omkostninger i forbindelse med den midlertidige forføyningen med 175 000 kroner.”
- (3) Helse Sør-Øst RHF anket til Eidsivating lagmannsrett, som 14. februar 2011 avsa kjennelse med slik slutning:
 - ”1. Helse Sør-Øst Rhf pålegges å ikke inngå kontrakt på grunnlag av tildelingsbeslutningen for produktgruppene 1,2,3,4,6,7 og 8 inntil det foreligger en rettskraftig avgjørelse i hovedsaken.
 2. Hver av partene dekker sine egne sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.”

- (4) Hovedsaken står for Eidsivating lagmannsrett. Spørsmålet i saken er om Helse Sør-Øst RHF har anvendt et ulovlig tildelingskriterium når det i anbudsinnbydelsen fremgår av konkurransegrunnlaget at det vil bli lagt vekt på hvilken opplæring tilbyderen kan gi ved anvendelsen av det aktuelle utstyret, og hvor mange nøkkelpersoner man har til disposisjon for dette formålet. Det er opplyst at ankeforhandlingen er berammet til 11. og 12. oktober 2011.
- (5) Helse Sør-Øst RHF anket lagmannsrettens kjennelse videre til Høyesterett. Anken var angitt å gjelde lagmannsrettens rettsanvendelse. Det er i det vesentlige anført at det er anvendt en uriktig norm for grensen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og at det var uriktig å nedlegge det aktuelle forbudet uten at lagmannsretten har vurdert om den angivelige feilen har kunnet påvirke utfallet av konkurransen.
- (6) I anken er det nedlagt slik påstand:
- ”1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
 2. ResMed Norway AS dømmes til å erstatte Helse Sør-Øst RHF sakens kostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”
- (7) ResMed Norway AS innga tilsvare og påstod anken forkastet.
- (8) Høyesteretts ankeutvalg traff 18. mai 2011 slik beslutning:
- ”Ankesaken skal i sin helhet avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstoloven § 5 første ledd annet punktum. Behandlingen skal følge de regler i tvisteloven som gjelder for anke over dommer, jf. tvisteloven § 30-9 fjerde ledd.”
- (9) Ankeforhandling i Høyesterett er berammet til 30. og 31. august 2011.
- (10) *ResMed Norway AS* – ankemotparten – har i prosesskriv av 20. juli 2011 anmodet om at lagmannsrettens kjennelse oppheves under saksforberedelsen på grunn av mangelfulle kjennelsesgrunner, jf. tvisteloven § 30-3, jf. § 29-12 første ledd bokstav c, jf. § 29-21 andre ledd bokstav c. Det fastholdes at lagmannsrettens kjennelse er riktig i resultatet. Ankemotparten har imidlertid etter en nærmere gjennomgang av saken kommet til at kjennelsen likevel må oppheves fordi kjennelsesgrunnene ikke viser hvilken lovtolkning lagmannsretten har basert seg på ved vurderingen av den ankende parts anførsel om at det kreves årsakssammenheng mellom et eventuelt uriktig tildelingskriterium og tildelingsbeslutningen.
- (11) I et senere prosesskriv anføres det videre at lagmannsrettens kjennelse også må oppheves ”som følge av uriktig lovtolkning ved vurderingen av om det foreligger ulovlige tildelingskriterier”. Det anføres at lagmannsretten uriktig har tatt utgangspunkt utelukkende i ett element – varen – mens det riktige ville være å ta utgangspunkt i kontraktsgjensstandens verdi. Dette må føre til opphevelse selv om lagmannsrettens konklusjon også i denne relasjon er riktig.
- (12) *Helse Sør-Øst RHF* – den ankende part – anfører at lagmannsrettens kjennelse ikke kan oppheves på disse grunnlagene. Dette er i korthet begrunnet med at den påståtte saksbehandlingsfeilen ikke gir grunnlag for å oppheve kjennelsen i sin helhet, slik at den delen av anken som gjelder den anvendte normen for grensen mellom kvalifikasjonskrav og

tildelingskriterier uansett må behandles. Og for så vidt gjelder lovtolkingsfeilen vises det blant annet til at selv om ankemotparten nå sier seg enig med den ankende part på ett punkt, fastholder ankemotparten likevel at lagmannsrettens resultat er riktig.

- (13) Videre anføres det at lagmannsretten implisitt har tatt stilling til spørsmålet om det kreves årsakssammenheng mellom et ulovlig tildelingskriterium og tildelingsbeslutningen. Dette begrunnes med at ankemotpartens standpunkt om at et ulovlig tildelingskriterium i seg selv gir avlysningsplikt, er lagt til grunn. Lagmannsrettens feil er derfor ingen saksbehandlingsfeil, men en lovtolkingsfeil.
- (14) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:
- (15) Etter tvisteloven § 30-3, jf. § 29-12 første ledd bokstav c, jf. § 29-21 andre ledd bokstav c kan Høyesteretts ankeutvalg under saksforberedelsen oppheve en påanket avgjørelse dersom ”det er mangler ved avgjørelsen som ikke kan rettes etter §§ 19-8 og 19-9, og som hindrer prøving av anken”. Etter tvisteloven § 30-3, jf. § 29-20 tredje ledd gjelder dette selv om den aktuelle saksbehandlingsfeilen ikke er anført i anken. Mangelfulle kjennelsesgrunner, som det er spørsmål om i denne saken, vil kunne gi grunnlag for opphevelse etter disse bestemmelsene.
- (16) Før ankeutvalget går nærmere inn på om lagmannsrettens kjennelse skal oppheves på dette grunnlaget, må det først ta stilling til om den nevnte kompetansen også gjelder etter at det med hjemmel i domstolloven § 5 første ledd andre punktum er besluttet at saken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere.
- (17) Etter tvisteloven § 19-10 første ledd første punktum kan en beslutning omgjøres av den rett som har avsagt den ”hvis hensynet til lovens formål tilsier det, og omgjøring ikke er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen”. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 438 uttales det at ”[t]vistemålsloven § 164 tredje ledd første punktum og § 165 tredje ledd, slik de reglene er anvendt i rettspraksis, blir videreført ved hovedregelen i første punktum”. Etter tvistemålsloven § 165 kunne en beslutning omgjøres ”hvis ingen erhvervet ret er til hinder”. I Rt. 1999 side 801 uttaler kjæremålsutvalget at ”[a]vgjørende for om en beslutning kan sies å gi noen en rett som er til hinder for omgjøring, er om den skaper en slik forventning om en posisjon at det vil være urimelig å rokke ved denne”.
- (18) Det siterte vilkåret innebærer at omgjøring er utelukket dersom ankeutvalget har gitt samtykke til ankebehandling i Høyesterett av en lagmannsrettsdom, jf. Schei m.fl.: Tvisteloven side 817. Dette har imidlertid ikke vært ansett å være til hinder for at Høyesteretts ankeutvalg hever saken dersom den rettslige interessen faller bort etter at anken er tillatt fremmet, jf. Rt. 2009 side 980. Det kan videre nevnes at etter tvisteloven § 30-2 fjerde ledd kan en tillatelse til direkte anke omgjøres ”dersom den videre saksforberedelse viser at anken av hensyn til bevisføringen bør avgjøres av lagmannsretten”.
- (19) Etter ankeutvalgets vurdering står den aktuelle beslutningen i en annen stilling enn samtykke til ankebehandling av en dom etter tvisteloven § 30-4: Dersom den aktuelle beslutningen omgjøres, innebærer det bare at saken avgjøres i samsvar med lovens ordinære ordning – i ankeutvalget med tre dommere. Kompetansebegrensningen i tvisteloven § 30-6 gjelder dessuten tilsvarende ved en eventuell behandling i avdeling. Hensett til den utviklingen som har skjedd etter at beslutningen ble truffet 18. mai 2011, har ankeutvalget kommet til at beslutningen nå bør omgjøres, og at anken bør avgjøres av ankeutvalget.
- (20) Ankeutvalget har kommet til at kjennelsen må oppheves fordi kjennelsesgrunnene ikke gir

tilstrekkelig grunnlag for å prøve lagmannsrettens ”generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel”, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav c. I den ankende parts prosesskriv av 27. januar 2011 ble konsekvensen av et eventuelt ulovlig tildelingskriterium behandlet over nesten en side og med egen overskrift. Her vises det til en avgjørelse av EU-domstolen og to KOFA-avgjørelser. Og det uttales uttrykkelig at det gjelder et årsakskrav for at et ulovlig tildelingskriterium skal medføre at man blir avskåret fra å inngå avtale. I kjennelsen er den ankende parts anførsler gjengitt over nærmere to sider. Om anførselen vedrørende årsakskravet heter det:

”Oppdragsgiver har plikt til å avlyse anbudskonkurransen, dersom det er årsakssammenheng mellom et ulovlig tildelingskriterium og hvem som har fått tildelt kontrakten. I denne konkurransen er det ikke benyttet noe ulovlig tildelingskriterium eller underkriterium.”

- (21) Etter å ha konkludert med at Helse Sør-Øst hadde anvendt et ulovlig tildelingskriterium, uttaler lagmannsretten i neste avsnitt: ”Anken blir etter dette å forkaste.” Et tolkingsalternativ er at lagmannsretten ved denne formuleringen mente å gi uttrykk for at dersom det er anvendt et ulovlig tildelingskriterium, vil innbyderen automatisk være avskåret fra å inngå avtale. Ankeutvalget har imidlertid kommet til at dette ikke er en naturlig tolking av lagmannsrettens kjennelse. I det nevnte prosesskrivet var som nevnt spørsmålet behandlet over nesten en side, og det ble blant annet anført at det var indre motstrid mellom de to KOFA-avgjørelsene. Når dette ses i sammenheng med den uheldige gjengivelsen av den ankende parts anførsel ved at lagmannsretten ikke uttrykkelig presiserer at det var anført at et eventuelt ulovlig tildelingskriterium ikke i seg selv var tilstrekkelig til at Helse Sør-Øst var avskåret fra å inngå avtale, har ankeutvalget kommet til at kjennelsen ikke kan forstås slik at lagmannsretten har vurdert og tatt standpunkt til det omstridte årsakskravet. Da kjennelsen dermed ikke viser hvilket standpunkt lagmannsretten har inntatt til dette spørsmålet, må lagmannsrettens kjennelse oppheves.
- (22) Anken har ført fram. Selv om kjennelsen oppheves på et annet grunnlag enn anført i anken, har ankeutvalget kommet til at den ankende part må tilkjennes sakskostnader for ankeutvalget, jf. tvisteloven § 20-2. Advokat Goller har levert omkostningsoppgave som viser at han vil avkreve sin klient salær med 221 687 kroner inklusive merverdiavgift. I salæroppgaven er det opplyst at det også har medgått noe tid til forberedelse av den berammede ankeforhandlingen. Det avkrevde beløp tilkjennes. I tillegg kommer ankegebyr med 5 160 kroner. Etter dette tilkjennes det 226 847 kroner i sakskostnader.
- (23) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Resmed Norway AS til Helse Sør-Øst RHF 226 847 - tohundreogtjuusekstusenåttehundreogførtisju - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Karl Arne Utgård
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Bård Tønder
(sign.)

Riktig utskrift: