



NORGES HØYESTERETT

Den 22. april 2021 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Webster, Matheson og Steinsvik i

HR-2021-888-U, (sak nr. 21-022447SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

X kommune
Y kommune
Z kommune
Æ kommune
Ø kommune

(advokat Esther Lindalen Rohde Garder)

mot

Spera AS

(advokat Marianne Høstmark Dragsten)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder lagmannsrettens kjennelse om å fremme en anke til tross for at kravet i saken var endret fra det som ble behandlet i tingrettens dom.
- (2) Gjennom Innherred innkjøp utlyste kommunene Z, Y, X, Ø og Æ en anbudskonkurranse om rammeavtaler innen arkitekttjenester og rådgivende ingeniørtjenester.
- (3) Spera AS, heretter omtalt som Spera, leverte tilbud til deler av konkurransen, men ble ikke innstilt som leverandør. Spera klagde. Klagen ble ikke tatt til følge. Spera innga begjæring om midlertidig forføyning til Inntrøndelag tingrett med krav om at kommunene skulle forbys å inngå avtale til spørsmålet om tildeling var rettskraftig avgjort. I etterfølgende prosesskriv ble det klart at partene var enig om å behandle hovedkravet sammen med begjæringen. I hovedkravet nedla Spera slik påstand for tingretten:
 - «1. Kommunene Z, X, Ø, Æ og Ys beslutning om tildeling av rammeavtaler i konkurranse om «Arkitekt- og rådgivende ingeniørtjenester, rammeavtale 20018» gruppe 3 og 5, settes til side.
 2. Spera AS tilkjennes saksomkostninger.»
- (4) Kommunene nedla påstand om at begjæringen om midlertidig forføyning ikke skulle tas til følge.

- (5) Trøndelag tingrett avsa 30. september 2020 dom med slik slutning:
- «1. X kommune, Y kommune, Z kommune, Ø kommune og Æ kommune frifinnes.
 2. Spera AS dømmes til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale X kommune, Y kommune, Z kommune, Ø kommune og Æ kommune 226 800 – tohundreogtjuesekstusenåttehundre- kroner i erstatning for saksomkostninger, jf. tvisteloven § 20-2.»
- (6) Begjæring om midlertidig forføyning ble ikke tatt til følge. Etter tingrettens avgjørelse inngikk kommunene kontrakt i tråd med innstillingen.
- (7) Spera anket til lagmannsretten. Fordi kommunene hadde inngått kontraktene endret Spera påstanden til et krav om erstatning. Kommunene motsatte seg at lagmannsretten kunne behandle kravet fordi erstatningskravet var et nytt krav, jf. tvisteloven § 29-4. Spera fastholdt at kravet kunne behandles av lagmannsretten.
- (8) Frostating lagmannsrett avsa 4. januar 2021 kjennelse med slik slutning:
- «Anken fremmes.»

Partenes syn på saken

- (9) *Z kommune mfl.* har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse og saksbehandling. Det er i korte trekk gjort gjeldende at anken til lagmannsretten skulle vært avvist fordi den ikke gjaldt krav avgjort av tingretten. Lagmannsretten bygger på en uriktig forståelse av anskaffelsesloven og tvisteloven. Lagmannsrettens begrunnelse er mangelfull. Kommunene har nedlagt slik påstand:
- «Prinsipalt:
- 1) Sak 20-164709ASD-FROS avvises.
 - 2) Kommunene Z, X, Ø, Æ og Y tilkjennes saksomkostninger for Lagmannsretten og Høyesterett med kr. 115.200 eks. mva.
- Subsidiært:
- 1) Frostating lagmannsretts kjennelse i sak 20-164709ASD-FROS oppheves og hjemvises til ny behandling.
 - 2) Kommunene Z, X, Ø, Æ og Y tilkjennes saksomkostninger for Lagmannsretten og Høyesterett med kr. 115.200 eks. mva.»
- (10) *Spera AS* har i anketilsvaret sluttet seg til kommunenes argumentasjon og har nedlagt slik påstand:
- «1) Sak 20-164709ASD-FROS nektes fremmet.
 - 2) Saksomkostninger tilkjennes ikke.»

Høyesteretts ankeutvalgs syn på saken

- (11) Avgjørelsen er truffet av lagmannsretten i førsteinstans. Ankeutvalget har full kompetanse.
- (12) Det følger av tvisteloven § 29-4 første ledd at en «anke kan gjelde krav som er avgjort ved den avgjørelse som ankes». Speras krav for tingretten var et krav om å sette til side tildelingen av rammeavtaler etter anbudskonkurransen på grunn av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. I anken til lagmannsretten var Speras krav endret til et krav om erstatning på grunn av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Etter ankeutvalgets syn er dette to forskjellige krav selv om de har sitt utspring i samme saksforhold. Det vises til HR-2018-2190-A avsnitt 25 følgende. Erstatningskravet kan derfor ikke fremmes med mindre det gjelder unntak fra hovedregelen, jf. § 29-4 andre ledd.
- (13) Når lagmannsretten har kommet til at erstatningskravet skal fremmes, har den ikke bygget på § 29-4 andre ledd, men på at tingrettens avgjørelse om at det ikke ble begått noen feil i anbudsprosessen har avledet rettskraft for erstatningsspørsmålet. Under henvisning til NOU 2001:32 A del II punkt 14.2.3.5.11 heter det i lagmannsrettens dom:
- «Lagmannsretten legger etter dette til grunn at tingrettens dom har avledet objektiv rettskraftsvirkning for erstatningskravet selv om spørsmålet om tilsidesettelse av en tildelingsbeslutning og et erstatningsspørsmål er forskjellige rettsforhold. Den spesielle rettslige koblingen mellom rettsforholdene ved at det i en sak om erstatning er en nødvendig betingelse at det har skjedd et brudd på regelverket, samtidig som dette ikke er tilstrekkelig for å få rett til erstatning, tilsier at tingrettens dom kun blir bestemmende for utfallet når slutningen er frifinnelse; altså at det ikke foreligger nødvendig brudd på regelverket.»
- (14) En forutsetning for slik avledet materiell rettskraft må være at tingrettens dom ble formelt rettskraftig. I dette tilfellet falt Speras rettslige interesse i det opprinnelige kravet bort i og med at kommunene inngikk kontrakt. Saken skulle da ha vært hevet, hvis det ikke er adgang til å fremme erstatningskravet i samme sak.
- (15) Det følger av Rt-2013-211 avsnitt 32 at hvor «ankesaken heves for lagmannsretten fordi den rettslige interessen er bortfalt, vil tingrettens dom ikke få materiell rettskraftvirkning». Tilsvarende må gjelde hvis en sak avvises for ankeinstansen fordi den rettslige interessen faller bort. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave 2017 side 260 med videre henvisning til rettspraksis. Tingrettens avgjørelse om at det ikke var begått feil i anbudsprosessen er dermed ikke rettskraftig avgjort ved tingrettens dom. Når avgjørelsen ikke har materiell rettskraftvirkning, kan den heller ikke danne grunnlag for avledet rettskraft.
- (16) Om erstatningskravet kan fremmes for ankeinstansen beror dermed på om vilkårene i tvisteloven § 29-4 andre ledd er oppfylt. Dette spørsmålet har lagmannsretten ikke tatt stilling til. Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves.
- (17) Kommunene har i anken krevd sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett med til sammen 115 200 kroner eksklusive merverdiavgift. Spørsmålet om sakskostnader for lagmannsretten skal utsettes, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd. Det skal imidlertid fastsettes sakskostnader for Høyesterett. Det er ikke inngitt kostnadsoppgave. Det kan derfor ikke

tilkjennes mer enn 15 000 kroner eksklusive merverdiavgift, jf. tvisteloven § 20-5 fjerde ledd. I tillegg kommer rettsgebyr med 7 032 kroner.

S L U T N I N G

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Spera AS til Ø, Y, Æ, X og Z kommuner – én for alle og alle for én – 22 032 – tjuetotusenogtrettito – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Wilhelm Matheson
(sign.)

Bergljot Webster
(sign.)

Kine Steinsvik
(sign.)