



## HÅLOGALAND LAGMANNSRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 08.05.2023

**Saksnr.:** 23-018494ASD-HALO

**Dommere:**

Lagdommer  
Lagdommer  
Lagdommer

Tonje Fisknes  
Frode Stock  
Sidsel Sund Olsen

---

|              |                    |   |
|--------------|--------------------|---|
| Ankende part | Fauske kommune     | Advokat Christian<br>Bjørtuft Ellingsen<br>Advokat Olav Endresen<br>Haukeli |
| Ankende part | Sørfold kommune    | Advokat Christian<br>Bjørtuft Ellingsen<br>Advokat Olav Endresen<br>Haukeli |
| Ankemetpart  | Perpetuum Miljø AS | Advokat Kjersti Holum<br>Karlstrøm  |

Saken gjelder krav om erstatning for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Fauske kommune og Sørfold kommune (heretter også «kommunene») kunngjorde 3. juli 2019 en konkurranse for anskaffelse av fireårig rammeavtale om slamtømmingstjenester. Anskaffelsens verdi var estimert til ca. seks millioner kroner ekskl. mva.

I kunngjøringen punkt IV 1.1 var det opplyst at det var en konkurranse med forhandling. Av forsiden og punkt 6.1 i konkurransegrunnlaget fremgikk derimot at det var en åpen anbudskonkurranse etter anskaffelsesforskriften del I og III, uten anledning til å forhandle. Samtidig fremgikk i punkt 1.3 dato for blant annet «evaluering/forhandling».

I punkt 8 i konkurransegrunnlaget var det opplyst at pris var eneste tildelingskriterium. Videre fremgikk at det ved evalueringen av pris ville bli lagt vekt på de priser som fremgikk av vedlagt prisskjema. Av prisskjemaet fulgte at alle priser «skal oppgis inkludert transport, tømming og eventuelt andre utgifter som kommer i tillegg». For pris på blant annet ekstraordinære tømminger var prisskjemaet utformet slik:

| Tjeneste  | Antall | Stipulert antall | Kr | Sum kr |
|---|--------|------------------|----|--------|
| Det skal oppgis pris pr km samt pr kubikk ved ekstraordinære tømminger og ved reduksjon / økning av antall abonnenter /tømminger for Fauske og Sørfold kommuner | KM     | 1100             |    |        |

Etter konkurransegrunnlaget punkt 6.3 skulle tilbyderne «varsle oppdragsgiver umiddelbart» dersom de oppdaget «mangler eller uklarheter ved konkurransegrunnlaget som har betydning for gjennomføringen av oppdraget, prissetting med videre». Det ble ikke gitt slikt varsel fra noen tilbydere.

Det meldte seg tre interessenter i prekvalifiseringsfasen. To av disse leverte tilbud; Perpetuum Miljø AS (heretter også «PM») og Stoklands Bilruter AS (heretter også «Stokland»).

I prisskjemaets post for ekstraordinære tømminger hadde PM fylt inn «35» under kolonnen «Kr» og «38500» under kolonnen «Sum kr». Stokland hadde fylt inn «20,- pr km 400,- pr m3» under kolonnen «Antall» og latt øvrige rubrikker stå åpne.

Den 3. oktober 2019 ble det gjennomført forhandlinger mellom kommunene og henholdsvis PM og Stokland. Av referatet fra møtet med PM fremgår at kommunene vurderte PM til å ligge «noe høyt» på pris, spesifisert til å gjelde fast pris for Fauske kommune. Stokland ble i møtereferatet vurdert å ligge «godt an» i konkurransen, men

«høyt i forhold til budsjett». Det ble spesifisert at selskapet lå «noe høyt» i pris på fast pris for Sørfold kommune og ekstraordinære tømminger.

PM og Stokland fikk begge frist til 4. oktober 2019 for bemerkninger til referatene og til 14. oktober 2019 for reviderte tilbud. Det ble ikke inngitt merknader eller reviderte tilbud.

Kommunene meddelte 16. oktober 2019 at PM ble tildelt oppdraget, som følge av at tilbudt pris på 1 973 643 kroner var laveste pris. Stoklands pris var beregnet til 2 112 000 kroner.

Kommunene mottok 19. oktober 2019 slik klage fra Stokland v/advokat Robert Myhre:

«Konkurransen gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.1. Likevel er det invitert til forhandlinger, og inngitt reviderte tilbud fra tilbyderne. Dette er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 23-6 (3).

Tildelingen av kontrakt må følgelig annulleres, siden den er basert på reviderte tilbud etter gjennomførte forhandlinger. Det bes om en bekreftelse på at tildelingen annulleres senest innen 23.10.2019, eventuelt bes bekreftelse på at karenperioden utsettes i påvente av behandling av klagen. I motsatt fall tas det forbehold om at det kan bli aktuelt å begjære midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen.»

Kommunene sendte etter dette ut melding om at konkurransen avlyses, fordi det var påvist feil i konkurransegrunnlaget. Det ble opplyst at ny konkurranse ville kunngjøres i løpet av de nærmeste dagene.

PM v/Tom Rune Lian sendte 22. oktober 2019 melding til kommunene v/Rolf Willy Berg i Innkjøpsservice Advokatfirma AS (heretter også Innkjøpsservice) med spørsmål om hvilken feil det ble henvist til i meldingen. PM fikk følgende svar dagen etter:

«Feilen i konkurransen var at det i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 fremgikk at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse og ved en åpen anbudskonkurranse er det ikke tillatt med forhandlinger. I og med at det ble gjennomført forhandlinger så må derfor konkurransen avlyses. Konkurransen vil bli utlyst på nytt om kort tid.»

Kommunene utlyste konkurransen på nytt ved kunngjøring 24. oktober 2019. Det følger av kunngjøringens punkt IV 1.1 at det dreide seg om en konkurranse med forhandlinger. Også på konkurransegrunnlagets forside fremgår at den nye konkurransen skulle gjennomføres med forhandlinger. Det nye konkurransegrunnlagets punkt 6.1 «Anskaffelsesprosedyre» avvok fra første konkurranse, for øvrig var konkurransedokumentene likelydende.

PM ba 29. oktober 2019 kommunene v/Innkjøpsservice om å omgjøre avlysningsbeslutningen. Det ble også bedt om innsyn. Kommunene v/Innkjøpsservice svarte 4. november 2019 at det ikke var aktuelt å omgjøre beslutningen.

I den nye konkurransen hadde PM, som forrige gang, fylt inn «35» under kolonnen «Kr» og «38500» under kolonnen «Sum kr» i prisskjemaets post for ekstraordinære tømninger. Stokland hadde fylt inn «20,- pr km 100,- pr m<sup>3</sup>» under kolonnen «Antall» og «22 000,- 110 000,-» under begge kolonnene «Kr» og «Sum kr».

Etter forhandlinger 13. januar 2020, innga Stokland revidert tilbud hvor prisen pr. km og pr. kubikk for ekstraordinære tømninger var endret til 25 og 10 kroner, med nye summer på 27 500 og 1 100 under kolonnene «Kr» og «Sum kr».

Den 17. januar 2020 meddelte kommunene at Stokland ble tildelt oppdraget etter den nye konkurransen. Stoklands pris var på 1 628 500 kroner. PMs pris var på 1 923 643 kroner.

PM klaget 12. februar 2020 Fauske kommune inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Det ble gjort gjeldende at avlysningen var ulovlig, fordi kommunene ikke hadde plikt til avlysning ettersom feilen ikke hadde innvirket på konkurransen. KOFA konkluderte 20. august 2020 med at Fauske kommune har brutt forskriften § 25-4 første ledd ved å avlyse konkurransen uten «saklig grunn».

PM fremmet 14. september 2020 krav om erstatning i størrelsesorden 2 989 489 kroner for fortjenestetap, 40 000 kroner for sakskostnader for KOFA og 8 000 kroner for klagegebyr. I samme brev ble kommunene varslet om søksmål, jf. tvl. § 5-2. Kommunene avviste kravet i skriv 28. september 2020. Partene kom ikke til enighet og PM tok ut stevning for Salten og Lofoten tingrett 12. november 2020, med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse og påvisningskostnader.

Salten og Lofoten tingrett avsa 16. juli 2021 dom med slik domsslutning:

- «1. Fauske kommune og Sørfold kommune dømmes in solidum til innen 14 dager etter dommens forkynnelse å betale til Perpetuum Miljø AS erstatning for tapt fortjeneste med 3.111.162 – tremillioneretthundreogellevetusenetthundreogsekstio – kroner, med tillegg av lovens forsinkelsesrenter fra 14. oktober 2020 til betaling skjer.
2. Fauske kommune og Sørfold kommune frifinnes for kravet om erstatning for utgifter i forbindelse med KOFA's behandling av saken.
3. Fauske kommune og Sørfold kommune dømmes in solidum til innen 14 dager etter dommens forkynnelse å erstatte Perpetuum Miljø AS sine sakskostnader med 753.254 – sjuhundreogfemtifire tusentohundreogfemtifire – kroner.»

Kommunene anket 16. september 2021 til Hålogaland lagmannsrett. Anken gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen for domsslutningen punkt 1 og 3. Som nytt alternativt grunnlag for at avlysningen av konkurransen var lovlig, gjorde kommunene gjeldende uklarheter i prisskjemaet.

Hålogaland lagmannsrett avsa 11. mars 2022 dom med slik domsslutning:

- «1. Fauske kommune og Sørfold kommune dømmes in solidum til å betale 3 066 264 – tremillionerogsekstisekstusentohundreogsekstifire – kroner til Perpetuum Miljø AS innen 2 uker etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens forsinkelsesrenter av 2 862 357 – tomillioneråttehundreogsekstihundreogfemtisju – kroner fra 14. oktober 2020 til betaling skjer og av 203 907 – tohundreogtretusennihundreogsju – kroner fra 15. januar 2021 til betaling skjer.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Fauske kommune og Sørfold kommune in solidum 544 312 – femhundreogførtifiretusentrehundreogtolv – kroner til Perpetuum Miljø AS innen 2 uker etter dommens forkynnelse.
3. Det gjøres ingen endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.»

Dommen er avsagt under dissens, idet én dommer stemte for frifinnelse av kommunene. Flertallet la til grunn at det ikke var adgang til å trekke inn den nye begrunnelsen om uklarheter i prisskjemaet i vurderingen av om det var saklig grunn til å avlyse konkurransen. Flertallet bygget videre på at verken uklarhet om konkurranseformen eller rettslig usikkerhet om lovligheten av konkurransen ga saklig grunn til avlysning.

Mindretallet mente at det var adgang til å påberope feilen i prisskjemaet, og at dette forholdet medførte plikt til å avlyse konkurransen.

Kommunene anket 21. april 2022 til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse. Høyesteretts ankeutvalg traff 30. juni 2022 beslutning med slik slutning:

«Anken fremmes til behandling i Høyesterett for så vidt gjelder spørsmålene om det i vurderingen av «saklig grunn» i anskaffelsesforskriften § 25-4 første ledd er adgang til å bygge på kommunenes etterfølgende begrunnelse for avlysning, og om det foreligger årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern for Perpetuum Miljø AS' krav. For øvrig tillates ikke anken fremmet.

I medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd begrenses ankeforhandlingene slik at det foreløpig ikke forhandles om hvorvidt prisskjemaet i konkurransegrunnlaget var uklart eller mangelfullt.»

Høyesterett avsa 31. januar 2023 dom med slik domsslutning:

- «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for Høyesterett.»

Av dommens premiss 17 fremgår:

«I saksforberedende møte ble det presisert at det for behandlingen i Høyesterett skulle forutsettes at prisskjemaet som ble benyttet, var så uklart eller mangelfullt at konkurransen skulle ha vært avlyst.»

Videre fremgår av premiss 47 at det etter norsk rett er mest naturlig å vurdere konsekvensen av at det foreligger en feil som innebærer at det ville ha vært et brudd på regelverket å inngå kontrakt med den forbigåtte tilbyder, som et spørsmål om erstatningsrettslig vern, ikke som et spørsmål om årsakssammenheng. Det er presisert at det sentrale imidlertid må være resultatet. Av premiss 62 og 63 fremgår:

«Min konklusjon er etter dette at det ikke kan kreves erstatning for tap av fortjeneste knyttet til kontrakt uavhengig av om kontrakten lovlig kunne ha vært inngått basert på den utlysningen som faktisk forelå.

Jeg er kommet til at lagmannsretten bygget på en uriktig rettsanvendelse når den la til grunn at det forelå et erstatningsrettslig vernet tap av positiv kontraktsinteresse. Lagmannsrettens dom må derfor oppheves.»

Etter opphevelsen av lagmannsrettens dom er ny ankeforhandling holdt i lagmannsrettens lokaler i Bodø 25. og 26. april 2023. Detaljene fremgår av rettsboken.

Både PM og kommunene har akseptert slik utmåling av PM sitt tap som fremgår av lagmannsrettens opphevede dom. Kommunene har også akseptert at det gjelder et innvirkningsvilkår for både rett og plikt til avlysning.

Ved prosesskriv 21. april 2023 la PM frem et nytt dokumentbevis, som ingen av partene har vært oppmerksomme på tidligere i rettsprosessen. Dokumentet inneholder spørsmål om frister fremsatt 8. juli 2019 av den tredje interessenten i prekvalifiseringsfasen, og svar fra Fauske kommune 9. juli 2019. Av svaret fremgår at «det er en konkurranse med forhandlinger». Kommunene har på denne bakgrunn frafalt anførselene om at motstridende opplysninger om konkurranseform, og reell rettslig usikkerhet omkring dette, ga saklig grunn til avlysning av konkurransen. For lagmannsretten gjelder saken nå utelukkende om uklarheter i prisskjemaet ga rett/plikt til avlysning. Lagmannsretten legger til grunn den rettsanvendelsen som fremgår av Høyesteretts dom 31. januar 2023.

**Fauske kommune og Sørfold kommune** har i korte trekk anført:

Det forelå avlysningsplikt og PMs fortjenestetap er dermed ikke erstatningsrettslig vernet, jf. HR-2023-206-A avsnitt 58.

Vilkårene for avlysningsplikt er at det foreligger feil, at feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning og at det påvises at konkurransen kunne fått et annet utfall hvis feilen ikke var begått. Konkurranses grunnlag skal tolkes objektivt, og det stilles strenge krav til klarhet. Avgjørende er om det er mulig for rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere å forstå konkurransegrunnlagets rekkevidde, og fortolke det på samme måte.

Det følger klart av konkurransegrunnlagets ordlyd at det skulle oppgis to enhetspriser ved ekstraordinære tømminger; én pr. km og én pr. kubikk. Prisskjemaet kan tolkes enten som at begge priser skulle oppgis, men kun kilometerpris skulle inngå i evalueringen, som at begge priser skulle oppgis, og kubikkmeterprisen skulle ganges med et ukjent antall, eller som at begge priser skulle oppgis og inngå i evalueringen og ganges med 1 100. PMs anførsel om at det skulle oppgis én enhetspris er ikke forankret i ordlyden og kan ikke legges til grunn. Konkurranses grunnlaget var ikke formulert slik at rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere med sikkerhet tolket det på samme måte. Dette viste seg også i praksis. Det foreligger dermed brudd på regelverket, som oppdragsgiver har risikoen for.

Slik priskriteriet var utformet, var det i tillegg et ulovlig tildelingskriterium. Det baserte seg på en uforholdsmessig stor vektning av kubikkmeterpris, som ikke reflekterte den faktiske kostnaden for kommunene og ikke var egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Som vist i hjelpedokument hadde Stokland i realiteten lavest pris i begge konkurransene. Tildelingskriteriet var også ulovlig fordi det ikke er forutberegnelig å benytte antall kilometer for å evaluere kubikkmeter. Evalueringen av tilbyderne var heller ikke objektiv og ensartet, og dermed i strid med de grunnleggende prinsippene.

Det er en reell mulighet for at konkurransen kunne fått et annet utfall om feilen ikke var begått. Feilen ble heller ikke rettet. Uklarhetene i prisskjemaet kunne ha, og har, påvirket utfallet av konkurransen. Stoklands og PMs ulike utfylling av den aktuelle prisposten medførte at Stoklands evalueringspris ble 12 ganger PMs pris. Stokland mottok ingen informasjon som oppklarte prisposten. Referatet må legges til grunn for hva som ble sagt i forhandlingsmøtet. Før avlysningen av konkurranse nr. 1 visste ikke Stokland hvordan PM hadde priset ekstratømminger. Stoklands opptreden i konkurranse nr. 2 viser at de ikke fikk informasjon om evalueringsprisen på ekstraordinære tømminger i konkurranse nr. 1 og at de var konkurransedyktige når de visste hvordan evalueringsprisen ble fastsatt.

Subsidiært, dersom terskelen for innvirkning for å konstatere avlysningsplikt ikke anses overskredet, anføres at uklarheter i prisskjemaet ga kommunene avlysningsrett etter anskaffelsesforskriften § 25-4. Det avgjørende er om avlysningen etter en totalvurdering

var saklig begrunnet, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen). Det følger av dommen at vurderingen av saklig grunn kan bygge på etterfølgende begrunnelse. Innvirkningskravet for å konstatere avlysningsrett må ligge lavt.

Atter subsidiært anføres at det ikke er godtgjort klar sannsynlighetsovervekt for at kommunene ville inngått kontrakt med PM dersom konkurransen ikke hadde blitt avlyst.

Partene er enige om at lagmannsrettens erstatningsutmåling i opphevet dom 11. mars 2022 skal legges til grunn dersom PM har rett til erstatning.

Dersom kommunene vinner saken tilsier ingen tungtveiende grunner at ankemotparten fritas fra kostnadsansvar. Dokumentbeviset fremlagt 21. april 2023 har ikke hatt betydning for resultatet. Kommunene har i motsetning til PM aldri vært i besittelse av dokumentet og kan ikke identifiseres med Innkjøpsservice når det gjelder sakskostnader.

Det er lagt ned slik påstand:

- «1. Fauske kommune og Sørfold kommune frifinnes.
2. Fauske kommune og Sørfold kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.»

**Perpetuum Miljø AS** har i korte trekk anført:

Kommunene har erkjent at konkurransen ble avlyst uten at den oppgitte begrunnelsen ga saklig grunn til avlysning. HR-2023-206-A innebærer at dersom det foreligger en annen feil, som oppfyller vilkårene for avlysningsplikt, har PMs økonomiske tap ikke erstatningsrettslig vern. Feilen som nå er oppe til vurdering ble ikke reagert på av noen i løpet av konkurransen, og ble påberopt to år etter avlysningen. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at avlysningen var lovlig, og beviskravet er sannsynlighetsovervekt.

Avlysningsplikt krever at det foreligger en feil, at det er en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen og feilen må ikke kunne rettes på annen måte. Det er ikke et vilkår at feilen faktisk ble rettet. Spørsmålet er om Stokland har misforstått konkurransedokumentene, noe som er Stoklands risiko, eller om konkurransegrunnlaget er uklart, som er kommunenes risiko. Det gjelder et klarhetskrav, men det kan ikke strekkes for langt. I konkurranser med forhandling skal konkurransegrunnlaget være klart nok til å gi grunnlag for forhandlinger.

Prisskjemaet var tilstrekkelig klart for en normalt påpasselig og aktsom tilbyder innenfor aktuelle bransje. Det skulle oppgis én enhetspris, som skulle ta høyde for arbeid med tømning av slam. Det gir ingen mening å prise kubikk separat. Når den innledende



veiledningen, angivelsen av antall kilometer og utformingen med én rubrikk til utfylling ses under ett, ga ordlyden i prisskjemaet klare instruksjoner om én enhetspris. PM og oppdragsgiver har forstått skjemaet på samme måte, mens Stokland har fylt inn to priser i en rubrikk hvor det ikke var åpent for utfylling. Pris pr km pr kubikk er et vanlig begrep innenfor logistikkfaget og er brukt i andre konkurranser. Kommunene brukte samme skjema i 2015, og skjemaet er kvalitetssikret av innkjøpseksperter.

Eventuelle uklarheter om prising måtte i alle tilfeller ha blitt avklart under forhandlingene. Forhandlingsmøtet handlet kun om pris, og begge parter hadde oppfordring til avklaringer. Det har formodningen sterkt imot seg at pris på ekstraordinære tømminger ikke ble diskutert. Det kan ikke legges til grunn at referatet er uttømmende for alt som ble sagt på møtet. Stokland fylte dessuten ut skjemaet på samme måte i konkurranse nr. 2, og fylte da også ut rubrikken for summering. Prisreduksjonen på kubikk skyldtes mest sannsynlig kjennskap til konkurrentens pris.

Priskriteriet var ikke ulovlig. Risiko for uheldige utslag er ikke nok til å konstatere ulovlighet. Enhetsprisen slik den er utformet har åpenbart tilknytning til leveransen og legger klart opp til å få frem alle kostnadssider ved ytelsen.

Evalueringen var lovlig. Evaluering er innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og det er høy terskel for inngripen. Kommunene la til grunn den eneste tolkning av Stoklands prisskjema som det var anledning til. Det var Stoklands egen risiko at kolonnen med summering ikke var utfylt. Evalueringen var i samsvar med prisskjemaets veiledning, med evalueringen av PMs pris og med den mest nærliggende prismetanismen.

Det er uansett ingen nærliggende mulighet for at feilen har hatt innvirkning på utfallet av konkurransen. Det har ikke vært bevisføring om hva Stokland tenkte og vurderte. Det har formodningen sterkt imot seg at eventuelle uklarheter ikke ble oppklart i forhandlingsmøte. Hvis feilen hadde virket inn, hadde Stoklands klage dreid seg om dette, ikke om konkurranseform. Feilen kunne rettes, og ble faktisk rettet i forhandlingene.

PMs krav har etter dette erstatningsrettslig vern. Når påberopte uklarheter ved prisskjemaet ikke ga avlysningsplikt ga det heller ikke avlysningsrett. Det er nå erkjent at ulovlig avlysning er en tilstrekkelig kvalifisert feil til å gi rett til erstatning. PM var allerede tildelt kontrakten på avlysningstidspunktet. Det er klar sannsynlighetsovervekt for at PM hadde fått kontrakten dersom konkurransen ikke var blitt avlyst.

PM har brukt tid på forberedelser til å imøtegå kommunenes anførsler vedrørende motstridende opplysninger om konkurranseform helt frem til 21. april 2023. Kommunene v/Innkjøpsservice har siden 2019 vært i besittelse av dokumentet som PM fremla 21. april 2023. PM må tilkjennes fulle sakskostnader for tingretten og lagmannsretten. Dersom PM taper saken kreves sakskostnader dekket etter tvisteloven § 20-4.

Det er lagt ned slik påstand:

- «1. Anken forkastes, men slik at erstatning tilkjennes i tråd med Hålogaland lagmannsretts domsslutning i dom av 11.03.2022, i sak 21-141669ASD-HALO.
2. Fauske kommune og Sørfold kommune dømmes in solidum til å dekke Perpetuum Miljø AS sine omkostninger med saken.»

**Lagmannsretten** har kommet til at kommunene skal frifinnes og bemerker:

#### Hva saken gjelder

PM krever erstatning etter anskaffelsesloven 2016-06-17-73 (LOA) § 10, som lyder slik:

«Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.»

Det fremgår av bestemmelsen at det må foreligge «brudd» på lov eller forskrift, et «tap, og at tapet må være en «følge av» bruddet. Dette gjenspeiler de alminnelige vilkårene for erstatning; ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap. Som det fremgår av Høyesteretts dom HR-2023-206-A, med videre henvisning til HR-2017-2352-A, må tapet også være erstatningsrettslig vernet.

På grunnlag av Høyesteretts dom er partene enige om at dersom det forelå feil ved konkurransegrunnlagets vedlegg 1 prisskjema, og feilen ga avlysningsplikt, har PMs krav ikke erstatningsrettslig vern og kommunene skal frifinnes.

Hvis feil ved prisskjemaet ikke ga avlysningsplikt, har kommunene anført at uklarheter ved skjemaet likevel ga saklig grunn til avlysning av konkurransen. Det er da et spørsmål om det er årsakssammenheng mellom avlysningen og tapt fortjeneste på PMs hånd.

Partene er enige om størrelsen på tapet. Det er kun krevd erstatning for fortjenestetap, ikke den negative kontraktsinteressen.

Lagmannsretten tar først stilling til om uklarheter ved prisskjemaet ga avlysningsplikt.

#### Rettslige utgangspunkter

Saken gjelder en konkurranse med forhandlinger, jf. anskaffelsesforskriften 2016-08-12-974 (FOA) § 13-2 og § 23-7.

Av konkurransegrunnlaget punkt 6.1 fremgår at forskriften del I og III gjelder for anskaffelsen, altså de alminnelige bestemmelsene og bestemmelsene for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Ved enhver offentlig anskaffelse gjelder følgende grunnleggende prinsipper, jf. LOA § 4:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.»

Ved avgjørelsen av hva som er etterspurt i anskaffelsesdokumentene, og hva som er tilbudt i tilbudene, skal det legges til grunn et objektivt tolkningsprinsipp, jf. Rt-2012-1729 (Mika) avsnitt 58:

«[...] Ved anbud, der konkurransegrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget – som danner basis for den senere kontrakten – være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunkt gå ut over anbudsinnbydere, som ensidig utformet det grunnlaget tilbyderen må forholde seg til. Er det – til tross for enkelte uklare punkter – etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbyderen holde seg til dette.»

Videre følger av avsnitt 66-67:

«Endelig viser jeg til Rt-2010-961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttaler følgende om tolkning av entreprisekontrakter:

‘Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.’

I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.»

Av samme dom avsnitt 102 fremgår at det gjelder «et krav til klarhet i utformingen av konkurransegrunnlaget». Dette er nærmere presisert slik i HR-2019-830-A avsnitt 41:

«Innledningsvis minner jeg om at likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet er sentrale hensyn i anskaffelsesprosesser som denne. Dette

innebærer at det må oppstilles strenge krav til klarheten i grunnlaget, jf. den rettspraksis som jeg har vist til.»

I tillegg vises til HR-2022-1964-A avsnitt 51:

«Ved tolkningen av kravene må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på.»

Lagmannsretten bemerker at selv om avgjørelsene gjelder andre kontraktstyper enn vår sak, er uttalelsene generelle.

Lagmannsretten tar også med at prinsippet om objektiv tolkning etter omstendighetene kan suppleres av uklarhetsregelen og presumsjonsprinsippet. Om disse er det uttalt i Dragsten, Offentlige anskaffelser, 2013, Juridika, punkt 81.5:

«Uklarhetsregelen innebærer at tilbudet skal tolkes mot den som har hatt oppfordring til å uttale seg klarere, nemlig for tilbudets vedkommende leverandøren. En uklarhet med hensyn til om det foreligger et avvik skal etter denne tolkningsregelen dermed gå i leverandørens disfavør, dvs. at det tolkningsalternativet som innebærer et avvik skal legges til grunn.

Presumsjonsprinsippet går i denne sammenheng ut på at et tilbud presumeres å være i samsvar med konkurransegrunnlaget. Dersom det er uklart hvordan tilbudet skal forstås med hensyn til om det foreligger et avvik eller forbehold, vil presumsjonsprinsippet dermed tale for at tilbudet er i samsvar med konkurransegrunnlaget.

Presumsjonsprinsippet og uklarhetsregelen er dermed to tolkningsprinsipper som trekker i hver sin retning ved vurderingen av om det foreligger et avvik eller forbehold.»

Konkurransegrunnlaget skal altså være utformet på en klar og utvetydig måte, og gi de opplysninger som er nødvendig for at leverandørene skal kunne inngi tilbud på like fot. Tilsvarende utgangspunkt er formulert slik i KOFAs avgjørelse 25. august 2021 i sak 2021/347 avsnitt 28:

«Klagenemnda har ved flere anledninger uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det – for en alminnelig aktsom tilbyder – fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres. Det avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget mest naturlig må forstås, ikke hva innklagede har ment, se

eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/424, avsnitt 36 med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 SIAC Construction.»

Partene og lagmannsretten er enige om at feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget kan gi oppdragsgiver plikt til å avlyse. Plikt til å avlyse i slike tilfeller er ikke regulert i anskaffelsesloven eller -forskriften. Det er en praksisutviklet regel, basert på praksis fra EU-domstolen. Som i LB-2019-85112, med videre henvisninger, legger lagmannsretten til grunn at det som et utgangspunkt foreligger plikt til å avlyse der det påvises feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget, som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, og som kan ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen.

Det er ikke anført at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Partene synes for øvrig å være noe uenige om rekkevidden av innvirkningsvilkåret. Som det vil fremgå nedenfor, kommer dette ikke på spissen her og vil ikke bli nærmere redegjort for.

#### Avlysningsplikt som følge av feil ved prisskjemaet

Som nevnt foran fremgikk det av prisskjemaet at pris for ekstraordinære tømminger skulle oppgis «pr. km samt pr. kubikk». Over selve prismatrisen fremgikk at «[a]lle priser skal oppgis inkludert transport, tømming og eventuelt andre utgifter som kommer i tillegg».

Av konkurransegrunnlaget punkt 2.4 Prising fremgikk:

«Alle priser skal oppgis i vedlegg 1 prisskjema eks mva. Tilbyder må påregne noen ekstraordinære tømminger i avtaleperioden. For ekstraordinære tømminger skal pris oppgis pr. km og pr. kubikk inkludert alle utgifter, pris skal oppgis i vedlegg 1 prisskjema.

Slamavgiften fra Iris skal ikke tas med i pristilbudet da slamavgiften skal faktureres direkte til oppdragsgiver.»

Den tjenesten prisskjemaets post for ekstraordinære tømminger omhandler, er opplasting, transport og lossing av slam ved slike tømminger. Konkurransegrunnlagets prisskjema og punkt 2.4 var etter ordlyden innbyrdes omforente på prising av ekstraordinære tømminger. En naturlig språklig forståelse av ordene «samt» og «og» mellom «pr. km» og «pr. kubikk» tilsier klart at det skulle oppgis to priser. Kravet om å inkludere alle utgifter i prisene viser at det skulle oppgis enhetspriser. Lagmannsretten kan ikke se at kravet om å inkludere alle utgifter i tillegg endrer selve kravet om å oppgi to priser.

Det var isolert sett ingen feil eller i strid med lov eller forskrift å be tilbyderne gi enhetspris pr. km og pr. kubikk. Som nevnt foran fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 6.3 at tilbyderne skulle varsle oppdragsgiver ved mangler/klarheter av betydning for blant annet

prissetting. At ingen av tilbyderne ga noe varsel, tilsier at de ikke oppfattet at uklarheter forhindret dem fra å inngi etterspurte tilbudspriser.

Til tross for at det ble krevd to priser tilknyttet to ulike størrelser, var kun kilometerantall oppgitt i matrisen, ikke kubikkmeterantall. Partene er videre enige om at det ved digital utfylling av matrisen kun var mulig å skrive inn én pris i hver rubrikk. Matrisens utforming var dermed ikke overensstemmende med tekstens krav til utfylling.

Kommunene kan ha ment å be om enhetspris pr. kilometer, som i tillegg til selve transporten skulle inkludere arbeidet med lasting og lossing, altså kubikk. Slik ble prisskjemaet utfylt av PM. Daglig leder Martin Holm forklarte at selskapet gjorde et anslag over totalkostnadene ved å laste og losse et estimert kvantum slam, og selve transporten, la til et påslag for fortjeneste og fordelte kostnadene på det antall kilometer som var oppgitt i prisskjemaet. Prisskjemaet ble ikke utfylt på samme måte av Stokland, som oppga enhetspris både pr. kilometer og pr. kubikkmeter, og ikke foretok summering.

Lagmannsretten er ikke enig med PM i at utfylling av enhetspris pr. kubikkmeter ga så liten mening at det av den grunn var klart at det ikke ble bedt om dette. For det første tilsier ordlyden at det ble bedt om to priser. For det andre fremstår ikke prisene som Stokland fylte inn i konkurranse nr. 1 som åpenbart feilslåtte som mål på faktisk kostnad, forutsatt at kilometerpris multipliseres med faktisk antall kjørte kilometer og kubikkmeterpris multipliseres med faktisk mengde slam, se nærmere nedenfor.

Lagmannsretten er heller ikke enig med PM i at formuleringen i prisskjemaet er gjengs i bransjen og regelmessig forstås slik at det skal oppgis én pris. Eksempelene det er vist til gjelder formuleringer som «pr. km pr. tonn», «pr. km pr. m<sup>3</sup>» og «pr. km og m<sup>3</sup>». Her fremgår enten ikke ordene «samt» eller «og», eller ordet «pr.» forekommer bare én gang. Formuleringene er dermed ikke sammenliknbare med vår sak. Det er også vist til at Fauske og Sørfold kommuner benyttet samme skjema som her ved anskaffelse av slamtømming i 2015. Lagmannsretten har ingen opplysninger om hvordan skjemaet den gang ble utfylt og evaluert og hvordan konkurransen for øvrig forløp, og legger ikke vekt på dette.

Det er på denne bakgrunn lagmannsrettens oppfatning at rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere kunne forstå konkurransegrunnlaget på ulike måter. Hvis vekten ble lagt på matrisens utforming, i strid med tekstens ordlyd, kunne det fylles inn én pris digitalt, slik PM gjorde. Hvis vekten ble lagt på tekstens ordlyd, i strid med matrisens utforming, kunne det fylles inn to priser manuelt, slik Stokland gjorde. Ved utfylling av én pris ville tilbyder selv måtte estimere antall kubikkmeter slam, for å beregne en kostnad til å fordele på antall kilometer. Også ved utfylling av to priser ville tilbyder måtte estimere antall kubikkmeter slam for å beregne tilbudspris pr. kubikk, men det var likevel ukjent hvilket estimat oppdragsgiveren ville benytte. Ved utfylling av to priser var det mer åpent hva evalueringsprisen ville bli, innenfor rammen av et rimelig estimat over antall kubikk.

Lagmannsretten mener at konkurransegrunnlagets prisskjema var uklart med hensyn til prising av ekstratømminger, og ikke sikret at rimelig opplyste, aktsomme og påpasselige tilbydere forsto og anvendte det på samme måte.

Ved beregningen av Stoklands evalueringspris for ekstraordinære tømminger multipliserte kommunene enhetsprisen både pr. kilometer og pr. kubikkmeter med antall kilometer. Uklarhetene ved prisskjemaet sett i sammenheng med denne evalueringen var etter lagmannsrettens syn i strid med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet, og dermed i strid med LOA § 4.

Av fremlagte fakturaer fra ekstraordinære tømminger foretatt under Stoklands kontrakt med kommunene, fremgår at forholdet mellom antall kilometer og kubikkmeter i ett tilfelle var 1:15 og i et annet tilfelle var 1:47. I den grad et forholdstall på 1:15 er representativt, tilsvarer Stoklands tilbudte enhetspris på 400 kroner pr. kubikk ca. 27 kroner pr. kilometer. Ved at enhetspris pr. kubikk ble multiplisert med antall kilometer ble Stoklands evalueringspris ca. 410 000 kroner høyere enn den ville ha blitt hvis enhetspris pr. kubikk var multiplisert med et estimert antall kubikk. PM har ikke bestridt at faktisk antall kilometer er vesentlig høyere enn faktisk antall kubikk ved ekstraordinære tømminger.

Betydningen av evalueringen er nærmere synliggjort i hjelpedokument fremlagt av kommunene. Her fremgår også at ekstraordinære tømminger tilsvarte 22 % av Stoklands totalpris som evaluert av kommunene ved kontraktstildelingen til PM, mens ekstraordinære tømminger tilsvarte 1,9 % av PMs totalpris.

Av referatet fra forhandlingsmøtet mellom kommunene og Stokland 3. oktober 2019 fremgår:

«I forhold til pris ligger dere godt an så langt i konkurransen men høyt i forhold til budsjett.

Postene dere ligger noe høyt på så langt i konkurransen er:

Det skal oppgis fast pris for tømming av slam i h.h.t. konkurransegrunnlagets beskrivelse med vedlegg pr år for Sørfold kommune.

Det skal oppgis pris pr km samt pr kubikk ved ekstraordinære tømminger og ved reduksjon / økning av antall abonnenter / tømminger for Fauske og Sørfold kommuner.

Spørsmål:

Hvor er startpunktet for prisingen av nødtømminger?

Svar:

Startpunktet er Presteid i Hamarøy kommune.»

Som det fremgår er det referert ett spørsmål fra Stokland vedrørende ekstraordinære tømminger. Referatets innhold gjør det lite sannsynlig at Stokland i møtet ble informert om at PM hadde oppgitt én enhetspris ved ekstraordinære tømminger, at Stoklands enhetspris pr. kubikk ville bli multiplisert med antall kilometer og/eller hva Stoklands evalueringspris var beregnet til. Det fremstår som noe misvisende at Stokland ble opplyst å ligge «noe høyt» på pris pr. km og pr. kubikk ved ekstraordinære tømminger, når de ble vurdert å ligge 12 ganger høyere enn PM på denne posten. Dette underbygger at Stokland ikke ble informert om hvordan posten ble evaluert, og ikke hadde foranledning til å stille ytterligere spørsmål. Lagmannsretten kan ikke se, som antydte av PM, at det forhold at Stokland ikke hadde fylt inn tall under kolonnen «Sum kr» i seg selv gir sterk formodning for at det ble stilt spørsmål som ikke fremgår av referatet, når oppdragsgiver i henhold til referatet ikke ga annen informasjon enn at de lå «godt an» og «noe høyt» på ekstraordinære tømminger.

At Stokland ikke innga revidert tilbud etter forhandlingene underbygger at informasjon som nevnt ikke ble gitt. Når dette sammenholdes med Stoklands etterfølgende opptreden i konkurranse nr. 2, er det direkte usannsynlig at slik informasjon ble gitt.

I konkurranse nr. 2 endret Stokland enhetspris pr. kubikk for ekstraordinære tømminger, og fylte ut rubrikkene under kolonnene «Kr» og «Sum kr». Det er reist spørsmål ved om dette kun skyldtes kjennskap til konkurrentens pris, eller også kjennskap til oppdragsgivers evaluering. Lagmannsretten mener sistnevnte er klart mest sannsynlig. Å multiplisere enhetspris pr. kubikk med antall kilometer avviker i så stor grad fra de faktiske forhold ved utførelsen av slamtømming at det fremstår som en vilkårlig og uforutsigbar evaluering. Det er mest sannsynlig at Stokland ikke fylte ut kolonnen «Sum kr» i første konkurranse fordi det i skjemaet kun var oppgitt kilometerantall, som ikke kan multipliseres med kubikk. Det var nærliggende å slutte at oppdragsgiver ville benytte et estimert antall kubikk ved evalueringen, slik tilbyder selv mest sannsynlig hadde gjort ved beregningen av sine tilbudspriser. Konkurranses grunnlagets kart- og statistikkvedlegg inneholdt historiske tall til bruk for et slikt estimat. Når Stokland gjennom nærmere analyse av evalueringsprisene i tildelingsbeslutningen 16. oktober 2019 ble klar over at oppdragsgiver multipliserte kubikk med kilometer, justerte de sine enhetspriser i konkurranse nr. 2 for at regnestykket skulle gi en hensiktsmessig evalueringspris.

PM har anført at dersom evalueringen i første konkurranse hadde vært i strid med Stoklands forventninger, ville Stokland ha klaget over evalueringen / uklarheter i prisskjemaet. Klagen gjaldt kun motstridende opplysninger om konkurranseform.

Lagmannsretten mener at det ikke kan utledes noe om Stoklands forventninger til evalueringspris på ekstraordinære tømminger av klagen som ble inngitt 19. oktober 2019.



Det er et faktum at anskaffelsesdokumentene inneholdt motstridende opplysninger om konkurranseform. Hvorvidt Stokland valgte først å forfølge det de mente var den klareste feilen ved konkurransen, eller på klagetidspunktet ennå ikke hadde fanget opp feilen ved evalueringen av ekstraordinære tømminger, eller av andre grunner ikke nevnte dette i klagen, blir bare spekulasjoner uten betydning for foreliggende sak.

Det er på denne bakgrunn lagmannsrettens oppfatning at feilen ved prisskjemaet sammenholdt med evalueringen ikke ble rettet før beslutningen om tildeling av kontrakten til PM. Uklarhetene kunne ha vært rettet ved at Stokland ble gjort oppmerksom på forholdene før fristen for å inngi revidert tilbud utløp. Dette forutsatte at oppdragsgiver selv var klar over at Stokland måtte opplyses om forholdene. Hvorvidt feilen kunne rettes på annen måte enn ved avlysning skal vurderes ut fra avlysningstidspunktet, eventuelt tildelingstidspunktet. På avlysnings- eller tildelingstidspunktet forelå ingen annen feilrettingsmulighet enn avlysning av konkurransen.

Feilen både kan ha, og har hatt, innvirkning på utfallet av den første konkurransen frem til tildeling av kontrakt. PMs tilbudspris etter forhandlinger var på 1 973 643 kroner, mens Stoklands pris etter forhandlinger var på 2 112 000 kroner, basert på kommunenes evaluering av enhetspris pr. kubikk. Når det korrigeres for kommunenes uriktige evaluering, og samtidig legges til grunn et realistisk antall kubikkmeter, var Stoklands pris på ca. 1 700 000 kroner og klart billigst. Feilen hadde dermed med stor sannsynlighet ledet til at den tilbyder som tilbød laveste pris, ikke ble tildelt kontrakten i en konkurranse der pris var eneste tildelingskriterium.

### Konklusjon

Lagmannsretten finner på denne bakgrunn at uklarheter ved prisskjemaet sammenholdt med kommunenes evaluering i første konkurranse var i strid med prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i LOA § 4. Feilen ble ikke rettet før tildeling av kontrakt og kunne på avlysnings-/tildelingstidspunktet ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Det forelå da avlysningsplikt, og PMs krav har ikke erstatningsrettslig vern, jf. HR-2023-206-A.

Konklusjonen blir at kommunene frifinnes. Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til andre spørsmål i saken.

### Sakskostnader

Når lagmannsrettens resultat legges til grunn, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd, har Fauske kommune og Sørfold kommune vunnet saken både for tingretten og lagmannsretten, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten.

Lagmannsretten finner imidlertid at tungtveiende grunner gjør det rimelig å frita Perpetuum Miljø AS fra kostnadsansvar for begge instanser, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Som påpekt i HR-2023-206-A avsnitt 64 er saken foranlediget av feil fra kommunenes side under anskaffelsesprosessen. Selv om saken slik den nå står ikke har vært tvilsom for denne lagmannsretten, har den som det fremgår av HR-2023-206-A avsnitt 64 i løpet av rettsprosessen reist vanskelige og tvilsomme retts spørsmål.

For tingretten gjaldt saken en annen avlysningsgrunn enn for denne lagmannsretten. Avlysningsgrunnen for tingretten ble frafalt av kommunene 21. april 2023, som følge av fremleggelse av et nytt dokumentbevis. Alle parter ble gjort oppmerksomme på dokumentet under anskaffelsesprosessen. Det er ikke holdepunkter for å bebreide den ene parten mer enn den andre for at dokumentet hadde gått i glemmeboken.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å tilkjenne Perpetuum Miljø AS sakskostnader etter tvisteloven § 20-4 bokstav c, basert på forsømmelser hos motparten, slik parten har krevd. Dokumentet som ble fremlagt 21. april 2023 har ikke vært avgjørende for resultatet. Som det fremgår foran har begge parter hatt mulighet og oppfordring til å påberope/fremlegge dokumentet på et tidligere tidspunkt. Det er heller ikke grunn til å tilkjenne PM sakskostnader fordi kommunene først påberopte feil ved prisskjemaet i anke til lagmannsretten.

Sakskostnader tilkjennes etter dette ikke for noen instans.

Dommen er enstemmig.

## **DOMSSLUTNING**

1. Fauske kommune og Sørfold kommune frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Tonje Fisknes

Frode Stock

Sidsel Sund Olsen

*Dokument i samsvar med elektronisk signert original  
Cecilie Kaknes (elektronisk signert)*