



SUNNFJORD TINGRETT

gjør vitterlig

År 2004, den 23. desember ble rett satt ved Sunnfjord tingrett i Førde.

Dommer: Dommerfullmektig Tor Erling Nordstad

Sak nr.: 03-00610 A

Saksøker: Harald Kapstad AS v/ Harald Kapstad
Entreprenørforretning, 6977 Bygstad

Prosessfullmektig: Advokat Ivar Blikra v/ advokatfullmektig Bjarte
Buanes, postboks 580, 6803 Førde

Saksøkt: Gaular kommune v/Ordføreren, 6973 Sande i
Sunnfjord

Prosessfullmektig: Kluge Advokatfirma DA, v/ advokat Grethe
Gullhaug, postboks 394 Sentrum, 5805 Bergen

Saken gjelder: Krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen,
subsidiært negativ kontraktsinteresse, fra en anbyder som mener seg
forbigått i en anbudskonkurranse.

For åpne dører og med bare dommeren til stede ble det avsagt slik

DOM:

Nærmere om sakens bakgrunn:

Gaular kommune skulle utvide og bygge om Sande skole. I den forbindelse inviterte kommunen til åpen anbudskonkurranse for *"bygningmessige arbeid i hovudentreprise i samband med planlagt utviding (garderobe) og ombygging (symjehall) ved Sande skule"*.

Anbyderne skulle nærmere angi sine anbud i anbudsdokumentets/konkurransegrunnlagets punkt 02 "ANBUD". Ett av underpunktene var her angitt som følger:

" Byggetid/framdrift

Arbeidet baserer seg på oppstart juni 2003.

- a) - overlevering symjehall 15.12.03, overlevering øvrig areal: 01.04.04
- b) - i samsvar med anbudsbrief
(kryss i aktuell rubrikk)"

I anbudsdokumentets punkt 06 var anbudsvilkårene angitt:

" 0.6 ANBUDS- OG KONTRAKTSVILKÅR

Anbudsvilkår

Som generelle anbudsvilkår for dette prosjektet/denne entreprisa gjeld NS 3400 med følgende supplement.

Val av anbud jfr. pkt. 13.

Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventa kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)."

Entreprisen ble annonsert i lokalavisen Firda, men ikke i den elektroniske databasen DOFFIN. 6 entreprenørfirma leverte anbud innen fristen 04.04.2003. Harald Kapstad AS ("Harald Kapstad") innga anbud med lavest anbudssum, kr 2.925.031. Åsen&Øvrelid AS ("Åsen&Øvrelid") hadde nest lavest anbudssum. Det tilføyes at i anbudsprotokollen ble anbudssummen fra Åsen&Øvrelid uriktig ført inn med kr 3.105.185. Dette ble imidlertid oppdaget ved kontrollregningen den 08.04.2003, og det ble gitt påtegning i anbudsprotokollen at om riktig anbudssum for Åsen&Øvrelid var kr 3.015.185.

Åsen&Øvrelid tilbød, med unntak av utenomhusarealet, hele prosjektet ferdigstilt til 15.12.2003. De øvrige anbyderne tilbød ferdigstillelse av svømmehallen til 15.12.2003, og ferdigstillelse av det øvrige til 01.04.2004. Retten kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Den 08.04.2003 utarbeidet rektor ved Sande skole et notat ("rektors notat") som ble sendt til kommunens arkitektfirma, Arki Arkitektar AS ("Arki"). Notatet ble senere samme måned sendt til kommunen ved Trond Hegrestad, som var kommunens saksbehandler i denne saken. Retten finner å gjengi notatene i sin helhet.

"NOTAT – PÅBYGG AV GARDEROBEBYGG, SANDE SKULE.

Er gjort kjent med at ein av dei som har levert inn pris for påbygg Sande skule kan vere ferdig med prosjektet 15. desember 2003. Rektor og vaktmeister ser på det som svært postttvt om ein kan vere ferdig med prosjektet i desember 2003.

Det slår positivt ut på fleire måtar;

- det gamle garderobeanlegget er defekt
- økonomisk
- helsemessig
- oppfølging av L-97-læreplanen for grunnskulen
- timeplanteknisk
- kortare handlegging av uteområdet

Grunn: **DET GAMLE GARDEROBEANLEGGET -LEKKASJE/DEFEKT UTSTYR.**

Eksisterande garderobeanlegg er i svært dårleg forfatning

- lekkasje frå slukar ned i underetasjen.
Kostnaden ved reparasjon store- meisle opp slukar/nye flisar m.m. Det er begrensa kor lang tid ein kan levemed dagens situasjon.
- Dusj-batteria på 4-5 av i alt 8 dusjar i herregarderoben er ute av funksjon. Det seier seg sjølv at det er vanskeleg å klare seg med berre 3 dusjar.

Kostnaden ville bli svært stor om ein må ta utgiftene med denne utbetringa.

Grunna lovnad på ny garderobe, har ein ikkje reparert desse feila.

Vt veit ikkje kor lenge vt kan leve med situasjonen. Jo før nytt anlegg er ferdig, jo betre er det.

Reumatikar-bading.

A) Inntekter.

Ein kan ta til med reumatiker-bading langt tidlegare enn tidlegare. Skulen budsjetterer med ei inntekt på kr. 5000,- pr. månad.

B) Færre fráværtdagar/betre livskvalitet.

For gruppa som deltek på symjing kvar onsdag, ca. 60 personar, er bade-øktene heilt avgjerande. Færre

*fråversdagar, betre livskvalitet. Kva dette utgjere i kroner og øre er vanskeleg å talfeste. **Samfunnsøkonomisk snakkar vi her om tusenvis av kroner.***

Symjetimar til skulane.

Ein kortar ned bolken det 3 skulane ikkje får symjeundervisning skuleåret 2003/2004.

Rom til kroppsøving.

Sande skule har ein gymnastikksal og ein symjehall, d.v.s. rom der ein kan ha kroppsøving. Det seler seg sjølv at ein får vanskar med å gjennomføre kroppsøvnings-timane ved skulen med berre ettt rom tilgjengeleg.

Anleggstrafikk.

Kortare byggeaktivitet medfører at ein reduserer bolken med anleggsarbeid på skuleområdet monaleg. Dette ser vi på som svært positivt."

Arki ga den 11.04.2003 innstilling til kommunen ved Trond Hegrestad. Rektors notat var vedlagt innstillingen. Fra innstillingen gjengis følgende:

" Etter kontrollgjennomgang inklustve kontroll med omsyn til manglande postar, korreksjon for indekstillegg og adminstrasjon blir det evaluerte tilboda som følger: (avvik frå protokoll i parentes):

1.	Harald Kapstad AS:	3.113.065	(+188.034)
2.	Åsen&Øvrelid AS:	3.126.183	(+110.998)
3.	O. Drage AS:	3.131.168	(+ 60.503)
4.	Naustdal Bygg AS:	3.264.118	(+105.254)
5.	Elkeland Bygg AS:	3.283.375	(+133.810)
6.	NCC Bygg AS:	3.358.168	(+197.542)"

Retten bemerker at partene er enlge om at Harald Kapstads anbudssum her er angitt kr 25.000 for høyt som følge av at det uriktig var benyttet 4

% påslag, i stedet for 3 % påslag ved tiltransport av tekniske entrepriser.

Det fremgår videre av Arkis innstilling til kommunen at:

"Det ulike tilbyderane har i tillegg til sjølvne tilbodssummen ulike krav med omsyn til prisregulering og andre økonomiske faktorar t.d. påslag for administrasjon av sideentreprenørane.

Alle tilbyderane, med unntak av O.Drage AS har som føresetnad at tilbodet skal indeksregulerast. O.Drage AS tilbyr fast pris utan indeksregulering.

Alle tilbyderane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – dvs. ferdigstilling 01.04.04.

Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, dvs. vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid.

For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarende lågare enn for det øvrige tilbod som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Ut i frå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringsskjema.

Dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg bør Kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen& Øvrelid AS.

Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbodet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ.”

Den 12. mai foretok økonomisjefen i kommunen en beregning av byggelånsrente. Økonomisjefen beregnet at kommunen kunne spare kr. 85. 333 i byggelånsrente ved å få hele prosjektet ferdigstilt innen 15.12.2003.

Den 19. mai sendte saksøkeren et brev til Gaular kommune v/Trond Hegrestad hvor saksøkeren angir at det skal gjøres fradrag i anbudet for prisregulering med ca. kr. 8000 og fradrag for taktekking med ca. kr. 17 000. Saksøkeren gjorde videre oppmerksom på at det er forskrift om offentlig anskaffelse som kommer til anvendelse og ikke NS 3400 slik angitt i anbudsinnbydelsen, og at det må komme frem i konkurransegrunnlaget at alternativ byggetid inngår i anbudskonkurransen. Brevet fra saksøkeren gjennomgått i e-post fra byggeleder Wilhelm Andenæs til Trond Hegrestad i Gaular kommune. Andenæs konkluderte med at *”eg fann ikkje viktige argument for å endre ei innstilling”*.

På grunnlag av en totalvurdering innstilte teknisk sjef i kommunen på at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid. I saksutredningen fremgår det at :

” Alle tilbydarane, med unntak av O.Drage as, har som føresetnad at tilbodet skal indeksregulerast. O.Drage as tilbyr fast pris utan indeksregulering. Alle anbydarar, med unntak av Åsen & Øvrelid as, har basert sine tilbod på byggherren sin tidsplan, d.v.s. ferdigstilling av byggearbeida til 01.04.2004.

Åsen og Øvrelid as tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.2003.

Anbodsdocumentet opnar for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med ”best anbod” – prinsippet. Dette er det opna for i anbodsdocumentet, jfr. pkt. 0.2 byggetid/framdrift og pkt. 0.6 anbudsvilkår. Ein syner elles til lov og forskrifter om offentlig anskaffelser

§ 10-2, der det heiter at ein har rett å velge det anbod som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbodet.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og eventuelt vil kapitalkostnaden i byggeperioden verte redusert sammenlikna med ei lengre byggetid. Kommunen har ikkje nytta eigne byggelån for byggeprosjekta, men oppstilling datert 12.05.2003 frå økonomisjef syner at ein vil spare inn kr. 85 333, - i kapitalkostnader.

Arki arkitektar as har i skriv datert 11.04.2003 konkludert med at anboda frå Harald Kapstad as, Åsen & Øvrelid as og O. Drage as er økonomisk sett relativt likeverdige. Dei har vidare konkludert med at dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg, bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen & Øvrelid as. Arkitektfirmaet nemner vidare i sttt skriv at dersom kort byggetid er av mindre betydning, kan tilbodet frå Harald Kapstad as vere eit aktuelt alternativ.

Sande skule v/ rektor har i notat datert 08.04.2003 kome med merknader vedkommande ferdigstilling av bygget til 15. desember 2003. Dei ser svært positivt på at ein kan vere ferdig med byggeprosjektet til denne datoen. Dette er grunna ut frå at gamle garderobeanlegget er defekt, økonomiske og helsemessige fordelar, samt oppfølging av læreplan og kortere handlegging av uteområde.

Konkret vert det nemnd i skrivet at skulen budsjetterte med ei inntekt på kr. 5.000,- pr. mnd. i reumatikarbading. I skrivet fra skulen vert det vidare nemnd at dette vil gje ei inntekt på kr. 15.000, - dersom skulen står ferdig til 15.12.2003.

Svømmeanlegget skal imidlertid stå klart til 15. desember 2003, slik at dette ikkje skal ha noko innverknad på inntektene til kommunen.

Byggeleiar har gjeve melding om at hans honorar vert redusert med kr. 20 000,- dersom ferdigstillinga av byggeprosjektet vert 15.12.2003.

Teknisk sjef tilrår ut frå totalvurdering at det vert å inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid AS."

Saken ble så behandlet i byggenemnda den 21. mai. I møte gjorde nemndsmedlem Magne Vivelid framlegg om at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren. Ved avstemningen fikk innstillingen fra teknisk sjef 2 stemmer, og Vivelids framlegg fikk 1 stemme.

Kommunen inngikk deretter den 28. mai kontrakt med Åsen & Øvrelid om utføring av den bygningsmessige hovedentreprisen. De øvrige anbyderne ble orientert om dette ved brev av 2. juni.

Harald Kapstad brakte saken inn for klagenemnda for offentlig anskaffelser ("KOFA"). KOFA konkluderte i sin avgjørelse av 8. september 2003 med at :

" Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre konkurransen i Norsk Lysingsblad elektroniske database.

Innklagede har brutt forskriften § 17-2 ved å ikke angi klare og entydige tildelingskriterier.

Hva gjelder brudd på Forskriftens § 17-2 gjengis følgende fra KOFAs begrunnelse:

" I foreliggende sak opplyste konkurransegrunnlagets pkt. 0.6 at byggherren ved valg av anbud ville "legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)". Det fremgikk verken av noen kunngjøring eller av konkurransegrunnlaget pkt. 0.6 at leveringstid var et kriterium oppdragsgiver ville legge vekt på. Det var da ikke tillatt å legge vekt på dette ved valg av tilbud. Det var heller ikke tillatt å vektlegge eventuelle besparelser ved kortere byggetid, så lenge dette ikke var opplyst på forhånd. Det kan ikke være tilstrekkelig at konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene selv kunne foreslå en alternativt byggetid, jf. konkurransegrunnlaget pkt. 0.2 når det ikke var

reflektert i pkt. 0.6 at det ville bli lagt vekt på dette ved valg av tilbud. Heller ikke henvisningen til NS 3400 og best anbud-prinsippet kan anses å tilfredstille lovens krav til tilstrekkelig klargjøring av tildelingskriteriene.

Når det gjelder spørsmålet om erstatning, uttalte KOFAs at:

"Det er etter klagenemndas oppfatning begått alvorlige feil på grunnleggende regler. Det er et overordnet prinsipp at man ikke kan vektlegge andre kriterier ved valg av leverandør enn det som er opplyst på forhånd.

Den fremlagte dokumentasjonen i saken, herunder rådgivers innstilling til innklagede, gir inntrykk av at klager ville blitt valgt dersom det ikke var blitt lagt vekt på leveringstid. Dette innebærer at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan være oppfylt."

Saksøkeren fremmet etter dette erstatningskrav for den positive kontraktsinteressen med et beløp stort kr. 426.167. Kommunen bestred at det var grunnlag for erstatningsansvar, og det oppstod tvist mellom partene.

Harald Kapstad ved advokatfirmaet Folkman & Co ved advokatfullmektig Bjarte Buanes brakte saken inn for Sunnfjord tingrett ved stevning av 11. november 2003. Gaular kommune ved Kluge Advokatfirma DA ved advokat Grethe Gullhaug innga rettidig tilsvare. Etter endt saksforberedelse ble det avholdt hovedforhandling ved Sunnfjord tingrett i Førde den 3. og 4. juni 2004 slik det nærmere fremgår av rettsboken.

Saksøkeren har sammenfatningsvis anført:

Saksøkeren anfører at det foreligger ansvarsgrunnlag, årsaks-sammenheng og økonomisk tap, slik at vilkårene for erstatningsansvar for kommunen er oppfylt.

Som prinsipielt grunnlag for erstatning, anfører saksøkeren lov om offentlig anskaffelser § 10. Det følger av bestemmelsen at ved brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven, har saksøkeren krav på

erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet. Normene for anbudsproseduren fremgår av forskrift om offentlig anskaffelser, og saksøkeren anfører at det foreligger brudd på en rekke saksbehandlingsregler i forskriften som samlet sett etablerer ansvar for kommunen.

På grunnlag av disse saksbehandlingsfeilene anfører saksøkeren som subsidiært ansvarsgrunnlag, brudd på ulovfestede regler om forsvarlig forvaltningspraksis. Dette grunnlaget konsumeres i stor grad av de anbuadsrettslige reglene, men saksøkeren ber retten om nødvendig vurdere om det foreligger ansvar på dette grunnlag.

Atter subsidiært anfører saksøkeren skadeerstatningslovens § 2-1 som ansvarsgrunnlag. På grunnlag av kommunens saksbehandlingsfeil, anføres det at saksbehandlingen i denne saken bryter med de krav anbyderne med rimelighet kunne stille til anbudsvirksomheten. Også dette grunnlaget konsumeres i det vesentlige av de anbuadsrettslige reglene, men saksøkeren ber retten om nødvendig å vurdere ansvar på dette grunnlag.

Saksøkeren anfører at kommunen for det første har begått en saksbehandlingsfeil ved uriktig å ha anvendt Norsk Standard 3400 (NS 3400). Denne anbudskonkurransen omfattes av lov om offentlig anskaffelser, jf. lovens § 1-1. Alle kommuner har fått tilsendt forskriften, veiledning og følgeskriv, og kommunen hadde således ingen unnskyldningsgrunn for ikke ha brukt rett regelverk. Saksøkeren gjorde for øvrig saksøkte før tildelingen oppmerksom på at kommunen brukte feil regelverk. Dette ble likevel ikke etterfulgt av kommunen. Kommunen har erkjent å ha brukt feil regler, men anført at dette ikke har noen betydning. Dette anføres ikke å være riktig. Det er ikke nødvendigvis så mye motstrid mellom NS 3400 og lov/forskrift om offentlig anskaffelser, men loven/forskriften har et helt annet detaljnivå, og det bestrides at reglene åpner for særlig skjønn. Ved motstrid går loven foran, men NS 3400 gjelder fortsatt supplerende. I denne saken er det punkt 4.1.5 i standarden som er aktuelle som supplement.

Saksøkeren anfører for det andre at utlysingen og kunngjøringen av konkurransen representerer en saksbehandlingsfeil, jf forskriftens § 13-1. Saksøkeren anfører ikke at feilen har virket inn på resultatet, men det er likevel en av flere feil kommunen har begått i prosessen.

Den mest sentrale saksbehandlingsfeilen anføres å være at saksøkte har lagt vekt på et ugyldig utvelgelseskriterium, og at dette også er blitt tillagt avgjørende vekt, jf forskriftens § 17-2. Sagt på en annen måte foreligger det et mangelfullt eller upresist anbudsgrunnlag. Det framgår av forskriftens § 17-2 nr. 2 at dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelsaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Saksøkeren anfører at oppfyllestid måtte ha vært angitt konkret i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen for at dette momentet kunne tillegges vekt av saksøkte ved valg av anbyder. Oppfyllestid er ikke angitt i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Saksøkeren bestrider videre at begrepet beste anbudsprinsipp eller begrepet kapasitet i anbudsgrunnlaget punkt 06, gir kommunen grunnlag for å vektlegge oppfyllestiden. Saksøkeren mener at begrepet kapasitet betyr bemanning. Bemanning sier noe om muligheten for å utføre tilleggsarbeid og muligheten for å framskynde prosjektet dersom byggherren ønsker det etter at kontrakten er tildelt. Begrepet kapasitet omfatter derimot ikke byggetid/oppfyllestid.

Saksøkeren anfører videre med henvisning til praksis fra KOFA og EF-domstolen at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte. Parts og vitneforklaringene taler imidlertid for at tildelingskriteriene ikke er formulert på en slik måte i denne saken da disse har tolket tildelingskriteriene på ulik måte.

Saksøkeren anfører videre at det må tillegges vekt at KOFA i den foreliggende saken har konkludert med at saksøkte har begått saksbehandlingsfeil, og at det synes tilrettelagt for erstatning av den positive kontraktsinteresse. Saksøkeren viser til at KOFA har stor tyngde,

det er videre gode resonnementer av høyt kvalifiserte fagfolk og avgjørelsene bygger på en betryggende prosess.

Saksøkeren anfører som ytterligere saksbehandlingsfeil, at det følger av forskriftens § 16-1 tolket antitetisk, at det ikke er tillatt å innhente opplysninger som kun styrker en anbyder på bekostning av de øvrige uten at de har mulighet for å komme innsigelser. Rektors notat anføres ut fra dette å være et brudd på prinsippet om likebehandling, og økonomisjefens notat anføres å være i faresonen.

Saksøkeren anfører videre at saksøkte har begått feil ved kunngjøring av hvilken anbyder som var valgt, jfr. forskriftens § 17-3 hvor det fremgår at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt, skriftlig skal meddeles i rimelig tid før kontrakten inngås. I denne saken inngikk imidlertid kommunen kontrakt med Åsen & Øvrelid den 28. mai, mens skriftlig kunngjøring til anbyderne først ble gitt 2. juni. Det at saksøkeren muntlig ble gjort kjent med at Åsen & Øvrelid ville bli foretrukket, anføres ikke å være en tilstrekkelig meddelelse etter forskriften. Det foreligger således et klart brudd på forskriftens § 17-3.

Saksøkeren anfører endelig som saksbehandlingsfeil at saksøkte benyttet feil påslagsprosent, noe som medførte at saksøkerens anbudssum ble satt kr 25.000 for høyt.

Saksøkeren anfører videre at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng mellom kommunens ansvarsbetingende feil og det tap saksøkeren har lidt.

Saksøkeren viser for det første til at saksøkte har vektlagt oppfyllesestid uten at det var anledning til å vektlegge dette. Saksøkeren hadde det beste anbudet om det ses vekk fra oppfyllesestiden, og det fremgår av innstillingen fra Arki at dersom byggetiden var av mindre betydning, vil saksøkerens anbud være et aktuelt alternativ.

Saksøkeren anfører videre at rektors notat har hatt innvirkning da det i notatet trekkes fram forhold av stor praktisk betydning ved tidlig ferdigstillelse.

Videre anføres det at feil påslagsprosent som i beløp utgjør kr. 25.000, sannsynligvis har virket inn ved valg av anbyder. Riktig prisdifferanse mellom saksøkerens anbud og Åsen & Øvrelids anbud er kr. 38 000. Dette er tre ganger så mye som differansen på kr. 13 000 som saksøkte la til grunn. Med riktig påslag ville anbudene mest sannsynlig ikke blitt omtalt som økonomisk likeverdige.

Det anføres endelig at lovlig kunngjøring hadde tilrettelagt for å avverge valg av feil anbyder.

Sammenfatningsvis anfører saksøkeren at det er ført bevis for en rekke saksbehandlingsfeil som har ledet til at saksøkeren feilaktig ble forbigått i anbudskonkurransen. Dersom saksøkte ikke hadde begått disse feilene, ville saksøkeren med høy grad av sannsynlighet blitt tildelt oppdraget. Kravet til årsakssammenheng anføres dermed å være oppfylt.

Saksøkeren anfører videre at det er grunnlag for å kreve den positive kontraktsinteresse erstattet i denne saken. Det vises til at saksøkte har begått vesentlige feil og at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng, jf Nucleus-dommen.

Det anføres endelig at tapets størrelse synes klart. Saksøkeren har ved beregningen av tapet tatt utgangspunkt i at gjennomsnittlig fortjeneste på prosjekter i 2002 og 2003 var 21%. For å være trygg på ikke å kreve et for høyt beløp, har saksøkeren ved erstatningsberegningen lagt til grunn en fortjenestemargin på 15%.

For det tilfellet at retten kommer til at vilkårene for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen ikke er oppfylt, kreves subsidært den negative kontraktsinteressen erstattet.

Saksøkeren nedla slik endret påstand:

1. Prinsipalt:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS beløp oppad begrenset til kr. 426.167,- for dennes positive kontraktsinteresse, innen 14 dager fra domsavsigelse.

2. Subsidiært:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS kr 30.814,- for dennes negative kontraktsinteresse, innen 14 dager fra domsavsigelse.

3. I alle tilfelle:

Gaular kommune dømmes til å betale Harald Kapstad AS sakens omkostninger, innen 14 dager, med tillegg av lovens gjeldende rente fra dom til betaling skjer.

Saksøkte har sammenfatningsvis anført

Saksøkte anfører at det ikke er grunnlag for erstatningsansvar for kommunen i denne saken. Saksøkte anfører at anbudskonkurransen er gjennomført på en forsvarlig måte og at anbyderne er behandlet likt. Videre har kommunen ved tildelingen av kontrakten ikke vektlagt andre forhold enn de som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Saksøker erkjenner at manglende utlysing i DOFFIN utgjør en feil. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for saksøkerens deltagelse i anbudskonkurransen, og dermed heller ikke betydning for erstatningsspørsmålet.

Saksøkte erkjenner videre at det var feil å henvise til NS 3400. Det avgjørende er imidlertid om det anbudsgrunnlaget som ble brukt, er i samsvar med loven. Saksøktes oppfatning er at konkurransegrunnlaget som ble benyttet er i samsvar med lov om offentlig anskaffelser med tilhørende forskriftsverk. Dermed anføres heller ikke feil lovhenvvisning å ha hatt noen betydning.

Når det gjelder rektors notat, anføres det ikke å være holdepunkter for at notatet ble innhentet av kommunen til bruk i kommunens saksbehandling. Rektor ringte og engasjerte seg i saken. Notatet ble heller ikke avgjørende i valget av anbyder. Arki arkitekter har ikke vektlagt notatet i sin innstilling, og i kommunens innstilling tilbakevises opplysninger som framkommer i notatet.

Det er heller ikke grunnlag for kritikk mot økonomisjefens notat. Det er ikke holdepunkter for at notatet er feil, og utarbeidelsen av notatet måtte skje etter at anbudene var kommet inn.

Kommunen har ikke overholdt reglene for hvordan tildeling av oppdraget skal kunngjøres, men saksøkeren var i kontakt med kommunen, slik at heller ikke dette anføres å ha hatt betydning.

Saksøkte anfører at det ut fra ovennevnte ikke er noe som indikerer uforsvarlig saksbehandling fra kommunens side.

Saksøkte anfører videre at kommunen ved tildelingen ikke vektla andre forhold enn de som var omhandlet og beskrevet i konkurransegrunnlaget, og som deltakerne i anbudskonkurransen forstod eller burde forstått at ville bli vektlagt. Med hensyn til hvor tydelige krav det skal stilles til konkurransegrunnlag, følger det av lovens § 5 tredje ledd at oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsliktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Lovens norm utfylles i forskriften. Forskriftens § 17-2 nr. 2 gir i siste setning eksempler på konkurransekriterier. Bestemmelsene sier imidlertid ikke hvordan kriteriene skal utformes eller hvor i anbudet kriteriene skal stå. Det er videre ikke noen krav om at prioriteringen av kriteriene skal angis. Det er kun et krav om at kriteriene om mulig angis i prioritert rekkefølge.

Det anføres således at det ut fra loven og forskriften ikke kan trekkes klare regler for hvordan konkurransekriteriene skal angis. I EF-domstolens dom i saken SIAC Construction angis at tildelingskriteriene

skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte. I formuleringen normalt påpasselige ligger en viss aktivitetplikt med hensyn til hvordan konkurransegrunnlaget er å forstå.

Teksten i det foreliggende anbudsgrunnlaget må leses i sammenheng. Anbudsgrunnlagets punkt 02 og 06 utfyller hverandre, og begge punktene er en del av konkurransegrunnlaget. I punkt 06 er best anbud-prinsippet angitt. Dette viser til en helhetsvurdering, og tilsvarer det som ligger i begrepet det mest økonomisk fordelaktige tilbud. Best anbud-prinsippet er imidlertid noe uklart i seg selv, og må derfor utdypes med kriterier. Kriteriet pris omfatter ikke bare anbudssummen. Kriteriet pris gir innbyderen også anledning til å foreta en nærmere vurdering av hvordan anbudene økonomisk er bygd opp.

Når det gjelder begrepet "kapasitet", framgår det ikke av KOFAs avgjørelse hva de legger i dette begrepet. De tolker imidlertid ikke begrepet å omfatte leveringstid, og det er naturlig å tro at KOFA har tolket begrepet som evne til å utføre oppdraget – evne til å sette inn tilstrekkelig mannskap til å utføre oppdraget. Punkt 02 i anbudsgrunnlaget spør imidlertid ikke om disse forholdene. Der spørres det om anbyderen vil følge byggherrens timeplan eller egen tidsplan. Det som kan vektlegges etter punkt 06 korresponderer med de momentene som framgår av punkt 02. Det anføres videre å være feil å knytte begrepet kapasitet opp mot den tiden byggherren har satt, når anbyderen selv kan inngi alternativ byggetid.

I begrepet kapasitet anføres således å ligge mer enn evne til å gjennomføre enn et arbeid. I begrepet ligger også evnen til å gjennomføre et arbeid til en gitt tid, og begrepet knytter seg således direkte til et tidsmoment.

Saksøkte anfører videre at det ikke er troverdig at saksøkeren ikke skal ha forstått at anbudsgrunnlaget inneholdt tid som en konkurransefaktor. Saksøkte viser til at saksøkeren har lang erfaring, er en flink

forretningsmann, har brukt tilsvarende konkurransegrunnlag tidligere og at han reflekterte over at det var satt en så lang oppfyllelsetid.

Det anføres etter dette oppsummeringsvis at saksøkte hadde adgang til å vektlegge byggetid, og at saksøkeren forstod eller burde ha forstått at tid var et moment i konkurransegrunnlaget. Det anføres videre ikke å være holdepunkter for at tidsfaktoren har blitt tillagt for stor vekt. Dette begrunnes med at prisdifferansen mellom saksøkerens og Åsen&Øvrelids anbud er liten (1,3%).

For det tilfellet at saksøkte ikke skulle ha adgang til å vektlegge tidsmomentet, anføres det subsidiært at saksøkeren ikke hadde rettskrav på å få kontrakten med kommunen. Når prisforskjellen er lav, anføres det at kommunen må ha et visst rom for saklig skjønn. I den forbindelse anfører saksøkte at KOFAs avgjørelse i sak nr. 2003/145 er feil, og denne avgjørelsen er i strid med KOFAs avgjørelse i sak 2003/88 hvor mer skjønnsutøvelse ble godtatt.

I forhold til KOFAs avgjørelse i denne saken, anfører saksøkte at retten må ta selvstendig stilling til saken. Etter saksøktes oppfatning bygger KOFA - avgjørelsen på svakt faktum og en tynn begrunnelse. I gjengivelsen av faktum i avgjørelsen er det videre tatt ut et avsnitt fra kommunens møtebok som saksøkte mener er viktig.

Det anføres etter dette ikke å foreligge brudd på loven eller forskriften, og at det dermed heller ikke foreligger ansvarsgrunnlag.

Kommunen anfører videre at det ikke foreligger årsakssammenheng.

Ved erstatning for positiv kontraktsinteresse, gjelder et skjerpet beviskrav for årsakssammenheng, jfr. Nucleus-dommen. Ved erstatning for negativ kontraktsinteresse, gjelder det alminnelige beviskravet.

Prisforskjellen i saksøkerens anbud og Åsen & Øvrelids anbud er så lav, og vesentlig lavere enn i Nucleus-dommen, slik at dette anføres å utelukke årsakssammenheng.

Dersom retten kommer til at det foreligger erstatningsplikt for saksøkte, anfører saksøkte at det ikke er grunnlag for annet enn erstatning for den negative kontraktsinteressen. For å kunne kreve erstattet den positive kontraktsinteressen, må saksøkte begått vesentlige feil, jfr. Nucleus-dommen. Saksøkte bestrider å ha begått vesentlig feil, og viser til at dersom retten kommer til at begrepet kapasitet ikke omfatter tid, er begrepet i alle fall av en del i bransjen oppfattet å omfatte tid, og kommunen har oppfattet det på samme måte.

Når det gjelder utmålingen av saksøkerens negative kontraktsinteresse, er saksøkerens krav ikke godt nok dokumentert. Retten må foreta et skjønn, og beløpet må settes under kr 30 000.

For det tilfellet at retten kommer til at det er grunnlag for å utmåle erstatning for den positive kontraktsinteressen, anfører saksøkte at det ikke er grunnlag for å sette fortjenestetapet til 15% slik saksøkeren har gjort ut fra en gjennomsnittlig fortjeneste på prosjekter på 21%. Saksøkte anfører i den forbindelse for det første at det ikke ut fra rettspraksis er grunnlag for å kreve erstatning basert på et dekningsbidrag på 15%. For det andre forklarte saksøkeren at han hadde to prosjekt i slutfasen, og at han var avhengig av dette prosjektet for å unngå permitteringer. Saksøkeren forklarte også at han kuttet i riggposten for å få oppdraget. Saksøkte anfører således at det ikke er sannsynliggjort at saksøkeren ville hatt fortjeneste på dette prosjektet ut fra de spesielle omstendigheter der saksøkeren var opptatt av å hindre permitteringer.

Saksøkte nedla slik påstand:

1. Gaular kommune frifinnes.
2. Harald Kapstad AS dømmes til å betale sakens omkostninger med tillegg av forsinkelsesrente – for tiden 8,75 % - fra 14 dager etter forfall og frem til betaling skjer.

Rettens bemerkninger:

Spørsmålet om kommunen har begått saksbehandlingsfeil

Anbudskonkurransen i den foreliggende saken reguleres av lov om offentlig anskaffelser, jf lovens §§ 2 og 3. Det er videre med hjemmel i loven gitt forskrift om offentlig anskaffelser. Også forskriften kommer til anvendelse i denne saken, jf §§ 1-1 og 1-3. Kontrakten i denne saken ligger under terskelverdiene for bygge- og anleggsprosjekter, slik at det er forskriftens del III som kommer til anvendelse, jf forskriftens § 2-2.

Partene er for øvrig enige om disse rettslige utgangspunktene.

Det følger videre av lovens § 10 at:

"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."

Med dette som utgangspunkt drøfter retten om saksøkte i anbudskonkurransen har brutt lov om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt i medhold av loven.

I henhold til forskriftens § 13-1 pliktet saksøkte å kunngjøre anskaffelsen i Norsk Lysningsblads elektroniske database "DOFFIN". Saksøkte har ikke kunngjort anskaffelsen på denne måten, og saksøktes manglende kunngjøring i "DOFFIN"-basen innebærer således et brudd på forskriftens § 13-1. Dette er for øvrig erkjent fra saksøktes side. Saksøkeren ble imidlertid likevel kjent med anbudskonkurransen og deltok i denne. Det er også fra saksøkerens side erkjent at dette bruddet på forskriften ikke har fått konsekvenser for saksøkeren. Retten går derfor ikke nærmere inn på denne saksbehandlingsfeilen.

Det følger videre av forskriftens § 17-3 at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakten, skriftlig skal meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. I denne saken ble anbyderne meddelt at kommunen den 28. mai 2003 hadde inngått kontrakt med Åsen & Øvrelid ved brev fra Arki datert 2. juni samme år.

Saksøkeren fikk således først skriftlig meddelelse etter at kontrakten var inngått, noe som innebærer et brudd på forskriftens § 17-3.

Videre ble det ved evalueringen av saksøkerens anbud benyttet 4 % påslag for tiltransport av tekniske entrepriser. Riktig påslag er imidlertid 3 %. Dette medførte at påslaget beløpsmessig ble satt kr. 25.000 for høyt, og dermed også at saksøkerens anbudssummen etter evalueringen ble satt kr. 25.000 for høyt. Dette er for øvrig erkjent fra kommunens side. Retten kommer nærmere tilbake til betydningen av dette nedenfor.

I konkurransegrunnlaget er NS 3400 angitt å gjelde som generelle anbuds- og kontraktsvilkår med de supplement som følger av anbudsdokumentets punkt 06. Denne anbudskonkurransen reguleres imidlertid, slik det er redegjort for ovenfor, av lov og forskrift om offentlig anskaffelser. Det var således uriktig å angi NS 3400 som generelle anbuds- og kontraktsvilkår. Dette er for øvrig erkjent fra saksøktens side. Retten går imidlertid ikke nærmere inn på dette da det avgjørende i denne sammenheng anses å være om konkurransegrunnlaget er i samsvar med lov og forskrift om offentlig anskaffelser, og om det er anvendt i samsvar med disse reglene. Dette leder over til det som er ett av hovedspørsmålene i saken, nemlig om saksøkte i henhold til anbudsdokumentet kunne vektlegge oppfyllestid/byggetid ved valg av anbyder.

Det følger av forskriftens § 17-2 nr. 1 at tildelingen av anbud "skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen."

I anbudsdokumentets punkt 06 er det angitt at:

"Ved val av anbud vil byggherren legge vekt på så vel pris, forventet kvalitet, kompetanse og kapasitet (best anbud-prinsippet)."

Dette må da forstås slik at tildelingen skal skje på basis av hvilket tilbud som er "det mest økonomisk fordelaktige", jf forskriftens § 17-2 nr. 1.

Dersom oppdragsgiver velger å tildele kontrakten basert på en vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, følger det av forskriftens § 17-2 nr. 2 at *"dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."*

Oppdragsgiver plikter altså enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen å angi "alle kriterier" som vil bli lagt vekt på når oppdragsgiveren skal komme fram til det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det er videre ikke tillatt å vektlegge kriterier som ikke er oppgitt enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det kan i denne forbindelse vises til "Lov og forskrift om offentlig anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave" av Amdal/Roll-Matthiesen side 629. Retten viser også til Lasse Simonsen, "Prekontraktuelt ansvar" side 690 hvor det uttales at:

"Best-anbudprinsippet innenfor EØS-GPA-systemet kjennetegnes ved to forhold. For det første er målet for prosessen å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige anbudet. Her er det økonomiske eller foretningmessige aspektet ved vurderingen blitt særlig klart aksentuert. Dernest skal prosessen være kriteriestyrt. Bare tildelingskriterier som er tilkjennegitt på forhånd, kan trekkes inn i vurderingen av hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Dermed skiller tildelingsregelen seg i hovedsak fra det tradisjonelle best-anbudprinsippet ved at relevansgrensen er positivt avgrenset gjennom en tilkjennegivelse overfor anbyderne".

Det kan ut fra dette konstateres at henvisningen til best anbud – prinsippet i konkurransegrunnlagets 06 ikke i seg selv gir kommunen grunnlag for å vektlegge byggetid.

Neste spørsmål blir da om byggetid/oppfyllesestid er angitt som tildelingskriterium enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Det er ikke anført at dette er angitt i kunngjøringen, slik at det blir spørsmål om byggetid/oppfyllesestid er angitt som kriterium i konkurransegrunnlaget.

Det kan kort konstateres at oppfyllesestid eller byggetid ikke positivt er angitt som tildelingskriterium i konkurransegrunnlagets punkt 06. Derimot åpner punkt 02 i konkurransegrunnlaget for at anbyderen kan angi alternativ byggetid. I punkt 02 skal imidlertid anbyderen presentere det anbudet han inngir, mens det er punkt 06 som angir de kriterier byggherren vil legge vekt på valg av anbud. Det at punkt 02 åpner for at anbyderen kan angi alternativ byggetid, kan dermed ikke i seg selv være tilstrekkelig dersom byggetid ikke fremkommer som tildelingskriterium i punkt 06. Dette er også i samsvar med den oppfatning KOFA har lagt til grunn. Retten kommer nærmere tilbake til betydningen av KOFAs avgjørelse nedenfor. Også saksøkte har for retten tatt utgangspunkt i tildelingskriteriene i punkt 06, men fremholdt at disse må ses i sammenheng med punkt 02. Dette leder over til ett av hovedspørsmålene i saken, nemlig om kommunen på grunnlag av tildelingskriteriet "kapasitet" kunne vektlegge oppfyllesestid/byggetid ved valg av anbyder. Dette blir igjen et spørsmål om hvor klart konkurransekriteriene må formuleres.

Ved vurderingen av dette spørsmålet, viser retten for det første til de grunnleggende kravene som oppstilles i lovens § 5 tredje ledd hvoretter oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen. Retten viser videre til "Lov og forskrift om offentlig anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave" av Amdal/Roll-Matthiesen side 629 hvor det uttales at:

"Alle tildelingskriteriene skal oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Dette sikrer at hensynet til gjennomsiktighet ivaretas, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd. I lys av dette må det også legges til grunn at tildelingskriteriene må være entydige." Forfatterne viser

videre til EF-domstolens sak C-19/00 og avgjørelse fra KOFA i sak 2003/60.

KOFA uttaler i sak 2003-88 med henvisning til EF-domstolens sak C-19/00 at *"tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, jf. EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction)."* Samme rettsoppfatning kommer til uttrykk i KOFAs avgjørelse i sak 2003-60.

Retten tar etter dette utgangspunkt i denne rettslige norm som KOFA på grunnlag praksis fra EF-domstolen har lagt til grunn. Spørsmålet blir da om det var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriet "kapasitet" slik at byggetid/oppfyllesestid ville bli vektlagt av kommunen ved valg av anbyder.

Ut fra en naturlig språklig forståelse av begrepet "kapasitet" må begrepet i alle fall omfatte anbyderens yteevne. Her under er anbyderens bemanning av sentral betydning for anbyderens evne til å utføre et oppdrag. I forlengelsen av dette kan det nok argumenteres for at begrepet kapasitet også omfatter evnen til å utføre et gitt arbeid innen en gitt tid. Videre åpner konkurransegrunnlagets punkt 02 for at anbyderne enten kan velge å følge byggherrens oppsatte tidsplan eller tilby alternativ byggetid, og saksøkte har anført at det er sammenfall mellom byggetid i punkt 02 og begrepet kapasitet i punkt 06. Det er imidlertid i denne forbindelse sentralt å ha for øyet at tildelingskriteriene skal være entydige. Og etter rettens oppfatning er det ikke ut fra en språklig forståelse klart og entydig, heller ikke når punkt 02 og 06 sammenholdes, at begrepet kapasitet omfatter byggetid, enten i form av byggherrens tidsplan eller anbyderens alternative tidsplan.

Hensett til at vurderingstemaet er hvorvidt det var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, anser retten det videre å være et sentralt moment i

vurderingen hvordan anbyderne i den aktuelle anbudskonkurransen oppfattet kriteriet "kapasitet".

Harald Kapstad oppfattet ikke at det i anbudsdokumentet fremkommer at byggetid var et kriterium ved valg av anbyder. Han forklarte videre at han anså den byggetiden kommunen hadde angitt for å være romslig, men at han ut fra anbudsdokumentet ikke så noen oppfordring til å angi alternativ byggetid.

Begrepet "kapasitet" forstod Kapstad som bemanning på prosjektet; hvor mange mann entreprenøren kan stille med for å få prosjektet ferdig til oppstilt dato. Ut fra det Kapstad ellers forklarte forstår retten det slik at saksøkeren med "oppstilt dato" mente den datoen byggeren har angitt.

Det fremkom videre i Kapstads forklaring at heller ikke Oddbjørn Aase i Naustdal Bygg AS oppfattet byggetid å være et moment som kommunen ville vektlegge i denne anbudskonkurransen. Retten legger imidlertid ikke særlig selvstendig vekt på hvordan Aase i følge Kapstad skal ha oppfattet dette, da Aase var innkalt som vitne, men ikke ville møte.

Frode Loftheim var i 2003 ansatt i Eikeland Bygg AS og forestod anbudsurekningen på oppdraget for Eikeland Bygg. Loftheim forklarte at han ikke vurderte alternative ferdigstillellesdatoer. Han begrunnet dette med at det her var tale om et skolebygg og at ferdigstillelse til 15.12.03, og 01.04.04 var naturlig da dette ville medføre ferdigstillelse til henholdsvis jule- og påskeferie. Han begrunnet dette også med at det sjelden blir lagt så konkrete føringer med hensyn til byggetid som her.

Retten forstår videre hans forklaring slik at han ikke oppfattet begrepet kapasitet å omfatte ferdigstillellesetidspunkt, men at begrepet omfattet om entreprenøren hadde nok ressurser, herunder mannskap, til å gjennomføre oppdraget.

Retten oppfatter endelig hans forklaring slik at kommunen muligens hadde juridisk grunnlag for å vektlegge byggetid, jf anbudsdokumentets

punkt 02, men at dette ikke fremgikk klart og i tilfelle burde vært klargjort nærmere.

Egil Kristoffer Eikeland i Eikeland Bygg AS oppfattet begrepet kapasitet å gjelde hva entreprenøren har å sette inn av personell på prosjektet – mannskapssituasjon/produksjonskapasitet. Han knyttet videre begrepet til muligheten for å ferdigstille innen den dato som er satt av byggherren. Han oppfattet endelig begrepet å omfatte økonomisk kapasitet i form av evne til garantistillelse. Han oppfattet ikke at oppfyllelsestid var et moment etter dette anbudsdokumentet, og antok at anbyderen med lavest pris ville få oppdraget.

Leif Arne Åsen i Åsen&Øvrelid AS forklarte at han oppfattet alt omhandlet i anbudsdokumentets punkt 02 som konkurransekriterier, og han mente at punkt 02 og 06 i anbudsdokumentet måtte ses i sammenheng. Det fremkom videre i hans forklaring at byggherren må ta utgangspunkt i punkt 06 ved valg av anbyder, men at han mente det ikke var motsetning mellom innholdet i punkt 02 og 06.

I begrepet kapasitet la han evne til å utføre arbeidet innen de angitte tider. I dette anbudsdokumentet var det også mulighet for å angi alternativ tid, og han knyttet dette opp mot begrepet kapasitet. Entreprenøren kunne tilkjennegi kapasitet ved å tilby raskere ferdigstillelse av arbeidet. Kapasitet omfattet også anbyderens kompetanse og utstyr.

Retten merker seg endelig at Åsen også brukte formuleringer som at han ante og at han antok at byggherren ville se en fordel i tidligere ferdigstillelse.

Per Oddvar Kjelstad var ordfører i kommunen på denne tiden. Han hadde ikke avgjørelsesmyndighet i saken, og foretok kun en overfladisk gjennomgang av anbudene. Ut fra hans kjennskap til saken var han svært betenkt med hensyn til innstillingen fra til bygningsnemnda. En av de tingene som bekymret han var om vektleggingen av tidsmomentet var tilstrekkelig underbygd. Retten forstår det videre slik at han oppfattet

begrepet kapasitet å gjelde entreprenørens evne til å utføre arbeidet innen de fristene som er satt, og som i dette anbudsdokumentet var henholdsvis 15.12.03, og 01.04.04.

Sæmund Bjørset er daglig leder i Sæle AS. Det fremgår av anbudsdokumentets punkt 04 at Sæle AS var rådgivende ingeniør angående byggeteknikk, og Bjørset forklarte at Sæle AS prosjekterte ringmuren og fundamentet. Bjørset oppfattet begrepet kapasitet å gjelde entreprenørens ressursinnsats på et prosjekt, noe som har sitt motstykke i fremdriften på prosjektet. Økt ressursinnsats gir økt fremdrift og dermed kortere byggetid.

Hallvard Naustdal er daglig leder i Arki. Det fremkom i Naustdals forklaring at Arki har vært prosjekteringsleder for kommunen de siste fem årene. Naustdal mente at begrepet kapasitet for det første omfattet om et firma er stort nok til å ta på seg oppdraget, og for det andre hvor lang tid det trenger på å utføre oppdraget. Han mente således at byggetid utgjør en naturlig del av kapasitetsbegrepet, og at det var samsvar mellom punkt 02 og 06.

Trond Hegrestad er avdelingsingeniør i Gaular kommune og var kommunens saksbehandler i denne saken. Han mente at anbudsdokumentets punkt 02 listet opp kriteriene, og at begrepet kapasitet i punkt 06 må ses i sammenheng med byggetid/framdrift i punkt 02.

Bevisførselen viser etter rettens oppfatning at vitnene har ulike, og til dels, uklare oppfatninger av hva som ligger i begrepet kapasitet. Uten at det har betydning for rettens resultat, tilføyes det at siden vurderingstemaet er om det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte, må det tillegges større vekt hvordan anbyderne oppfattet kriteriet kapasitet, enn hvordan oppdragsgivers (kommunens) representanter og rådgivere oppfattet begrepet.

Det er fra kommunens side anført at det ikke er troverdig at saksøkeren ikke forstod at tidsmomentet var et konkurransekriterium etter anbudsgrunnlaget, og har herunder vist til at han har lang erfaring og har brukt tilsvarende anbudsgrunnlag tidligere hvor tidsmomentet ble vektlagt. Angående sistnevnte sikter kommunen til at det ble foretatt utvidelse og ombygging på Sande skole også i 2001.

I anbudsdokumentet for den entreprisen kunne anbyderne krysse av for byggetid " i samsvar med terminplana" eller " i samsvar med anbudsbrev". Den gangen tilbød alle anbyderne ferdigstillelse i samsvar med kommunens terminplan. I Arkis innstillingen til kommunen fremgår det så at anbyderne var likeverdige med hensyn til byggetid og prisregulering, og Arki anbefalte byggherren å inngå kontraktsforhandlinger med Åsen&Øvrelid som hadde det lavest anbudet. Her kommer det følgelig frem at Arki har tatt byggetid med i vurderingen ved sin innstilling til kommunen. Det sentrale i forhold til saksøktens anførsel må imidlertid være at det ikke fremkommer noe om at anbyderne ble gjort kjent med dette.

Retten viser videre til at Eikeland Bygg deltok i anbudskonkurransen i 2001. Dermed har også Eikeland Bygg brukt det lignende anbudsdokument tidligere. Egil Eikeland og Frode Loftheim fra Eikeland Bygg sine forklaringer i retten støttet imidlertid saksøkerens oppfatning om at byggetid ikke var et moment som kunne vektlegges ved valg av anbyder. Dette taler mot at det ikke er troverdig at Kapstad ikke forstod at byggetid var et moment i anbudskonkurransen 2003.

Retten finner etter dette at det ikke kan legges til grunn at saksøkeren forstod, eller burde ha forstått, at byggetid var et kriterium ved valg av anbyder.

Retten legger derimot vekt på at, så vidt retten kan se, har heller ikke kommunen opprinnelig knyttet vektleggingen av byggetid til konkurransekriteriet "kapasitet". Retten viser for det første til det som uttales i innstillingen fra teknisk sjef til byggenemda:

"Anbudsdokumentet åpner for alternativ ferdigstilling av byggearbeida og ferdigstillingsdato er eit konkurransemoment som vert å vurdere i samband med "best-anbod"-prinsippet. Dette er det åpna for i anbudsdokumentet, jfr. pkt. 0.2 Byggetid/framdrift og pkt. 0.6 Anbudsvilkår. Ein syner elles til Lov og forskrifter om offentlige anskaffelser § 10-2, der det heiter at ein har rett til å velge det anbud som for kommunen vil vere det økonomisk beste anbudet".

Til dette bemerkes for det første at det i denne saken er forskriftens del III og ikke del II som kommer til anvendelse. Riktig lovhenvisning er således § 17-2, og ikke den tilsvarende bestemmelsen i § 10-2. For det andre kan ikke retten ut fra begrunnelsen i innstillingen se at vektleggingen av byggetid forankres i noen av tildelingskriteriene punkt 06, heller ikke kriteriet kapasitet. Det ser derimot ut til at vektlegging av byggetid begrunnes i muligheten for å angi alternativ byggetid i punkt 02, sammenholdt med bestanbud-prinsippet/det økonomisk mest fordelaktige anbud.

Dette underbygges av kommunes svarbrev til KOFA datert 27.06.03 hvor det fremgår at *"kriteria for val av anbud er spesifisert i anbudsdokumenta, jfr. side 02 og 03. Alternativ byggetid er eitt heilt klart konkurransekriterie i samband med "best-anbod"-prinsippet. Det er ikkje forutsett noko særskilt byggetid, alternativ byggetid er presisert, jfr. pkt. 02 i anbudsdokumentet."*

Det vises her til at kriteriene for valg av anbud er spesifisert på side 2 og 3 i anbudsdokumentet. Det er punkt 02 som står på side 2 og 3 i anbudsdokumentet, mens tildelingskriteriene i punkt 06 står på side 7 i anbudsdokumentet. Kommunen anses følgelig ikke å ha vist til tildelingskriteriene i punkt 06 i tilsvaret til KOFA.

Retten viser endelig til kommunens avslag på saksøkerens erstatningskrav i brev av 05.11.03:

"Anbudsdocumenta er basert på NS 3400 og utforming av kriterier etter "best-anbod"-prinsippet er presentert på tradisjonell måte i samsvar med praksis i bransjen.

Anbudet (jfr. kap. 02) danner grunnlaget for val av entreprenør og disse punkta må følgeleg danne grunnlag for val av entreprenør. Dette er anbudspris, prisregulering, byggetid/framdrift, tiltransport tekniske entrepriser, regningsarbeid og underentreprenører og deretter underskrift. I tillegg er det særskilt prestert i kap. 06 at som generelle anbuds vilkår gjeld NS 3400 med supplement om "best tilbud" - prinsippet som pris, kompetanse, forventet kvalitet og kapasitet.

Gaular kommune har tildelt oppdraget ut frå ei totalvurdering og har etter denne samla vurderinga valgt det beste og billigaste anbudet."

Heller ikke dette anses å gi holdepunkter for at vektleggingen av byggetid ble forankret i kriteriet kapasitet i punkt 06.

Retten går da over til KOFAs avgjørelse i denne saken. Retten skal foreta en selvstendig vurdering og er ikke bundet av KOFAs avgjørelse. Retten finner imidlertid at det er grunnlag for å legge en viss vekt på at KOFA har konkludert med at det ikke var tillatt å vektlegge byggetid ved valg av anbyder, og viser i den forbindelse særlig til at klagenemndas medlemmer har særskilt kompetanse på området.

Saksøkte har imidlertid anført at det i KOFAs gjengivelse av sakens bakgrunn er utelatt ett avsnitt fra bygningssjefens innstilling til byggenemnda som etter saksøktes oppfatning er sentralt. Det er følgende avsnitt som er utelatt:

"Konkret vert det nemnd i skrivet at skulen budsjetterte med ei inntekt på kr. 5.000,- pr. mnd i reumatikerbadning. I skrivet frå skulen vert det vidare nemnd at dette vil gje ei inntekt på kr.15.000,- dersom skulen står ferdig til 15.12.2003.

Svømmeanlegget skal imidlertid stå klar til 15. desember 2003, slik at dette ikkje skal ha noko innverknad på inntektene til kommunen."

Det som her tilbakevises er at ferdigstillelse av hele skolen til 15. desember 2003 vil gi økte inntekter fra reumatikerbading. Grunnen til dette er at alle anbyderne tilbød ferdigstillelse av *svømmeanlegget* til 15. desember 2003.

Retten kan dermed ikke se at utelatelse av dette avsnittet kan ha hatt innvirkning på KOFAs vurdering av om kommunen i henhold til konkurransegrunnlaget kunne legge vekt på byggetid ved valg av anbyder.

Oppsummeringsvis viser retten til at saksøkeren og noen vitner har knyttet begrepet kapasitet til byggherrens byggetid, mens andre mener kriteriet også omfatter alternativ byggetid. Det er først dersom kapasitet også omfatter alternativ byggetid at dette blir et konkurransemoment, da det er alternativ byggetid som kan skille anbyderne. Parts- og vitneforklaringene taler imidlertid for at det ikke klart og entydig fremgår av begrepet kapasitet at byggetid ville være et konkurransemoment.

Dette støttes av er det ikke ut fra en språklig forståelse av begrepet kapasitet er klart at kommunen ville vektlegge byggetid ved valg av anbyder. I samme retning taler KOFAs avgjørelse, og det forhold at kommunen opprinnelig ikke begrunnet vektleggingen av kortere byggetid i kriteriet kapasitet.

På grunnlag av dette er retten kommet til at det ikke var mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige anbydere å tolke kriteriet kapasitet slik at byggetid ville bli vektlagt som et konkurransemoment ved valg av anbyder. Kommunen hadde dermed ikke anledning til å vektlegge byggetid ved valg av anbyder.

Konklusjonen blir etter dette at kommunen har brutt forskriftens § 17-2 ved å vektlegge et konkurransekriterium ved valg av anbyder som ikke var klart angitt i konkurransegrunnlaget på forhånd.

For det tilfellet at kommunen ikke skulle ha adgang til å vektlegge tidsmomentet, har kommunen subsidiært anført at saksøkeren ikke

hadde rettskrav på å få tildelt kontrakten med kommunen. Kommunen viser til at i denne saken er prisdifferansen kun på 1,3 %, og det anføres da at ved marginale prisdifferanser må kommunen ha et visst rom for saklig skjønn med hensyn til hvilket tilbud som skal velges. Kommunen har særlig vist til at det må kunne legges vekt på den totale økonomien i prosjektet herunder forventede tillegg og endringer, og hvordan disse vil kunne slå ut overfor den enkelte anbyder.

Retten legger imidlertid til grunn at det ikke er en betingelse for erstatning for den positive kontraktsinteressen at anbyderen hadde et rettskrav på å få kontrakten. Retten viser i den forbindelse til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, 2. utgave side 67-68 hvor det uttales at:

"Frem til Høyesteretts avklaring i Nucleus-dommen har det vært hevdet at en tilbyder bare hadde rett til å få erstattet den positive kontraktsinteresse dersom han hadde rettskrav på å få kontrakten. Det klassiske eksempelet var de tilfeller hvor tildelingen av kontrakten utelukkende skulle baseres på laveste pris, og hvor den forbigåtte tilbyder hadde laveste pris, men likevel ikke fikk kontrakten. Det er nå avklart at kravet til årsakssammenheng ikke lenger baseres på rettskravsbetraktninger. I Nucleus-dommen er det fastslått at det er tilstrekkelig at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at den aktuelle kontrakten skulle gått til saksøker."

Spørsmålet om det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng kommer retten tilbake til nedenfor.

Saksøkeren anfører endelig som saksbehandlingsfeil, at det følger av forskriftens § 16-1 tolket antitetisk, at det ikke er tillatt å innhente opplysninger som kun styrker en anbyder på bekostning av de øvrige uten at de har mulighet for å komme med innsigelser. Rektors notat anføres ut fra dette å være et brudd på prinsippet om likebehandling, og økonomisjefens notat anføres å være i faresonen. Saksøkeren har imidlertid også anført at det ikke var anledning til å vektlegge besparelser ved kortere byggetid da dette ikke var angitt på forhånd. Det er for

resultatet tilstrekkelig for retten å ta stilling til den siste av disse anførselene.

Retten har ovenfor kommet til at anbudsdokumentet ikke gav grunnlag for å vektlegge byggetid ved valg av anbyder. Det var heller ikke angitt i anbudsdokumentet at kommunen ville vektlegge eventuelle besparelser som følge av kortere byggetid. Dette må da medføre at kommunen heller ikke kunne vektlegge besparelser som følge av kortere byggetid ved valg av anbyder. Dette er for øvrig i samsvar med KOFAs vurdering.

Konklusjonen blir etter dette at det foreligger flere brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Spørsmålet om saksbehandlingsfeilene er vesentlige

Det er videre et vilkår for erstatning for den positive kontraktsinteressen at det er vesentlige brudd på regelverket. Høyesterett uttaler i Rt. 2001 side 1062 (Nucleus-dommen) at *"det må være et visst rom for feil ved vurdering av anbud, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståinga av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må være vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på fellen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last"*.

Retten legger videre til grunn at flere feil samlet kan anses som vesentlige, jf. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, side 65 med videre henvisning til praksis fra KOFA.

Kommunen har anført at dersom retten kommer til at det ikke var anledning til å vektlegge byggetid, har i alle fall en del i bransjen samt kommunen oppfattet det slik at begrepet kapasitet omfatter tidsmomentet. Det blir dermed anført ikke å foreligge vesentlige feil.

Retten bemerker til dette at spørsmålet om det var adgang til å vektlegge byggetid ved valg av anbyder, ikke kan anses begrenset til et spørsmål

om ulik forståelse av konkurransekriteriet kapasitet. Kommunenes svarbrev til KOFA i forbindelse med klagesaken og øvrige skriv fra kommunen slik som redegjort for ovenfor, gir klart inntrykk av at byggetid ble vektlagt på grunnlag av at anbudsdokumentets punkt 02 åpner for å tilby alternativ byggetid, sammenholdt med best-anbudprinsippet i punkt 06. Det fremkommer derimot ikke at vektleggingen av byggetid ble forankret i noen av *tildelingskriteriene* i punkt 06, heller ikke tildelingskriteriet kapasitet. Etter rettens vurdering har dermed kommunen brutt et grunnleggende prinsipp ved å vektlegge byggetid uten grunnlag i de på forhånd angitte tildelingskriteriene i punkt 06.

Ved den helhetsvurderingen som skal foretas, legger retten videre vekt på at kommunen har begått så vidt mange saksbehandlingsfeil, noe som også trekker i retning av at det samlet er tale om vesentlige feil.

I Nucleus-dommen er endelig den utviste skyld særskilt angitt som et moment ved vurderingen av om det er vesentlige feil. Manglende skyld kan helst tenktes dersom kommunen har vært i unnskyldelig uvitenhet eller villfarelse med hensyn til vanskelige faktiske omstendigheter eller vanskelige tolkinger av regelverket. Etter rettens vurdering er det ikke tilfellet i denne saken. Retten viser i denne forbindelse for det første til at kommunen ikke har grepet feil med hensyn til vanskelige faktiske spørsmål. Når det så gjelder kommunens forståelse og anvendelse av regelverket, legger retten til grunn at alle kommuner fikk tilsendt en veileder i 2001. Det videre av betydning i vurderingen at det er med hensyn til sentrale prinsipp kommunen har grepet feil, og at det er tale om flere feil. Retten viser også til at saksøkeren før anbyder ble valgt, gjorde kommunen uttrykkelig oppmerksom på at det var uriktig fortsatt å anvende NS 3400, og at byggetid måtte angis på forhånd som konkurransekriterium for å kunne vektlegges. På denne bakgrunn er det rettens oppfatning at kommunen kan bebreides for saksbehandlingsfeilene.

Oppsummeringsvis finner retten at kommunen har begått flere saksbehandlingsfeil, at en saksbehandlingsfeil innebærer brudd på

grunnleggende prinsipp og at kommunen kan bebreides for feilene. Etter en samlet vurdering av disse momentene finner retten da at det er tale om vesentlige feil.

Årsakssammenheng

Retten legger til grunn at det for erstatning for den positive kontraktsinteressen kreves at det foreligger kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren uten saksbehandlingsfeilene ville fått oppdraget, jf RT. 2001 side 1062 (Nucleus-dommen), og for øvrig RG. 2002 side 1132.

Retten viser videre til at det ved tildeling basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud vil *"vurderingen ... da måtte ta utgangspunkt i de tildelingskriterier som er fastsatt for den aktuelle konkurranse.*

Oppdragsgiver har imidlertid et relativt fritt spillerom for sitt skjønn med hensyn til hva som er det økonomisk mest fordelaktig. Det er derfor i utgangspunktet ikke tilstrekkelig å vise til feil knyttet til anvendelsen av ett av de oppstilte tildelingskriterier, dersom den helhetsvurdering som oppdragsgiver har rett til å gjøre likevel ville munnet ut i det samme resultat, selv om man så bort fra feilen...", jf. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2. utgave, side 68.

Saksøkte har anført at ved lav prisforskjell må kommunen ha anledning til å foreta en saklig skjønnsmessig vurdering med hensyn til hvilket anbud som skal velges, hvor det er tillatt å vektlegge forventet tillegg, samt oppbyggingen av anbudet, og hvordan dette vil slå ut overfor den enkelte anbyder. Kommunen anfører ikke å ha foretatt en slik nærmere vurdering av disse momentene, men at det var noe de kunne ha gjort. Det er i tilknytning til dette også vist til at kommunen hadde lagt inn en prisreserve for uforutsette forhold på 10 % av byggekostnadene, hvilket i ettertid viste seg å være riktig.

Det er omtvistet mellom partene om kommunen hadde adgang til å legge vekt på ulike timepriser for tilleggsarbeid i henhold til konkurransegrunnlaget. Retten finner det imidlertid ikke nødvendig for resultatet å gå nærmere inn på dette, men viser til at det fremgår i innstillingen fra Arki at:

"når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent."

Retten kan ikke forstå dette på annen måte enn at betydningen av ulike priser for regningsarbeid faktisk er vurdert, men funnet å være av marginal betydning, slik at dette momentet ikke ble vektlagt i favør noen av anbyderne.

Retten tilføyer at Arki i innstillingen bruker betegnelsen regningsarbeid. Retten forstår det imidlertid slik at dette refererer seg til tilleggssarbeid. Dette støttes av at "Rekningsarbeid" også var ett av punktene i anbudsdokumentet i 2001, og Arkis innstillingen fra 2001 forstås slik at punktet regningsarbeid i den innstillingen uttrykkelig omtales som tilleggssarbeid.

Med hensyn til det som er anført om oppbyggingen av anbudet, bemerker retten at den ikke kan se at det er holdepunkter for at en nærmere vurdering av kostnadsfordelingen på de underliggende postene "rigg/drift", "grunnarbeid" med videre ville hatt innvirkning på kommunens vurdering.

Retten finner således at disse forholdene ikke skaper tvil med hensyn til spørsmålet om årsakssammenheng.

Ved den videre vurderingen av spørsmålet om årsakssammenheng tar retten utgangspunkt i de innstillingene som ble gitt.

Innstillingen fra Arki v/ Hallvard Naustdal til kommunen datert 11.04.03 er gjengitt under rettens fremstilling av sakens bakgrunn. For sammenhengens del gjengis imidlertid følgende fra innstillingen også her:

Dei ulike tilbydarane har i tillegg til sjølve tilbodssummen ulike krav med omsyn til prisregulering og andre økonomiske faktorar t.d. påslag for administrasjon av sideentreprenørane.

Alle tilbydarane, med unntak av O.Drage AS har som føresetnad at tilbodet skal indeksregulerast. O.Drage AS tilbyr fast pris utan indeksregulering.

Alle tilbydarane med unntak av Åsen & Øvrelid AS har basert sine tilbod på byggherrens terminplan – dvs. ferdigstilling 01.04.04.

Åsen & Øvrelid AS tilbyr heile prosjektet ferdig til 15.12.03, dvs. vesentleg kortare byggetid enn dei øvrige.

Kortare byggetid vil gje reduksjon i indekstillegget og i tillegg vil kapitalkostnaden i byggeperioden bli redusert samanlikna med ei lengre byggetid.

For samanlikning mellom tilboda vil tilbodet frå Åsen & Øvrelid AS få ein priskorreksjon for indeksregulering som er tilsvarende lågare enn for det øvrige tilbod som skal indeksregulerast. Effekt av mindre kapitalkostnad er då ikkje inkludert.

Andre forhold som inngår i vurderinga er utslaget av ulik påslagsprosent for administrasjon. Når det gjeld ulike prisar for evt. rekningsarbeid vil det berre verte marginale utslag då omfang av rekningsarbeid er relativt beskjedent.

Ut i frå kriteria opplista ovanfor er tilboda frå Kapstad AS, Åsen & Øvrelid AS og O. Drage AS økonomisk sett relativt likeverdige, jfr. evalueringsskjema.”

Retten vil knytte to bemerkninger til dette. For det første har Arki ved sammenlikningen av anbudene vektlagt at Åsen&Øvrelid får en priskorreksjon for indeksregulering som er lavere enn for de andre anbyderne. Av evalueringsskjemaet fremgår det at Åsen&Øvrelids tilbud er indeksregulert med kr 36.000, mens saksøkers tilbud er regulert med kr 58.000. Grunnen til at Åsen&Øvrelid fikk et lavere indekstillegg var at de hadde tilbudt kortere byggetid. Dette er dermed en besparelse som har direkte sammenheng med kortere byggetid. Ut fra det retten har kommet til foran, var det imidlertid ikke adgang til å vektlegge økonomiske besparelser som følge av kortere byggetid.

For det andre er ulik påslagsprosent for administrasjon av sideentrepriser vektlagt. Kostnadene med administrasjon av sideentreprisene ble imidlertid satt kr. 25.000 for høyt for saksøkers vedkommende som følge av at det ble lagt til grunn for høy påslagsprosent.

Videre hitsettes konklusjonen fra Arkis innstilling:

Dersom fordelene for skuledrifta med kort byggetid i kombinasjon med redusert kapitalkostnad i byggeperioden vert vurdert å vere vesentleg bør kommunen vurdere å tildele kontrakta til Åsen& Øvrelid AS.

Dersom kort byggetid er av mindre betydning kan tilbødet frå Kapstad AS vere eit aktuelt alternativ."

Det er her to momenter i konklusjonen som trekkes frem i favør Åsen&Øvrelid. Det er for det første fordelene for skoledriften med kortere byggetid, og for det andre redusert kapitalkostnad. Begge disse momentene knytter seg imidlertid til fordeler med kortere byggetid, og var dermed momenter som kommunen ut fra konkurransegrunnlaget ikke hadde anledning til å vektlegge.

Det fremkom i Hallvard Naustdals vitneforklaring at han gav en delt innstilling fordi det var kommunen som hadde de beste forutsetningene for å vurdere betydningen av kortere byggetid ved skolen. Han forklarte videre at saksøkerens anbud var det beste dersom man så bort fra byggetiden.

Etter dette ga teknisk sjef innstilling til byggenemnda. På grunnlag av en totalvurdering innstilte teknisk sjef på at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen & Øvrelid. Saksutredningen er gjengitt under rettens fremstilling av sakens bakgrunn.

Momentene som trekkes frem i innstillingen fra teknisk sjef er at kortere byggetid vil gi reduksjon i indekstillegget, at oppstilling fra økonomisjefen viser at kommunen vil kunne spare kr. 85.333 i kapitalkostnader ved

kortere byggetid, samt at byggeleders honorar kan reduseres med kr. 20.000 ved kortere byggetid. Det vises videre i innstillingen til at rektor ser svært positivt på tidligere ferdigstillelse. En av fordelene som rektor har pekt på, økte inntekter fra reumatikerbading, blir imidlertid tilbakevist i innstillingen.

Det følger av dette at de momenter som fremheves i innstillingen gjelder fordeler med kortere byggetid, og dermed var momenter som ikke kunne vektlegges.

Retten viser endelig til møtet i byggenemda. Byggenemda vedtok med to mot en stemme at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med Åsen&Øvrelid. Mindretallet, Magne Vivelid, stemte for at kommunen skulle inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren. Vivelid forklarte i retten at han mente kommunen burde inngå kontraktsforhandlinger med saksøkeren da han hadde lavest anbudssum.

Det fremkom videre i Vivelids forklaring at det sentrale tema for drøftelser i byggenemda var om laveste anbud eller byggetid skulle tillegges størst vekt. Han forklarte også at han ville blitt overrasket om nemda ikke hadde valgt det laveste anbudet dersom en tenker seg tidsmomentet borte.

Retten legger ut fra ovennevnte til grunn at valget av anbyder stod mellom Åsen&Øvrelid og Kapstad, og at de momentene som ble vektlagt til fordel for Åsen&Øvrelid knyttet seg til kortere byggetid, og følgelig var momenter som ikke var tillatt å vektlegge.

Med hensyn til forskjell i anbudssum, bemerker retten at de *evaluerte* anbudssummene viser en prisdifferanse på ca kr. 13.000 i favør saksøkeren. Det må imidlertid her for det første korrigeres for feil påslagsprosent som utgjør kr. 25.000. I tillegg inngår ulik indeksregulering som følge av ulik byggetid i de evaluerte anbudssummene. Etter rettens oppfatning må det derfor være riktig å basere sammenligningen av anbudssummene til Åsen&Øvrelid og saksøkeren med grunnlag i de *kontrollrekna* anbudssummene. De

kontrollrekna anbudssummene viser at saksøkerens anbud var kr. 60.118 lavere enn Åsen&Øvrelids anbud.

Retten viser videre til at sideentreprisene i samme byggemøte ble tildelt laveste anbyder. Endelig viser retten til at ved den forrige utbyggingen på Sande skole i 2001, tilbød alle anbyderne på den bygningsmessige hovedentreprisen ferdigstillelse i samsvar med byggherrens terminplan. Åsen&Øvrelid hadde da lavest anbudssum, og kommunen inngikk kontrakt med Åsen&Øvrelid. Anbudssummen til Åsen&Øvrelid var ca. kr. 35.000 lavere enn nest billigste anbyder.

På grunnlag av ovennevnte momenter, finner retten at det uten saksbehandlingsfeilene er klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget ville gått til saksøkeren. Kravet til årsakssammenheng er dermed oppfylt. Retten går da over til å drøfte utmålingen av den positive kontraktsinteressen.

Erstatningsutmålingen

Utgangspunktet for erstatningsutmålingen for den positive kontraktsinteressen er at saksøkeren skal stilles i samme økonomiske situasjon som om saksøkeren var blitt tildelt oppdraget.

Saksøkeren har krevd erstatning oppad begrenset til kr. 426.167. Kravet er basert på at fortjenesten på prosjekt som saksøkeren utførte i 2002 og 2003, i gjennomsnitt var 21 %. Saksøkeren har videre angitt en forventet fortjeneste på 15-20 % for dette oppdraget, og ut fra det lagt til grunn 15 % fortjeneste ved beregningen av erstatningskravet.

Saksøkeren har så på grunnlag av dette beregnet 15 % erstatning av kontrollrekna anbudssum på kr 2.383.117 og 15 % erstatning av indekstillegget på kr. 58.000. Videre har saksøkeren lagt til grunn en nettofortjeneste på kr. 60.000 for administrasjon av sideentrepriser. Retten kan ikke se at saksøkte har hatt innsigelser til sistnevnte post, og denne legges til grunn.

Retten drøfter så kravet om erstatning på 15 % av indekstillegget på kr. 58.000. Saksøkte har her anført at saksøkeren før anbudstildelingen gjorde gjeldende at byggekostnadene sannsynligvis ville falle framover, og har på det grunnlag anført at saksøkeren ikke kan kreve erstatning for indekstillegg. Retten legger imidlertid ut fra byggeregnskapet til grunn at det var prisstigning i byggeperioden.

Saksøkeren har endelig krevd 15 % erstatning av den kontrollrekna anbudssummen på kr. 2.383.117. Saksøkte har ikke hatt innsigelser mot at det tas utgangspunkt i den kontrollrekna anbudssummen, og retten legger dette til grunn.

Spørsmålet som da gjenstår å ta stilling til for retten, er hvor høy fortjenestemargin saksøkeren mest sannsynlig ville hatt på oppdraget.

Saksøkte har angående fortjenestemarginen for det første anført at det ikke er grunnlag i rettspraksis for å legge 15 % fortjeneste til grunn. Til dette bemerkes imidlertid at utmålingen må foretas konkret i den enkelte sak, og retten kan ikke at rettspraksis er til *hinder* for at fortjenestetapet kan settes til 15 %. Det kan i denne forbindelse også vises til Borgarting lagmannsretts dom inntatt i RG. 2002 side 1132. Der utgjorde erstatningskravet 20 % av anbudssummen. Kravets størrelse var ikke bestridt og ble lagt til grunn av lagmannsretten.

Som det fremgår av ovennevnte, har saksøkeren lagt til grunn 15 % fortjeneste ut fra en sammenligning med fortjenesten på tidligere prosjekt. Det er imidlertid fortjenesten på dette konkrete prosjektet som er avgjørende for erstatningsutmålingen. Det betyr at erstatningsutmålingen ikke uten videre kan baseres på en sammenligning av fortjenesten saksøkeren har hatt på andre prosjekt.

Retten legger etter bevisførselen til grunn at saksøkeren så det som meget viktig å få dette oppdraget. Dette skyldes at saksøkeren da anbudet ble gitt kun hadde ett oppdrag som entreprenør på Felleskjøpets nye anlegg i Førde som skulle ferdigstilles 01.09. 2003, og at firmaet ikke hadde nye kontrakter etter dette.

Retten legger videre til grunn at det var viktig å få oppdraget for å unngå permitteringer. Som følge av at saksøkeren ikke fikk oppdraget, måtte tre ansatte permitteres. Det fremgår videre i brev fra saksøkeren til kommunen datert 19.09.03 at permitteringene var alvorlig på grunn av at dette var nøkkelpersonell i bedriften, og at det kunne være fare for at saksøkeren mistet de til andre bedrifter. Retten viser endelig til at Trond Hegrestad forklarte i retten at Harald Kapstad hadde sagt at det ikke var fortjeneste på oppdraget, men at det skulle sikre arbeidsplasser.

Saksøkte har således anført at saksøkeren ikke har sannsynliggjort at han ville hatt fortjeneste på dette prosjektet. Retten finner at hensynet til å sikre arbeidsplassene gjorde at saksøkeren mest sannsynlig la inn et anbud på prosjektet som ville gitt lavere fortjeneste enn det fortjenesten har vært på de tidligere prosjektene som saksøkeren har vist til. På den annen side er det rettens vurdering at det ut fra en sammenligning av saksøkerens anbud med Åsen&Øvrelids anbud og O. Drages anbud er mest sannsynlig at saksøkeren ville hatt fortjeneste på oppdraget. Dersom saksøkeren ikke ville hatt fortjeneste på oppdraget, betyr det at både Åsen&Øvrelid og O. Drage har inngitt anbud som ville gitt liten fortjeneste, noe retten anser å ha formodningen mot seg.

Retten må etter dette fastsette saksøkerens fortjenestetap skjønnsmessig. Det er en konkret vurdering som er avgjørende, likevel slik at retten kan søke *veiledning* med hensyn til erstatningsnivået i rettspraksis. I rettspraksis er fortjenestetapet ofte blitt satt til 10 % av kontraktssummen, jf Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, side 904. I Rt. 1994 side 1222 var det fremmet et erstatningskrav på kr. 1.300.000, som tilsvarte ca. 10 % av anbudssummen. Høyesterett fastsatte erstatningen skjønnsmessig til kr. 1.200.000, altså noe i underkant av 10 % av anbudssummen. I Nucleus-dommen ble det lagt til grunn 7 % fortjeneste.

På grunnlag av ovennevnte momenter, setter retten etter en samlet skjønnsmessig vurdering fortjenestetapet beregnet ut fra kontrollrekna anbudssum og indekstillegg til kr 200.000, som utgjør vel 8 % av

kontrollrekna anbudssum på kr. 2.383.117 og vel 8 % av indekstillegget på kr. 58.000. I tillegg kommer kr 60.000 fortjeneste på administrasjon av sideentrepriser. Fortjenestetapet settes etter dette til i alt kr. 260.000.

Saksomkostninger

Det følger av tvistemålsloven § 172 første ledd at taper den ene parten saken fullstendig, skal denne pålegges å betale motpartens saksomkostninger. Saksøkeren har krevd erstatning for et beløp oppad begrenset til kr. 426.167. Saksøkeren tilkjennes et lavere beløp, men dette beror på ulik skjønnsmessig vurdering av fortjenestetapet. Saksøkte anses da å ha tapt saken fullstendig.

Retten har vurdert unntaksregelen i § 172 andre ledd, men finner at unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse i saken. Saksøkte pålegges således å erstatte saksøkerens omkostninger i henhold til hovedregelen i § 172 første ledd.

Advokatfullmektig Bjarte Buanes har fremlagt omkostningsoppgave datert 08.06.2004 på i alt kr. 136.625, herav salær til prosessfullmektig på kr. 101.000, merverdiavgift på salær kr. 24.240, utgifter til vitner på kr. 7.685, og rettsgebyr for stevningen med kr. 3.700.

Retten legger til grunn at saksøkeren er momspiktig, slik at retten fastsetter saksomkostninger uten merverdiavgift. Saksomkostningene utgjør da i alt kr. 112.385.

Retten finner at omkostningene har vært nødvendige for å få saken tilstrekkelig opplyst, jf tvistemålsloven § 176 første ledd. Saksøktes prosessfullmektig har heller ikke hatt bemerkninger til omkostningsoppgaven.