



OSLO TINGRETT

SAKSNR.	04-034974
DOMM.	27
DOMMER.	

DOM

Avsagt: 04.02.2005
Saksnr.: 04-034974TVI-OTIR/09
Dommer: Tingrettsdommer Hugo Abelseth
Saken gjelder: Krav om erstatning

Sverre Myhrvolds Eftf. AS
mot

Staten v/Kommunal- og
regionaldepartementet

Advokat Trond Martinussen

Advokat Fanny Platou Amble

Det ble avsagt slik

d o m :

1 HVA SAKEN GJELDER

Saken gjelder spørsmålet om saksøkeren kan kreve erstatning av staten på grunn av brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser (heretter også benevnt reglene om offentlige anskaffelser).

2 SAKENS BAKGRUNN

I mai 2002 ble det inngått avtale (heretter benevnt driftsavtalen) mellom Hero Mottak og Kompetanse AS (heretter benevnt Hero) og Utlendingsdirektoratet (heretter benevnt UDI) om drift av Tanum statlige mottak. Etter avtalens pkt. 3.3. er UDI forpliktet til å refundere beboernes økonomiske ytelser ifølge Reglement for økonomisk hjelp til personer i statlige mottak (pengereglementet). En slik ytelse er sengetøypakker til nyankomne beboere til mottaket.

I møte mellom UDI og Hero den 22. august 2002 ble det diskutert iverksettelse av tilbudsinnhenting til mottaket. Dette ble fulgt opp ved brev av 6. september 2002 fra UDI til Hero. I brevet sies, under henvisning til anbudsdokumentene for vedrørende drift av mottaket pkt. 6.1:

”Her er det ikke presisert noe om ansvarsfordeling vedr. innkjøp, hovedlager, forhandlinger med leverandør etc. Dette ønsker vi å få belyst. Dersom UDI mener at dette ansvaret ligger hos DRO ser vi at det også er naturlig at vil kunne få det ovennevnte ekstra arbeidet kompensert. Hvis det er slik at UDI ser på dette som sin oppgave forventer vi at dette arbeidet blir skilt ut fra driften av mottaket.”

Det legges til grunn at DRO er en forkortelse for ”driftsoperatøren”, dvs. Hero.

Etter dette var det muntlig kontakt mellom UDI og Hero, og sistnevnte utarbeidet

tilbudsinnsbydelse med frist for mottak av tilbud til 22.november 2002 kl. 12.00. Det fremgår bla. av tilbudsinnsbydelsen at det tilbudet som skulle velges ville skje etter en samlet vurdering av priser og leveringsbetingelser, samt kvalitet. Videre fremgår av innsbydelsen at anskaffelsesprosedyren var kjøp etter forhandling.

Saksøkeren innga tilbud innen fristen på levering av sengetøypakke for barn til kr 298 og sengetøypakke for voksne til kr 448. Saksøkeren innga også tilbud på levering av tomme bager for kr 26,50 pr. stykk. Sistnevnte fremgår ikke av tilbudsinnsbydelsen, men er likevel en leveranse Hero ønsket tilbud på.

Kjell Heiberg AS (heretter benevnt Heiberg) - som var det selskapet som fikk leveringen av sengetøypakker - innga tilbud hvor prisen var hhv. kr 598 for sengetøypakker for voksne og kr 424 for sengetøypakker for barn. Mens pakkene fra saksøkeren skulle innholde vinterdyner og ullpledd, skulle pakkene fra Heiberg inneholde sommerdyner og akrylpledd.

Etter at tilbudene hadde kommet inn ble det gjennomført et møte mellom Hero og den enkelte tilbyder. På bakgrunn av de forskjellige tilbud og møter med tilbyderne laget Hero en oppsummering nedfelt i et notat av 14. desember 2002. Der fremkommer bla. følgende vurdering av saksøkerens tilbud:

"Kvalitet: De baserer seg på samme standard som blir benyttet i helsevesenet.

Pris: Prismessig er dette klart det beste tilbudet, med de kan **ikke garantere** denne prisen lenger enn ca 6 måneder av gangen: Vi vil ved en prisendring få 2mnd varsel samt dokumentasjon på bakgrunnen for slik endring. Vi må betale ekstra for haste leveringer. Ved garantert fastpris i ett år blir det et tillegg pr. enhet på 2,5%.

Fordeler: Pris pr dd; Tilgjengelighet men lang responstid dette må bedres, Dokumentasjon ved prisendringer

Ulemper: Lagerhold er ikke helt avklart, hadde tenkt seg løsning med at vi henter ut i Sandvika, dette har vi gitt beskjed om ikke er aktuelt."

I vurderingen av Heibergs tilbud ble det pekt på at prisen var høy og at selskapet nok var villig til å redusere prisen. Det ble pekt på som en fordel at Heiberg kjente mottaket, at det hadde god beredskap og kort leveringstid ved kriser.

På bakgrunn av den vurdering Hero hadde gjort, ble tilbydere som fortsatt ble ansett som aktuelle, kontaktet med oppfordring til å komme med eventuelle endringer av tilbudet.

Saksøkeren innga den 10. januar 2003 endringer med hensyn til leveringsgaranti og pris. På grunn av ønsket om fast pris i ett år ble prisen for sengetøypakker til voksne øket fra kr 448 til kr 458. Den 17. januar 2003 inga Heiberg justert tilbud hvor prisen på sengetøypakker for voksne ble satt til kr 450 og prisen for barnepakke ble satt til kr 410.

På bakgrunn av de justerte tilbudene foretok Hero en ny vurdering, nedfelt i notat av 24. januar 2003. Det konkluderes der med at saksøkeren ikke ble ansett som aktuell som leverandør. I notatet fremgår at den anbefaling som er foretatt er gjort ut fra leveringsdyktighet og pris. Det sies i vurderingen:

”I forhold til størrelsen på de leveranser vi her snakker om er, går leveringsdyktighet foran pris. Grunnen til dette er at det er små marginer som skiller på pris, og i den daglige driften av mottaket er vi svært avhengig av at vi får de varer vi trenger til enhver tid.”

Det ble på bakgrunn av vurderingen besluttet og gi Heiberg og Tekstil og Reklamasjon Design AS (TRD) en ytterligere mulighet til å justere sine tilbud. Ved brev av 28. januar 2003 inga Heiberg tilbud om sengetøypakke for voksne til en pris av kr 395, og ble valgt som leverandør av så vel slike bager, som sengetøypakke for barn. Avtale ble deretter inngått mellom Heiberg og det som i kontrakten betegnes som ”Tanum Transittmottak”.

Leveransen på tomme bager gikk til TRD for en pris på kr 65 pr bag.

Avtalen mellom Hero og Heiberg har en varighet fra 1. mai 2003 til 1. mai 2006, likevel slik at den kan sies opp i avtaleperioden med tre måneders varsel. Hero har sagt opp avtalen med virkning fra 1. mai 2005. UDI skal for fremtiden forestå anskaffelsene, og anbudskonkurranse er utlyst i desember 2004.

Den 11. mars 2003 fremsatte saksøkeren klage til Klagenemnda for offentlig anskaffelser (KOFA) vedrørende anskaffelsen av sengetøypakker. Saksøkeren anførte at UDI var den reelle oppdragsgiver og at anskaffelsene skulle vært gjennomført iht. lov og forskrift om offentlige anskaffelser. KOFA fattet i samsvar med flertallets oppfatning, den 27. oktober 2003 avgjørelse med slik konklusjon:

”UDI har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved ikke å ha fulgt regelverkets prosedyrer ved anskaffelse av utstyrspakker til beboerne på Tanum transittmottak.”

Saksøkeren innga stevning den 30. juli 2004 med påstand om at staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å betale erstatning fastsatte etter rettens skjønn. Ved tilsvar av 6. september 2004 tok staten til motmæle og påstod seg frifunnet.

Hovedforhandling ble holdt i Oslo tinghus 13. januar 2005. Det ble avgitt partsforklaring fra saksøkeren og det ble ført ett vitne, samt foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

3 PARTENES ANFØRSLER OG PÅSTANDER

3.1 Saksøkerens anførsler og påstand

Saksøkeren har i det vesentlige anført:

Det gjøres gjeldende at Hero har opptrådt på vegne av UDI, og at anskaffelsene derfor reguleres av reglene om offentlige anskaffelser. Etter driftsavtalen for mottaket har UDI det overordnede ansvaret. UDI hadde instruksjonsrett overfor Hero, en rett UDI kunne ha benyttet. Anskaffelsen det er snakk om har en betydelig verdi, og anskaffelsene er en sentral statelig oppgave. Staten har mye å tjene på å konkurranseutsette en slik avtale. Anskaffelsen er direkte refunderbar for Hero, og Hero manglet økonomisk incitament for valget. Anskaffelsen innbar liten eller ingen økonomisk risiko for Hero, idet UDI dekket anskaffelseskostnadene.

Hensynet bak reglene for offentlige anskaffelser slår til for fullt, og ved forståelsen av regelverket er formålsbetraktninger viktige. Dersom det aktuelle forholdet ikke omfattes av reglene åpnes det for en omgåelse. Dermed vises til at det foreligger uryddig opptreden formelt sett, idet avtalen er inngått med Tanum Transittmottak som part. Det vises også til at før anbudsproseduren ble igangsatt ble bla. spørsmålet om å la anskaffelsen følge mottaket tatt opp av Hero.

UDI har nå besluttet selv å overta ansvaret for innkjøpene, noe som må forstås slik at dagens ordning ikke har fungert, idet det ikke har ligget et økonomisk incitament i ordningen for Hero.

En helhetsvurdering tilsier at anskaffelsene ble foretatt på vegne av UDI. I så fall gjelder reglene om offentlige anskaffelser.

Subsidiært gjøres gjeldende at UDI har brutt sin plikt til å påse at Hero fulgte prinsippet om likebehandling, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 femte ledd. Slik likebehandling har ikke skjedd. Det har skjedd en sammenblanding av kriteriene for valg av leverandør, og saksøkeren har blitt villedet under anbudsprosessen. Derneft foreligger grunn til å tro at andre tilbydere har fått mer informasjon enn saksøkeren.

Atter subsidiært gjøres gjeldende at Hero omfattes direkte av forskriften om offentlige anskaffelser, jf dens § 1-2 annet ledd bokstav a. Hero må etter en helhetsvurdering og i denne sammenheng anses som et offentligrettslig organ, og dette selv om virksomheten samtidig drives på forretningsmessig basis. UDI må i så fall anses som Heros overordnede og blir derfor ansvarlig.

Det foreligger et vesentlig brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Det skulle vært gjennomført en åpen anbudsrunde og det foreligger vilkårlighet med hensyn til kriterier for valg av leverandør. I anbudsinnsbydelsen fremstår pris som viktigere enn leveringsdyktighet, mens utvelgelsen er basert på det motsatte. Derneft ble det muntlig gitt opplysninger om at det var ønskelig med ullpledd, noe som ikke ble vektlagt ved utvelgelsen av leverandør. Dersom reglene hadde blitt fulgt er det klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren hadde vunnet anbudet.

Dersom det legges til grunn at forskriftens § 1-2 femte ledd gjelder, er det klar sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren ville vunnet anbudet dersom likebehandlingsprinsippet hadde blitt fulgt.

Saksøkeren krever erstatning for tapt fortjeneste, basert på at han ville fått leveransen. Erstatningsutmålingen som må fastsettes skjønnsmessig, må bygge på at levering ville ha skjedd over en tre års periode. Dersom regelverket om offentlige anskaffelser hadde blitt fulgt ville avtalen mellom Hero og Heiberg ikke bli sagt opp. Videre må det ved utmålingen legges til grunn at saksøkeren ville hatt en slik fortjeneste pr. enhet:

- kr 173, 84 sengetøypakke for voksne
- kr 120,41 sengetøypakke for barn
- kr 6,55 tom bag

Ved den skønsmessige utmåling kan det videre tas utgangspunkt i at Heiberg har solgt ca. 10 000 sengetøypakker for voksne i perioden fra mai 2003 til november 2005, og legge til grunn tilsvarende salg for gjenstående periode til 1. mai 2006.

Saksøkeren har nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å erstatte Sverre Myhrvolds Eftf. AS sitt økonomiske tap, fastsatt etter rettens skjønn.
2. Staten v/Kommunal- og regionaldepartementet dømmes til å erstatte Sverre Myhrvolds Eftf. AS sine saksomkostninger, tillagt lovens forsinkelsesrenter, beregnet fra forfall til betaling skjer.

3.2 Saksøktes anførsler og påstand

Saksøkte har i det vesentlige anført:

Anskaffelsen kan ikke anses å ha skjedd på vegne av UDI. Avtalen om leveranse innebar en full kontraktmessig realitet, og de kontraktmessige realiteter må legges til grunn. Det er klart at kontraktsparten i avtalen med Heiberg er Hero, selv om parten er benevnt som Tanum Transittmottak. UDI hadde kanskje instruksjonsrett vedrørende anskaffelsene, men ingen instruksjonsplikt.. Hero hadde dessuten en økonomisk risiko idet anskaffelsen måtte ligge innenfor de grenser som er trukket opp i pengereglementet. Hero hadde dessuten et incitament til å fremskaffe den beste tilbyderer ved at dette innebar goodwill i forhold til UDI. De aktuelle leveranser er ikke en sentral oppgave for staten.

Det er ikke rettskildemessig dekning for den utvidende fortolkning KOFA har foretatt. Det kan være flere anskaffelser som omfattes av lovens formål, uten at de nødvendigvis omfattes av regelverket. Dersom slike anskaffelser som de aktuelle skal omfattes, må regelverket endres. Staten slutter seg til de synspunkter mindretallet i KOFA har gitt uttrykk for.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 femte ledd kommer ikke til anvendelse. Det er ikke snakk overdragelse av enerett eller særrett i forskriftens forstand. Uansett har UDI pålagt Hero å følge prinsippet om likebehandling.

Hero omfattes ikke av regelverket om offentlige anskaffelser. Selskapet kan ikke anses som et offentlig organ, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2. Det har formodningen for seg at Hero, som er et privat aksjeselskap, er av forretningsmessig karakter. Derneft er Hero ikke finansiert av statlige myndigheter eller underlagt statlig kontroll, slik disse uttrykkene i forskriften må forstås. Uansett kan staten ikke holdes ansvarlig selv om Hero skulle være omfattet.

Selv om det skulle foreligge brudd på reglene om offentlige anskaffelser foreligger ikke et vesentlig brudd. Det at det ikke foreligger offentlig utlysning har ikke betydning idet saksøkeren deltok i konkurransen. Utvelgelsen har ikke vært vilkårlig, men er basert på et bredt og saklig skjønn som vanskelig kan overprøves av domstolene. Kravet til likebehandling er overholdt. Dersom anskaffelsesprosedyren ikke hadde skjedd som kjøp etter forhandling ville tilbudene vært annerledes. Det er således umulig å si om saksøkeren ville fått kontrakten ved en annen anbudsprosedyre. Kravet til årsakssammenheng er derfor ikke oppfylt.

Selv om det skulle foreligge brudd på anskaffelsesforskriftens § 1-2 femte ledd kan en forsmådd leverandør ikke utlede noe krav av den grunn. Uansett har Hero fulgt likebehandlingsprinsippet; det foreligger ingen usakelig forskjellsbehandling av tilbyderne. Det skal mye til for å overprøve det skjønn for utvelgelse som er foretatt. Saksøkeren fikk på lik linje med de øvrige anbydere mulighet til å delta. Uansett er kravet til kvalifisert skyld og årsakssammenheng ikke oppfylt. Gitt at UDI ikke i tilstrekkelig grad har pålagt Hero å følge likebehandlingsprinsippet og Hero har brutt det, er det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at Hero uansett hadde gjennomført anbudskonkurransen på en annen måte. Det er heller ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at saksøkeren ville fått leveransene.

Ved en eventuell erstatning må det tas hensyn til at saksøkerens økonomi generelt har vært dårlig. Derneft må det gjøres fradrag for variable kostnader ved beregning av fortjeneste. Det legges til grunn at kontrakten ikke ville vart ut over to år.

Saksøkte har nedlagt slik påstand:

1. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet frifinnes.
2. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet tilkjennes sakens omkostninger, med tillegg av lovbestemt forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

4 RETTENS BEMERKNINGER

4.1 Saken

Som grunnlag for erstatningskravet har saksøkeren prinsipalt anført at anskaffelsene har skjedd på vegne av UDI. Dersom det er tilfelle er det på det rene at reglene om offentlige anskaffelser er brutt. Subsidiært har saksøkeren anført at UDI har brutt anskaffelsesforskriftens § 2-1 femte ledd. Denne bestemmelsen innebærer at offentlige organer skal pålegge private å overholde prinsippet om likebehandling ved vareanskaffelser. Atter subsidiært er det anført at Hero ble omfattet av forskriften og at UDI er ansvarlig som overordnet organ.

Retten oppfatter det dit hen at det primært er anskaffelsen av sengetøypakker saksøkeren mener har skjedd i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Anførlene er knyttet til denne anskaffelsen, og det er dette retten konsentrerer seg om nedenfor. Når det gjelder anskaffelsen av tomme bager er det ikke fremsatt særskilte anførsler som gir retten en foranledning til en særskilt og annen vurdering av denne anskaffelsen.

Retten tar først stilling til om anskaffelsene skjedde "på vegne av UDI." Det foreligger en viss uklarhet med hensyn til hva som menes med dette.

Innledningsvis bemerkes at det etter rettens syn er klart at det mellom Hero og UDI ikke var lagt opp til at Hero skulle inngå en avtale hvor UDI skulle ha rettigheter og forpliktelser direkte overfor medkontrahenten. Det er riktignok slik at Hero i brev av 6. september 2002 tok opp spørsmål om ansvarsfordeling med hensyn til anskaffelsene og at en anskaffelsesavtale eventuelt kunne følge mottaket. Retten legger imidlertid til grunn at det etter dette ble avklart mellom UDI og Hero at arbeidet med anskaffelse lå innenfor Heros forpliktelser etter driftsavtalen, og at det var Hero som skulle være kontraktspart

etter avtalen. Retten legger videre til grunn at det var klart for så vel Heiberg som saksøkeren at det var Hero det var aktuelt å inngå avtale med. Det forhold at kontraktsparten i avtalen med Heiberg benevnes som Tanum Transittmottak og ikke Hero, kan endrer ikke dette. Det er på det rene at Morten Myking, som undertegnet for Tanum Transittmottak var ansatt i Hero. I kontraktsrettslig sammenheng foreligger således en avtale mellom Heiberg og Hero.

Anførselen foranlediger også en vurdering av om forholdet til tross for denne kontraktsrettslige realitet, faller inn under forskrift om offentlige anskaffelser. Forskriften får etter § 1-3, jf § 1-1 anvendelse bl.a. på offentlige varekontrakter som inngås av oppdragsgivere i § 1-2, d.e. "statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, eller offentligrettslige organer og sammenslutninger av én eller flere av disse". Det er på det rene at Hero ikke omfattes av disse begrepene etter en naturlig språklig forståelse. Det blir således et spørsmål om forskriften skal tolkes utvidende.

Det forhold at anskaffelsen omfattes av den vide formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1 er relevant, men kan ikke tillegges særlig vekt ved vurderingen. Det vises i den forbindelse til Amdal/Roll-Matthiesen: Lov og forskrift om offentlige anskaffelser Kommentartutgave (heretter benevnt Kommentartutgaven) side 19 hvor det sies:

"Formålsbestemmelsens overordnede prinsipper ligger til grunn for de mer detaljerte regler i loven og de tilhørende forskriftene. Bestemmelsen er dessuten et viktig fundament for tolking og anvendelse av anskaffelsesreglene. I lovproposisjonen ble det imidlertid understreket at

"Begrepene kan ikke tolkes videre enn det som er naturlig ut fra sammenhengen med regelverket for øvrig og den innkjøpsfaglige ramme regelverket relaterer seg til. De er derfor ikke isolert sett egnet til å utlede plikter og rettigheter." "

Ved vurderingen er det aktuelt å se på konsekvensene av at Hero var part i avtaleforholdet og ikke UDI. Jo mindre konsekvensene var for Hero og jo større for UDI, desto større grunn til å la regelverket komme til anvendelse.

Etter rettens oppfatning var det UDI som hadde den direkte interesse i innkjøpsprisen, idet Hero etter driftsavtalen og pengereglementet fikk refundert innkjøpsprisen for de aktuelle anskaffelser. Pengereglementets grense innebar ingen reell risiko for Hero i så måte.

På den annen side hadde Hero et annet kommersielle incitament for å oppnå den beste prisen, idet UDI kunne si opp driftsavtalen med tre måneders oppsigelse; en mulighet som kunne bli aktualisert dersom Hero forhandlet frem en avtale UDI var misfornøyd med. Det legges videre til grunn at partskonstellasjonen fullt ut får privatrettslige konsekvenser, det vil bla. si at Heros kontraktspart etter avtalen (Heiberg) ikke kan holde UDI, men Hero ansvarlig ved kontraktsbrudd.

Saksøkeren har fremhevet at dersom regelverket om offentlige anskaffelser ikke skulle komme til anvendelse, vil det åpne for omgåelsesmuligheter. Skulle det foreligge en risiko for omgåelse måtte det være fordi staten eller et annet offentlig organ så det som mulig å la være å følge regelverket om offentlige anskaffelser i en tilsvarende situasjon. Det er imidlertid vanskelig å se at det vil bli en konsekvens, all den tid tildeling av oppgaven med å forestå anskaffelsene - i dette tilfelle fra UDI til Hero ved driftsavtalen - gjennomføres etter regelverket for offentlige anskaffelser

Saksøkeren har fremhevet at anskaffelsene må anses som en sentral statlig oppgave, og at dette er et argument for å la regelverket komme til anvendelse. Til dette bemerkes at selv om driften av mottaket skulle anses som en sentral statlig oppgave, betyr dette nødvendigvis ikke den enkelte oppgave som følger av driftsansvaret, herunder innkjøp av sengetøypakker i seg selv kan anses som sentral. På grunnlag av vitneforklaring fra rådgiver Odd Erik Asker i UDI legges til grunn at Heiberg over en to års periode har levert ca. 10 000 sengetøypakker for voksne og bare et titalls for barn. Gitt en pris på kr 395 pr. sengetøypakke for voksne, utgjør årlig samlet innkjøpspris i underkant av 20 mill. kroner. Oppgaven med innkjøp av sengetøypakker kan således av denne grunn vanskelig karakteriseres som sentral.

Det er fremhevet som et argument for å la regelverket for offentlige anskaffelser komme til anvendelse at UDI kunne instruere Hero om valg av leverandør. En slik instruksjonsadgang kunne det være grunn til å legge vekt på dersom den hadde blitt brukt. Etter bevisføringen må det imidlertid legges til grunn at UDI ikke på noen måte påvirket Hero i valget av leverandør.

Ut fra ovenstående er retten av den oppfatning at det ikke foreligger sterke reelle grunner for å fortolke regelverket om offentlige anskaffelser utvidende, og at anskaffelsene således

ikke kan anses foretatt av UDI.

Etter dette tar retten stilling til om UDI har brutt anskaffelsesforskriftens § 2-1 femte ledd.

Den aktuelle bestemmelse lyder slik:

”Ved overdragelse av enerett eller særrett til å utføre offentlige tjenester til rettssubjekter som ikke omfattes av forskriften skal det pålegges rettssubjektet å overholde prinsippet om likebehandling når det foretas vareanskaffelser.”

Et vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at Hero gjennom driftsavtalen ikke har fått en ”enerett eller særrett” til å utføre en offentlig tjeneste. Det legges i samsvar med Kommentartutgaven side 88 at begrepet enerett eller særrett må forstås på samme måte som etter EØS-avtalen artikkel 59; en bestemmelse som har sin parallell i EU-traktatens art. 86 (tidligere art. 90). Både ordlyden i forskriften og den praksis som er knyttet til disse begrepene slik de er brukt i art. 86, jf EC Competition Law side 533 flg. tyder klart på at Heros rett etter avtalen med UDI ikke kan anses som en ”enerett eller særrett”.

Det er imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet, idet retten ser det slik at Hero har fulgt prinsippene om likebehandling. Det er således under enhver omstendighet ikke noen sammenheng mellom et eventuelt manglende pålegg fra UDI om å følge dette prinsippet, og en tapt inntektsmulighet for saksøkeren.

Det er på det rene at saksøkeren på linje med de øvrige tilbydere fikk anledning til å gi tilbud. Alle tilbydere ble kontaktet etter at tilbudene ble gitt, og saksøkeren fikk som øvrige aktuelle, anledning til å justere sitt tilbud. Det kan ikke anses som brudd på prinsippet om likebehandling at Hero etter dette ytterligere snevret inn antall kandidater som skulle være med videre i konkurransen, ei heller den vurdering som lå til grunn for utvelgelsen. De kriterier som tilbyderne ble vurdert i forholdt til anses som saklige.

Kriteriene fremgår av notat av 24. januar 2003, hvor det sies:

”I forhold til størrelsen på de leveranser vi her snakker om er, går leveringsdyktighet foran pris. Grunnen til dette er at det er små marginer som skiller på pris, og i den

daglige driften av mottaket er vi svært avhengig av at vi får de varer vi trenger til enhver tid.”

Hero har således konstatert at det var liten forskjell i pris, og la avgjørende vekt på leveringsdyktighet, noe som må anses vel begrunnet ut fra mottakets behovet for rask og effektiv levering. Dessuten er det slik at da Hero bestemte at saksøkeren ikke lenger var aktuell, lå Heibergs tilbud på sengetøypakker for voksne 8 kroner lavere enn saksøkerens. Som nevnt har leveransen i det alt vesentlige bestått av slike pakker. Det forhold at Hero ikke har lagt avgjørende vekt på at innholdet i bagene som ble tilbudt av saksøkeren og Heiberg var forskjellig, finner retten vanskelig å overprøve. Retten kan heller ikke se at det er bevist at det tilfløt de forskjellige tilbydere forskjellig informasjon under prosessen.

Etter dette konkluderer retten med at saksøkeren ikke kan kreve erstatning med grunnlag i forskriftens § 2-1.

Det gjenstår etter dette å ta stilling til saksøkerens anførsel om at staten er erstatningsansvarlig fordi Hero ble omfattet av reglene om offentlige anskaffelser. Etter rettens syn kan denne anførselen åpenbart ikke føre frem. Det er ikke anført noe som tilsier at staten skulle bli erstatningsansvarlig for et eventuelt brudd på reglene fra Hero sin side. Det legges til grunn at Hero er et privateid aksjeselskap, og skulle det være slik at selskapet har brutt regelverket måtte i så fall være det som skulle svare erstatning.

Etter dette blir staten å frifinne.

4.2 Saksomkostninger

Saksøkeren har tappt saken fullstendig. Hovedregelen etter tvistemålsloven § 172 første ledd er da at han plikter å erstatte saksøktes saksomkostninger. Det foreligger ikke forhold etter tvistemålsloven § 172 annet ledd som tilsier at en fravikelse av hovedregelen.

Saksomkostningene fastsettes i samsvar med omkostningsoppgaven fra saksøktes prosessfullmektig til kr 33 400.

D o m s s l u t n i n g :

1. Staten ved Kommunal- og regionaldepartementet frifinnes.
2. Sverre Myhrvolds Eftf. AS dømmes til innen 2 – to – uker etter dommens forkynnelse å betale saksomkostninger med 33 400 – trettitretusenfirehundre – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente til staten ved Kommunal- og regionaldepartementet.

ARosnes

Retten hevet

Hugo Abelseth

Dommen kan påankes til lagmannsretten. Anken må erklæres direkte for tingretten innen 1 – en – måned fra dommen er forkynt.

Ankeerklæringen må være underskrevet eller medunderskrevet av en advokat. Den ankende part kan også henvende seg til rettens kontor og får ankeerklæringen nedtegnet og undertegnet der.

Samtidig med ankeerklæringen må den ankende part innbetale ankegebyr, som er 24 ganger rettsgebyret. Dersom hovedforhandlingen har vart mer enn en dag, påløper ytterligere gebyr. Dersom anken gjelder en formuesverdi under 50 000 kroner, kan den ikke fremmes uten samtykke fra lagmannsretten. Søknad om samtykke må i slike tilfeller innsendes samtidig med ankeerklæringen.