



## NORDMØRE TINGRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 19.07.2010 i Nordmøre tingrett, Kristiansund N

**Saksnr.:** 10-087506TVI-NOMO og 10-086558 TVI-NOMO

**Dommer:** kst. sorenskriver Runar Wiik

**Saken gjelder:** offentlige anskaffelser. Krav om å sette tilside besl. i anbudskonkurranse mv

---

Bama Gruppen AS

Advokat Siri Teigum  
v/advokat Bjørn Alfred Immonen

### mot

Kristiansund kommune

Advokat Magne Revheim Mæland  
v/advokatfullmektig Kristine Vigander

Aure kommune

Advokat Magne Revheim Mæland  
v/advokatfullmektig Kristine Vigander

Averøy kommune

Advokat Magne Revheim Mæland  
v/advokatfullmektig Kristine Vigander

Eide kommune

Advokat Magne Revheim Mæland

Fræna kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Gjemnes kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Halsa kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Rindal kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Smøla Kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Sunnadal kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Surnadal kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Tingvoll kommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland
Møre og Romsdal fylkeskommune	v/advokatfullmektig Kristine Vigander Advokat Magne Revheim Mæland

---

## DOM

**Saken gjelder** krav om at beslutning om avvisning fra anbudskonkurranse settes til side, subsidiært at anbudskonkurransen avlyses.

### **Framstilling av saken:**

Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid, heretter NII, består av de 11 nordmørskommunene, med tillegg av Fræna kommune og Møre og Romsdal fylkeskommune. Den 22. desember 2009 ble det kunngjort en konkurranse om anskaffelse av varer innen syv forskjellige produktområder. Fristen for å inngi tilbud var 10. februar 2010.

Bama Storkjøkken AS, som i følge tilbudet er en driftsdivisjon i Bama Gruppen AS, inngav et tilbud innen fristen for produktområde 7 – Frukt, grønt og poteter. Tilbyderen omtales heretter som Bama, så fremt ikke annet er spesifisert.

Den 30. mars 2010 meddelte NII at Bama ville bli tildelt kontrakt for produktområde 7. Det innkom klage fra en av de andre tilbyderne innen klagefristen. NII kontaktet deretter Bama og ba om dokumentasjon for gjennomsnittsprisen pr. uke for 2009. Slik dokumentasjon ble fremlagt.

Den 23. april besluttet NII å avvise Bamas tilbud fra konkurransen med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 20-13 første ledd bokstav f. Bama inngav deretter en klage. NII besluttet å opprettholde vedtaket om avvisning.

Bama Storkjøkken AS begjærte deretter midlertidig forføyning, hvorefter Nordmøre tingrett den 12. mai avsa kjennelse uten muntlig forhandling. I henhold til slutningen må kommunene i NII unnlate å inngå kontrakt innen produktområde 7 før spørsmålet om Bama skal avvises fra konkurransen er rettskraftig avgjort for domstolene eller klagenemnda for offentlige anskaffelser. Det ble satt søksmålsfrist til 2. juni 2010.

Den 31. mai begjærte NII muntlige forhandlinger og den 1. juni inngav Bama Gruppen AS stevning.

Den midlertidige forføyningen og hovedforhandlingen i hovedsaken ble forent til felles behandling. Den 1. juli 2010 ble forhandlingene gjennomført. I tillegg til partsforklaringer ble det ført et vitne. Bevisførselen følger av rettsboken.

I forkant av rettsforhandlingen ble spørsmålet om rett saksøker tatt opp. Saksøker i den midlertidige forføyningen var Bama Storkjøkken AS. Stevning ble tatt ut av Bama

Gruppen AS. Det faktiske forholdet er det samme. Partene fikk anledning til å prosedere spørsmålet om avvisning under rettsforhandlingen.

### **Partenes påstand med påstandsgrunnlag:**

#### **Saksøker:**

Saksøker har nedlagt følgende påstand:

Prinsipalt: Beslutningen om å avvise BAMA Gruppen AS' tilbud settes til side.

Subsidiært: Konkurransen for produktområde 7 – ”Frukt, grønt og poteter” avlyses.

I begge tilfeller: Aure kommune, Averøy kommune, Eide kommune, Fræna kommune, Gjemnes kommune, Halså kommune, Kristiansund kommune, Rindal kommune, Smøla kommune, Sunndal kommune, Surnadal kommune, Tingvoll kommune og Møre og Romsdal Fylkeskommune skal erstatte Bama Gruppen AS deres omkostninger i saken.

Påstandsgrunnlaget er kort oppsummert som følgende:

Prinsipalt foreligger det ikke hjemmel for å avvise Bamas tilbud.

NII hadde ikke anledning til å avvise tilbudet fra Bama i medhold av anskaffelsesforskriften § 20-13 første ledd litra f etter å ha innhentet tilleggsopplysninger i medhold av anskaffelsesforskriften § 20-14. Det at NII har valgt en annen kontraktsmodell, innebærer ikke større rettigheter for innhenting av informasjon etter at tilbudet ble inngitt. Informasjonen som er innhentet i medhold av anskaffelsesforskriften § 20-14 kan kun benyttes til å vurdere om tilbudet er unormalt lavt.

NII kan videre ikke avvise tilbudet i medhold av ulovfestede prinsipper. Dette er det ikke anledning til.

NII kan heller ikke avvise Bamas tilbud etter anskaffelsesforskriften § 20-13 andre ledd bokstav c. Retten til å påberope seg avvisning er prekludert, jf. anskaffelsesforskriften § 20-15 første ledd. Det kreves at avvisning i medhold av bestemmelsen skjer ”snarest mulig”. Anførselen ble første gang påberopt den 28. mai 2010. I utgangspunktet løper fristen fra 10. februar da tilbudet ble inngitt. I alle tilfeller gjelder fristen fra 21. april da NII hadde all nødvendig informasjon. I denne saken har det gått minst fem uker, noe som er for lang tid. Tilbudet er uansett ikke unormalt lavt, da det er faktiske og reelle priser som fremgår av tilbudet.

Subsidiært anføres at konkurransen vedrørende produktområde 7 – frukt, grønt og poteter, avlyses. Dette på bakgrunn av at tildelingskriteriene ikke var lovlige.

Kravet til forutberegnelighet er brutt. Dette som følge av prislisten for uke 6/2010 ikke har blitt evaluert som en del av tildelingskriteriet ”pris og betaling”. Kriteriet er uklart og kan oppfattes forskjellig for tilbyderne. Dersom dette er tilfellet, er ikke kravene til forutsigbarhet til stede og det er et ulovlig tildelingskriterium. Dersom prisen i henhold til prislisten ikke har blitt vektlagt, men skulle vært det, foreligger slik feil at konkurransen må avlyses, da det ikke er andre måter å rette det på. Oppdragsgiver har uansett bevisbyrden.

Begrepet gjennomsnittspriser kan ikke gis et klart og entydig innhold. Det er ingen veiledning i konkurransegrunnlaget hvordan gjennomsnittspris 2009 skal forstås. Det kan ikke tillegges betydning at tilbyder hadde anledning til å stille spørsmål omkring hvordan dette skulle forstås. Det er forskjellig oppfatning blant tilbyderne i hvordan gjennomsnittspriser skal forstås, herunder forskjellige faktorer som påvirker prisen. Tilbudene blir ikke like, slik at de ikke kan sammenlignes. Bama har forsøkt etter beste evne å opplyse den pris som ville vært gjennomsnittet dersom de hadde hatt kunden i 2009. Da NII ikke er i stand til å sammenligne tilbudene på en rettferdig måte, foreligger et ulovlig tildelingskriterium. Det er tilstrekkelig at det er en mulighet for at det har oppstått en feil. Det foreligger således en følgefeil, ved at det er uklart hva som skal legges i gjennomsnittspris 2009, noe som har påvirket vurderingen av tildelingskriteriet pris.

De oppgitte gjennomsnittspriser har ingen tilknytning til kontraktens gjenstand, og ingen tilknytning til kontraktens verdi. Tildelingskriteriet må si noe om hvorfor man skal velge den ene fremfor den andre. Den historiske gjennomsnittsprisen sier intet om hva oppdragsgiver skal betale i kontraktperioden. I realiteten har NII etterlyst et kvalifikasjonskrav med evne til gjennomføring og ikke et tildelingskrav. Tildelingskriteriet er ulovlig og konkurransen må avlyses.

Å stille et krav til historiske gjennomsnittspriser diskriminerer aktører som ikke er på markedet eller som endrer sin prisstrategi. Bama har besluttet å foreta strategiske endringer, ved å satse på offentlig sektor. Slike strategiske endringer blir ikke hensyntatt ved å legge til grunn historiske priser. Dette strider mot prinsippene i anskaffelsesloven § 5 og kravet til likebehandling. Slike krav om historiske priser medfører at reglene om likebehandling brutt og konkurransen må avlyses.

Avtalereguleringen oppfyller videre ikke kravene til forutsigbarhet. Kontraktene viser til et fastprissystem med endring to ganger i året. Dette har Bama forholdt seg til. Det fremgår ikke noe sted at prisene skal være flytende, noe som NII har lagt til grunn. Dette innebærer en uforutsigbar endring i forutsetningene for konkurransen. Konkurransen må avlyses.

Til det prosessuelle spørsmål om rett saksøker, anføres at det er Bama Gruppen AS som har inngitt tilbudet overfor NII. Bama Storkjøkken er en divisjon under Bama Gruppen AS.

Det forhold at tilbudet blant annet er undertegnet med Bama Storkjøkken AS innebærer ingen realitet. Det er en feil og den er erkjent. Den reelle anbudsgiver er Bama Gruppen AS. Bama Gruppen AS har et reelt behov for å få prøvet saken. Bama Gruppen AS vil uansett ha rettslig interesse i å få avklart om de er part.

**Saksøkte:**

Saksøkte har nedlagt følgende påstand:

1. Aure kommune, Averøy kommune, Eide kommune, Fræna kommune, Gjemnes kommune, Halså kommune, Kristiansund kommune, Rindal kommune, Smøla kommune, Sunndal kommune, Surnadal kommune, Tingvoll kommune og Møre og Romsdal Fylkeskommune, frifinnes.
2. Bama Gruppen AS dømmes til å erstatte sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente til Aure kommune, Averøy kommune, Eide kommune, Fræna kommune, Gjemnes kommune, Halså kommune, Kristiansund kommune, Rindal kommune, Smøla kommune, Sunndal kommune, Surnadal kommune, Tingvoll kommune og Møre og Romsdal Fylkeskommune.

Påstandsgrunnlaget er kort oppsummert som følgende:

Bamas tilbud er rettmessig avvist fra konkurransen.

NII plikter å avvise tilbudet med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 20-13 første ledd litra f, fordi det foreligger relativ bevisbedømmelsestil. NII har en plikt til å avvise tilbudet når prisavviket er avdekket. Det strider mot kravet til likebehandling å ikke hensynta opplysninger som viser at tilbudet har uriktig pris, uansett hvilken hjemmel som er benyttet for å innhente informasjonen. Begrepet gjennomsnittspris 2009 er klart og utvedtydig. Bama har ikke oppgitt sin gjennomsnittspris og avvisningen er således riktig.

NII plikter videre å avvise tilbudet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 5 fordi aksept av tilbud med materielle avvik fra konkurransegrunnlaget er i strid med kravet til likebehandling. Dette er et selvstendig avvisningsgrunnlag.

Under forutsetning av at Bamas tilbud må legges til grunn, anfører NII at tilbudet kan avvises med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 20-13 andre ledd bokstav c, jf. § 20-14, fordi det er unormalt lavt. Retten til å avvise tilbudet med denne hjemmelen er ikke prekludert.

Til saksøkers subsidiære anførsler, anfører NII at vilkårene for avlysning ikke er oppfylt. Det foreligger ingen kvalifiserende saksbehandlingsfeil. Tildelingskriteriet pris og betaling, herunder gjennomsnittspris for 2009 er lovlig.

Oppdragsgiver står fritt til å velge hvilke tildelingskriterier som skal legges til grunn.

Det er stilt opp kriterier for å identifisere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Valget av gjennomsnittspris for prisvurdering var basert på at frukt og grønt er sesongvarer som varierer i pris gjennom året. De historiske prisene gir dermed et best grunnlag for å vurdere fremtidige priser. Det er rabatten i prisskjemaet som er bindende og ikke tilbudsprisen.

Gjennomsnittspris er et objektivt begrep og er lett og forstå. Gjennomsnittsprisen for 2009 har en klar tilknytning til kontraktsgjenstanden. Kravet til klarhet i medhold av forskriftens § 22-2 er oppfylt.

Det ble ikke stilt noen spørsmål om forståelsen av tildelingskriteriet under anbudsprosessen. Dette er et uttrykk for at det er lett å forstå.

Konkurranskriteriene harmonerer for øvrig med tildelingskriteriene. Det er anledning til å vektlegge erfaring jf. forskriftens § 17-4.

Retten bør uansett avvise søksmålet "ex officio". Bama Gruppen AS har ikke rettslig interesse for dom i forhold til tilbud inngitt av et datterselskap. Mor- og datterselskap er to rettslige subjekter, hvor datterselskapet har begrenset ansvar. Bama Gruppen AS har ikke et reelt behov på å få avgjort saken, jf. tvisteloven § 1-3.

Det er Bama Gruppen AS og Bama Storkjøkken AS som selv har skapt usikkerheten omkring hvem som er tilbyder og hvem som er part. Det kan stilles spørsmål ved om dette er gjort bevisst. Ved eventuelle misligholdsbeføyelser er det usikkert hvem som er riktig subjekt, og man kan risikere at saken blir avvist.

### **Rettsens vurdering:**

#### Prosessuelt:

Retten vurderer først spørsmålet om avvisning på grunn av manglende tilknytning til søksmålsgjenstanden, jf. tvisteloven § 1-3. Søksmålet gjelder spørsmål knyttet til anbudskonkurranse, hvor det fremgår av tilbudets forside at Bama Storkjøkken AS har inngitt tilbud. Bama Storkjøkken AS var også oppgitt som part i sak om midlertidig forføyning. Bama Storkjøkken AS er et datterselskap av Bama Gruppen AS.

Kravet om partstilknytning følger av tvisteloven § 1-3 annet ledd. Saksøkeren må påvise et reelt behov for å få det krav som fremmes, avgjort i forhold til saksøkte. Dette skal avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det,

hvor fokuset er på om den aktuelle partskonstellasjonen fyller et aktuelt behov, se HR-2010-568.

Spørsmålet er om Bama Gruppen AS har den nødvendige tilknytning til søksmålets gjenstand, herunder avvisning fra og avlysning av en anbudskonkurranse.

Bama Gruppen AS anfører at tilbudet i anbudskonkurransen er inngitt av Bama Gruppen AS. Det anføres videre at Bama Storkjøkken er en underavdeling til Bama Gruppen AS. Det fremgår av et virksomhetskart at Storkjøkken er en divisjon under Bama Gruppen AS, noe som også fremgår av en utskrift fra "ravninfo". Det fremstår som om alle avdelingene hører til Bama Gruppen AS. I følge firma- og skatteattester som benyttes i forbindelse med inngivelse av tilbud, fremgår det av en utskrift av 13. august 2009 at avd. Kristiansund Storkjøkken er en avdeling i Bama Gruppen AS, og ikke en egen juridisk enhet. Egenerklæringer i tilknytning til ILO konvensjon og HMS erklæring fra den daglig leder ved Bama Storkjøkken avd. Kristiansund, viser til Bama Gruppen AS sitt organisasjonsnummer, samt er stemplet med Bama Storkjøkken Bama- Gruppen AS

Det er imidlertid på det rene at det er et eget rettssubjekt som er registrert i Brønnøysundregistrene som Bama Storkjøkken AS. Det fremgår også av konsernregnskapet til Bama Gruppen AS at datterselskapet Bama Storkjøkken AS inngår i konsernregnskapet.

I følge tilbudet som ble inngitt, er det fra Bama Storkjøkken AS, avd. Kristiansund. Bama Gruppen AS har selv hevdet at AS har blitt heftet på uten at det har vært meningen. Bama Storkjøkken AS er konsekvent brukt gjennomgående i tilbudet. Kontaktinformasjonen viser også til Bama Storkjøkken AS, men organisasjonsnummeret som er oppgitt på kontaktinformasjonen tilhører Bama-Gruppen AS. Tilbudet er signert av Magne Tuxen og stemplet med Bama Storkjøkken AS, som forklarte i retten at han er ansatt i Bama-Gruppen AS og at det ikke har vært bevissthet omkring signaturen. Det har hele tiden vært ment at det er Bama Gruppen AS som har inngitt tilbudet. Tuxen forklarte videre, at selv om det fremgår av tilbudet at det er Bama Storkjøkken AS som bekrefter betalingsbetingelsene, er det Bama Gruppen AS som er ansvarlig.

Det er noe tvilsomt om det er Bama Gruppen AS eller Bama Storkjøkken AS som var tilbyder i anbudskonkurransen. Det fremstår som noe underlig at det skal skje en slik ubevisst sammenblanding av flere selskap i forbindelse med en konkurransesituasjon.

Retten finner imidlertid ikke at dette er avgjørende, da Bama Gruppen AS har et reelt behov for å få avklart rettslige spørsmål tilknyttet anbudskonkurransen. Ved de henvisninger i tilbudet til Bama Gruppen AS sitt organisasjonsnummer og beskrivelsen av Bama Storkjøkken avd. Kristiansund som en undergruppe av Bama Gruppen AS, er Bama Gruppen AS etter rettens syn, rettslig forpliktet etter tilbudet. I tillegg fremstår det som om

det er slik nærhet mellom mor- og datterselskap i tilknytning til anbudskonkurransen og organsiasjon som sådan, at morselskapet kan ha rettslig interesse for å ivareta krav som knytter seg til datterselskapet.

Retten har etter en konkret vurdering kommet til at Bama Gruppen AS har den nødvendige tilknytning til partsgjenstanden.

Saken fremmes.

#### Anbudskonkurransen:

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 med tilhørende forskrift av 7. april 2006 kommer til anvendelse for NII sin utlyste konkurranse om en toårig rammeavtale for kjøp av matvarer innen forskjellige områder, herunder produktområde 7 – frukt, grønt og poteter. Det fremgår fra kunngjøringen av konkurransen at det skal være en åpen anbudskonkurranse. Forskriftens del III kommer til anvendelse og anskaffelsesprosedyren følger regelverket om konkurranse med forhandling.

Regelverkets formål er å oppnå forretningsmessig konkurranse og dermed effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Dette basert på likebehandling og god forretningskikk.

I denne saken har Bama inngitt et tilbud på bakgrunn av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Grunnen til at det har oppstått en tvist, er at NII og Bama ikke har lagt de samme forutsetninger for prisingen i tilbudet til grunn. NII har lagt til grunn at det skal være flytende priser og har derfor ønsket å få gjennomsnittsprisene for 2009 med en oppgitt prosent for å vurdere den økonomiske siden ved tilbudet. Bama har i tilbudet oppgitt den gjennomsnittspris for 2009 som de ville ha tilbudt dersom NII var kunde. Bama skal videre ha lagt til grunn at det skal være fastpris på varene som fremgår av det prisskjema som fulgte med anbudskonkurransen, og for øvrig flytende pris med rabatt. Dette fremgår imidlertid ikke direkte av tilbudet, men partsrepresentanten forklarte at de forstod det slik.

Prisene som Bama oppgav i tilbudet for varene i prisskjemaet var betydelig lavere enn de to andre tilbyderne. Bama opplyste at dette var på bakgrunn av en bevisst strategiendring hvor de ønsker å satse mot den offentlige sektor.

Partene er således uenig i hvilke opplysninger som det ble lagt opp til å gi, knyttet til prisingen av anbudet.

Bama har prinsipalt krevd at NII sin beslutning om at Bama sitt tilbud avvises fra konkurransen, skal settes til side. Dette på bakgrunn av at NII ikke hadde hjemmel for en slik tilsidesettelse.

Retten finner at NII i medhold av lovens § 5 hadde hjemmel til å avvise Bama sitt tilbud fra konkurransen. Retten har imidlertid i tråd med Bama sin subsidiære anførsel, kommet til at anbudskonkurransen må avlyses for produktområde 7, frukt, grønt og poteter.

I forhold til den prinsipale påstand om tilsidesettelse av beslutning, finner retten at det vil stride mot det overordnede kravet til likebehandling å sammenligne Bama sitt tilbud med de øvrige. Avvisningsgrunnene er primært angitt i forskriften, men avvisning kan også skje i medhold av lovens § 5 dersom det anses for å stride mot lovens grunnleggende prinsipper å akseptere tilbudet. Dette følger både av lovens ordlyd, forarbeid og nemndspraksis. I forhold til hvordan Bama sitt tilbud skal vurderes i forhold til de øvrige, viser retten til drøftelsen vedrørende den subsidiære påstand som følger nedenfor. På denne bakgrunn finner retten at det vil stride mot prinsippet om likebehandling under anbudskonkurranser å ikke avvise Bama sitt tilbud, slik som NII har gjort. Retten går ikke nærmere inn på den prinsipale påstand da den subsidiære fører frem.

Retten går så over til den subsidiære påstand.

Det er i utgangspunktet tilbyderne som har risikoen for å utforme et korrekt tilbud. For å oppfylle kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, stilles det imidlertid krav også til oppdragsgiver om hvordan konkurransevilkårene utformes. Det fremgår av SIAC- dommen, EF- domstolen den 18. oktober 2001 premiss 42, at det må gjøres mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbydere å fortolke vilkårene på samme måte. Dette prinsippet er gjentatt i flere avgjørelser hov Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA.

Den informasjon Bama hadde da de inngav tilbudet fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget med flere bilag, herunder bilag 1 kravspesifikasjon, bilag 2 ferdig utfylt prisskjema og bilag 5 utkast til kontrakt.

I kunngjøringen fremgår det at tildelingen skal skje på bakgrunn av kriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget.

I konkurransegrunnlaget fremgår det av dets punkt 2.1 at det er forhandlingsforbud, slik at leverandøren må inngi sitt beste tilbud innen fristen. Krav til ytelsen og tildelingskriterier fremgår av punkt 4.

I forhold til kravspesifikasjonen, punkt 4.1:

*”Oppdragsgivers tekniske kravsspesifikasjon går frem av prisskjema (se bilag 2). Øvrige krav går fram av kravspesifikasjonsskjema (se bilag 1). Skjemaet er oppstilt med krav i henhold til tildelingskriteriene. Vi har spesifisert produktene i prisskjemaet med merke/type i henhold til statistikk over hva vi har kjøpt hos våre største leverandører i 2008. Vi ønsker tilbud på produkt av samme fabrikat/type eller produkt med tilsvarende kvalitet av annen fabrikat/type.*

(...)

*Vi ber om at tilbyder fyller ut skjemaet med sine svar på de krav/ønsker som er stilt, om nødvendig også med henvisninger til utfyllende opplysninger/dokumentasjon.”*

Tildelingskriteriene fremgår av punkt 4.2, hvor det står at tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det mest fordelaktige, basert på kriterier hvor pris og betaling er vektet med 35%. Dokumentasjonskravene knyttet til pris og betaling, er ferdig utfylt prisskjema bilag 2 og kravsspesifikasjon bilag 1 pkt 1.1 og 1.2.

Opplysninger vedrørende prisskjemaet fremgår av punkt 4.2.1, hvor det blant annet står:

*”Følgende vil bli spesielt vektlagt for produktgruppe 7, Frukt, grønt og poteter: Gjeldende prisliste på tilbudstidspunktet skal legges ved tilbudet (prisliste fra uke 6/2010). I tillegg skal prisskjema (bilag 2) fylles ut med gjennomsnittspriser i 2009 som skal tas hensyn til i evalueringen.”*

Kravsspesifikasjonen i bilag 1 handler i punkt 1.1 om pris og punkt 1.2 om betaling. I forhold til punkt 1.1.4 fremgår følgende:

*”Prisene på spesifiserte produkter i vedlagte prisskjema skal oppgis som listepriis – rabatt = nettoppris i NOK ekskl mva.*

- *rabatt på spesifiserte produkter skal være faste i hele avtaleperioden.*
- *Prisene kan i hovedsak reguleres 2 ganger pr. år: F.eks 1. februar og 1. juli.*
- *For noen produktgrupper vil det stadig være hyppige endringer i råvareprisen, f.eks frukt og grønt. Prisene skal oppgis som rabatt/påslag på den til enhver tid gjeldende prisliste ut/inn.*
- *Tilbyder må oppgi hvilke indekser eller annet grunnlag som benyttes ved prisberegning, og hvordan han vil sikre oppdragsgiver den informasjon som er nødvendig for at denne skal kunne kontrollere prissvingningene i hele avtaleperioden.”*

Deretter gjentas fra tildelingskriteriene hva som spesielt blir vektlagt for produktgruppe 7.

I punkt 1.1.5 fremgår det at: *”For produkter som ikke er spesifisert i vedlagte prisskjema (øvrige produkter i gruppen og øvrige grupper), skal rabatt for den enkelte varegruppe oppgis i prisskjemaet etter hver varegruppe og veiledende prisliste vedlegges.”*

I selve prisskjemaet må tilbyderen fylle inn listepriis pr. kg. med en rabatt oppgitt i % og deretter en tilbudspris pr. kg.

Det fremgår av utkastet til avtale som fulgte med konkurransegrunnlaget at ved motstrid går avtaleteksten foran leverandørens tilbud og kundens konkurransegrunnlag, jf. avtalens pkt. 4. Vedrørende pris fremgår det av pkt. 6 at priser på de varer som omfattes av avtalen går fram av tilbudet. I forhold til prisendringer, pkt. 7, fremgår det blant annet:

*”Leverandør kan ellers regulere sine priser i samsvar med de kostnadsendringer som gjøre seg gjeldende for Leverandør. Prisene kan endres inntil 2 ganger pr. år, første gang 6 måneder etter avtaledato. Endringer i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks (hovedindeks) i perioden vil være grunnlag for prisendringene. Utgangsindeks er konsumprisindeks – hovedgruppenivå matvarer og alkoholfrie drikkevarer – pr. 15. januar 2010.*

(...)

*Prisreduksjoner, for eksempel tilbud i kontraktsperioden som er gunstigere enn nettoprisen, skal gjelde automatisk for kunde.”*

Det fremgår ikke at det skal gjelde en egen avtale for produktområde 7.

Ved å se den ovennevnte informasjon i sammenheng, finner retten at det hefter en slik uklarhet omkring tildelingskriteriet pris, at konkurransen for produktområde 7, frukt, grønt og poteter må avlyses.

Retten finner at det er uklart hvordan priskriteriet skal forstås av tilbyder. Utgangspunktet i konkurransegrunnlaget, slik retten forstår det, er at det skal gis en fastpris på varene som oppgis i tilbudets standardiserte prisskjema og så skal prisendring på disse varene kunne skje hovedsakelig to ganger i året knyttet til endringer i konsumprisindeksen. Dette følger også av kontrakten som følger vedlagt konkurransegrunnlaget. Knyttet til kravsspesifikasjonen fremgår det også at for produkter utenfor prisskjemaet, skal det gis rabatt for den enkelte varegruppe hvor veiledende prisliste vedlegges. Bama har i følge forklaringen fra partsrepresentanten, lagt til grunn at det skal være fastpris på varene i prisskjemaet, mens det skal være en fast rabatt på varene fra det øvrige sortimentet.

Det fremgår imidlertid i kravsspesifikasjonen at det for noen produktgrupper stadig vil være endringer, for eksempel frukt og grønt, og at prisene skal oppgis som rabatt/påslag på den til enhver tid gjeldende prislister ut/inn. Denne opplysningen legger opp til at det er et eget system for frukt og grønt, men sett i sammenheng med den øvrige informasjon er det tvil om hvordan man skal forstå dette.

Det fremgår videre fra kravsspesifikasjonen at prisskjemaet skal fylles ut med gjennomsnittspriser for 2009. Retten finner at det kan være tvil omkring hvordan begrepet gjennomsnittspris skal forstås. Bama har tolket det dit hen at de da kan oppgi den pris de ville ha hatt dersom de hadde kunden i 2009. Retten synes nok at det er en noe fri tolkning av begrepet gjennomsnittspris, men begrepet åpner uansett opp for tolkningsspørsmål som åpenbart har betydning for den prisen. Det er ikke en autorativ forståelse av hva begrepet innebærer. Retten nevner for eksempel at TP Engros, som også har inngitt tilbud, har lagt til grunn kostpris med tillegg av frakt som gjennomsnittspris. Bama skal visstnok ikke tatt med fraktelementet i sitt tilbud. Dersom gjennomsnittspris skal være et kriterium bør det avklares nærmere hva som ligger i begrepet, slik at det ikke oppstår tvil.

Det er også å bemerke at gjennomsnittsbetraktninger basert på historiske priser, normalt er lite egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Retten kan for øvrig ikke se at tilbyders mulighet til å ta forbehold og be om avklaringen avhjelper den uklarhet som ligger i tildelingskriteriet.

Retten finner at det samlet foreligger slik uklarhet omkring priskriteriet at det strider mot lovens § 5 om likebehandling. Det er en forutsetning for at anskaffelsesreglens formål skal bli nådd, at tilbyderne har lik forståelse for konkurransereglementet, slik at tilbudene kan sammenlignes.

Retten kan ikke se at det i anbudskonkurransen er tale om mindre bagatellmessige overtredelser av saksbehandlingen. Det foreligger en slik feil at det er sterke grunner for å sanksjonere mot konkurransen slik den har fremstått, se Ot. prp. Nr. 71 (1997-1998) s. 67.

NII vil ikke være i stand til å sammenligne tilbudene når det er rom for tvil om hvordan tildelingskriteriet pris skal forstås. Priskriteriet er avgjørende for anbudskonkurransen. NII må på bakgrunn av dette avlyse konkurransen, se bl. a. EF-domstolen C-448/01, premiss 95.

Anbudskonkurransen avlyses for produktområde 7, frukt, grønt og poteter.

**Sakskostnader:**

Bama har vunnet saken og har krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2, første jf. annet ledd.

Retten kan ikke se at det foreligger tungveiende grunner som tilsier helt eller delvis fritak for erstatningsansvar etter noen av unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Bjørn A. Immonen har fremlagt en sakskostnadsoppgave på kr 104 700. I tillegg kommer utgifter til kopiering og reiseutlegg ifm. hovedforhandlingen på kr 10 970. Kostnadene knyttet til kopiering og reiseutlegg er det naturlig å fordele likt på hovedsaken og den midlertidige avgjørelsen. Disse kostnadene settes derfor til kr 5 485. I tillegg kommer rettens gebyr med kr. 4300. De totale kostnadene som kreves erstattet er dermed kr 114 485.

Retten legger sakskostnadsoppgaven fra advokat Immonen til grunn som rimelig og nødvendig.

Det er ikke krevd mva.

NII dømmes til å erstatte Bama Gruppen AS sine sakskostnader med kr 114 485 eks. mva.

## SLUTNING

1. Anbudskonkurranse for kjøp av matvarer for levering til Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid med tilbudsfrist 10. februar 2010, avlyses for produktområde 7 – ”Frukt, grønt og poteter”.
2. Aure kommune v/ordfører, Averøy kommune v/ordfører, Eide kommune v/ordfører, Fræna kommune v/ordfører, Gjemnes kommune v/ordfører, Halså kommune v/ordfører, Kristiansund kommune v/ordfører, Rindal kommune v/ordfører, Smøla kommune v/ordfører, Sunndal kommune v/ordfører, Surnadal kommune v/ordfører, Tingvoll kommune v/ordfører og Møre og Romsdal Fylkeskommune v/ fylkesordfører dømmes til å betale kr 114 485 – hundreogfjortentusenfirehundreogåttifem – eks. mva. til Bama Gruppen AS innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

I forbindelse med etterfølgende muntlig forhandling av midlertidig avgjørelse avsies det slik

### **K j e n n e l s e:**

Nordmøre tingrett avsa den 12. mai 2010 kjennelse med slik slutning:

*”1. Aure kommune, Averøy kommune, Eide kommune, Fræna kommune, Gjemnes kommune, Halså kommune, Kristiansund kommune, Rindal kommune, Smøla kommune, Sunndal kommune, Surnadal kommune, Tingvoll kommune og Møre og Romsdal Fylkeskommune skal unnlate å inngå kontrakt med TP Engros AS for produktområde 7 – ”Frukt, grønt og poteter” før spørsmålet om Bama Storkjøkken AS skal avvise fra konkurransen er rettskraftig avgjort for domstolene eller behandlet i Klagenemnda for offentlige anskaffelser.*

*2. Aure kommune, Averøy kommune, Eide kommune, Fræna kommune, Gjemnes kommune, Halså kommune, Kristiansund kommune, Rindal kommune, Smøla kommune, Sunndal kommune, Surnadal kommune, Tingvoll kommune og Møre og Romsdal Fylkeskommune dømmes til å erstatte Bama Storkjøkken AS sine omkostninger med kr 15 000,-.*

Kjennelsen ble avsagt uten at det var gjennomført forutgående muntlige forhandlinger eller at saksøkte fikk anledning til å uttale seg. NII begjærte etterfølgende muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 32-8. Hovedkravet ble trukket inn til pådømmelse sammen med den midlertidige avgjørelse, jf. tvisteloven § 32-9.

Bama påstod avgjørelsen av 12. mai stadfestet, mens NII påstod seg frifunnet. Begge la ned påstand om å få dekket sine sakskostnader.

I forbindelse med den muntlige forhandlingen har Bama anført både at beslutningen om avvisning må oppheves og at konkurransen må avlyses. Avlysning av anbudskonkurransen ble ikke anført ved begjæringen om midlertidig avgjørelse. Det er anledning til å dra inn nye anførsler ved den etterfølgende muntlige forhandlingen og retten forholder seg til det som ble fremført under forhandlingen og som var gjenstand for kontradiktorisk behandling.

Retten står fritt i forhold til kjennelsen av 12. mai 2010, jf. tvisteloven § 32-8, andre ledd.

Vedrørende kravet viser retten til avgjørelsen i hovedsaken. Retten er kommet til at saken må avlyses. Bama har således sannsynliggjort et krav.

Inntil hovedsaken er rettskraftig foreligger sikringsgrunn. Det vises til at kontraktsinngåelse med en annen tilbyder medfører at gjennomføringen av kravet vil bli vesentlig vanskeliggjort. Sett hen til rettens resultat kan det ikke ses at den skade eller ulempe som NII blir påført ved en slik midlertidig avgjørelse, står i åpenbart misforhold til den interesse Bama har i at forføyningen blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1.

Begjæringen blir etter dette tatt til følge. NII må unnlate å inngå kontrakt med TP Engros for produktområde 7 – Frukt, grønt og poteter, inntil hovedsaken er rettskraftig.

Det ble i forbindelse med den midlertidige avgjørelsen anført fra NII at saken måtte bortfalle på bakgrunn av at det var feil rettssubjekt som hadde tatt ut stevning, herunder at Bama Gruppen AS pretenderte at det var de som hadde inngitt tilbud og ikke Bama Storkjøkken AS. Videre at forføyningen var å anse som bortfalt fordi stevning ikke var tatt ut av riktig rettssubjekt innen søksmålsfristen som ble angitt av tingretten, jf. tvisteloven § 34-6.

Retten viser til drøftelsen vedrørende rettslig interesse i hovedsaken overfor og finner at Bama Gruppen AS også har rettslig interesse i saken om midlertidig forføyning. Stevningen anses tatt ut innenfor søksmålsfristen. Den midlertidige forføyningen anses ikke for bortfalt og det er ikke grunn til å avvise kravet.

Retten anser Bama Gruppen AS som part også etter den midlertidige forføyningen.

Bama har lagt ned påstand om at sakskostnadene erstattes av NII. Kravet utgjør kr 34 200 med tillegg av halvparten av reise og kopieringskostnadene, kr 5 485. Gebyret for den midlertidige forføyningen utgjør kr 2 150. De totale sakskostnadene som kreves erstattet er således kr 41 835. Det er ikke krevd mva.

Tvisteloven kap. 20 kommer til anvendelse ved spørsmål om sakskostnader ved midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 32-2.

Bama har vunnet saken og har krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2, første jf. annet ledd.

Retten kan ikke se at det foreligger tungveiende grunner som tilsier helt eller delvis fritak for erstatningsansvar etter noen av unntakene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Sakskostnader tilkjennes med kr 41 835 eks. mva. Retten finner sakskostnadene til grunn som rimelig og nødvendige.

## **S l u t n i n g:**

1. Aure kommune v/ordfører, Averøy kommune v/ordfører, Eide kommune v/ordfører, Fræna kommune v/ordfører, Gjemnes kommune v/ordfører, Halså kommune v/ordfører, Kristiansund kommune v/ordfører, Rindal kommune v/ordfører, Smøla kommune v/ordfører, Sunndal kommune v/ordfører, Surnadal kommune v/ordfører, Tingvoll kommune v/ordfører og Møre og Romsdal Fylkeskommune v/ fylkesordfører skal unnlåte å inngå kontrakt med TP Engros AS for produktområde 7 – ”Frukt, grønt og poteter” før spørsmålet om Bama Gruppen AS skal avvises fra konkurransen eller om konkurransen skal avlyses, er rettskraftig avgjort for domstolene.
  
2. Aure kommune v/ordfører, Averøy kommune v/ordfører, Eide kommune v/ordfører, Fræna kommune v/ordfører, Gjemnes kommune v/ordfører, Halså kommune v/ordfører, Kristiansund kommune v/ordfører, Rindal kommune v/ordfører, Smøla kommune v/ordfører, Sunndal kommune v/ordfører, Surnadal kommune v/ordfører, Tingvoll kommune v/ordfører og Møre og Romsdal Fylkeskommune v/ fylkesordfører dømmes til å erstatte Bama Gruppen AS sine sakskostnader med 41 835 – førtientusenåttehundreogtrettifem – kroner eks. mva.

Retten hevet

Runar Wiik

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

## Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

### Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

#### Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

#### Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.