

BRUDD PÅ ANBUDSREGLENE – OM LEVERANDØRENS KRAV PÅ ERSTATNING FOR DEN POSITIVE KONTRAKTSINTERESSE

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 536
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 17 479 ord

16.04.2012

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	BEGREPSAVKLARING OG AVGRENSNING	2
1.3	RETTSKILDEBILDET	4
1.3.1	LOVER, FORSKRIFTER OG ANBUDSRETTLIGE PRINSIPPER	4
1.3.2	PRAKSIS OG TEORI	7
1.3.3	EØS-AVTALEN OG OG NORSK ANBUDSRETT – DET RETTSLIGE RAMMEVERKET	8
2	ANBUDSPROSEDYREN	12
2.1	INNLEDNING	12
2.2	ANBUDESKONKURRANSEN	12
2.3	TILDELINGSMETODER	15
2.3.1	INNLEDNING	15
2.3.2	BILLIGST ANBUD-PRINSIPPET	16
2.3.3	BEST ANBUD-PRINSIPPET	16
2.4	OPPDRAGSGIVERS TVANGSSITUASJON	17
3	UTGANGSPUNKTET FOR ERSTATNING VED BRUDD PÅ ANBUDSREGLENE	19
3.1	INNLEDNING	19
3.2	DE ALMINNELIGE ERSTATNINGSVILKÅR – GENERELT OG I ANBUDSRETTE	21
3.2.1	INNLEDNING	21
3.2.2	ANSVARSGRUNNLAG	21
3.2.3	ÅRSAKSSAMMENHENG	22
3.2.4	ØKONOMISK TAP	22
4	ERSTATNING ETTER RETTSKRAVSMODELLEN	24
4.1	INNLEDNING	24
4.2	ANSVARSGRUNNLAG	24
4.3	ÅRSAKSSAMMENHENG	26
4.4	ØKONOMISK TAP	27
5	ERSTATNING ETTER SANNSYNLIGHETSMODELLEN	30
5.1	INNLEDNING	30
5.1.1	ERSTATNING I ANBUDSRETTE - UTVIKLINGSLINJEN	30
5.1.2	NUCLEUS-DOMMEN	32
5.2	ANSVARSGRUNNLAG	33
5.2.1	SKJERPET KRAV TIL ANSVARSGRUNNLAG - «VESENTLIG FEIL»	33
5.2.2	NÆRMERE OM BETYDNINGEN AV OPPDRAGSGIVERS SKYLD	35
5.3	ÅRSAKSSAMMENHENG	41
5.3.1	SKJERPET KRAV TIL ÅRSAKSSAMMENHENG – KLAR SANNSYNLIGHETSOVERVEKT	41
5.4	ØKONOMISK TAP	43
5.5	HAR SANNSYNLIGHETSMODELLEN GJORT RETTSKRAVSMODELLEN OVERFLØDIG?	44
6	NYE FØRINGER FRA EU	47
6.1	INNLEDNING	47
6.2	NY PRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN	49
6.2.1	INNLEDNING	49

6.2.2	STRABAG-DOMMEN	50
6.2.3	COMBINATIE-DOMMEN	53
6.3	RETTSTILSTANDEN ETTER STRABAG OG COMBINATIE – MOT ET RENT OBJEKTIVT ANSVAR FOR ANBUDSFEIL?	54
6.3.1	INNLEDNING	54
6.3.2	ANSVARSGRUNNLAG	55
6.3.3	ÅRSAKSSAMMENHENG	57
7	AVSLUTNING	59
8	KILDEFORTEGNELSE	62

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er leverandørens krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anbudsreglene. Anbudsretten er et rettsområde som har undergått vesentlige endringer på kort tid. Fra å være et rettsfelt med liten grad av lovregulering, er anbudsretten i dag preget av et omfattende og komplisert regelverk som er i stadig utvikling. Anbudsrettens dynamiske preg vil være et sentralt tema i det følgende. Hovedproblemstillingen er på hvilke vilkår den forbigåtte leverandør kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse når oppdragsgiver har begått feil i anbudskonkurransen. Formålet med avhandlingen er å presentere gjeldende rett. Videre vil en sentral del av avhandlingen dreie seg om nylig avsagte dommer i EU-domstolen og hvorvidt disse kan anses for å legge nye føringer på erstatningsvilkårene ved brudd på anskaffelsesregelverket.

Anbudsretten slik den fremstår i dag, er i stor grad et EU-rettslig produkt. Det er få andre rettsområder som i form og innhold er så preget av fellesskapsretten som offentlige anskaffelser. I NOU 2012:2¹ konstateres det at: «Reguleringen av kravene til offentlige anskaffelsesprosesser er en av de synligste og viktigste konsekvensene av EØS-avtalen». Begrunnelsen er at før Norge skrev under på Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, heretter kalt EØS-avtalen,² var anbudsretten et lite lovregulert område i norsk rett. Ved inngåelse av EØS-samarbeidet, måtte Norge direkte innta de omfattende anbudsdirektivene som regulerer offentlige anskaffelser. De anbudsrettslige tvister som blir forelagt norske domstoler er dermed i all vesentlighet et spørsmål om hvordan norske anbudsregler skal tolkes og håndheves i samsvar med EU-rettens grunnleggende prinsipper.

Tradisjonelt har det i anbudsretten kun vært mulig å tilkjenne erstatning for den negative kontraktsinteresse, som typisk er de tap en urettmessig forbigått leverandør har lidt i prosessen med å utarbeide og inngi anbudet. Etter hvert ble det imidlertid

¹ NOU 2012:2 Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU pkt. 15.6.1

² Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Offentlige innkjøp er inntatt i avtalens vedlegg XVI.

åpnet for erstatning for den positive kontraktsinteresse, den tapte fortjeneste, men da kun i de tilfeller leverandøren hadde rettskrav på kontrakten. De siste årene har Høyesterett videre åpnet for at en forbigått leverandør kan kreve sin positive kontraktsinteresse dekket også når han ikke kan sies å ha rettskrav på kontrakten, men kan bevise at han med stor grad av sannsynlighet skulle blitt tildelt kontrakten.

1.2 Begrepsavklaring og avgrensning

Partene i en anbudskonkurranse vil i denne fremstillingen kalles oppdragsgiver og leverandør. Oppdragsgiver er den part som lyser ut anbudskonkurransen.

Leverandøren er den part som deltar og leverer sitt utarbeidede anbud. Den leverandør som urettmessig er forbigått i konkurransen, vil her refereres til som den forbigåtte leverandør.

Det er kun offentlige anskaffelser som er tema for denne fremstillingen. I Lov om offentlige anskaffelser³ § 2, heretter kalt anskaffelsesloven, og forskrifter gitt i medhold av denne, blir offentlige oppdragsgivere definert som statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Alle organer som utøver lovgivende, utøvende eller dømmende makt skal anses som offentlige myndigheter.⁴ Det vil si at institusjoner som eksempelvis universiteter og sykehus skal anses som offentlige oppdragsgivere. Med offentligrettslige organer menes selvstendige rettssubjekter som står i et nært tilknytningsforhold til det offentlige. Kort kan det nevnes at det er tre vilkår som må være oppfylt for at oppdragsgiver skal anses som et offentligrettslig organ. I hovedtrekk må organet være et selvstendig rettssubjekt, det må tjene allmennheten og ikke være av forretningsmessig karakter, og det må være kontrollert av offentlige organer.⁵ Det gjelder i første rekke selskaper som er eid av stat, fylkeskommuner eller kommuner, eller på annen måte kontrollert av det offentlige. Også andre oppdragsgivere innen bygge- og anleggskontrakter kan bli omfattet av loven, dersom det offentlige bidrar med tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi. Et eksempel som kan nevnes, er bygging av et idrettsanlegg hvor oppdragsgiver er en ideell organisasjon som ikke i utgangspunktet omfattes av

³ Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69

⁴ Dragsten, 2006 s. 23

⁵ Dragsten, 2006 s. 28

anskaffelsesloven. Staten yter imidlertid et tilskudd til prosjektet som utgjør mer enn 50 prosent av kontraktens verdi, og på denne bakgrunn skal det ifølge anskaffelsesloven § 2 arrangeres en anbudskonkurranse i tråd med lovens regelverk.⁶

I denne avhandlingen er det kun anskaffelser innen de klassiske sektorer som skal behandles. Dette gjelder kontrakter innen varer, tjenester og bygge- og anleggsprosjekter. Det må imidlertid presiseres at i virksomheter innenfor forsyningssektorene, herunder vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon får anskaffelsesloven et videre anvendelsesområde. I forsyningssektoren er også private oppdragsgivere underlagt anbudsreglementet dersom de driver sin virksomhet på grunnlag av konsesjoner fra det offentlige. Forsyningssektoren er underlagt forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene,⁷ heretter kalt forsyningsforskriften.

Fremstillingen må begrenses på flere områder. Det er ikke avhandlingens mål å presentere anbudsreglementet mer inngående enn det som er nødvendig for å kunne diskutere anbudsrettens utvikling og legge grunnlaget for kapitlene om erstatningsansvar. Anbudsrettens regelverk er omfattende, og det ville være langt utenfor fremstillingens ramme å presentere mer enn de viktigste prinsippene i anbudsprosedyren.

I det videre skal anbudsretten som rettsområde presenteres. I kapittel to gis det en oversikt over anbudsprosedyrene og de regler som gjøres gjeldende ved anbudskonkurranser. Kapitlene tre til fem omhandler erstatning. Kapittel tre er innledende med redegjørelser for de alminnelige erstatningsvilkår og hvordan disse ser ut i anbudsretten. I kapittel fire presenteres erstatning etter rettskravsmodellen og i kapittel fem behandles erstatning etter sannsynlighetsmodellen. I kapittel seks vil det bli gjort rede for ny relevant rettspraksis fra EU-domstolen og videre bli diskutert i hvilken grad disse legger føringer på gjeldende rett i Norge.

⁶ Dragsten, 2006 s. 30

⁷ Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene 7. april 2006 nr. 403

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Lover, forskrifter og anbudsrettslige prinsipper

Anskaffelsesloven, og forskrifter gitt i medhold av denne, er det gjeldende regelverket for offentlige anskaffelser. Anskaffelsesloven er en rammelov, hvor paragrafene er få og generelt utformet. Det omfattende og til dels kompliserte regelverket er fastsatt i forskriftene. Det er trolig praktiske og politiske årsaker som er bakgrunnen for dette. En dynamisk EU-rett under stadig forandring fordrer en enkel måte å iverksette de nye reglene på. Forskriftsendringer kan Regjeringen foreta uten å måtte innhente godkjenning fra Stortinget.

Den første anskaffelsesloven ble vedtatt i november 1992, trådte i kraft i januar 1994 og var en ren gjennomføring av EØS-direktivene for offentlige anskaffelser. At EØS-direktivene ble inntatt direkte, resulterte i at rettsanvenderne oppfattet regelverket som komplisert og lite enhetlig.⁸ Derfor ble det vedtatt en full revisjon av loven, og resultatet ble en ny lov om offentlige anskaffelser i 1999 som trådte i kraft i 2001. Forarbeidene til loven er NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser og Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser. Da den nye anskaffelsesloven ble vedtatt i 1999 ble den samtidig supplert med egne nasjonale bestemmelser som får anvendelse når det gjelder uprioriterte tjenester,⁹ håndhevelse og kontroll og anbudskonkurranser under de såkalte terskelverdiene. Det er i loven definert en rekke terskelverdier som angir hvorvidt det er EØS-reglene eller de nasjonale regler som skal komme til anvendelse ved anbudskonkurransene.¹⁰ Mer om terskelverdiene finnes i neste kapittel.

De klassiske sektorer er regulert av anskaffelsesloven og Forskrift om offentlige anskaffelser,¹¹ heretter kalt anskaffelsesforskriften. I forskriftens § 1-1, fremkommer det at formålet med regelverket er å: «... sikre mest mulig effektiv ressursbruk ...». For å sikre dette, er det gitt en rekke regler i anskaffelsesforskriften med blant annet

⁸ NOU 2012:2 pkt. 15.6.2

⁹ Uprioriterte tjenester omfatter blant annet hotell- og restaurantvirksomhet, tjenester vedrørende undervisnings- og yrkesutdanning og helse- og sosialtjenester. NOU 2010:2 pkt. 11.2.1

¹⁰ NOU 2012:2 pkt. 15.6.1

¹¹ Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402

krav til god forretningsskikk, korrekt saksbehandling, ivaretagelse av miljøhensyn og sikring av hensynene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Det gjelder også et utstrakt ikke-diskrimineringsprinsipp for hele anbudsretten, et prinsipp som er et av de viktigste grunnpilarene i EØS-avtalen.

Som nevnt kan private oppdragsgivere selv velge fremgangsmåte hvis det avholdes anbudskonkurranse. Det eksisterer imidlertid en standardavtale, NS 8400,¹² som private aktører kan benytte. Private anbudskonkurranser skal ikke berøres nærmere her, men det er hensiktsmessig å poengtere at det er betydelige likheter mellom standarden og anskaffelsesregelverket. De grunnleggende prinsippene er sammenfallende. Før vi fikk forløperen til NS 8400, NS 3400 i 1972, og den første anskaffelsesloven i 1992, utviklet det seg ulike ulovfestede prinsipper som ble bærebjelkene i anbudsretten. All den tid anbudsretten ikke var lovregulert, var det prinsippene som la føringer på oppdragsgivers plikter i anbudskonkurranser. I anskaffelsesforskriften § 3-1 (6) heter det at: «Konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk». De to viktigste prinsippene for god anbudsskikk, er likebehandlingsprinsippet og forhandlingsforbudet. Likebehandlingsprinsippet legger føringer på at anbudskonkurransen skal avholdes slik at alle leverandørene som utarbeider anbud skal få like muligheter til å nå fram.¹³ Leverandørene skal for eksempel vurderes etter de samme kriteriene, forholde seg til samme frist og få samme informasjon i løpet av konkurransen.¹⁴ Forhandlingsforbudet skal hindre at anbudene endres etter at fristen er gått ut. De utarbeidede anbud skal stå fast gjennom hele anbudsprosessen og det er således et forbud mot at oppdragsgiver inngår forhandlinger med én eller flere leverandører underveis i konkurransen.¹⁵ Kort kan det videre nevnes at krav til anonymitet og forsvarlig saksbehandling er to prinsipper som står sentralt for gjennomføring av anbudskonkurranser.¹⁶

¹² NS8400 Regler for anskaffelser til bygg og anlegg ved anbudskonkurranser. Kom i september 2005.

¹³ Simonsen, 1997 s. 539

¹⁴ Simonsen, 1997 s. 539

¹⁵ Simonsen, 1997 s. 541

¹⁶ Simonsen, 1997 s. 539-541

Det må presiseres at det i skrivende stund foreligger et nytt forslag til vesentlige endringer av sanksjonsreglene i anbudsretten. 11. november 2011¹⁷ fremla Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet et lovforslag¹⁸ om endringer i anskaffelsesloven. Lovforslaget gjennomfører EUs nye håndhevelsesdirektiv fra 2007.¹⁹ Forslagene berører sentrale regler om sanksjonsmulighetene i loven. Hensikten bak de foreslåtte endringene er å gjøre det enklere for leverandører å sikre sine rettigheter i anbudskonkurransen. Den viktigste endringen er at domstolene kan gripe inn i en kontrakt som er inngått etter alvorlige brudd på anskaffelsesreglene og kjenne den «uten virkning», altså ugyldig.²⁰ Gjeldende rett åpner ikke for å gripe inn i allerede inngåtte kontrakter, her overlates den forbigåtte leverandør til å kreve erstatning. Domstolene har med hjemmel i anskaffelsesloven § 8 adgang til å beslutte midlertidig forføyning *før* kontrakt er inngått, men nå foreslår departementet å styrke dette vernet.

Det foreslås videre å innføre påbudte karensdager fra kunngjøring av valgt leverandør til kontrakt tegnes, og inngåelse av kontrakt suspenderes automatisk dersom en leverandør oppretter klagesak. Påbudet om karensdager kan imidlertid anses for å være en konkretisering av gjeldende rett, da anskaffelsesforskriften § 13-2 og § 22-3 krever at oppdragsgiver gir skriftlig varsel om hvilken leverandør som tildeles kontrakten i «rimelig tid» før kontrakten tegnes. Det foreslås videre at domstolene skal kunne avkorte kontraktens løpetid og ilegge overtredelsesgebyr.²¹ Endelig må det nevnes at departementet foreslår at KOFA skal gå tilbake til å være et rent rådgivende tvisteløsningsorgan, da sanksjonsmidlene kun skal utøves av domstolene.²² Lovendringene kan tre i kraft allerede 1. juli 2012. Det presiseres imidlertid at det er gjeldende rett som blir lagt til grunn i denne fremstillingen.

¹⁷ Lovforslaget finnes i sin helhet på www.regjeringen.no. Fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

¹⁸ Prop. 12 L (2011-2012): Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).

¹⁹ Direktiv 2007/66/EF

²⁰ Vesterkjær og Gunnarsdóttir, www.thommesen.no 2010 s. 21. Fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

²¹ Prop. 12 L (2011-2012) s. 5

²² Dette innebærer at KOFA ikke lenger kan ilegge overtredelsesgebyr. Det nye håndhevelsesdirektivet krever obligatoriske sanksjoner, slik at det blir domstolenes oppgave å ilegge gebyrer ved overtredelse av regelverket.

1.3.2 Praksis og teori

Etter at det nye regelverket ble gjort gjeldende gjennom EØS-avtalen, er det blitt avsagt en rekke høyesterettsdommer som direkte berører brudd på anbudsrettens regelverk. Disse dommene vil bli sentrale i avhandlingen, både når det gjelder anbudsrettens materielle sider og i diskusjonen om forholdet mellom EØS-retten og nasjonal sanksjonering av anbudsfeil.

Når det gjelder fellesskapsdomstolene, er Norge forpliktet til å legge vekt på de rådgivende uttalelser og dommer som avgis av EU-domstolen og EFTA-domstolen. At EU-domstolens praksis skal tillegges vekt, kommer direkte til uttrykk gjennom EØS-avtalen. I avtalens artikkel 6 heter det at når norske domstoler anvender lovregler som berører fellesskapsretten direkte eller indirekte, skal disse: «fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som Den europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale».²³ På denne måten blir rettspraksis fra EU-domstolen også en viktig rettskildefaktor når de nasjonale domstolene tolker og anvender EØS-reglene. Selv om EØS-avtalen i utgangspunktet kun hjemler et lojalitetskrav overfor dommer avsagt *før* signering av avtalen, er det sikker rett at tilsvarende vekt legges på de dommer som avgis av EU-domstolen i dag. Dette kommer eksplisitt til uttrykk i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, heretter forkortet ODA, artikkel 3, som er hjemmel for EFTA-domstolen.²⁴ Domstolen er opprettet av EFTA-statene og har til formål å fremme lik forståelse og anvendelse av EØS-avtalen og skal:

«ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen, og som berører fortolkningen av EØS-avtalen (...)».²⁵

Betydningen av EU-domstolen praksis kommer derfor frem av både EØS-avtalen og ODA. EØS-avtalen og ODA hjemler imidlertid ikke et domstolhierarki.²⁶ Formelt sett er ikke Høyesterett underlagt verken EU-domstolen eller EFTA-domstolen. At norske

²³ EØS-avtalen artikkel 6

²⁴ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad, 2005 s. 152

²⁵ ODA art. 3

²⁶ Graver, 2005 s. 577

domstoler ikke er underlagt EU-domstolen følger direkte av at Norge ikke er medlem av EU. Men heller ikke EFTA-domstolen har en slik posisjon. Dette kommer frem i fortalen til ODA, ved at formålet om rettsenhet og lik tolkning av EØS-avtalen skal skje «med full respekt for domstolenes uavhengighet». Men selv om det ikke eksisterer et slikt hierarki, har det i praksis utviklet seg en norm der norske domstoler i betydelig grad legger vekt på EU-domstolens avgjørelser i sin forståelse og anvendelse av EU-rettslige regler.²⁷

Etter hvert har det også kommet til en rikholdig praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser, heretter forkortet KOFA. Klagenemnda ble opprettet i 2003 for å sikre en raskere og rimeligere klagebehandling for partene i offentlige anskaffelser. Det fremkommer i forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelsers²⁸ formålsparagraf²⁹ at tvister skal «løses på en effektiv, uhildet og grundig måte». I 2011 behandlet KOFA 286 saker.³⁰ KOFA består av 10 regjeringsutnevnte nemdsmedlemmer. Nemnda kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsesverdien, men denne avgjørelsen kan overprøves av domstolene. I følge NOU 2010:2,³¹ har KOFA vist seg å være et effektiv tvisteløsningsorgan som har lyktes i å avlaste domstolene for en rekke søksmål.

Viktige teoretiske bidrag på abudsrettens område vil bli aktivt brukt som støtteargumenter i drøftelsene. Som det vil fremgå av de ulike tema som berøres, hersker det tvil om sentrale spørsmål knyttet til anbudsrettens ansvarsgrunnlag og forholdet til EU-retten. Av denne grunn er juridiske teoretikere viktige bidragsytere til rettslig forståelse og anvendelse.

1.3.3 EØS-avtalen og norsk anbudsrett – det rettslige rammeverket

Som nevnt har anbudsretten tradisjonelt vært lite lovregulert i norsk rett. De store endringene på dette området skyldes først og fremst EØS-avtalens regler om

²⁷ Rt. 2000 s. 1811

²⁸ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288

²⁹ § 1

³⁰ www.kofa.no

³¹ NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

offentlige anskaffelser og senere WTO-avtalen.³² Norge implementerte fire prosedyredirektiver for offentlige anskaffer, herunder for varer («supplies»), tjenester («services»), entreprise-kontrakter («works») og kontrakter innen forsyningssektorene («utilities»). I 2004 samordnet imidlertid EU prosedyrene for varer, tjenester og entreprise-kontrakter, så nå reguleres offentlige anskaffelser av ett direktiv for forsyningssektoren³³ og ett for de øvrige klassiske sektorer.³⁴ I tillegg reguleres anbudsretten av håndhevelsesdirektivene for henholdsvis klassisk sektor³⁵ og forsyningssektoren.³⁶ Det gamle håndhevelsesdirektivet ble erstattet av et nytt direktiv i 2007,³⁷ men dette gjennomføres ikke i norsk rett før tidligst juli 2012. I det følgende vil dette imidlertid ikke ha noen prinsipiell betydning, da det nye direktivet ikke inneholder endringer som får betydning for de spørsmål som diskuteres i denne avhandlingen.

De EU-rettslige anskaffelsesdirektivene ble først implementert i norsk rett gjennom anskaffelsesloven av 1992 og tilhørende forskrifter med EØS-avtalen i 1994. Samtidig ble EØS-avtalen hoveddel inkorporert i sin helhet og gjort til norsk lov med Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, heretter kalt EØS-loven.³⁸ I lovens § 2 heter det at «Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Det vil si at ved motstrid skal EØS-reglene gis forrang, samt at «alle generelle eller særlige tiltak» etter EØS-loven § 3, skal harmoniseres med EU-retten. Lovgiver og domstolene er dermed forpliktet til å ta hensyn til EØS-samarbeidet når det utvikles nye lover og regler og når disse skal tolkes og anvendes.

De viktigste prinsippene som har innvirkning på reguleringen av anbudsretten er artikkel 4 om forbudet mot diskriminering, artikkel 8 om fri bevegelse av varer og

³² Government Procurement Agreement – GPA trådte i kraft i 1996

³³ Dir 2004/17/EØF

³⁴ Dir 2004/18/EF

³⁵ Dir 89/665/EF

³⁶ Dir 92/13/EF

³⁷ Dir 2007/66/EF

³⁸ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) 27. november 1992 nr. 109

artiklene 53 og 54 om fri konkurranse. Hele unionens økonomiske samarbeid er forankret i de fire friheter som forplikter medlemsstatene til å sikre fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital.³⁹ Effektivitetsprinsippet og prinsippet om ikke-diskriminering står sentralt, da det er virkemidlene for å gjennomføre fellesskapsretten i nasjonal rett.

Norsk anbudsrett og de hensyn som ligger bak reglementet gjenspeiler de overordnede mål som er definert i EU-direktivene om offentlige anskaffelser. Det uttalte målet er å få til en konkurransepreget anskaffelsesprosess, først og fremst for å sikre effektivitet, optimal ressursutnyttelse og ikke-diskriminering mellom leverandører.⁴⁰ I forarbeidene til anskaffelsesloven var en del av mandatet til utvalget i NOU 1997:21 å kartlegge i hvilken utstrekning anskaffelsesreglementet kunne legge til rette for effektiv ressursbruk og samtidig ivareta andre samfunnsmessige behov. Utvalget vektla hensyn som: «bekjempelse av svart arbeid, økning av antall lærlingplasser, ivaretagelse av helse-, miljø- og sikkerhetsbestemmelser på arbeidsplassene og bedring av miljøet».⁴¹

Det er videre antatt at anbudskonkurranser også vil få de aktuelle leverandørene til å strekke seg optimalt for å oppfylle kriteriene og bli tilbudt kontrakten. Når konkurransedeltakerne innretter seg i tillit til at oppdragsgiver følger spillereglene og tildeler kontrakten til leverandøren med det beste anbudet, er tanken at alle parter «gir alt» og sammen skaper de beste rammer for oppdraget.

I skrivende stund pågår det en ny revisjonsprosess av anbudsdirektivene. EU ytrer ønske om å modernisere regelverket og høsten 2011 ble det arrangert flere konferanser hvor forslag til endringer ble presentert. Europakommisjonen utarbeidet en grønbok (Green Paper)⁴² med forslag til endringer og en oppfordring til medlemsstatene om å komme med sine innspill. Norske myndigheter foreslo at regelverket burde bli enklere, og fremhevet spesielt ønsket om å forenkle og tydeliggjøre utformingen av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Fornyings-

³⁹ Sejersted et al., 2005, s. 58

⁴⁰ Anskaffelsesloven §§ 1 og 5

⁴¹ NOU 1997:21 kap. 7.1

⁴² Grønboken finnes i sin helhet på <http://ec.europa.eu>. Se fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

administrasjons- og kirke departementet foreslo⁴³ også at det burde bli en videre adgang for oppdragsgiver til å forhandle med leverandørene underveis i anbudskonkurransen. I slutten av desember 2011 fremla Europakommisjonen det ferdige forslag⁴⁴ til nytt direktiv i klassisk sektor og forsyningssektoren, samt et nytt direktiv om konsesjonskontrakter. Det legges opp til at de reviderte direktivene skal gjelde i EU-statene allerede ved utgangen av juni 2014.

⁴³ www.regjeringen.no, se fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

⁴⁴ Forslaget finnes i sin helhet på <http://ec.europa.eu>. Se fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

2 ANBUDSPROSEDYREN

2.1 Innledning

Anbudskonkurranser er en særegen måte å inngå kontrakter på. Kontraheringsaspektet fordrer egne regler utover de alminnelige regler for avtaleinngåelse etter tilbud-aksept-modellen i Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, heretter kalt avtaleloven.⁴⁵ Av denne grunn er det behov for en egen regulering som ivaretar partenes interesser i en anbudskonkurranse.

Anskaffelsesregelverket ble utviklet for å stimulere til effektivitet, fri konkurranse og ikke-diskriminering ved anbudskonkurranser. Lovgivningen gir leverandørene rettigheter, og stiller strenge krav til oppdragsgiver gjennom hele anbudsprosessen. I anskaffelsesforskriften settes det opp en rekke regler om krav til kommunikasjon, frister, kunngjøring, de ulike fremgangsmåtene og hvordan konkurransen skal settes i gang og avsluttes. Det er også klare føringer på hvordan kriteriene skal utformes og hvordan tildelingen skal skje i overensstemmelse med disse.

2.2 Anbudskonkurransen

Anbudskonkurranser er i det vesentlige brukt ved kontrakter av stor verdi. En avtale basert på anbud kommer i stand ved at oppdragsgiver først utarbeider en anbudsinvasjon til de aktuelle leverandørene. I disse dokumentene er det viktigste å definere tildelingskriteriene som skal gjelde i konkurransen. De ulike leverandørene utarbeider sine anbud og leveres disse til oppdragsgiver innen anbudsfriksen. Etter denne fristen er anbudene bindende tilbud som ikke kan trekkes tilbake.

Anbudskonkurranser kan være åpne eller begrensede. I åpne anbudskonkurranser kan alle leverandører delta, mens i begrensede konkurranser foretar oppdragsgiver en prekvalifisering. Her velger oppdragsgiver ut leverandørene som etter en forutgående kunngjøring har meldt sin interesse i konkurransen. Prekvalifiseringen baseres på fastsatte kvalifikasjonskrav, herunder for eksempel leverandørens økonomi, erfaring

⁴⁵ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4 kapittel 1

og bemanning. Formålet med en slik prosess er å velge ut de leverandører som er kapable til å utføre oppdraget.

Som nevnt ovenfor, kommer ikke de omfattende EØS-reglene til anvendelse på alle offentlige anskaffelser. Anskaffelser under en viss verdi reguleres av særlige norske regler. I anskaffelsesforskriften er det definert en rekke terskelverdier, som kan sies å gå i tre nivåer og er avgjørende for hvilke regler som skal gjelde for de enkelte anbudskonkurranser. Det første nivået omfattes av den nasjonale terskelverdien for offentlige anskaffelser som er 500 000 kr. Anskaffelser under denne verdien undergår en generell regulering gjennom anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I. Videre vil EØS-terskelverdiene bestemme hvorvidt oppdragsgiver må følge den EØS-rettslige reguleringen i del III eller om anbudskonkurransen kan avholdes etter de noe mindre kompliserte reglene i del II. De mest sentrale terskelverdiene i denne sammenheng, er vare- og tjenestekontrakter for sentrale statlige etater på 1 million kroner, og 1,6 millioner for andre oppdragsgivere, samt bygge- og anleggskontrakter med terskelverdi på 40,5 millioner. Det vil i praksis si at mange av de offentlige anskaffelsene som til enhver tid utlyses av det offentlige, ikke berøres av EØS-reglene.

Ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene må det avholdes åpne eller begrensede anbudskonkurranser uten forhandlinger. Valg av anbudsprosedyrer med forhandlingsaspekter kan kun skje om særlige vilkår er oppfylt. Det skilles her mellom prosedyrene «konkurranspreget dialog» og «konkurranse med forhandling», sistnevnte som konkurranse etter⁴⁶ eller uten⁴⁷ forutgående kunngjøring. En oppdragsgiver kan avholde en anbudskonkurranse etter modellen konkurransepreget dialog dersom det gjelder tildeling av særlig komplekse kontrakter.⁴⁸ Etter anskaffelsesforskriften § 14-2 (2) gjelder dette de tilfeller når det ikke er objektivt mulig å presisere vilkårene eller når det ikke er mulig å presisere de rettslige og finansielle forholdene i forbindelse med oppdraget. Ved anbudskonkurransene med forhandling er reglene mer kompliserte og lar seg ikke gjengi i detalj. Kort kan det imidlertid påpekes at hovedtrekkene i unntaket er de tilfeller hvor det ikke foreligger

⁴⁶ Anskaffelsesforskriften § 14-3

⁴⁷ Anskaffelsesforskriften § 14-4

⁴⁸ Anskaffelsesforskriften § 14-2

anbud, eller at anbudene som er kommet inn ikke tilfredsstillende de krav som stilles i anbudsgrunnlaget, hvor kontraktens art eller risiko ikke tillater nøyaktig prisfastsettelse på forhånd eller hvor det ikke kan fastsettes klare spesifikasjoner i kontrakten allerede ved anbudsåpningen. Endelig kan det nevnes at det også kan gjøres unntak for særlige tilfeller hvor kontrakten må anses som tilleggsarbeider av en forutgående kontrakt, eller at varene kan anskaffes på særdeles fordelaktige vilkår eller hvor kunstneriske eller tekniske grunner taler for at kun en bestemt leverandør kan utføre oppdraget.

Forhandlingsforbudet er altså den uomtvistelige hovedregel. Ved anskaffelser under EØS-terskelverdiene står oppdragsgiver mer fritt og kan selv velge forhandlingsprosedyre. Bakgrunnen for terskelverdiene er hensynet til proporsjonalitet. Anbudskonkurransen skal stå i forhold til kontraktens størrelse. Ved mindre anskaffelser skal oppdragsgiver spares for å starte en omfattende og ressurskrevende anbudskonkurranse etter EØS-reglene. Anskaffelsesforskriftens alminnelige regler⁴⁹ om hvilke krav en skal stille til leverandørene gjelder imidlertid for alle typer offentlige anskaffelser uavhengig av terskelverdier.

En annen viktig regel som må nevnes, er at anskaffelsesforskriften § 22-1 gir oppdragsgiver rett til å avlyse konkurransen, samt rett til å forkaste alle anbud. Ved avlysning av en anbudskonkurranse vil årsaken som regel ligge hos oppdragsgiver.⁵⁰ Det vil kunne oppstå omstendigheter som gjør det lite hensiktsmessig å fullføre prosjektet. Ved totalforkastelse ligger som regel årsaken hos leverandørene, da det relateres til de innkomne anbud. Ved anbudsfristens utløp kan det vise seg at ingen av anbudene tilfredsstillende kravene som fremgår av anbudsgrunnlaget eller at samtlige anbudene har en pris som går ut over prosjektets økonomiske ramme.⁵¹

Både når oppdragsgiver vil avlyse en konkurranse eller forkaste samtlige anbud, er det et krav at det foreligger *saklig grunn*. Regelen kan fungere som en sikkerhetsventil for oppdragsgiver, da det ikke foreligger en ubetinget plikt til å slutføre anbudsprosessen og inngå kontrakt. Kravet til saklig grunn skal ivareta

⁴⁹ Anskaffelsesforskriften kapittel 3

⁵⁰ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 1218

⁵¹ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 1227

leverandørens interesser, da utarbeidelsen av anbud er forbundet med en ikke ubetydelig ressursbruk.⁵² I Rt 2001, s. 473 drøftet Høyesteretts kjæremålsutvalg om hva som etter loven skulle forstås som «saklig grunn» ved avlysning av en anbudskonkurranse:

«Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva byggherren ønsket å oppnå med den. (...) Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime. I hvert fall må dette som utgangspunkt være en grunn som ikke gir grunnlag for å sette avlysningen til side».⁵³

Det kommer her klart fram at økonomiske og forretningsmessige grunner for avlysning kan anses som saklige. Det påpekes imidlertid at om avlysningssgrunnen kunne forutses, ville trolig leverandørene ha rett til erstatning. Hensynet bak kravet til saklig grunn er at en oppdragsgiver ikke skal kunne bruke anbudskonkurranser for å «teste» markedet, da det å regne på anbud ofte er en ressurskrevende prosess for leverandørene.

2.3 Tildelingsmetoder

2.3.1 Innledning

Oppdragsgivers valgfrihet er vesentlig begrenset gjennom anbudsreglene. Anskaffelsesloven med forskrifter hjemler en rekke regler som setter skranker for oppdragsgivers skjønnsfrihet når leverandør skal velges. Formålet med anbudsreglene er å skape likebehandling, og gjennom et regelstyrt tildelingssystem legges det til rette for ressursmobilitet på tvers av landegrensene innen EØS-området. I grove trekk er det i anskaffelsesforskriften § 13-2 (1) definert to prinsipper for hvordan oppdragsgiver kan binde seg til utvelgelse basert på fastlagte kriterier: «utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen» eller «det økonomisk mest fordelaktige» tilbudet.

⁵² Dragsten og Lindalen, 2005 s. 1218

⁵³ Rt. 2001 s. 773 s. 780

2.3.2 Billigst anbud-prinsippet

En oppdragsgiver som baserer anbudskonkurranser utelukkende på billigst anbud-prinsippet, må tildele kontrakten til den leverandør med den laveste anbudssummen. Anbudskonkurranser basert på dette anbuksregimet utgjør en forenklet tildelingsmodell som utelukkende vurderer anbudene etter priskriteriet. Andre kvantitative kriterier enn pris, som for eksempel tid og mengde, kan også anvendes etter denne modellen.

En må anta at et slikt prinsipp for tildeling i mange tilfeller vil fremstå som lite attraktivt for oppdragsgiver, da han skriver fra seg muligheten for valgfrihet. Det er også slik at billigst anbud forekommer sjelden i norske anbudskonkurranser.⁵⁴ På den annen side er dette en tildelingsmodell som enkelt lar seg kontrollere av domstoler og andre klageorgan, og en slik modell vil kunne bidra til å presse prisene ned og gjøre anskaffelsene rimeligere. Men det er samtidig ikke utelukket at en billigst anbudskonkurranse kan gå på bekostning av leveransens kvalitet og andre viktige kriterier som utelates i vurderingen. Hvis en er forpliktet til å velge det billigste anbudet, kan ikke oppdragsgiver i selve anbudskonkurransen definere kriterier som kapasitet, kompetanse, sikkerhet og leverandørens økonomiske situasjon. Likevel vil oppdragsgiver kunne føre en viss kontroll ved å oppstille en rekke krav til ytelsen. Leverandøren anbud må tilfredsstille de krav som kontrakten oppstiller, hvis ikke vil anbudet avvises selv om det skulle være det billigste.

2.3.3 Best anbud-prinsippet

En anbudskonkurranse som tar utgangspunkt i best anbud-prinsippet forplikter oppdragsgiver til å vurdere anbudene etter kriteriet «det økonomisk mest fordelaktige» tilbudet.⁵⁵ Dette kan sies å være:

«en videreføring av prinsippet om ”best valuta for pengene” som er en fellesskapsrettslig grunntanke bak anskaffelsesreglene. På denne bakgrunn er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet antatt å være det tilbudet som gir det optimale forholdet mellom lav pris og høy kvalitet».⁵⁶

⁵⁴ Simonsen, 1997 s. 707

⁵⁵ Anskaffelsesforskriften §§ 13-2 (1) og 22-2 (1)

⁵⁶ Trygstad, 2006 s. 31

Anskaffelsesforskriften hjemler en rekke krav til hvilke tildelingskriterier som kan inngå i anbudsgrunnlaget. Kriteriene skal være fastlagt på forhånd og kan ikke endres underveis i anbudsprosessen. Oppdragsgiver kan heller ikke trekke et tildelingskriterium ut av vurderingen, i motsatt fall kunne han manipulert konkurransen ved å gi enkelte anbud konkurransefortrinn.⁵⁷ Videre står ikke oppdragsgiver fritt når han skal definere kriterier. Anskaffelsesforskriften § 22-2 stiller krav til at kriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden og således være egnet til å kunne identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre kan ikke kriterier som er benyttet i prekvalifiseringen igjen benyttes i anbudskonkurransen.⁵⁸ At mange oppdragsgivere trår feil her, gjenspeiles i den rikholdige KOFA-praksisen om ulovlige tildelingskriterier.⁵⁹

2.4 Oppdragsgivers tvangssituasjon

I kontraktsretten vil en part som står overfor sanksjoner for rettsbrudd, kunne velge en sikker løsning for å unngå tvist. En selger kan velge å ettergi kjøpers krav, eller to parter kan forhandle seg frem til et kompromiss. Dette stiller seg annerledes for oppdragsgiver i en anbudskonkurranse. Hvor en kontraktspart kan velge en trygg løsning, for å fri seg fra ansvar, ender oppdragsgiver opp i en tvangssituasjon. Simonsen⁶⁰ bruker eksempelet om kontraktsparten som vurderer misligholdsbeføyelser, men velger å avstå fra dette fordi han vurderer sin rettsstilling som usikker. I en anbudskonkurranse, derimot, står oppdragsgiver i et flerpartsforhold der leverandørene konkurrerer om det samme rettsgodet. En avgjørelse i anbudskonkurransen vil som regel alltid være til gunst for en leverandør, og samtidig til ugunst for de andre, og oppdragsgiver risikerer søksmål fra samtlige. Avvisning av anbud kan tjene som eksempel. Dersom det foreligger feil eller mangler ved et anbud, kan oppdragsgiver være i tvil om hvorvidt anbudet skal avvises. Velger han å avvise, må han regne med søksmål fra den leverandøren som blir avvist. Velger han den motsatte løsningen, ikke å avvise anbudet, må han regne med søksmål fra én eller flere av de andre anbyderne. Simonsen⁶¹ beskriver det som at det ikke finnes en

⁵⁷ Trygstad, 2006 s. 43

⁵⁸ Anskaffelsesforskriften § 20-1

⁵⁹ Se for eksempel KOFAs uttalelser i 2011/353 og 2010/357

⁶⁰ Simonsen, 1997 s. 753

⁶¹ Simonsen, 1997 s. 754

«trygg havn som den forsiktige aktør kan søke inn til». Krüger deler Simonsens oppfatning:

«Siden tildeling til en av anbyderne betyr avslag for de øvrige, er beslutningsprosessen en "knivsodd" balansemanøver: de valg som skal treffes vil uansett bety tap for den eller dem som ikke oppnådde kontrakt».⁶²

Prosedyreregelverkets krav til gjennomføring av anbudskonkurranser dersom ikke saklig grunn for avlysning eller totalforkastelse er tilstede, skaper derfor en betydelig risiko for søksmål og mulig erstatningsansvar.

⁶² Krüger, 2001 s. 265

3 UTGANGSPUNKTET FOR ERSTATNING VED BRUDD PÅ ANBUDSREGLENE

3.1 Innledning

I et avtalerettslig perspektiv kommer anbud retten i en særstilling. Det er ikke kommet i stand en bindende avtale, men anbudskonkurransen etablerer rettigheter og plikter mellom partene. Erstatning innen anbud retten hører under det prekontraktuelle ansvar som vedrører prosessen frem til inngåelse av kontrakt. Simonsen beskriver det generelle prekontraktuelle ansvar som utslag av en lojalitetsplikt som setter skranke for parters handlefrihet under kontraheringsprosessen.⁶³ Den generelle prekontraktuelle lojalitetsplikten er «rotfestet i partenes forventninger om en atferd som i rimelig grad reflekterer ønsket om kontraktsslutning».⁶⁴ I en anbudskonkurranse er leverandørene konkurrerende parter om det samme rettsgodet, så her dreier lojalitetsnormen seg mer om forventningen til at de prekontraktuelle spillereglene, herunder anbudregelverket, blir fulgt. «Hvilke forventninger som er skapt hos den annen, utgjør dermed det grunnleggende element i lojalitetsvurderingen. Lojalitet og tillit blir to sider av samme sak».⁶⁵ Ansvar i anbud retten må likevel ses som en særlig gren under det prekontraktuelle ansvar, da lojalitetsprinsippet blir supplert av anbud rettens egen regulering. Lojalitetsprinsippets kjerne, forventningsgrunnlaget, er således blitt videreutviklet med anbud regelverket.

Det prekontraktuelle ansvar bygger på alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, selv om ansvarsformen ikke eksklusivt lar seg plassere verken i deliktsretten eller kontraktsretten.⁶⁶ I kontraktsretten hører det prekontraktuelle ansvar ikke hjemme, da det ikke er sluttet noen bindende avtale. Ansvarsformen er heller ikke et typisk tilfelle innen deliktsretten. I deliktsretten vurderes skadevolders handling mot foreliggende risiko. Ved anbudskontrahering mellom parter med motstridende interesser, er det nødvendigvis slik at de leverandørene som ikke blir tildelt kontrakt sitter igjen med økonomisk tap. Det er ressurskrevende å regne på anbud. Av denne grunn kan ikke

⁶³ Simonsen, 1997 s. 7

⁶⁴ Simonsen, 1997 s. 41

⁶⁵ Simonsen, 1997 s. 171

⁶⁶ Simonsen, 1997 s. 168

det faktum at leverandøren har lidt økonomisk tap ved å ikke få kontrakten, i seg selv fører til erstatningsansvar. Det er kun den forbigåtte leverandør som kan fremme erstatningskrav. Erstatning ved anbudsfeil kommer derfor i en særstilling, men prinsipielt må det sies å høre under deliktsretten. Begrunnelsen for reglene er vernet av leverandørens berettigede forventning til at spillereglene blir fulgt.⁶⁷

Oppdragsgiver er forpliktet til å fastsette et sett med kriterier som skal ligge til grunn for vurderingen av innkomne tilbud og tildeling av kontrakt. Anskaffelsesforskriften hjemler en rekke krav som kan gjøres gjeldende overfor oppdragsgiver. Hovedfokuset er imidlertid ikke selve kravene. Temaet er oppdragsgivers plikt til å basere anbudskonkurransen utelukkende på de kriterier som er fastsatt i anbudsdokumentene samt de konsekvenser som følger ved brudd på regelverket. Tildelingskriteriene danner grunnlaget for den forventning leverandørene har til gjennomføringen av konkurransen, og det er denne forventningen til at anbudsreglementet blir fulgt som er hovedtema for erstatningsspørsmålet. Anbudsreglementet kan således karakteriseres som et sett med spilleregler:

«Spillereglene kan anses som en særegen type ”forkontrakt” eller prosedyreregler – der det særegne ligger i at kjøper/anbudsinbyder flagger disse reglene på en slik måte at det skapes berettigede forventninger om hvordan kontraktstildelingen er tenkt gjennomført».⁶⁸

Dersom forventningene knyttet til spillereglene i anbudskonkurransen er berettigede, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig hvis han ikke tilbyr kontrakten til den leverandøren som har rettskrav på kontrakt eller etter en totalvurdering har det beste tilbudet. Krüger beskriver forventningsgrunnlaget som en forventning om korrekt opptreden fra oppdragsgivers side:

«Anbudsinbyderen skaper ensidig dispositivt berettigede forventninger om profesjonell opptreden – og pådrar seg erstatningsansvar uavhengig av hvem som i siste runde kommer over målstreken ved å oppnå kontrakt».⁶⁹

⁶⁷ Simonsen, 1997 s. 798

⁶⁸ Krüger, 2001 s. 262

⁶⁹ Krüger, 2001 s. 284

3.2 De alminnelige erstatningsvilkår – generelt og i anbudsretten

3.2.1 Innledning

Det er tre alminnelige vilkår som må være oppfylt for at skadelidte kan få tilkjent erstatning. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, det må være en adekvat årsakssammenheng mellom det ansvarsbetingede forholdet og skaden, og det må foreligge et erstatningsmessig tap.⁷⁰ Disse vilkårene i den alminnelige erstatningsretten er også utgangspunktet i anbudsretten, men da anbudskonkurranser preges av prekontraktuelle problemstillinger, ser vilkårene noe annerledes ut når erstatning skal tilkjennes ved anbudsfeil.

3.2.2 Ansvarsgrunnlag

Culparegelen, regelen om skyld, er det alminnelige ansvar både i og utenfor kontraktsforhold. Det er dette som kan anvendes om ikke et strengere, eller unntaksvis mildere, ansvar kan ilegges. At ansvar betinges av skyld, vil si at skadevolder kunne og skulle ha handlet annerledes enn det han gjorde. Det forutsettes at det forelå et relevant handlingsalternativ, og at skadevolder burde ha valgt dette.⁷¹ Når det foreligger et objektivt ansvar, vil det si at ansvar ikke er betinget av skyld. Feilen som ble begått utløser ansvar uavhengig av om skadevolders kan bebreides.⁷²

Det tradisjonelle skillet mellom culpaansvaret og det objektive ansvar kan imidlertid synes å være vanskelig å forene med det ansvarsgrunnlaget som anvendes i anbudsretten. Basert på foreliggende rettskilder,⁷³ kan det være tale om å operere med en ansvarsform som kommer i en mellomstilling mellom det subjektive og det objektive ansvar. Hovedspørsmålet er i hvilken grad oppdragsgivers skyld skal tillegges vekt, og om dette slår ut som et vilkår for ansvar eller kun som et moment i en totalvurdering av ansvarsgrunnlaget.

Samtidig som det har vært noe uklart hvilket ansvarsgrunnlag som legges til grunn i anbudsretten, har det foregått en diskusjonen om hvorvidt det bør legges til grunn et

⁷⁰ Dragsten og Lindalen 2005 s. 312

⁷¹ Lødrup, 2011 s. 51

⁷² Lødrup, 2011 s. 51

⁷³ Se spesielt høyesterettsdommene som vil presenteres nærmere i kapittel fire og fem.

rent objektivt ansvar for anbudsfeil, hvor oppdragsgivers skyld verken skal kunne anvendes som vilkår eller vektlegges som et moment i en helhetsvurdering. Et slikt objektivt ansvar vil avskjære oppdragsgivers mulighet til å bli fritatt for erstatningsansvar på grunn av unnskyldelig villfarelse. Ansvarsgrunnlaget som legges til grunn i anbudsretten vil i det følgende være et sentralt tema og vil bli drøftet mer inngående i kapittel fem.

3.2.3 Årsakssammenheng

Det andre hovedvilkåret for erstatningsansvar, er at det foreligger årsakssammenheng mellom den skadegjørende handling og skaden, og at denne årsakssammenhengen er adekvat. Adekvanskravet skal hindre at skadevolder blir erstatningsansvarlig for inadekvate tap som kan tilbakeføres til skaden. I adekvansvurderingen skal det legges vekt på nærhet mellom handlingen og skaden, det skal ikke være en for fjern og lite påregnelig følge.⁷⁴

De alminnelige krav til årsakssammenheng er sannsynlighetsovervekt.⁷⁵ Det vil si at det må være mer enn 50 prosent sannsynlig at det er årsakssammenheng mellom skaden og den skadevoldende handling, eller i dette tilfellet: at det med overvekt av sannsynlighet er årsakssammenheng mellom anbudsfeilen som ble begått og det at den forbigåtte leverandør ikke ble tildelt kontrakten. Når en skal tilkjenne erstatning for negativ kontraktsinteresse, viser rettspraksis at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Ved erstatning for positiv kontraktsinteresse, synes Høyesterett å operere med en høyere terskel med krav til *klar* sannsynlighetsovervekt. De skjerpede krav til årsakssammenheng vil bli drøftet mer inngående i kapittel fem.

3.2.4 Økonomisk tap

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at den forbigåtte leverandøren kan kreve erstatning, er at han har lidt et økonomisk tap. Som nevnt tidligere tilkjennes erstatning etter utmålingsprinsippene den positive og den negative kontraktsinteresse. For den positive kontraktsinteresse, også kalt oppfyllelsesinteressen, skal den

⁷⁴ Lødrup, 2011 s. 53

⁷⁵ Selmer og Nygaard, 2004 s. 430

forbigåtte leverandør stilles økonomisk som om han hadde fått kontrakten. Erstatningen blir således et oppfyllellessurrogat for kontrakten, og det er leverandørens nettotap som skal erstattes.⁷⁶ I denne sammenheng vil dette tapet som regel utgjøre den fortjenesten leverandøren ville hatt hvis han fikk kontrakten. Den negative kontraktsinteresse har til formål å erstatte det tap leverandøren har lidt ved å utarbeide anbudet. Her skal leverandøren stilles økonomisk som om anbudet aldri ble inngitt.⁷⁷ I de fleste tilfeller vil erstatning for den negative kontraktsinteresse utgjøre en betydelig mindre økonomisk kompensasjon enn erstatning for oppfyllelsesinteressen.

Det er effektivitetshensyn som ligger til grunn for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteresse. For at det omfattende anbudsreglementet skal kunne legge til rette for de ønskede virkningene, må sanksjonssystemet stå i et hensiktsmessig forhold til regelverket.

Et annet argument for å erstatte leverandørens tapte fortjeneste, er at erstatning for den negative kontraktsinteresse ikke kan anses å ivareta prevensjonshensynet og reparasjonshensynet i tilstrekkelig grad. De beskjedne beløpene en slik erstatning ofte medfører, påvirker ikke oppdragsgivers etterlevelse av regelverket i en så stor grad som er ønskelig. Når en forbigått leverandør ønsker å fremme krav om erstatning, er det en rekke vurderinger som må tas. En av de viktigste er i hvilken grad det vil lønne seg å gjennomføre en domstolprosess. Kostnadene er store og en rettsprosess er tidkrevende. Erstatningskravet må være av en størrelse som gjør det hensiktsmessig.

Hvordan vilkåret om økonomisk tap ser ut i anbudsretten, samt de rettslige og praktiske sidene av tapsutmålingen vil presenteres mer utførlig i kapittel fire og fem.

⁷⁶ Hagstrøm, 2011 s. 539

⁷⁷ Hagstrøm, 2011 s. 540

4 ERSTATNING ETTER RETTSKRAVSMODELLEN

4.1 Innledning

Frem til 2001⁷⁸ var gjeldende lære i norsk rett at en forbigått leverandør kun hadde rett på erstatning for den positive kontraktsinteresse dersom han hadde rettskrav på kontrakten. Dette må ses i direkte sammenheng med at det forelå lite lovregulering av anbudsretten før Norge ble en del av EØS-samarbeidet. Oppdragsgivers valgfrihet var stor og det var i mindre grad regelstyrt hvem som skulle tildeles kontrakten. Et krav om erstatning kunne derfor kun føre frem dersom det basert på oppgitte tildelingskriterier kunne sies å foreligge en utlovelse om kontrakt.

Erstatning for oppfyllelsesinteressen ble tilkjent for første gang i Rt. 1998 s. 1398 «Torghatten-dommen». Møre og Romsdal fylkeskommune arrangerte anbudskonkurranse om konsesjon og tildeling av offentlig tilskudd for en hurtigbåtforbindelse i Møre og Romsdal. Torghatten trafikksekselskaps anbud hadde lavest pris og kom best ut på alle kriterier med unntak av ett. Høyesterett la til grunn at fylkeskommunen hadde lagt for mye vekt på dette ene kriteriet som gikk i Torghattens disfavør. Trafikksekselskapet hadde levert anbudet med lavest pris, og de andre kriteriene som var lagt til grunn i anbudsgrunnlagt talte utvilsomt i Torghattens favør. Leverandøren hadde således rettskrav på kontrakt og ble tilkjent erstatning for tapt fortjeneste.

4.2 Ansvarsgrunnlag

For at den forbigåtte leverandøren skal få erstattet den positive kontraktsinteresse, må det foreligge ansvarsgrunnlag. Det er kontraktrettslige erstatningsprinsipper som legges til grunn i rettskravsmodellen.⁷⁹ Selv om det ikke reelt sett er inngått en bindende avtale mellom oppdragsgiver og leverandør, er tildelingen så regelstyrt at den utløser et bindende løfte om at leverandøren som innfrir kriteriet skal bli valgt. Ansvar bygger således på at dette løftet om kontrakt brytes.⁸⁰

⁷⁸ Frem til avgjørelse av Rt. 2001 s. 1062 «Nucleus-dommen». Mer om dommen i neste kapittel.

⁷⁹ Simonsen, 1997 s. 715

⁸⁰ Simonsen, 1997 s. 716

I likhet med deliktsretten, er culpa det alminnelige ansvarsgrunnlaget i kontraktsretten. Skyldansvaret kommer til anvendelse dersom ikke et annet erstatningsansvar er bestemt ved lov eller avtale. Som nevnt innledningsvis ser imidlertid ansvarsgrunnlaget i anbudsretten noe annerledes ut enn på andre områder. Det tradisjonelle skillet mellom subjektivt og objektivt ansvar lar seg vanskelig anvende ved brudd på anbudsregelverket. I Rt. 1997 s. 574 «Firesafe» drøftet Høyesterett hvilket ansvarsgrunnlag som skulle legges til grunn når leverandøren har rettskrav på kontrakten:

«I mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålene ved lov eller på avtalemessig grunnlag, må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillemper de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten».⁸¹

Førstvoterende uttaler at anbudsretten kommer i en særstilling, og at en må ta hensyn til dette når ansvar skal vurderes. Høyesterett går likevel ikke nærmere inn på om det skal gjelde et subjektivt eller objektivt ansvar, men henviser kun til alminnelig erstatningsrettslige prinsipper. I Torghatten-dommen⁸² blir det heller ikke tatt et nærmere standpunkt til om skyld er et vilkår for å ilegge ansvar:

«Fylkeskommunen har som nevnt anført at ansvar må være utelukket fordi det ikke er utvist ansvarsbetingende skyld. Slik denne saken ligger an finner jeg ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om i hvilken utstrekning det offentlige er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Med de feil jeg har påvist i beslutningsgrunnlaget, må det etter min mening være klart at fylkeskommunen er erstatningsansvarlig».⁸³

Her uttaler førstvoterende eksplisitt at han ikke skal ta stilling til hvorvidt det kreves skyld for å ilegge ansvar. Begrunnelsen er trolig at erstatningskrav basert på rettskravsmodellen er en konsekvens av brudd på klare tildelingskriterier. I rettskravsmodellen knyttes derfor ansvarsgrunnlaget til at oppdragsgiver ikke har innfridd «løftet» han har avgitt om å velge det billigste anbudet. Ansvaret synes derfor å være objektivt. Forventningsgrunnlaget er at priskriteriet blir lagt til grunn og at det billigste anbudet blir valgt. Kravet til ansvarsgrunnlag vil være innfridd med

⁸¹ Rt. 1997 s. 574 s. 577

⁸² Rt. 1998 s. 1398

⁸³ Rt. 1998 s.1398 s. 1411

mindre det foreligger mangler ved det billigste anbudet, eller at leverandøren med saklig grunn kan forkaste samtlige anbud.

4.3 Årsakssammenheng

Dersom vilkåret til ansvarsgrunnlag er innfridd, må den forbigåtte leverandør bevise at det foreligger årsakssammenheng mellom feilen som er begått og den urettmessige kontraktstildelingen. Leverandøren kan trolig kreve erstatning etter rettskravmodellen både når det foreligger en enkel tildelingsmodell og en modell basert på mer komplekse tildelingskriterier. Det hersker imidlertid liten tvil om at det først og fremst er de anbudskonkurranser som avholdes etter billigst anbud-prinsippet som kan gå inn under rettskravmodellen. I en anbudskonkurranse etter dette regimet, vil det kunne foreligge et klart rettsbrudd dersom oppdragsgiver ikke følger dette ene priskriteriet for tildeling av kontrakt.⁸⁴ Bakgrunnen er at ved klare, målbare kriterier skapes det en kontraktstilkende forpliktelse mellom oppdragsgiver og den leverandørs anbud som best innfrir kriteriene i konkurransen.⁸⁵

«Dersom reglene er slik utformet at de i den konkrete situasjonen peker ut hvem innbyder er forpliktet til å velge, foreligger i realiteten et betinget løfte om kontraktstildeling».⁸⁶

Som nevnt innledningsvis er det nettopp dette «løftet» som er hovedansvarlig når leverandøren hevder å ha rettskrav på kontrakt. Det vesentlige med rettskravmodellen er at anbudsretten krysser kontraktsretten i form av prekontraktuelle forpliktelser.⁸⁷ Målbare kriterier som pris, tid og mengde vil naturlig nok være enklere å vurdere enn de krav som stilles til kvalitet, estetikk og andre mer kvalitative vurderingstemaer. Det vil derfor være av stor betydning i hvilken grad de er konkrete i sin utforming:

⁸⁴ Simonsen, 1997 s. 707

⁸⁵ Simonsen, 1997 s. 360

⁸⁶ Simonsen, 1997 s. 799

⁸⁷ Simonsen, 1997 s. 799

«Desto vagere betingelsene er utformet, og desto større innflytelse løftegiver har på betingelsens inntreden, jo svakere er det avtalerettslige vern for adressaten».⁸⁸

At kriteriene må være klare og kunne underlegges en objektiv norm ved vurderingen, er helt nødvendig for at en skal kunne ta utgangspunkt i et kontraktsrettslig vern uten at det foreligger en bindende avtale i tradisjonell forstand.⁸⁹

Leverandørens mulighet til å innfri beviskravet for at han har rettskrav på kontrakten, varierer således betraktelig avhengig av om det foreligger en anbudskonkurranse basert på billigst anbud-prinsippet eller best anbud-prinsippet. Kravene til årsakssammenheng vil ikke volde store problemer ved brudd på de kvantitative kriteriene i billigst anbud-konkurranser. Har oppdragsgiver utlovet kontrakten til den med det billigste anbudet, og et dyrere anbud blir valgt, er det ingen tvil om at det er feilen som er årsaken til at leverandøren med det billigste anbudet ble urettmessig forbigått. Her blir oppdragsgivers løfte om kontrakt så uomtvistelig at oppdragsgiver enkelt kan bevise at hans anbud skulle vært antatt.

Spørsmålet om årsakssammenheng blir bevismessig mer utfordrende når det foreligger best anbud-konkurranser basert på kvalitative tildelingskriterier og mer skjønsmessige rammer for vurderingen av anbud. Her er det vanskelig å definere et konkret løfte om kontrakt. Av denne grunn vil det være nærmest umulig for en forbigått leverandør å bevise at han har rettskrav på kontrakt ved en best anbud-konkurranse. Rettskravsmodellen er derfor først og fremst aktuell ved konkurranser som baserer seg på billigs anbud-prinsippet.

4.4 Økonomisk tap

Dersom det foreligger ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng, må leverandøren bevise at han har lidt et økonomisk tap ved å urettmessig bli forbigått i anbudskonkurransen. Etter anskaffelsesloven § 10 har leverandøren «krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet».⁹⁰ «Det tap han har lidt» er et

⁸⁸ Simonsen, 1997 s. 684

⁸⁹ Simonsen, 1997 s. 715

⁹⁰ Anskaffelsesloven § 10

vidt begrep, og det kan umiddelbart fremstå som usikkert hvilke tapsposter leverandøren kan kreve dekket. Det er imidlertid på det rene at erstatning nå kan tilkjennes for den positive kontraktsinteresse. Hvis en forbigått leverandør har rettskrav på kontrakten, skal han få dekket tapet han har lidt som følge av bruddet på anbudsreglementet.

I et anbudsrettslig perspektiv vil leverandørens oppfyllelsesinteresse knyttes til den fortjeneste han skulle hatt ved å bli tildelt kontrakten. For å komme frem til det reelle tapet, må domstolene foreta en beregning basert på det faktiske og et hypotetisk hendelsesforløp.⁹¹ Erstatningsutmåling i anbudsretten skaper særlige utfordringer, da kontraktene ofte er langvarige. I bygge- og anleggskontrakter går kontraktsperioden ofte over flere år, og det er svært vanlig at det utføres tilleggsarbeid utover det som fremgår av den opprinnelige kontrakten. Det er den faktiske utviklingen av kontraktsforholdet mellom oppdragsgiveren og den leverandøren som fikk kontrakten som normalt må legges til grunn ved vurderingen.⁹² Ved å ta utgangspunkt i hvordan kontraktsforholdet har artet seg, vil en kunne anta at det hypotetiske kontraktsforholdet ville utviklet seg tilsvarende.

Bevisbyrden påhviler i hovedsak leverandøren, da det er denne parten som er nærmest til fremlegge de fakta som er nødvendige for å kunne utmåle erstatningen.

Det er leverandøren som sitter med opplysninger om budsjetter, utgiftsberegninger og fortjenestetall.⁹³ På den annen side er det oppdragsgiver som sitter med opplysninger om det faktisk gjennomførte kontraktsforholdet, og domstolene må sammenfatte opplysningene fra det hypotetiske og det faktisk gjennomførte kontraktsforholdet.

Som nevnt tidligere var det i Torghatten-dommen at en forbigått leverandør for første gang ble tilkjent erstatning for oppfyllelsesinteressen, og det ble klart at det ikke bare var utgiftene som påløp i anbudsprosessen som kunne dekkes. Førstvoterende uttalte at:

⁹¹ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 330

⁹² Dragsten og Lindalen, 2005 s. 331

⁹³ Krüger, 2001 s. 298

«Erstatningsutmålingen i denne saken må ta utgangspunkt i hvilket overskudd Torghatten ville ha oppnådd om selskapet hadde fått konsesjonen, og kravet kan ikke begrenses til de utgiftene selskapet hadde til å utarbeide anbudet».⁹⁴

Det er altså leverandørens positive kontraktsinteresse som skal erstattes. Erstatningen for tapt fortjeneste blir mer omfattende enn om leverandøren kun fikk dekket tapsposter som hører inn under den negative kontraktsinteresse. En mer utfyllende fremstilling av leverandørens tapte fortjeneste finnes i neste kapittel.

⁹⁴ Rt. 1998 s. 1398 «Torghatten-dommen» s. 1411-1412

5 ERSTATNING ETTER SANNSYNLIGHETSMODELLEN

5.1 Innledning

5.1.1 Erstatning i anbudretten - utviklingslinjen

Den forbigåtte leverandørs adgang til å kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen er resultatet av en prosess som gikk over flere år. Da Norge inkorporerte EU-direktivene for offentlige anskaffelser, ble det tidlig klart at det forelå usikkerhet med tanke på hvilket utmålingsprinsipp som skulle legges til grunn og hvilke vilkår som skulle anvendes. EU stiller imidlertid krav til at det ikke skal være vanskeligere å få erstatning ved brudd på de EU-rettslige anbudsreglene enn de som fremgår av nasjonal lovgivning.⁹⁵ Kravet har sitt grunnlag i ikke-diskrimineringsprinsippet og prinsippet om effektivitet, men EU overlater den nærmere rettsutforming til de enkelte stater.⁹⁶ Dette kommer generelt til uttrykk i EØS-avtalens hoveddel artikkel 7. Hensynet bak bestemmelsen er at EØS-lovgivningen skal kunne gis den form som best passer den nasjonale retts tradisjon og utforming.

Tvilen som rådet i starten, kommer også fram i forarbeidene til anskaffelsesloven og forskriftene. I NOUen fra 1997 uttales det at det kan stilles spørsmål ved hvorvidt «tilbakeholdenheten med hensyn til å idømme den positive kontraktsinteresse er i overensstemmelse med EØS-rettens krav til effektive sanksjoner ved brudd på prosedyreregulverket».⁹⁷ Videre uttalte Nærings- og handelsdepartementet seg om synet som utvalget uttrykte i NOUen:

«Spørsmålet om positiv kontraktsinteresse har relevans på en rekke områder. Det vil derfor ikke være riktig her å gi føringer i retning av å utvikle en særlig erstatningsrettspraksis knyttet til offentlige anskaffelser. Dersom det kun idømmes erstatning for negativ kontraktsinteresse, kan det imidlertid resultere i at få leverandører vil se seg tjent med å gå til sak med mindre bruddene på regelverket er helt klare og utgiftene til utarbeidelse av anbud eller tilbud svært høye».⁹⁸

⁹⁵ Fredriksen, 2010 s. 602

⁹⁶ Fredriksen, 2010 s. 602

⁹⁷ NOU 1997:21 s. 118

⁹⁸ Ot.prp 71 (1997-1998) s. 68

Nærings- og handelsdepartementet ønsket ikke å legge føringer på hvorvidt det også burde åpnes for erstatning for oppfyllelsesinteressen, men antydte at erstatning kun for den negative kontraktsinteresse kunne skape uheldige situasjoner. Det var domstolene som avgjorde spørsmålet og tilkjente erstatning for oppfyllelsesinteressen etter sannsynlighetsmodellen.

Den forbigåtte leverandørs krav på positiv kontraktsinteresse ble for første gang diskutert i Rt. 1997 s. 574, «Firesafe-dommen». I et obiter dictum uttalte førstvoterende at: «Det som er klart er at de anbydere som skulle fått entreprisen om ikke feilen var skjedd, har krav på erstatning, antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse».⁹⁹ Firesafe-saken omhandlet negativ kontraktsinteresse, og vil derfor ikke bli presentert nærmere. Det sentrale er at Høyesterett allerede i 1997 diskuterte mulighetene for erstatning for oppfyllelsesinteressen. Som nevnt tidligere i forrige kapittel, ble erstatning for oppfyllelsesinteressen tilkjent for første gang i Torghatten-dommen.¹⁰⁰ Ansvar ble utledet av rettskravsmodellen, men dommen representerer en milepæl i utviklingslinjen om erstatning i anbudsretten.

Spørsmålet ble også behandlet i Rt. 2000 s. 1076 «Faber-dommen». Saken gjaldt en anbudskonkurranse i forbindelse med at Strand kommune skulle bygge ny barneskole. Faber Bygg AS leverte det nest laveste anbudet, men mente det skulle vært tildelt kontrakten da Tau Byggs anbud, som ble antatt, skulle vært avvist på grunn av mangler i anbudet. Faber krevde erstatning for tapt fortjeneste, men ble kun tilkjent erstatning for negativ kontraktsinteresse i lagmannsretten. Lagmannsretten mente Faber ikke hadde rettskrav på kontrakten. Høyesterett delte lagmannsrettens syn, men med en annen begrunnelse. Førstvoterende uttalte at «det er lite avklart i norsk rett under hvilke betingelser en forbigått anbyder kan ha krav på erstatning for tapet ved ikke å få oppdraget - den positive kontraktsinteressen».¹⁰¹ Dette sitatet gjenspeiler rettskildebildet i 2000.

⁹⁹ Rt. 1997 s. 574 «Firesafe-dommen» s. 578

¹⁰⁰ Rt. 1998 s. 1398 «Torghatten-dommen»

¹⁰¹ Rt. 2000 s. 1076 «Faber-dommen» s. 1080

Simonsen¹⁰² tok tidlig til orde for at hvis tilkjennelse av erstatning for den positive kontraktsinteresse skal ha den ønskede preventive virkning, må vilkårene for en slik erstatning ikke være for strenge. Høyesterett delte ikke Simonsens syn på hvor høy ansvarsterskelen burde være, og la strengere vilkår til grunn for å ilegge oppdragsgiver erstatningsansvar.

5.1.2 Nucleus-dommen

Høyesterett tilkjente erstatning for oppfyllelsesinteressen etter sannsynlighetsmodellen for første gang i Rt. 2001 s.1062 «Nucleus-dommen». Saken gjaldt en anbudskonkurranse på arkitekttjenester ved utbygging av en psykiatrisk enhet ved Sentralsjukehuset i Møre og Romsdal. Tre leverandører deltok, deriblant Nucleus, en gruppe bestående av syv arkitektfirmaer. Arkitektgruppen saksøkte fylkeskommunen for brudd på anbudsregelmentet og anførte at de skulle ha vunnet konkurransen om feilen ikke var begått. Arkitektgruppen fikk ikke medhold i herredsretten. Begrunnelsen var at de ikke hadde rettskrav på kontrakten, og erstatning for positiv kontraktsinteresse var derfor utelukket. Nucleus anket og vant frem i lagmannsretten. Møre og Romsdal fylkeskommune anket dommen til Høyesterett.

Høyesterett tok et tydelig standpunkt til at det skulle foreligge en mulighet for forbigått leverandør til å få erstattet tapt fortjeneste også når det ikke foreligger rettskrav på kontrakten. Førstvoterende uttalte at det kompliserte EU-regelverket innen anbudsretten hadde tvunget fram en slik endring:

«Når regelverk og anbudsgrunnlag er slik spesifisert at det i stor grad er regelstyrt kven som skal tildelast eit oppdrag, er det ei naturleg utbygging at det også skjer ei utvikling på utmålingssida. Der utlysinga skjer etter EØS-reglane, er det for enkelt å svare ut frå om det ligg føre eit rettskrav eller ikkje».¹⁰³

Høyesterett vektla forholdsmessighet mellom regelverket og sanksjonssystemet, og baserte i hovedsak sin avgjørelse på to forhold hvor fylkeskommunen brøt

¹⁰² Simonsen, 1997 s. 471

¹⁰³ Rt. 2001 s. 1062 s. 1077

anbudsreglene. Det ene forholdet var at leverandøren som ble tildelt kontrakten urettmessig hadde fått mulighet til å endre anbudssummen etter anbudfristens utløp. I anbudsdokumentene fremkom det blant annet at leverandørene skulle kunne kreve betaling for utført prosjekteringsarbeid, men satte som kriterium at beløpet ikke skulle overstige 300 000 kr. Oppdragsgiver fremhevet ved en senere anledning at dette kriteriet var sentralt i konkurransen. Den ene leverandøren reduserte så dette beløpet og fikk endret anbudssummen på et tidspunkt da alle anbudprisene var kjent. Høyesterett konkluderte med at dette var en forskjellsbehandling av deltakerne i konkurransen.

Det andre forholdet gjaldt to usaklige tildelingskriterier. For det første la Høyesterett til grunn at Møre og Romsdal fylkeskommune brøt anbudsreglene da de i tildelingsbegrunnelsen vektla at vinneren hadde vunnet en tidligere idékonkurranse hvor de andre konkurransedeltakerne ikke hadde deltatt. Dette var et klart brudd på likebehandlingsprinsippet. Resonnementet er også i tråd med god anbudsskikk og sedvane innen anbudsretten. For det andre hadde oppdragsgiver lagt vekt på at vinneren av konkurransen hadde en geografisk tilknytning til utbyggingsstedet. Dette ble også ansett som et ulovlig og usaklig tildelingskriterium, da det er klart i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet i EU-retten.

5.2 Ansvarsgrunnlag

5.2.1 Skjerpet krav til ansvarsgrunnlag - «vesentlig feil»

Ansvarsgrunnlaget som legges til grunn ved erstatningskrav for oppfyllelsesinteressen synes å være annerledes enn det som gjøres gjeldende når leverandøren krever å få erstattet sin *negative* kontraktsinteresse. Det følger av Rt. 2008 s. 982 «Catch Ventelo-saken» at Høyesterett tilsynelatende legger til grunn et rent objektivt ansvar for brudd på anbudsreglene:

«Kommunen har også gjort gjeldende at den har vært i god tro, og av den grunn må frifinnes. Dette kan ikke føre frem. Ifølge forarbeidene fritar manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fra erstatningsansvar».¹⁰⁴

¹⁰⁴ Rt. 2008 s. 982 avsnitt 48

Her skriver førstvoterende eksplisitt at rettsvillfarelse ikke kan fritas for erstatningsansvar. Annerledes stiller det seg for ansvarsgrunnlag ved erstatning for den positive kontraktsinteresse. Da Høyesterett i Nucleus-dommen åpnet for at den forbigåtte leverandør skulle få erstattet oppfyllelsesinteressen, skjerpet de kravet til ansvarsgrunnlag og krevde «vesentlig feil». I denne vesentlighetsvurderingen skulle det tas hensyn til tre momenter, herunder feilens type og størrelse og hvor mye oppdragsgiver kunne klandres for feilen som ble begått. Førstvoterende uttalte at:

«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last».¹⁰⁵

I første setning skriver førstvoterende eksplisitt at det må være et visst rom for å gjøre feil. Her taler Høyesterett om faktisk og rettslig villfarelse. Som det vil bli diskutert nedenfor, betyr dette at en oppdragsgiver kan fritas for ansvar dersom denne villfarelsen er unnskyldelig. Hensynet til at det skal være rom for å gjøre feil, ivaretas ved at det stilles krav til at feilen som blir begått er vesentlig. I dette ligger det at ikke enhver anbudsfeil kan medføre erstatning for oppfyllelsesinteressen. Endelig uttales det at i vurderingen av hvorvidt feilen er vesentlig, skal det tas tre hensyn. Denne vurderingen inneholder både en objektiv og en subjektiv side. De to første er objektive, herunder feilens type og feilens størrelse.

Når det gjelder typen av feil, vil de regelbrudd som knyttes til selve gjennomføringen av anbudskonkurransen eller tildelingen av kontrakten være den type feil som har størst betydning for leverandørene. I løpet av anbudskonkurransen kan oppdragsgiver eksempelvis bryte forhandlingsforbudet, noe som er et stort inngrep i de anbuksrettslige prinsippet om likebehandling og som potensielt får store konsekvenser for de leverandører som blir holdt utenfor en slik forhandling.

Videre må en foreta en objektiv vurdering av feilens størrelse. Det må generelt antas at en feil som er et klart brudd på anbuksrettens grunnleggende prinsipper, som

¹⁰⁵ Rt. 2001 s. 1062 s. 1079

likebehandling og ikke-diskriminering, utgjør en grovere feil enn brudd på mindre sentrale bestemmelser. Det er de grove feil som skal medføre ansvar.

Det siste hensynet som skal tas med i vurderingen er subjektivt. Det skal tas hensyn til hvor mye oppdragsgiver kan klandres for feilen som er begått. Det subjektive momentet som her legges til grunn, kan tolkes i to ulike retninger. Spørsmålet er om hensynet til skyld er et vilkår for ansvar, eller om det i praksis dreier seg om et moment i totalvurderingen av kravet til vesentlig feil. Det første alternativet peker i retning av et culpaansvar. Det andre synes å beskrive et objektivt ansvar. I det følgende skal det diskuteres hvordan Nucleus-dommen kan tolkes i to ulike retninger, og hvorvidt senere rettspraksis harmonerer med ansvarsgrunnlaget som blir skissert i Nucleus-dommen.

5.2.2 Nærmere om betydningen av oppdragsgivers skyld

Som nevnt tidligere vil det ved subjektivt ansvar være et vilkår at det foreligger skyld, mens det ved objektivt ansvar utløses erstatningsansvar uavhengig av om oppdragsgiver kan klandres for feilen som er begått. Ansvarsgrunnlaget «vesentlig feil» i Nucleus-dommen kan synes vanskelig å plassere inn i dette tradisjonelle skillet mellom det subjektive og det objektive ansvar. Tvilen har blant annet grunnlag i Høyesteretts uttalelse om at det skal tas hensyn til «kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last».¹⁰⁶ Ordene «kor mykje» kan tolkes dithen at det er et krav om at det foreligger skyld og at vurderingstemaet blir i hvor stor grad oppdragsgiver er å laste for feilen. Det kan tenkes at ordet «om» hadde blitt benyttet dersom hensynet til skyld ikke var et krav, men kun skulle inngå som et moment. Hvis det er graden av skyld som er vurderingstemaet, må dette avstemmes med de objektive momentene i vurderingen. Hadde skyld vært nødvendig og tilstrekkelig for å ilegge ansvar, hadde det i praksis vært tale om et alminnelig skyldansvar. Når Høyesterett skjerper kravet til ansvarsgrunnlag og krever at feilen er vesentlig, betyr det implisitt at det er de grove feil som skal rammes. Det er således brudd på de mest grunnleggende anbudsreglene som kvalifiserer til erstatningsansvar for tapt fortjeneste. Hvis en på denne måten legger til grunn at skyldmomentet er et vilkår for ansvar, gjelder det i

¹⁰⁶ Rt. 2001 s. 1062 s. 1079

utgangspunkt et skyldansvar, men dette vil imidlertid skille seg ut fra den tradisjonelle læren om culpa. Oppdragsgivers handlemåte blir skjøvet i bakgrunnen, noe som kan peke i retning av det legges til grunn et kvalifisert uaktsomhetsansvar.¹⁰⁷

Hvis hensynet til skyld derimot kun skal anses som et moment, og ikke et vilkår, er det i praksis tale om et objektivt ansvar. Sitatet fra Nucleus-dommen kan også tolkes i denne retning. Førstvoterende skriver at det skal «takas omsyn» til «kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last».¹⁰⁸ Dette kan tolkes dithen at det kun skal tas hensyn til oppdragsgivers skyld, da det ikke eksplisitt kommer til uttrykk at det er et vilkår for ansvar. Det er i tilfelle enkelte trekk ved denne anvendelsen av skyldmomentet som nyanserer den tradisjonelle læren om objektivt ansvar. I et mer objektivisert ansvar vil skyld trolig ikke kunne være et vurderingsmoment av en slik art at det på selvstendig grunnlag kan fritas for ansvar ved unnskyldelig villfarelse.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at skyld kan bli tillagt vekt i en totalvurdering. Feilen kan være grov objektivt sett, men skadevolder kan bli fritatt for ansvar dersom gode grunner taler for det.¹⁰⁹ På den annen side vil det kunne bli ilagt erstatningsansvar dersom det foreligger grove feil og at oppdragsgivers villfarelse ikke er unnskyldelig. Dette taler i retning av at skyld ikke er tilstrekkelig for ansvar, på samme måte som det ikke er et vilkår. Men da Høyesterett eksplisitt uttaler at oppdragsgiver kan fritas for ansvar ved unnskyldelig villfarelse, kan skyld bli avgjørende i en totalvurdering av de tre momenter som inngår i vesentlighetsvurderingen.

Nucleus-dommens kriterier har senere blitt lagt til grunn i to nye høyesterettsdommer. I Rt. 2007 s. 983, «Reno-Vest» ble det uttrykkelig henvist til Nucleus-dommen og uttalt at vesentlighetskravet som legges til grunn skal tolkes strengt. Førstvoterende uttaler at det skal «legges vekt på feilens størrelse, typen feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan klandres».¹¹⁰ Ordene «i hvilken grad» kan synes å peke mot at skyld ikke er et vilkår for ansvar og at vurderingen i praksis beror på at dersom det

¹⁰⁷ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 314

¹⁰⁸ Rt. 2001 s. 1072 s. 1079

¹⁰⁹ Som i Rt. 2008 s. 1705

¹¹⁰ Rt. 2007, s. 983 avsnitt 87

foreligger skyld, skal dette vektlegges.

Den objektive utformingen som synes å legges til grunn i Nucleus og Reno-Vest, lar seg ikke like lett harmonere med resultatet som fremkommer av Rt. 2008 s. 1705 «Rabattdommen». Her foretok Høyesterett en grundig tolkning av de erstatningsvilkår som ble lagt til grunn i Nucleus-dommen. Høyesterett la stor vekt på det subjektive momentet og fritok vegvesenet for ansvar selv om det var begått en objektivt sett betydelig anbudsfeil. Slik sett synes Høyesterett å gå langt i retning av å oppstille skyld som et vilkår for erstatningsansvar:

«Etter min vurdering kan den saksbehandlingsfeilen som er begått, ikke medføre ansvar for TAs positive kontraktsinteresse. At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar. Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritas for ansvar for positiv kontraktsinteresse».¹¹¹

Førstvoterende uttaler at det hadde blitt begått en feil som innebar brudd på et grunnleggende anbudsrettslig prinsipp.¹¹² Dette taler for at de objektive momentene i vesentlighetsvurderingen, herunder feilens type og størrelse, ble vurdert som vesentlige. Høyesterett uttaler imidlertid at dette «ikke alene» kunne føre til ansvar og at det må være en «viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritas for ansvar».¹¹³ Her kan det synes som om Høyesterett opererer med skyld som et vilkår for ansvar.

På den annen side er ikke argumentasjonen i Rabattdommen uforenlig med å operere med et i prinsippet objektivt ansvar. Det kan også argumenteres for at skyldmomentet fikk avgjørende vekt i en totalvurdering av Vegvesenets feil. Hvis de tre momentene feilens type og størrelse, samt oppdragsgivers skyld sammen skal inngå i en slik totalvurdering, vil det subjektive momentet kunne få en avgjørende betydning uten at det alene kan anses som tilstrekkelig eller nødvendig for ansvar.

Som nevnt åpner Nucleus-dommen, og i særdeleshet Rabattdommen, for ulike tolkninger av hvilket ansvarsgrunnlag som skal legges til grunn. Det må imidlertid

¹¹¹ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

¹¹² Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

¹¹³ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

vektlegges at Høyesterett ikke i noen av de sentrale dommene eksplisitt taler om skyld som vilkår, og at Simonsen¹¹⁴ poengterer at Høyesterett i Rabattdommen er «farlig nær» en grense hvor skyldmomentet blir tillagt så stor vekt at det i praksis dreier seg om et vilkår for ansvar. Det at Simonsen beskriver Rabattdommen som «farlig nær» en grense for culpaansvar, kan sies å støtte tolkningen av at det ikke foreligger grunnlag for et skyldansvar i anbudsretten, men at dette i praksis dreier seg om et slags «mildt» objektivt ansvar. Dette karakteriseres med at det subjektive moment er intatt for å kunne fritta oppdragsgiver for erstatningsansvar ved unnskyldelig villfarelse, men at dette momentet skal tillegges begrenset betydning. Det kan synes lite hensiktsmessig å tvinge ansvarsgrunnlaget i anbudsretten inn i det tradisjonelle skillet mellom subjektivt og objektivt ansvar. Det mest fruktbare er trolig at rettsanvendere bør fokusere på de særlige hensyn som gjøres gjeldende i anbudsretten. Det var trolig dette førstvoterende hadde i tankene da han skrev at:

«Etter mitt syn er det også slik at anbudsretten har særdrag, som gjer at det innanfor dette rettsfeltet er særlege omsyn som må ha vekt ved utforminga av vilkåra for ansvar».¹¹⁵

Også Krüger poengterer at Nucleus-dommen kan tolkes slik at den:

«forutsetter at erstatningsansvar i anbudsretten er et *spesialområde* der man må utvise varsomhet med å *anvende* ellers gjeldende regler og prinsipper (...)».¹¹⁶

Basert på de nevnte, foreliggende rettskilder, taler mye for å være varsom med å tvinge det anbudsrettslige ansvarsgrunnlaget inn i det tradisjonelle skillet mellom subjektivt og objektivt ansvar. Overgangen mellom ansvarsformene er glidende, og i anbudsretten dreier det seg i praksis om et ansvar som med innslag av så vel subjektive som objektive elementer.

I det videre skal det fokuseres på den praktiske konsekvensen av skyld i anbudsretten. Oppdragsgivers skyld blir i realiteten et spørsmål om han kan fritas for erstatningsansvar dersom han er i faktisk eller rettslig villfarelse og denne kan anses

¹¹⁴ Simonsen, 2011. Se fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

¹¹⁵ Rt. 2001 s. 1072 s. 1078

¹¹⁶ Krüger, 2001 s. 294

som unnskyldelig. Når oppdragsgiver er i faktisk villfarelse, vil det i praksis bety at han har forstått et faktum feil.¹¹⁷ Dette vil ofte være opplysninger som kommer frem i anbudene. Ved rettsvillfarelse er oppdragsgiver uvitende om den aktuelle regelen eller dens innhold.¹¹⁸ En slik rettvillfarelse kan også være unnskyldelig. En må imidlertid ta utgangspunkt i at hver part bærer risikoen for sin egen rettsoppfatning, og at det i anbudskonkurranser mellom profesjonelle parter skal stilles strenge vilkår for at rettvillfarelsen anses unnskyldelig. Som nevnt tidligere ble imidlertid Statens vegvesen i Rabattdommen fritatt for erstatningsansvar med grunnlag i rettvillfarelse om den aktuelle anbudsfeilen. I den aktuelle saken innbød Vegvesenet til to kontrakter om drift og vedlikehold av E18 gjennom henholdsvis Telemark og Vestfold. Anbudskonkurransene ble utlyst samtidig og med det samme anbudsgrunnlaget. Den påståtte saksbehandlingsfeilen gjaldt hvorvidt det var lov å ta hensyn til at en av leverandørene tilbød fem prosent rabatt på det ene oppdraget dersom de ble tilbudt begge kontraktene. Høyesterett uttalte at spørsmålet om hvorvidt slike rabatttilbud kan vektlegges, må anses usikkert.¹¹⁹ Selv om førstvoterende skriver at hun under tvil har kommet frem til at et slikt tilbud om rabatt *ikke* kan tillegges vekt, poengteres det at usikkerheten knyttet til dette gjør at Vegvesenets villfarelse om regelen må anses unnskyldelig:

«Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt - løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse (...). Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål».¹²⁰

Videre må det presiseres at skyldmomentet som kan frita for erstatningsansvar skal tolkes strengt. De kontrakter som blir gjenstand for anbudskonkurranser, er ofte av betydelig størrelse og tilsvarende verdi. Oppdragsgiver forutsettes å være en profesjonell aktør som skal ha gode rådgivere rundt seg i forberedelsen og gjennomføringen av anbudskonkurranser. Reglene kan være kronglete og trår man feil, kan man bli erstatningsansvarlig. I Nucleus-dommen ble Møre og Romsdal

¹¹⁷ Simonsen, 1997 s. 744

¹¹⁸ Simonsen, 1997 s. 751

¹¹⁹ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

¹²⁰ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

fylkeskommune ansett for å være en oppdragsgiver som burde ha den nødvendige kunnskap om anskaffelsesregelverket. At fylkeskommunen hadde begått åpenbare brudd på anbudsreglene, fikk avgjørende betydning for vurderingen av dens klanderverdighet. Høyesterett etterlot lite tvil om at oppdragsgivers villfarelse ikke var unnskyldelig og at fylkeskommunen skulle valgt et annet handlingsalternativ.

Det er imidlertid ikke alltid slik at oppdragsgiver er en stor aktør med god kunnskap om anbudsreglementet. Det finnes en rekke små kommuner med begrensede administrative ressurser som løper betydelig risiko for å gjøre feil i anbudsprosessen. Det blir et spørsmål om å håndheve EØS-rettens omfattende anbudsreglement:

«uten å stille urimelige krav til et sårbart desentralisert offentlig forvaltningssystem med undertiden begrensede faglige og økonomiske ressurser til rådighet for å drive fagjuridisk skarpseiling i uryddige farvann».¹²¹

Spørsmålet er så om det skal differensieres mellom oppdragsgiverne med tanke på hvilke ressurser de har til rådighet ved avholdelse av anbudskonkurranser. Hvilke krav en skal stille til oppdragsgiver var tema i Rabattdommen.¹²² Førstvoterende uttaler at «vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt».¹²³ Dette utsagnet kan tolkes dithen at mindre aktører skal vurderes mildere. Det er imidlertid ikke en uttalt regel at en slik differensiering skal finne sted. Det er ikke sikkert at Høyesterett ville kommet til det samme resultatet dersom spørsmålet kom på spissen. Et annet synspunkt ble uttrykt i Reno-Vest. Her uttaler førstvoterende at:

«Reno-Vest er en profesjonell aktør som bør kjenne regelverket godt nok til å unngå slike feil. Det at det dreier seg om en mindre bedrift, kan ikke fritta den fra å oppfylle de grunnleggende krav til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen».¹²⁴

Det er nærliggende å tolke det siste utsagnet dithen at det stilles de samme krav til mindre aktører, som for eksempel små kommuner eller interkommunale selskaper

¹²¹ Bernt og Krüger, 2002 s. 153

¹²² Rt. 2008 s. 1705

¹²³ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57

¹²⁴ Rt. 2007 s. 983 avsnitt 88

som Reno-Vest.¹²⁵ Hensynet til leverandørene veier tungt, det skal ikke være konkurransedeltakernes risiko at oppdragsgiver ikke har de nødvendige ressurser som må til for å etterleve anskaffelsesreglene på en tilfredsstillende måte. I praksis er det derfor oppdragsgivers ansvar å skaffe seg den nødvendige kompetanse som trengs for å gjennomføre en anbudskonkurranse etter regelverket.

5.3 Årsakssammenheng

5.3.1 Skjerpet krav til årsakssammenheng – klar sannsynlighetsovervekt

Kravet til årsakssammenheng varierer avhengig av hvorvidt den forbigåtte leverandør krever å få erstattet sin positive eller negative kontraktsinteresse. I Firesafe-dommen¹²⁶ uttalte Høyesterett at for at en leverandør skulle få erstattet sin *negative* kontraktsinteresse, måtte en ikke stille for strenge krav til bevisene:

«Preventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevisetema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsplikt ved klare feil».¹²⁷

Da den negative kontraktsinteresse er et utmålingsprinsipp som skal erstatte det tap leverandøren har lidt i forbindelse med å delta i konkurransen, blir spørsmålet her om det er årsakssammenheng mellom feilen som er gjort og leverandørens deltakelse i konkurransen.

Kravet til årsakssammenheng ser annerledes ut når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteresse. Her blir spørsmålet om det er årsakssammenheng mellom oppdragsgivers feil og resultatet av konkurransen, og i motsetning til kravet i Firesafe-dommen hvor førstvoterende uttalte at det ikke skulle stilles for strenge krav til bevis, valgte Høyesterett i Nucleus-dommen¹²⁸ å skjerpe kravet til årsakssammenheng. Dette gjorde de ved å heve terskelen for sannsynlighetsovervekt. For å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse, må det være en *klar*

¹²⁵ Reno-Vest er et interkommunalt selskap eid av seks kommuner i Vesterålen og Lødingen

¹²⁶ Rt. 1997 s. 574

¹²⁷ Rt. 1997 s. 578

¹²⁸ Rt. 2001 s. 1062

sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville fått kontrakten om feilen ikke var begått. Et slikt kvalifisert krav til årsakssammenheng betyr at det må være godt over 50 prosent sannsynlig at feilen har virket inn på tildelingen.¹²⁹ Førstvoterende uttalte:

«Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar».¹³⁰

Da de fleste anbudskonkurranser bygger på best anbud-prinsippet, er det ingen enkel oppgave å bevise klar årsakssammenheng mellom feilen og kontraktstildelingen. Det er mange feil som kan begås av oppdragsgiver uten at det kan sies å virke inn på tildelingen av kontrakt. Å bevise at det er begått vesentlige feil, er derfor kun den ene siden av saken. Det kan vise seg vanskeligere å bevise at oppdragsgiver, med sitt ikke ubetydelige skjønnsmessige spillerom, ville tildelt kontrakten til den forbigåtte leverandør om feilen hadde vært unngått:

«Jo mer komplisert og sammensatt tildelingskriteriene er, og jo mer som er overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, jo vanskeligere er det å bevise at vilkåret er oppfylt».¹³¹

For at leverandøren skal kunne bevise årsakssammenheng, er det videre en forutsetning at det ikke foreligger feil eller mangler med anbudet som tilsier at det skulle vært avvist i konkurransen.¹³²

Simonsen¹³³ oppstiller tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at en leverandør skal kunne anses som urettmessig forbigått i konkurransen. Leverandøren må sannsynliggjøre at oppdragsgiver ikke hadde totalforkastet samtlige anbud med saklig grunn, at leverandørens anbud hadde blitt valgt foran vinnerens og at hans anbud ville blitt foretrukket foran de øvrige anbudene i konkurransen. I Nucleus-dommen vurderer Høyesterett årsakssammenhengen som klar. Førstvoterende uttalte at:

¹²⁹ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 326

¹³⁰ Rt. 2001 s. 1062 s. 1079

¹³¹ Dragsten og Lindalen, 2005 s. 327

¹³² Dragsten, 2006 s. 258

¹³³ 1997 s. 803

«Spørsmålet om årsakssamanheng er etter mitt syn ikkje tvilsamt i denne saka. Utan dei omtala saksbehandlingsfeila er det klart mest sannsynleg at Nucleus ville fått oppdraget. Nucleus hadde eit vesentleg lågare anbod enn [den andre leverandøren]». ¹³⁴

Videre poengterer Høyesterett at til tross for at den foretatte priskorrigeringen var til ulempe for Nucleus, ble Nucleus likevel den leverandør som ble anbefalt av fylkeskommunens bygge- og vedlikeholdsavdeling. Førstvoterende avslutter med at «Det er etter mitt syn heilt klart at Nucleus måtte blitt vald». ¹³⁵

Domstolene må i tillegg til å vurdere tildelingskriteriene, sette seg inn i oppdragsgivers begrunnelse for valg av leverandør. Med det utgangspunktet skal retten avgjøre hva som hadde blitt utfallet om det ikke hadde blitt begått feil. «Man skal sammenholde et faktisk hendelsesforløp med det tenkte alternativ at kontrakten ville blitt tildelt skadelidte saksøker, og det er ingen enkel oppgave». ¹³⁶ Denne formen for vurdering er en utfordring for domstolene. Oppdragsgiver har lagt faglige vurderinger til grunn i tildelingen av kontrakt, og retten må ha klare holdepunkter for å kunne avgjøre om det var en annen leverandør som ville fått kontrakten dersom anbudsfeilen var unngått.

5.4 Økonomisk tap

Utmålingen av leverandørens tapte fortjeneste blir den samme som etter rettskravmodellen. Erstatningen skal være et surrogat for oppfylt kontrakt, og leverandøren skal således få hele sitt tap dekket. ¹³⁷ Som allerede nevnt foregikk det en gradvis utvikling mot Nucleus-dommen hvor Høyesterett for første gang tilkjente erstatning for den positive kontraktsinteresse etter sannsynlighetsmodellen. Som Simonsen poengterer, var «den tradisjonelle oppfatningen i norsk anbudsrett (...) at et krav på erstatning av oppfyllelsesinteressen ikke lar seg forene med valgfrihetsprinsippet». ¹³⁸ Da Nucleus-dommen ble avsagt hadde det både blitt antydnet

¹³⁴ Rt. 2001 s. 1062 s. 1075

¹³⁵ Rt. 2001 s. 1075

¹³⁶ Krüger, 2001 s. 298

¹³⁷ Hagstrøm, 2011 s. 539

¹³⁸ Simonsen, 1997 s. 875

i forarbeidene ¹³⁹ og av teoretikere, deriblant Simonsen ¹⁴⁰ og Krüger, ¹⁴¹ at å utelukke oppfyllelsesinteressen i disse tilfellene trolig var i strid med effektivitetsprinsippet i EU-retten.

For å komme frem til det eksakte økonomiske tap Nucleus led, baserte Høyesterett seg på hvordan kontrakten artet seg med den leverandør som ble tildelt oppdraget. I dommen kom det fram at utbyggingen av den psykiatriske enheten ble dyrere enn fylkeskommunen først hadde budsjettert med. Møre og Romsdal fylkeskommune anførte at retten skulle ta utgangspunkt i den utbyggingsplanen som forelå da anbudskonkurransen pågikk. Dette ble avvist av Høyesterett. Førstvoterende uttalte at tapet for arkitektene måtte ta utgangspunkt i den *faktiske* utbyggingen som fant sted i ettertid, og på den måten måtte Høyesterett også medregne fordyrelser som påløp under utbyggingen:

«Eg meiner at fylkeskommunen må betale skadebot for heile kontraktssummen slik denne faktisk utvikla seg (...) Oppdraget førte også til ei overskriding av kontraktssummen. Samla sett viser nettopp omfanget av den gjennomførte utbygginga kva som i dette tilfellet var det mest sannsynlege omfanget av oppdraget». ¹⁴²

Retten tok således utgangspunkt i kontraktens forløp med den leverandøren som ble tildelt kontrakten. Fylkeskommunens anførsler om at denne fordyrelsen ikke hadde skjedd dersom Nucleus fikk kontrakten, ble ikke tatt til etterretning.

5.5 Har sannsynlighetsmodellen gjort rettskravsmodellen overflødig?

Etter rettskravsmodellen kan en forbigått leverandør kreve erstattet sin positive kontraktsinteresse fordi oppdragsgiver anses som avtalemessig bundet i sitt valg av leverandør. Tildelingskriteriene er av en slik art at de gir lite rom for valgfrihet. ¹⁴³ Dette er imidlertid ikke tilfelle i sannsynlighetsmodellen. Her kan leverandøren kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen selv om oppdragsgiver har kunnet utøve en

¹³⁹ NOU 1997:21

¹⁴⁰ 1997

¹⁴¹ 2001

¹⁴² Rt. 2001 s.1062 s. 1081

¹⁴³ Simonsen, 1997 s. 715

skjønnsbasert helhetsvurdering.

Spørsmålet er så om sannsynlighetsmodellen har gjort rettskravsmodellen overflødig. Det kan umiddelbart synes logisk at sannsynlighetsmodellen utvider rammene for erstatning og at rettskravsmodellen dermed faller inn under denne. Det vil imidlertid kunne forekomme tilfeller hvor en ikke kan få erstatning etter sannsynlighetsmodellen, mens krav etter rettskravsmodellen kan føre frem.¹⁴⁴ Dette kommer på spissen når det gjelder kravet til ansvarsgrunnlag. I rettskravsmodellen hvor en legger til grunn at anbudsriteriene er av en slik art at det i praksis foreligger et betinget løfte om kontraktstildeling, legges det trolig et objektivt ansvar til grunn. Det stilles videre ingen krav til feilens type og størrelse, det er tilstrekkelig at løftet om tildeling er brutt. Det må imidlertid presiseres at i en billigst anbud-konkurranse vil et brudd på priskriteriet ofte måtte anses som vesentlig.

Når det gjelder sannsynlighetsmodellen, synes ansvarsgrunnlaget å være noe lempeligere, da det subjektive momentet skal tillegges vekt i vurderingen av om feilen er vesentlig. I denne modellen stilles det altså både et krav til at feilen er grov, samt et krav til at det skal tas hensyn til oppdragsgivers skyld. Et hensyn som i denne sammenheng betyr at oppdragsgiver kan fritas for ansvar dersom han er i unnskyldelig villfarelse. Dette synes å bety at en leverandør som har rettskrav på kontrakt lettere kan oppnå erstatning etter rettskravsmodellen enn sannsynlighetsmodellen.

Det er således i slike tilfeller en kan anta at rettskravsmodellen ikke er gjort overflødig. Likevel må en anta at dette spiller en marginal rolle, da anbudskonkurranser utelukkende basert på kvantitative kriterier forekommer sjelden. På den annen side kan en forbigått leverandør trolig også bevise rettskrav på kontrakt basert på en best anbud-konkurranse. Men praktisk betydning får dette neppe, da det som oftest vil være vanskelig å få medhold i et rettskrav på kontrakt når tildelingskriteriene er mer skjønnsbasert. Det var nettopp vanskeligheten med å oppnå erstatning med grunnlag i rettskrav som var begrunnelsen for at Høyesterett åpnet for erstatning etter en sannsynlighetsvurdering.

¹⁴⁴ Bjørnstad, 2003 s. 47

I hvor stor grad rettskravsmodellen vil være grunnlag for fremtidige krav, er vanskelig å forutse. Det må imidlertid legges til at de fleste anbudskonkurranser baseres ikke bare på kvantitative tildelingskriterier som pris og mengde, men også på mer vidtgående skjønnspregede kriterier. En må derfor kunne forvente at krav om erstatning med grunnlag i rettskrav på kontrakt vil bli sjeldnere etter at det er åpnet for erstatning etter sannsynlighetsmodellen.

6 NYE FØRINGER FRA EU

6.1 Innledning

Norges forpliktelser overfor EU utledes av EØS-avtalen. Avtalen er implementert i sin helhet i EØS-loven som blant annet gir EØS-regler forrang ved motstrid.¹⁴⁵ Som nevnt innledningsvis er Norge forpliktet til å legge vekt på de rådgivende uttalelser og dommer som avgis av EU-domstolen og EFTA-domstolen. Og når det gjelder norske domstolers forhold til de fellesskapsrettslige domstolene, er Rt. 2000 s. 1811 «Finanger-dommen» viktig. Her påpeker førstvoterende at EFTA-domstolens uttalelser er rådgivende, men at domstolens uttalelser «må tillegges vesentlig vekt»¹⁴⁶ fordi «Medlemsstatene har etter EØS-avtalen plikt til å utvise lojalitet overfor Fellesskapets bestemmelser».¹⁴⁷ I dommen begrunner Høyesterett hvorfor norske domstoler skal tillegge disse uttalelsene og avgjørelsene vesentlig vekt. For det første er Norge gjennom EØS-avtalen forpliktet til å utvise lojalitet overfor fellesskapsrettens bestemmelser. EU-domstolen og EFTA-domstolen ble opprettet med det formål om å fremme rettsenhet. Da EØS-samarbeidet i all vesentlighet hviler på likhetstanken hvor målet er homogenitet,¹⁴⁸ er det således avgjørende at det foregår en rettskonform utvikling av regelverket i de ulike medlemsstatenes interne domstoler.

Som nevnt tidligere anvendte Høyesterett i Rabattdommen¹⁴⁹ læren om staters erstatningsansvar ved traktatbrudd som begrunnelse for hvorfor kravet til «vesentlig feil» ikke er i strid med EU-retten. I korte trekk var konklusjonen at staters skyld kan vektlegges i ansvarsvurderingen, og Høyesterett kunne ikke se at det skulle gjelde et strengere ansvar for oppdragsgivers brudd på anbudsreglene enn for staters traktatbrudd.¹⁵⁰ I læren om staters ansvar ved brudd på fellesskapsreglene, oppstiller EU-retten tre vilkår for at det skal foreligge erstatningsansvar.¹⁵¹ Det må for det første foreligge et brudd på en EU-rettslig rettighetsregel. For det andre må dette

¹⁴⁵ EØS-loven § 2

¹⁴⁶ Rt. 2000 s. 1811 s. 1820

¹⁴⁷ Rt. 2000 s. 1811 s. 1827

¹⁴⁸ Sejersted et al., 2005 s. 84

¹⁴⁹ Rt. 2008 s. 1705

¹⁵⁰ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 56

¹⁵¹ E-9/97 premiss 66

regelbruddet være kvalifisert, og endelig må det foreligge direkte årsakssammenheng mellom regelbruddet og skadelidtes tap.¹⁵² Disse vilkårene må anses som minimumskrav, da det utover disse vilkårene er blitt ansett som opp til den enkelte medlemsstat å «fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-rettlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes».¹⁵³ Det er viktig å presisere at disse vilkårene også gjelder ved EFTA-statenes brudd på EØS-avtalen. I dommen E-9/97 «Sveinbjörnsdottir» etablerer EFTA-domstolen det tilsvarende ansvaret for traktatbrudd på EØS-avtalen som EU-landene har overfor fellesskapsretten.¹⁵⁴

«First, the directive in question must be intended to confer rights on individuals, the content of which can be identified on the basis of the provisions of the Directive. Secondly, the breach on the part of the State concerned must be sufficiently serious. Thirdly, there must be a causal link between the breach of the State's obligation and the loss and damage suffered by the injured parties».¹⁵⁵

Av en senere EFTA-dom E-4/01 «Karlsson» blir det i premiss 32 definert de samme vilkår og ansvaret blir således videreført. Begge disse EFTA-dommene blir lagt til grunn i Rt. 2005 s. 1365 «Finanger II-dommen», hvor EFTA-statenes lojalitet overfor EØS-avtalens og ansvar ved traktatbrudd blir gjeldende norsk rett. Her aksepterer Høyesterett EFTA-domstolens tolkning av at det skal tolkes inn et ansvar for traktatbrudd i EØS-avtalen:

«Jeg finner også EFTA-domstolens argumentasjon for statlig ansvar overbevisende, med den vekt som legges på de grunnleggende hensyn til homogenitet, likebehandling av enkeltpersoner/juridiske personer og beskyttelse av deres virksomheter».¹⁵⁶

I siste kvartal 2010 ble det avsagt to nye EU-dommer som behandler spørsmålet om vilkårene for erstatning ved anbudsfeil. Resultatet av disse dommene har blant annet sådd tvil om Høyesteretts krav til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng harmonerer med EU-retten.

¹⁵² E-9/97 premiss 66

¹⁵³ EØS-avtalens hoveddel, art. 7 (b)

¹⁵⁴ Disse vilkårene er blant annet fastslått i C-46/93 Brasserie-dommen

¹⁵⁵ E-9/97 premiss 66

¹⁵⁶ Rt. 2005 s. 1365 avsnitt 52

6.2 Ny praksis fra EU-domstolen

6.2.1 Innledning

I Nucleus-dommen tilkjente Høyesterett arkitektgruppen Nucleus erstatning for oppfyllelsesinteressen ved å legge til grunn at det skulle tas hensyn til oppdragsgivers skyld i vesentlighetsvurderingen. Retten unnlater imidlertid å gå nærmere inn på hvordan de skjærpede kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng harmonerer med EØS-retten, med unntak av å kort slutte at det:

«ikkje [er] nærare omtale i EØS-regelverket korleis skadebotreglane på dette rettsområdet skal utformast, slik at dette i utgangspunktet er overlate til nasjonale styresmakter».¹⁵⁷

Etter dommen savnet Krüger en nærmere redegjørelse fra Høyesterett om hvordan norsk rett skal forholde seg til effektivitetsprinsippet i EU-retten, da han mente at direktivene i seg selv ikke åpnet for at statene kan oppstille skjærpede krav til ansvarsgrunnlag:

«Det finnes i direktivtekstene ikke antydninger overhodet for at man skulle kreve subjektiv skyld som vilkår for erstatning ved anbudsfeil, enn mindre at ansvarsgrunnlaget skal veksle avhengig av hvilken interesse det kreves erstatning for, enn si hvorvidt det foreligger vesentlige feil eller eventuelt unnskyldelig rettsvillfarelse på tildelingsmyndighetens side».¹⁵⁸

Som nevnt kom en nærmere redegjørelse fra Høyesterett først i 2008 med Rabattdommen.¹⁵⁹ Her drøfter Høyesterett hvorfor anvendelsen av skyld ikke er i strid med effektivitetsprinsippet i EU-retten. I mangel på klarere føringer fra EU, ble det ansett som de norske domstolenes anliggende å stille nærmere vilkår til erstatning i anbudsretten. I sin argumentasjon trekker Høyesterett paralleller mellom staters ansvar for traktatbrudd i EU-retten og ansvar for brudd på anbudsreglene. EU-domstolen har oppstilt krav til «kvalifisert brudd» som et minimumsvilkår for staters ansvar og førstvoterende så dette direkte i sammenheng med kravet til «vesentlig feil» ved brudd på anbudsreglene. Høyesterett trekker inn EU-dommen C-46/93,

¹⁵⁷ Rt. 2001 s. 1072 s. 1076

¹⁵⁸ Krüger, 2001 s. 294

¹⁵⁹ Rt. 2008, s. 1705

«Brasserie-dommen» hvor domstolen konkluderte med at culpøse forhold hos medlemsstaten kan trekkes med i vurderingen av om det foreligger et kvalifisert traktatbrudd:

«Jeg kan ikke se at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring, kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleus-dommen, og jeg legger dette til grunn».¹⁶⁰

Det har dermed vært en klar oppfatning av at skyldmomentet gjennom kravet til vesentlig feil ikke er i strid med EU-retten. Det er imidlertid rettet kritikk mot Høyesteretts forståelse av Brasserie-dommen.¹⁶¹ Hovedkritikken har vært at den aktuelle saken gjaldt et forhold hvor statene hadde stor skjønnsmyndighet. I saker som omhandler klare regelverk med mindre grad av skjønn, kan det tenkes at et strengere ansvar legges til grunn. I så tilfelle kan Høyesteretts bruk av Brasserie-dommen anses lite hensiktsmessig med tanke på hvor regelstyrt anbudsretten er.

To ferske dommer fra EU-domstolen utfordrer den praksis som erstatningsansvaret i norsk anbudsrett bygger på, herunder de skjerpede kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng.

6.2.2 Strabag-dommen

Det skjerpede kravet til ansvarsgrunnlag ble satt i et nytt lys med EU-dommen C-314/09, «Strabag-dommen». Saken gjaldt en anbudskonkurranse hvor den østerrikske byen Graz skulle tildele kontrakt om produksjon og leveranse av asfalt. Den forbigåtte leverandør Strabag, som var innstilt som nummer to i konkurransen, krevde erstatning. Saken ble forelagt EU-domstolen for prejudisiell avgjørelse fordi østerrikske erstatningsregler krever culpa for å ilegge erstatningsansvar, men med en omvendt bevisbyrde hvor oppdragsgiver må bevise at han har vært aktsom. Den nasjonale domstol var i tvil om hvorvidt et slikt ansvarsgrunnlag var i strid med håndhevelsesdirektivet. Her må det imidlertid igjen presiseres at det nye

¹⁶⁰ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 56

¹⁶¹ Fredriksen, 2010 s. 604

håndhevelsesdirektivet¹⁶² ikke er gjennomført i norsk rett ennå, men dette får ingen prinsipiell betydning da det nye direktivet ikke inneholder endringer som får betydning for løsningen av dette spørsmålet.

Her konkluderer EU-domstolen med at nasjonale domstoler ikke kan trekke inn skyld i vurderingen av hvorvidt det er grunnlag for erstatningsansvar. Domstolen uttrykker et klart forbud mot å benytte culpanormen i ansvarsvurderingen. EU-domstolen uttaler at direktivene:

«på ingen måte indikerer, at en overtrædelse af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter for at kunne give skadelidte personer krav på skadeserstatning skal bero på en nærmere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side, såsom en godtgjort eller formodet culpøs adfærd, eller at overtrædelsen ikke må være omfattet af nogen ansvarsfritagelsesgrund».¹⁶³

I sin argumentasjon mot å legge vekt på oppdragsgivers skyld, la EU-domstolen vekt på tre hovedmomenter. For det første tar de utgangspunkt i selve ordlyden. I håndhevelsesdirektivet fremkommer det ikke noe som peker i retning av at subjektiv skyld skal tillegges betydning. Videre vises det til effektivitetsprinsippet og hensynet til at det ikke skal være uforholdsmessig vanskelig for en leverandør å kreve erstatning ved anbudsfeil. Domstolen presiserer at det å ta hensyn til skyld innebærer en risiko for at leverandøren kan miste sitt erstatningskrav fordi oppdragsgiver kan bli fritatt for erstatningsansvar ved unnskyldelig villfarelse. Endelig legger domstolen til grunn at hvis culpøs atferd tillegges vekt, vil rettsprosessen bli mer tidkrevende. Det blir da en:

«risiko for en langsommelig tilkendelse af skadeserstatning, i betragtning af den varighed, der kan være forbundet med et civilt søgsmål med henblik på at få fastslået, om den påståede overtrædelse er culpøs».¹⁶⁴

Avgjørelsen i Strabag-dommen vekket naturlig nok stor interesse. Den går i motsatt retning av det som fremkommer i Nucleus, Rabatt og Reno Vest hvor oppdragsgivers skyld blir tillagt vekt i ansvarsvurderingen. Strabag-dommen må tolkes dithen at det

¹⁶² Direktiv 2007/66/EF

¹⁶³ C-314/09 premiss 35

¹⁶⁴ C-314/09 Strabag-dommen, avsnitt 42

ikke er anledning for den enkelte stat å anvende oppdragsgivers skyld i ansvarsvurderingen, og at domstolen således forbyr bruk av unnskyldningsgrunner av enhver art.¹⁶⁵ For norsk retts vedkommende, må dette bety at Høyesteretts vilkår om vesentlig feil, herunder vurderingen av oppdragsgivers klanderverdighet, samt adgangen til å bli fritatt for ansvar ved unnskyldelig villfarelse, vil være i strid med Strabag-dommen. I dommen kommer det fram at fellesskapsretten er til hinder for at offentlige oppdragsgivere kan «påberåpe sig unnskyldelige omstændigheder vedrørende den retlige fejl, som den foreholdes at have begået».¹⁶⁶ På bakgrunn av dette oppstilles det i Strabag-dommen et «rent» objektivt ansvar for brudd på anbudsreglene.

Med et slikt objektivt ansvar for anbudsfeil i norsk rett, hvor en verken kan anvende skyld som et moment eller vilkår, ville sentrale høyesterettsdommer sett annerledes ut. Rabattdommen kan tjene som et godt eksempel. Høyesterett var tydelig på at anbudsfeilene stred mot sentrale EØS-rettslige prinsipper og måtte anses som betydelige. Videre ble det eksplisitt uttrykt at den forbigåtte leverandør ville ha fått tildelt kontrakten dersom det ikke var tatt hensyn til rabattene i anbudskonkurransen. De objektive kravene til vesentlighet var innfridd. Derfor kan en si at dersom skyldmomentet ikke kunne vært tillagt betydning, ville Vegvesenet blitt ansvarlige på et objektivt grunnlag:

«Gitt Høyesteretts oppfatning av at det var i strid med likebehandlingsprinsippet å ta hensyn til den tilbudte rabatten, ville en korrekt anvendelse av de EØS-rettslige krav til ansvarsgrunnlaget ledet til at selskapets krav om erstatning for tapt fortjeneste førte frem».¹⁶⁷

Likevel ble Vegvesenet fritatt fra ansvar med grunnlag i unnskyldelig rettsvillfarelse. I Rabattdommen ville konklusjonen dermed blitt den motsatte dersom en ikke kunne tatt hensyn til slike unnskyldningsgrunner.

¹⁶⁵ Fredriksen, 2010 s. 614

¹⁶⁶ C-314/09 Strabag-dommen, avsnitt 41

¹⁶⁷ Fredriksen, 2010 s. 615

6.2.3 Combinatie-dommen

I C-568/08, «Combinatie-dommen» gjaldt saken en anbudskonkurranse der Provincie Drenthe i Nederland skulle tildele kontrakt på bygge- og anleggsarbeid i kommunen Emmen. Den forbigåtte leverandøren Combinatie krevde erstatning. Det viktigste spørsmålet Nederland stilte EU-domstolen, var om EU-retten pålegger statene å tilkjenne erstatning for ethvert brudd på anskaffelsesregelverket. Til svar uttalte EU-domstolen at håndhevelsesdirektivet¹⁶⁸ pålegger medlemsstatene å ha et effektivt sanksjonssystem i saker hvor anskaffelsesreglene blir brutt. De poengterer imidlertid at direktivet ikke hjemler regler om hvilke vilkår som skal oppstilles for erstatningsansvaret og hvilke tap forbigåtte leverandører kan kreve erstatning for.

I denne saken legger EU-domstolen således til grunn at det ikke kan opereres med særskilte vilkår for erstatning ved brudd på anbuksreglene utover de generelle EU-rettslige erstatningsreglene. Domstolen tok utgangspunkt i staters ansvar ved traktatbrudd. I dommen fremkommer det at:

«I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i sit retssystem at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes (...) for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet er iagttaget».¹⁶⁹

Her legger domstolen vekt på at den enkelte stats egne domstoler kan utvikle erstatningsvilkårene innenfor de generelle prinsippene EU-retten setter for erstatningsansvar. EU-domstolen påpeker imidlertid at effektivitetsprinsippet setter skranker for de nasjonale retters autonomi på erstatningsrettens område og at det skal gjelde et minimumskrav for erstatning ved anbuksfeil:

«Det fremgår af fast retspraksis, at processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der

¹⁶⁸ Direktiv 2007/66/EF. Ikke gjennomført i norsk rett ennå, jf. det som er skrevet ovenfor.

¹⁶⁹ Combinatie-dommen, avsnitt 90

tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)». ¹⁷⁰

Dette må anses for å være et uttrykk for den rettsstilstand som de fleste stater har forholdt seg til. *Combinatie*-dommen modererer dermed det synet som kom frem i *Strabag*-dommen og fører problemstillingen langt på vei tilbake til utgangspunktet. I dommen presiseres det at medlemsstatene er forpliktet til å tilkjenne erstatning dersom det foreligger brudd på anbudsreglene, men at håndhevelsesdirektivet:

«indeholder ingen præcisering hverken hvad angår betingelserne for at anse en ordregivende myndighed for ansvarlig, eller for så vidt angår fastsættelsen af størrelsen af den erstatning, som kan pålægges». ¹⁷¹

6.3 Rettsstilstanden etter *Strabag* og *Combinatie* – mot et rent objektivt ansvar for anbudsfeil?

6.3.1 Innledning

Som nevnt ovenfor har Høyesterett uttalt at norske domstoler skal utvise lojalitet overfor de uttalelser og avgjørelser som avsies av EU-domstolen og EFTA-domstolen. ¹⁷² Selv om EØS-avtalen formelt sett ikke hjemler et domstolhierarki, har det i praksis utviklet seg en norm der norske domstoler i all vesentlighet legger fellesskapsdomstolenes tolkninger av EU-retten til grunn. Begrunnelsen er hensynet til rettsenhet. EFTA-statene skal etterstrebe en fellesskapskonform tolkning av EØS-avtalen. ¹⁷³

Når man skal diskutere hvorvidt de ferske EU-dommene endrer den rettsstilstand som er gjeldende i Norge, må de norske domstolers lojalitetsplikt overfor EØS-avtalen legges til grunn. I *Finanger*-dommen ¹⁷⁴ slo Høyesterett fast at norske domstoler er forpliktet til å tolke intern rett i samsvar med fellesskapsretten og er forpliktet til å sanksjonere brudd på Norges EØS-forpliktelser. ¹⁷⁵

¹⁷⁰ *Combinatie*-dommen, avsnitt 91

¹⁷¹ *Combinatie*-dommen, avsnitt 86

¹⁷² Rt. 2000 s. 1811

¹⁷³ EØS-avtalens fortale

¹⁷⁴ Rt. 2000 s. 1811

¹⁷⁵ Graver, 2005 s. 577

6.3.2 Ansvarsgrunnlag

Når det gjelder ansvarsgrunnlaget, synes de to nye EU-dommene å gå i ulike retninger. Dette gjenspeiles i at det eksisterer en viss uenighet om hvorvidt dommene endrer den praksis som gjelder i norsk anbudsrett. På den ene side står Strabag-dommen. Da den ble kjent, var mange av den oppfatning av at det nå skulle gjelde et «rent» objektivt ansvar for anbudsfeil hvor oppdragsgivers skyld ikke skal kunne tillegges vekt overhodet. I dommen uttales det at EU-direktivene ikke gir hjemmel for at vurderingen av anbudsfeil:

«skal bero på en nærmere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side, så som en godtgjort eller formodent culpøs adfærd, eller at overtrædelsen ikke må være omfattet af nogen ansvarsfritagelsesgrund».¹⁷⁶

På den annen side modererer Combinatie-dommen det tilsynelatende forbudet som Strabag-dommen satte mot å operere med skyld i ansvarsvurderingen. Cominatie-saken ble tolket slik at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for at oppdragsgivers skyld kan være et moment i spørsmålet om ansvar skal kunne ilegges. Dette kommer også til uttrykk i Brasserie-dommen:

«Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinnsans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er (...) om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig (...)».¹⁷⁷

Her uttaler EU-domstolen at i vurderingen av om en stat er ansvarlig for traktatbrudd, skal en kunne legge vekt på selve feilen, om staten har opptrådt klanderverdig og om det foreligger en unnskyldningsgrunn. Her er statens subjektive skyld inntatt som et moment i vurderingen. Argumentasjonen i Rabattdommen¹⁷⁸ synes derfor å harmonere godt med Brasserie-dommen, dersom førstvoterende i Rabattdommen legger til grunn at hensynet til oppdragsgivers skyld er et moment, og ikke et vilkår for ansvarsvurderingen. Det var med dette utgangspunkt Høyesterett uttalte at det ikke kan oppstilles et strengere ansvar for anbudsfeil enn for staters traktatbrudd.

¹⁷⁶ Combinatie-dommen avsnitt 35

¹⁷⁷ C-48/93 premiss 56

¹⁷⁸ Rt. 2008 s. 1705

Det er delte meninger om EU-dommene har medført en avklaring om hvorvidt skyld kan tillegges vekt i vurderingen av erstatningsansvar ved anbudsfeil. Det er ingen enkel oppgave å harmonisere dommene, da de åpner for ulike tolkninger. Spørsmålet er om en kan si at Combinatie-dommen avløste den linje som ble trukket i Strabag-dommen. Kan den sies å ha gjort det, blir situasjonen mindre komplisert. Det er gode argumenter som taler for at Combinatie-dommen er den som må tillegges mest vekt:

«Combinatinedommens styrke består i at rammene for medlemsstatenes regler om erstatning knyttes til et alminnelig grunnlag som er velkjent fra EU-domstolens tidligere praksis. Det kan derfor, sammen med posteriorprinsippet, være grunn til å la Combinatinedommen ha forrang foran Strabagdommen».¹⁷⁹

Her legger Simonsen vekt på to viktige momenter. For det første er læren om staters ansvar ved traktatbrudd godt kjent for medlemsstatene. Kravet til kvalifisert feil og de momenter som inngår i denne er kjent fra EU-domstolens praksis, og en må således si at dette grunnlaget for ansvar fremstår mer adekvat enn å legge avgjørende vekt på at culpa ikke fremgår av ordlyden i håndhevelsesdirektivet. For det andre følger det av alminnelig lære om motstrid at posteriorprinsippet skal tillegges vekt. Combinatie-dommen ble avsagt etter Strabag-dommen og en skal kunne legge vekt på at EU-domstolen hadde valgt å videreføre den linje som ble trukket i Strabag dersom dette skulle være gjeldende rett.

Da Rabattdommen ble avsagt fikk rettsanvenderne en rekke avklaringer med tanke på norsk rett sett i sammenheng med EU-retten. Med henvisning til læren om staters ansvar ved traktatbrudd, ble det antatt at norsk rett harmonerte bra med de krav EU stiller til sanksjoneringen av brudd på anbudsreglene. Etter de to nye EU-dommene vil en ny høyesterettsdom hvor den nye utviklingen blir drøftet eksplisitt, være av stor betydning.

Det foreligger imidlertid ny underrettspraksis om erstatning for anbudsfeil som er avsagt etter de nye EU-dommene. 9. januar 2012 ble det i Borgarting lagmannsrett tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse til en entreprenør som ble urettmessig forbigått i en anbudskonkurranse. Begge parter trakk frem dommene

¹⁷⁹ Simonsen, 2011. www.rechtsdata.no. Se fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

Strabag og Combinatie i sine prosedyrer. Lagmannsretten tok ikke stilling til om de nye EU-dommene har medført en endring i norsk rett. Begrunnelsen for å ikke diskutere dommene, var at de skjerpede kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng helt klart var oppfylt. Her viser Høyesterett direkte til Nucleus-dommen, og at det da var:

«unødvendig for lagmannsretten å vurdere om EU-domstolens avgjørelse av 30. september 2010 (sak 314/09 Strabag) innebærer at det ikke lenger kan stilles krav om vesentlige feil og klar sannsynlighetsovervekt».¹⁸⁰

Lagmannsretten velger likevel å kommentere de nye føringene fra EU. Det gjør retten ved å henvise til professor Lasse Simonsens artikkel på Gyldendal rettsdata¹⁸¹ om EU-dommenes betydning for norsk anbudsrett. Lagmannsretten stiller seg bak hans vurdering om at:

«det er god harmoni mellom norsk erstatningsrett for brudd på anskaffelsesreglene og fellesskapsretten, men at Strabagdommen muligens kan tilsi at det bør utvises forsiktighet med å tillegge skyldmomentet for stor vekt. Lagmannsretten antar på denne bakgrunn at det ikke kan konstateres at Strabagdommen innebærer noen vesentlig endring i forhold til tidligere».¹⁸²

Dommen fra Borgarting lagmannsrett viser at domstolene er lojale mot den retning som Høyesterett staket ut ved Nucleus-dommen og som har blitt opprettholdt i senere høyesterettspraksis. Ved å henvise til at de skjerpede kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng var innfridd, unngikk lagmannsretten å måtte ta stilling til de nye EU-dommene.

6.3.3 Årsakssammenheng

Det kan diskuteres hvorvidt det skjerpede kravet til årsakssammenheng om «klar sannsynlighetsovervekt» som ble lagt til grunn i Nucleus-dommen, er for strengt dersom det veies mot hensynet bak effektivitetsprinsippet. Spørsmålet er om det strenge beviskravet for årsakssammenheng er det erstatningsvilkåret som i praksis er den største hindringen for leverandøren som krever å få erstattet sitt fortjenestetap.

¹⁸⁰ LB-2010-176631

¹⁸¹ Simonsen, 2011. www.rettsdata.no. Fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

¹⁸² LB-2010-176631

Både før og etter at de nye dommene *Strabag* og *Combinatie* ble avsagt, har hovedfokuset vært på i hvilken grad Høyesteretts krav til et skjerpet ansvarsgrunnlag strider mot effektivitetsprinsippet i EU-retten. Mindre oppmerksomhet synes å være viet til det skjerpede kravet til årsakssammenheng. Men kanskje er det nettopp her problemstillingen rent praktisk kommer på spissen. I EU-retten må det foreligge «direkte årsakssammenheng»¹⁸³ for at en stat skal kunne bli ansvarlig for traktatsbrudd. Spørsmålet er om kravet til årsakssammenheng slik det fremgår av *Nucleus*-dommen er strengere enn kravet til årsakssammenheng i EU-retten og EØS-retten. Det sentrale med effektivitetsprinsippet er at det ikke skal være uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning. Sett i lys av dette, synes det at kravet til klar sannsynlighetsovervekt vanskelig kan forsvares. Å bevise at det er begått en vesentlig feil er trolig ikke den største utfordringen for den som skal fremme sitt erstatningskrav. Det er ikke uvanlig at mange erstatningssaker strander på problemene med å bevise at forbigått leverandør med klar sannsynlighetsovervekt ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke var begått.¹⁸⁴ Dette skjerpede kravet til årsakssammenheng kan derfor hevdes å være til hinder for en effektiv sanksjonering av anbudsfeil.

¹⁸³ E-9/97 premiss 66

¹⁸⁴ Krüger, 2001 s. 287

7 AVSLUTNING

Anbudsretten er et dynamisk rettsområde som har gjennomgått en omfattende utvikling i tiden etter at Norge skrev under på EØS-avtalen. Resultatet er en anbudsrett som i all vesentlighet er et EU-rettslig produkt og som beskyttes av EUs håndhevelsedirektiv om staters plikt til sanksjonering av anbudsfeil.¹⁸⁵

I norsk rett var det i lang tid kun mulig for en forbigått leverandør å få erstattet sin negative kontraktsinteresse ved anbudsfeil. Først i Torghatten-dommen i 1998 tilkjente Høyesterett erstatning for leverandørens tapte fortjeneste, men da med utgangspunkt i rettskravsmodellen. Da Høyesterett i Nucleus-dommen i 2001 tilkjente erstatning for oppfyllelsesinteressen etter sannsynlighetsmodellen, var det etter at flere hadde antydnet at det ikke å åpne for erstatning for den positive kontraktsinteresse trolig var i strid med effektivitetsprinsippet i EU-retten.

Når det gjelder kravet til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng, går det en klar grense mellom erstatning for den positive og den negative kontraktsinteresse. For å tilkjenne erstatning for den negative kontraktsinteresse, legges det trolig til grunn et rent objektivt ansvar. Videre stilles det ikke krav til at feilen må være vesentlig, og det gjelder et alminnelig krav til årsakssammenheng. Da Høyesterett tilkjente erstatning for fortjenestetapet etter sannsynlighetsmodellen, foretok de en innstramming av kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Det er disse skjerpede kravene som kan synes å være vanskelige å forene med effektivitetsprinsippet i EU-retten. Avgjørelsene fra de ferske EU-dommene Strabag¹⁸⁶ og Combinatie¹⁸⁷ kan tolkes i ulike retninger, og gjør det vanskelig for rettanvendere å vite i hvilken grad de får betydning for norsk rett. Hvis en ser på Strabag-dommen isolert sett, så levner den lite tvil om at den er «avvisende til unnskyldningsgrunner av enhver art, også slike som knytter seg til anskaffelsesmyndighetenes forståelse av regelverket».¹⁸⁸ Den må imidlertid avstemmes med det som kommer frem av Combinatie-dommen, hvor domstolen henviser til læren om staters ansvar ved traktatbrudd. Ved traktatbrudd kan man i en sammensatt vurdering av hvorvidt det foreligger «kvalifisert feil» trekke inn

¹⁸⁵ NOU 2012:2 pkt. 15.6.1

¹⁸⁶ C-314/09

¹⁸⁷ C-568/08

¹⁸⁸ Fredriksen, 2010 s. 614

statens skyld. Det er denne læren Høyesterett henviste til i Rabattdommen¹⁸⁹ for å begrunne hvorfor skyldmomentet som anvendes i ansvarsvurderingen ikke er i strid med effektivitetsprinsippet i EU-retten.

Inntil videre kan norske domstoler benytte oppdragsgivers skyld som moment i vurderingen av erstatningsansvar, men dette må trolig anvendes snevert. Er feilen objektivt sett grov, skal det gode grunner til for at skyldmomentet kan fritta oppdragsgiver for ansvar for unnskyldelig rettsvillfarelse. I utgangspunktet vil en villfarelse sjelden være unnskyldelig, og i anbudsretten skal åpningen for en slik ansvarsfritaksgrunn trolig tolkes strengere. Begrunnelsen er at skyldmomentet ikke skal få et slikt selvstendig preg at det i praksis blir et vilkår for ansvar. Dette er helt i tråd men den praksis som gjelder i EU-retten, hvor Simonsen poengterer at den alminnelige ansvarsnormen «innebære[r] at feil som er tilstrekkelig grove eller kvalifiserte av andre grunner enn skyld, skal gi skadelidte leverandører rett til å kreve erstatning etter nasjonal rett».¹⁹⁰

Det kan tenkes at norske domstoler vil forsøke å unngå de føringer som utledes av EU-dommene ved å argumentere med at kravet til vesentlig feil, slik det fremkommer i Nucleus, Reno-Vest og Rabatt, er oppfylt. Foreligger det objektivt sett grove feil, og oppdragsgivers villfarelse ikke er unnskyldelig, behøver en ikke å sette skyldmomentet på spissen. I stedet anvendes det snevert i nær sammenheng med de objektive sidene av vesentlighetsvurderingen. Ved å definere «vesentlig feil» som ramme for ansvarsgrunnlag, har Høyesterett etablert en praksis som gir stor grad av fleksibilitet i de enkelte tilfeller. Dette er trolig blitt gjort for å unngå motstrid med EU-retten. Ved å anvende skyldmomentet forhindrer en at oppdragsgiver blir ansvarlig på et rent objektivt grunnlag, samtidig som man unngår et alminnelig culpaansvar i strid med EU-rettens erstatningsregler. Spørsmålet er så om en slik internrettslig begrepsbruk kan benyttes for å innfortolke rettsenhet med fellesskapsretten. Svaret er trolig benektende: «nasjonal terminologi kan uansett ikke være avgjørende for det EU/EØS-rettslige krav til erstatningssanksjonen».¹⁹¹ For å unngå motstrid med EU-rettens effektivitetsprinsipp, taler sterke grunner for at man

¹⁸⁹ Rt. 2008 s. 1705

¹⁹⁰ Simonsen, 2011. www.ressdata.no. Fullstendig lenke i kildefortegnelsen.

¹⁹¹ Fredriksen, 2010 s. 614

ikke kan tillegge oppdragsgivers skyld en slik betydning at det blir et vilkår for å ilegge ansvar. Rabattdommen var nært opp til en slik grense,¹⁹² og det overlates nå til Høyesterett å ta stilling til om skyldmomentet også i framtiden skal kunne anvendes på tilsvarende måte.

¹⁹² Simonsen, 2011. www.rettsdata.no

8 KILDEFORTEGNELSE

Litteratur

- Bernt, Jan Fridthjof og Krüger, Kai (2002): *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*. I: Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, Oslo
- Bjørnstad, Henning (2003): *Erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anbudsreglene*. Spesialoppgave, UiO
- Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Esther (2005): *lov om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave*. Universitetsforlaget, Oslo.
- Dragsten, Marianne H. (2006): *Håndbok i offentlige anskaffelser*. Universitetsforlaget, Oslo.
- Fredriksen, Halvard Haukeland (2010): *Objektivt ansvar for anbudsfeil?* I: Lov og rett 2010 nr. 10
- Graver, Hans Petter (2005): *Domstolene og EØS*. I: Lov og rett 2005 nr. 10
- Hagstrøm, Viggo (2011): *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo
- Krüger, Kai (2001): *Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse – fra «Firesafe» 1997 til «Nucleus» 2001*. I: Jussens venner, 2001 hefte 5-6
- Lødrup, Peter (2011): *Lærebok i erstatningsrett*. Med bistand fra Morten Kjelland. 6. utgave. Gyldendal Akademisk, Oslo.
- Selmer, Knut S. og Nygaard, Nils (2004): *Erstatningsretten*. I: Knophs oversikt over norsk rett. 13. utgave. Universitetsforlaget, Oslo.
- Simonsen, Lasse (1997): *Prekontraktuelt ansvar*. Universitetsforlaget, Oslo.
- Simonsen, Lasse (2011): *Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*. I Gyldendal Rettsdata. www.rechtsdata.no. Fullstendig lenke nedenfor.
- Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Kolstad, Olav (2005): *EØS-rett*. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo.
- Trygstad, Kristian Dahle (2006): *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. Gyldendal Akademisk. Oslo
- Vesterkjær, Eivind og Gunnarsdóttir, Margrét (2010): *Strengere håndheving av anskaffelsesreglene*. Fagartikkel fra advokatfirmaet Thommessen: http://www.thommessen.no/Filer/Logistikk_og_innkjop_mars2010.pdf. 16. januar 2012, kl. 9.49

Lover og forskrifter

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 13. mai 1918 nr. 4

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) 27. november 1992 nr. 109.

Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288

Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402

EU-direktiver

Direktiv 2004/18/EF for klassisk sektor

Direktiv 2004/17/EF for forsyningssektorene

Direktiv 89/665/EØF Det gamle håndhevelsesdirektivet.

Direktiv 2007/66/EF Det nye håndhevelsesdirektivet. Gjennomføres i norsk rett i 2012.

Norges avtaler med andre stater

Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, kalt ODA.

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, kalt EØS-avtalen.

Forarbeider

NOU 1997:21: Offentlige anskaffelser.

NOU 2010:2: Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

NOU 2012:2: Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU.

Ot.prp.nr.71 (1997-1998): Offentlige anskaffelser.

Prop. 12L (2011-2012): Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven.

(gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).

Domsregister

Rt. 1997 s. 574 «Firesafe-dommen»

Rt. 1998 s. 1398 «Torghatten-dommen»

Rt. 2000 s. 1811 «Finanger I-dommen»

Rt. 2001 s. 473 Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjennelse.

Rt. 2001 s. 1062 «Nucleus-dommen»

Rt. 2005 s. 1365 «Finanger II-dommen»

Rt. 2007 s. 983 «Reno-Vest»

Rt. 2008 s. 982 «Catch Ventelo-saken»

Rt. 2008 s. 1705 «Rabattdommen»

LB-2010-176631. Borgarting lagmannsrett, 9. januar 2012

EU-dommer

C-46/93, Brasserie-dommen

C-314/09, Strabag-dommen

C-568/08, Combinatie-dommen

Nettsider

- Note 5:
http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/20110127_COM_en.pdf. 26. oktober 2011 kl. 19:38.
- Note 6:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/taler_og_artikler/av_ovrig_politisk_ledelse/taler-og-artikler-av-statssekretar-inger/2011/europapolitisk-forum.html?id=645136. 26. oktober 2011 kl. 20:08
- Note 11:
http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/taler_og_artikler/av_ovrig_politisk_ledelse/taler-og-artikler-av-statssekretar-inger/2011/europapolitisk-forum.html?id=645136. 26. oktober 2011 kl. 20:08
- Pressemelding fra Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet om nytt lovforslag om gjennomføring av EUs nye håndhevelsesdirektiv:
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressepenter/pressemeldinger/2011/skje>

rpet-handhevelse-av-offentlige-anska.html?id=662949. 12. januar 2012 kl.
10:55

- Note 17:
internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals_en.htm 18. mars 2012 kl. 21:52
- Lasse Simonsen (2011):
<http://home.hio.no/~ingun/offansk/dommer/om%20cobinatie.htm>