

## **OFFENTLIG MYNDIGHET PÅ ANBUD**

En analyse av relevante forvaltningsrettslige reglers anvendelse og innhold når et forvaltningsorgan benytter anbudsform til å utøve offentlig myndighet

Kandidatnummer: 218

Veileder: Erik Boe

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17998 ord

## Forord

Interessen for kombinasjonen av forvaltningsrett og kontraktsrett ble for første gang vekket da Erik Boe foreleste om sine "lilla regler". Den gang fremstod temaet som noe særegent for en student som syntes rettssystematiske skillelinjer var betryggende å støtte seg til. I dag ser jeg at temaet er praktisk og at det aktualiseres for hver dag som går.

Underveis i prosessen har det vært godt å lene seg til ordtaket om at veien er målet. På flere stadier har jeg vært på åpent hav. I ettertid ser jeg at disse erfaringene er det som har lært meg mest. Jeg vil i første rekke takke Erik Boe som har vært min veileder. Han har inspirert meg helt fra starten av rettstudiet og har satt opp fyrlyktene på de rette punktene gjennom skriveprosessen. En særlig takk til Belinda Taranger Ingebrigtsen og Eirik Tveit, som har vært gode diskusjonspartnere, og til Heidi Fosse Schreiner, som har lest korrektur. Takk til Hans Petter Graver, Lasse Simonsen og Samferdselsdepartementet ved Tor Erlend Framstad, som har bidratt med kunnskap på sine spesialområder. En varm takk til min Kari Ann som har tålt avbrudd i familielivet i de fleste av døgnetimer, og til kjære Sofie som sprer glede om seg hver dag.

Bryne, oktober 2005

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Tema og problemstilling</b>	<b>1</b>
1.1.1	Oppgavens tema	1
1.1.2	Problemstillingen	2
<b>1.2</b>	<b>Argumentkilder</b>	<b>4</b>
<b>1.3</b>	<b>Kort om anbudsinstittet</b>	<b>6</b>
1.3.1	Hovedinnhold	6
1.3.2	Formål	6
1.3.3	Rettskildebildet	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>FORHANDLINGS- OG VEDTAKSFASEN</u></b>	<b><u>8</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Materiell kompetanse</b>	<b>8</b>
2.1.1	Hjemmelskravet	8
2.1.2	Skjønnsutøvelsen	22
2.1.3	Anbudsavtalen	26
<b>2.2</b>	<b>Prosessuell kompetanse</b>	<b>34</b>
2.2.1	Forvaltningslovens og offentlighetslovens virkeområde	35
2.2.2	Alminnelige saksbehandlingsregler	39
2.2.3	Reglene for enkeltvedtak	45
<b><u>3</u></b>	<b><u>SANKSJONERINGSFASEN</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Klage</b>	<b>54</b>
3.1.1	Kan anbudsavtalen påklages?	54
3.1.2	Hvor langt påvirker anbudsformen klageinstansens kompetanse?	55
<b>3.2</b>	<b>Omgjøring</b>	<b>59</b>
3.2.1	Kan anbudsavtalen omgjøres?	59

3.2.2	I hvilken grad påvirkes omgjøringsadgangen av anbudssituasjonen?	60
<b>3.3</b>	<b>Erstatning</b>	<b>61</b>
3.3.1	Erstatning for skuffede forventninger?	61
3.3.2	Erstatning for den positive kontraktsinteresse?	63
<b>4</b>	<b><u>LITTERATURLISTE OG KILDEHENVISNINGER</u></b>	<b>65</b>

## 1 Innledning

Denne oppgaven ligger i spenningsfeltet mellom forvaltningsrett og kontraktsrett. Forvaltningsrett og kontraktsrett leder umiddelbart tanken mot ulike og motstående hensyn. Det reiser seg en rekke prinsipielle og generelle problemstillinger når de to rettsområdene møter hverandre. Jeg tar kun for meg de særlige problemstillingene som oppstår når det offentlige benytter anbud til å utøve offentlig myndighet.

### 1.1 Tema og problemstilling

#### 1.1.1 Oppgavens tema

Klassisk myndighetsutøvelse kjennetegnes ved at staten i kraft av sin høyhetsrett overfor borgerne, treffer beslutninger i form av forbud, påbud, og tillatelser. I moderne forvaltningsrett har oppgavene og virkemidlene blitt flere, og målene mer ambisiøse. Staten driver tjenesteyting som renovasjon, sosialhjelp og utbygging av veier. Velferdsstaten sørger for et forsvarlig skoletilbud, barnehageplasser og helsehjelp. Det offentlige er videre engasjert i forretningsdrift som Statoil og Vinmonopolet. I tillegg til dette opptrer staten som markedsaktør i kraft av sin eierrådighet og alminnelig avtalekompetanse. Et annet kompliserende element i moderne forvaltningsrett, er privatisering og utsetting av tidligere offentlige oppgaver til private. Målsettingen med de nye virksomhetsformene kan for eksempel være å sikre politisk kontroll, skaffe staten inntekter, eller å sikre stabilitet i et bestemt marked. Endringene som nevnt ovenfor medfører behov for fleksibilitet, effektivitet og evnen til å spille på lag med borgerne. Dersom en kommune for eksempel ønsker å privatisere renovasjonstjenesten, så må forhandlinger og dialog til.<sup>1</sup> I så måte kan avtalemekanismen være å foretrekke fremfor normeringer i lov, forskrift og vedtak. Man

---

<sup>1</sup> Ved bruk av anbud er det for øvrig et spørsmål om forhandlinger er tillatt. Innen anbudsretten gjelder et alminnelig prinsipp om forbud mot forhandlinger, se for eksempel NS 3400 pkt. 13.3.

kan si at staten styrer med ”betaling i stedet for befaling”.<sup>2</sup> Med betaling menes at stat og borger utveksler ytelser. Med styring menes at avtaler benyttes som virkemiddel til å nå politiske mål.

Endringene forrykker også det tradisjonelle bildet av forvaltningsrett og kontraktsrett som to adskilte rettsdisipliner.<sup>3</sup> Forsvinner offentligrettslige regler og prinsipper i dragsuget av privatisering og omdanning til aksjeselskap? Og motsatt; mister kontraktsrettslige regler og prinsipper sin betydning når et forvaltningsorgan inngår avtaler om bruk av offentlig myndighet?

På samferdselssektoren benyttes for eksempel anbudskonkurranse ved tildeling av konsesjon og tilskudd, samtidig som anbudsvinner inngår kontrakt med vedkommende forvaltningsorgan. Hvilke regler får anvendelse i denne situasjonen? Og med hvilket innhold?<sup>4</sup> Spørsmålene kan reise seg på flere områder. Sett at kommunen tildeler driftstilskudd til fysioterapeuter etter forutgående anbudsrunde, eller at departementet innbyr til konkurranse om oljeutvinningstillatelser, eller konsesjon til å drive tv eller radio virksomhet. Det er de sistnevnte situasjonene som er temaet i oppgaven her.

### 1.1.2 Problemstillingen

Følgende problemstilling behandles i denne oppgaven; ”Om og i hvilken grad relevante forvaltningsrettslige regler får anvendelse, når et forvaltningsorgan benytter anbudsform til å utøve offentlig myndighet”.

---

<sup>2</sup> Boe, Innføring 2 s. 615.

<sup>3</sup> Se Marcusson, s. 53: ”Vi kan konstatere at tildelingen i offentlig og privat rett blitt alt svårere å oppretthålle, at den ändå har positivrettslig betydelse samt at den fortfarande kan ha et värde som et hjälpmedel vid försöken att överblicka regelsystemet och strukturera vårt vetande. Det blir dock alltmer nödvändigt att skapa kompletterande indelningar som kan bidra till förståelsen av sammanhanget mellan rättsområdena och belysa likheter och skillnader mer nyansrikt”.

<sup>4</sup> Spørsmålet om anvendelsen av anbudsrettslige regler på offentlig rettens område var oppe i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten).

Meningen er å studere hvor langt den spesielle kontrakts- og anbudsrett påvirker kjente forvaltningsrettslige regler. Lignende problemstillinger reiser seg for eksempel ved utbyggingsavtaler,<sup>5</sup> og når det offentlige gir tilsagn om utøvelsen av fremtidig beskatningsmyndighet.<sup>6</sup>

Jeg deler problemstillingen i et rekkeviddeproblem og i et innholdsproblem.<sup>7</sup> Rekkeviddeproblemet er spørsmålet om relevante forvaltningsrettslige regler får anvendelse. Forutsatt at den forvaltningsrettslige regel får anvendelse, så oppstår spørsmålet om regelsettene i så fall må kombineres, slik at den forvaltningsrettslige regel får anvendelse med et annet innhold enn ellers.

Rekkeviddeproblemet og innholdsproblemet oppstår både ved materielle og prosessuelle kompetansespørsmål. Det materielle hovedspørsmålet er om det offentlige overhodet har adgang til å gi tilsagn om tillatelsesmyndighet etter forutgående anbudsinnbydelse, og hvilket innhold anbudsavtalen i så fall kan ha. Det prosessuelle hovedspørsmålet er om anbudsreglene erstatter de saksbehandlingsreglene som normalt gjelder ved myndighetsutøvelse, eventuelt om klassiske forvaltningsrettslige regler må anvendes med et moderert innhold fordi anbudsformen benyttes.<sup>8</sup>

Jeg tar ikke opp personelle kompetansespørsmål. Forvaltningens personelle kompetanse reiser ikke særlige problemer på dette området. Avgjørelsen skal treffes av det organ eller den person som har vedtaksmyndighet.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Se for eksempel Boe, Utbyggingsavtaler.

<sup>6</sup> Bernt, Avtaler 1981 s. 270.

<sup>7</sup> Se Boe, Festskrift 2002.

<sup>8</sup> Se lov om behandlingssåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (fv1.).

<sup>9</sup> Se Rt. 1995 s. 1688 (Vadsødommen). Fylkesordføreren kunne ikke binde fylkestinget ved avtale overfor Vadsø kommune. Et annet spørsmål er om det kan kreves erstatning ved personelle kompetanseoverskridelser fordi organet var "legitimert".

## 1.2 Argumentkilder

Når myndighetsutøvelse og anbudsform smeltes sammen, oppstår en ny rettsituasjon som har få klare svar. Rettskildebildet er uklart og rettsposisjonene til aktørene er sammensatte; myndighetsutøvelsen og kontrakten vil ofte gjensidig forutsette hverandre.

Rettsanvendelsen vil dermed bli preget av argumenter som hentes fra den alminnelige forvaltningsrett og fra kontraktsrett/anbudsrett, derav begrepet argumentkilder.

Rettskildesituasjonen illustreres av førstvoterendes votum i

Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten s. 1405): *”Konsesjonen og tilskuddet er som nevnt tildelt etter forutgående anbudsinnbydelse. Dette reiser spørsmålet om saken likevel skal vurderes med utgangspunkt i at det er tale om myndighetsutøvelse, eller om det til en viss grad er rom for å legge vekt på anbudsrettslige hensyn”*. Rettskildeproblematikken relaterer seg i første rekke til avveiningsfasen. Hvilke forvaltningsrettslige regler og anbudsrettslige regler som har relevans, er enklere å avgjøre.

Lovverket angir i høyden at anbudsform kan benyttes, det sier ikke hva det nærmere bestemt betyr.<sup>10</sup>

Det finnes kun en høyesterettsdom som direkte gjelder vårt tema,

Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten), samt en underrettsdom fra Borgating lagmannsrett av 29. juni 2001 (Norske ferjer). Dommene bidrar i begrenset utstrekning til å klargjøre den særskilte rettsituasjonen som oppstår når det offentlige vil bruke anbud til å utøve offentlig myndighet. Det finnes en rekke dommer om avtaler om offentlig myndighet generelt. Visse slutninger kan utledes av disse, selv om vi her står overfor en egenartet situasjon. Videre har Sivilombudsmannen avgitt to uttalelser i forbindelse med P4-saken, som gjaldt tildeling av riksdekkende radiokonsesjon ved anbudsform.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Bruk av anbudsprosedyre har kun særskilt hjemmel på samferdselssektoren. Se lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy 21. juni 2002 nr. 45 § 8 (yrkestransportloven). Forskrift om anbud i lokal rutetransport 26. mars 2003 nr. 400, gir nærmere regler om gjennomføringsmåten (anbudsforskriften).

<sup>11</sup> Se sak 2003-0594 og 2003-0179.



Reelle hensyn blir derfor sentrale argumentkilder i den forestående analysen.

Innen anbud retten har det utviklet seg regler og prinsipper som kan betegnes som ”god anbudsskikk”. Reglene og prinsippene gjelder som alminnelig bakgrunnsrett i anbudssaker, og enkelte av dem kan gi uttrykk for sedvanerett.<sup>12</sup> Alminnelig anbud rett er en supplerende og relevant argumentkilde der forvaltningen har særskilt hjemmel til å benytte anbud, og kan være det på rettsområder der anbud formen ikke har særskilt hjemmel.

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (offanskl.) med tilhørende forskrifter, får ikke direkte anvendelse.<sup>13</sup> Vi står ikke overfor et privatrettslig kjøp, men en tildeling av et offentlig gode der den private aktør bærer risikoen for virksomheten.<sup>14</sup> Likevel kan det tenkes at hensynene bak anskaffelsesregelverket og de prinsipper regelverket bygger på, kan få analogisk anvendelse. Dette inkluderer også alminnelige EØS/EU rettslige prinsipper.<sup>15</sup> Videre gjelder EØS-avtalens hoveddel ved anbudskonkurranser, jfr. lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 27. november 1992 nr. 109 § 1 (EØS-loven).<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Se RG 1982 s. 330 (Drammen byrett s. 344): ”Det er på det rene at NS 3400 eller andre regelsett ikke var gjort gjeldende for anbudskonkurransen. I tillegg til de spesielle og generelle vilkår som fremgår av anbudsinndelingen, kommer imidlertid de prinsipper og regler som er knyttet til selve anbudsinstitusjonen. Byggherren har invitert til en konkurranse der entreprenørfirmaene deltar under forutsetning av at visse prinsipper og regler gjelder”.

<sup>13</sup> Se forskrift om offentlige anskaffelser 15. juni 2001 nr. 616 (anskaffelsesforskriften) og forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon 5. desember 2003 nr. 1424 (innkjøpsforskriften).

<sup>14</sup> Grensetilfeller kan lett oppstå her. Se KOFA 2003 sak nr. 149 (Norgesbuss) til illustrasjon.

<sup>15</sup> Nielsen, poengterer på s. 27 flg. at ”almindelige EU retlige prinsipper er forpliktende for dem [offentlige innkjøpere – min markering] ved en hvilken som helst kontraktindgåelse også selv om man er uten for utbudsdirektiverne”. Graver 2004, gir en nærmere behandling av forholdet til fellesskapsretten.

<sup>16</sup> Diskrimineringsforbudet i EØS-avtalens art. 4 vil for eksempel kunne innebære et forbud mot å utelukke utenlandske aktører fra konkurransen.

### 1.3 Kort om anbudsinstytutet

For å forstå hvorfor anbudsform benyttes og hvilken betydning formen kan ha i vår situasjon, nevner jeg noen fellestrekk ved anbudsinstytutet.

#### 1.3.1 Hovedinnhold

Anbud betegnes som en form for formalisert avtaleinngåelse med konkurransepreg.<sup>17</sup> Det karakteristiske ved anbud er for det første at avtaleinngåelsen skjer etter en formalisert prosedyre. For det andre at tilbudsgiverne konkurrerer med hverandre på entydig definerte premisser.<sup>18</sup> Anbud er en forespørsel fra en innbyder/oppdragsgiver til en bestemt eller ubestemt krets markedsaktører om å gi et tilbud på en vare, en tjeneste, et arbeid med videre. Det er kun en av partene som vinner retten til kontrakten. I vår situasjon vil aktørene samtidig eller utelukkende konkurrere om en offentlig tillatelse, og eller et tilskudd.<sup>19</sup> En konsesjonskontrakt består dermed både av klassisk myndighetsutøvelse og utøving av privatautonomi.

#### 1.3.2 Formål

Et hovedformål med å bruke anbudsform, er effektiv ressursutnyttelse. Konkurransen vil gi anbyderne et incitament til å tilby lav pris og høy kvalitet. Innbyderen kan videre spare ressurser når kontraktsinngåelsen formaliseres, for eksempel fordi man slipper å gå inn i usikre forhandlinger med potensielle tilbudsgivere. Dessuten kan anbyderne spare penger. Deres tilbud kan eksempelvis ikke misbrukes som forhandlingskort, og en eventuell prekvalifisering vil hindre en bedrift i å bruke ressurser på å vinne en kontrakt som den ikke har kapasitet til å oppfylle.

Et annet hovedformål med anbudsprosedyren er å sikre lik behandling av anbyderne, rettsikkerhet, og at valget av anbyder grunner på objektive og saklige kriterier.

---

<sup>17</sup> NOU 1997: 21 s. 81.

<sup>18</sup> Innbyder utarbeider et anbudsgrunnlag som inneholder alle de opplysningene anbyderne trenger for å utarbeide sine anbud. Anbudsgrunnlaget og aksepten av anbudet utgjør som utgangspunkt den fullstendige avtalen.

<sup>19</sup> Se Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten).

Prosedyrereglene ivaretar hensynet til en rettferdig konkurranse. Når konkurransebetingelsene og saksbehandlingsreglene er definert på forhånd, vil det eksempelvis være enklere å avdekke feil ved saksbehandlingen, usaklig forskjellsbehandling, korrupsjon og så videre.

I Rt. 1994 s. 1222 (Fana Boligbyggelag s. 1234) siteres Kai Krüger, som oppsummerer anbudsinstuttets formål slik: ”...*Formålet er å sikre lik behandling, fair play og reell konkurranse på et kontrollert grunnlag mellom leverandører eller oppdragstagere, samtidig som det tilstrebes at kontrakten går til den som kan oppfylle kontrakten billigst, best og (eventuelt) raskest. Det er i utgangspunktet et overordnet formål å hindre ukontrollert forhandlingspress i forholdet mellom innbyder og anbyder samt unngå innbyrdes misligheter mellom anbyderne...*”.

### 1.3.3 Rettskildebildet

På kontraktrettens område gjelder prinsippet om kontraktsfrihet. Derfor er det i utgangspunktet opp til partene å bestemme reglene for anbudsprosedyren.<sup>20</sup> Spørsmålet om hvorvidt partene kan sies å ha avtalt anbudsform tas ikke opp her.<sup>21</sup>

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 13. mai 1918 nr. 4 (avtl.) gjelder på formuerettens område, jfr. § 41, og kan ha betydning ved anbud. Dette gjelder for eksempel reglene om tilbud og aksept. Men reglene viker for ”handelsbruk eller annen sedvane”, jfr. § 1. Slik kutyme vil typisk være ulovfestet anbudsrett, se pkt. 1.2.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Regelverket for offentlige anskaffelser er preseptorisk. Ved anskaffelser som går inn under regelverket vil et forvaltningsorgan ha plikt til å benytte anbudskonkurranse, og da på den måte som loven og forskriftene bestemmer.

<sup>21</sup> Se Simonsen s. 546-551.

<sup>22</sup> NOU 1997:21 s. 81.

Anbudsreglene virker tidsmessig frem til avtaleinngåelse.<sup>23</sup> Etter antagelsen av anbudet gjelder kontrakten og andre relevante kontraktsrettslige regler mellom partene.

## **2 Forhandlings- og vedtaksfasen**

Denne fasen vedrører rettsforholdet mellom forvaltningsorganet og private rettssubjekt, fra konsesjonen lyses ut til avtalen inngås. I oppgavens del 3 behandler jeg enkelte spørsmål som kan reise seg etter avtaleinngåelsen, som klageadgang og sanksjoner. Oppgaven vil altså følge avtalens/vedtakets tidsmessige forløp. Jeg forutsetter at forvaltningsorganet ikke har truffet et formelt vedtak, men at tillatelsen, og eller tilskuddet, ligger som en underliggende forutsetning eller forventning for avtalen.

### **2.1 Materiell kompetanse**

#### **2.1.1 Hjemmelskravet**

Når det offentlige bruker sin styringsposisjon, må det som utgangspunkt stilles krav til at borgernes folkevalgte representanter – Stortinget – i lovs form har tatt stilling til hvordan forvaltningen kan gå frem overfor borgeren, og hvilket innhold avgjørelsen kan ha. Den formelle innfallsvinkelen i vårt tilfelle, er at partene har benyttet seg av sin alminnelige kompetanse til å inngå avtale, og på den måten partene selv bestemmer. Spørsmålet i det følgende blir da om hjemmelskravet som normalt gjelder ved myndighetsbeslutninger, avskjærer eller begrenser aktørens kontrakts- og kontraheringsfrihet på dette området.

##### **2.1.1.1 Må hjemmel i lov til for å bruke anbudsform til å utøve myndighet?**

Krever fremgangsmåten (anbudsprosedyre) og beslutningen (tilsagn om myndighetsutøving), at Stortinget ved lov må ha gitt forvaltningsorganet kompetanse?

---

<sup>23</sup> Dette følger forutsetningsvis av anbudsformen selv. Se for eksempel NS 3400 pkt. 13.3 første punktum antitetisk.

Først må det avklares om anbydernes deltakelse i konkurransen innebærer et samtykke som kan erstatte lovkravet.

I vårt tilfelle må den private aktør ha kompetanse til å fraskrive seg det legalitetsvernet som den aktuelle lovgivningen gir ham. Det kan for eksempel tenkes at anbyderen aksepterer at anbudsreglene erstatter forvaltningslovens saksbehandlingsregler. En anbyder har uansett ikke kompetanse til å binde andre med sitt samtykke.

Rent prinsipielt må man tolke den enkelte anbyders utsagn og handlemåte.

Problemstillingen blir da om anbydernes atferd må tolkes som et gyldig samtykke. Det vil si at parten frivillig aksepterer at anbudsprosedyre benyttes til å tildele konsesjonen med videre, og at parten har forståelse for rekkevidden av samtykket.<sup>24</sup> Ved å gi tilbud kan man si at anbyderen har akseptert fremgangsmåten og vilkårene for konkurransen. På den annen side vil en utlysning og konkurranse om en konsesjon, kreve at anbyderen deltar dersom denne skal få markedsadgang. Enkelte næringsområder krever som kjent offentlige tillatelser.<sup>25</sup> Dermed kan kontraheringsfriheten i realiteten være begrenset.

Etter mitt skjønn kan ikke deltakelsen i seg selv innebære at anbyderne har fraskrevet seg legalitetsvernet fullt ut. Det vil i så fall si at anbyderne godtar at anbudsprosedyren erstatter tradisjonell saksbehandling etter forvaltningsloven, og at kun kontraktsrettslige regler begrenser hvilket innhold anbudsavtalen kan ha. Som utgangspunkt må man likevel tolke deltakelsen som et samtykke til at konkurransen legger visse føringer for saksbehandlingen, og for hva som kan bestemmes. Når man for eksempel spør om aktørene har krav på veiledning og hvor langt avtalevilkårene er lovlige, så kan partsforutsetninger være et relevant tolkningsmoment.

Deltakelsen i konkurransen kan etter omstendighetene innebære et samtykke som kan erstatte, eller modifisere, et eventuelt krav til lovhjemmel.

---

<sup>24</sup> Boe, Innføring2 s. 603.

<sup>25</sup> Se for eksempel lov om kringkasting 4. desember 1992 nr. 127 § 2-1 (kringkl.).

For det annet må man spørre om forvaltningens private autonomi er tilstrekkelig kompetansegrunnlag til å tildele konsesjoner med videre ved bruk av anbud.

I forhold til anbyderne blir spørsmålet om anbud ivaretar de krav til rettssikkerhet som må stilles til det offentlige ved myndighetsutøvelse. Kan forvaltningens disposisjon få slike inngripende konsekvenser at hjemmel i lov er nødvendig? Jeg ser bort i fra betydningen av samtykke her.

Legalitetsprinsippet kan få anvendelse uavhengig av virksomhetstype og beslutningsform.<sup>26</sup> Når det gjelder beslutningen om å tildele en bestemt konsesjon, så virker den til gunst for anbudsvinneren, men innebærer samtidig et avslag for de øvrige anbyderne. De tapende anbyderne stenges ute fra et næringsområde, og kostnadene ved å utarbeide anbudet vil være forgjeves. Likevel er det grunn til å spørre om det reelt sett er en beslutning til skade, ettersom det er snakk om konkurranse om et knapphetsgode. Legalitetsprinsippet kan for eksempel ikke tilsi at Samferdselsdepartementet trenger hjemmel i lov for å tildele tilskudd til drift av regionale flyruter. Likeså vil beslutningen om å tildele konsesjon til digitalt bakkenett, reelt sett være begunstigende for private aktører, se lov om elektrisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83 (ekomloven) § 6-2. Dette er nye markeder som har oppstått på grunn av samfunnsutviklingen, og som gir private en tilfeldig adgang til å drive kommersiell virksomhet.

Det må likevel stilles krav til en rettsikker fremgangsmåte ved utvelgelsen av hvem som skal få kontrakten. Vedkommende organ står i en monopolsituasjon, der myndighetsposisjonen og avtaleposisjonen kan utnyttes samtidig. Dette kan tilsi at lovgiver må ta stilling til om og på hvilke områder forvaltningen kan benytte anbudsprosedyre. Som utgangspunkt må det kunne hevdes at anbudsprosedyren, herunder de anbudsrettslige regler og prinsipper som vil få anvendelse, er godt egnet til å ivareta hensynet til en rettsikker prosedyre. Private aktørers forventninger til at enkelte regler og prinsipper gjelder, er

---

<sup>26</sup> Se Rt. 1964 s. 534 (Kornmonopoldommen). Legalitetsprinsippet fikk anvendelse på avtalevilkår som et offentlig foretak stilte i forbindelse med forretningsvirksomhet.

imidlertid ikke en tilstrekkelig rettsikkerhetsgaranti etter mitt skjønn. Lovgiver må ta stilling til hvordan forvaltningsorganet må gå frem når det offentlige utøver myndighet.

Legalitetsprinsippet tilsier at det offentlige trenger hjemmel i lov for å bruke anbud til å utøve myndighet.

For det tredje kan man spørre om samfunnsinteresser kan tilsa at privatautonomien ikke er tilstrekkelig til å tildele konsesjoner med videre ved anbud.

Årsaken til at myndighetene generelt forbyr en type virksomhet, er at tillatelsesmyndigheten da kan brukes som et styringsverktøy til å i vareta viktige samfunnsinteresser på området. På samferdselssektoren gjør hensynet til miljø og sikkerhet seg gjeldene, og allmennkringkastingen skal eksempelvis legge til rette for balanserte politiske ordskifter. Aktørene har altså en viktig funksjon utover den rent kommersielle. Et slikt perspektiv belyser nødvendigheten av at lovgiver må ta stilling til hvilke hensyn som er viktige på området, og hvordan skjønnsutøvelsen bør være.

Vedtaksformen forutsetter at saksbehandleren er lojal mot lovgiverviljen når beslutningen tas. Sett at en kommune lyser sitt havneområde og sine ferjer ut på anbud, samtidig som kjøperen loves nødvendige tillatelser til rutetransport. I dette tilfellet gir prosedyren mindre grad av sikkerhet for at overordnede styrings- og kontrollhensyn blir tilstrekkelig ivaretatt. På den annen side kan anbudsformen fremme effektiviteten i forvaltningsapparatet, både når det gjelder saksbehandlingstid og ressursbruk. Som hovedregel vil likevel effektivitetshensyn være underordnet ved myndighetsutøvelse.

Samfunnsinteresser kan tilsa at privatautonomien ikke er tilstrekkelig til å tildele en konsesjon ved anbud.

Et fjerde spørsmål er om lex superior prinsippet kan tilsa at det offentlige trenger hjemmel i lov for å bruke anbud til å utøve myndighet.

Tillatelsesmyndighet forutsetter at en bestemt virksomhet i sin alminnelighet er forbudt. Et forbud er et inngrep i private aktørers alminnelige handlefrihet som krever hjemmel i lov. Trinnhøydeprinsippet avskjærer dermed forvaltningsorganets adgang til å tildele tillatelser på grunnlag av sin avtalekompetanse og eierrådighet. Er det forbudt å drive oljeutvinning uten konsesjon, så må hjemmel i lov til for å gi dispensasjon.<sup>27</sup> Et forvaltningsorgan kan heller ikke konkurranseutsette lovbestemte rettigheter som for eksempel arbeidsledighetstrygd og helsetjenester, for å gi rettighetene til dem som har det største behovet.<sup>28</sup> Slike rettigheter har alle som følger lovens vilkår krav på.

Prinsippet kan også tilsi at det offentlige har plikt til å benytte vedtaksform, for eksempel når dette følger klart av lovens ordlyd. Et forvaltningsorgan kan ikke i kraft av sin private autonomi beslutte en annen fremgangsmåte enn det loven bestemmer.

I tillegg kan prinsippet tilsi at hjemmel i lov er nødvendig når et forvaltningsorgan tildeler et tilskudd etter forutgående anbudsinnbydelse. Regler om statens og kommunens bevilgningsmyndighet, statstøtteregele, og andre konkurranseregler, kan stå i veien.<sup>29</sup> Forvaltningen kan ikke gjøre unntak fra disse reglene på grunnlag av en trinnlavere norm.

Et forvaltningsorgan trenger hjemmel i lov for å bruke anbudsform til å utøve myndighet.

#### 2.1.1.2 I hvilken grad påvirker anbudsformen forvaltningens kompetanse til å gi tilsagn om offentlig myndighet?

Om og i hvilken grad det offentlige kan binde myndighet ved avtale, må anses som et uavklart spørsmål.<sup>30</sup> Her vurderer jeg kun om særtrekkene ved anbudsformen kan tilsi en

---

<sup>27</sup> Se lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72 § 1-3 (petrl.).

<sup>28</sup> Se for eksempel lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr. 66 § 2-1 (khl.).

<sup>29</sup> Se Eckhoff/Smith s. 153 flg., EØS-avtalen del 4 kapittel 1 og art. 61, og lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 3. mai 2004 nr. 12 (krrl.).

<sup>30</sup> Se Rt. 1992 s. 1235 (Fiskekvotedommen s. 1240). Høyesterett uttalte at ”spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig”.



innskrenking eller utviding av avtalekompetansen.<sup>31</sup> Fellesnevneren mellom forvaltningsavtaler generelt og anbudsavtalen spesielt, er hvorvidt hjemmelsgrunnlaget må tolkes slik at avtale eller anbudskompetanse består.

Er det trekk ved anbudssituasjonen som kan tilsi en innskrenket kompetanse for det offentlige til å gi tilsagn om offentlig myndighet?

Konkurransesituasjonen innebærer en selvsagt begrensning. Det offentlige må råde over et begrenset gode som er egnet til å konkurransenutsettes. Det vil si at forvaltningsorganet bare kan gi et begrenset antall konsesjoner på et område og for en tidsperiode. Tillatelser og støtteordninger som etter loven forutsetter individuell behandling kan ikke tildeles etter anbudsprosedyre, selv om det etter omstendighetene er mulig å inngå avtale med den private aktør. Enhver kan for eksempel søke om trygdeytelser, skjenkebevillinger og dispensasjon fra forbud i plan- og bygningslovgivningen.

Ved avtaler om offentlig myndighet som kommer i stand etter samtaler, intensjonsavtaler, forhandlinger med videre, er det den private parts samtykke som gir forvaltningsorganet legitimitet. Partenes interesser vil ofte være sammenfallende og avtaleformen tjener som et effektivt og fleksibelt alternativ til det klassiske vedtaket.<sup>32</sup> Ved anbud råder forvaltningsorganet over kontraheringssituasjonen. Forvaltningsorganet bestemmer hvordan prosedyren skal være, og partenes rettigheter og plikter reguleres gjennom anbudsgrunnlaget som organet ensidig utarbeider. Balanseforholdet mellom partene vil dermed i utgangspunktet være det samme som når vedtak treffes på klassisk maner.

Dette kan tilsi at man i enkelte tilfeller må trekke legalitetsprinsippet inn ved tolkningen av hjemmelsgrunnlaget, slik at bruk av anbud krever sterkere forankring i ordlyd eller andre

---

<sup>31</sup> Forvaltningens kompetanse til å gi tilsagn om offentlig myndighet behandles blant annet av Boe, Innføring2 s. 813-815, Graver 2002 s. 236-243 og Bernt, Avtaler 1981.

<sup>32</sup> En kommune kan for eksempel kjøpe en eiendom i stedet for å ekspropriere.

rettskildefaktorer her enn ellers.<sup>33</sup> Vurderingstemaet blir for det første i hvilken grad anbudsformen ivaretar hensynet til en rettssikker utvelgelse. For det andre om anbudsavtalen har et innhold som forvaltningsorganet etter hjemmelsloven hadde anledning til å bestemme.

Motforestillingen mot å ta myndighetsutøvelsen på anbud, vil variere alt etter hvilket område man befinner seg på, og hvilken type myndighet det er snakk om. I helsesektoren vil eksempelvis tilskudd til fysioterapeuter ha vesentlig betydning for deres konkurransekraft. Samtidig benyttes privatpraktiserende til å oppfylle de plikter det offentlige har etter helselovgivningen. Motforestillingen mot å bruke anbud til å tildele tilskudd til regionale flyruter vil være mindre. Formålet her er å stimulere en i utgangspunktet ulønnsom virksomhet på grunn av distriktpolitiske hensyn. På samme måte vil det være enklere å godta at renovasjonen tas på anbud, enn om en konsesjon til en vindmøllepark lyses ut.<sup>34</sup> I det sistnevnte tilfellet berøres en rekke forskjelligartede interesser, for eksempel hensynet til grunneier og miljø. I alle tilfeller må det anses som utelukket at anbudsformen fullt ut kan erstatte ufravikelige regler innen plan- og bygningslovgivningen og innen energilovgivningen.<sup>35</sup>

I noen tilfeller kan likhetshensyn tenkes å innskrenke det offentliges adgang til å benytte anbudsform. Offentlig myndighet er ikke ment å være en omsetningsvare som forvaltningen kan bruke til skaffe seg fordeler og til å tjene penger. For mindre private aktører kan anbud oppleves som en komplisert og dyr kontraheringsform, rettsforholdet kan oppleves uoversiktlig, og konkurranseelementet kan øke avstanden mellom borger og

---

<sup>33</sup> Se Rt. 1995 s. 530 (Fiskeoppdretternes salgslag s. 537). Høyesterett uttaler at; ”Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn”.

<sup>34</sup> Se lov om vern mot forurensinger og om avfall 13. mars 1981 nr. 6 § 30, tredje ledd (forurl.).

<sup>35</sup> Se lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m 29. juni 1990 nr. 50 (enl.).

organ. Anbud kan således utelukke aktører med mindre tilgjengelige ressurser. Dette kan for eksempel være en innvending mot å bruke anbudsform til å tildele tilskudd på helsesektoren. Anbud vil være best egnet når det offentlige inngår kontrakter med større profesjonelle aktører.

Et sentralt argument mot å tillate avtaler generelt, er risikoen for at forvaltningen blir vederlagsorientert og dermed overser viktige parts- og samfunnsinteresser. Ved anbud vil pris normalt være det avgjørende utvelgelseskriteriet. Faren for at det offentlige stirrer seg blind på vederlaget kan være større ved anbud enn ved andre avtaleløsninger. I enkelte tilfeller kan anbudet vedrøre viktige samfunnsinteresser, slik at økonomiske hensyn må vike. Faren for vederlagsorientering kan for eksempel være en innvending mot at anbudskompetansen består, dersom en konsesjon til vassdragsregulering lyses ut på anbud.<sup>36</sup>

Kan særtrekkene ved anbudsformen tilsi at det offentlige har en utvidet adgang til å binde seg ved avtale enn ellers?

Vederlagsmomentet kan også tilsi at kompetansen utvides. For det første kan vederlagets størrelse gi en indikasjon på hvilken privat aktør som har den økonomiske handleevne som trengs på vedkommende område. For det annet kan det være et formål i seg selv å oppnå høyest mulig vederlag, typisk når en konsesjon lyses ut på anbud med sikte på å redusere offentlige tilskudd.

Ved anbud vil den private aktør ikke ha anledning til å forhandle. Anbudsformen gir forvaltningsorganet anledning til å utnytte markedsmekanismene, og samtidig beholde kontrollen og styringen med avgjørelsen. Når aktørene settes opp mot hverandre i en konkurranse, kan forvaltningsorganet oppnå både høy pris og en ytelse som tjener vedkommende hjemmelslov på en effektiv måte. Gjennom anbudsgrunnlaget kan det

---

<sup>36</sup> Se lov om vassdragsreguleringer 14. desember 1917 nr. 17 (vdrregll.).

bestemmes at konsesjonen/tilskuddet skal tildeles til den innbyderen som har den beste teknologien (forurensingsområdet), det beste transport tilbudet (samferdselssektoren), eller det beste kulturtilbudet (kringkastingssektoren). Anbudsformen kan dermed være et effektivt og hensiktsmessig virkemiddel i et samfunnsmessig perspektiv.

Et viktig argument er at anbudsprosedyren har spesielle saksbehandlingsregler, og at forberedelsen og gjennomføringen av konkurransen setter krav til forvaltningens vurderinger. Forvaltningen kan altså ikke bare henvende seg til den private part og si ”greit du skal få konsesjonen”. Anbudsformen innebærer at forvaltningsorganet må ta stilling til hvilke kvalifikasjoner som er viktige på området, hva som ønskes oppnådd, og at utvelgelsen skjer på grunnlag av forhåndsbestemte kriterier. Konkurransen forutsetter således at organet tildeler konsesjonen til den aktøren som er best i stand til å realisere de offentlige målsettingene som gjelder på området.<sup>37</sup>

Saksbehandlingsreglene kan videre være bedre egnet til å ivareta demokratiske hensyn, enn avtaler som inngås i mer lukkede fora. En generell innvending mot avtaler om offentlig myndighet, er at avgjørelsen blir mindre tilgjengelig og at innsynet begrenses.

Offentligheten og berørte parter får dermed reduserte muligheter til å kontrollere skjønnet og etterprøve avgjørelsen. Ved anbud vil krav til kunngjøring, krav til at konkurransekriteriene skal bekjentgjøres før konkurransen og krav til at avviste anbud skal begrunnes, kunne avhjelpe slike demokratiske mangler.

I tillegg er anbudsprosedyren som utgangspunkt godt egnet til å ivareta hensynet til rettsikkerhet og likebehandling, når flere aktører konkurrerer om et begrenset gode. Ved anbud gjelder det for eksempel et alminnelig krav til likebehandling.<sup>38</sup> Prinsippet innebærer at anbyderne skal gis like muligheter til å vinne kontrakten. Anbud kan således være en mer rettferdig måte å tildele et offentlig gode på, enn dersom forvaltningsorganet inngår

---

<sup>37</sup> Se Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten). Hovedformålet var å redusere offentlige tilskudd. Samtidig ble det stilt en rekke krav til anbyderne som tjente samfunnsformål, for eksempel vilkår om sikkerhet og rutetilbud.

<sup>38</sup> Se Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus).

avtale etter forhandlinger. Hensynet til deltakerne kan altså avhjelpes av rettsikkerhetsgarantier som følger av anbudsrettslige regler.

Medkontrahentens innrettelsesbehov og behov for en effektiv saksbehandling, vil nok også jevnt over være større i anbudssituasjonen enn ellers. Enkelte næringsområder krever betydelige økonomiske og ressursmessige investeringer. Eksempel på dette har man når forvaltningen bruker anbud til å gi utvinningstillatelser på petroleumssektoren.<sup>39</sup> I slike tilfeller kan innrettelseshensyn og effektivitetshensyn tilsi at forvaltningsorganet har en utvidet kompetanse til å erstatte klassisk vedtaksprosedyre med anbudsprosedyre.

Skal man forsøke å trekke en generell konklusjon, så må den bli at anbudsformen som hovedregel utvider forvaltningens avtalekompetanse.

#### 2.1.1.3 Har forvaltningsorganet pådratt seg en anbudsforpliktelse?

Spørsmålet her er om forvaltningsorganets atferd må tolkes som en kontraktsrettslig forpliktelse til tildele konsesjonen til anbudsvinneren.

Anbudsforpliktelsen kan i seg selv gi grunnlag for erstatningsansvar, for eksempel dersom forvaltningsorganet treffer et annet vedtak enn det konkurransen forutsetter. Dessuten kan styrken av de forventninger som forvaltningsorganet skaper, få betydning for omgjøringsspørsmålet (pkt. 3.2) og for om det foreligger forledelsesansvar (pkt. 3.3.1).

I prinsippet må spørsmålet bero på en tolking av forvaltningsorganets atferd og utsagn, og hva den private part med rimelighet kunne legge i dette.<sup>40</sup> Forvaltningsorganet kan i varierende grad ha gitt deltakerne forventninger om formålet med anbudsinnbydelsen. Normalsitasjonen må likevel være at utlysningen av en konsesjon, gir private aktører en sterk forventning om at konkurransen legges til grunn ved et senere vedtak. Dette kommer klart frem i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten s. 1411); *"Når fylkeskommunen valgte å benytte*

---

<sup>39</sup> Se petrl. kap. 3.

<sup>40</sup> Woxholth s. 66 og 116.

*anbud for å oppnå besparelser, må det legges til grunn at den ved å lyse ut anbudet forpliktet seg til å tildele konsesjon og tilskudd... ”.*

I dette konkrete tilfellet hadde imidlertid anbudsformen særskilt hjemmel i lov.<sup>41</sup> Det er derfor usikkert om dette også gjelder når anbudsformen ikke har uttrykkelig hjemmel. I slike tilfeller berører anbudsavtalen de generelle problemstillinger som reiser seg når det offentlige gir tilsagn om fremtidig skjønnsmyndighet.

Når man spør om forvaltningsorganet har forpliktet seg til å tildele konsesjonen, så må forvaltningens kompetanse til å gi bindene forhåndstilsagn på vedkommende område være et relevant tolkningsmoment (se nærmere pkt. 2.1.1.4). Det er rimelig å anta at den private aktørs forventninger styres av det kompetansegrunlaget forvaltningsorganet utøver myndighet i henhold av, hvor lang tid bindingen gjelder for og hvor omfattende den er.<sup>42</sup> Utgangspunktet må derfor være at forvaltningsorganet i form av atferd eller utsagn, har gitt den private aktør klare holdepunkter for at det virkelig har ment å binde seg.<sup>43</sup>

Sivilombudsmannens uttalelser i P4-saken støtter dette synet; *”Uten bestemmelser i lov, vil reelle hensyn på enkelte livsområder også etter forholdene tale mot en vid adgang til forhåndsbinding. Det vil i så fall bety krav til sterk forankring i avtale eller forhåndstilsagn for å godta bindingen, eller sett fra forvaltningens side, en lavere terskel for å anvende forvaltningsrettslige omgjøringsregler også utenom ugyldighetssituasjonen”*.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Se yrkestransportloven § 8.

<sup>42</sup> Se Rt. 1975 s. 620 (Eskemyrdommen s. 623): *”Ett er midlertid en forventning, noe annet et rettskrav på at reguleringsplanen ikke skulle endres”*.

<sup>43</sup> Se Rt. 1973 s. 107 (Mardøldommen s. 110): *”Utgangspunktet må være at tungtveiende grunner taler mot at staten ved dispositive utsagn binder sin forvaltningsmyndighet for fremtiden, og at det derfor er en ganske sterk presumpsjon mot at staten er bundet”*.

<sup>44</sup> Somb 2003 sak nr. 0179 s. 243.

Bindingsspørsmålet må etter dette bero på om forvaltningsorganet gjennom anbudsgrunnlaget eller gjennom sin atferd, klart har gitt uttrykk for at konkurransen er avgjørende for det senere vedtaket.

Anbudsformen kan i seg selv tilsi at forvaltningsorganet er bundet. Formen forutsetter offentlig utlysning, korrekt saksbehandling, og at forvaltningsorganet har brukt tid og ressurser på å utarbeide et anbudsgrunnlag. Forutsetningen er selvfølgelig at en fortolkning av anbudsgrunnlaget, uttalelser med videre, ikke gir holdepunkter for et annet resultat. Når det offentlige inngår avtaler på andre måter, for eksempel ved muntlige erklæringer, eller gjennom uformelle prosedyrer, så gir ikke atferden i like stor grad uttrykk for at det offentlige har ment å binde seg.

I kontraktsforhold må det stilles krav til at partene i rimelig utstrekning tar hensyn til hverandres interesser.<sup>45</sup> Etter mitt skjønn er det nærliggende å trekke inn lojalitetshensyn som et tolkningsmoment, selv om myndighetsutøvelsen preger rettsforholdet mellom partene. Formen i seg selv kan være et argument. Men det viktigste er at anbyderne innretter seg og står i samme posisjon til innbyderen som ved anbud ellers. Det krever for eksempel både tid og penger å utarbeide et tilbud på konsesjon til ferjedrift. Den aktuelle tillatelsen vil dessuten være en helt grunnleggende forutsetning for avtaleforholdet. Sett fra den private aktørs side, så vil det være meningsløst å delta dersom konkurransen ikke forpliktet det offentlige til å tildele konsesjonen til vinneren.

Den konkrete anbudssituasjonen må som hovedregel tolkes som en anbudsforpliktelse til å tildele konsesjonen til anbudsvinneren, også når anbud ikke har uttrykkelig lovhjemmel.

---

<sup>45</sup> Jfr. Rt. 1988 s. 1078 (Skipsgarantidommen s. 1084). ”Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden...”.

#### 2.1.1.4 Hvilket innhold har anbudsforpliktelsen?

Ovenfor var spørsmålet om forvaltningsorganet hadde bundet seg til å tildele konsesjonen. Spørsmålene har nær sammenheng, men nå fokuserer jeg nærmere på hvordan rettighetene og pliktene skal tolkes og forstås.

Det privatrettslige utgangspunktet er at anbudsgrunnlaget sammen med tilbudet utgjør det endelige avtaleforholdet mellom forvaltningsorganet og anbyderen. Forutsatt at partene ikke har en felles oppfattelse av avtalen, så må innholdet prinsipielt fastlegges i samsvar med det som følger av en objektiv og rimelig forståelse av ordlyden, jfr. den objektive tolkingsteori.<sup>46</sup>

Her spør jeg kun om det underliggende kompetansegrunnlaget kan virke inn ved tolkingen. I så fall kan forvaltningsrettslige kompetanseskranker tilsi at anbudsavtalen må tolkes restriktivt, eventuelt fungere som preseptorisk lovgivning slik at avtalen må anses som ugyldig.

Det er klart at avtalen ikke kan stride mot lov som en følge av lex superior prinsippet. Har lovgiver bestemt hvilket vedtak forvaltningsorganet kan treffe, så vil det bryte med vårt demokratiske system dersom forvaltningsorganet kunne ha bestemt et annet innhold ved avtale. Olje- og energidepartementet kan for eksempel ikke lyse eiendomsretten til petroleumsforekomster ut på anbud, se petrl. § 1-1. I dette tilfellet er avtalen ugyldig, fordi forvaltningsorganet manglet materiell kompetanse til å gi tilsagnet.

Når det offentlige tildeler en konsesjon ved anbud, så hviler beslutningen på et offentlig rettslig grunnlag. Forvaltningsorganet kan ikke frigjøre seg fra lovgrunnlaget ved å velge en annen form. De samme reelle hensyn vil gjøre seg gjeldene på vedkommende rettsområde, enten en bruker anbud eller vedtak.

---

<sup>46</sup> Woxholth s. 436 flg.



I P4-saken uttalte Sivilombudsmannen for det første at ”innholdet av bestemmelsen må i en forvaltningsrettslig sammenheng fastlegges ved en fortolkning med utgangspunkt i lovgrunnlaget og det som følger av en objektiv og naturlig språklig forståelse av klausulens ordlyd”. For det annet uttalte han at ”endelig er det grunn til å vurdere klausulen ut fra Høyesteretts avgjørelser på ulike livsområder knyttet til forvaltningsmessige forhåndsuttalelser eller forhåndsbinding av fremtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet”.<sup>47</sup>

Hjemmelsbestemmelsen, lovens formål og de offentlige rettslige hensynene som gjør seg gjeldene på området, må derfor få betydning når man skal fastlegge anbudsforpliktelsens nærmere innhold. Bernt konkluderer med at det er ”offentligrettslige regler og prinsipper som avgjør om tilsagn kan gis, hvordan eventuelle utsagn skal tolkes, krav til saksbehandling, og tilsagnets bindende kraft”.<sup>48</sup>

Dersom det oppstår konflikt mellom partene, for eksempel om hvor lenge tillatelsen gjelder, hvor strenge sikkerhetskrav som gjelder for ferjeselskapet, hva departementet mente med at kringkasteren ”skal sikre lytterne et bredt spekter av programkategorier” eller lignende, så vil forvaltningsorganets lovgrunnlag være et relevant tolkningsmoment. Bestemmelsen i kringkl. § 2-1 første ledd, siste pkt. om at konsesjonen ”skal være tidsavgrenset”, kan for eksempel få betydning for spørsmålet om hvor lang tid bindingen gjelder for. Og hvorvidt konsesjonæren i tilstrekkelig grad ivaretar allmennkringkastingsoppdraget, må vurderes i lys av de hensynene som gjør seg gjeldene på området. Ordlyden må for eksempel forstås som en plikt til å formidle nyheter på samisk.

Det underliggende kompetansegrunnlaget får betydning ved fortolkningen av anbudsavtalen.

---

<sup>47</sup> Somb 2003 sak nr. 0179 s. 243.

<sup>48</sup> Bernt, Avtaler 1981 s. 320.

## 2.1.2 Skjønnsutøvelsen

Her vurderer jeg forvaltningens handlingsfrihet og vurderingsfrihet i anbudssituasjonen. Hvor langt legger anbudformen bånd på forvaltningens skjønnsutøvelse?

### 2.1.2.1 Får læren om myndighetsmisbruk anvendelse?

Påbudet om saklig og forsvarlig skjønnsutøvelse bygger på ulovfestet rett, og gjelder helt generelt ved myndighetsbeslutninger.<sup>49</sup> At forvaltningsorganet benytter anbudform kan ikke i seg selv utelukke grunnleggende krav til det offentlige virksomhet.

Misbrukslæren får anvendelse her.

### 2.1.2.2 I hvilken grad påvirker anbudformen læren om myndighetsmisbruk?

Torghatten-saken viste at anbudformen kan legge bånd på forvaltningens skjønnsfrihet (*"...når fylkeskommunen benytter anbud for å kunne redusere de offentlige tilskuddene, kan også de krav som stilles til partene i anbudsretten ha en viss betydning. Dette innebærer bla at anbudformen begrenser hvilke hensyn fylkeskommunen kan legge vekt på ved avgjørelsen..."*).<sup>50</sup> Når loven åpner for fritt skjønn, så er det i utgangspunktet opp til forvaltningen å bestemme kriteriene for avgjørelsen. Da må forvaltningsorganet også være forpliktet til å legge vekt på de kriteriene som de selv har bestemt gjennom anbudet.

Vil det i så fall si at det ikke er tillatt å vektlegge andre hensyn enn de som fremkommer av anbudet?

I denne konkrete saken tok Høyesterett utgangspunkt i at det var tale om offentlig myndighetsutøvelse. Anbudsrettslige betraktninger kunne likevel få en *"viss"* betydning og dermed *"begrense"* hvilke hensyn som kunne vektlegges. Likevel ble anbudsgrunnlaget utslagsgivende for spørsmålet om *"lavt prioriterte hensyn er tillagt for stor vekt og om det er lagt vekt på hensyn som det ikke var adgang til å vektlegge"*. I dette tilfellet kunne

---

<sup>49</sup> Se Boe, Innføring2 s. 705 og Graver 2002 s. 83-132.

<sup>50</sup> Rt. 1998 s. 1398 (s. 1406).

imidlertid retten i større grad prøve avgjørelsen, fordi anbudsforskriften bestemte hvilke hensyn som kunne vektlegges i prioritert rekkefølge. Man kan derfor ikke trekke en generell slutning fra denne dommen, til tilfeller der anbudsformen ikke har særskilt hjemmel.

Når anbudsformen ikke har særskilt hjemmel, så berøres det alminnelige spørsmålet om hvor langt et forvaltningsorgan kan binde sin fremtidige skjønnsmyndighet ved avtale. Graver trekker opp en grense ved å si at ”forvaltningen ikke kan være bundet til å se bort fra åpenbart relevante momenter, eller til å utøve et ensidig skjønn”.<sup>51</sup> Jeg kan ikke se argumenter for at anbudsformen endrer dette utgangspunktet.

Problemet i anbudssituasjonen oppstår dersom forvaltningen overser åpenbart relevante momenter når konsesjonen lyses ut, og i ettertid treffer en avgjørelse på et bredere grunnlag. I så fall kan det anføres at utlysningen ikke var klar nok til å fremme en reell konkurranse. En oppmerksom anbyder kan for eksempel gi opplysninger om hvorledes hensyn som hjemmelsloven skal fremme vil bli i varetatt, på tross av det mangelfulle anbudsgrunnlaget.

Dommen må likevel forstås slik at vurderingen av hvorvidt forvaltningsorganet har utøvd et saklig og forsvarlig skjønn, må ses i lys av den konkrete anbudssituasjonen. Hvorvidt konkurransen i tilstrekkelig grad har ivaretatt hensynet til likebehandling vil da være et moment i denne bedømmelsen. Man kan ikke trekke den slutning at anbudskriteriene bondefanger forvaltningens skjønnsutøvelse. Det kan for eksempel ikke være usaklig å legge vekt ”distriktpolitiske interesser” når en utvinningstillatelse lyses ut på anbud, selv om dette ikke sies direkte gjennom anbudet. I dette tilfellet vil synspunktet likevel ha støtte i lovens ordlyd, se petrl. § 3-5 tredje ledd, jfr. § 1-2.

Hvor stor vekt skal anbudsrettslige hensyn tillegges?

---

<sup>51</sup> Graver 2002 s. 240.

Utgangspunktet må her være at anbudsformen kan begrense forvaltningens vurderingsfrihet i en viss utstrekning, jfr. Torghatten-saken. Hvorvidt avgjørelsen er tatt etter et saklig og forsvarlig skjønn, må i første rekke vurderes på bakgrunn av en fortolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor stor vekt anbudsrettslige hensyn skal tillegges, men jeg kan illustrere med to eksempler.

Man kan for eksempel forestille seg at forvaltningsorganet lyser ut en bussrute på anbud, jfr. yrkestransportloven §§ 6 og 8. Etter anbudsfristen ønsker forvaltningsorganet utdypninger/klargjøringer fra et selskap. Drøftelsene blir avgjørende for hvem som skal få tildelingen. I et offentlig rettslig perspektiv vil slike utredninger være et moment som kan indikere at det offentlige har utøvd forsvarlig skjønn. I et anbudsrettslig perspektiv så kan drøftelsene komme i konflikt med forhandlingsforbudet, det vil si at de øvrige anbyderne ikke får like muligheter til å vinne kontrakten. I dette tilfellet må man nok legge avgjørende vekt på det offentlige selv har valgt å legge opp til en rettferdig konkurranse, samt at anbudsformen har særskilt hjemmel. Dermed vil det være uforsvarlig å legge avgjørende vekt på opplysninger som kommer frem ved samtaler som det etter anbudsretten ikke var adgang til å innhente.

Videre kan man tenke seg at forvaltningsorganet glemte å oppgi miljøhensyn som et kriterium ved utlysningen av en utvinningstillatelse. En av anbyderne inngir likevel et tilbud som spesifiserer hvorledes miljøhensyn vil bli ivaretatt. Vil det da være usaklig forskjellsbehandling å tildele konsesjon og tilskudd til denne? Miljøhensyn vil åpenbart ikke være irrelevant ved tradisjonell vedtaksbehandling, se petrl. § 3-1. På den annen side kan man hevde at forvaltningsorganet har bundet seg til å legge vekt på de kriteriene som fremkommer av anbudsgrunnlaget, og at avvik fra dette hindrer reell konkurranse. Etter mitt skjønn må elementet av myndighetsutøvelse være avgjørende i dette tilfellet. Det offentlige har en saklig grunn til å velge det selskapet som vil fremme miljøhensyn.

Hvilke anbudsrettslige hensyn kan virke inn ved saklighet og forsvarlighetsvurderingen?

Det er særlig hensynet til at anbyderne skal gis like muligheter til å nå frem i konkurransen, som vil virke inn ved bedømmelsen, jfr. likebehandlingsprinsippet.<sup>52</sup>

Saken om ”Norske ferjer” illustrerer dette.<sup>53</sup> En av anbyderne tok forbehold i anbudet. Spørsmålet var om dette kunne prissettes med tilstrekkelig grad av sikkerhet, slik at det kunne tas med i konkurransen. Lagmannsretten uttalte at: *”Gyldigheten av Samferdselsdepartementets vedtak beror på om de omtvistede forbehold ble gjort til gjenstand for en saklig og forsvarlig vurdering, særlig sett på bakgrunn av den anbudsrettslige bakgrunnsrett.(...). Dessuten er det av hensyn til konkurranseforholdet anbyderne imellom nødvendig at forbeholdet lar seg prissette med tilstrekkelig grad av sikkerhet. Spørsmålet er etter dette om TFDS forbehold kunne prissettes med en slik grad av sikkerhet at det ikke påvirket eller forrykket konkurranseforholdet mellom anbyderne”*.

Konklusjonen blir dermed at anbudsformen båndlegger skjønnnet så langt det ikke blir ensidig, tatt i betraktning det underliggende hjemmelsgrunnlaget.

### 2.1.2.3 I hvilken grad har forvaltningsorganet frihet til å velge om kontrakten skal tildeles og hvem den skal tildeles til?

Det privatrettslige utgangspunktet er at forvaltningsorganet kan velge om og hvem det vil inngå kontrakt med, jfr. prinsippet om kontraheringsfrihet. Videre gjelder prinsippet om innbyders frie valgrett ved private anbud, som mer spesifikt bestemmer at en innbyder har frihet til å velge hvilket som helst av de ikke avviste anbud og frihet til å forkaste samtlige.<sup>54</sup> Kontrakts- og anbudsretten samsvarer dermed med det utgangspunktet som gjelder når forvaltningen har fritt skjønn – det er opp til vedkommende organ å vurdere om og hvordan kompetansen skal benyttes. I utgangspunktet står forvaltningsorganet dermed fritt til å forkaste samtlige anbud dersom ingen av dem vurderes som tilfredsstillende.

---

<sup>52</sup> Se Simonsen s. 539.

<sup>53</sup> Borgarting lagmannsrett 29. juni 2001.

<sup>54</sup> Simonsen s. 544.

Friheten er likevel ikke noe mer enn et utgangspunkt. Det må stilles krav til at valget av anbyder er saklig begrunnet. Dette følger både av det alminnelige saklighetskravet innen forvaltningsretten og av likebehandlingsprinsippet innen anbudsretten. I vårt tilfelle kan regelsettene kombineres og forsterke hverandre. Det vil si at valget av anbyder må være saklig tatt i betraktning anbudskriteriene og de hensynene som gjør seg gjeldene ved anbud. Dersom Kultur- og kirke departementet oppgir at det vil prioritere den aktør som presenterer det beste ”programtilbudet”, så vil det for eksempel være usaklig å legge avgjørende vekt på vederlaget.

Videre må det stilles krav til at vurderingen av om konsesjonen skal tildeles eller ikke, er forsvarlig. Forsvarlighetskravet har også støtte i begge regelsettene.<sup>55</sup> I en slik vurdering må man se på om det settes av tilstrekkelig med tid og ressurser til å kunne foreta en forsvarlig vurdering. Det kan for eksempel ikke være tilstrekkelig å sette av en arbeidsdag til å vurdere fem tilbud som gjelder konsesjon til ferjedrift. I tillegg må vedkommende organ vurdere anbudene grundig i den hensikt å tildele konsesjonen. Man kan for eksempel ikke tillate at Kultur- og kirke departementet lyser ut en konsesjon for å sondere terrenget, for så å vurdere om det er grunnlag for å tildele konsesjonen eller ikke.

Kontraheringsfriheten begrenses av kravene til forsvarlig og saklig opptreden.

### 2.1.3 Anbudsavtalen

Spørsmålet blir nå hvor langt anbudsformen påvirker forvaltningens kompetanse til å pålegge private aktører forpliktelser i tilknytning til konsesjonstildelingen. Hvilke regler gjelder? Hvilket innhold kan anbudsavtalen ha?

#### 2.1.3.1 Får vilkårlæren anvendelse på vilkår fastsatt i anbudsavtalen?

Et særtrekk ved anbudssituasjonen er at anbudsvilkårene ikke er individuelt forhandlet. Forvaltningens adgang til å ensidig sette vilkår gjennom anbudsgrunnlaget, kan sammenlignes med privates adgang til å ensidig sette kontraktsvilkår. Fra privatretten

---

<sup>55</sup> Se Graver 2002 s. 85 og Simonsen s. 544.

kjenner vi igjen problemstillingen når en profesjonell part utarbeider standardvilkår på forhånd, som medkontrahenten må akseptere for at avtale skal komme i stand. I forvaltningsretten begrenser ulovfestede regler – vilkårlæren – forvaltningens skjønnsmessige kompetanse til å knytte vilkår til begunstigende vedtak.<sup>56</sup> I kontraktsretten begrenses adgangen av kontraktsrettslige ugyldighetsregler som for eksempel avtl. §§ 36 og 37 og lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår 16. juni 1972 nr. 47 (mfl.) § 9a.

Anbudsavtalen forutsetter at avtalepartene har tatt i bruk partsautonomien, det vil si at disposisjonen er et utslag av den enkeltes frie vilje.

Spørsmålet blir da om det er behov for å supplere kontraktsrettsreglene med de forvaltningsrettslige vilkårsreglene i anbudssituasjonen?

Den underliggende begrunnelsen for at et vilkår må være forholdsmessig og ha saklig sammenheng med konsesjonstildelingen, er at forvaltningen ikke skal kunne utnytte den maktposisjonen det har blitt tildelt ved lov til skade for borgerne. Anbud benyttes i praksis til å utsette offentlige oppgaver til private (for eksempel renovasjonstjenester), eller når samfunnsutviklingen medfører at det oppstår nye næringsområder som bare et begrenset antall private kan gis tilgang til (for eksempel retten til å drive reklamefinansiert kringkasting). Tillatelser på dette feltet er altså ikke en ytelse som private rettskrav på, slik at forvaltningens krav på motytelser må ha hjemmel i lov. Dersom forvaltningen overlater inntjeningen til private, eller gir private en uforutsigbar mulighet til å drive næring, hvorfor skal ikke da forvaltningen etter alminnelige avtalerettslige regler kunne sette vilkår ved en kontraktsinngåelse? Partsautonomien innebærer nettopp at hver enkelt aktør kan sette vilkår for kontraktsinngåelsen og at aktørene stort sett kan avtale det de vil. På dette punktet fremtrer anbudsavtalen som en forretningsmessig disposisjon. Deltakerne må derfor i utgangspunktet sies å ha gitt avkall på den forvaltningsrettslige vilkårlæren.

---

<sup>56</sup> Det alminnelige saklighets- og forsvarlighetskravet kan også begrense hvilke motytelser forvaltningen kan betinge seg. Se Boe, Innføring2 s. 817.

Ved anbud er det opp til den enkelte aktør å vurdere om han skal delta i konkurransen eller ikke. Det kan nok tenkes anbudstilfeller der private befinner seg i en tvangssituasjon overfor forvaltningen, slik at man ikke kan tale om en reell kontraktsinngåelse. Et eksempel kan være dersom Fiskeridirektoratet skulle lyse ut en havbeitekonsesjon på anbud.<sup>57</sup> De lokale hummerfiskerne kan dermed bli nødt til å delta dersom de skal beholde levebrødet. I dette tilfellet kan det hevdes at anbyderne i realiteten ikke stod fritt, og at deltakelsen ikke kan tolkes som et dekkende samtykke til den avtalen som ble inngått. Elementet av myndighetsutøvelse blir mer fremtredene. Det kan da være grunn til å la vilkårlæren få anvendelse. Problemstillingen i forhold til vilkårlæren reiser seg likevel først på oppfylleelsesstadiet dersom konsesjonæren hevder at kontrakten, eller deler av denne, blir urimelig tyngende å oppfylle for ham. På dette stadiet kan kontraktsrettslige regler gi private et lempingsgrunnlag. Ved anvendelsen av avtl. § 36 vil for eksempel forholdene ved avtalens inngåelse være et moment i rimelighetsvurderingen. Jeg antar derfor at vilkårlæren blir overflødig ved siden av kontraktsrettslige regler.

Vilkårlæren får ikke anvendelse ved anbud.

#### 2.1.3.2 Kan vilkårlæren påvirke den kontraktsrettslige rimelighetsvurderingen?

Prinsippet om at avtaler skal holdes, jfr. Norske Lov av 15. april 1687 femte bok, første kapittel art. 2, må i dag fortolkes med den begrensning at avtaler skal holdes så langt de er rimelige. Avtl. § 36 er det sentrale lempingsgrunnlaget for urimelige avtalevilkår i norsk rett. Jeg begrenser meg derfor til å vurdere om og i hvilken grad vilkårlæren påvirker rimelighetsvurderingen etter denne regelen. Jeg forutsetter at regelen får anvendelse her, selv om avtaleloven formelt gjelder på ”formuerettens område”, jfr. avtl. § 41.

Avtl. § 36 første ledd gir lempingsgrunnlag for avtalevilkår som det vil ”virke urimelig eller i strid med god forretningsskikk” å gjøre gjeldene. Grovt sett kan man si at hensynet til balanse i kontraktsforhold er det sentrale momentet når man skal vurdere om avtalen,

---

<sup>57</sup> En havbeitekonsesjon gir konsesjonæren en eksklusiv rett til å utnytte naturressursene innenfor et bestemt område. Se lov om havbeite 21. desember 2000 nr. 118.



eller deler av denne, avviker markert fra rimelighetsmålestokken.

Rimelighetsbedømmelsen beror på en samlet helhetsvurdering der en rettsanvender må ta utgangspunkt i de skjønnsmessige momentene som listes opp i annet ledd. Det må da være adgang til å trekke forvaltningsrettslige regler og prinsipper inn i rimelighetsbedømmelsen.

I tillegg vil bedømmelsen av det aktuelle vilkåret langt på vei styres av de samme hensynene, uansett hvilket regelsett man tar utgangspunkt i. Kravet innen forvaltningsretten til at vilkåret må ha rimelig og saklig sammenheng med vedtaket, har likhetstrekk med kontraktsrettens krav til lojalitet og redelighet. Til illustrasjon kan man tenke seg at en kommune setter bestemte vilkår når renovasjonen konkurranseutsettes. Et pålegg om at avfallet skal sorteres og gjenvinnes vil alltid ha saklig sammenheng med vedtakskompetansen, se forurl. § 1. Et avtalevilkår som gir parkvesenet fri tilgang til kompostjord har ikke det. Dersom vilkåret bedømmes som usaklig i en forvaltningsrettslig sammenheng, vil dette også kunne være et moment i rimelighetsvurderingen etter kontraktsrettslige regler. Et usaklig vilkår kan for eksempel gi en presumpsjon for at forvaltningsorganet har utnyttet myndighetsposisjonen til å skaffe seg uberettigede fordeler. Hvorvidt man kommer til at vilkåret må lempes fordi det er usaklig, eller fordi det strider mot god forretningsskikk eller lojalitet i kontraktsforhold å kreve oppfyllelse, vil på sett og vis gå ut på det samme.

Forholdsmessighetskravet har fellestrekk til forestillingen om balanse i kontraktsforhold.<sup>58</sup> Etter begge regelsettene må man vurdere om ytelse og motytelse står i et proporsjonalt forhold til hverandre. Et vilkår kan ikke bedømmes som uforholdsmessig eller urimelig, dersom rettsforholdet mellom partene samlet sett fremtrer som balansert.

I vårt tilfelle består forvaltningens ytelse av en tillatelse og eller et tilskudd. Den motytelsen som den private aktør skal prestere kan ha svært forskjellig karakter. I enkelte tilfeller brukes anbudsformen utelukkende som et alternativ til vedtaksformen. Ved

---

<sup>58</sup> Boe, Festschrift 2002 s. 115.

tildeling av konsesjon til reklamefinansiert kringkasting vil for eksempel motytelsen normalt bestå i at konsesjonæren lover å ivareta formål og hensyn som gjøres seg gjeldene på kringkastingssektoren, samt å betale et vederlag. I andre tilfeller kan den private aktør påta seg en plikt til å drive virksomhet i henhold til de normer som gjelder på vedkommende rettsområde, i tillegg til mer kontraktsrettslig pregede vilkår. Man kan for eksempel tenke seg at Samferdselsdepartementet privatiserer det markedet som Avinor i dag har monopol på.<sup>59</sup> Anbudsavtalen kan i tillegg til myndighetsutøving, inneholde bestemmelser om leie av lokaler, inntektsfordeling fra parkeringsanlegg og kantinedrift med videre.

Spørsmålet blir da hvilke særtrekk ved anbudssituasjonen som kan få betydning for rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36.

Et moment er at forvaltningen fremstår som den sterke kontraktspart. Forvaltningen har et slags monopol på et gode som private er interessert i, der det er opp til forvaltningens skjønn å vurdere om og på hvilke vilkår tillatelsen/tilskuddet skal tildeles. Styrkeforholdet mellom partene vil likevel kunne variere sterkt i anbudssituasjonen. Vurderingen av balanseforholdet mellom parten blir nødvendigvis svært forskjellig når det lyses ut utvinningstillatelser på petroleumssektoren og når tilskudd til fysioterapeuter konkurranseutsettes. Oljeselskaper er betydelig mer ressurssterke enn privatpraktiserende fysioterapeuter. Dessuten kan graden av gjensidighet variere fra tilfelle til tilfelle. Selv om forvaltningsorganet bestemmer anbudskriteriene, så kan det tenkes at det påtar seg plikter som balanserer rettsforholdet, eller at anbudsavtalen kun omfatter en del av et mer sammensatt avtaleforhold. Eksempelvis kan det tenkes at renovatøren får leie maskiner og lokaler til en lav pris.

Et annet moment er at de vilkårene som settes, må vurderes i lys av forvaltningens styringsfunksjon. I en kontraktsrettslig sammenheng kan det for eksempel umiddelbart

---

<sup>59</sup> Slik virksomhet krever konsesjon. Se lov om luftfart 11. juni 1993 nr. 101 § 7-5 (luftl.).

virke urimelig å kreve at renovasjonsselskapet skal drive opplysningsvirksomhet om hvordan borgerne bør håndtere husholdningsavfall. Som samfunnsstyrer vil vilkåret fremtre som hensiktsmessig.

Man kan da spørre om det reelt innebærer en forskjell om man foretar en forvaltningsrettslig forholdsmessighetsprøving av vilkåret, eller om man foretar en konkret rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36?

Etter begge regelsettene beror spørsmålet på en konkret vurdering av om vilkåret virker urimelig tyngende å oppfylle. Akkurat hvor rimelighetsterskelen ligger og om nivået er ulikt, er det vanskelig å si noe konkret om.<sup>60</sup> Man kan for eksempel forestille seg at forvaltningsorganet krever at oljeselskapet skal bekoste utbyggingen av en veistrekning i tilknytning til konsesjonstildelingen. Brukes myndighetsposisjonen som et pressmiddel til å betinge seg fordeler som det egentlig ikke var adgang til, så vil forholdene ved avtaleinngåelsen være et moment i rimelighetsbedømmelsen etter avtl. § 36. Samtidig innebærer forholdsmessighetskravet at det er rimelig samsvar mellom midler og mål. Og motsatt – må vilkåret anses som forholdsmessig i et forvaltningsrettslig perspektiv – så vil dette være et moment mot lemping på grunnlag av kontraktsrettslige regler. Rettsforholdet vil uansett ta farge av at forvaltningen er kontraktspart og dermed påvirke innholdet av kontraktsrettslige regler.

Vilkårslæren i forvaltningsretten påvirker den kontraktsrettslige rimelighetsvurderingen.

### 2.1.3.3 Kan det kreves betaling for konsesjonen?

Et vederlagskrav er ikke vesensforskjellig fra andre motytelser, men de prinsipielle betenkelighetene med å gjøre myndighet til gjenstand for vanlig omsetning kommer på spissen. Anbudsavtalen preges av at forvaltningen utøver myndighet og avtalekompetanse samtidig. Som myndighetsutøver, må man på prinsipielt grunnlag spørre om

---

<sup>60</sup> Terskelen for å sette til side en avtale helt eller delvis er høy. Se for eksempel Rt. 1988 s. 276 (Røstaddommen).

forvaltningsorganet kan kreve vederlag for bruk av tillatelsesmyndighet. Som avtalepart, må man spørre hvor langt forvaltningsorganet kan bruke sin spesielle posisjon til å kreve motytelser.

Det kan tenkes flere regler som kan ramme et vederlagskrav, for eksempel misbrukslæren.<sup>61</sup> I det følgende vurderer jeg kun om legalitetsprinsippet og om konkurranseloven kan begrense et vederlagskrav, fordi disse reglene belyser de prinsipielle problemstillingene som reiser seg. Kan forvaltningen – ved å erstatte vedtaksformen med anbud – på generelt grunnlag være berettiget til å kreve betaling for et offentlig gode?

Tilsier legalitetsprinsippet at et vederlagskrav må ha hjemmel i lov?

Rt. 1964 s. 534 (Kornmonopoldommen s. 542) viste at et avtalevilkår kan virke så inngripende for den private aktør, at hjemmel i lov er påkrevd. Spørsmålet i saken var om *”kraftfôrmonopolet uten uttrykkelig lovhjemmel kunne utnytte den maktposisjon det ved lov hadde fått, til å oppstille generelle leveringsvilkår som vil utelukke enkelte av de engrosforhandlere(...), fra å kjøpe kraftfôr av monolet”*.

En konsesjonstildeling virker likevel begunstigende for den private aktør. Det kan stilles spørsmål ved om selve vilkåret er urimelig med videre, men avtalen som sådan begunstiger anbudsvinneren. Legalitetsprinsippet kommer inn ved beslutninger som virker til skade. Et vederlagskrav vil derfor i utgangspunktet kun være noe mindre enn å gi en ubetinget tillatelse.

I juridisk teori åpnes det likevel til en viss grad for at legalitetsprinsippet kan ramme tyngende vilkår knyttet til begunstigende vedtak. Det tenkes da på tilfeller der rettssubjektene ikke har reell valgfrihet til ikke å akseptere vilkårene, og når behovet for det begunstigende vedtaket er meget stort.<sup>62</sup> I anbudstilfellene kan en slik situasjon fort oppstå,

---

<sup>61</sup> Se Boe, Innføring2 s. 817 og Øyehaug s. 42 flg.

<sup>62</sup> Hopsnes s. 108.

for eksempel for et selskap som vil drive næringskringkasting. Jeg antar at P4 er villig til å betale mye for å få en enerett til å drive radiovirksomhet i 10 år. Vederlagskravet må likevel ikke ha hjemmel i lov av den grunn. Man må like fullt foreta en materiell vurdering av hvor tyngende vilkåret rammer i den enkelte situasjon.

Det mest nærliggende er å anvende legalitetsprinsippet som en tokningsfaktor/reelt hensyn. Spørsmålet blir da om et krav om betaling er av en slik art, at Stortinget ved lov, må ha gitt forvaltningsorganet adgang til å bestemme det?

Hovedinnvendingen mot å tillate salg av konsesjoner, er at lovgiver ikke har tildelt forvaltningsapparatet skjønnsmessig kompetanse for at det skal kunne tjene penger. Myndigheten skal benyttes til å styre samfunnet til det beste for borgerne i tråd med gjeldene politikk. I tillegg gir tillatelsesmyndighet betydelig makt. Faren for at makten brukes til skade for borgerne, kan tilsi at lovgiver må ta stilling til om det kan kreves vederlag for en konsesjon. At enkelte private aktører har evne og vilje til å betale kan ikke alltid være avgjørende. Den sterkeste rett bryter med fundamentalt med likhetsgrunnsetningen i forvaltningsretten.

I vårt tilfelle vil likevel legalitetsprinsippet ha begrenset betydning. For det første griper ikke vilkåret inn i en vernet posisjon. Eksempel på det har man når en bestemt ferjerute konkurransen utsettes. Ferjeselskapene konkurrerer ikke om et nødvendighetsgode eller et gode de har rettskrav på. Konkurransen handler om å retten til å drive næringsvirksomhet og tjene penger på et marked som det offentlige tidligere har kontrollert selv. For det andre stifter ikke vilkåret plikt før anbyderne aksepterer det. Det er opp til ferjeselskapet å vurdere om det er lønnsomhet i driften, og om det skal gi tilbud på de betingelsene som gjelder.

Som hovedregel tilsier legalitetsprinsippet ikke at et vederlagskrav må ha lovhjemmel.

Kan konkurranseloven sette skranker for et vederlagskrav?

Konkurranseloven forbyr dominerende markedsaktører å utnytte posisjonen på en utilbørlig måte, se krrl. § 11. Et formål med loven er å styrke forbrukernes stilling overfor sterke kontraktsparter. Konkurranselovens forbud mot utnyttelse av dominerende markedsstilling, har fellestrekk med forbudet mot myndighetsmisbruk innen forvaltningsretten. Selve anbudssituasjonen kan sammenlignes med tilfeller der et monopol setter vilkår i sin forretningsvirksomhet. Rettsordenen oppstiller altså begrensinger for hvor langt maktposisjoner kan utnyttes til egen fordel – både ved privatrettslige og offentligrettslige disposisjoner.

Loven gjelder privat eller offentlig ervervsvirksomhet, slik at myndighetsutøvelse faller utenfor anvendelsesområdet, jfr. § 2.<sup>63</sup> I vårt tilfelle vil det være mest nærliggende å trekke konkurranseloven inn som et argument ved tolkningen av anbudsavtalen.

Man kan for eksempel argumentere med at prisen på konsesjonen må være rimelig (litra a), at antall konsesjoner ikke kan begrenses for å utnytte myndigheten til å oppnå økonomisk vinning (litra b), at vilkårene ikke kan være ulike fra gang til gang når samme type konsesjon lyses ut på anbud (litra c), og at den private aktørs ytelse må ha sammenheng med konsesjonstildelingen (litra d).

Brudd på disse vilkårene gir god veiledning når man spør om forvaltningsorganet har overskredet sin materielle kompetanse i anbudssituasjonen.

Konkurranseloven kan virke inn ved tolkningen av anbudsavtalen.

## 2.2 Prosessuell kompetanse

Spørsmålet her er om anbudsrettslige regler kan erstatte, eventuelt lempe, klassiske forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler. Hvordan må forvaltningsorganet gå frem når anbudsformen benyttes?

---

<sup>63</sup> Se Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 221.

## 2.2.1 Forvaltningslovens og offentlighetslovens virkeområde

### 2.2.1.1 Får forvaltningsloven og offentlighetsloven anvendelse?

Forvaltningsloven og lov om offentlighet i forvaltningen 19. juni 1970 nr. 69 (offvl.) gjelder "den virksomhet som drives av forvaltningsorganer", jfr. fvl. og offvl. § 1. I følge forarbeidene innebærer dette "all myndighetsutøvelse og annen virksomhet som skjer på det offentlige vegne".<sup>64</sup> Avgrensingen beror dermed på innholdet av begrepet "forvaltningsorgan", fordi det er organets virksomhet som er subjekt for reglene.

Jeg forutsetter i den videre drøftelse at vi har med et "organ for stat og kommune" å gjøre. I de tilfeller der personer er pliktsubjekter, forutsetter jeg at det dreier seg om utførelse av "tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan", jfr. fvl. §§ 10 og 13.

Forvaltningsloven og offentlighetsloven får anvendelse når det offentlige bruker anbud til å utøve myndighet.

### 2.2.1.2 Er anbudsavtalen et enkeltvedtak?

Fvl. § 3 begrenser rekkevidden av enkelte bestemmelser i loven. Kap. 4-6 får bare anvendelse i saker som gjelder "enkeltvedtak". Hvorvidt reglene for enkeltvedtak kommer til anvendelse, beror prinsipielt på om anbudet kan karakteriseres som et "enkeltvedtak", slik det er definert i forvaltningsloven § 2a og b.<sup>65</sup>

I juridisk teori er det alminnelig anerkjent at avtaleformen ikke er avgjørende for om man står overfor et enkeltvedtak eller ikke. Det hersker imidlertid uenighet om når en avtale skal

---

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) s. 30.

<sup>65</sup> I Rt. 1999 s. 1672 (Fysioterapidommen) oppstod spørsmålet om en kommune kunne si opp en avtale som forpliktet kommunen til å inngå driftstilskuddsavtaler med et fysikalsk institutt. Høyesterett tok et kontraktsrettslig utgangspunkt ("Avtalen er en løpende avtale, og dersom det ikke finnes holdepunkter for annet, må en slik avtale fra begge parters side kunne sies opp"). Dommen kritiseres i teorien, se Aulstad s. 74 flg. Jeg legger til grunn at man alltid må vurdere hvorvidt avtalen samtidig er et enkeltvedtak.

bedømmes som et enkeltvedtak. Problemet knyttes i første rekke til om avtalen er inngått ”under utøving av offentlig myndighet”, jfr. fv1. § 2a.

Står anbudsavtaler i en annen stilling enn andre avtaler gjør når det gjelder enkeltvedtak?

Anbudsformen benyttes i vårt tilfelle som et alternativ til klassisk vedtaksprosedyre, der det underliggende vedtakets innhold forutsettes eller bestemmes direkte i anbudsavtalen.

Siktemålet er fortsatt å tildele en rettighet som hviler på et offentligrettslig kompetansegrunnlag, typisk konsesjonsmyndighet. Anbudssituasjonen vil derfor være sterkt preget av at forvaltningsorganet utøver myndighet i kraft av den høyhetsretten det har blitt tildelt ved lov. Forvaltningsavtaler generelt kan ha et sterkere eller svakere preg av myndighetsutøvelse.<sup>66</sup> Da kan det være vanskelig å avgjøre hvorvidt disposisjonen er et utslag av forretningsdrift eller myndighetsutøving. Dette problemet oppstår sjelden for anbudsavtalens vedkommende, fordi tillatelsen eller tilskuddet er en helt nødvendig bestanddel og forutsetning for avtalen. Dertil kommer det at tillatelsesmyndighet ikke kan tildeles i kraft av annet rettsgrunnlag enn lov, for eksempel avtalekompetanse eller eierrådighet, jfr. pkt. 2.1.1.1.

At anbudsformen ikke påvirker vedtaksspørsmålet ved tildeling av konsesjon og eller tilskudd, fremgår klart av ”Torghatten”.<sup>67</sup> Høyesterett tok utgangspunkt i kompetansegrunnlaget, og konstaterte at tildelingen av konsesjonen ”er et enkeltvedtak enten det er konkurranse om konsesjonen eller ikke”. Det samme gjaldt tilskuddet; ”Jeg kan heller ikke se at det er tvilsomt at denne del av vedtaket er et enkeltvedtak”.

Anbudet er et enkeltvedtak.

Er enkeltvedtakskarakteristikken avgjørende for hvilket regelsett som får anvendelse?

---

<sup>66</sup> Eckhoff/Smith s. 227.

<sup>67</sup> Rt. 1998 s. 1398 (s. 1405).



Etter mitt syn er vedtakskarakteristikken like lite avgjørende som avtalekarakteristikken. Det avgjørende må for det første være om anbudsformen fullt ut tilgodeser de grunnleggende offentligrettslige hensynene som gjør seg gjeldene i den konkrete saken. For det annet om anbudsformen tilfredsstillende de grunnleggende krav til saksbehandling, som anbyderne ville hatt krav på dersom det offentlige hadde benyttet vedtaksprosedyre.

Hvorvidt anbudsprosedyren ivaretar de hensyn som gjør seg gjeldene i saken, må derfor vurderes konkret i forhold til den enkelte situasjon og i forhold til hver enkelt regel.

### 2.2.1.3 Hvem er part i anbudssaken?

De rettighetene private rettssubjekter har etter forvaltningsloven, er i stor utstrekning knyttet til partsbegrepet. Det er derfor helt sentralt å definere den personkretsen som er beskyttet av saksbehandlingsreglene.

Den som ”avgjørelsen retter seg mot” er part i saken, jfr. fvl. § 2 litra e, første alternativ. Når en konsesjon lyses ut på anbud, så er det usikkert hvem som vil være adressat for anbudsavtalen/vedtaket. Ordlyden må derfor tolkes som om det står ”kan” rette seg mot.<sup>68</sup> Samtlige anbydere risikerer at deres rettigheter og plikter blir bestemt gjennom anbudsprosedyren. En innbyder vinner kontrakten, de øvrige får avslag.

Konklusjonen er dermed at anbyderne er part i saken etter dette alternativet.

Også den som ”saken ellers direkte gjelder” er part i saken, jfr. fvl. § 2 litra e, annet alternativ. Prekvalifiserte aktører kan tenkes å være omfattet av dette alternativet. En anbudsrettslig prekvalifiseringsadgang, kan som utgangspunkt ikke være avgjørende for hvem som har krav på partsrettigheter etter forvaltningsloven. Ved vedtaksprosedyre så kunne den private aktør i alle tilfeller levert søknad og oppnådd partsstatus på den måten. Likevel kan det være noe kunstig å følge forvaltningsloven for aktører som står utenfor konkurransen, når det i saken ellers benyttes anbudsprosedyre. Det er nok mest

---

<sup>68</sup> Eckhoff/Smith s. 233.

hensiktsmessig å anlegge et snevert partsbegrep her, slik at eventuelle prekvalifiserte anbydere henvises til å klage eller til å reise søksmål.

Videre kan anbudssaken direkte gjelde naboer, organisasjoner med videre. Jeg går ikke nærmere inn på i hvilke tilfeller slike tredjemenn kan være part i anbudssaken.

Anbyderne er dermed part i anbudssaken.

#### 2.2.1.4 På hvilket tidspunkt kommer forvaltningsloven til anvendelse?

Anbudssaken har et tidsmessig forløp. I vår situasjon er det praktisk å tenke seg at forvaltningsorganet inngår avtale etter utlysningstidspunktet, men før det treffes et formelt vedtak i saken. Spørsmålet blir da på hvilket tidspunkt forvaltningsloven trer inn?

Forvaltningslovens system legger opp til at saksbehandlingen skal være fullført før vedtaket treffes. Parter skal for eksempel varsles, ”før vedtak treffes”, se fvl. § 16. Utgangspunktet blir dermed at saksbehandlingen må være fullført på det tidspunkt forvaltningsorganet reelt avgjør hvem som skal tildeles det offentlige godet det er snakk om, enten det skjer i avtaleform eller vedtaksform.

Juridiske forfattere er ikke samstemte i dette spørsmålet. Frihagen inntar et liberalt standpunkt. (”...Formelt kan en dermed følge den vanlige saksgang ved den etterfølgende forberedelse og beslutning om enkeltvedtak eller forskrift...”).<sup>69</sup> Bernt gir derimot klart uttrykk for at ”... saksbehandlingen og beslutningsprosessen må være fullført på det tidspunkt den endelige avgjørelse tas, enten den kalles vedtak eller tilsagn...”<sup>70</sup>

Etter mitt syn kan man ikke godta det spillerommet Frihagen til en viss grad er villig til å gi det offentlige. Når man først anerkjenner at reglene får anvendelse, så vil reglene miste sin funksjon dersom de skulle anvendes etter at forvaltningsorganet har bestemt seg.

---

<sup>69</sup> Frihagen, Avtaler 1977 s. 59 flg.

<sup>70</sup> Bernt, Avtaler 1981 s. 29.

Når det konkret gjelder anbud, så vil hovedregelen være at konkurransen er avgjørende, enten forvaltningsorganet forplikter seg ved anbudsavtalen, eller dersom avtalen stadfestes i et senere vedtak. Dermed må saksbehandlingen være fullført på det tidspunkt forvaltningsorganet gir tilsagnet om konsesjonen eller tilskuddet.

Forutsetter man at konkurransen ikke er bindene for det senere vedtaket, for eksempel ved at forvaltningsorganet tar forbehold, så må det antas at realiteten i saken likevel er låst. Det skal trolig mye til for at det offentlige treffer et vedtak med et annet innhold enn det som forutsettes gjennom anbudet, når det først har valgt å benytte en tid og ressurskrevende anbudsprosedyre.

I forhold til anbyderne trenger en slik etterfølgende saksbehandling nødvendigvis ikke å bryte med grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling. De valgte anbudsrettslige saksbehandlingsreglene kan tenkes å fullt ut tilgodese deres behov. Poenget her er at dersom reglene får anvendelse, så må de komme til anvendelse før realitetsavgjørelsen tas.

Problemstillingen tilspisser seg i forhold til øvrige parter i anbudssaken. Sett at anbudsvinneren har lovet å bygge et nytt ferjeleie som kommunen fritt kan bruke. Kommunen vil selvfølgelig være takknemlig. Men hva med naboen som driver lakseoppdrett og som får laksemerdene tilgriset av sand og grus av anleggsarbeidet? Det kan ikke være forvarlig å varsle vedkommende først etter at kommunen har bundet seg.

Forvaltningsloven får anvendelse før realiteten i saken avgjøres.

## 2.2.2 Alminnelige saksbehandlingsregler

### 2.2.2.1 Har forvaltningsorganet veiledningsplikt under anbudsprosedyren?

Forvaltningens alminnelige veiledningsplikt, jfr. fvl. § 11, kan lett komme i motstrid med hensynet til en reell konkurranse. Etter denne regelen har forvaltningsorganet plikt til å veilede partene slik at disse skal kunne vareta sine interesser overfor det offentlige på best mulig måte. Ved anbud bærer den enkelte deltaker risikoen for at anbudet er så godt som

mulig. Hvorvidt forvaltningsorganet har veiledningsplikt og eventuelt i hvilken utstrekning, beror dermed på en avveining av de (motstående) hensyn som gjør seg gjeldene i saken.

Fvl. § 11 har en generell utforming, som er ment å dekke all forvaltningsvirksomhet. Det vil eksempelvis være betydelig forskjell mellom trygdesøkeres mulighet til å ivareta sine interesser og et profesjonelt selskap som søker om konsesjon. Det går også direkte frem av ordlyden at omfanget av veiledningen skal tilpasses den enkelte situasjon, jfr. fvl. § 11 første ledd, annet pkt. Den generelle ordlyden kan også tilsi at ordlyden må tolkes innskrenkende i tilfeller der spesialtilpassede regler kan få anvendelse.

Yrkestransportloven med tilhørende forskrift bestemmer for eksempel fremgangsmåten på samferdselssektoren, og må fortrenge forvaltningsloven etter vanlig lovtolkingslære.<sup>71</sup>

I andre tilfeller vil ”avtalte” prosedyreregler og anbudsrettslig bakgrunnsrett fungere som spesialregler. I slike tilfeller kan det være mer tvilsomt hvorvidt disse fullt ut fortrenger forvaltningens alminnelige veiledningsplikt. Spørsmålet blir for det første i hvilken grad anbudsprosedyren tilgodeser hensynet til at anbyderen skal gis adgang til å ”vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte”, jfr. fvl. § 11.

Selve utlysningen og anbudsgrunnlaget vil normalt gi de opplysninger som den private aktør trenger for å kunne forstå hva konkurransen går ut på, og hva forvaltningsorganet krever for å tildele konsesjonen eller tilskuddet. I en situasjon der profesjonelle aktører inngir tilbud, så kan det ikke stilles omfattende krav til offentlig bistand. Aktørene må forutsettes å være godt kjent med markedet og inneha de ressursene som trengs for å kunne ivareta sine interesser, for eksempel i form av advokatbistand. Dette vil for eksempel være tilfelle i en situasjon der Samferdselsdepartementet lyser ut retten til å drive og inneha flyplassene i landet, jfr. luftl. § 7-5. Har selskapet ressurser til drive landingsplass for fly, så må det også kunne ivareta sine interesser på egen hånd i en anbudskonkurranse.

Anbudsprosedyren må da sies å tilfredsstille lovens krav.

---

<sup>71</sup> Anbudsforskriften.

For det annet må veiledningsplikten vurderes ut i fra anbudets formål, som er å skape reell konkurranse. Hensynet til anbyderen selv, og en rettferdig konkurranse dem i mellom, tilsier at forvaltningsorganet må utvise forsiktighet med å gi enkelte deltakere opplysninger. Dette argumentet kan støttes både på likhetsgrunnsetningen innen forvaltningsretten og likebehandlingsprinsippet innen anbudsretten. Når flere konkurrerer om et offentlig gode, så kan ikke forvaltningen gå inn i drøftelser eller gi opplysninger som gir en enkelt deltaker rettslige fortrinn.

For det tredje kan det anføres at diskusjoner og veiledninger kan senke effektiviteten i saksbehandlingen. Effektiv ressursbruk tjener både det offentlige og deltakerne.

I Rt. 1998 s. 1951 (Laura Klubben) uttalte Høyesterett at den *”forvaltningsrettslige veiledningsplikt må avgrenses mot forbudet mot å gi opplysninger som kan føre til konkurransevriddning”* (s. 1958). Denne saken gjaldt kjøp av snøbrøytetjenester. Etter mitt syn kan ikke dommen forstås slik at anbudsformen generelt utelukker anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsregler, selv om Høyesterett slo fast at kommunen *”bandt seg til å følge anbudsrettslige regler”* (s. 1957).<sup>72</sup>

I vårt tilfelle er det mest nærliggende å forstå dommen slik at hensynet til en reell konkurranse, får betydning for om veiledningsplikten består, og eventuelt i hvilken utstrekning. Slik må også sivilombudsmannens uttalelser i P4-saken forstås: *”...veiledningsforskriften §9 stiller krav om at all veiledning må gis på en objektiv og nøytral måte når to eller flere parter har motstående interesser i en sak. Å stille strenge krav til departementets veiledningsplikt overfor P4 ville på grunn av den*

---

<sup>72</sup> Graver hevder at dommen må gjelde mer generelt. Avtalepartene kan ikke ”påberope seg forvaltningslovens saksbehandlingsregler i tillegg til de avtalerettslige regler som gjelder”. Uttalelsen må forstås slik at anbudsreglene erstatter forvaltningsloven så langt de gjelder. Synspunktet er nok at forvaltningsloven inneholder minimumsregler. Forvaltningen kan ikke senke rettsikkerhetsterskelen ved å velge anbudsform. Graver 2002 s. 235.

*konkurransesituasjonen som forelå, fort kunne komme i strid med dette objektivitetskravet.”<sup>73</sup>*

Hensynet til å skape en reell konkurranse kan for så vidt også sies å stille krav til veiledningsplikten. Utlysningen, anbudsgrunnlaget og anbudssituasjonen for øvrig, må i det minste være tilstrekkelig klar, slik at interessenter ikke lar vær å delta på grunn av usikkerhet. I så fall vil forvaltningens eget ønske om å stimulere til reell konkurranse undergraves. I P4-saken unnlot departementet å avklare om og i hvilken grad P4 hadde et rettskrav på fornyet konsesjon etter forespørsel fra en mulig interessent. Unnlåtelsen kan dermed tenkes å ha medført at den reelle konkurransen ble svekket, fordi vedkommende selskap lot være å delta. Man kan derfor ikke utelukke at veiledningsplikten består, fordi anbudformen benyttes.

Innen anbuetsretten er det heller ikke slik at all kontakt mellom partene er forbudt. Forhandlingsforbudet begrenses av avklaringsregler, se for eksempel NS 3400 pkt. 13.3. Begrensingen gjelder for opplysninger og kontakt som griper inn i konkurranseforholdet mellom anbyderne. Det kan dermed ikke være i strid med anbuetsrettslige hensyn å forklare en anbyder reglene for anbuetsprosedyren, eller la en anbyder rette misforståelser, se fvl. § 11 annet ledd bokstav b og fjerde ledd. Forvaltningen kan også løse dette enkelt ved å tilby alle deltakerne de samme opplysningene.

Hovedregelen må dermed være at forvaltningens alminnelige veiledningsplikt ikke får anvendelse ved anbud. Omfanget av veiledningen rekker eventuelt så langt den ikke påvirker det reelle konkurranseforholdet mellom anbyderne.

Når det gjelder tredjemenn som har interesse i saken, så må forvaltningsorganet følge fvl. § 11. Anbudformen kan ikke utelukke anvendelsen av forvaltningsloven for deres vedkommende.

---

<sup>73</sup> Somb 2003 sak nr. 0179 på s. 235.

### 2.2.2.2 Allmennoffentlighet eller taushetsplikt i anbudssaken?

Hovedregelen er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige, jfr. offvl. § 2.

Taushetsplikt må eventuelt følge av lov, jfr. offvl. § 5a.

Kan en anbyder unndra opplysninger fra allmennheten ved et privatrettslig påbud?

Spørsmålet kan oppstå dersom en av anbyderne tar forbehold i tilbudet om at hele eller deler av anbudet skal holdes hemmelig. Årsaken vil typisk være et ønske om å beskytte forretningshemmeligheter. Her må man ta offentlighetsloven på ordet. Unntak må følge ”i lov eller i medhold av lov”, jfr. offvl. § 2. Formålet med loven er å bidra til at forvaltningens beslutninger blir åpne og etterprøvbare. Privatrettslige påbud om taushet vil forhindre dette.

En anbyder kan ikke unndra opplysninger fra allmennheten ved et privatrettslig påbud

Kan en anbyder kreve fullt innsyn i et konkurrerende anbud i medhold av offentlighetsloven?

Etter fvl. § 13 første ledd nr. 2, har forvaltningen taushetsplikt om drifts- eller forretningsforhold som det vil være av ”konkurransmessig” betydning å hemmeligholde. I anbudssaken vil den enkelte anbyder ha en vesentlig interesse i å hemmeligholde sitt anbud, i alle fall til saken er avgjort. Men fvl. § 13 b nr. 1, gjør unntak for ”saken parter”. Lovgivningen åpner dermed for at konkurrentene kan kreve fullt innsyn i medhold av offentlighetsloven. Dette er for det første problematisk i den foreliggende sak. Et ferjeselskap som konkurrerer om en konsesjonsavtale, kan for eksempel bruke kunnskapen til å justere sitt anbud ved en eventuell klagerunde. For det annet kan selskapet utnytte kunnskap om forretningsstrategi, økonomiske forhold, timeprisberegning og så videre, i senere konkurranser på området. I dette tilfellet må offentlighetsloven tolkes innskrenkende.

En anbyder kan ikke kreve fullt innsyn i et konkurrerende anbud i medhold av offentlighetsloven.

Hvor langt rekker allmennhetens innsynsrett i anbudssaken?

”Tilbud og protokoller” kan unntas offentlighet, jfr. forskrift av 14. februar 1986 del 5 pkt. 12 (delegeringsforskriften).<sup>74</sup> Bestemmelsen henviser direkte til anskaffelsesregelverket. Regelen kan derfor ikke uten videre gis anvendelse i vår situasjon. I dette tilfellet må man avveie deltakernes behov for hemmelighold, mot samfunnets behov for kontroll med forvaltningen. Videre er det grunn til å bemerke at det ”kan” gjøres unntak, som innebærer en plikt til å vurdere meroffentlighet, jfr. offvl. § 2 annet ledd.

På anskaffelsesområdet skal protokollen inneholde ”en beskrivelse av alle vesentlige forhold og viktige beslutninger” gjennom hele prosessen.<sup>75</sup> Et slikt krav kan ikke gjelde i mindre grad ved myndighetsutøving, jfr. prinsippet om forsvarlig saksbehandling. Jeg kan ikke se argumenter som tilsier at en protokoll kan unndras allmennoffentlighet. Det alminnelige kravet til gjennomsiktighet tilsier dessuten at allmennheten må ha rett til innsyn. Innsynsretten er et viktig demokratisk redskap i kontrollen med om forvaltningen opptrer lovlig og hensiktsmessig.

Når det konkret gjelder tilbudene, så vil anbydernes behov likevel være beskyttet av fvl. § 13. Forvaltningsorganet vil da ha taushetsplikt nettopp om slike opplysninger som anbyderne har interesse i å hindre spredning av.

Det kan være grunn til å la offentlighetsloven få anvendelse etter at avgjørelsen tas. Den reelle konkurransen mellom P4 og Kanal4 ville for eksempel blitt svekket, dersom mediene fikk innsyn i søknadene og startet en debatt før departementet traff sitt vedtak. Offvl. § 6 første ledd nr. 2b gjør unntak fra innsyn dersom dette kan forhindre en

---

<sup>74</sup> Forskriften er gitt i medhold av offvl. § 11.

<sup>75</sup> Amdal s. 371.



”forsvarlig gjennomføring” av økonomiske rammeavtaler med næringslivet. Når anbudsprosedyre først er lovlig valgt, så må regelen kunne være et argument for at allmennoffentlighet først inntreter etter at saken er avgjort.

Anbudsformen begrenser som hovedregel ikke allmennheten krav på innsyn i større utstrekning enn det som følger av offentlighetsloven.

### 2.2.3 Reglene for enkeltvedtak

#### 2.2.3.1 Har forvaltningsorganet varslingsplikt i anbudssaken?

Varslingsplikten bygger på prinsippet om kontradiksjon. Partene skal gis mulighet til å fremlegge sine synspunkter før avgjørelsen treffes. Det offentlige har likevel ikke plikt til å varsle en part som ”ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken”, jfr. § 16 første ledd. Hensynet til anbyderen vil dermed være fullt ut tilgodesett ved at disse leverer inn sine anbud. Dessuten vil selve utlysningen og anbudsdokumentene normalt tilfredsstille kravene til forhåndsvarselets innhold, se fvl. § 16 andre ledd.

En begrensning følger likevel av loven og det alminnelige kravet til forsvarlig saksbehandling. Anbyderen har krav på ”rimelig foranledning og tid til å uttale seg”, jfr. § 16 tredje ledd, bokstav c. Fristen for å levere inn anbud kan ikke være så kort at anbyderen ikke rekker å levere inn skikkelig utarbeidete anbud. Likeså må utlysningen og anbudsdokumentene være av en slik art at anbyderen ”på forsvarlig måte kan vareta sitt tarv”, jfr. § 16 annet ledd. Normalt vil anbudssituasjonen tilfredsstille slike krav. Forhåndsvarsel til eventuelle parter som står utenfor konkurransen, vil også normalt være unødvendig. Fvl. § 16 tredje ledd, bokstav c, bestemmer at varsling kan unnlates dersom ”part allerede på annen måte har fått kjennskap til at vedtak skal treffes”. Når utlysningen kunngjøres i offentlig tilgjengelige medier, så må kravet sies å være tilfredstilt.

Forvaltningsorganet har ikke varslingsplikt i anbudssaken.

### 2.2.3.2 I hvilken grad må forvaltningsorganet utrede anbudssaken?

Fvl. § 17 første ledd, gir uttrykk for et generelt prinsipp om at forvaltningen har et selvstendig ansvar for å opplyse saken. Ved anbud har anbyderne som nevnt opplysningsrisikoen. Det grunnleggende spørsmålet her er i hvilken grad den spesielle anbudsproseduren ivaretar hensynet til en forsvarlig utredning av avgjørelsesgrunnlaget. Utredningen må for det første være forsvarlig av hensyn til de offentligrettslige interessene som gjør seg gjeldene i saken. For det annet på grunn av anbydernes/forvaltningens interesse og krav på korrekte avgjørelser.

Det sier seg selv at anbuksformen ikke kan redusere forvaltningens plikt til å undersøke hvilke hensyn det underliggende kompetansegrunnlaget skal ivareta og hvor stor vekt hensynene bør ha ved skjønnsutøvingen. Forvaltningsorganet må for eksempel undersøke hvilke krav som må stilles til sikkerhet på samferdselssektoren, og hvilke krav som må stilles til programtilbudet på kringkastingsssektoren. Det har forvaltningen full anledning til når anbudsgrunnlaget utarbeides.

I hvilken grad har forvaltningsorganet plikt til å undersøke det faktiske grunnlaget for avgjørelsen?

Ordlyden gir rom for innskrenkende tolking jfr. uttrykket ”så godt som mulig”. I følge praksis og teori må omfanget av plikten avpasses til forholdene i den enkelte sak.<sup>76</sup>

Et sentralt poeng i vår situasjon er hensynet til konkurransen anbyderne i mellom. For å oppnå en reell konkurranse så må hovedregelen være at det er de skriftlige anbudene alene, som utgjør det nødvendige avgjørelsesgrunnlaget. Dette momentet stod sentralt for sivilombudsmannen i P4- saken. Det kunne ”*neppe stilles særlig omfattende krav til departementets utredningsplikt*”. For det første innebar momentet at forvaltningen i utgangspunktet måtte basere avgjørelsen ”*på det faktagrunnlaget partene selv skaffer til*

---

<sup>76</sup> Se Graver 2002 s. 407 flg. og Boe, Innføring2 s. 748 flg.

veie”. For det annet måtte tildelende myndighet ”være meget forsiktig med å gå inn i drøftelser med en part for å la denne klargjøre og utdype sin søknad”.<sup>77</sup>

Det er flere momenter som kan gi støtte til at disse uttalelsene rekker lenger enn til denne konkrete saken. Det viktigste er hensynet til at avgjørelsen blir tatt på et rettfærdig grunnlag, det vil si at forvaltningsorganet ikke må opptre på en måte som kan skape ubalanse i konkurranseforholdet mellom anbyderne. Sett at departementet hadde gitt kringkastingselskapet anledning til å forklare nærmere hvordan allmennkringkastingen ville bli ivaretatt. Faren er da stor for at selskapet ville presentert søknaden i tråd med forvaltningsorganets ønsker. At forvaltningsorganet ikke kan be om konkurransevridene opplysninger følger også av det alminnelige forhandlingsforbudet i anbudsretten, samt av grunnleggende prinsipper innenfor anskaffelsesregelverket, se offanskl. § 5 annet ledd. Hensynet bak prinsippene er nettopp å unngå forskjellsbehandling i konkurransesituasjonen. I tillegg til dette vil en utstrakt utredningsplikt i anbudssaker kunne gå på bekostning av anbydernes rettsikkerhet. Når forvaltningsorganet først har lagt føringer for prosedyren, så har anbyderne behov for å kunne innrette seg i den tro at forvaltningen ikke kommer til å avvike fra den.

Utredningsplikten må videre ses i sammenheng med at anbyderne har hatt anledning til å gi de nødvendige opplysninger gjennom sine anbud. Når anbyderne har levert inn detaljerte og utførlige anbud på grunnlag av forvaltningens kriterier, så vil det normalt foreligge tilstrekkelig materiale til å treffe en korrekt avgjørelse. Tatt i betraktning hensynet til anbyderne, så må hovedregelen må være at forvaltningen ikke trenger å foreta undersøkelser utover dette.

Dersom viktige offentligrettslige hensyn gjør seg gjeldene i saken, så kan det være et argument for en utvidet utredningsplikt/avklaringsregel, eller eventuelt et modifisert forhandlingsforbud, alt etter hvilket regelsett man tar utgangspunkt i. Utlyses konsesjon til

---

<sup>77</sup> Somb sak nr. 0179 s. 236.

flygeledervirksomhet ut på anbud, jfr. luftl. § 7-5, så tilsier sikkerhetshensyn ved luftfart at kravet til forvaltningens undersøkelser må være strengt. Ved tildeling av konsesjon til reklamefinansiert kringkasting, kommer nok hensynet til en rettferdig konkurranse noe mer i forgrunnen.

Et annet moment er at en tildeling av konsesjon og eller tilskudd, er et begunstigende vedtak. Det må for eksempel stilles større krav til utredningen i en sak der forvaltningen griper inn i etablerte rettigheter ved påbud eller forbud.

Styrkeforholdet mellom partene kan også betydning for utredningspliktens omfang. Ferjeselskapet, kringkasteren, eller renovatøren vil jevnt over ha de ressursene som trengs for å ivareta sine interesser. I enkelte tilfeller kan det nok også være slik at anbyderne har bedre innsikt enn forvaltningsorganet på det aktuelle området. Et eksempel på dette kan være når samferdselsdepartementet lyser ut konsesjon til drift av digitalt bakkenett, se ekomloven § 6-2. Aktørene på dette markedet har nok større innsikt enn forvaltningen selv, slik at det må kunne forventes noe mindre av forvaltningens undersøkelser.

Anbudsprosedyren tilfredsstillende som hovedregel kravene til forvaltningens utredningsplikt. Eventuelle undersøkelser kan normalt ikke rekke lenger enn det hensynet til en reell konkurranse tilsier.

### 2.2.3.3 Partsoffentlighet og uttalellesrett i anbudssaken?

Ved anbudskonkurranser oppbevares anbudene uåpnet frem til anbudsåpning, jfr. anonymitetsprinsippet. Etter forvaltningsloven er hemmelighold unntaket. En part har rett til å gjøre seg kjent med "sakens dokumenter", jfr. fvl. § 18 første ledd. De enkelte anbud må regnes som dokumenter i samme sak, jfr. fvl. § 2 bokstav f.

Innsynsretten (§ 18), uttalellesretten (§ 20 siste ledd), og forvaltningens plikt til å legge frem nye opplysninger til uttalelse (§ 17 andre og tredje ledd), gir parter mulighet til å i møte gå opplysninger i sin disfavør, jfr. prinsippet om kontradiksjon. Anbudsrettslige

prinsipper som skal ivareta hensynet til en reell konkurranse, kan da tenkes å komme i konflikt med grunnleggende rettsikkerhetsgarantier innen tradisjonell forvaltningsrett.

Normalt byr det ikke på problemer at anbudene er hemmelige frem til anbudsåpningen. Det settes vanligvis en tidsfrist for levering av anbudene, og normalsituasjonen må være at anbudene kommer inn omtrent samtidig. Det kan tenkes at et anbud er ”kommet inn” på tidligere tidspunkt, og at en konkurrent krever innsyn i dette, se offvl. § 3. Innsynsrett vil i dette tilfellet være sterkt problematisk av hensyn til en rettferdig konkurranse.

Vedkommende kan da – om det er praktisk mulig – justere sitt tilbud for å sikre seieren. Det vil være illojalt overfor konkurrentene, og undergrave prosedyrens formål, som er å gi samtlige like muligheter til å nå frem.

Forvaltningsorganet må være berettiget til å nekte innsyn før anbudsåpning.

Problematikken knytter seg i første rekke til tiden mellom anbudsåpningen og til realitetsavgjørelsen treffes. Alminnelige krav til forsvarlig saksbehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier at anbudsåpningen må være offentlig når forvaltningen er innbyder, se offanskl. § 5. Samtlige anbydere har som hovedregel også adgang ved privatrettslige anbud, se NS 3400 pkt. 11.2.

Problemstillingen blir da om gjennomgangen fullt ut tilgodeser de krav anbyderne har på innsyn etter fvl. § 18. Jeg antar at anbudene ikke vil bli opplest i sin helhet i et normaltilfelle, men at gjennomgangen dekker hovedpunktene i de enkelte anbud.<sup>78</sup> I så fall stilles anbyderne dårligere ved anbudsprosedyre enn i en tradisjonell forvaltningssak, som vil gi rett til innsyn i konkurrentens søknad.

Bernt anser det som ”sterkt problematisk” om innsynsretten skulle avskjæres.

Bestemmelsene om innsynsretten og uttalerett, må i følge Bernt ”anses som ufravikelige”.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Se for eksempel anbudsforskriften § 10.

<sup>79</sup> Bernt, Frihagen s. 262.

Jeg kan heller ikke se spesielle innvendinger mot å tillate innsynsrett i de enkelte anbudene, forutsatt at sensitive opplysninger om forretningsforhold med videre unntas etter regelen om taushetsrett, jfr. fvl. § 19. Dessuten må forvaltningsorganet av hensyn til konkurransen kunne bestemme at innsynsretten først inntreter etter at saken er avgjort, jfr. § 20 første ledd. Hensynet til anbydernes behov for å kontrollere grunnlaget for avgjørelsen må uansett stå sterkt. Problemet knytter seg til bruken av opplysningene i konkurransesituasjonen.

En anbyder kan kreve innsyn i konkurrerende anbud.

Plikten til å underrette parten om opplysninger som forvaltningsorganet ”mottar” i saken vil normalt være tilfredstilt, se § 17 annet og tredje ledd. I anbudssaker skal de innkomne skriftlige anbud utgjøre det nødvendige og tilstrekkelige avgjørelsesgrunnlaget. Og et anbud må forutsettes å inneholde opplysninger om egne kvalifikasjoner, ikke andres. Skulle det tilflyte forvaltningsorganet negative opplysninger om en deltaker gjennom andre fora, så burde det være uproblematisk å la deltakeren kommentere disse. Forutsetningen må være at kontakten ikke gir deltakeren en forhandlingsposisjon. Faren for misbruk av uttalelsesretten må nok likevel sies å bli avhjulpet til en viss grad dersom deltakerne får innsyn i anbudet og begrunnelse for avgjørelsen, se pkt. 2.2.3.4. Øvrige deltakere kan da kontrollere om valget av anbyder grunner på anbudskriteriene, eller om utenforliggende momenter kan ha blitt lagt til grunn.

Forpliktelsen til foreleggelse av opplysninger og deltakerens rett til å uttale seg, jfr. § 17 annet og tredje ledd, består i anbudssituasjonen.

Spørsmålet blir da i hvilken grad en anbyder skal få anledning til å utdype/supplere anbudet på bakgrunn av denne kunnskapen?

Her må man nok konstatere motstrid mellom anbudssystemets system og retten til kontradiksjon. Skal konkurransen ha en reell funksjon, så kan man ikke tillate innholdsmessige endringer etter innlevering i særlig grad. Da vil man eventuelt skride over

grensen til en ordinær søknadssituasjon, der konkurrentene kan basere seg på hverandre, overby hverandre og utnytte konkurrentens kunnskaper. I motsetning må det kontradiktoriske prinsipp forstås som en rett til å legge frem alle relevante synspunkter som kan tale til egen fordel.

Sivilombudsmannen går langt i å avskjære muligheten til utdypninger etter innlevering; *”Etter søknadsfristens utløp ble P4 og en annen søker bedt om å presisere enkelte punkter i sine søknader. Dette må departementet ha hatt adgang til, men utover dette ser jeg det slik at departementet bare i svært begrenset grad ville ha hatt rettslig adgang til å gå inn i drøftelser med P4 med sikte på å la P4 utdype sitt programtilbud i forhold til Kanal4s søknad”*.<sup>80</sup>

Bernt gir klart uttrykk for uttalelsesretten ikke kan tolkes innskrenkende. Det vil være ”vesentlig problematisk” dersom partene ikke får se hverandres søknader og heller ikke får mulighet til å ”supplere sin egen”. Sett i sammenheng må hans kommentar forstås slik at deltakerne i alle fall må ha adgang til å ”foreta innholdsmessige presiseringer”.<sup>81</sup>

Når flere konkurrerer om et begrenset gode, så må hensynet til at samtlige aktører gis like muligheter til å nå frem veie tungt. Ved å bruke anbudsformen kan forvaltningsorganet langt på vei oppnå formell likhet, fordi de skriftlige anbudene skal innholdsmessig ligge fast inntil anbudet er antatt. Dersom forvaltningsorganet skulle tillate utdypninger, så vil deltakeren fort komme i en gunstigere posisjon enn de øvrige. På den annen side vil det være viktig både for partene selv og for forvaltningsorganet, at avgjørelsesgrunnlaget er så godt opplyst at forvaltningsorganet kan treffe korrekte avgjørelser.

I vårt tilfelle må det bero på en avveining av de to momentene ovenfor hvorvidt partene har anledning til å endre innholdet i anbudet. Etter mitt skjønn må det legges avgjørende vekt på hensynet til likebehandling, når anbudsformen først er valgt. Anbudsformen vil videre

---

<sup>80</sup> Somb 2003 sak nr. 0179 s. 236.

<sup>81</sup> Bernt, Frihagen s. 261-262.

være godt egnet til å få relevante fakta på bordet, og dermed gi forvaltningsorganet et grundig materiale til å treffe en forsvarlig avgjørelse på. Dessuten vil prosedyren gi anbyderne gode muligheter til å legge frem sine synspunkter gjennom anbudet. Adgangen til å utdype egne anbud må nok avpasses alt etter hvor viktig saken er for partene, og hvor viktig det er for samfunnet at forvaltningsorganet treffer en korrekt avgjørelse. Det må for eksempel i større grad kunne tillates utdypninger dersom flygeledervirksomhet lyses ut på anbud, enn når renovasjonen konkurranseutsettes. I førstnevnte tilfelle må samfunnet ha krav på at den valgte aktør faktisk har de kvalifikasjonene som skal til for å i vareta en sikker luftfart. Som hovedregel slutter jeg meg til Sivilombudsmannens utgangspunkt om at utdypninger og klargjøringer bare i ”svært begrenset grad” er tillatt.

Uttaleretten må avgrenses mot forhandlingsforbudet innen anbudsretten.

#### 2.2.3.4 Må avgjørelsen begrunnes?

Fvl. § 24 bestemmer at enkeltvedtak skal begrunnes. Deltakere som ikke når opp i konkurransen har behov for å vurdere om grunnlaget for avgjørelsen er korrekt. Begrunnelsen er således helt sentral for å kunne etterprøve avgjørelsen. Samtidig må forvaltningsorganet overveie beslutningen, noe som er et grunnelement i det alminnelige kravet til forsvarlig saksbehandling. Også ved rent forretningsmessige anbudskonkurranser ivaretas anbydernes rettsikkerhet ved at det stilles krav til begrunnelse ved avvisning, se for eksempel anskaffelsesforskriften § 3-8 og NS 3400 pkt. 12.5. Kravet kan ikke gjelde i mindre grad når offentlig myndighet utøves gjennom anbud.

Avgjørelsen må begrunnes.

Hvilke krav må stilles til begrunnelsens innhold?

Problemstillingen er i første rekke hvor langt forvaltningsorganet må begrunne hvilke hensyn som har vært avgjørende, og hvor langt forvaltningsorganet må begrunne vurderingene av de enkelte anbyderne i forhold til disse hensynene, jfr. fvl. § 25 tredje ledd. Utlysningen og anbudsgrunnlaget vil normalt gi anbyderne



tilstrekkelig informasjon om reglene for konkurransen og hvilke kriterier som ligger til grunn for avgjørelsen, jfr. fvl. § 25 første og annet ledd.

Uttrykket ”bør” i fvl. § 25 tredje ledd, må som hovedregel forstås som en plikt, og kravet til begrunnelse skjerpes alt etter hvor inngripende avgjørelsen er.<sup>82</sup> Når offentlig myndighet utøves gjennom anbud, så vil det ofte være andre hensyn enn pris som skal tillegges vekt. Hvilke hensyn det er og hvilken vekt disse skal ha, vil som oftest være spesifisert i anbudsgrunnlaget. I alle tilfeller må forvaltningsorganet ha plikt til å gjengi hvilke hensyn som har blitt vektlagt i prioritert rekkefølge. Dette indikerer om prosedyren har vært forsvarlig. Dessuten er det viktig for å føre kontroll med det grunnlaget avgjørelsen treffes på.

Vurderingene av hvor godt et anbud er i forhold til et annet, kan det være vanskelig å si noe presist om. Ved tildeling av konsesjon til digitalt bakkenett, skal det for eksempel vurderes hvilke ”samlede virkninger” det har for konkurransen i markedet at et bestemt selskap velges. På samme måte blir vurderingen skjønnspreget når det ved tildeling av kringkastingskonsesjon skal legges vekt på ivaretagelsen av ”allmennkringkastingsoppgavet”.

I P4-saken uttalte Sivilombudsmannen at ikke kan stilles ”så strenge krav til begrunnelsen som ellers”. Begrunnelsen var at ”en av søkerne må nødvendigvis foretrekkes framfor de øvrige, og det vil ofte være vanskelig å gi en dekkende begrunnelse ved både å vise hvilke hensyn som har vært relevante og i tillegg antyde hvilken vekt hensyn av ulik karakter skal ha i forhold til hverandre”.<sup>83</sup>

Hvor utfyllende begrunnelsen må være må vurderes konkret i den enkelte sak. Et spesielt hensyn vil være i hvilken grad avgjørelsen griper inn i etablerte rettigheter. Eksempelvis vil kravet til begrunnelsen styrkes når en aktør allerede utøver virksomhet i et bestemt marked

---

<sup>82</sup> Se Rt. 2000 s. 1056 (Forkjøpsrettsdommen s. 1063).

<sup>83</sup> Somb 2003 sak nr. 0179 s. 237.

og har foretatt investeringer. Beskyttelsesbehovet er ikke like fremtredene når det lyses ut konsesjon på nye markeder, for eksempel til drift av digitalt bakkenett. I slike tilfeller kan aktørene imidlertid ha investert betydelige ressurser ved å utarbeide et anbud. Dette må tillegges vekt.

I tillegg kan den samfunnsmessige betydningen av avgjørelsen påvirke hvilke krav som må stilles til begrunnelsen, selv om fvl. § 25 i første rekke beskytter partene. Det må for eksempel stilles større krav til forvaltningens overveielser og grunngiving, dersom flygeledervirksomhet konkurransesettes, en når renovasjonstjenester lyses ut på anbud.

I motsatt retning trekker det at utlysningsteksten og anbudsgrunnlaget gir informasjon om hvilke hensyn som skal tillegges vekt og at konkurranseforholdet gjør det vanskelig å spesifisere hva som har vært avgjørende for valget.

Anbudssituasjonen innebærer som hovedregel at begrunnelseskravet er mindre strengt her enn ellers.

### **3 Sanksjoneringsfasen**

Spørsmålet her er hvilke regler som kan påberopes når en av aktørene ønsker å endre eller angripe anbudsavtalen, og hvilket innhold regelen i så fall har. Av hensyn til oppgavens ramme og tema begrenser jeg meg til noen problemstillinger som har spesiell interesse.

#### **3.1 Klage**

##### **3.1.1 Kan anbudsavtalen påklages?**

I juridisk teori diskuteres det om et privat rettssubjekt kan fraskrive seg klageretten ved avtale. Om dette spørsmålet viser jeg til foreliggende litteratur.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Se Aulstad s. 89 flg. med henvisninger.

Hvilken betydning har anbudsformen for spørsmålet om deltakerne har klageretten i behold?

Ved anbud dikterer forvaltningsorganet både fremgangsmåten og avtalevilkårene. Forhandlingsformen forutsetter gjensidighet, i den forstand at aktørene må bli enige om hvilken måte avtalen skal komme i stand på og hvilket innhold den skal ha. I slike tilfeller kan hensynet til lojalitet overfor medkontrahtenten, tilsi at det ikke kan forhandles med en klagerett i bakhånd. I vårt tilfelle er spørsmålet om det offentlige, ved å erstatte tradisjonell saksbehandling med anbudsprosedyre, kan nekte private aktører den grunnleggende rettsikkerhetsgarantien det er å kunne protestere mot forvaltningsavgjørelser?

Fvl. § 28 slår fast at ”enkeltvedtak kan påklages”. Unntak fra dette må ha klar hjemmel i lov eller avtale. Yrkestransportloven er et eksempel på et område der anbudsformen har særskilt hjemmel. Her synes det klart at lovgiver ikke har hatt til intensjon å fravike forvaltningsloven på dette punktet.<sup>85</sup> Ved spørsmålet om anbyderne på avtalerettslig grunnlag kan ha fraskrevet seg klageadgangen, kan det være naturlig å se hen til sammenlignbare regler i sivilprosessen. Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13. august 1915 nr. 6 (tvml.) § 361 bestemmer at ankeretten kan frafalles dersom frafallet skjer ”uttrykkelig”. Som nevnt kan ikke deltakelsen i seg selv tilfredsstille et slikt krav, (se pkt. 2.1.1.1.).

Anbudsavtalen kan påklages.

### 3.1.2 Hvor langt påvirker anbudsformen klageinstansens kompetanse?

Klageinstansen må som hovedregel gå frem på samme måte som førstinstansen, jfr. § 33 første pkt. Videre gir fvl. § 34 annet ledd, klageinstansen kompetanse til å ”prøve alle sider av saken”. Prinsippet om full prøvelsesrett reiser to spørsmål i forhold til anbudssaken. For det første om underinstansen gjennom utlysningen kan binde opp

---

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) s. 30.

rammene for det skjønnet klageinstansen har full prøvelse av? For det annet om klageinstansen har anledning til å ta hensyn til ”nye omstendigheter” i saken?

Begge spørsmålene har sammenheng med forvaltningsorganets materielle kompetanse til å benytte anbudsform. Har organet særskilt hjemmel, så må man tolke kompetansegrunnlaget slik at anbudsformen båndlegger klageinstansens beslutningsgrunnlag.<sup>86</sup> I det følgende forutsetter jeg at anbudsformen ikke har særskilt hjemmel.

Står klageinstansen fritt til å foreta en selvstendig prøvelse av saken?

Klageretten er en prosessuell rettighet som først og fremst er satt til å verne om individet. Når en konsesjon lyses ut på anbud, så vil deltakerne innrette seg deretter. Det vil undergrave prosedyren om klageinstansen kunne foreta en uavhengig prøvelse av saken. Underinstansen må derfor som hovedregel sies å ha bundet det overordnede organ i kraft av sin avtalekompetanse.

Forutsetningen om en reell totrinnsbehandling og prinsippet om forsvarlig saksbehandling, tilsier likevel at forvaltningsorganet har en selvstendig plikt til å prøve lovmessigheten av avgjørelsen.<sup>87</sup> Hovedbegrunnelsen for en slik prøvingsplikt, vil likevel være hensynet til rettsikkerhet for private aktører. Forutsetningen for at klageinstansen overprøver det skjønnet som båndlegges gjennom anbudet, må dermed være at en part eller annen med rettslig klageinteresse, bestrider at underinstansen hadde hjemmel til å benytte anbudsform, at hensynene som skulle vektlegges var ulovlige og så videre. Da må klageinstansen vurdere det. Forvaltningsorganet skal vurdere de ”synspunkter” klageren kommer med, jfr. fvl. § 34 annet ledd.

Anbudsformen binder klageinstansens skjønnsfrihet.

---

<sup>86</sup> Slik også Bernt, Frihagen s. 261.

<sup>87</sup> Boe, Innføring2 s. 877.

Er klageinstansen bundet av tilbudene, eller kan det ta i betraktning nye opplysninger?

Den anbudsrettslige innvendingen mot å ta hensyn til nye omstendigheter, er at klageren kan få adgang til å forbedre sitt tilbud. Dette kan motvirke anbudsformens formål. Klageren kan for eksempel komme i en forhandlingsposisjon, eller vente til klagebehandlingen med å komme med sitt beste tilbud. I tillegg blir prosessen mindre kontrollerbar.

Hovedsynspunktet til Bernt er at anbudene kan danne ”utgangspunktet” for en eventuell klagebehandling. Forvaltningsorganet må etter hans syn ha ”plikt” til å ta hensyn til nye omstendigheter, og anbyderne må ha rett til å foreta ”innholdsmessige presiseringer”.<sup>88</sup>

Det sentrale spørsmålet er i hvilken grad anbudsprosedyren ivaretar deltakernes rettsikkerhet og krav på rettsriktige avgjørelser. Dersom prosedyren gjennomføres etter de regler og prinsipper som gjelder generelt ved anbud, så må det kunne hevdes at disse kravene langt på vei tilfredstilles. Ved anskaffelser skal forvaltningen for eksempel sikre forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, se offanskl. § 5. Ved anbud oppnår man i det minste formell rettferdighet, fordi deltakerne gis anledning til å fremme sitt ”syn” på like og entydig definerte premisser gjennom anbudet.

Problemet med å praktisere en streng formalistisk prosedyre, er at anbyderne ikke får muligheten til å sammenligne anbudene og forbedre sitt eget på bakgrunn av denne kunnskapen. Dette kan være problematisk i et forvaltningsrettslig perspektiv, fordi anbudsformen kan binde klageinstansen til å velge et tilbud som på klagetidspunktet ikke fremstår som den beste løsningen. Denne innvendingen har trolig begrenset styrke i praksis. Anbud stiller klare krav til at forvaltningsorganet vurderer grunnlaget for avgjørelsen på forhånd. Sannsynligheten er liten for at nye hensyn på området gjør seg gjeldene, slik at vurderingen av tilbudene blir annerledes i fremtiden.

---

<sup>88</sup> Bernt, Frihagen s. 261-262.

I forhold til deltakerne vil en strengt praktisert prosedyre redusere muligheten for fullstendig kontradiksjon. Etter mitt skjønn må man vurdere eventuelle opplysninger som klageren får kunnskap om utenom selve anbudet for seg. Det kan for eksempel vise seg at anbudsvinneren er truet av konkurs, eller at han mangler den teknologien som kreves på området. Det kan ikke være problematisk at klageinstansen vurderer disse opplysningene.

Når det gjelder adgangen til å utdype egne søknader på grunnlag av innsyn i konkurrentenes anbud, så vil argumentasjonen i pkt. 2.2.3.3 langt på vei gjenta seg. Forskjellen er at det er truffet en foreløpig avgjørelse i saken, som skal prøves på ny av klageinstansen. På dette stadiet kan det være grunn til å nedtone anbuadsrettslige synspunkter. Et moment er at klageinstansen er et uavhengig organ. Klageinstansen har for eksempel ikke samme egeninteresse i å gi inn i forhandlinger som førsteinstansen kan ha. Dette tilsier at for eksempel P4 i større grad må gis anledning til å presisere hvordan allmennkringkastingsoppdraget vil bli ivaretatt. Et annet moment er at prinsippet om kontradiksjon blir mer sentralt på dette stadiet. Anbuadsrettslige krav til effektivitet og formell likebehandling, må vike for klagerens behov for en ny og fullstendig prøvelse av saken.

Etter mitt syn setter anbuadsformen likevel visse begrensinger for hvor langt klageinstansen kan tillate utdypninger. Det kan ikke være adgang til å ta i betraktning ”nye omstendigheter”, dersom den reelle konkurransen blir vesentlig svekket, eller dersom det virker illojalt overfor de øvrige deltakerne å ta dem betraktning. Man kan for eksempel tenke seg at P4 presenterer et nytt program (”Kulturnytt”), eller at renovatøren overbyr konkurrenten ved klagebehandlingen. Slike tilfeller har karakter av misbruk av prøvingsretten. Klageinstansen må da kunne tolke fvl. § 34 annet ledd innskrenkende. Når aktørene er profesjonelle og ressurssterke, så kan jeg ikke se tungtveiende argumenter mot at anbudet langt på vei fryser fast beslutningsgrunnlaget.

Klageinstansen kan ta i betraktning nye opplysninger så langt dette ikke vesentlig svekker den reelle konkurransen, eller virker illojalt overfor de øvrige deltakerne.

## 3.2 Omgjøring

### 3.2.1 Kan anbudsavtalen omgjøres?

Jeg forutsetter at et overordnet forvaltningsorgan ønsker å endre anbudsavtalen til skade for medkontrahenten etter avtaleinngåelsen. Det kan tenkes at forvaltningsorganet ønsker å skjerpe enkelte vilkår, for eksempel ved å kreve større bemanning på ferjene, eller at myndighetene ønsker å kalle tillatelsen tilbake.

Spørsmålet blir da om en helt eller delvis endring av anbudsavtalen må støttes enten på avtl. § 36/læren om bristende forutsetninger, eller omgjøringsregelen i fvl. § 35?<sup>89</sup>

Den underliggende konflikten står mellom hensynet til forvaltningens styrings- og kontrollfunksjon på den ene side, og hensynet til privates behov for å kunne innrette seg i tillit til anbudsavtalen på den annen side. Anbudsavtalen vil som hovedregel være sterkt preget av myndighetsutøvelse. Man står klart overfor en avtale som samtidig er et enkeltvedtak, jfr. pkt. 2.2.1.2. Det klare utgangspunktet må derfor være at forvaltningsorganet kan omgjøre anbudsavtalen etter forvaltningsrettslige regler, jfr. fvl. § 3. Det privatrettslige innslaget i anbudsavtalen og graden av gjensidighet, kan likevel variere fra tilfelle til tilfelle. Eksempel på det har man når konsesjonæren yter vederlag for tillatelsen. Etter mitt skjønn er det mest hensiktsmessig å vurdere rettsforholdet konkret, slik at det privatrettslige innslaget blir et moment i vurderingen av om og i hvilken grad myndighetene kan endre anbudsavtalen ensidig etter forvaltningslovens omgjøringsregel.

Anbudsformen utelukker ikke omgjøring etter forvaltningsrettslige regler.

---

<sup>89</sup> Se nærmere Aulstad s. 93 flg. med henvisninger.

### 3.2.2 I hvilken grad påvirkes omgjøringsadgangen av anbudssituasjonen?

Problemstillingen ovenfor knytter seg i første rekke til forvaltningens kompetanse til å ensidig endre en avtale ut i fra en interesseavveining. Dette gjelder især regelen i fvl. § 35 tredje ledd, som gir forvaltningen et vesentlig smidigere lempingsgrunnlag enn det som følger av privatrettslige regler. I følge juridisk teori er terskelen også lavere for sedvanebasert omgjøring jfr. fvl. 35 siste ledd ("alminnelige forvaltningsrettslige regler").<sup>90</sup> Hvorvidt endringsadgang følger av "annen lov" eller "vedtaket selv", jfr. fvl. § 35 siste ledd, er prinsipielt et tolkingsspørsmål, se pkt. 2.1.1.4. I praksis vil endringsadgang ofte følge av vedkommende hjemmelslov, se for eksempel ekomloven § 10-8.

Kan forvaltningen omgjøre anbudsavtalen etter fvl. § 35 tredje ledd?

Etter denne regelen kan forvaltningsorganet endre avtalen dersom hensynet til "privatpersoner eller offentlige interesser" veier tyngre enn de hensyn som taler mot omgjøring til skade for medkontrahenten. Det kan for eksempel tenkes at det overordnede organet mener at renovasjonstjenesten vil bli bedre ivaretatt av et annet selskap. De stramme tidsfristene vil nok i praksis utelukke omgjøring. Det er nok lite praktisk at forvaltningen ønsker å endre avtalen allerede innen tre uker etter at anbudssaken er avgjort. Etter mitt syn må beslutningsorganet sies å ha bundet overordnede myndigheter her, selv om det formelt ikke har personell kompetanse til det. For det første vil avtaleformen miste sin funksjon som styringsredskap dersom det ikke ligger realitet i den. For det annet må private aktørers behov for å kunne stole på avtaler med forvaltningen veie tungt. Forutsetter man at omgjøringsretten består, så vil likevel det faktum at bindene avtale er inngått, være et tungtveiende argument mot omgjøring.

Anbudsavtalen kan ikke endres etter fvl. 35 tredje ledd.

---

<sup>90</sup> Aulstad s. 95.



Hvilke særtrekk ved anbudssituasjonen har betydning for omgjøringsretten etter fvl. 35 siste ledd?

Vilkåret for omgjøring på ulovfestet grunnlag er at de hensyn som taler for omgjøring veier vesentlig tyngre enn de som veier mot. Omgjøringsadgangen beror på en konkret avveining av samfunnsmessige hensyn på den ene siden og mer kontraktsnære hensyn på den annen. Et moment ved anbud er at tillatelsen ofte gjelder for lengre perioder. Når det for eksempel tildeles konsesjon til digitalt bakkenett så vil aktørene foreta investeringer i et langsiktig perspektiv. Eventuelle endringer eller tilbakekall vil kunne få store konsekvenser for arbeidsplasser med videre. Innrettelseshensynet vil derfor være et sentralt argument mot omgjøring.

Et annet moment er graden av privatrettslige innslag i rettforholdet mellom forvaltningsorganet og den private aktør. Når det tildeles tilskudd til drift av regionale flyruter, eller konsesjon og tilskudd til ferjeoperatører, så vil anbudsavtalen i stor grad ha karakter av et tradisjonelt vedtak. Den private aktørs motytelse består i første rekke av at denne utfører en type virksomhet som tjener samfunnsformål. Ved tildeling av konsesjon til drift av digitalt bakkenett, så kan forvaltningen kreve gebyr og vederlag for ytelsen. Det kontraktsrettslige innslaget blir dermed større. Hvor langt anbudsavtalen må bedømmes som en gjensidig avtale, eller som et alternativ til et klassisk vedtak, kan etter mitt skjønn ha betydning for hvilken vekt avtalemomentet skal tillegges i interesseavveiningen.

### 3.3 Erstatning

#### 3.3.1 Erstatning for skuffede forventninger?

Dette spørsmålet kan for eksempel reise seg dersom forvaltningsorganet forkaster samtlige anbud eller lyser konsesjonen ut på nytt.

Spørsmålet blir da om anbydernes tillitsinteresse kan ha erstatningsrettslig vern?

Innen kontraktsretten må det nå konstateres at uaktsom eller illojal atferd før kontraktsslutningen, kan utløse erstatningsansvar.<sup>91</sup> I vår situasjon må man spørre om slikt ansvar kan komme på tale ettersom den påtenkte avtalen vedrører myndighetsutøvelse.

Rt. 1981 s. 462 (Malvik s. 469) viste at private aktørers forventninger kan være erstatningsrettslig vernet, selv om forventningene gjelder utøvelse av myndighet; *”Spørsmålet blir så om den forventning UEH hadde, likevel kan ha et erstatningsrettslig vern. Dette spørsmål avhenger etter mitt skjønn både av forventningens grunnlag og styrke og av de forhold som førte til at kommunen ikke traff vedtak i samsvar med forventningen”*.

Likhetstrekkene mellom rettsforholdet i vår situasjon og sammenlignbare anbudssituasjoner, for eksempel offentlig anskaffelser, kan tilsi at det kan bli særlig aktuelt å la prekontraktuelle ansvarsregler få anvendelse her.<sup>92</sup> ”Forretningsmessighet” er et sentralt formål ved anskaffelser, noe som må innebære et krav til at det offentlige i rimelig utstrekning tar hensyn til anbydernes interesser.<sup>93</sup> Videre vil ofte de samme hensyne til anbyderne gjøre seg gjeldene, enten anbudet innebærer myndighetsutøvelse eller det er av ren forretningsmessig art. Anbyderne kan som nevnt påføres store kostnader, og må sies å ha en berettiget forventning om at utlysningen er alvorlig ment.

Tillitsinteressen kan ha erstatningsrettslig vern.

Spørsmålet blir så hvordan ”aktsomhetsnormen” skal fastlegges når forvaltningen bruker anbudsform til å utøve myndighet?

Forventningens grunnlag og styrke, partenes styrkeforhold og myndighetenes grad av medvirkning, vil være tre sentrale vurderingsmomenter, jfr. ”Malvik”.<sup>94</sup> Her vil jeg kort

---

<sup>91</sup> Simonsen s. 148.

<sup>92</sup> Offanskl. § 10 hjemler erstatningsansvar på anskaffelsesområdet.

<sup>93</sup> Se offanskl. § 1.

<sup>94</sup> Se også Øyehaug s. 64.

nevne at en utlysning av en konsesjon, som hovedregel vil gi aktørene en sterk forventning om hvordan forvaltningsorganet vil bruke sin myndighet, og at forvaltningsorganet forutsetningsvis spiller en aktiv rolle i å underbygge denne forventningen.

På den annen side vil forvaltningsorganets funksjon som samfunnsstyrer kunne tilsi en lempeligere aktsomhetsvurdering. Dersom forvaltningsorganet velger å avlyse konkurransen, så kan beslutningen bygge på saklige og forsvarlige vurderinger. Da vil det også være vanskelig å konstatere at det foreligger ansvarsgrunnlag. Benytter forvaltningsorganet derimot anbudsformen til å ”sondere terrenget”, eller dersom valg av anbyder i realiteten er avgjort på forhånd, så må atferden både karakteriseres som uforsvarlig og illojal.<sup>95</sup>

Hvorvidt det foreligger ansvarsgrunnlag beror dermed på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

### 3.3.2 Erstatning for den positive kontraktsinteresse?

Torghatten-saken viste at en anbyder etter omstendighetene kan ha krav på erstatning for fortjenestetapet (*”Erstatningsutmålingen må ta utgangspunkt i at Torghatten skal ha erstattet sitt tap i den utstrekning det er en adekvat følge av fylkeskommunens handling”*). I denne saken *”ville Torghatten ha blitt tildelt anbudet”* dersom fylkeskommunen ikke hadde begått feilene, og ble følgelig tilkjent erstatning med utgangspunkt i forventet omsetning.<sup>96</sup>

Gir dommen grunnlag for en generell regel om erstatning for den positive kontraktsinteresse når anbudsform benyttes til å tildele en konsesjon?

Spørsmålet er i realiteten hvor langt det økonomiske tapet er en påregnelig følge av den feilen som ble begått. Sett at Kultur- og kirke departementet tildelte konsesjonen til Kanal4

---

<sup>95</sup> Se Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

<sup>96</sup> Rt. 1998 s. 1398 (s. 1411).

fordi det feilaktig trodde at P4 likevel ville gå konkurs innen to år. Sannsynliggjør P4 at utfallet av konkurransen hadde blitt det motsatte dersom feilen ikke hadde blitt begått, så er årsakskravet oppfylt. Selskapet må da kunne kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen.

Forutsetningen er at det kun var et lovlig utfall av konkurransen, det vil si deltakerne hadde rettskrav på å få tildelt tillatelsen. Da er man igjen tilbake til problemstillingen i pkt. 2.1.1.3. Spørsmålet er hvor langt forvaltningen har lovet å tildele den aktuelle konsesjon, og hvor langt den private aktør kan bygge rett på lovnaden – altså et legitimasjonssynspunkt.

Tas anbudsformen i bruk på områder der kriteriene er mer skjønnsmessig betinget enn tilfellet var i Torghatten-saken, så vil bevisvurderingen bli vanskeligere. Samtidig vil retten i begrenset grad ha anledning til å overprøve vurderingene, ettersom det ofte vil være snakk om politiske vurderinger.<sup>97</sup> Utløsningen av konsesjon til digitalt bakkenett er illustrerende. Ved tildelingen benyttes såkalt ”skjønnhetskonkurranse”. Selv om det prinsipielt ikke kan utelukkes, så vil det nok i praksis bli vanskelig for en deltaker å sannsynliggjøre at tapet av kontrakten skyldes en bestemt feil i beslutningsprosessen.

En anbyder kan ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Forutsetningen er at det var kun et lovlig utfall, og at de øvrige erstatningsbetingelsene er oppfylte.

---

<sup>97</sup> Se Somb 2003 sak nr. 0179.

## 4 Litteraturliste og kildehenvisninger

### Litteratur

<u>Forkortelse brukt i teksten</u>	<u>Tittel og detaljer</u>
Amdal	Amdal, Gro. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave. Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen. 2. utg. Oslo, 2004.
Aulstad	Aulstad, Johan Greger. Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak. I: JV 2004, s. [74-129].
Bernt, Avtaler 1981	Bernt, Jan Fridthjof. Avtaler med stat og kommune. Bergen-Oslo-Tromsø, 1981.
Bernt, Frihagen	Bernt, Jan Fridthjof. Frihagens forvaltningsrett. Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen. Bind 1. 1. utg. Bergen, 2003.
Boe, Festskrift 2002	Boe, Erik. Forholdet mellom privatrett og offentlig rett – nye tendenser. I: Festskrift til Carsten Smith. 2002, s. [113-137].
Boe, Innføring2	Boe, Erik. Innføring i juss: Statsrett og forvaltningsrett. Bind 2. 1. utg. Oslo, 1993.
Boe, Utbyggingsavtaler	Boe, Erik. Lovregulering av utbyggingsavtaler – to konkurrerende lovforslag. I: LoR 2004, s. [515-531].
Eckhoff/Smith	Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett. Torstein Eckhoff og Eivind Smith. 7. utg. 2. opplag. Oslo, 2003.
Frihagen, Avtaler 1977	Frihagen, Arvid. Avtaler med forvaltningsmyndighetene, I: JV 1977, s. [2-80].
Graver 2002	Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett. 2. utg. Oslo, 2002.
Graver 2004	Graver, Hans Petter. Konesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer med tildeling av offentlige tillatelser. I: LoR 2004, s. [224-244].

Hopsnes	Hopsnes, Roald. Legalitetsprinsippet. Roald Hopsnes og Raymond Solberg. I: JV 2005, s. [77-155].
Marcusson	Marcusson, Lena. Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet. Uppsala, 1989.
Nielsen	Nielsen, Ruth. Udbud af offentlige kontrakter. 2. utg. København, 2002.
Simonsen	Simonsen, Lasse. Prekontraktuelt ansvar. Oslo, 1997.
Woxholth	Woxholth, Geir. Avtalerett. 5. utg. Oslo, 2003.
Øyehaug	Øyehaug, Olav Marius. Forvaltningsavtaler – særlig om avtaler vedrørende bruk av offentlig myndighet. I: Tidsskrift for forretningsjuss 1998, s. [19-73].

## **Lovgivning**

### Forkortelse brukt i teksten    Detaljer

Avtl.	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 13. mai 1918 nr. 4.
Ekmløven	Lov om elektrisk kommunikasjon 4. juli 2003 nr. 83.
Enl.	Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m 29. juni 1990 nr. 50.
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v 27. november 1992 nr. 109.
Forurl.	Lov om vern mot forurensinger og om avfall 13. mars 1981 nr. 6.
Fvl.	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967.
Havbeiteløven	Lov om havbeite 21. desember 2000 nr. 118.
Khl.	Lov om helsetjenesten i kommunene 19. november 1982 nr. 66.
Kringkl.	Lov om kringkasting 4. desember 1992 nr. 127.
Krrl.	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 3. mai 2004 nr. 12.
Luftl.	Lov om luftfart 11. juni 1993 nr. 101.
Mfl.	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår 16. juni 1972 nr. 47.
Norske lov	Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687.

Offanskl.	Lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69.
Offvl.	Lov om offentlighet i forvaltningen 19. juni 1970 nr. 69.
Petrl.	Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72.
Tvml.	Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13. august 1915 nr. 6.
Vdrregll.	Lov om vassdragsreguleringer 14. desember 1917 nr. 17.
Yrkestransportloven	Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy 21. juni 2002 nr. 45.

### **Forskrifter**

<u>Forkortelse brukt i teksten</u>	<u>Detaljer</u>
Anbudsforskriften	Forskrift om anbud i lokal rutetransport 26. mars 2003 nr. 400.
Anskaffelsesforskriften	Forskrift om offentlige anskaffelser 15. juni 2001 nr. 616.
Delegeringsforskriften	Forskrift til offentlighetsloven. Delegering av myndighet. Forskrift av 14. februar 1986 nr.351.
Innkjøpsforskriften	Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon 5. desember 2003 nr. 1424.

### **Lovens forarbeid**

#### Detaljer

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965)	Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Ot.prp. nr. 74 (2001-2002)	Om lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova)
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)	Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser

## **Høyesterettsavgjørelser**

### Detaljer

- Rt. 1964 s. 534 (Kornmonopoldommen)
- Rt. 1973 s. 107 (Mardøladommen)
- Rt. 1975 s. 620 (Eskemyrdommen)
- Rt. 1981 s. 462 (Malvik)
- Rt. 1988 s. 276 (Røstaddommen)
- Rt. 1988 s. 1078 (Skipsgarantidommen)
- Rt. 1992 s. 1235 (Fiskekvotedommen)
- Rt. 1994 s. 1222 (Fana Boligbyggelag)
- Rt. 1995 s. 530 (Fiskeoppdretternes salgslag)
- Rt. 1995 s. 1688 (Vadsødommen)
- Rt. 1997 s. 574 (Firesafe)
- Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten)
- Rt. 1998 s. 1951 (Laura Klubben)
- Rt. 1999 s. 1672 (Fysioterapidommen)
- Rt. 2000 s. 1056 (Forkjøpsrettsdommen)
- Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus)

## **Underrettsavgjørelser**

### Detaljer

- RG 1982 s. 330 (Drammen byrett)
- Borgating lagmannsretts dom av 29.06.2001, sak nr. LB-2000-2645 (Norske ferjer)

## **Andre myndigheters praksis**

### Forkortelse brukt i teksten    Detaljer

- |      |  |
|------|--|
| Somb | Sivilombudsmannens årsmelding 2003, sak nr. 0179 (P4-saken)              |
| Somb | Sivilombudsmannens årsmelding 2003, sak nr. 0594 (P4-saken)              |
| KOFA | Klagenemda for offentlige anskaffelser 2003, sak nr. 149<br>(Norgesbuss) |



## **Internasjonale avtaler**

### Forkortelse brukt i teksten   Detaljer

EØS- avtalen                      Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto  
2. mai 1992.

## **Standardavtaler**

### Forkortelser brukt i teksten   Detaljer

NS 3400                              Regler for anbudskonkurranser for bygg og anlegg.

