

**Reglene om offentlige anskaffelser.
Avlysning av konkurranser og eventuelle erstatningsrettslige
virkninger.**

Kandidatnummer: 694

Leveringsfrist: 25.11.2009

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16454 ord

07.05.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>2</u>
2.1	Rettskilder	3
2.2	Klagenemnda for offentlige anskaffelser	4
2.2.1	Utenlandske klageorganer	6
<u>3</u>	<u>GRUNNLEGGENDE KRAV, ANSKL. § 5</u>	<u>6</u>
3.1	Kravet til god forretningsskikk	7
3.2	Kravet til likebehandling	8
3.3	Kravet til konkurranse	9
3.4	Kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet	9
<u>4</u>	<u>AVLYSNING AV KONKURRANSEN</u>	<u>10</u>
4.1	Generelt om bestemmelsene	10
4.2	Saklig grunn	12
4.2.1	Todelingen av saklighetskriteriet	12
4.2.2	Helhetsvurdering	18
4.3	Avlysning av konkurransen og egenregi	26

4.4	Særskilt om delvis avlysning	28
4.5	Særskilt om totalforkastelse	29
4.6	Oppdragsgivers opplysningsplikt	32
<u>5</u>	<u>ERSTATNING</u>	<u>32</u>
<u>6</u>	<u>RETTSKILDEGRUNNLAG, § 10</u>	<u>33</u>
6.1	Leverandørens tapsbegrensningsplikt	35
<u>7</u>	<u>NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>35</u>
7.1	Rt. 1997 s. 574 Firesafe	37
7.1.1	Vilkår 1: Det må foreligge brudd på regelverket om offentlige anskaffelser	38
7.1.2	Vilkår 2: Leverandøren ville ikke deltatt i konkurransen	38
7.2	Avlysning og krav om den negative kontraktsinteresse.	40
7.2.1	LG- 2007-137130, Clear Channel mot Bergen kommune	40
7.2.2	Agder lagmannsrett. 2006-5237, Parkeringsselskapet AS mot Sykehuset i Vestfold	42
7.2.3	Sak 2009/135, Rent a Rack mot Politiets data- og materialtjeneste	43
<u>8</u>	<u>POSITIV KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>45</u>
8.1	Rt 2001 s. 1062 Nucleus	46
8.1.1	Vilkår 1: Vesentlige feil	47
8.1.2	Vilkår 2: Klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren vill ha blitt tildelt oppdraget	49
8.2	Nyere rettspraksis	50
8.3	Avlysning og krav om positiv kontraktsrett.	51
8.3.1	RG 2007 s. 1390, Rødne & Sønner AS mot Troms fylkeskommune	51
8.3.2	Dom av Sør-Trøndelag tingrett av 20.10.2009	53
<u>9</u>	<u>OPPSUMMERING.</u>	<u>54</u>

1 Innledning

Årlig inngår offentlig sektor kontrakter for ca 216 milliarder kroner, noe som utgjør om lag 18 % av Norges brutto nasjonal produkt.¹ Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at midlene utnyttes på en best mulig måte gjennom kostnadseffektive innkjøp. Et annet likestilt hensyn er likebehandlingen av de leverandører som deltar i konkurransen og som i stor grad er avhengig av det enorme markedet som offentlige anskaffelser representerer. Offentlige innkjøp er regulert av mange regler og internasjonale avtaler. Den betydning reglene har både for oppdragsgiver og leverandør, innebærer at regelbrudd kan få store konsekvenser.

1.1 Tema for oppgaven

Oppgaven omhandler regelverket knyttet til oppdragsgivers mulighet for å avlyse en konkurranse som er utlyst. En utlysning av en anbudskonkurranse vil ikke alltid resultere i en kontrakt. Underveis i konkurransen kan for eksempel oppdragsgiver oppdage at behovet er annerledes enn først forutsatt. Dersom det oppstår en slik situasjon vil konkurransen bli avlyst. Med begrepet ”avlysning” menes det altså at konkurransen avsluttes fordi oppdragsgiver ikke lenger har mulighet eller ønske om å fortsette konkurransen, hvilket innebærer at oppdragsgiver velger og ikke tildele noen kontrakt. Det blir altså overhodet ikke snakk om en anskaffelse av den art som konkurransen i utgangspunktet omhandlet.

Det som i praksis skjer er at det da svært ofte dukker opp et krav om erstatning fra leverandøren som har deltatt i konkurransen. Derfor er det en tett sammenheng mellom adgangen til avlysning av konkurranser og retten til erstatning. Praksis viser at problemstillingene knyttet til avlysning og erstatning er svært vanlige. Reglene ser i

¹ Veileder til reglene om offentlige anskaffelser s.9.

utgangspunktet klare ut, men det viser seg stadig at det er vanskelig å sette de nærmere grensene. I det følgende vil jeg undersøke hva som ligger i kravet til saklig grunn, hva som skal til for at en oppdragsgiver skal kunne avlyse en konkurranse erstatningsfritt og eventuelle konsekvenser av at en konkurranse er avlyst uten saklig grunn.

1.2 Den videre fremstilling

Innledningsvis redegjøres det for rettskildene som foreligger på området. Deretter foretas det en gjennomgang av de grunnleggende kravene som foreligger i anbudsretten, jf. anskaffelsesloven § 5. Dette finner jeg hensiktsmessig ettersom disse reglene spiller inn på alle områdene i anskaffelsesprosessen. Jeg vil også vise til disse reglene ved flere anledninger i den øvrige fremstillingen. Ikke minst er disse prinsippene viktige ved vurderingen av kravet til saklig grunn og ved tolkningen av avlysningsbestemmelsene.

Videre går jeg inn på anskaffelsesforskriftens bestemmelser om avlysning og kravet til saklig grunn før jeg avslutter med vilkårene for å kreve erstatning, både for den positive og negative kontraktsinteresse. For oversiktens skyld gjennomgår jeg først retten til erstatning generelt, før jeg går inn på målsetningen, som er å omtale erstatningsreglene i tilknytning til avlysning. For å gjøre dette vil jeg vise til en rekke dommer og avgjørelser som omhandler krav om erstatning på grunnlag av usaklig avlysning.

2 Rettskildebildet

Regelverket for offentlige anskaffelser er komplisert og rettskildebildet er uoversiktlig med rettskildefaktorer av ulik karakter. Regelverket bygger på lov og forskrift og rettskildebildet kompliseres noe av at reglene bygger på EU-direktiver.

Vekten av en rettskildefaktor kan ikke bestemmes på generelt grunnlag, den må veies opp mot andre aktuelle rettskilder i den konkrete sak. I dette kapittelet vil jeg redegjøre for de viktigste rettskildefaktorene som vil bli brukt i den videre drøftelse.

2.1 Rettskilder

Offentlige anskaffelser er regulert ved lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 16, heretter anskl., med tilhørende forskrifter. Denne loven opprettholder Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og bygger i stor grad på EUs direktiver om offentlige anskaffelser.

Opprinnelig fantes det fire direktiver, men disse er nå erstattet av to nye håndhevelsesdirektiver². Dermed vil også EU-rettslige rettskilder være relevante ved tolkningen av loven.

Forskriften er delt opp i ulike deler som regulerer anvendelsesområdet for de ulike reglene. Videre oppstiller regleverket tre ordinære konkurranseformer; åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurransepreget dialog. Utover dette kan man unntaksvis anvende konkurranse med forhandling. Dette vil imidlertid ikke ha nevneverdig betydning for spørsmålene knyttet til avlysning og erstatning. Derfor avgrensers jeg den videre fremstillingen til ikke å gå nærmere inn på dette.

Anskl. er i stor grad en fullmaktslov. Forskriftene til loven er gitt i medhold av § 11. Vi har forsyningsforskriften, som gjelder innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon³ og anskaffelsesforskriften⁴ som gjelder alle andre områder som ikke går under forsyningsforskriften.

De fleste reglene om offentlige anskaffelser er gitt i form av forskrifter. Normalt følger det ikke særlig utfyllende forarbeider til forskrifter. Imidlertid er forarbeidene til de aktuelle forskriftene forholdsvis omfattende. Det ble gjennomført vesentlige endringer i regelverket både i 2001 og i 2007. Forarbeidene til begge disse revisjonene vil være relevante rettskilder.

² Direktiv 2004/18 EF og Direktiv 2004/17 EF.

³ Forskrift av 7. april 2006 nr. 403

⁴ Forskrift av 7. April 2006 nr 402

Forsknings- og administrasjonsdepartementet ga ut en veileder i forbindelse med ikrafttreddelsen av regelverket pr 1. januar 2007, ”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”. Tradisjonelt har en slik veileder liten rettskildemessig betydning. Samtidig kan retningslinjer og utdypninger vektlegges, spesielt dersom rettskildebildet ellers er sparsomt. Klagenemnda for offentlige anskaffelser referer ofte til denne veilederen i sine avgjørelser⁵.

Videre er selvsagt norsk domstolspraksis en svært viktig rettskilde. Det finnes en god del praksis fra samtlige instanser. Disse har stor rettskildemessig verdi og benyttes ofte i den videre fremstillingen.

2.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda for offentlige anskaffelser, heretter kalt klagenemnda, er en uavhengig klagenemnd for offentlige anskaffelser. Klagenemnda ble i 2003 opprettet med hjemmel i anskl. § 7a. Bakgrunnen for opprettelsen var et betydelig behov for en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling. Det var ønskelig å gi leverandørene en raskere og rimeligere klagemulighet på et lavere konfliktnivå⁶, slik at håndhevelsen av anskl. med tilhørende forskrifter sikres⁷.

Klagenemnda er et rådgivende organ, jf. anskl. § 7a første punktum. Det følger også av klagenemndforskriften § 1 at avgjørelsene er rådgivende. Uttalelsene vil gjelde spørsmålet om oppdragsgiver har brutt anskl. med forskrifter eller ikke. Utover dette vil de ikke ta stilling til om oppdragsgiver har opptrådt hensiktsmessig, rimelig eller økonomisk fornuftig ut over de rammer som følger av regelverket.⁸ Nemnda skal som hovedregel ikke uttale seg om de rettslige konsekvensene av brudd, jf. klagenemndforskriftens § 12 sjuende punktum.

⁵ Viser som eks. til sak 2008/70 premiss (35)

⁶ www.kofa.no/index.php?id=4&resource_id=17

⁷ Ot.Prp. 3 2000/2001 s. 13 flg.

⁸ www.kofa.no/index.php?id=3&resource_id=12

Likevel følger det av klagenemndforskriftens § 12 åttende punktum at nemnda kan, dersom de finner grunn til det, uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt⁹. Men de vil ikke ta stilling til størrelsen på et eventuelt økonomisk tap.¹⁰

I utgangspunktet vil rådgivende uttalelser fra en klagenemnd ha liten rettskildemessig verdi. Nemndas saksbehandling er skriftlig, hvilket reduserer partenes muligheter til å få opplyst saken best mulig.

Videre er det en meget stor pågang av saker. Dette medfører at nemnda til tider vil ha liten tid til å bruke på hver enkelt sak og at behandlingstiden kan bli lang. Nemndas begrunnelser er som oftest ikke særlig utdypende. Det vil ofte ville være vanskelig å trekke noen generelle linjer utover den enkelte sak, slik at den generelle betydningen er begrenset.

Endelig taler plasseringen av nemnda i det hierarkiske systemet i mot å tillegge avgjørelsene stor rettskildemessig vekt. Dersom partene ikke slutter seg til avgjørelsen skal tvisten fremmes for tingretten som første instans.

På den annen side besittes klagenemnda av jurister med særlig kompetanse. Nemnda er et ekspertorgan på området for reglene om offentlige anskaffelser og avgjørelsene blir tatt i en domstollignende prosess.

Avgjørelsene følges av aktørene i anskaffelsesprosessen. Siden opprettelsen av nemnda har en sett at både oppdragsgivere og leverandørers praksis er i samsvar med avgjørelsene i de tilfeller hvor nemnda fastholder sitt syn på rettstilstanden. Aktørene har stor tiltro til nemnda og forventer at avgjørelsene er i tråd med gjeldende regelverk. Dette vises også ved at relativt få saker bringes inn for domstolene. I realiteten er derfor nemnda et autorativt organ som aktørene forholder seg til. Avgjørelsene er i tillegg lett tilgjengelig for

⁹ Viser til sak 2008/60 premiss (36) og 2008/78 premiss (62) som eksempel på at nemnda uttaler seg om vilkårene for erstatning.

¹⁰ www.kofa.no/index.php?id=3&resource_id=12

aktørene i markedet, som igjen gjør det letter å innrette seg etter nemndas praksis. Nemnda avsier også en rekke avgjørelser, slik at mange spørsmål blir avklart.

På grunnlag av dette må en gå ut i fra at Klagenemnda for offentlige anskaffelser samlet sett er en viktig kilde. Nemndas avgjørelser må tillegges forholdsvis stor vekt. Det finnes mange avgjørelser rundt oppgavens tema, og i den videre drøftelse vil det ofte henvises til nemndas praksis.

2.2.1 Utenlandske klageorganer

I Sverige og Danmark finner vi tilsvarende klageorganer, på lik linje med Klagenemnda. Praksis fra disse organene vil ikke ha direkte betydning for tolkningen av det norske regelverket. Imidlertid kan de være illustrerende dersom vi står ovenfor spørsmål om hvordan tolkningsspørsmål kan løses etter norsk rett.¹¹ Grunnen til at disse avgjørelsene kan være hjelpelige ved tolkningen er fordi det nordiske regelverket bygger på et felles EU-regelverk.

3 Grunnleggende krav, anskl. § 5

Anskl. § 5 fastsetter visse grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen. Disse kravene er god forretningsskikk, konkurranse, likebehandling av leverandørene, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet, forutberegnelighet og forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Bestemmelsen var ny med anskl. Tidligere fulgte disse grunnleggende kravene av alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige prinsipper og prinsipper som følger av EØS-avtalen. EU-direktivene har ingen tilsvarende bestemmelse. Imidlertid har EF-domstolen i flere saker lagt til grunn at de grunnleggende kravene også gjelder i EU-retten.

¹¹ Dragsten (2005) s. 53-54.

De grunnleggende kravene skal sikre formålsbestemmelsen i anskl. § 1 som bestemmer at loven og tilhørende forskrifter skal bidra til en mest mulig effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling. Kravene skal altså ivareta rettsikkerheten til aktørene i anskaffelsesprosessen og sikre at alle potensielle leverandører har like muligheter til å oppnå kontrakter med det offentlige.

Bestemmelsens anvendelsesområde er meget vidt, den kommer til anvendelse på alle anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette gjelder uavhengig av anskaffelsens art eller verdi. Den gjelder også på alle stadier i anskaffelsesprosessen. Bestemmelsen er viktig ved tolkningen av anskl. og forskriftene gitt i medhold av denne lov. Disse reglene er i stor grad gitt som et utslag av de grunnleggende kravene i §§ 1 og 5. Utover dette vil de grunnleggende kravene få betydning ved spørsmål som ikke er direkte lovregulert. Da vil bestemmelsen være et selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter.

3.1 Kravet til god forretningsskikk

Dette kravet innebærer at oppdragsgiver må forholde seg slik en aktsom profesjonell anskaffer ville ha gjort på alle stadier av anskaffelsesprosessen innenfor de rammene som regelverket oppstiller. De øvrige kravene til konkurranse, likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og ikke-diskriminering er alle ulike sider av kravet til god forretningsskikk. På denne måten overlapper de ulike kravene hverandre.

Begrepet ”*god forretningsskikk*” har en forankring i markedsføringsloven § 1. Denne bestemmelsen fastslår at det ikke må ”*foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom*”. Derfor vil forståelsen av denne bestemmelsen også ha betydning ved tolkningen av anskl. § 5.¹²

¹² Dragsten (2005) s. 152.

3.2 Kravet til likebehandling

Likebehandlingskravet er det viktigste grunnprinsippet regelverket hviler på¹³, hvilket med stor sannsynlighet også er grunnen til at bestemmelsen om dette prinsippet ble fastslått både i anskl. § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1.

Kravet til likebehandling er et sentralt anbudsrettslig prinsipp. Derfor har innføringen av regelverket ikke medført noen endringer på dette punktet og prinsippet kommer til anvendelse på anbudskonkurranser uavhengig av om anskaffelsen omfattes av regelverket om offentlige anskaffelser. I utgangspunktet er derfor tidligere rettspraksis relevant ved forståelsen av bestemmelsen. Etter innføringen av regelverket har det imidlertid foregått en utvikling som har medført at kravet til likebehandling har fått større betydning og må tolkes strengere enn etter den alminnelige anbudsrett. Kravet gjelder gjennom hele anskaffelsesprosessen, og oppdragsgiver må sikre at leverandørene behandles likt både faktisk og formelt. Unntaksvis kan det være forsvarlig med avvik fra den formelle likebehandlingen, eksempelvis ved bruk av hasteprosedyrer, jf. anskaffelsesforskriften § 7-4. Forutsetningen er at en slik forskjellsbehandling er saklig begrunnet.

Kravet til ikke-diskriminering omfatter kun forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Likebehandlingskravet strekker seg altså lenger enn dette kravet. I følge ordlyden i bestemmelsen er kravet absolutt og rammer enhver forskjellsbehandling. Imidlertid hjemler regelverket en rett til forskjellsbehandling i visse tilfeller.¹⁴

¹³ Dragsten (2005) s. 153.

¹⁴ Viser til anskaffelsesforskriften § 3-9 som eksempel. Denne bestemmelsen gir oppdragsgiver rett til å fastsette at tilbudene skal leveres på norsk. I realiteten innebærer dette en fordel for innenlandske leverandører, men vil allikevel ikke være i strid med kravet til likebehandling. I følge forarbeidene bør likevel avvik fra formell likebehandling bare forekomme unntaksvis, og kun når det er saklig begrunnet, jf. NOU 1997: 21 kap. 21. Meningen er at utenlandske tilbydere skal kunne tilpasse seg denne regelen ved at de blir kjent med kravet på et tidlig tidspunkt.

3.3 Kravet til konkurranse

I følge anskl. § 5 (2) skal alle anskaffelser så langt det er mulig være basert på konkurranse. Dette kravet er et virkemiddel for å oppnå det overordnede målet om effektive anskaffelser, jf anskl. § 1, og er et utslag av EØS-avtalens regler om fri flyt av varer og tjenester.

I følge ordlyden er det i enkelte tilfeller lov å tildele en kontrakt uten konkurranse. Dette ligger implisitt i ”så langt det er mulig”, og gjenspeiles også andre steder i regelverket. Eksempelvis har vi unntakene fra å arrangere anbudskonkurranse i anskaffelsesforskriften § 4-3 (c), (f), (h) og (i).

Oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsesprosessen slik at målet om størst mulig konkurranse oppnås. Dersom oppdragsgiver handler slik at konkurransen blir svekket uten at det foreligger en saklig grunn eller hjemmel i regelverket kan det være i strid med regelverket, til tross for at det ikke foreligger et brudd på en konkret bestemmelse. Dette kan f.eks. medføre erstatningsplikt, jf. anskl. § 10.¹⁵

3.4 Kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

Disse tre kravene er oppstilt i anskl. § 5 (3). I kravet til forutberegnelighet ligger at leverandørene skal ha tilstrekkelig informasjon, både om selve konkurransen og om gjennomføringen av den. På denne måten kan de ta forsvarlige vurderinger og valg, både om de ønsker å delta i konkurransen og med hensyn til innholdet i tilbudet. Kravet setter begrensninger i oppdragsgivers mulighet til å endre konkurransereglene underveis.

Dette kravet er en viktig forutsetning for at leverandørene skal ha tillit til at regelverket følges, noe som igjen vil ha betydning for om leverandørene velger å delta i konkurransen eller ikke. Dette kravet er derfor med på å fremme kravet til konkurranse og likebehandling i anskl. § 5 (2).

¹⁵ Viser til kap. 7 om erstatning.

I følge forarbeidene innebærer kravet at gjennomføringen av konkurransen og valg av leverandør skal være mest mulig regelorientert. Av dette kravet kan en også utlede oppdragsgivers informasjonsplikt. For at leverandørene skal ha et så godt beslutningsgrunnlag som mulig må oppdragsgiver informere om vilkårene og premissene for konkurransen. Kravet har også en nær sammenheng med de øvrige kravene i anskl. § 5 (3) som skal sikre at leverandørene får tilstrekkelig informasjon til å kontrollere at regelverket blir fulgt.

Kravet til gjennomsiktighet innebærer at leverandørene skal ha mulighet til å kontrollere oppdragsgiver. Når alle handlinger og beslutninger er synbare kan leverandørene kontrollere at oppdragsgiver følger regelverket. Kravet gjelder i to relasjoner; i forholdet mellom oppdragsgiver og den enkelte leverandør og leverandørene imellom. Denne innsynsregelen må sees i sammenheng med kravet til etterprøvbarehet, som medfører at oppdragsgiver skal sikre at det som foretas i løpet av anskaffelsesprosessen kan dokumenteres. Kravet til gjennomsiktighet er en forutsetning for at kravet til etterprøvbarehet kan ivaretas.

Kravet til etterprøvbarehet kan sikre en effektiv håndhevelse av regelverket og virke tvisteforebyggende, slik at leverandørenes rettsikkerhet blir bedret.

4 Avlysning av konkurransen

4.1 Generelt om bestemmelsene

Forskriften oppstiller vilkår for avlysning i del II og del III, henholdsvis i §§ 13-1 og 22-1. Grunnlaget for dette er at de to ulike delene i regelverket regulerer ulike anskaffelser, nemlig anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester og anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Imidlertid er de to ulike bestemmelsene utformet likt og kan således behandles i en samlet fremstilling. Bestemmelsene lyder som følger:

”Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.”

Bestemmelsene er ikke endret ved vedtakelsen av den nye forskriften. Dermed er tidligere teori og praksis fortsatt relevant.¹⁶ Det foreligger ingen kontraheringsplikt for oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 22-1. Dette fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i bestemmelsene, men er likevel sikker rett. Dersom oppdragsgiver ikke lenger ønsker å anskaffe seg den aktuelle tjenesten/godet, er det ingen som kan tvinge ham til det. På den annen side innebærer bestemmelsen at oppdragsgiveren må ha saklig grunn til å avlyse konkurransen dersom han ønsker å unngå å bli holdt erstatningsansvarlig etter anskl. § 10.¹⁷

EF-domstolen synes ikke å ville oppstille noen krav til saklighet ved avlysning av konkurranser i sin tolkning av direktivene.¹⁸ Disse direktivene er imidlertid ikke til hinder for at vårt nasjonale regelverk er strengere på dette området, og er således ikke relevant for tolkningen av norsk rett.

Bestemmelsene er preseptoriske. Oppdragsgiver kan altså ikke utvide retten til å avlyse konkurransen erstatningsfritt når det ikke foreligger saklig grunn ved å ta forbehold i konkurransegrunnlaget. En typisk formulering er i følge det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelser at oppdragsgiver tar forbehold om at konkurransen fritt kan avlyses på ethvert stadium.¹⁹ Også her må det likevel foreligge saklig grunn.²⁰

¹⁶ Omtalen av §§ 10-1 og 17-1 i den tidligere forskriften av både Amdal/Roll-Matthiesen og Dragsten/Lindalen gjelder derfor også ved forståelsen av reglene i den nye forskriften.

¹⁷ Viser til nærmere redegjørelse av erstatningsansvaret i kapittel 6.

¹⁸ C-27/98, C-103/88 og C-92/00

¹⁹ Viser til sak av 23. September 2004 (Nordjyllands amt/Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllandsk amt). Viser også til LG-2007-137130 som eks på at retten ikke tar hensyn til slike forbehold.

4.2 Saklig grunn

Hovedregelen er altså at en oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse erstatningsfritt med øyeblikkelig virkning, på ethvert trinn av anskaffelsen, dersom det foreligger en saklig grunn. Dette innebærer at konkurransen kan avlyses dersom det objektivt sett foreligger en saklig grunn.²¹ Kravet til saklig grunn er imidlertid ikke definert nærmere i forskriften. Forarbeidene er også forholdsvis knappe på dette punkt og derfor må vi se hen til rettspraksis. I det følgende vil jeg se nærmere på de ulike rettskildene for å klargjøre hva som kvalifiserer som en saklig grunn for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen erstatningsfritt.

4.2.1 Todelingen av saklighetskriteriet

I følge forarbeidene²² er saklighetskriteriet todelt. I tillegg til at avlysningsgrunnen i seg selv må være saklig, må avlysningsgrunnen ikke kunne forutses av oppdragsgiver. Eventuelt må oppdragsgiver opplyse om avlysningsgrunnen i konkurransematerialet. Dersom oppdragsgiver ikke opplyser om en mulig avlysningsgrunn, selv om han er klar over forholdet, vil det som regel ikke foreligge saklig grunnlag for avlysningen. En slik manglende opplysning strider mot de grunnleggende kravene i anskl. § 5 som bestemmer at oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen.²³ Et eksempel på det overnevnte er at oppdragsgiver opplyser i konkurransematerialet at konkurransen vil bli avlyst dersom det ikke blir bevilget tilstrekkelige midler.

²⁰ Viser til LG-2007-137130 som eks på at retten ikke tar hensyn til slike forbehold.

²¹ Viser til sak 2008/97 jf sak 2008/60 premiss (34).

²² NOU 1997:21 s. 139 og 145

²³ Viser til kap. 2 ovenfor for nærmere redegjørelse.

I praksis har det ofte vært skilt mellom saklighetskravet og spørsmålet om avlysningen var selvforskyldt eller kunne vært forutsett²⁴. Klagenemnda har lagt til grunn at det kan foreligge saklig grunn til å avlyse, men at det likevel kan oppstå et erstatningsansvar fordi avlysningen var selvforskyldt eller i hvert fall kunne vært forutsett.

Klagenemndas sak 2003/3 mellom Forsvarsbygg AS og Ferdighus gjaldt inngåelse av en bygge- og anleggskontrakt av familieboliger på Setermoen. I denne saken fant ikke nemnda grunnlag for å vurdere vilkårene for erstatning, men uttalte på generelt grunnlag at ” når årsaken til en avlysning av en konkurranse er selvforskyldt eller kunne ha vært forutsett kan dette etter omstendighetene medføre et erstatningsansvar for oppdragsgiver. Dette gjelder selv om det foreligger ”saklig grunn” til å avlyse konkurransen”.

Sak 2004/11 gjaldt en konkurranseutsetting av helsetjenester. Moss kommune kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om drift av et sykehjem. I perioden mellom kunngjøringen og beslutningen om valg av leverandør var det et kommende kommunevalg. Dette resulterte i at den politiske sammensetningen i bystyret forandret seg, og at det nye bystyret valgte å avlyse konkurransen. Grunnlaget for avlysningen var politiske og til dels økonomiske grunner. Norlandia Omsorg AS klaget Moss kommune inn til Klagenemnda, men fikk ikke medhold. Klagenemnda uttalte at hensynet til lokaldemokratiet måtte veie tungt og konkluderte med at det forelå en saklig grunn for avvisning. Nemnda mente det ville kunne virke støtende om et nytt politisk flertall måtte være bundet til å gjennomføre en konkurranseutsetting som var i strid med flertallets politiske overbevisning. Til tross for at der her forelå en saklig grunn for avlysning utelukket ikke nemnda et erstatningsansvar.²⁵

Av nyere tid har vi sak 2008/60 hvor Namsos kommune kunngjorde en konkurranse med forhandling for leie med kjøpsrett til lokaler av brann- og redningsvesenet i kommunen. Konkurransen ble senere avlyst på grunnlag av manglende finansiering. Kommunen hadde imidlertid forbeholdt seg retten til å avlyse ved bortfall av planlagt finansiering eller

²⁴ Dragsteen (2005) s. 1691

²⁵ Sak 2004/11 premiss (28)

manglende politisk godkjenning i konkurransegrunnlaget. Likevel klaget Credo Eiendom kommunen inn for klagenemnda med påstand om usaklig avlysingsgrunn og krav om erstatning. Nemnda viser til Concord-kjennelsen i Rt. 2001 s. 473 og uttaler at spørsmålet om tilbyderen har krav på erstatning kan stille seg annerledes enn spørsmålet om hvorvidt det foreligger en saklig grunn. Selv om det på avgjørelsestidspunktet foreligger en saklig grunn til avlysning, kan oppdragsgiver likevel komme i erstatningsansvar dersom forholdet kunne vært avverget eller forutsatt, slik at tilbyderne ikke unødige deltok i en konkurranse. I følge nemnda vil det si at hvis det på avgjørelsestidspunktet foreligger en objektivt sett saklig grunn så kan konkurransen avlyses i henhold til §§ 13-1 og 22-1, men at det etter omstendighetene likevel vil kunne foreligge grunnlag for den negative kontraktsinteresse. Begrunnelsen er at det ut i fra kravet om god forretningsskikk i anskl. § 5, jf lovens § 10, vil kunne foreligge tilfeller hvor igangsettelsen av konkurransen ikke skulle vært igangsatt, eller avlyst på et tidligere tidspunkt.²⁶

Videre uttalte nemnda at dersom det på avgjørelsestidspunktet ikke foreligger en saklig grunn, vil det etter omstendighetene også kunne foreligge grunnlag for den positive kontraktsinteresse dersom de øvrige vilkår er oppfylt. I denne konkrete saken konkluderte nemnda med at forholdene førte til at det objektivt sett forelå saklig grunn til avlysning i henholdt til anskaffelsesforskriften § 13-1. Deretter gikk nemnda inn på spørsmålet om avlysningen likevel kunne gi grunnlag for erstatning. Nemnda uttaler seg ikke om rettsvirkningene, men avslutter med å kommentere at de antar at vilkårene for den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt.

²⁶ Viser til sak 2008/113 der nemnda i premiss (38) til (40) vurderte om klager hadde krav på erstatning på grunnlag av at oppdragsgiver ikke burde satt i gang konkurransen, eventuelt avlyst den på et tidligere tidspunkt. I denne saken kom Klagenemnda frem til at oppdragsgiver ikke kunne klandres på noen av punktene og klager ble ikke tilkjent erstatning. Saken er nærmere omhandlet i kap. ????

På grunnlag av disse sakene ser man at Klagenemnda skiller mellom saklighetskravet og spørsmålet om avlysningsgrunnen var selvforskyldt eller kunne ha vært forutsett.²⁷

Nemnda stiller opp to mulige alternativer; når det foreligger en objektivt sett saklig grunn på avgjørelsestidspunktet og når det ikke foreligger en saklig grunn på tidspunktet for valg av avlysning. Dersom det foreligger en saklig grunn på tidspunktet for avgjørelsen uttaler nemnda at konkurransen kan avlyses i henhold til anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 22-1, men at oppdragsgiver likevel kan bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteressen. For det andre tilfellet, hvor det ikke foreligger en saklig grunn på avgjørelsestidspunktet, uttaler nemnda at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteresse under forutsetning av at de nærmere vilkår er oppfylt.²⁸

Det er delte meninger om dette er i samsvar med anskaffelsesforskriften. Noen mener at dette er uheldig og at det ikke samsvarer med regelverket. Dragsten og Lindalen mener at dette er i strid med anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 22-1. De mener at utgangspunktet er at oppdragsgiver alltid kan velge å avlyse ettersom det ikke foreligger noen kontraheringsplikt, men at man i noen tilfeller kan bli erstatningsansvarlig. Det avgjørende for erstatningsplikten vil være om det samlet sett foreligger en saklig grunn for avlysningen. Fortolkes anskaffelsesforskriften slik at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig til tross for at det foreligger en saklig grunn for avlysningen, vil dette medføre at kravet til saklig grunn ikke har noen reell betydning. De mener derfor at bestemmelsene må tolkes i samsvar med forarbeidene, slik at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse erstatningsfritt dersom det foreligger en saklig grunn.²⁹

Amdal og Roll-Matthiesen legger også til grunn at oppdragsgiver ikke har plikt til å inngå kontrakt etter å ha igangsatt konkurransen, men at oppdragsgiver kan bli

²⁷ Viser også til sak 2003/3, 2004/165 premiss (26), 2006/157 premiss (28), 2006/27 premiss (130), 2008/16 premiss (39) og 2009/135 premiss (17). Alle disse sakene er også eksempler på at nemnda skiller mellom kravet til saklig grunn og spørsmålet om avlysning.

²⁸ For gjennomgang av disse vilkårene vises til kap. 8 om den positive kontraktsinteresse.

²⁹ Dragsten (2005) s. 1691.

erstatningsansvarlig dersom det ikke foreligger saklig grunn for avlysningen. Videre uttaler de at en konkurranse må gjennomføres i samsvar med god anbudsskikk og at kravet til saklig grunn for avlysning også kan utledes fra dette grunnprinsippet. De mener også at avlysningsgrunnen i seg selv må være saklig, men at det som utgangspunkt også må innfortolkes et krav om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutses.³⁰ Dette har igjen en sammenheng med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet i anskl. § 5 tredje ledd.³¹ Amdal og Roll-Matthiesen ser altså på bestemmelsen i lys av forarbeidene på samme måte som Dragsten og Lindalen.

Også annen rettspraksis bygger som regel på forarbeidene og uttalelsene til Dragsten og Lindalen og Amdal og Roll-Matthiesen. Borgarting lagmannsrett av 30. mars 2009 viser til denne juridiske teori og konkluderer med at det isolert sett foreligger en saklig grunn for avlysning. Deretter går de inn på spørsmålet om hva oppdragsgiver kunne forutse og det sentrale spørsmål vedrørende om kommunen hadde gitt tilstrekkelig informasjon om avlysningsgrunnen i konkurransematerialet. I denne saken konkluderte lagmannsretten med at kommunen hadde tatt et godt nok forbehold og at det derfor ikke var strid med anskaffelsesforskriften § 13-1. Deretter uttalte retten at det heller ikke er grunnlag for å tilkjenne erstatning etter anskaffelseslovens § 10. Retten vurderte altså spørsmålet om forbehold og kravet til forutsigbarhet som en del av saklighetskriteriet.

Videre ble det nylig avsagt en dom i Sør-Trøndelag³² tingrett som er meget interessant for oppgavens tema. Saken gjaldt krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse som følge av påstått usaklig avlysning av plan og design konkurranse. Dommen inneholder interessante betraktninger med hensyn til usaklig avlysning som følge av dårlig planlegging. Tingretten uttaler at det bare er hvor avlysningen er saklig at oppdragsgiver ikke blir erstatningsberettiget. Retten gjentar forståelsen om todelingen i samsvar med

³⁰ Amdal (2004) s. 451 og 624.

³¹ Viser til nærmere redegjørelse for dette kravet under kap. 3.4.

³² Dom av 20.10.2009 mellom L2 Arkitekter AS og Hemne kommune. Dommens saksforhold er nærmere redegjort for i kap. 8.3.2 om avlysning og erstatning

forarbeidene og viser også til juridisk teori av Dragsten og Lindalen. Slik retten så det her var det sentrale hvorvidt det var forsvarlig av kommunen å sette i gang konkurransen når det var usikkert om man ville ha mulighet til å gå videre og fullføre anskaffelsen. Til dette konkluderte retten med at kommunen ikke så ut til å ha overskuet rekkevidden av den konkurransen man satte i gang og at man som oppdragsgiver da må ta konsekvensene av dette feilvalget. Rettens konklusjon ble derfor at kommunens vedtak om å avlyse konkurransen var usaklig. Dermed ser vi at retten, også her, innfortolket et krav om forutsigbarhet i kravet til saklighet.

Avgjørelsen viser også at det, i motsetning til det klagenemnda legger til grunn, kan være aktuelt med erstatning for den positive kontraktsinteresse når det gjelder forhold som oppdragsgiver burde ha forutsett ettersom de innfortolker dette som et krav til saklig grunn. Hvorvidt det er grunnlag for positiv eller negativ kontraktsinteresse må vurderes konkret. Klagenemnda antyder at en objektivt sett saklig avlysningsgrunn, der erstatningsplikt oppstår som følge av at denne avlysningsgrunnen burde vært forutsett, kun gir grunnlag for den negative kontraktsinteressen.

På grunnlag av dette ser det ut til at klagenemnda vurderer kravet til saklighet på en annen måte enn det som er foreskrevet i den juridiske teori, forarbeider og rettspraksis når de skiller mellom kravet til saklig grunn og retten til erstatning. Imidlertid er ikke forskjellen mellom de ulike synspunktene så stor som man først kan anta. Forskjellen består først og fremst i hvordan man ordlegger seg og begrunner avgjørelsen, altså selve begrepsbruken. Klagenemnda vurderer først om grunnlaget for avlysningen er saklig i seg selv før de ser om det kan være grunnlag for erstatning på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene som nå er nedfelt i anskl. § 5. Dermed kan de konkludere med at avlysningen kan fremstå som saklig, men at det likevel kan oppstå et erstatningsansvar. De øvrige rettskildene ser ut til å innfortolke disse grunnleggende kravene i bestemmelsen om saklig grunn til avlysning. Det endelige resultatet vil imidlertid normalt bli det samme. Næringslivets forum for offentlige anskaffelse, heretter NFOA, som var forgjengeren til Klagenemnda har også uttalt seg om avlysning av konkurranser og saklighetskriteriet. Dette forumet fulgte forarbeidenes

anvisning, og uttalte i sak 97/4 at det må innfortolkes et krav om at avlysningssgrunnen ikke burde vært forutsatt. Det foreligger ingen saker som uttrykkelig uttaler at nemnda går i mot tidligere praksis på dette punkt.

På den annen side kan utfallet i følge de to betraktningssmåtene medføre store forskjeller i visse tilfeller. Nemnda legger til grunn at det kun kan kreves erstatning for den negative kontraktsinteresse dersom det objektivt sett forelå en saklig grunn for avlysning på avgjørelsestidspunktet, der erstatningsplikt oppstår som følge av at avlysningssgrunnen burde vært forutsett. Lagmannsretten legger til grunn at det også kan kreves positiv erstatningsrett i dette tilfellet, siden de innfortolker kravet om at ikke oppdragsgiver kunne forutsett avlysningssgrunnen i saklighetskravet. Beløpet leverandøren kan kreve erstattet vil dermed kunne utarte seg meget forskjellig, avhengig av om man legger nemndas eller lagmannsrettens syn til grunn. De alminnelige prinsippene for rettskildelære taler for at man i dette tilfelle skal legge lagmannsretten syn til grunn, slik at man foretar en konkret vurdering der man også kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse.³³

4.2.2 Helhetsvurdering

Hvorvidt det foreligger en saklig grunn, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering.³⁴ Her er det mange momenter som vil være relevante. Det må eksempelvis tas hensyn til hvilke omstendigheter som førte til avlysningen og hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 s. 473, Rt. 2007 s. 983 og dom fra Borgarting lagmannsrett av 30. mars 2009.³⁵ Videre vil flere hensyn måtte veies opp mot hverandre, som oppdragsgivers interesse i å avlyse mot leverandørens interesse i at konkurransen fortsetter som planlagt.

³³ Den som er misfornøyd med måten et rettspørsmål er løst på i klagenemnda kan bringe saken inn for de ordinære domstoler i første instans. Klagenemndas plass i det hierarkiske system taler altså for å tillegge lagmannsretten syn størst vekt.

³⁴ Viser til sak 2007/70 premiss (20) og sak 2008/16 premiss (34).

³⁵ Viser også til sak 2008/60 premiss (29) og sak 2008/78 premiss (60).

På dette området finnes det svært mye praksis. I det følgende vil jeg gjøre rede for en rekke slike forhold som vil være relevante, samt tyngden, og på denne måten skape et bilde av denne helhetsvurderingen. Jeg vil også komme nærmere inn på de ulike dommer og avgjørelser som belyser rettstilstanden. Vurderingen av om det foreligger en saklig grunn eller ikke er den samme, uavhengig om det er snakk om en avlysning av konkurranse eller totalforkastelse av alle tilbudene. Derfor vil dommer og avgjørelser som omhandler totalforkastelse i følge anskl. §§ 13-1 annet ledd og 22-1 annet ledd også være relevante. Jeg understreker at hver sak må vurderes konkret og at denne fremstillingen ikke er uttømmende.

4.2.2.1 Kravet til god forretningsskikk

Saklighetskravet kan utledes fra kravet til god forretningsskikk i anskl. § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. Det vil altså normalt foreligge en saklig grunn dersom avlysningen er forretningsmessig forsvarlig.³⁶ Dersom oppdragsgiveren kjente til, eller burde kjent til, de forhold som førte til avlysningen, vil det vanligvis ikke være i samsvar med god forretningsskikk å avlyse konkurransen, og det vil derfor ikke tilfredsstillere kravet til saklighet.³⁷ Dette er nærmere utdypet i redegjørelsen for saklighetskravet, viser i sin helhet fremstillingen i kap. 4.2.1.

4.2.2.2 Manglende finansiering

Klagenemndas avgjørelse av 24. september 2007 i sak 2007/70 er en av mange saker som uttaler seg, på generelt grunnlag, om momenter i denne helhetsvurderingen. Bakgrunnen for tvisten var en åpen anbudskonkurranse vedrørende leveranse, graving, legging og montering av en hovedvannledning som ble kunngjort av Målselv kommune. Etter tilbudsfristens utløp avlyste oppdragsgiver konkurransen på grunnlag av manglende tillatelse fra grunneier til å gjennomføre prosjektet, samt manglende finansiering. Trulsen

³⁶ NOU 1997:21 s 114.

³⁷ Dragsten (2005) s. 1692.

Maskin AS klaget derfor Måselv kommune inn for klagenemnda, som fant at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 13-1 (1).

Nemnda mente at den budsjettmessige rammen til Måselv kommune var urealistisk lav. De inngitte tilbudene var i følge protokollen fra tilbudsåpningen på fra kroner 1 887 495 til kroner 3 123 750 mens oppdragsgivers opprinnelige budsjett var på kroner 850 000. Det er altså klart at de inngitte tilbudene oversteg den fastsatte budsjetttrammen. Denne budsjettmessige dekningen var antatt å være for lav, også av oppdragsgiver. Kommunen hadde imidlertid planlagt å omdisponere midler ved å trekke ut kroner 950 000 kr fra et tilsvarende prosjekt. Dette prosjektet ble fremskyndet og derfor ble oppdragsgiver forhindret fra å omdisponere verdiene. Nemnda la vekt på at kommunens opprinnelige budsjett var urealistisk lavt og ikke tilstrekkelig for å gjennomføre prosjektet. På dette grunnlag fastslo nemnda at det ikke forelå noen saklig grunn for avlysning av konkurransen, selv om de inngitte tilbudene oversteg budsjettet.

I premiss (24) fastslo nemnda at manglende budsjettdekning kan tilfredsstille kravet til saklig grunn for avlysning og viser til sak 2004/1 jf. Concord II kjennelsen i Rt. 2001 s. 473. Budsjetttrammen som er lagt til grunn i det konkrete tilfelle må være basert på et realistisk kostnadsestimat. Her vil det være oppdragsgiver som må dokumentere at budsjetttrammen ble fastsatt på en forsvarlig måte. Nemnda kan vurdere hvorvidt det er tilfelle ved å sammenligne kostnadene med tidligere sammenlignbare prosjekter med budsjetttrammen oppdragsgiver har oppstilt i den aktuelle konkurransen³⁸. I Concord II kjennelsen er det fastslått at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser kan utgjøre en saklig grunn. Kjæremålsutvalget uttalte at ” *Det må være tilstrekkelig at vurderingen av å bruke en tilbudskonkurranse og den senere avlysning av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra utbyderens side.*” De la altså til grunn at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje. Videre uttalte

³⁸ Sak 2006/115 premiss (14).

kjæremålsutvalget at ”*Det sentrale må være om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet*”.

I sak 2008/207 avviste sekretariatet i klagenemnda saken ettersom de mente den var uhensiktsmessig for behandling i nemnda og at klagen ikke ville føre frem. Klager anførte at innklagedes budsjett, pålydende kr 27 millioner, bygde på et for spinkelt grunnlag og at de derfor ikke hadde anledning til å totalforkaste tilbudene etter anskaffelsesforskriften § 13-1 (2). Denne påstanden ble begrunnet på bakgrunn av at fire av fem leverandører hadde innlevert tilbud priset mellom 33 og 35,4 millioner, hvilket de mente måtte være normalprisen for prosjektet. Innklagede hadde basert kostnadsrammen på sist kjente kostnader ved et tidligere byggeprosjekt. Deretter ble kvadratmeterprisen for oppføringen av det bygget justert ved hjelp av statistisk sentralbyrås indeks for byggekostnader for boligblokk og kvalitetssikret ved hjelp av en prosjektkalkulator. Sekretariatet kunne ikke se at det var uforsvarlig av innklagede å fastsette budsjettet på den måten, og saken var så klar at den som sagt ble nektet fremmet for behandling.

4.2.2.3 Tidsaspektet

I den samme saken, sak 2007/70 la nemnda vekt på at det gikk en og en halv måned fra at oppdragsgiver burde ha skjønt at den planlagte omdisponeringen kunne bli vanskelig til tilbyderne fikk meddelelse om avlysning. Nemnda uttalte i premiss (20) at ”Det skal mindre til for at det foreligger en saklig grunn dersom avlysningen foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, enn hvor avlysning foretas etter at tilbudene er innlevert.”³⁹

Sak 2008/216, mellom Kaasbøl AS og Kollektivtransportproduksjon AS, gjaldt en konkurranse med forhandling for anskaffelse av sporvekselvarmesystem. Innklagede begrunnet avlysningen i manglende konkurranse, hvilket nemnda var enig i at isolert sett var saklig grunn for avlysning. Imidlertid mente nemnda at Kollektivtransport AS burde avlyst konkurransen på et tidligere tidspunkt. Innklagede forhandlet med tilbyder over en

³⁹ Det samme fremkommer også i sak 2007/71 premiss (31).

periode på fire og en halv måned, uten at det ble opplyst at klager var eneste tilbyder. Dermed konkluderte nemnda at innklagede handlet i strid med kravet til god forretningsskikk i anskl. § 5 og antydet at klager ville ha krav på den erstatning for den negative kontraktsrett pådratt etter at konkurransen skulle vært avvist.

4.2.2.4 Saksbehandlingen

Noen ganger kan saksbehandlingen være av en slik art at oppdragsgiver kan bli holdt erstatningsansvarlig. Eidsivating lagmannsretts dom av 7. desember 2001 viser at dersom oppdragsgiver kan klandres for den situasjon som er oppstått, vil det normalt ikke foreligge noen saklig grunn til å avlyse. Dommen er et eksempel på at det ikke foreligger noen saklig grunn dersom oppdragsgiver burde ha forutsett behovsendringen før igangsettelsen av konkurransen.

Bakgrunnen for dommen var en anbudskonkurranse om renovasjonstjenester. Oppdragsgiver etterspurte 80. liters beholdere for innsamling av bioavfall, men fant ut i ettertid at det skulle benyttes 140. liters beholdere i stedet. Derfor ble det invitert til en ny anbudskonkurranse. Lagmannsretten la til grunn at det var saklig grunn til å avlyse den første anbudskonkurransen. De la vekt på at oppdragsgiver ikke hadde bruk for de opprinnelige beholderne og at det dreide seg om en betydelig endring, som hadde sammenheng med et eget komposteringsanlegg som var utlyst som en egen anbudskonkurranse. Det sentrale ved denne dommen er at behovet for endringen i seg selv ikke var uaktsom, men at saksbehandlingen før beslutning om avlysning fremstod som klanderverdig. Denne endringen oppstod sent i konkurransen, noe lagmannsretten mente var nært å være selvforskyldt, og i hvert fall ikke uforutsigbart. Koordineringene mellom de to anbudskonkurransene burde vært bedre, slik at beslutningen om beholderstørrelser hadde vært endelig avklart når man innhentet tilbud fra leverandørene. Eventuelt burde oppdragsgiver innhentet tilbud basert på bruk av ulike størrelser på beholderne. På grunnlag av dette fastslo lagmannsretten at saksbehandlingen ikke var tilstrekkelig aktsom og at det derfor var grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse. For å kunne avlyse en konkurranse erstatningsfritt er det altså en forutsetning at oppdragsgiver har

handlet med tilstrekkelig aktsomhet.⁴⁰ Under forutsetning av at feilen ikke kan bebreides oppdragsgiver, kan feil i konkurransegrunnlaget være saklig grunn til avlysning. Feilen kan heller ikke kunnes rettes etter reglene om anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling.

4.2.2.5 Manglende konkurranse

Etter gjeldende rett er manglende konkurranse en saklig grunn til å avlyse. Manglende konkurranse foreligger når det kun er ett aktuelt tilbud. Denne situasjonen kan oppstå ved at det kun er innlevert ett tilbud, eller at alle leverandørene skal avvises, bortsett fra én.

I klagenemndas sak 2003/75 ble konkurransen avlyst fordi to av tre innleverte tilbud ble avvist. Hemsedal kommune utlyste en konkurranse for brøyting og snørydding av kommunale veier i lokalavisen. Konkurransen ble senere avlyst på grunnlag av at den aktuelle konkurransen ikke hadde blitt utlyst i Norsk lysningsblads elektroniske database (DOFFIN). Nemnda uttalte at *”hensynet til en effektiv konkurranse vil ofte være praktisk umulig å ivareta når kun én leverandør kvalifiserer seg”*, og la til grunn at mangelfull konkurranse kan være saklig grunn for avlysning. Nemnda viser også til sak C-27/98 (Metalmeccanica) der EF- domstolen la til grunn at en konkurranse kan avlyses dersom det bare er én leverandør som ikke skal avvises fordi oppdragsgiver ikke er i stand til å sammenligne prisene eller de øvrige momentene i de forskjellige tilbudene.⁴¹ I følge sak 2008/16 premiss (39) kan oppdragsgiver også avlyse konkurransen selv om det på forhånd er forhandlet med leverandøren jf. sak 2008/14 premiss (20).⁴²

⁴⁰ Dragsten s 1693.

⁴¹ Dragsten (2005) s. 1694.

⁴² Viser også til sak 2003/75, 2006/136, 2008/24 og 2008/216. I alle disse sakene legger nemnda til grunn at manglende konkurranse utgjør en saklig grunn for avlysning i henhold til forskriften.

4.2.2.6 Endring i en grunnleggende forutsetning

En endring i en grunnleggende forutsetning for konkurransen vil normalt kvalifisere som saklig grunn for avlysning. Forutsetningen er imidlertid at endringen ikke kunne ha vært forutsett på forhånd av leverandøren, jf. kap. 4.2 om todelingen av saklighetskriteriet. Noen ganger kan det oppstå forhold som medfører at behovet bak den opprinnelige anskaffelsen ikke lenger er aktuell. Eidsivating lagmannsretts dom av 7. desember 2001, som er omtalt ovenfor, er et eksempel på dette. Oppdragsgiver avlyste konkurransen fordi de trengte større beholdere enn tidligere antatt. Her fikk imidlertid ikke oppdragsgiver medhold, men grunnlaget for dette var saksbehandlingen. Lagmannsretten la til grunn at selve behovsendringen var en saklig grunn til å avlyse konkurransen.⁴³

4.2.2.7 Endringer i politiske standpunkter og prioriteringer

Endrede politiske standpunkter og prioriteringer kan utgjøre en saklig grunn for avlysning. Også her må det imidlertid innfortolkes et krav om forutberegnelighet, slik at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig selv om grunnen i seg selv fremstår som saklig.

I Gulating lagmannsretts dom av 30.05.08.⁴⁴ ble konkurransen avlyst fordi prosjektet mistet sin politiske støtte. Partene var enige i at avlysningsgrunnen i seg selv var saklig, men var uenige i om oppdragsgiver måtte ha tatt forbehold om dette i konkurransegrunnlaget. Retten tilkjente ikke Clear Channel erstatning for den negative kontraktsinteresse.

I sak 2004/11⁴⁵ konkluderte klagenemnda at det var saklig grunn for avlysning fordi valget endret den politiske sammensetningen i bystyret, hvilket medførte at Moss kommune avlyste en utlyst anbudskonkurranse. Nemnda uttalte at retten til lokaldemokratiet måtte veie tungt og at det kunne virke støtende om et nytt politisk flertall måtte være tvunget til å gjennomføre en konkurranse som var i strid med deres politiske overbevisning. Imidlertid

⁴³ Viser til nærmere omtale av dommen under punkt 3.2.3.

⁴⁴ Dommens saksforhold er nærmere omtalt i kap. 7.2.1.

⁴⁵ Omtalt under kap. 4.2.1.

utelukket ikke nemnda erstatningsansvar, jf. premiss (28), og kommenterte også at det at konkurranseutsetting hadde vært et tema i valgkampen ikke kunne være relevant for hva slags informasjon leverandørene hadde fått i forhold til den enkelte anbudskonkurranse.

I dommen avsagt av Sør-Trøndelag tingrett den 20.10.09.⁴⁶ uttalte retten at det ikke er slik at en kommune kan hevde at fremtidige politiske vurderinger alltid vil være usikre, og at det er noe deltakerne må vite og ta hensyn til. Videre uttalte retten at det er klart at det nye kommunestyret kunne velge å prioritere annerledes enn det forrige, at de selvsagt kunne velge å ikke anskaffe et nytt rådhus, men at det ikke ville kvalifisere som en saklig grunn til å avlyse en konkurranse man tidligere hadde igangsatt. Når man setter i gang en konkurranse påtar man seg en form for kontraktsrettslig forpliktelse i forhold til de som inviteres inn som deltakere og da må man være forberedt på å betale erstatning dersom man velger å avlyse konkurransen.

Disse sakene viser at det avgjørende ofte er om oppdragsgiver burde eller kunne ha forutsett endringen og således måtte ha opplyst om dette i konkurransegrunnlaget for å tilfredsstille kravet til saklig grunn, jf. kravet om forutberegnelighet. I denne helhetsvurderingen vil flere forhold være avgjørende. I klagenemndas sak 2004/11 uttaler nemnda at retten til erstatning kan være til stede og at det faktum at forholdet som startet tvisten har vært et sentralt tema i politikken både sentralt og nasjonalt ikke kan medføre at kravene til oppdragsgiver lempes. I Clear Channel saken kom retten til motsatt resultat, selskapet fikk ikke tilkjent erstatning og retten la også vekt på at selskapet burde kjenne til de alminnelige politiske prosesser. I den sistnevnte saken la imidlertid retten stor vekt på de faktiske forhold, det at Clear Channel var en meget sentral aktør på markedet, som var nærmere til å ha oversikt over det kontroversielle i sitt produkt, enn kommunen, og at det politiske engasjementet som oppstod i saken var ekstraordinært. Det var altså ikke noe kommunen kunne ha forutsett. I den førstnevnte saken var kommunen klar over det

⁴⁶ Dommens saksforhold er nærmere omtalt i kap. 8.3.2.

kommende valget og at temaet for konkurransen var omstridt. Dermed burde de ha tatt et forbehold om dette i konkurransegrunnlaget.

4.2.2.8 Oppsummering

Kravet til saklig grunn er strengt og det må enten være grunner som oppstår etter konkurransen som gjør prosjektet umulig eller i sterk grad vanskelig å gjennomføre. I tillegg må det være grunner som oppdragsgiver ikke var forberedt på eller selvforskyldte.

4.3 Avlysning av konkurransen og egenregi

En særlig variant av avlysning er når oppdragsgiver avlyser konkurransen for i stedet å utføre arbeidet selv. Her oppstår det visse spesielle spørsmål ettersom en kontrakt som tildeles i egenregi ikke er en inngåelse av kontrakt i anskaffelsesreglenes forstand.

Vilkårene for en slik avlysning har vært et omtvistet spørsmål i juridisk teori. De bakenforliggende EU-reglene stiller ingen krav til situasjonen der oppdragsgiver kan avlyse konkurransen.⁴⁷ Derfor har det vært hevdet, spesielt i engelsk teori, at oppdragsgiver står fritt til å avlyse konkurransen for deretter å tildele kontrakten i egenregi. I følge den norske retten er det imidlertid klart at det ikke foreligger en slik fri adgang til avlysning. Det må foreligge en saklig grunn.

I følge forarbeidene må en vurdering av om en anskaffelse skal gjennomføres i egenregi eller gjennom kontrahering gjøres i forkant av en eventuell anskaffelsesprosedyre. At anskaffelsesprosedyren viser at oppdragsgiver antakelig kunne utført oppdraget på en bedre og billigere måte, vil ikke tilfredsstillende kravet til saklig grunn.⁴⁸

⁴⁷ Viser til omtale ved side 10 ovenfor og sak C-27/98, C-103/88 og C-92/00.

⁴⁸ NOU 1997: 21 s. 139.

Til tross for at forarbeidene altså er avvisende til at oppdragsgiver skal kunne avlyse konkurransen for så å tildele kontrakten i egenregi har Høyesterett kjæremålsutvalg lagt et noe annerledes syn til grunn. I Rt-2001-473, Concordkjennelsen, gjaldt saken begjæring om midlertidig forføyning i forbindelse med tilbudskonkurranse om oppføring og leie av skolebygg. Kjæremålet gjaldt prinsipalt lagmannsrettens tolkning av lov om offentlige anskaffelser av 27. November 1992 nr. 116 slik den lød etter lovendring av 15. mars 1996 nr. 15. I denne kjennelsen diskuterte kjæremålsutvalget kravet til forutberegnelighet og saklighet. Utvalget uttaler at en avlysning på grunnlag av at tilbyderen først i ettertid finner å ville gjennomføre anskaffelsen i egenregi ikke automatisk må settes til side. I følge utvalget må det sentrale være om avlysningen er saklig begrunnet etter en totalvurdering, der det tas hensyn til omstendighetene som utløste avlysningen og hva byggherren ønsket å oppnå med den. Videre uttalte kjæremålsutvalget at det ikke måtte være en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men at det var tilstrekkelig at vurderingen av å bruke en tilbudskonkurranse og den senere avlysning av konkurransen hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering fra oppdragsgivers side.

Utvalget gir ingen anvisning på om ikke-økonomiske hensyn kan være med i denne vurderingen, eksempelvis menneskelige hensyn i form av belastning ved eventuelle oppsigelser. Videre er det også et spørsmål om hvilke økonomiske utgifter oppdragsgiver plikter å overveie for at vurderingen skal være forsvarlig.

Den økonomiske beregningen gjennomføres ofte ved at interne etater deltar på lik linje med eksterne tilbydere. De leverer inn et slags tilbud som kan minne mer om et kostnadsoverslag. Dersom det interne tilbudet viser seg å være rimeligere enn de eksterne tilbudene blir konklusjonen at det vil være billigere å utføre arbeidet selv. I utgangspunktet tilfredsstiller dette kravet til at vurderingen om hva som er mest økonomisk fordelaktig for oppdragsgiver. Imidlertid vil oppdragsgiver oppstille flere kriterier enn pris for valg av

tilbud. Eksempelvis kvalitet og leveringstid. Da må antagelig det interne tilbudet evalueres etter de samme kriterier som de eksterne tilbudene.⁴⁹

Den interne etaten som deltar i konkurransen med et tilbud kan ikke være den som evaluerer de aktuelle tilbudene. Da vil det automatisk oppstå en interessekonflikt, noe som medfører at saksbehandlingen ikke vil gi tilstrekkelig trygghet for at vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktig, ikke vil være forsvarlig.

4.4 Særskilt om delvis avlysning

Delvis avlysning foreligger dersom oppdragsgiver kun ønsker å avlyse deler av en planlagt anskaffelse. Dette spørsmålet er ikke direkte regulert i anskaffelsesforskriften, og det er heller ikke enighet i teori og praksis.

Amdal og Roll-Matthiesen⁵⁰ mener at det i utgangspunktet ikke er adgang til å foreta en delvis avlysning. Grunnlaget er at de mener at en delvis avlysning må anses som en endring av konkurransegrunnlaget, noe som medfører at en slik avlysning bare vil være tillatt før tilbudsfristens utløp, under forutsetning av at endringen ikke er vesentlig. Etter tilbudsfristen må derfor oppdragsgiver ha tatt forbehold om det i konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til en delvis avlysning.

Dragsten og Lindalen⁵¹ mener derimot at adgangen til en delvis avlysning ikke er fullt så snever. Under forutsetning av at en rekke krav er oppfylt mener de at oppdragsgiver kan foreta en delvis avlysning dersom det foreligger saklig grunn.

Forutsetningene er at det må være klart hva som er igjen av anskaffelsen og at den delvise avlysningen ikke forrykker konkurransen. Kravet til forrykningen gjelder både i forhold til

⁴⁹ R. Myhre (2005) s. 6.

⁵⁰ Amdal (2004) s. 625-626.

⁵¹ Dragsten (2005) s.1695-1696.

de deltakende leverandørene og i forhold til potensielle nye leverandører. Videre kan det ha betydning hvorvidt de involverte leverandørene har samtykket i avlysningen. Dette er imidlertid i seg selv ikke tilstrekkelig ettersom potensielle leverandører også må vurderes. Endelig må det fortsatt være mulig å evaluere tilbudene etter at deler av den opprinnelige anskaffelsen er tatt ut.

Praksis har åpnet for delvis avlysning. I klagenemndas sak 2008/209 uttaler nemnda på generelt grunnlag at spørsmålet om delvis avlysning ikke er lovregulert, men at praksis i noen tilfeller har åpnet for delvis avlysning. Nemnda viser til dom i Eidsivating lagmannsrett av 30. april 1997. Denne dommen omhandlet følgende:

Oppdragsgiver innbød til konkurranse om renovasjonstjenester. Etter at de ulike tilbudene var evaluert ble det foretatt en delvis avlysning, slik at innsamlingen av glass ble holdt utenfor konkurransen. Leverandørene hadde basert sine tilbud på ulike mengder glass og derfor oppstod det uklarheter rundt prisene. Oppdragsgiver hadde oppgitt forskjellige glassmengder i konkurransegrunnlaget og i andre dokumenter fra kommunen, og hadde således bidratt til misforståelsen. Lagmannsrettens konklusjon var at glass bare utgjorde en bagatellmessig del av konkurransen og fastslo at det var adgang til en slik delvis avlysning.

Videre trekker nemnda frem momenter i vurderingen, som samsvarer med de forutsetningene som Dragsten og Lindalen setter opp, jf. ovenfor. På grunnlag av dette er det i dag ingen tvil om at det foreligger en adgang til å avlyse deler av en konkurranse,⁵² dersom avlysningen oppfyller kravene.

4.5 Særskilt om totalforkastelse

En totalforkastelse foreligger dersom oppdragsgiver avslutter konkurransen fordi ingen av tilbudene som er kommet inn er av en slik art at oppdragsgiver ønsker å tildele oppdraget

⁵² Viser også til sak 2003/57 og 2007/77, som begge åpner for delvis avlysning.

til noen av leverandørene. Anskaffelsesforskriften §§ 13-1 (2) og 22-1 (2) hjemler en slik rett.⁵³ Bestemmelsen lyder som følger:

”Oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det.”

Dersom vilkårene for å totalforkaste tilbudene er oppfylt vil det ikke skje noen tildeling av kontrakt. Selv om resultatet i praksis vil være det samme som ved avlysning, regnes dette som totalforkastelse og ikke som avlysning. Forutsetningen for en slik rett er altså at det foreligger en saklig grunn. Dersom saklig grunn ikke foreligger og totalforkastelsen likevel gjennomføres kan oppdragsgiver bli holdt erstatningsansvarlig, jf. anskaffelsesloven § 10.⁵⁴ Oppdragsgiver kan ikke utvide retten til totalforkastelse. Bestemmelsen er preseptorisk, på samme måte som ved avlysning. Oppdragsgiver kan eksempelvis ikke forbeholde seg retten til fritt å totalforkaste tilbudene i konkurransegrunnlaget. Under enhver omstendighet må det foreligge en saklig grunn for erstatningsfritt å forkaste alle tilbudene.⁵⁵ Også her kan det imidlertid avtales strengere regler.

Saklighetskravet kan utledes av kravet til god forretningsskikk, jf. anskl. § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1. På samme måte som ved avlysning vil det normalt foreligge en saklig grunn dersom totalforkastelsen fremstår som forretningsmessig forsvarlig. Hvis totalforkastelsen skyldes forhold oppdragsgiver burde tatt i betraktning, vil det normalt ikke foreligge en saklig grunn. Dette vil ikke samsvare med god forretningsskikk.

Det finnes mange forhold som vil utgjøre en saklig grunn for å totalforkaste alle tilbudene. Vurderingen av kravet til saklighet er den samme som ved vurderingen av saklighet ved avlysning. Viser derfor til kapittel 4.2 og 4.3 ovenfor om saklighetskravet ved avlysning av konkurranser. I det følgende vil jeg likevel stille opp en rekke typiske eksempler som

⁵³ Viser også til sak 2006/129 jf. sak 2004/1 og 2004/65.

⁵⁴ Viser til kapittel 5.

⁵⁵ Viser til det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelser av 23. februar 2001 og 2. mai 2001.

medfører at oppdragsgiver vil kunne totalforkaste alle tilbudene erstatningsfritt. Jeg understreker at denne opplytningen ikke er uttømmende.

Oppdragsgiver oppstiller de krav og behov de har ved anskaffelsen i konkurransegrunnlaget. Dersom ingen av de tilbudene som kommer inn er akseptable i forhold til disse forutsetningene, foreligger det en saklig grunn til totalforkastelse.

Prissamarbeid er også en saklig grunn. Dette er brukt som eksempel i forarbeidene.⁵⁶ Slikt samarbeid kan føre til at konkurransen blir svekket eller eliminert, og er ulovlig i henhold til konkurranseloven § 10.⁵⁷ Det er naturlig at dette kan gi oppdragsgiver rett til å forkaste tilbudene. Slikt samarbeid kan føre til dårligere tilbud i form av dårligere kvalitet, høyere priser eller at produktalternativer ikke blir tilbudt, hvilket vil være svært ugunstig for oppdragsgiver. En rett til totalforkastelse i et slikt tilfelle uten å komme i erstatningsansvar medvirker også til å bygge opp under formålet bak loven, som er økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre effektiv ressursbruk.⁵⁸ Forutsetningen for at dette skal gi grunnlag for totalforkastelse er at slik samarbeid er påvist.⁵⁹

Begrunnelsen for totalforkastelsen trenger ikke å være den samme for hvert enkelt tilbud. Noen tilbud kan eksempelvis ikke være akseptable på grunnlag av budsjettmessige overskridelser mens andre avvises fordi de ikke oppfyller oppdragsgivers behov. Så lenge ingen av tilbudene er akseptable og det samlet sett foreligger en saklig grunn, kan oppdragsgiver totalforkaste tilbudene.

Anskaffelsesforskriften §§ 15-10 til 15-12 angir grunnlag for avvisning av tilbud. Det foreligger formelt sett ingen totalforkastelse dersom det foreligger forhold ved samtlige

⁵⁶ NOU 1997:21 s. 146.

⁵⁷ Lov av 5. mars 2004 nr 12.

⁵⁸ Jf. anskl. § 1.

⁵⁹ Dragsten (2005) s. 1698.

tilbud som medfører at tilbudene skal avvises etter disse reglene. I realiteten er imidlertid virkningen den samme.

4.6 Oppdragsgivers opplysningsplikt

I følge anskaffelsesforskriften §§ 13-1 (3) og 22-1 (3) skal leverandørene, i samsvar med § 20-16 om oppdragsgivers begrunnelsesplikt, informeres om beslutninger om ikke å inngå kontrakt om et oppdrag som har vært kunngjort. Det samme gjelder om man bestemmer seg for å gjennomføre anskaffelsesprosedyren på nytt. Begrunnelsesplikten gjelder både ved avlysning av konkurransen og ved totalforkastelse av tilbudene, jf. henholdsvis anskaffelsesforskriften §§ 13-1 (1) og (2) og 22-1 (1) og (2). Oppdragsgiver må også informere Kontoret for De europeiske fellekaps publikasjoner.

5 Erstatning

Leverandører investerer både tid og penger på å delta i en konkurranse. De forutsetter at det foreligger en reell vinnnersjans og at de generelle prinsippene for gjennomføringen av konkurransen overholdes, at vedkommende offentlig organ som inviterer til deltagelse følger reglene lojalt og at man vil få klare varsler ved å lese konkurransegrunnlaget dersom det skulle foreligge usikkerhetsmomenter. Dersom disse grunnleggende konkurransereglene brytes, oppstår det et spørsmål om hvorvidt leverandøren har krav på erstatning. Krav på erstatning kan oppstå i ulike situasjoner. Temaet er aktuelt både i forhold til forbigåtte anbydere ved tildeling av kontrakt og ved avlysning. I denne oppgaven er det sistnevnte som er tema og som vil bli behandlet i den følgende fremstilling. Vi skiller mellom erstatning for den positive og den negative kontraktsinteresse, og jeg finner det hensiktsmessig å skille mellom disse i den videre fremstillingen. Den negative kontraktsinteresse knytter seg til forgjeves pådratte kostnader

ved å komme med et tilbud mens den positive kontraktsinteressen knytter seg til tapt fortjeneste. Se nærmere om dette under henholdsvis kap. 7 og 8.

6 Rettskildegrunnlag, § 10

Hjemmel for å fremsette krav om erstatning følger av anskl. § 10. Denne bestemmelsen fastslår at:

”Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.”

At denne bestemmelsen ikke er ment å innebære noe nytt i forhold til det som allerede følger av norsk rett fremkommer av forarbeidene til loven⁶⁰. Der uttales det at leverandørens krav på erstatning for eventuelle tap, samt omfanget av erstatningsplikten, følger av alminnelig ulovfestet erstatningsrett. Den formelle hjemmelen for å kreve erstatning for brudd på regelverket følger altså av anskl. § 10, men det nærmere innholdet av regelen må baseres på de alminnelige erstatningsrettslige grunnsetningene.

For å kunne kreve erstatning for den positive eller negative kontraktsinteresse må det altså foreligge et ansvarsgrunnlag, en årsakssammenheng og et økonomisk tap.

Utover dette kan oppdragsgiver også bli erstatningsansvarlig for annet økonomisk tap, eksempelvis hvis ikke taushetsplikten etter anskaffelsesforskriften § 3-6 er opprettholdt⁶¹. Dette faller imidlertid utenfor oppgavens tema og vil derfor ikke bli redegjort for nærmere.

⁶⁰ NOU 1997:21 s 118 og Ot.prp. nr 71 (1997-98) s. 68.

⁶¹ Dragsten (2005) s. 312

Forutsetningen for å kreve erstatning er at det foreligger et brudd på regelverket. Anskl. § 10 nevner bare lov og forskrift, men det er klart at også brudd på andre anskaffelsesregler kan utløse et erstatningsansvar. Oppdragsgiver kan eksempelvis sette opp regler for konkurransen. Da har vi avtalebaserte regler som reguleres ved avtale og ikke lov, under forutsetning av at området ikke er regulert av preseptoriske regler.⁶² Partene kan imidlertid alltid avtale strengere regler enn det som følger av lov og forskrift. Dersom disse avtalebaserte reglene er kommet til uttrykk i konkurransegrunnlaget og senere blir brutt kan dette medføre et erstatningsansvar. Denne situasjonen vil uansett fort innebære et brudd på lovens krav til forutberegnelighet, jf anskl. § 5.

Ordlyden i anskl. § 10 trekker i retning av et objektivt ansvar, men dette samsvarer ikke med tidligere rett. Det er den ulovfestede erstatningsretten som kommer til anvendelse.

I følge forarbeidene⁶³ er ansvarsgrunnlaget culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering. Uaktsomheten oppstår ved at konkurransereglene brytes. I denne oppgaven behandles brudd i forbindelse med at oppdragsgiver påfører en lererandør tap eller skade ved at en konkurranse avlyses uten saklig grunn. *”Det culpøse består i at man bryter normene for gjennomføring av konkurransen.”*

Videre er det alminnelige, ulovfestede culpaansvaret et potensielt ansvarsgrunnlag for oppdragsgiver. Dette kan komme til anvendelse selv om ingen av reglene i loven eller forskriften brytes, men da er det ikke anskl. § 10 som er hjemmelen for ansvarsgrunnlaget.⁶⁴ Vurderingstemaet er da om oppdragsgiver kunne eller burde ha handlet annerledes.

⁶² Oppdragsgiver kan eksempelvis ikke utvide adgangen til å avlyse konkurransen erstatningsfritt.

Avlysningsgrunnen må under enhver omstendighet være saklig, jf anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 22-1.

⁶³ NOU: 1997:21 s 118 og Ot.prp. nr 71 s. 68.

⁶⁴ R. Myhre (2005) s. 552.

Forarbeidene⁶⁵ til anskl. av 1992 åpner imidlertid for at ansvarsgrunnlaget kan være objektivt dersom det foreligger vesentlige saksbehandlingsfeil. Dette vil riktignok i seg selv normalt være uaktsomt. Ansvarsgrunnlaget vil derfor ikke være nevnerdig utvidet dersom dette legges til grunn.

Rettspraksis oppstiller ulike vilkår for retten til den negative og positive kontraktsinteressen. Jeg vil komme nærmere inn på disse vilkårene, henholdsvis under kap. 7 og 8 nedenfor.

6.1 Leverandørens tapsbegrensningsplikt

Leverandørene har en plikt til å begrense tapet, på lik linje med erstatningsretten ellers. Erstatningen kan falle helt bort, eller i hvert fall reduseres, dersom leverandøren kan klandres for ikke å ha satt i gang tiltak for å begrense tapet. Eksempelvis kan denne tapsbegrensningsplikten innebære at leverandørene bør ta kontakt med oppdragsgiver dersom konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket. På denne måten kan oppdragsgiver få mulighet til å rette opp feilen før tilbudsfristen. Etter kontraktinngåelse innebærer tapsbegrensningsplikten at en leverandør må ut i markedet, slik at de får andre oppdrag og således begrenser tapet sitt.

7 Negativ kontraktsinteresse

Erstatning for den negative kontraktsinteresse gjelder erstatning for utgifter som en leverandør har hatt i forbindelse med deltakelsen i konkurransen. Eksempler på slike kostnader er prosjektering, reiser, anbudsregning, beredskapsutgifter og unnlattelse ved av å

⁶⁵ Ot.prp. nr 97 (1991-92) s. 18.

ta andre oppdrag.⁶⁶ Det er en grunnleggende forutsetning at det foreligger et slikt økonomisk tap dersom leverandøren skal bli tilkjent den negative kontraktsinteressen.

Videre fremkommer det av ordlyden i anskl. § 10 at regelverksbruddet må være årsaken til leverandørens tap, jf ” *som følge av*”. Dette følger også av den ulovfestede alminnelige erstatningsretten. Forarbeidene omtaler kravet til årsakssammenheng nærmere i NOU 1997:21. Der uttales følgende:

”Ikke ethvert brudd på anbudsreglene kan utløse erstatningsansvar. Det må oppstilles et krav om relevant årsakssammenheng. En mulighet er å stille krav om årsakssammenheng mellom feilen og deltakelsen i konkurransen. Spørsmålet blir da om anbyderen ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst om den fremtidige saksbehandlingsfeilen. En annen mulighet er å se på de alminnelige regler om erstatning som følger av saksbehandlingsfeilen.”

Forarbeidene oppstiller altså et årsakskrav til den negative kontraktsinteresse der det avgjørende er om det finnes en årsakssammenheng mellom feilen og leverandørens deltakelse. Høyesterett påpekte i Firesafe-dommen at det ikke trengs strenge bevis for å påvise slik årsakssammenheng. Klagenemnda viste i sak 2003/86 til Firesafe-dommen og gikk deretter inn på hvilke momenter som kan inngå i vurderingen av om leverandørene i det hele tatt ville deltatt i konkurransen eller ikke. Nemnda la vekt på feilens innvirkning på klagers vinningsjanser. Et annet relevant vurderingsmoment vil være hvor store kostnader som er forbundet med å delta i konkurransen, herunder å utarbeide et tilbud. Dersom det er store utgifter forbundet med konkurransen vil det altså være lettere å få tilkjent erstatning.

⁶⁶ R. Myhre (2005)

7.1 Rt. 1997 s. 574 Firesafe

Veiledning om vilkår og regler for retten til erstatning finner vi først og fremst i norsk rettspraksis. Firesafe-dommen er den grunnleggende rettskilden vedrørende spørsmålet om den negative kontraktsrett.

Bergen kommune innbød til en begrenset anbudskonkurranse i forbindelse med brannteknisk opprusting av to eiendommer. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at et av kravene var at bedriften måtte ha en lærlingordning med staten og at anbudet ikke ville bli antatt dersom en slik lærlingordning ikke ble dokumentert. Allikevel tildelte kommunen oppdraget til firmaet Firesafe som hadde det laveste tilbudet, men som ikke hadde en slik lærlingordning. Byretten kom frem til at de anbydere, en i hver gruppe, som innga lavest anbud nest etter Firesafe hadde krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse. Kommunen erkjente dette og utbetalte erstatningsbeløpet. Dette erstatningsbeløpet for den negative kontraktsinteresse ble også godtatt av de to tilbyderne. Tvisten for Høyesterett var om også de øvrige anbydere hadde krav på å få erstattet den negative kontraktsinteresse. Høyesterett uttalte at det er klart at de anbydere som skulle ha fått entreprisen om ikke feilen var skjedd har krav på erstatning, men at det stiller seg annerledes med de øvrige anbydere. De ville under enhver omstendighet vært utkonkurrert av entreprenører som de har konkurrert med på like vilkår. Forutsetningen for at også de skulle bli tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse måtte i så fall være at de overhodet ikke ville levert et anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe.

For at en leverandør skal ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse er det altså to vilkår som må være oppfylt. Det må foreligge et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser og det må som hovedregel sannsynliggjøres at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen hvis han hadde visst at regelverksbruddet ville bli begått.⁶⁷

⁶⁷ Dragsten (2005) s 336.

7.1.1 Vilkår 1: Det må foreligge brudd på regelverket om offentlige anskaffelser

Forutsetningen for å skulle få tilkjent erstatning for den negative kontraktsrett er at det foreligger et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. I utgangspunktet er det ikke stilt noen videre krav til regelbruddet. Imidlertid gir vilkåret om at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen eller at det må foreligge klanderverdige forhold hos oppdragsgiver en pekepinn på at overtredelsen må være av en viss karakter. Disse vilkårene medfører at helt bagatellmessige overtredelser ikke vil føre til erstatning for den negative kontraktsinteresse⁶⁸. Det fremgår også av lovens forarbeider at en leverandør antagelig ikke vil få tilkjent erstatning ved bagatellmessige feil. Forarbeidene går ikke nærmere inn på hva som menes med bagatellmessige feil. I rettspraksis⁶⁹ vises det ofte til at feilen er ”klar” og at dette medfører et erstatningsansvar. At feilen er ”klar” må forstås som at det ikke er tvil om at det foreligger et relevant rettsbrudd.⁷⁰

På dette grunnlag må man derfor kunne si at oppdragsgiver synes å ha et visst rom for å gjøre feil under anskaffelsesprosedyren. Reglene for gjennomføringen av anskaffelsesprosedyren er tidvis kompliserte og selv for profesjonelle aktører må man ha et visst spillerom. Det er verdt å merke seg at kravet til en klar feil er mye mindre enn det som kreves av en vesentlig feil, jf krav om den positive kontraktsrett, jf kap.8.

7.1.2 Vilkår 2: Leverandøren ville ikke deltatt i konkurransen

Vilkåret om at leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom leverandøren hadde kjent til hvordan konkurransen ville blitt gjennomført ble fastslått av Høyesterett i Firesafedommen.

⁶⁸ Dragsten (2005) s. 336 og 337.

⁶⁹ Viser til Rt. 1997 s. 574.

⁷⁰ Amdal (2004) s. 64.

Førstvoterende uttaler at man ikke bør stille strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsansvar ved klare feil og begrunner dette ut i fra reelle hensyn. Til tross for dette ble ikke de forbigåtte anbyderne tilkjent erstatning. Førstvoterende uttalte at:

”Forutsetningen for at de kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, vil derfor i tilfelle måtte være at de overhodet ikke ville ha inngitt anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe ... Kommunen har hevdet at de var kjent med Firesafes delttagelse før de hadde inngitt sine anbud ...

Spørsmålet om anbyderne ikke ville ha deltatt om de var kjent med at de måtte konkurrere med Firesafe, vil måtte prøves ved en hypotetisk betraktning ... En bevisvil bør i tilfelle gå ut over innbyderen. Jeg finner det imidlertid lite tvilsomt at alle de innbudte ville ha deltatt også med Firesafe som konkurrent med dispensasjon fra kravet om lærlingkontrakt ...”

Firesafe-dommen fremstår som klar og i god tråd med de vanlige prinsipper for erstatningsutmåling. Førstvoterende gir uttrykk for et synspunkt som ikke har noen presedens i tidligere underrettspraksis. Rettstilstanden før Firesafe-dommen var nærmest basert på en presumsjon om at leverandørene skal vernes mot tap ved at oppdragsgiver bryter regelverket for konkurransen, slik at det kan tas lettere på kravet til hypotetisk forløp enn det høyesterett gjorde i denne dommen.⁷¹

Etter Firesafe-dommen er det dermed klart at for å få erstattet kostnadene forbundet med utarbeidelsen av et tilbud, så er det et vilkår at leverandøren, dersom han var kjent med hvordan konkurransen ville bli gjennomført, overhodet ikke ville deltatt i konkurransen.⁷²

⁷¹ Krüger (2001) s. 285.

⁷² Viser til sak 2003/86 som eksempel på at klagenemnda legger til grunn vilkårene som er oppstilt i Rt. 1997 s. 574.

7.2 Avlysning og krav om den negative kontraktsinteresse.

Den uomtvistede hovedregelen i norsk rett er at den som inngir seg på kontraktsforhandlinger, eller annen forberedende kontakt med avtale som siktemål, selv bærer risikoen for de utgifter som pådras. Men dersom de nærmere vilkår er oppfylt, kan leverandøren bli tilkjent den negative kontraktsinteressen.

Et krav om negativ kontraktsinteresse kan i visse tilfeller kreves av samtlige deltakere i konkurransen. Dette vil eksempelvis være tilfelle der konkurransen har vært fiktiv. Førstvoterende i Firesafedommen uttalte om dette at det i mange tilfeller ikke vil være særlig tvilsomt at alle anbyderne kan få dekket sin negative kontraktsinteresse og viste til fiktive konkurranser som et tilfelle hvor det ville være helt åpenbart. Det er ikke tillatt for oppdragsgiver å teste markedet og dermed foreligger altså et brudd på regelverket. Dersom leverandørene hadde vært klar over at konkurransen var fiktiv, hadde de selvsagt ikke ønsket å bruke tid og penger på å utforme et anbud, ettersom de uansett ikke vil ha noen reell mulighet til å vinne. Alle leverandørene tilfredsstiller derfor vilkårene for å få tilkjent den negative kontraktsinteresse. En slik situasjon kan eksempelvis også oppstå der det avholdes en konkurranse selv om oppdragsgiver er klar over at finansieringen er usikker, men ikke gjør dette klart for anbyderne.

7.2.1 LG- 2007-137130, Clear Channel mot Bergen kommune

Reklameselskapet Clear Channel Adshel AS reiste krav om erstatning for den negative kontraktsinteresse fra Bergen kommune etter at kommunen avlyste en konkurranse om reklamefinansiering av offentlige serviceinstitusjoner i Bergen sentrum. Bakgrunnen for tvisten var at kommunen utlyste en konkurranse der reklamebyråer skulle få disponere over ulike flater i byrommet mot at offentlige tilbud som buss-skur og bysykler ble betalt. To tilbydere var aktuelle, men Clear Channel ble oppfattet som vinner av konkurransen og kommunen gjennomførte forhandlinger med selskapet. Temaet for konkurransen var kontroversielt, underveis endret flere partier mening og den politiske motstanden mot opplegget vokste, hvilket medførte at bystyret fattet vedtak om å avlyse konkurransen.

Clear Channel anførte at selv om avlysningsgrunnen om et politisk endret syn i seg selv var saklig så burde kommunen ha gjort tilbyder oppmerksom på at det forelå risikomomenter ettersom det manglet nødvendig politisk avklaring. Kommunen mente imidlertid at de ikke hadde noen særskilt opplysningsplikt og at det alltid vil foreligge en generell politisk risiko ved avtaler av den typen saken omhandlet. Tingretten frikjente kommunen under en viss tvil.

Dommen ble deretter anket til lagmannsretten, som kom til det samme resultat som tingretten. Lagmannsretten mente kommunen var overbevist om at det var et solid politisk flertall for å finansiere byrom-møblene gjennom en reklameavtale og at denne overbevisningen hvilte på et forsvarlig vurderingsgrunnlag. Utlysningen var reell og ingen hadde grunn til å se for seg utfallet saken fikk. Det var ikke upåregnelig at temaet for konkurransen var kontroversielt, men det voldsomme engasjementet saken fikk var upåregnelig for kommunen. Lagmannsretten mente også at saken ikke fremstod som så objektivt sett viktig at kommunen burde gått aktivt ut og innhentet opinionens synspunkter i forkant. Et sentralt spørsmål i saken var hvorvidt kommunen hadde plikt til å opplyse Clear Channel om den risiko at det øverste politiske organ kunne stoppe hele prosessen på et eller annet tidspunkt. Lagmannsretten la vekt på at Clear Channel er en meget stor og profesjonell aktør ovenfor det offentlige som selv må bære risikoen for eventuelle forventninger, som måtte forekomme på bakgrunn av manglende alminnelig kunnskap om offentlige beslutningsprosesser. Retten mente at selskapet på bakgrunn av både internasjonal og nasjonal erfaring innenfor samme type virksomhet var nærmere til å ha oversikt over det kontroversielle i sitt produkt, enn kommunen. Lagmannsretten mente at det ikke var en illojal opptreden fra kommunens side når de forutsatte at Clear Channel var kjent med de alminnelige politiske beslutningsprosessene, ettersom avvik fra disse ikke var kommunisert fra kommunens side. Lagmannsretten mente også at Clear Channel burde, dersom de anså det nødvendig med en avklaring før konkurransen ble utlyst, oppfordret til dette av kommunen.

På bakgrunn av at risikoen ikke fremstod som stor nok på tidspunktet for utlysningen av konkurransen og hvordan kunnskapen om risikoen var fordelt mellom partene tilkjente ikke Lagmannsretten Clear Channel erstatning for den negative kontraktsinteresse. Dommen legger et stort ansvar på tilbyder. I denne saken la Lagmannsretten meget stor betydning på forholdet mellom partene. Det er på det rene at slike faktiske forhold kan ha betydning for denne risikovurderingen⁷³, og at Clear Channel er en veldig stor og profesjonell aktør. Likevel synes jeg dommen virker litt streng mot selskapet. Engasjementet som oppstod i anledning denne konkurransen var upåregnelig, slik at når kommunen utlyste konkurransen mente de at den var reell. Til tross for at dette engasjementet var ekstraordinært, er kommunen klar over den politiske prosessen og at endelig politisk klargjøring ikke var tatt. Den aktuelle tvisten kunne vært unngått dersom kommunen hadde opplyst i konkurransegrunnlaget at en slik politisk klargjøring manglet og at konkurransen var forutsatt slik godkjenning. Dette burde vært en enkel sak for kommunen.

7.2.2 Agder lagmannsrett. 2006-5237, Parkerings-selskapet AS mot Sykehuset i Vestfold

I 2006 avsa Agder lagmannsrett en dom vedrørende anbudskonkurranse for parkeringstjenester ved sykehuset i Vestfold. Høsten 2004 utlyste Sykehuset i Vestfold HF en åpen anbudskonkurranse for drift av parkeringsanlegg og tildelte denne kontrakten til Parkerings-selskapet AS måneden etter. Deretter avlyste Sykehuset konkurransen noen måneder senere på grunnlag av at forutsetningene etter utlysningen, men før kontraktsignering, var endret da ledelsen ønsket en innføring av betalingsavgift for de ansatte i tillegg. Den opprinnelige konkurransen gjaldt kun parkering for pasienter og gjester.

⁷³ Dette synes forutsatt i Nucleus-dommen i Rt.2001s. 1062, jf LH-2007-20529. Da skjerpet de faktiske forholdene kravene til oppdragsgivers handlemåte. Her er imidlertid forholdet motsatt, at kravene til oppdragsgiver blir lempet ettersom leverandøren er en meget profesjonell aktør.

Lagmannsretten mente at det å innføre en betalingsavgift for de ansatte, samt utvide betalingen i Larvik og Sandefjord, gjorde at avgiftsgrunnlaget ble vesentlig utvidet og behovet for denne endringen i seg selv måtte tilfredsstillende kravet til saklig grunn. Det sentrale spørsmål var derfor om Sykehuset kunne eller burde ha forutsett denne avlysningsgrunnen. Lagmannsretten konkluderte med at Sykehuset ikke kunne forutsett behovsendringen og la blant annet vekt på at en generelt dårlig økonomi med innsparinger og tiltakspakker ikke burde fått oppdragsgiver til å forutse endringen, som skyldtes at de ansattes organisasjoner temmelig uventet hadde ombestemt seg og til slutt akseptert betalingsparkering. Lagmannsretten uttalte at det er den konkrete årsaken til avlysningen som eventuelt burde vært forutsett. Den generelt dårlige økonomiske situasjonen ga altså ikke noe grunnlag for at Sykehuset burde ha opplyst om et forbehold i konkurransegrunnlaget.

I forhold til alternative handlemåter enn å avlyse konkurransen uttaler retten at det skal mye til for å overprøve oppdragsgiver sin skjønnsmessige vurdering i forhold til driftsmessige og økonomiske konsekvenser av å velge det ene eller andre handlingsalternativ. Lagmannsretten viste til Rt. 2001 s. 473 og la til grunn at oppdragsgivers vurdering måtte godkjennes, så lenge den ikke fremstår som direkte feil eller på noen måte uforsvarlig eller utilbørlig. Lagmannsretten overprøvdde ikke sykehusets vurderinger, til tross for at de erkjente at de ikke hadde foretatt noen avveining mellom parkeringsselskapets interesse i å få oppdraget de allerede hadde blitt tildelt og Sykehusets behov for kun én operatør. Dermed konkluderte lagmannsretten med at oppdragsgiver hadde avlyst konkurransen med bakgrunn i en saklig grunn og at det ikke kunne tilkjennes erstatningsansvar til Parkerings-selskapet AS.

7.2.3 Sak 2009/135, Rent a Rack mot Politiets data- og materialtjeneste

Politiets data- og materialtjeneste, heretter PDMT, gjennomførte en konkurranse om anskaffelse av leielokaler for plassering av IT-utstyr i eksisterende bygg i Oslo. Senere ble konkurransen avlyst fordi det forelå en fare for å foreta en ulovlig direkteanskaffelse etter nærmere gjennomgang av valgte leverandørs kontrakt. Dermed klaget Rent a Rack AS

Politiet inn for klagenemnda. Nemnda kom frem til at det forelå saklig grunn for avlysning, men uttalte likevel at vilkårene for den negative kontraktsrett likevel kunne være oppfylt.

Nemnda viste til tidligere praksis om at det foreligger saklig grunn til avlysning dersom det objektivt sett forelå en saklig grunn til avlysning ved å vise til sak 2008/60 og 2008/216.

Videre viste de til at man må foreta en helhetsvurdering i henhold til retningslinjene fra Rt-2001-473 og uttalte på generelt grunnlag at økonomiske og forretningsmessige grunner generelt sett er saklige. Situasjoner hvor det har oppstått feil som følge av innklagedes eget forhold og der feilen ikke kan repareres ved andre andre tiltak enn avlysning av

konkurransen, må også anses som saklig grunn. Nemnda underbygger denne uttalelsen med tidligere praksis og viser til sak 2008/44 premiss (28). Der uttaler nemnda at *”når en situasjon som dette oppstår som følge av innklagedes egne forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak, vil det riktige være å avlyse konkurransen og starte prosessen på nytt. Det er adgang til å avlyse konkurransen på alle stadier av anskaffelsesprosessen inntil kontrakt er inngått så lenge det foreligger ”saklig grunn”, jf. forskriftens § 22-1.*

Denne uttalelsen må imidlertid forstås slik at oppdragsgiver likevel må betale erstatning, selv om oppdragsgiver ikke har andre muligheter til å rette feilen enn å avlyse konkurransen. Dersom oppdragsgiver kan klandres for den situasjon som er oppstått, vil det normalt ikke foreligge saklig grunn for avlysning, jf. Eidsivating lagmannsretts dom av 7. Desember 2001. Dommen er omtalt tidligere under kap. 4.2.2.4.

Innklagedes ønske om å ivareta anskaffelsesregelverkets krav til kunngjøring med påfølgende prosessuelle regler anses som en saklig grunn dersom risikoen er reell. Nemnda kom frem til at risikoen var reell og at den således ga grunnlag for avlysning av kontrakten. Deretter vurderte de erstatnings spørsmålet og påpekte at man likevel kunne bli erstatningsansvarlig ovenfor tilbyderne dersom den oppståtte situasjonen er selvforskyldt eller ansvarsbetingende. De viste også til synspunktene i LB 2008-135286 angående forutsigbarhet. I den aktuelle saken hadde PDMT allerede før innhenting av tilbud en særlig oppfordring til å vurdere kontraktens klassifisering nærmere ettersom anskaffelsens

art krevde en særskilt tilrettelegging og oppfølging. At tilbudet som kom fra den ene leverandøren ikke var en avtale som var vanlig burde dermed ikke fremstått som uventet.

Nemda konkluderte med at de antok at vilkårene for den negative kontraktsrett var oppfylt. Avslutningsvis uttalte nemnda at de ikke finner grunn til å uttale seg for å kreve erstatning for den positive kontraktsoppfyllelse også er oppfylt. Det at nemda nevner den positive kontraktsinteresse i dette tilfellet, der de mener det objektivt sett foreligger saklig grunn, kan tyde på at nemnda er i ferd med å bevege seg nærmere den øvrige rettspraksis i vurderingen av saklig grunn og erstatning knyttet til dette. I utgangspunktet har nemda kun forespeilet at det kan bli aktuelt med erstatning for negativ kontraktsinteresse, der erstatningsplikten oppstår som følge av at avlysingsgrunnen burde vært forutsett. Når nemda her nevner den positive kontraktsinteresse kan de virket som om de legger an til en konkret vurdering, der de også er åpne for at det kan forekomme erstatning for den positive kontraktsrett.

8 Positiv kontraktsinteresse

Erstatning for den positive kontraktsinteresse, også kalt oppfyllelsesinteressen, skal stille leverandørene som om de hadde blitt tildelt oppdraget. Leverandøren skal altså få erstattet fortjenesten og annet tap som følge av feilen, slik at han blir stilt som om han hadde vunnet konkurransen og blitt tildelt oppdraget. Eksempler på annet tap kan være utgifter til advokat- og konsulentbistand. Også her er det altså en forutsetning at det foreligger et økonomisk tap.

Det var lenge usikkert hvorvidt en leverandør hadde krav på å få dekket den positive kontraktsinteresse dersom han kunne sannsynliggjøre at han ville ha fått kontrakten ved en korrekt anvendelse av regelverket. Dette fikk en etterlengtet avklaring av Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus). Den tradisjonelle lære om krav på den negative kontraktsrett ga

kun krav på erstatning for kostnader som i utgangspunktet er relativt beskjedne.⁷⁴ Dette gjorde det lite aktuelt å gå til domstolene selv ved klare regelbrudd. Derfor har vi ikke spesielt mye praksis på dette området. Høyesteretts standpunkt i Nucleus-dommen innebærer imidlertid at erstatningsbeløpet vil kunne bli betydelig. Følgelig ser vi også at det etter denne dommen er kommet flere nye relevante dommer angående den positive kontraktsrett.

8.1 Rt 2001 s. 1062 Nucleus

Bakgrunnen for dommen var en anbudskonkurranse Møre og Romsdal fylkeskommune avholdt i 1995. Konkurransen gjaldt et prosjekteringsoppdrag hvor det skulle bygges et nytt psykiatrisk senter ved fylkessykehuset. Ni anbydere som var prekvalifisert for oppdraget deltok i konkurransen, herunder Nucleus og Tom Ottar Arkitektkontor AS. Resultatet ble at Tom Ottar ble tildelt oppdraget. Nucleus hevdet imidlertid at fylkeskommunen hadde begått flere grunnleggende saksbehandlingsfeil ved tildelingen, og at Nucleus ville fått oppdraget dersom anbudsreglene hadde vært anvendt på en korrekt måte.

Nucleus gikk til sak mot fylkeskommunen med krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen. I Herredsretten fikk Nucleus medhold i at fylkeskommunen hadde begått saksbehandlingsfeil og at kontrakten ville ha blitt tildelt Nucleus dersom regelverket hadde vært anvendt korrekt. Retten vurderte saksforholdet slik at vilkårene for erstatning etter de alminnelige erstatningsrettslige regler var oppfylt. Likevel fikk Nucleus kun medhold i kravet om erstatning for kostnadene ved å delta i konkurransen, ikke for sitt fortjenestetap. Begrunnelsen var den tradisjonelle læren om at Nucleus ikke hadde noe ”rettskrav” på å få tildelt kontrakten.

⁷⁴ Viser imidlertid til Clear Channel saken, hvor leverandøren fremsatte et krav for erstatning på den negative kontraktsinteresse på lydende kr 5.236 157,- Denne saken viser at det kan være store beløp tilknyttet leverandørens arbeid med å utarbeide et tilbud.

Avgjørelsen ble påanket til lagmannsretten, som var enige med herredsretten i at fylkeskommunen hadde begått saksbehandlingsfeil og at disse feilene var avgjørende for at Nucleus ikke ble tildelt kontrakten. Lagmannsretten kom derimot frem til et annet resultat enn herredsretten. Lagmannsretten mente at så lenge vilkårene etter de alminnelige erstatningsregler er oppfylt hadde Nucleus krav på å få tilkjent erstatning for sitt fortjenestetap.

Deretter anket fylkeskommunen saken inn for Høyesterett, og fastholdt at det ikke var begått noen saksbehandlingsfeil. Videre anførte de at det ikke var grunnlag i norsk rett til å tilkjenne Nucleus erstatning for den positive kontraktsrett og viste til den tradisjonelle lære som Herredsretten hadde lagt til grunn. Høyesterett holdt fast ved at lagmannsrettens dom var korrekt, og avgjorde dermed dette viktige spørsmålet i en enstemmig avgjørelse.

I Nucleus-dommen ble det altså klart at leverandører kunne kreve tilkjent den positive kontraktsrett, etter nærmere bestemte vilkår. Dommen fastslo at det må være begått vesentlige feil og at det må foreligge en klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått.

8.1.1 Vilkår 1: Vesentlige feil

I dommen ble det uttalt følgende:

”Det må vere et visst rom for feil ved vurderingen av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet være at det må vere vesentlige feil. I vurderinga av om ein feil er vesentlig, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, type av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.”

Hva som kan sies å være en vesentlig feil, må vurderes ut i fra det konkrete saksforholdet. Førstvoterende i Nucleus-dommen uttaler videre det må tas hensyn til størrelse på feilen,

type feil og hvor mye man eventuelt kan klandre oppdragsgiveren.⁷⁵ Ved å se på praksis kan man finne flere slike momenter som kan ha betydning for vurderingen. I det følgende vil jeg redegjøre for momenter som vil være relevante i denne vurderingen. Denne fremstillingen er imidlertid ikke uttømmende, hver sak må vurderes konkret.

Hvorvidt feilen har innvirket på om feil leverandør har fått tildelt kontrakten er et moment som vil kunne være relevant, ettersom det vil ha betydning for feilens karakter. Samtidig er det viktig å understreke at dette innehar elementer av vurderingen av årsakssammenheng⁷⁶

Samlet sett kan det være avgjørende om det er begått en eller flere feil. Dersom det er begått flere små brudd på regelverket, kan dette til sammen være av en slik karakter at det likevel må sies å være en vesentlig feil.

Normalt vil det utgjøre en vesentlig feil dersom det foretas vilkårlige vurderinger eller usakelige hensyn.⁷⁷ Oppdragsgiver kan ta feil av de faktiske forhold. Dreier det seg om enkle forhold, vil dette tale for at det foreligger en vesentlig feil. På motsatt side vil feilvurderinger av kompliserte faktiske forhold være et moment som taler for at feilen ikke kan sies å være vesentlig, jf. Nucleus-dommen.

Faktiske forhold kan skjerpe kravet til oppdragsgivers handlemåte slik at det skal mindre til for å konstatere at det foreligger en vesentlig feil. I Nucleus-dommen ble det lagt vekt på at oppdragsgiver var en stor og profesjonell byggherre, som burde kjenne de grunnleggende kravene i regelverket.

Kompliserte og innfløkte regler kan også være et moment som taler for at feilen ikke er vesentlig, jf. Nucleus-dommen. Der uttales det at det må være et visst rom for feilvurderinger med hensyn til regelverket. Dette ble også senere lagt til grunn i Rt-2008-

⁷⁵ Rt. 2001 s. 1062 (s. 17)

⁷⁶ Dragsten s 324.

⁷⁷ Viser til klagenemndas saker 2003/21 og 2003/165, hvor det ble tatt usakelige hensyn.

1705⁷⁸ der løsningen av rabattspørsmålet ikke var opplagt og at vegvesenet derfor ikke kunne klandres for sin håndtering. Dommene viser altså at rettsvillfarelse kan innebære at feilen ikke er vesentlig.

8.1.2 Vilkår 2: Klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren vill ha blitt tildelt oppdraget

Det må foreligge en klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått tildelt oppdraget dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen. Dette vilkåret for erstatning for den positive kontraktsinteresse setter krav til årsakssammenheng. Feilen må med klar sannsynlighetsovervekt ha forårsaket at leverandøren ikke fikk oppdraget. På dette området foreligger det altså et strengere krav til årsakssammenheng enn normalt, i den alminnelige erstatningsretten. Der er sannsynlighetsovervekt tilstrekkelig. I uttrykket klar sannsynlighetsovervekt ligger det at det må være godt over 50 % sannsynlig at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått.⁷⁹

Tildelingen av et oppdrag kan enten skje ut i fra lavest mulig pris eller i henhold til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Vurderingen av kravet til sannsynlighetsovervekt vil være svært forskjellig avhengig av hvilke tildelingskriterier som er brukt.

Ved tildeling i henhold til lavest mulig pris er det kun prisen som vil være avgjørende for valg av leverandør, jf. anskaffelsesforskriften §§10-2 og 17-2 og forsyningsforskriften § 30. Da er det altså en klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren skulle hatt oppdraget, dersom vedkommende har tilbudt den laveste prisen.

Ved tildeling i henhold til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet blir vurderingen mer komplisert. Her er ikke tilbudets pris alene avgjørende for valg av leverandør, jf. anskaffelsesforskriften §§ 10-2 og 17-2 og forsyningsforskriften § 30. For å avgjøre om det foreligger sannsynlighetsovervekt må man gjøre en konkret vurdering på bakgrunn av en

⁷⁸ Dommen er omtalt nærmere i kap 8.2.

⁷⁹ Dragsten (2005) s 326.

fortolkning av det aktuelle konkurransegrunnlaget, tildelingskriteriene og leverandørens tilbud. Dermed vil det være vanskeligere å bevise at vilkåret er oppfylt dersom tildelingskriteriene er kompliserte og mye er overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁸⁰ På den annen side vil oppdragsgiver ofte ha foretatt en vurdering som viser rekkefølgen, slik at man kan bygge på denne. Derfor vil det gjerne være enklere å påvise årsakssammenheng på et sent tidspunkt i konkurransen, etter at oppdragsgiver har foretatt sine vurderinger av tilbyderne.

8.2 Nyere rettspraksis

Kriteriene for å få tilkjent den positive kontraktsinteressen er lagt til grunn i all senere praksis. Standpunktet er fulgt av retten i Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) og Rt. 2008 s. 1705.

Bakgrunnen for Reno-Vest dommen var en anbudskonkurranse om innsamling av husholdningsavfall. SB Transport AS ble tilkjent 1,5 millioner i erstatning for den positive kontraktsrett etter at Reno-Vest tildelte kontrakten til sitt datterselskap. Høyesterett konkluderte med at rolleblanding, sett i sammenheng med andre saksbehandlingsfeil utgjorde vesentlige feil i anbudskonkurransen.

I Rt. 2008 s. 1705 hadde Statens vegvesen gjennomført to konkurranser om vedlikehold av E18 i Vestfold og Telemark. Konkurransene ble utlyst uavhengig av hverandre. En av leverandørene leverte inn tilbud i begge konkurransene og tilbød en rabatt på 5 % i det ene tilbudet dersom leverandøren ble tildelt begge oppdragene. Leverandøren var den mest økonomisk fordelaktige i den konkurransen hvor de ikke hadde tilbudt rabatt og etter at denne kontrakten ble inngått ble de også det mest økonomisk fordelaktige tilbudet ved den andre kontrakten, under forutsetning av rabatten på 5 %. Det sentrale spørsmålet i saken var altså om det var adgang til å legge vekt på rabatten og om en feilaktig vektlegging av

⁸⁰ Viser til sak LA-2006-5237 der lagmannsretten ikke overprøvde oppdragsgivers skjønn. Lagmannsretten uttalte at det skal mye til for å overprøve oppdragsgivers vurderinger i forhold til driftsmessige og økonomiske konsekvenser.

rabatttilbudet kunne utløse en erstatningsplikt. Høyesteretts flertall konkluderte med at kravet til likebehandling og forutberegnelighet, jf. anskl. § 5, tilsa at det ikke var adgang til å ta hensyn til et slikt rabatt-tilbud. Samtidig kom de til at saksbehandlingsfeilen ikke kunne gi grunnlag for erstatning på den positive kontraktsrett, selv om feilen innebar et brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten. Feilen var altså ikke vesentlig fordi den gjaldt tolkningen av kompliserte regler, jf. Nucleus-dommen. Løsningen av rabattspørsmålet var ikke opplagt og Vegvesenet kunne ikke klandres for sin handlemåte.

8.3 Avlysning og krav om positiv kontraktsrett.

Krav om positiv kontraktsinteresse kan naturligvis bare kreves av en leverandør. Det vil aldri oppstå en situasjon hvor to leverandører vil få medhold i en slik erstatning.

Som nevnt innledningsvis har vi forholdsvis nylig fått en avklaring på hvorvidt en leverandør kan kreve erstattet den positive kontraktsinteresse, jf. Nucleus-dommen. Det finnes derfor ikke så mange dommer som omhandler spørsmålet om avlysning av konkurranser og erstatning for den positive kontraktsinteressen. På den annen side har det blitt avsagt noen dommer som inneholder interessante betraktninger med hensyn til erstatning for den positive kontraktsinteresse som følge av avlysning.

8.3.1 RG 2007 s. 1390, Rødne & Sønner AS mot Troms fylkeskommune

Denne dommen gjaldt en anbudskonkurranse om levering og drift av kombinert rute-, ambulanse- og legeskyssbåt i Nord-Troms. L. Rødne og Sønner AS (heretter Rødne), en av landets største hurtigbåtrederier, leverte inn et tilbud. Troms fylkeskommune avlyste konkurransen i mars 2003, men opplyste samtidig om at det ville bli avholdt en ny konkurranse i løpet av noen dager. Ny konkurranse ble imidlertid ikke utlyst før i november samme år. Da kom det inn tre tilbud, som alle hadde deltatt i den første konkurransen og oppdraget ble tildelt TFDS. Deretter gikk Rødne til sak mot Troms fylkeskommune med et prinsipielt krav om erstatning for den positive kontraktsrett og subsidiært for den negative kontraktsinteressen på grunnlag av at det forelå en usakelig

avlysning. Rødne fikk ikke medhold av tingretten, og anket derfor avgjørelsen til lagmannsretten.

Det sentrale spørsmål i saken er derfor om avlysningen var saklig. Lagmannsretten tok utgangspunkt i uttalelsene til Dragsten og Lindalen ⁸¹ og mente at det etter en helhetsvurdering var klart at avlysningen var usaklig. Grunnlaget for at avgjørelsen var usaklig var at Troms fylkeskommune i sin helhet bygde beslutningen på et utenforliggende hensyn. I følge lagmannsretten måtte derfor avlysningen karakteriseres som forretningsmessig uforsvarlig. Videre mente lagmannsretten at saksbehandlingen fremstod som uforsvarlig og at situasjonen som fylkeskommunen mente hadde oppstått var selvforskyldt. Dersom fylkeskommunen mente at det fantes politiske forutsetninger for anbudskonkurransen som satte bestemte krav til reservebåtløsningen, måtte de ta dette med i konkurransegrunnlaget. Ønsket om endring i konkurransegrunnlaget var ikke en følge av etterfølgende omstendigheter som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Det var en tolkning av politiske vedtak som forelå før anbudsinnbydelsen. Det var derfor innenfor oppdragsgivers kontroll og myndighet å avklare hva slags løsning man ønsket før anbudskonkurransen ble utlyst.

Etter å ha fastslått at avlysningen var usaklig begrunnet viste lagmannsretten til Nucleusdommen og uttalte at det stilles ytterligere krav for å få tilkjent den positive kontraktsrett, nemlig at feilen er vesentlig og leverandøren viser at det med klar sannsynlighetsovervekt var den aktuelle leverandøren som ville fått oppdraget.

Lagmannsretten mente at feilen var vesentlig. Grunnlaget for dette var at konkurransen ble avlyst på et sent stadium, at avlysningen berodde på forhold som var inntrådt før anbudsinnbydelsen og at den heller ikke berodde på feiltolkning av innfløkte regler eller vanskelige faktiske forhold. Den usaklige avlysningen førte til at nye anbud måtte utarbeides, med en mulighet for nye og endrede anbud. Feilens størrelse, type og

⁸¹ Viser til kapittel 4 ovenfor, hvor disse uttalelsene er omtalt nærmere.

konsekvenser samt graden av skyld på oppdragsgivers side gjorde at feilen samlet måtte anses som vesentlig.

Det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at Rødne ville blitt tildelt kontrakten. Det vil gjennomgående være vanskelig å føre bevis for at en anbyder ville fått oppdraget dersom ikke feilen hadde blitt begått. I denne saken hadde imidlertid fylkeskommunen erkjent at Rødne ville blitt tildelt kontrakten dersom ikke konkurransen hadde blitt avlyst. Dermed slapp retten å gå nærmere inn på denne vanskelige vurderingen. Også dette vilkåret var dermed oppfylt.

Avslutningsvis uttalt retten at det forelå ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng før de gikk inn på vurderingen om det forelå et økonomisk tap. Dommen var enstemmig og konkluderte med at Troms fylkeskommune måtte betale Rødne tre millioner kroner for den positive kontraktsrett, i tillegg til saksomkostninger.

Dommen fremstår som meget klar og tydelig og i tråd med rettstilstanden. Dommen er enstemmig vedtatt. Anke til Høyesterett ble senere nektet fremmet.

8.3.2 Dom av Sør-Trøndelag tingrett av 20.10.2009

Hemne kommune kunngjorde en begrenset plan- og designkonkurranse ettersom kommunen hadde behov for et nytt rådhus. Kommunen avlyste senere konkurransen på grunnlag av at man ved en fornyet vurdering kom til at man heller ville rehabilitere det gamle rådhuset. Retten kom fremt til at vilkårene for den positive kontraktsrett var oppfylt og tilkjente Arkitektfirmaet L2 Arkitekter AS krav om den positive kontraktsinteresse.

Kommunen valgte med åpne øyne å prioritere et nytt rådhus i stedet for blant annet skoler da de utlyste konkurransen. På grunnlag av denne omprioriteringen er det på det rene at prosjektet var gjennomførbart da kommunen utlyste konkurransen. Når kommunen senere prioriterer på en annen måte og dette fører til en avlysning av konkurransen, uten at det skyldtes uforutsette kostnader eller inntektssvikt må de betale erstatning for den positive

kontraktsinteresse. Dette gjelder selv om avlysningsgrunnen objektivt sett var saklig og at erstatningsansvaret oppstår som følge av at det dreier seg om forhold som burde vært forutsett da konkurransen ble utlyst. Det sentrale er at prosjektet om nytt rådhus uansett var gjennomførbart og at kommunen derfor må ta konsekvensene av det med å måtte betale oppfyllelsesinteressen til L2 Arkitekter, som var rettmessig vinner av kontrakten.

Retten uttalte at det ikke kunne være tvilsomt at avlysningen av konkurransen var en vesentlig feil. I forhold til L2 Arkitekter AS kan man neppe tenke seg en større feil ettersom feilen, avlysningen, førte til at arkitektfirmaet gikk glipp av prosjektkontrakten. Dette er muligens noe spesielt for plan- og designkonkurranser. De leverandørene som innleverer tilbud bruker mye tid og ressurser på å utarbeide tilbud som skal innleveres. Samtidig peker retten her på et meget viktig punkt for sammenhengen mellom avlysning og erstatning. Dersom det ikke foreligger saklig grunn til avlysning vil det normalt medføre at vilkåret om at feilen må være vesentlig er oppfylt. Det at leverandøren ikke får tildelt kontrakten på den konkurransen de har vunnet vil normalt medføre store konsekvenser for tilbyderne. I tilfeller der konkurranser er blitt avlyst uten saklig grunn er det derfor spørsmålet om hvorvidt leverandøren ville blitt tildelt kontrakten som normalt vil være det sentrale vurderingstemaet, under forutsetning av at de øvrige vilkår for erstatning foreligger.

Dommen inneholder viktige synspunkter i forhold til avlysning av konkurranser og erstatning. Den fremstår som klar og tydelig da den støtter synspunktene fra den juridiske teori og praksis.

9 Oppsummering.

Erstatningsrettslige spørsmål i tilknytning til avlysning er meget vanlige. Anbydere pådrar seg ofte betydelige utgifter med å utarbeide anbud, og disse må inntjenes på de kontrakter

anbydernes vinner i den varige konkurransesituasjon virksomheten må leve under. De oppdrag det konkurreres om er mangfoldige. De kan være av svært ulik art både når det gjelder varighet og økonomisk omfang. Felles for leverandørene er at de uansett bør ha rett til å stole på at oppdragsgiveren legger det kunngjorte regelsettet til grunn i sin avgjørelse.

Oppdragsgiver er i utgangspunktet den profesjonelle part og det stilles således strenge krav til oppdragsgivers handlemåte. Samtidig er det understreket at regelverket til tider er meget komplisert og at dette kan lempe oppdragsgivers krav.

Forholdet mellom den positive og negative kontraktsinteressen, er at dersom vilkårene ikke er tilstede for den positive kontraktsinteresse, kan likevel anbyder bli tilkjent den negative kontraktsinteresse dersom avlysningen ikke var saklig begrunnet. Hvorvidt det er grunnlag for negativ eller positiv kontraktsinteresse må vurderes konkret. Riktignok ville oppdragsgiver gjerne ikke ha gjennomført konkurransen dersom de hadde forutsett de forhold som senere resulterte i avlysning. I så fall er det den negative kontraktsinteresse som er aktuelt. Lagmannsrettsdommen fra Sør-Trøndelag viser imidlertid at resultatet kan bli erstatning for den positive kontraktsinteresse når de legger til grunn at kommunen bevisst valgte å omprioritere i etterkant av utlysningen.

Jeg synes det er uheldig at nemnda har benyttet en annen begrepsbruk enn det som ellers forekommer i juridisk teori og praksis. På den annen side blir resultatet ofte det samme. Alikevel ville det trolig vært en fordel dersom nemnda hadde uttalt seg på lik linje med den øvrige rettspraksis. Nemndas praksis er svært lett tilgjengelig og følges ofte av aktørene i prosessen. Da vil det være klarere for partene hva som ligger i kravet til saklig grunn og hva som eventuelt kan medføre et erstatningsansvar.

Det korrekte må antagelig være å legge til grunn forskriftens system der saklighetskravet innebærer at både avgjørelsen av om å avlyse skal være objektivt sett saklig og at denne heller ikke kunne forutses, eventuelt at det er tatt spesifikt forbehold om avlysningsgrunnen

i konkurransegrunnlaget. Da er resultatet at dersom avlysningen er saklig foreligger det ingen erstatningsplikt.

I klagenemndas sak 2009/135 viser nemda også til den positive kontraktsrett. Denne uttalelsen kan tyde på at nemnda er på vei til å tilpasse begrepsboken til den øvrige rettspraksis. I løpet av de siste årene har det kommet flere sentrale dommer innenfor anskaffelsesrettens spørsmål knyttet til avlysning, senest dommen fra Sør-Trøndelag tingrett. Denne dommen fremstår som klar og tydelig. Dermed gjenstår det å se hvordan nemnda vil følge denne ved vurderingen av saklighetskravet i tiden fremover.

Litteraturliste

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser. Kommentanutgave. Bind 1, Oslo*. Universitetsforlaget, 2005.

Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentanutgave*. 2. utg. Oslo, 2004.

Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt ansvar*. Universitetsforlaget, 2007

Artikler:

Myhre, Robert. *Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteresse*. Lov og rett 2005 s. 550.

Krüger, Kai. *Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurransen - fra "Firesafe" 1997 til "Nucleus" 2001*. Jussens venner nr. 05 og 06 – 2001.

Lover

Lov om offentlige anskaffelser av 16. Juli 1999 nr 16

Forskrifter

FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser

FOR 2006-04-07 nr 403:

FOR 2002-11-15 nr 1288: Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forarbeider

NOU

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser.

Direktiver

EF 2004/18

EF 2004/17

Rettsavgjørelser

Høyesterett

HR-2008-02134

Rt. 2008 s. 1705 (Statens vegvesen)

Rt. 2007 s. 983 (Reno-vest)

Rt. 2001 s. 473 (Concord)

Rt. 2001 s. 62 (Nucleus)

Rt. 1997 s. 547 (Firesafe)

Rt.

Lagmannsrettene

LB-2008-135286

LH-2007-20529

LG-2007-137130

LG-2007-135920

LA-2006-5237

LB-2005-1515

Tingrettene

Dom avsagt 20.10.2009 i Sør-Trøndelag tingrett

Avgjørelser fra klagenemnd for offentlige anskaffelser

Kofa 2009/135

Kofa 2008/209

Kofa 2008/116

Kofa 2008/97

Kofa 2008/78

Kofa 2008/44

Kofa 2008/16

Kofa 2008/14
Kofa 2006/60
Kofa 2007/77
Kofa 2007/71
Kofa 2007/70
Kofa 2006/157
Kofa 2006/129
Kofa 2006/115
Kofa 2006/27
Kofa 2004/165
Kofa 2004/65
Kofa 2004/11
Kofa 2004/1
Kofa 2003/165
Kofa 2003/86
Kofa 2003/75
Kofa 2003/57
Kofa 2003/21
Kofa 2003/3

Avgjørelser fra Næringslivets forum for offentlige anskaffelser

Sak 97/4

Nettdokumenter:

www.kofa.no

www.kofa.no/index.php?id=3&resource_id=12

www.kofa.no/index.php?id=3&resource_id=12

www.kofa.no/index.php?id=4&resource_id=17

10 Lister over tabeller og figurer m v