

UiO : **Det juridiske fakultet**

Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser

Kandidatnummer: 568

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 15 632



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	Presentasjon av problemstilling	2
1.2	Avgrensninger	4
1.3	Videre fremstilling	5
2	RETTSKILDER OG METODE	5
3	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET.....	7
3.1	Lov om offentlige anskaffelser § 11	7
3.2	Generelt om erstatning	9
3.2.1	Forholdet til alminnelig ulovfestet erstatningsrett	9
3.2.2	Generelt om vilkårene for erstatning.....	10
3.2.3	Forholdet til den negative kontraktsinteresse.....	12
3.3	Forpliktelser etter EØS-avtalen	13
3.3.1	Direktivene og praksis.....	13
3.3.2	Forholdet til terskelverdiene	14
4	POSITIV KONTRAKTSINTERESSE.....	15
4.1	Utvikling i rettspraksis.....	15
4.2	Et komparativt blikk	18
4.3	Ansvarsgrunnlag	20
4.3.1	Utgangspunktet	20
4.3.2	"Vesentlig feil"	21
4.3.3	Rettsvillfarelse som unnskyldningsgrunn	24
4.3.4	Forholdet til EU/EØS-retten	26
4.3.5	Konklusjonen i norsk rett	33
4.4	Økonomisk tap og utmåling	34
4.5	Årsakssammenheng	36
4.5.1	Forholdet til EU/EØS-retten	38
4.5.2	"Klar sannsynlighetsovervekt"	38
4.6	Medkontrahentens rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse ved kontrakter som kjennes "uten virkning"	41
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	44
6	KILDER	46

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling

Regelverket for offentlige anskaffelser regulerer hvordan det offentlige skal gjennomføre innkjøp. Anskaffelsesregelverket er gjennomført som en følge av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Regelverket innebærer bestemte prosedyrer som det offentlige må følge ved innkjøp av varer og tjenester. Offentlig sektor er en stor innkjøper av varer og tjenester, og forvalter dessuten samfunnets felles ressurser. Derfor er det særlig viktig at disse ressursene blir brukt på en måte som er effektiv og i samsvar med en høy forretningsetisk standard.¹ I 2014 kjøpte offentlig sektor varer og tjenester for ca. 462 milliarder kroner.² Det sier noe om regelverkets betydning og omfang.

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (heretter LOA), og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402(FOA) utgjør Norges gjennomføring av EUs direktiv om offentlige anskaffelser i den klassiske sektor(Kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider). Forskriften angir de nærmere reglene for gjennomføringen av anskaffelsene. I tillegg finnes det egne forskrifter for forsyningssektoren(vann, energi, transport og posttjenester) og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.³ Offentlige anskaffelser blir ansett som et viktig område under hovedreglene om de fire friheter og fri konkurranse.⁴ Regelverket har derfor hatt stor betydning i utviklingen av det frie marked.

Formålet bak regelverket for offentlige anskaffelser er at det skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser. Regelverket skal også bidra til å ivareta integriteten til det offentlige, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. LOA § 1.

Oppdragsgiver skal så langt det er mulig bygge sine anskaffelser på konkurranse, jf. LOA § 5 andre ledd. Dette innebærer at anskaffelsene skal offentliggjøres, og gjennomføres etter en formalisert prosedyre som skal hindre vilkårlighet, korrupsjon og favorisering. Målet er at leverandøren med det beste tilbudet skal vinne konkurransen. De nærmere reglene om hvordan anskaffelser skal foretas, finner vi i forskriftene til loven. De fleste anskaffelser foretas gjennom en anbudskonkurranse, der oppdragsgiver innbyr interesserte leverandører til

¹ Jf. LOA § 5

² Statistisk Sentralbyrå, se lenke i kildeliste

³ FOR-2006-04-07-403 og FOR-2013-10-04-1185

⁴ NOU:2010:2 s. 29

å komme med tilbud. Anskaffelsesretten regulerer blant annet hvordan disse konkurransene skal gjennomføres. Leverandørene som deltar i konkurransen investerer både tid og penger for å delta i konkurransen, og dermed oppstår spørsmålet om leverandører som ikke fikk kontrakten kan kreve erstatning dersom konkurransen ikke er gjennomført i samsvar med anskaffelsesregelverket.⁵ Det er altså som regel leverandører som ikke nådde opp i konkurransen om en offentlig kontrakt som påberoper seg feil i anskaffelsesprosessen som grunnlag for å kreve erstatning fra oppdragsgiveren.⁶

I anskaffelsesrettslig sammenheng er en oppdragsgiver *statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer*, jf. LOA § 2. Offentligrettslige organer er organer som er forpliktet til å overholde regelverket for offentlige anskaffelser,⁷ for eksempel bedrifter som er kontrollert av et statlig organ. I denne oppgaven vil det alltid være oppdragsgiver som er skadevolderen, og leverandøren som er den skadelidte, fordi det er feil fra oppdragsgivers side som vil være et eventuelt grunnlag for erstatning. Dersom leverandøren bryter anbudsreglene er rettsvirkningen at hun skal eller kan avvises, jf. FOA § 11-10, 11-11, § 20-12 og § 20-13. Dersom leverandøren misligholder kontrakten er det de alminnelige reglene om erstatning i kontrakt som kommer til anvendelse. Uttrykket leverandør brukes om alle som har inngitt tilbud i konkurransen, altså både potensielle leverandører og den som faktisk har vunnet konkurransen og dermed skal levere noe til oppdragsgiver.

Etter LOA § 11 kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig for tap lidt som følge av brudd på loven eller tilhørende forskrifter. Hovedhensikten med reglene om erstatning, er at den materielle anskaffelsesretten skal kunne etterleves effektivt.⁸ Det er behov for å ha noen sanksjoner mot oppdragsgiver, dersom hun ikke opptrer korrekt. I tillegg er det et formål å gjenopprette den skaden som har skjedd, slik at leverandørene ikke lider tap som følge av feil som oppdragsgiver har begått.

Det fremgår ikke av loven konkret hvilke tap som kan dekkes, men dette følger av rettspraksis. Dersom oppdragsgiver bryter regelverket for offentlige anskaffelser kan hun bli ansvarlig enten for den positive kontraktsinteressen, for den negative kontraktsinteressen, eller for utgifter i forbindelse med å stanse en ulovlig direkte anskaffelse.⁹ Negativ kontraktsinteresse innebærer at leverandøren skal få dekket alle sine utgifter ved å delta i

⁵ Myhre (2005) s. 550

⁶ NOU:20102 s. 174

⁷ Dragsten(2013) s. 51

⁸ NOU:2010:2 s. 50

⁹ Jf. Rt. 2008 s. 982(Catch Communications)

konkurransen. Positiv kontraktsinteresse innebærer at leverandøren skal stilles som om hun har fått kontrakten, altså krever vedkommende erstatning for tapt profitt. Dersom leverandøren får erstattet den positive kontraktsinteressen innebærer dette at hun får en langt høyere sum enn hun ville fått om hun bare fikk erstattet den negative kontraktsinteressen. Derfor er det svært viktig både for leverandør og for oppdragsgiver om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse foreligger eller ikke. Det er den positive kontraktsinteresse som er tema for denne oppgaven.

Opgavens problemstilling blir hvilke vilkår som må være oppfylt for at leverandøren skal ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Selv om oppdragsgiver begår en feil i en anskaffelsesprosess kan feilen bli uten erstatningsrettslig betydning fordi vilkårene for erstatning ikke foreligger.¹⁰ Etter tradisjonell erstatningsrett kan det oppstilles tre vilkår: Ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom det erstatningsbetingende forhold og det økonomiske tapet. Det er særlig ansvarsgrunnlaget som er interessant å se på, blant annet fordi det kan stilles spørsmålstegn ved graden av skyld som kreves og om Høyesteretts praksis er i samsvar med EU-retten. Derfor vil hovedvekten i oppgaven ligge på ansvarsgrunnlaget.

1.2 Avgrensninger

Brudd på regelverket for offentlige anskaffelser kan føre til flere typer sanksjoner, for eksempel søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning(FOA § 22A-1), søksmål om å avkorte en kontrakt, eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr(FOA § 22A-2). Det er kun erstatning som behandles i det følgende.

Opgaven fokuserer på erstatning for positiv kontraktsinteresse. Negativ kontraktsinteresse vil bare bli behandlet for å belyse sammenhenger.

Det finnes egne direktiver og forskrifter for forsyningssektoren og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.¹¹ Reglene er stort sett de samme, men forsyningsdirektivet har en egen bestemmelse om erstatning. Oppgaven vil ikke behandle disse spørsmålene nærmere, men vil fokusere på anskaffelser i den klassiske sektor. Det er fordi det er i denne sektoren de fleste anskaffelser foretas, og det er uansett ikke er store forskjeller i regelverket.

¹⁰ Krüger(2001) s. 261

¹¹ FOR-2006-04-07-403 og FOR-2013-10-04-1185

1.3 Videre fremstilling

Først vil jeg fortelle kort om metodebruken for oppgaven, og det som er særskilt for rettskildebruken i denne sammenheng. Deretter følger en generell innføring i erstatningsrett og LOA § 11, før jeg går over til å behandle erstatning for positiv kontraktsinteresse. Jeg vil behandle de tre vilkårene for erstatning: ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng.

Håndhevelsesdirektiv 2007/66/EF, som endrer direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF påla Norge å innføre nye bestemmelser om sanksjoner som har reist nye problemstillinger i forhold til den positive kontraktsinteresse, og dette vil jeg ta for meg i slutten av oppgaven. Til slutt vil jeg foreta avsluttende bemerkninger.

2 Rettskilder og metode

Anskaffelsesretten er i stor grad en gjennomføring av direktiver gitt av EU, og dette har betydning for tolkningen.¹² EØS-avtalen forplikter Norge til å gjennomføre direktiver som faller inn under avtalen, og Norge er dermed forpliktet til å følge fremgangsmåtene for anskaffelser som følger av EU-retten. Reglene som gjennomføres på bakgrunn av EU-retten har forrang foran andre norske rettsregler, dersom det foreligger motstrid mellom reglene, jf. EØS-loven § 2.

EU har vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv, 2014/24/EU, som blir gjennomført i år. For å gjennomføre disse endringene har regjeringen fremmet forslag om ny lov om offentlige anskaffelser den 22. januar 2016. Denne er nå til behandling i Stortinget, og stortingsvedtak forventes å foreligge i midten av juni. I denne forbindelse vil også ny forskrift for offentlige anskaffelser bli vedtatt. I tillegg finnes det egne direktiver for forsyningssektoren og forsvarsanskaffelser, og tilhørende forskrifter til disse vil også bli endret. Det er oppdragsgivers brudd på dette regelverket som eventuelt vil kunne føre til et erstatningskrav fra forbigåtte leverandører. Endringene medfører så langt jeg vet ingen betydning for vilkårene for erstatning.

Det er håndhevelsesdirektivet som regulerer virkningene av brudd på offentlige anskaffelser. Håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF *om forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i*

¹² Dragsten(2013) s. 4

forbindelse med inngåelse af offentlige kontrakter, som endrer direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF, er implementert med virkning i Norge fra 2012.¹³ Reglene om offentlige anskaffelser kan håndheves på forskjellige måter, der de viktigste er å bringe saken inn til KOFA eller domstolene.

Direktivet stiller krav til at anskaffelsesreglene skal kunne håndheves effektivt, blant annet skal skadelidte ha adgang til å kreve erstatning,¹⁴ men direktivet stiller ellers ikke krav til den nasjonale erstatningsretten. De nye reglene aktualiserer nye erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært oppe i norsk rett. Det gjelder særlig når en inngått kontrakt kjennes uten virkning, siden det kan reises erstatningskrav fra medkontrahenten (som mister kontrakten).¹⁵ Dette vil bli behandlet under punkt 4.6.

Det følger av håndhevelsesdirektivets artikkel 2(1) bokstav C at medlemsstatene skal sørge for at det er mulig å tildele erstatning til skadelidte, men de nærmere bestemmelser om vilkårene for erstatning er ikke regulert i direktivet. Siden det nærmere innholdet i vilkårene for erstatning ikke er regulert i lov, forskrift eller direktiver, vil rettspraksis få stor betydning for tolkningen av bestemmelsene. Norge er forpliktet til å legge EU-domstolens tolkninger til grunn ved tolkningen av anskaffelsesreglene, jf. EØS-avtalen art. 6. Det innebærer at hvor EU-domstolen har uttalt seg om vilkårene for erstatning, må disse tolkningene legges til grunn for hvordan vilkårene for erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket skal tolkes. EU-domstolens praksis vil kunne få betydning både i relasjon til uttalelser om den generelle erstatningsrett i EU, i tillegg til uttalelser om erstatningen for brudd anbudsrettslige regler. EU-domstolen består av Court of Justice of the European Union og General Court of the European Union, som er første instans.

Rettspraksis fra Høyesterett er generelt en tungtveiende rettskildefaktor når de avgjør et tolkningsspørsmål¹⁶, og har stor betydning også på dette området, selv om det ikke finnes veldig mange avgjørelser. Også praksis fra lagmannsrettene vil kunne få betydning for tolkningen, særlig dersom det er flere dommer som sier det samme, og det ikke finnes praksis fra Høyesterett på området.

I norsk anskaffelsesrett har man tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell. Det vil si at formell klagebehandling og sanksjoner etter håndhevelsesdirektivet har vært lagt til de

¹³ Goller mfl. (2014) s. 220

¹⁴ Jf. Fortalen i direktiv 2007/66/EF, avsnitt 36

¹⁵ Prop. 12 L (2011-2012) S. 8

¹⁶ Eckhoff s.161

ordinære domstolene.¹⁷ Søksmål om overtredelse av loven eller forskriftene gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling, jf. LOA § 8.

Fra 2003 ble Klagenemda for offentlige anskaffelser(KOFA) innført som et supplement til domstolene. Uttalelser fra klagenemda vil også kunne få betydning ved tolkningen. KOFAs avgjørelser er ikke bindende, og er ment å være en alternativ tvisteløsningsmekanisme som er mindre ressurskrevende enn ordinære saker for domstolene.¹⁸ KOFA avsier veldig mange avgjørelser hvert år, og i mangel på annen praksis har hatt en sentral rolle i rettsutviklingen innenfor offentlige anskaffelser.¹⁹

KOFA har ikke myndighet til å pålegge erstatning, det er lagt til domstolene. Nemda kan uttale seg om vilkårene for erstatning dersom den finner grunn til det, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12. Klagenemda uttaler seg relativt sjelden om hvorvidt vilkårene for å kunne kreve erstatning foreligger.²⁰ I KOFA-saker er spørsmålet stort sett om regelverket er brutt eller ikke, og det nærmere innholdet i vilkårene for erstatning fastsettes av domstolene, ikke av klagenemda. Praksis fra klagenemda vil derfor ha mindre betydning innenfor dette området av anskaffelsesretten enn ellers, men vil kunne tjene som eksempler på tilfeller hvor erstatning er blitt tilkjent.

3 Det rettslige utgangspunktet

3.1 Lov om offentlige anskaffelser § 11

Siden håndhevelsesdirektivene ikke regulerer de nærmere vilkårene for erstatning, beror det i første rekke på intern norsk rett i hvilken utstrekning leverandører kan kreve erstatning for brudd på reglene for offentlige anskaffelser.²¹

Vilkårene for erstatning for brudd på anskaffelsesreglene er lovfestet og kan utledes av ordlyden i LOA § 11, som lyder:

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

¹⁷ Prop. 12 L (2011-2012) s. 7

¹⁸ NOU:2010:2 s. 33

¹⁹ Dragsten(2013) s. 54

²⁰ NOU:2010:2 s. 34

²¹ NOU 2010:2 s. 174

Det må altså etter lovens ordlyd foreligge et brudd på enten loven eller forskriften. Dette er ansvarsgrunnlaget. Videre må det foreligge et tap for saksøker. Det er altså et vilkår at det foreligger et økonomisk tap. Det vil være leverandøren som er saksøker, typisk en potensiell leverandør som ikke har vunnet konkurransen, men blitt innstilt som nr. 2. Det ligger også i lovens ordlyd at tapet må være lidet *som følge av bruddet*, altså et vilkår om årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og regelbruddet.

Bestemmelsen i LOA § 11 om erstatning bygger på de alminnelige ulovfestede reglene om erstatning. I forarbeidene²² uttales det at bestemmelsen ikke innebærer noe nytt materielt sett, fordi man også før bestemmelsen ble innført kunne søke erstatning for lidet tap etter de ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.

Det fremkommer ikke av ordlyden i § 11 om man kan kreve erstattet den positive kontraktsinteresse eller ikke. Vilklårene for erstatning er i utgangspunktet de samme for både positiv og negativ kontraktsinteresse. Det vil si at i begge formene for erstatningskrav må det foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og en årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet. Det nærmere innholdet i vilklårene er imidlertid forskjellig. Det nærmere innholdet i vilklårene for erstatning fremkommer verken i loven, forskriftene eller direktivene, men er regulert i rettspraksis fra Høyesterett og EU-domstolen.

Bestemmelsen omfatter alle som har lidet et tap som følge av regelbruddet. Høyesterett slo fast i Rt. 2008 s. 982(Catch Communications) at bestemmelsen ikke kan forstås slik at den bare beskytter deltakere i anskaffelseskonkurransen. Også potensielle leverandører som blir utestengt fra deltakelse i konkurransen på grunn av feil eller mangler i kunngjøringen, må i prinsippet omfattes. Likevel har potensielle anbydere normalt ikke en slik tilknytning til søksmålgjenstanden at de, etter at kontrakten er undertegnet, har reelt behov for å få slått fast ved domstolene at oppdragsgiveren har begått en feil, jf. tvisteloven § 1-3 annet ledd og tvistemålsloven § 54. Dersom de har pådratt seg utgifter i forbindelse med at de har forsøkt å stanse en ulovlig prosess, kan situasjonen bli annerledes, jf. Rt. 2008 s. 982(Catch Communications). Det vil uansett være nærmest umulig for slike potensielle leverandører å få tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse, for de vil ikke kunne bevise at det foreligger en årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og feilen.

Bestemmelsen gjelder for alle typer anskaffelser, uavhengig av terskelverdiene. Se punkt 3.3.2.

²² Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) s. 68

Etter at kontrakt er inngått, er erstatning etter LOA § 11 den eneste sanksjonsmuligheten leverandøren har, bortsett fra å kjenne kontrakten uten virkning etter LOA § 13.

3.2 Generelt om erstatning

3.2.1 Forholdet til alminnelig ulovfestet erstatningsrett

Vilkårene for erstatning følger av den alminnelige ulovfestede erstatningsretten, altså rettspraksis.²³ Til en viss grad kan man si at det har dannet seg en egen rettspraksis for vurdering av erstatningskrav etter reglene om offentlige anskaffelser.²⁴ Rettspraksis vil derfor være en tungtveiende rettskildefaktor i denne sammenheng.

Erstatning i anskaffelsesretten har elementer fra både deliktsretten og fra kontraktserstatningsretten.²⁵ I anskaffelsesretten er det en forutsetning at en kontrakt skal inngås, samtidig som leverandørene ikke nødvendigvis har et rettskrav på å få kontrakten. Dette er en stor forskjell fra kontrakterstatningsretten, hvor det forutsettes at det foreligger en kontrakt. I anskaffelsesretten er jo feilen nettopp at kontrakt ikke foreligger. Det er derfor naturlig å hente elementer også fra deliktsretten. Oppdragsgiver kan påføre leverandørene et tap ved ikke å gjennomføre anskaffelsene på riktig måte. Dersom leverandøren hadde kjent til feilen ville vedkommende enten ikke ville deltatt i konkurransen, eller hun ville ha vunnet den dersom anskaffelsesprosessen hadde foregått på riktig måte.

Dersom oppdragsgiver bryter regelverket om offentlige anskaffelser, kan dette føre til at hun skaper en forventning om at kontrakt vil bli inngått, på samme måte som i kontraktserstatningsretten. Vi snakker derfor om en form for prekontraktuelt ansvar. Rettsbruddet fører ikke umiddelbart til et tap, men det utløses av at skadelidte pådrar seg utgifter som følge av forventningene.²⁶

I Norge har erstatning ved ugyldighet vært båret frem i den alminnelige erstatningsretten.²⁷ Man kan også angripe problemstillingen slik at den ansvarsbetingende handlingen foreligger allerede på løftetidspunktet, slik at selve avtaleinngåelsen i seg selv er et rettsbrudd.²⁸ Skadelidte har handlet i tillit til løftet, og skadevolder må svare for skaden.

²³ Jf. Ot. prp. nr. 71(1997-1998) s. 68

²⁴ NOU:2010:2 s. 32

²⁵ Rt.2001 s.1062 på s. 1077

²⁶ Simonsen(1997) s. 323

²⁷ Simonsen(1997) s. 332

²⁸ Simonsen(1997) s. 332

Den alminnelige erstatningsretten skal ivareta en rekke samfunnsmessige hensyn, men først og fremst er hensynet å gjenopprette den skaden som har skjedd. Utgangspunktet er at det har oppstått et tap, og så må man finne ut hvem som er nærmest til å bære tapet. Kontraktserstatningsretten skal først og fremst regulere risikoen for brudd på avtalefestede normer.²⁹ Formålet er å skape et oppfyllellespress for avtalepartene, slik at kontrakten gjennomføres som avtalt. Prevensjon er et viktig hensyn både i deliktsretten og i kontraktserstatningsretten. Det er det også i anskaffelsessammenheng. Erstatningskrav skal virke preventivt for å forhindre oppdragsgiver fra å bryte anskaffelsesregelverket. Regelverket er til for at samfunnets ressurser skal brukes på en effektiv og rettferdig måte, og det er ønskelig at offentlige oppdragsgivere etterfølger regelverket.

Erstatning for feil i anskaffelsesprosessen skal i utgangspunktet bygge på den alminnelige erstatningsrett, men *[i]... mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålene ved lov eller på avtalemessig grunnlag, må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten, jf. Rt. 1997.574(Firesafe)*. Dette innebærer at man i rettspraksis vil tilpasse de generelle vilkårene for erstatning til den spesielle anskaffelsesretten.

Det følger av rettspraksis at det må foreligge tre vilkår for at erstatning skal tilkjennes. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og det økonomiske tapet.

3.2.2 Generelt om vilkårene for erstatning

Utgangspunktet etter den alminnelige erstatningsrett er at man skal få dekt utgiftene som skaden har medført. Skadelidte har krav på full dekning av sitt sannsynlige og påregnelige tap.³⁰ Dette innebærer at skaden må ha en økonomisk verdi. Utgangspunktet er at skadelidte skal settes i den samme økonomiske stilling som før skaden har inntrådt. Dette er et viktig prinsipp i den alminnelige erstatningsrett: Skadelidte skal heller ikke komme bedre ut enn hun ville gjort om skaden ikke var skjedd. Skadelidte har dessuten en medvirkningsplikt for å forhindre at oppdragsgiver ikke lider unødig tap.

I kontraktsretten har man delt inn tapet etter positiv og negativ kontraktsinteresse. Den positive kontraktsinteresse, som også kalles forventningsinteressen eller

²⁹ Hagstrøm(2011) s. 466

³⁰ Simonsen(1997) s. 354

oppfyllelsesinteressen, innebærer at skadelidte skal stilles som om kontrakten hadde blitt oppfylt. Man kan si at utgangspunktet for erstatning er erstatning for tapte utgifter, mens positiv kontraktsinteresse ikke bare innebærer tapte utgifter, men også tapte inntekter. I utgangspunktet kan tap som faller inn under negativ kontraktsinteresse, ikke også falle inn under den positive kontraktsinteresse. Dette henger sammen med at det dreier seg om to ulike årsaksperspektiver.³¹ Utmåling etter den negative kontraktsinteresse gir en tapsdekning som om avtalen ikke var inngått. Det settes en strek over hele avtalen, og er uforenelig med et krav om naturaloppfyllelse eller et krav om positiv kontraktsinteresse.³² I anskaffelsesretten innebærer det utgiftene som skadelidte har hatt i forbindelse med å delta i konkurransen.

Det følger av den alminnelige erstatningsretten at dersom at det skal foreligge et krav om erstatning, må det foreligge et ansvarsgrunnlag. Etter den alminnelige erstatningsrett kan man bli ansvarlig enten på subjektivt grunnlag eller på objektivt grunnlag. Erstatningsretten er blant annet læren om hvor risikoen for en bestemt begivenhet skal plasseres.³³ Det handler om fordeling av risiko. Subjektivt grunnlag, eller culpaansvaret, innebærer at den som har voldt en skade og opptrådd uansvarlig eller uaktsomt blir erstatningsansvarlig overfor den skadelidte.³⁴ Det er rimelig at risikoen plasseres over på den som har handlet uaktsomt. Beskyttelsesformålet er altså å verne skadelidte mot rettsstridige og skadevoldende handlinger.³⁵ Et objektivt grunnlag for erstatning medfører ikke noe krav om skyld, spørsmålet er hvem som er nærmest til å bære risikoen. Det pålegges et ansvar på objektivt grunnlag på den som har skapt en risiko eller fare for omgivelsene.³⁶ Risikoen for skade må overstige et visst nivå, og her står sannsynligheten for skade sentralt.³⁷ Risikoen må overstige den alminnelige risiko som ellers er til stede i samfunnet.³⁸

Ansvarsgrunnlaget i anskaffelsesretten er at oppdragsgiver har begått en feil. Dersom leverandøren uansett ikke ville ha vunnet konkurransen, kan vedkommende kun kreve erstattet den negative kontraktsinteressen.

Det må foreligge årsakssammenheng(kausilitet) mellom det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget. I den generelle erstatningsretten innebærer dette et krav om

³¹ Hagstrøm(2011) s. 541

³² Hagstrøm(2011) s. 540

³³ Lødrup(2011) s. 287

³⁴ Lødrup(2009) s. 127

³⁵ Simonsen(1997) s. 323

³⁶ Lødrup(2009) s. 296

³⁷ Lødrup(2009) s. 296

³⁸ Lødrup(2009) s. 297

årsakssammenheng mellom skaden og den skadevoldende handling.³⁹ I anskaffelsesretten innebærer det at det må foreligge årsakssammenheng mellom oppdragsgivers regelverksbrudd og leverandørens økonomiske tap. Kravet til årsakssammenheng er i utgangspunktet ganske selvsagt. Dersom handlingen eller unnlatelsen av en handling ikke har medført noen skade eller tap, kan det ikke bli tale om noe ansvar.⁴⁰

Ved positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesretten er den normutløsende handlingen den skapte forventningen til å vinne en anbudskonkurranse. Dersom konkurransen hadde blitt gjennomført på riktig måte ville den riktige leverandøren ha vunnet. I anskaffelsesretten foreligger det ingen bindende avtale mellom partene, men en slik avtale ville ha eksistert, dersom regelverket hadde blitt fulgt. Det foreligger altså et brudd på de reglene som er satt for konkurransen om å vinne en kontrakt, men det foreligger ikke noe vanlig kontraktsbrudd.⁴¹ Derfor er det ikke alltid så lett å avgjøre om kravet til årsakssammenheng er oppfylt. Som det ble uttalt i Rt. 1997 s. 574(Firesafe): «*Det kan i mange tilfelle være klart at anbyderen ikke ville ha fått kontrakten, selv om vilkårene var blitt overholdt.*» Med dette menes at selv om feilen ikke hadde blitt begått, vil løsningen ofte blitt den samme. Samme leverandør ville vunnet anbudskonkurransen. Spørsmålet om feilen har virket inn på avgjørelsen derfor vil ofte by på vanskeligheter. Årsakssammenhengen bygger derfor på at den forbigåtte leverandøren må påvise at hun ville ha vunnet konkurransen dersom regelverket hadde blitt fulgt, jf. Rt. 2001 s.1062(Nucleus). For den negative kontraktsinteresse er kravet til årsakssammenheng at leverandøren ikke ville ha deltatt dersom hun visste at konkurransen ikke ville bli gjennomført etter regelverket, jf. Rt. 1997 s. 574(Firesafe).

3.2.3 Forholdet til den negative kontraktsinteresse

Det er vanskeligere å få erstatning for den positive kontraktsinteressen enn for den negative. I Rt. 2001 s. 1062(Nucleus) uttalte Høyesterett om dette at: *Gjennom den negative kontraktsinteressa vil ein anbydar kunne få det han har tapt ved å innrette seg i tillit til ei kunngjering om anbod. Den positive kontraktsinteressa byggjer på at anbydaren skal stillast som om han hadde fått anbodet. Generelt kan det nok seiast at eit slikt krav - som har utgangspunkt i forventning om eit oppdrag - naturleg kan ha eit meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter.*

³⁹ Lødrup(2009) s. 325

⁴⁰ Lødrup(2009) s. 325

⁴¹ Jf. Rt. 1997 s. 574 på s. 577

Utgangspunktet etter den alminnelige erstatningsrett er erstatning for negativ kontraktsinteresse, altså erstatning for det tapet som er oppstått som følge av skaden.

Faktisk tapte utgifter som følge av en feil er altså mer i samsvar med tradisjonell erstatningsrett, mens spesielle forhold fra kontraktsretten og anbudsretten kan begrunne erstatning med utgangspunkt i forventning om et oppdrag. Det bør imidlertid være en høyere terskel for å få tilkjent erstatning på grunn av slike forventninger, det bør være spesielle forhold som tilsier at oppdragsgiver har skapt dem, siden det innebærer å få erstattet noe mer enn bare tapte utgifter. Derfor har Høyesterett oppstilt en høyere terskel, med strengere vilkår for erstatning for positiv kontraktsinteresse. Både vilkåret til ansvarsgrunnlag og vilkåret til årsakssammenheng er strengere. Selv om vilkårene for erstatning positiv kontraktsinteresse ikke foreligger i det enkelte tilfelle, kan altså vilkårene for negativ kontraktsinteresse foreligge, siden vilkårene ikke er like strenge. Det er naturligvis stor forskjell på pengesummen leverandøren blir tildelt i de to tilfellene, slik at om vilkårene for positiv kontraktsinteresse foreligger eller ikke, vil ha mye å si for leverandøren.

3.3 Forpliktelser etter EØS-avtalen

3.3.1 Direktivene og praksis

LOA § 11 er en gjennomføring av Håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF. Etter direktivets artikkel 2(1) bokstav C skal medlemsstatene sikre muligheten til *at tilkende skadelidte personer skadeserstatning*. Direktivet slår klart fast at det skal være mulig for forbigåtte leverandører å kreve erstatning, men inneholder ingen nærmere bestemmelser om innholdet i vilkårene for erstatning. For å finne det nærmere innholdet etter EU-retten må man altså se på praksis fra EU-domstolen.

Artikkel 2(7) i direktiv 92/13/EØF for forsyningssektoren fremsetter tydeligere vilkår for erstatning: *Naar en person fremsætter et krav om skadeserstatning for saa vidt angaar omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, skal vedkommende alene bevise, at der er sket overtraedelse af faellesskabsretten vedroerende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemfoerelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at faa tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt paa grund af overtraedelsen.*

Artikkelen er mer detaljert, men er uklar, og relaterer seg bare til vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse, og ikke positiv kontraktsinteresse.⁴² Det kan hevdes at fordi det finnes en egen bestemmelse om den negative kontraktsinteresse, så forutsetter artikkel 2(1)

⁴² Fairgrieve(2011) s. 156

bokstav c i håndhevelsesdirektivet (2007/66/EF) at det skal være mulig å få tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse. Bestemmelsen kan også tolkes motsatt, slik at fordi det bare finnes nærmere regulering om negativ kontraktsinteresse, så er det ikke meningen at man skal kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Det presiseres at artikkel 2(7) kun gjelder for forsyningssektoren, slik at det heller ikke nødvendigvis må bli samme løsning for klassisk sektor.

Fast praksis fra EU-retten medfører at staten generelt kan bli erstatningsansvarlig dersom staten bryter EU-retten.⁴³ Praksis fra EU-domstolen oppstiller tre vilkår for at en skadelidt skal ha rett til erstatning:

... at den bestemmelse, der er overtraadt, har til formaal at tillaege borgerne rettigheder, at overtraedelsen er tilstraekkelig kvalificeret, og endelig, at der er en direkte aarsagsforbindelse mellem statens overtraedelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.⁴⁴

Håndhevelse av EU-rettslige regler og prosessrettslige spørsmål rundt brudd på EU-retten er generelt sett på som et område som er overlatt til de nasjonale lovgiverne.⁴⁵ EU/EØS-retten er basert på et grunnleggende prinsipp om nasjonal prosessuell autonomi.⁴⁶ EU/EØS-reglene består først og fremst av materielle regler som medlemsstatene er forpliktet til å gjennomføre. Hvordan disse reglene prosessuelt skal håndteres er altså overlatt til nasjonal forvaltnings- og prosessrett. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt, for på en del områder oppstiller EU/EØS-retten også prosessuelle krav, blant annet innenfor anskaffelsesretten.⁴⁷

3.3.2 Forholdet til terskelverdiene

Ikke alle gjennomføringer av anbudskonkurranser faller inn under EØS-regelverket, bare de som faller inn under FOA del III, altså anskaffelser over terskelverdiene fastsatt i FOA § 2-2 første ledd. For vare- og tjenestekontrakter er terskelverdien 1,75 millioner kroner. Lov om offentlige anskaffelser § 11 om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av terskelverdiene. Det er ikke grunnlag for å si at det er vanskeligere for forbigåtte anbydere å oppnå erstatning i anbudskonkurranser som faller inn under EØS-regelverket, enn i andre tilfeller.⁴⁸ I praksis er det ikke utviklet en egen lære for erstatning i anbudskonkurranser som faller under terskelverdiene.

⁴³ Sag C-445/06 Danske Slagterier avsnitt 19 og 20

⁴⁴ Forente saker C-46/93 og C-48/93 Brasserie de Pêcheur avsnitt 51

⁴⁵ Fairgrieve(2011) s. 165

⁴⁶ Fairgrieve(2011) s. 162

⁴⁷ Prop. 12 L 2011–2012 s. 18

⁴⁸ Fredriksen(2010) s. 603

I teorien vil likevel Høyesterett som utgangspunkt ikke være forpliktet til å følge EU-domstolens praksis i saksforhold som ikke faller inn under EØS-regelverket og forskriftens del III. I LB-2015-029544 uttalte lagmannsretten om dette at: *Lagmannsretten legger til at kravet om skatteattester ikke følger av EØS-regelverket, men er et internrettslig krav i Norge. Brudd på regler om skatteattester vil derfor ikke uten videre innebære brudd på EØS-anskaffelsesregelverket. Nasjonalstaten vil i slike tilfeller stå friere til å fastsette vilkår for rett til erstatning for fortjenestetap. Dette gjelder desto mer i denne saken, hvor anskaffelsen gjelder verdier under EØS-terskelverdier...* Lagmannsretten anså seg altså friere til å bestemme selv i en sak hvor det gjaldt særnorske regler hvor anskaffelsen ikke falt inn under anskaffelsesregelverket til EØS.

Slike uttalelser kan ikke være forenelige med likebehandlingsprinsippet som følger av EU-retten. I forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich and Others* avsnitt 43 ble det uttalt at:

Endvidere bemaerkes, at de formelle og materielle betingelser i medlemsstaternes nationale lovgivning for erstatning af tab ikke maa vaere mindre gunstige end de betingelser, der gaelder for tilsvarende soegsmaal paa grundlag af national ret, og ikke maa vaere udformet saaledes, at de i praksis goer det umuligt eller urimeligt vanskelig at opnaa erstatning.

Det er derfor likevel ikke forenelig med EU/EØS-retten å fastsette lempeligere vilkår for erstatning dersom anskaffelsen er under terskelverdiene. Betingelsene for erstatning må være de samme ved søksmål på grunnlag av nasjonal rett som for EØS-rettslige bestemmelser.

4 Positiv kontraktsinteresse

4.1 Utvikling i rettspraksis

Det er ikke klart ut i fra verken loven eller direktivene om de krever at det skal være mulig å få erstatning for positiv kontraktsinteresse eller ikke. Tidligere var man i Norge av den oppfatning at det ikke kunne kreves erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

I merknadene til daværende § 10(nå § 11) i NOU 1997:21 s.118 ble spørsmålet om positiv kontraktsinteresse holdt åpent. Det uttales at oppdragsgivers plikt til å erstatte tap følger av alminnelig, ulovfestet erstatningsrett, og at bestemmelsen ikke er ment å innføre noe nytt. Det uttales videre at ... *oppdragsgiver i prinsippet kan bli ansvarlig både for den negative og den positive kontraktsinteresse dersom vilkårene for dette for øvrig er oppfylt.* Videre problematiseres det om dette er i overenstemmelse med EØS-rettens krav til effektive sanksjoner.

Forarbeidene er noe motstridende, for på NOU:1997:21 side 85 står det: *Som nevnt står anbudsinnbyderen som hovedregel fritt til å forkaste alle de innkomne tilbud. En konsekvens av dette er at ingen av anbyderne har et rettskrav på å få tilbudet. Dette må tas hensyn til ved erstatningsutmålingen. Erstatningen skal derfor ikke bygge på den positive kontraktsinteresse.* Forarbeidene åpner så for at EØS-retten kan stå i veien for dette synspunktet.

Lovgiver valgte bevisst å ikke ta stilling til spørsmålet om positiv kontraktsinteresse i Ot.prp.nr. 71(1997-1998). Det ble uttalt der at *...spørsmålet om positiv kontraktsinteresse har relevans på en rekke områder. Det vil derfor ikke være riktig her å gi føringer i retning av å utvikle en særlig erstatningsrettspraksis knyttet til offentlige anskaffelser.*

I Rt. 1997 s. 574 (Firesafe), som gjaldt erstatning for den negative kontraktsinteresse, hadde oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget stilt krav til lærlingeordning, men valgte likevel en bedrift som ikke hadde det. Det var et brudd på anbudsreglene, og flere leverandører krevde erstatning. Høyesterett uttalte på s. 578 at *...de anbydere som skulle ha fått entreprisen om ikke feilen var skjedd, har krav på erstatning, antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse.* Uttalelsen var et obiter dicta.

Rt. 1998 s. 1398(Torghatten) er den første saken fra Høyesterett som tilkjenner erstatning for positiv kontraktsinteresse.⁴⁹ Dommen er ikke en ren anskaffelsesrettslig sak, men gjaldt utøvelsen av offentligmyndighetsutøvelse.

I Rt. 2000 s. 1072(Faber) la Høyesterett til grunn at spørsmålet om positiv kontraktsinteresse for brudd på anskaffelsesreglene er et åpent spørsmål, og fant ikke grunn til å gå inn på spørsmålet, siden det ikke var grunnlag for positiv kontraktsinteresse i den konkrete saken. Det ble uttalt at kommunen har et vidt skjønnsmessig spillerom når det gjelder hvilket tilbud som skal velges. *Kommunen må også ha adgang til på saklig grunnlag å forkaste samtlige tilbud, for eksempel hvis den anser tilbudene for å ligge høyere enn det kommuneøkonomien tillater. Jeg kan dermed ikke se at Faber ville ha noe avtalemessig krav på å få sitt tilbud antatt hvis Taus tilbud var blitt avvist.*

Den første gangen en leverandør fikk erstatning for den positive kontraktsinteresse i forbindelse med brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, var i Rt. 2001 s.

⁴⁹ Dragsten (2013) s. 834

1062(Nucleus).⁵⁰ Møre og Romsdal fylkeskommune skulle etablere et nytt psykiatrisk sykehus, og inviterte til en konkurranse om prosjektering. Oppdragsgiveren hadde begått flere feil i forbindelse med gjennomføring av konkurransen.

Det uttales i Nucleus-dommen på s. 1077 at: *Etter mitt syn er det grunn til at det på nærare vilkår bør vere ansvar også for den positive kontraktsinteressa ved forbigåing ved tildeling av anbod. Når regelverk og anbudsgrunnlag er slik spesifisert at det i stor grad er regelstyrt kven som skal tildelast eit oppdrag, er det ei naturleg utbygging at det også skjer ei utvikling på utmålingssida.*

Dommeren bygger sin begrunnelse blant annet på at det har skjedd en utvikling i EØS-regelverket og en utvikling i norsk rettspraksis. Førstvoterende viser til forarbeidene i NOU: 1997:21 s. 85, hvor det uttales: *Hvorvidt EØS-regelverket vil medføre noen endring i erstatningsretten på dette området gjenstår å se. EØS-regelverket lovfester rettigheter for leverandørene, noe som er nytt i anbudsrettslig sammenheng. Dette kan tilsi at leverandøren skal ha krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom oppdragsgivers brudd på regelverket gjør at leverandøren ikke får oppdraget.* Førstvoterende legger altså avgjørende vekt på den delen av forarbeidene som åpner for erstatning for positiv kontraktsinteresse, og på ikke avsnittet foran, hvor det uttales at det ikke bør gis erstatning for den positive kontraktsinteresse fordi leverandøren ikke har et rettskrav på å vinne konkurransen. Når Norge har forpliktelser etter EØS-avtalen veier dette tyngst. Dommen begrunnes videre i hensynet til at reglene skal sikre en best mulig utnyttning av samfunnets midler. Derfor er det nødvendig med en effektivisering av anskaffelsesreglene, og at bruk av negativ kontraktsinteresse vil ikke være tilstrekkelig i denne sammenheng, da summene man kan få erstatning for vil være så lave at det ikke er formålstjenlig å reise sak om et krav. Dommeren viser videre til at negativ kontraktsinteresse ikke er tilstrekkelig til å virke forebyggende overfor oppdragsgiveren.⁵¹

Videre fastsetter Høyesterett i Rt. 2001 s. 1962(Nucleus) en rekke vilkår for å få erstatning for positiv kontraktsinteresse. Disse skal jeg komme til i punkt 4.3 til 4.5. Høyesterett fastla i denne dommen strengere vilkår for erstatning for positiv kontraktsinteresse enn de vilkår som ellers følger av den alminnelige erstatningsrett. Etter Nucleus-dommen var det klart at det var mulighet for å få erstatning for den positive kontraktsinteresse. Dommen ble også fulgt opp i Rt. 2007. s. 983(Reno-Vest) og Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg), slik at det ikke er noen tvil om at det er mulig å få erstatning for den positive kontraktsinteresse i dag.

⁵⁰ Dragsten (2013) s. 834

⁵¹ Rt. 2001 s. 1062 på s. 1078

I Rt. 2007 s. 983(Reno-Vest) ble vilkårene i Nucleus uten videre diskusjon lagt til grunn og høyesteretts flertall kom til at oppdragsgivers rolleblanding, sett i sammenheng med flere andre saksbehandlingsfeil utgjorde vesentlige feil i anbudskonkurransen. Erstatning for positiv kontraktsinteresse ble tilkjent.

I Rt. 2008.1705(Trafikk og Anlegg) kom Høyesteretts flertall til at kravene til likebehandling og forutberegnelighet medførte at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å ta hensyn til et rabattert tilbud som var betinget av at selskapet også vant en annen anbudskonkurranse hos vegvesenet. Oppdragsgiver hadde brutt regelverket ved å ta hensyn til dette, og den forbigåtte leverandøren krevde erstatning for positiv kontraktsinteresse. I denne saken ble det stilt spørsmål til om vilkårene i Nucleus-dommen er for strenge i forhold til EØS-retten, men vilkårene i Nucleus-dommen ble lagt til grunn.

4.2 Et komparativt blikk

Positiv kontraktsinteresse er teoretisk sett mulig å få tilkjent i alle EUs medlemsland, men blir i praksis sjelden tilkjent. Noen land i EU/EØS har lagt til grunn i sin praksis at det er mulig å få dekt fortjenestetap. Rettspraksis fra både Norge, Sverige, Frankrike, Danmark, Island, England, Nederland og Tyskland har slått fast at man under visse vilkår kan kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse.⁵²

EU-dommene Courage⁵³ og Manfredi⁵⁴ kan leses slik at de krever at nasjonalstatene plikter å ha ordninger som sikrer skadelidte krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på EU-retten.

I Manfredi ble det uttalt(avsnitt 95):

...følger det af effektivitetsprincippet og princippet om, at enhver har ret til at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, at de skadelidte ikke kun skal kunne kræve en egentlig erstatning (damnum emergens), men ligeledes erstatning” for tabt fortjeneste (lucrum cessans) samt renter.

Det EU-rettslige effektivitetsprinsippet kan altså medføre en plikt for medlemsstatene til å sikre at skadelidte har mulighet til å få tilkjent erstatning for tapt profitt. Dette ble lagt til grunn i Norge, da Høyesterett i Nucleus-dommen fastslo at skadelidte må ha krav på

⁵² Fairgrieve(2011) s. 151 og Schebesta(2016) s. 191

⁵³ Sak C453/99 Courage mod Crehan

⁵⁴ Forente saker C295/04 og C-298/04 Manfredi

erstatning for den positive kontraktsinteresse etter EU-retten. I dag hevder alle medlemslandene at de har gjennomført prinsippet om full kompensasjon.⁵⁵ Likevel er det ikke alle land som har tilkjent positiv kontraktsinteresse i praksis.

I Nederland er det mulig å få tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, men her er bevisbyrden veldig høy.⁵⁶ Det har også blitt tilkjent i England og Tyskland, men svært sjelden. I Frankrike er det også mulig å få tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse, og det blir gjort regelmessig.⁵⁷

I USA har man et prinsipp om at det generelt ikke er mulig å tilkjenne erstatning for tapt profitt ved brudd på regelverk om offentlige anskaffelser. Grunnen til dette er at all erstatning som betales ut, betales av staten, og til sist av skattebetalerne.⁵⁸ Erstatningskrav blir altså begrenset på grunn av at skadevolderen er staten, og dette er et politisk valg. I EU er ikke begrunnelsen skadevolderens identitet, og begrunnelsen for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse er å gjenopprette skaden i realiteten.⁵⁹

Det kan være vanskelig å overføre de generelle uttalelser fra EU-domstolen til nasjonal rett, fordi de nasjonale rettssystemene er veldig forskjellige. Det har vært forskjeller i hvordan EU-landene har tolket vilkåret ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse etter EU-domstolens praksis. I Tyskland er det for eksempel slik at det er objektivt grunnlag for erstatning for negativ kontaktsinteresse, mens for positiv kontaktsinteresse foreligger det et skyldkrav, de har ansvar under culpa in contrahendo, slik vi opprinnelig hadde i Norge.⁶⁰ Dette er jo et strengere krav til ansvarsgrunnlag enn det vi har i Norge nå, så hvis det står seg i forhold til EU-retten, vil norsk praksis for ansvarsgrunnlag være godt innenfor EU-retten. Selv om alle EU-landene hevder å ha erstatning for positiv kontaktsinteresse tilgjengelig, vil altså terskelen kunne være veldig forskjellig fordi man tolker innholdet i vilkårene forskjellig.

⁵⁵ Schebesta(2016) s. 186

⁵⁶ Schebesta(2016) s. 191

⁵⁷ Schebesta (2016) s.191

⁵⁸ Schebesta(2016) s. 192

⁵⁹ Schebesta(2016) s. 192

⁶⁰ Schebesta(2016) s. 181

4.3 Ansvarsgrunnlag

4.3.1 Utgangspunktet

Erstatningsansvaret er lovfestet. Det fremgår av LOA § 11 at leverandører kan få erstatning *ved brudd på* lov eller forskrift om offentlige anskaffelser. Det er altså brudd på regelverket som er ansvarsgrunnlaget. Oppdragsgiver må ha begått en feil i anskaffelsesprosessen.

Eksempler på feil er saksbehandlingsfeil i anskaffelsesprosessen eller lovstridige feil ved valg av leverandør.⁶¹ Det kan være brudd på de grunnleggende kravene til konkurransen som utledes av LOA § 5, feil i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, ulovlig avvisning av leverandør, ulovlig avlysning av konkurransen osv. Spørsmålet skal vurderes med utgangspunkt i at oppdragsgiver er en profesjonell part, slik at vurderingen vil være streng.⁶² Noen typer feil kan rettes opp under tildelingsprosessen, jf. FOA § 8-2 og § 17-2.

Oppdragsgiver har plikt til å avlyse konkurransen dersom feilene ikke kan rettes, jf. EU-domstolens sak C-448/01(Wienstrom). Dersom oppdragsgiver i slike tilfeller ikke avlyser konkurransen vil det forhold at konkurransen ikke ble avlyst ofte være en feil som gir grunnlag for erstatningsansvar.

Utgangspunktet er at dersom det skal foreligge et ansvarsgrunnlag må oppdragsgiver ha begått en feil ved gjennomføring av anskaffelsesprosessen. Det kan spørres om alle typer feil som oppdragsgiver begår kan begrunne erstatning for den positive kontraktsinteresse, eller om det finnes en viss terskel for hvor grov denne feilen må være, for at oppdragsgiver skal bli ansvarlig for å erstatte leverandørens tap. Ordlyden i LOA § 11 sier bare at *brudd på denne lov eller forskrifter* kan medføre erstatningsansvar. I utgangspunktet stiller altså ikke ordlyden noen krav til at hvilke type feil eller størrelsen av feilene som er begått. Spørsmålet er hvor stor feilen må være for at oppdragsgiver skal bli erstatningsansvarlig. I Ot.prp.nr. uttalte departementet at *...man etter gjeldende rett ikke kan få erstatning ved helt bagatellmessige brudd på regelverket, men at det kreves vesentlige feil. Det heller ikke ønskelig at enhver feil skal pådra oppdragsgiver et erstatningsansvar. (...) Dersom det er lidt et tap, vil det ofte innebære at feilen ikke kan sies å være av bagatellmessig karakter.*⁶³ Det var altså ikke ønskelig at alle typer småfeil skulle medføre at oppdragsgiver ble påført erstatningsansvar.

Ordlyden i LOA stiller altså ingen krav til hvilke type feil som eventuelt vil medføre et erstatningsansvar. Ordlyden i LOA § 11 stiller heller ikke noe krav til at oppdragsgiver må

⁶¹ Bernt og Krüger(2002)

⁶² Hagstrøm(2011) s. 468

⁶³ Ot.prp.nr.71. s. 68

kunne bebreides for sine feil. Ordlyden taler således for et objektivt ansvar for feil i anskaffelsesprosessen. Det fremgår av forarbeidene til LOA⁶⁴ at ansvarsgrunnlaget i utgangspunktet er culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering, altså uaktsomhet ved kontraktsinngåelse. Kontraktsculpa forutsetter i likhet med den alminnelige erstatningsretten at oppdragsgiver kan bebreides, og kunne og skulle handlet annerledes enn hun gjorde.⁶⁵ Spørsmålet er om kravet til uaktsomhet står seg etter rettspraksis.

4.3.2 "Vesentlig feil"

I Rt. 2001 s. 1062(Nucleus) uttalte Høyesterett seg for første gang om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse. Høyesterett mente at ikke alle feil kunne føre til slik erstatning: *Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa.*

Videre oppstilte Høyesterett følgende vilkår for ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteressen: *Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.*⁶⁶

Dersom det skal foreligge ansvarsgrunnlag er vilkåret altså at det må foreligge en feil fra oppdragsgiver ved gjennomføring av konkurransen, og denne feilen må være vesentlig. Det foreligger ikke et krav om at oppdragsgiver har utvist skyld, men hvor mye oppdragsgiveren er å klandre, vil være av betydning for vurderingen av om en feil er vesentlig. Høyesterett legger ikke til grunn et vilkår om culpa, men siden oppdragsgivers skyld er et moment i vurderingen, er det en terskel som ligger ganske nært opp til culpa. Det er i alle fall klart at Høyesterett ikke legger til grunn et rent objektivt ansvarsgrunnlag.

Høyesterett har altså lagt til grunn tre momenter i vurderingen. Det ene er størrelsen på feilen. Det andre er typen av feil. Dette dreier seg om feilens karakter, og om det er et brudd på sentrale regler og prinsipper, eller om det er en uvesentlig type feil. Det tredje er om oppdragsgiver kan bebreides for at feilen er begått.⁶⁷ Dommen og vilkåret om vesentlige feil følges opp i to etterfølgende høyesterettsdommer, Rt. 2007 s. 983(Reno-Vest) og Rt. 2008 s.1705(Trafikk og Anlegg).

⁶⁴ NOU:1997:21 s. 85

⁶⁵ Hagstrøm(2013) s. 468

⁶⁶ Rt. 2001 s.1062 på s. 1079

⁶⁷ Dragsten(2013) s. 836

I Rt. 2001 s.1062 (Nucleus) kom Høyesterett til at fylkeskommunen hadde begått vesentlige feil. Høyesterett la vekt på at det ikke var vanskelige vurderinger av regelverket eller faktum. Det var begått brudd på *...sentrale og grunnleggjande prinsipp og føresegner i anbudsretten som fylkeskommunen som stor og profesjonell byggherre burde vere godt kjend med*. I tillegg la Høyesterett vekt på at det var begått flere feil, og at fylkeskommunen kunne klandres for de feilene som var begått. De feilene fylkeskommunen hadde begått var at de hadde latt en leverandør endre pristaket sitt etter at de andre tilbudene var blitt kjent. Dette innebar en forskjellsbehandling etter LOA § 5, og er et brudd på et av de mest sentrale prinsippene i anskaffelsesretten. Det var et brudd på likebehandlingsprinsippet i LOA § 5 at fylkeskommunen hadde lagt vekt på geografisk tilhørighet. Fylkeskommunen hadde også lagt vekt på at valgt leverandør hadde deltatt i en tidligere konkurranse for samme prosjekt, det var også i strid med likebehandlingsprinsippet.

I KOFA sak 2008-217 kom nemda til at FOA § 11-1 var brutt fordi oppdragsgiver hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium, og dette utgjorde en vesentlig feil som skulle medført at konkurransen ble avlyst. Oppdragsgiver hadde ikke anledning til å benytte leverandørens *faglige, tekniske og økonomiske grunnlag som er nødvendig for oppfylning av kontrakten* som et tildelingskriterium, fordi det i realiteten var et kvalifikasjonskrav. Kvalifikasjonskrav er krav som stilles til leverandørens evner til å gjennomføre konkurransen, og skal avgjøres uavhengig av tildelingskriteriene. Kriteriet var ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, som er et tildelingskriterium etter FOA § 11-1. Det var en feil som ikke kunne rettes, og derfor skulle konkurransen vært avlyst. Dette utgjorde en vesentlig feil. Nemda uttalte seg ikke om vilkårene for erstatning i denne saken.

Rt. 2008 s. 982(Catch Communications) gjaldt ikke direkte positiv kontraktsinteresse, men Høyesterett foretok en vesentlighetsvurdering. Kommunen hadde begått en feil ved kunngjøringen av konkurransen. Kommunen hadde kunngjort en konkurranse om levering av datautstyr, men ønsket også tilleggstenester, og disse var ikke kunngjort. Førstvoterende uttalte at det var klart at feilen var vesentlig, fordi den i praksis utelukket tjenesteleverandører fra å delta i konkurransen.

I Rt. 2007 s. 983(Reno-Vest) skulle leverandøren som vant anbudskonkurransen vært avvist blant annet fordi selskapet ikke kunne oppfylle kravet om bankgaranti. I tillegg hadde Reno Vest brutt habilitetsreglene, det var en manglende protokoll og mangelfull begrunnelse. Høyesterett la uten videre vilkårene som ble oppstilt i Nucleus-dommen til grunn for sin vurdering. Spørsmålet var om manglende avvisning på grunn av garantimangelen,

rolleblanding, manglende protokoll og mangelfull begrunnelse, til sammen innebar en vesentlig feil i anbudskonkurransen.⁶⁸

Førstvoterende i Rt. 2007 s. 983(Reno Vest) uttalte at *...[a]lene det forholdet at den manglende garantien skulle ført til avvisning av den anbyderen som fikk kontrakten, er en feil som utvilsomt har hatt stor betydning. Rolleblandingen i de to selskapene er en alvorlig feil. Manglende avvisning er en betydelig feil, fordi det innebærer at dersom leverandøren hadde blitt avvist, ville noen andre mest sannsynlig fått kontrakten.*

I avsnitt 86-88, legger førstvoterende i Rt. 2007 s. 983(Reno Vest) til grunn at flere feil kan kumuleres, slik at de til sammen utgjør en vesentlig feil. Det er altså ikke nødvendig at det er begått én feil som alene er så alvorlig at den anses vesentlig, men det er tilstrekkelig dersom det er begått flere feil, at de til sammen vil kunne oppfylle vesentlighetskriteriet.

Det ble videre uttalt i Rt. 2007 s. 983(Reno Vest) at de øvrige feilene(mangelfull protokoll og manglende begrunnelse) var mindre betydningsfulle fordi de neppe var avgjørende for resultatet. Men Høyesterett viste så til at også disse feilene bidrar imidlertid til å svekke gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, som er grunnleggende krav ved gjennomføringen av anskaffelsene, jf. LOA § 5. Høyesterett la så vekt på at Reno-Vest er en profesjonell aktør som bør kjenne regelverket godt nok til å unngå slike feil. De la altså vekt på oppdragsgivers rolle som profesjonell part, og oppdragsgivers klandreverdighet. Høyesterett uttalte at selv om Reno-Vest var en mindre bedrift, var de forpliktet til å oppfylle grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. Det kan altså tyde på at det ikke kan stilles like strenge krav mindre aktører med mindre kompetanse, men de grunnleggende kravene må være oppfylt uansett.

Man skal likevel være forsiktig med å si at fordi en feil er grunnleggende, vil dette automatisk medføre erstatningsansvar. I Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg) uttalte førstvoterende, som var i flertall, at: *Etter min vurdering kan den saksbehandlingsfeilen som er begått, ikke medføre ansvar for TAs positive kontraktsinteresse. At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar.* Høyesterett la avgjørende vekt på at oppdragsgiver ikke kunne klandres for feilen som var begått, det forelå unnskyldelig rettsvillfarelse.

⁶⁸ Rt.2007 s. 983 avsnitt 86

Feil ved tildelingskriterier, manglende avlysning, manglende avvisning og brudd på de grunnleggende prinsippene som følger av LOA § 5 er typiske eksempler på feil som blir ansett som vesentlige, men det må vurderes konkret i den enkelte sak.

Vilkåret til at oppdragsgiver må ha begått en *vesentlig feil* som Høyesterett har lagt til grunn i sin praksis er strengere enn et rent objektivt ansvar, siden terskelen for feilen som må begås er høy, og momenter i vurderingen innebærer en vurdering av skyld. Et objektivt ansvar vil foreligge uavhengig av om feilen er vesentlig og om oppdragsgiver har utvist skyld. Den som ligger nærmest til å bære ansvaret for en skade vil måtte bære tapet for den. Det vil i anskaffelsessammenheng som regel være oppdragsgiver som er nærmest til å bære tapet dersom hun har begått en feil i anskaffelsesprosessen. Det foreligger ikke noe krav om at oppdragsgiver kan klandres for å ha begått denne feilen, det er tilstrekkelig at den har medført et tap for leverandøren. Høyesterett har altså gått vekk fra ordlyden i LOA § 11 og håndhevelsesdirektivet art. 2 (1) bokstav c når de fastsetter et krav om vesentlig feil, og i dette en viss form for skyld. Spørsmålet er om dette er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

4.3.3 Rettsvillfarelse som unnskyldningsgrunn

Det har i litteraturen vært stilt spørsmål om rettsvillfarelse kan medføre at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag for oppdragsgivers brudd på reglene for offentlige anskaffelser.⁶⁹ Rettsvillfarelse innebærer at ansvarsgrunnlag ikke vil foreligge, fordi feilen som ble begått var unnskyldelig. I anskaffelsesretten er dette en del av vurderingen av hvorvidt det foreligger en vesentlig feil, jf. uttalelsene i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus), hvor det uttales at det er et moment i vurderingen av om det foreligger en vesentlig feil hvorvidt oppdragsgiver er å bebreide.

I kontraktserstatningsretten er det objektivt ansvar for misligholdet, dersom misligholdet skyldes uvitenhet om forpliktelsen, altså rettsvillfarelse.⁷⁰ I anskaffelsessammenheng innebærer rettsvillfarelsen som regel at oppdragsgiver ikke kjente til den regelen som er brutt, eller ikke kjente til at regelen faktisk var brutt fordi vurderingen er så komplisert. Som nevnt skal oppdragsgiver i utgangspunktet regnes som en profesjonell, og ansvaret skal vurderes strengt. Men det er stor forskjell på hvor stor oppdragsgiveren er, og hvilken kompetanse hun besitter. Oppdragsgivere kan jo ofte være mindre kommuner eller offentligrettslige selskaper som ikke besitter mye kompetanse på offentlige anskaffelser. Derfor kan man spørre om det aldri vil være unnskyldelig at oppdragsgiver ikke kjente til regelen som er brutt. Det er også

⁶⁹ Dragsten(2010) s. 823

⁷⁰ Hagstrøm(2011) s. 527

store forskjeller på hvilke type regler som er brutt. Noen er mer ubetydelige enn andre. De generelle prinsippene som kan utledes av LOA. § 5, må for eksempel kunne forutsettes kjent for alle, mens mer detaljerte regler i FOA kanskje kan være så lite kjente at det kan tenkes at det ikke er rimelig å kreve at oppdragsgiver kjenner til dem. Likevel kan kjente regler innebære så vanskelige vurderinger at dette også kan føre til rettsvillfarelse.

I NOU:1997:21 er det uttalt at rettsvillfarelse som utgangspunkt ikke kan påberopes som unnskyldningsgrunn og at *[m]anglende kunnskap om anbudsreglene fritar derfor ikke fra erstatningsansvar*⁷¹ Høyesterett har likevel i sin praksis åpnet for at rettsvillfarelse kan fritta oppdragsgiver for erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse.

I Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) var ikke spørsmålet om rettsvillfarelse direkte oppe, men det ble uttalt at det ikke var tale om *...feiltolking av innfløyte reglar eller om feil vurdering av vanskelege faktiske tilhøve. Feila knytte seg ikkje til vanskelege tolkingar av regelverket eller til kompliserte faktiske vurderingar*. Denne uttalelsen åpner for såvidt for at slike feil faktisk kan fritta oppdragsgiver for ansvar, dersom foreligger et komplisert regelverk, eller kompliserte rettslige eller faktiske vurderinger foreligger.

Den første gangen spørsmålet om rettsvillfarelse ble reist var i Rt. 2008 s. 982 (Catch Communications). Saken gjelder den negative kontraktsinteresse. Her avviste Høyesterett at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar. Kommunen hadde anført at den var i god tro, og derfor måtte frifinnes. Om dette uttalte Høyesterett at: *Dette kan ikke føre frem. Ifølge forarbeidene fritar manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fra erstatningsansvar, jf. NOU 1997:21 side 85. Kommunen har valgt å inngå kontrakt etter at spørsmålet om riktig prosedyre var tatt opp, og etter at Oslo byfogdembete hadde gjort det klart at kunngjøringen var i strid med forskriften. Dette er uansett ikke unnskyldelig*. I Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg) ble dette avsnittet ikke ansett som relevant, fordi denne dommen ikke gjelder positiv kontraktsinteresse.

I Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg) viste saksøker til EU/EØS-retten og den generelle plikten til effektiv gjennomføring av EU-retten, og mente på dette grunnlag at rettsvillfarelse hos oppdragsgiveren ikke, eller bare i veldig begrenset grad, kan tas i betraktning.

Høyesterett pekte så på at det ikke er nærmere angitt i EØS-reglene hvordan erstatningsreglene skal utformes. *Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse*. Det ble videre pekt på at spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn

⁷¹ NOU: 1997:21 s. 85

til rabatten var tvilsomt. Løsningen var ikke opplagt, og problemstillingen var ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Førstvoterende pekte på at oppdragsgiver ikke kunne klandres for sin avgjørelse. Høyesterett fant at det ikke var aktuelt med ansvar på grunn av rettsvillfarelse. Rettsvillfarelsen ble ansett unnskyldelig og fritok dermed oppdragsgiver for erstatningskravet.

I forente saker c/46/93 og C48/93 Brasserie de Pêcheur legges det til grunn at rettsvillfarelse er et moment ved vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket. Etter Sak 568/08(Combinatie Spijker) må dette kunne legges til grunn. Det vil derfor være forenelig med EU/EØS-retten å legge til grunn at rettsvillfarelse kan tas i betraktning. Se mer om dette nedenfor.

4.3.4 Forholdet til EU/EØS-retten

4.3.4.1 Likebehandlingsprinsippet og effektivitetsprinsippet

Det har vært reist spørsmål i litteraturen om Høyesterett har lagt listen for ansvar for brudd på anskaffelsesreglene for høyt i forhold til de EU/EØS-rettslige krav, spesielt likebehandlingsprinsippet og effektivitetsprinsippet.⁷² Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger har uttalt at det ikke finnes noe i direktivtekstene som tyder på at man kan kreve subjektiv skyld som vilkår for erstatning for anbudsfeil eller kreve at det foreligger *vesentlige feil*.⁷³

Spørsmålet om EU-retten kan medføre et objektivt ansvar for brudd på anskaffelsesreglene var oppe i Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg). Den forbigåtte leverandøren anførte at det er et spørsmål om den subjektive siden i det hele tatt kan tillegges vekt når det er begått feil i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser, og viste til EU-retten.

Det følger av det EU-rettslige effektivitetsprinsippet at vilkårene for erstatning ikke må gjøre det praktisk umulig eller urimelig vanskelig å kreve erstatning for brudd på fellesskapsreglene.⁷⁴ Likebehandlingsprinsippet (eller ekvivalensprinsippet) innebærer at de materielle betingelsene for erstatning for brudd på EU-rettslige regler ikke skal være mindre gunstige enn de reglene som gjelder for søksmål for brudd på nasjonal rett.⁷⁵ Dette innebærer at prosedyrene for å kreve erstatning ikke må være for tidskrevende, og at de materielle betingelsene ikke kan være for strenge. Likebehandlingsprinsippet byr ikke på noen

⁷² Se bl.a. Fredriksen(2010) s. 600 og Bernt og Krüger(2002) s. 151

⁷³ Bernt og Krüger(2001) s. 151

⁷⁴ Fairgrieve(2011) s. 150 og Sag C-568/08 Combinatie Spijker avsnitt 91

⁷⁵ Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich and Others* avsnitt 43og Sag C-568/08 Combinatie Spijker avsnitt 91

problemer, det er ikke grunnlag for å si at vilkårene for erstatning er forskjellig for EU-rettslige regler enn for brudd på nasjonal rett.⁷⁶ Spørsmålet er om de materielle vilkårene i Nucleus er for strenge, slik at de bryter med det EU-rettslige effektivitetsprinsippet.

Førstvoterende i Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg), konkluderte i avsnitt 56 med at: *Jeg kan ikke se at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring, kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleus-dommen, og jeg legger dette til grunn.* Høyesterett viste til forenede saker C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur and Factortame, og kom til at det kun foreligger erstatningsansvar for det offentlige dersom det offentlige har begått åpenbare eller grove brudd på anskaffelsesreglene, og at dette er i samsvar med norsk rett der vilkåret er at det offentlige må ha begått en *vesentlig feil*.⁷⁷

4.3.4.2 Skyldkravet i EU-retten: Strabag-dommen

Høyesterett konkluderte altså i Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg) med at Nucleus-dommen var i samsvar med EU-retten. Det som ble vurdert da, var forholdet til EU-rettslige prinsipper, og EU-domstolens uttalelser i dommer om den generelle EU-rettslige erstatningsrett, spesielt med tanke på likebehandlingsprinsippet og effektivitetsprinsippet. I ettertid har det kommet to avgjørelser fra EU-domstolen om vilkårene til erstatning i anskaffelsesrettslig sammenheng. I avgjørelsene uttaler EU-domstolen seg om ansvarsgrunnlaget etter EU-retten. Spørsmålet er om denne praksisen fra EU-domstolen medfører at det foreligger et objektivt ansvar for oppdragsgiver dersom hun begår feil ved gjennomføring av anbudskonkurranser.

I EU-domstolens sak C-314/09(Strabag) hevdet leverandøren, Strabag, at oppdragsgiveren, Stadt Graz, hadde tildelt kontrakten på feil grunnlag. Strabag hevdet at de egentlig skulle fått tildelt kontrakten. I Østerisk rett forelå det et vilkår om at oppdragsgiveren måtte ha handlet culpøst dersom leverandører skulle kunne få tilkjent erstatning. Domstolen besvarte et prejudisielt spørsmål, om håndhevelsesdirektivet kunne tolkes slik at krav på erstatning kunne betinges av at oppdragsgiver hadde opptrådd culpøst. Domstolen uttalte at siden det ikke var fastsatt bestemte bestemmelser på området, er utgangspunktet at det er opp til nasjonalstatene å fastsette de nødvendige virkemidler for å sikre effektiv tilgang til erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Deretter ble det uttalt at *...gennemførelsen af artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 principielt henhører under princippet om medlemsstaternes*

⁷⁶ Fredriksen (2010) s. 603

⁷⁷ Fredriksen(2010) s. 601

*processuelle autonomi, der begrænses af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.*⁷⁸ Her vises det altså til håndhevelsesdirektivet som en begrunnelse for hvorfor utformingen av reglene er begrenset av effektivitetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet.

EU-domstolen påpeker i Strabag-dommen at håndhevelsesdirektivet pålegger nasjonalstatene å sikre effektive klagemuligheter for brudd på EU-retten.⁷⁹ Videre uttales det at ordlyden i direktivet *på ingen måte indikerer, at en overtrædelse af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter for at kunne give skadelidte personer krav på skadeserstatning skal bero på en nærmere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side.*⁸⁰ Domstolen uttaler at det vil være i strid med direktivets formål å legge til grunn et krav om skyld. Domstolen viser konkret til ordlyd og formålet med selve direktivet. Det kan tyde på at domstolen sikter til at selve direktivet har betydning for vilkårene for erstatning.

Til slutt konkluderer domstolen med at direktiv 89/665 skal fortolkes slik at det er til hinder for at nasjonal rett hvor krav på erstatning er betinget av *at en ordregivende myndighed har overtrådt bestemmelserne om offentlig kontrakter, er betinget af, at overtrædelsen er culpøs, herunder når anvendelsen af disse retsforordninger bygger på en formodning om, at nævnte myndighed har handlet culpøst, og når denne ikke kan påberåbe sig manglende individuelle færdigheder og dermed manglende subjektiv skyld for så vidt angår den påståede overtrædelse.* Igjen viser dommeren til at det er fortolkningen av håndhevelsesdirektivet som er begrunnelsen for at man ikke kan legge til grunn et krav om at overtredelsen er culpøs.

EU-domstolen har altså i Sak C-314/09 (Strabag) klargjort at culpa ikke kan oppstilles som vilkår for erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket.⁸¹ Det var en noe overraskende avgjørelse fra domstolen, da spørsmålet i utgangspunktet faller inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi.⁸²

Dommen kan tolkes slik at den forutsetter et objektivt ansvar for feil i anskaffelsesprosessen. At culpa ikke kan oppstilles som vilkår, er likevel ikke nødvendigvis det samme som at nasjonalstatene må legge til grunn et rent objektivt ansvar. Dommen kan tolkes som at culpa ikke er lov å oppstille som vilkår. Den kan også tolkes slik at alle brudd på anskaffelsesregelverket er grunnlag for erstatning.

⁷⁸ Se Sak C-314-09(Strabag), avsnitt 34

⁷⁹ Se C-314/09(Strabag), avsnitt 31

⁸⁰ Avsnitt 35

⁸¹ Thue(2013) s. 102, sak C-314/09 Strabag avsnitt 45.

⁸² Fairgrieve(2011) s. 160

4.3.4.3 *Combinatie Spijker*

I en etterfølgende avgjørelse om erstatning, Sak 568/08(Combinatie Spijker) tilnærmer EU-domstolen seg problemstillingen på en helt annen måte.⁸³ I denne saken hadde oppdragsgiveren besluttet å renovere to broer i den nederlandske kommunen Emmen. Firmaet Machinefabriek Emmen BV hadde gitt det laveste tilbudet, mens Combinatie hadde nest laveste tilbud. Machinefabriek Emmen BV vant konkurransen, og Combinatie forsøkte å få saken stanset, fordi de mente at de ikke oppfylte kravene for tildeling av kontrakten. Machinefabriek Emmen BV ble likevel tildelt kontrakten, og Combinatie reiste krav om erstatning.

EU-domstolen oppstilte i avsnitt 87 tre vilkår for erstatning: (...) *den EU-rettlige bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge dem rettigheder, at tilsidesættelsen af denne bestemmelse er tilstrækkeligt kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem denne tilsidesættelse og borgernes tab.*⁸⁴

Etter denne dommen kreves det altså at det foreligger brudd på en EU-lov som er ment å gi individuelle rettigheter, dette bruddet må være *tilstrekkelig kvalifisert*, og det må være en direkte årsakssammenheng mellom tapet og regelbruddet. Bruddet på reglene kan altså ikke være helt betydningsløst dersom det skal foreligge ansvarsgrunnlag. Begrepet *tilstrekkelig kvalifisert* og de øvrige vilkårene er hentet fra den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett.

Domstolen konkluderer i avsnitt 92 med at det i fravær av EU-rettslige bestemmelser på området, er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere vilkår for erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Det er nettopp det Høyesterett gjorde i Nucleus. Høyesterett fastla en materiell norm for hvor kvalifisert feilen må være, altså at den må være vesentlig, og at ved vurderingen av om en feil er vesentlig må man ta hensyn til størrelsen på feilen, typen feil og om oppdragsgiver kan klandres for feilen.

EU-domstolens avgjørelse i C-568/08 *Combinatie Spijker* er ikke helt i samsvar med *Strabag*-saken. Domstolen refererer knapt til den tidligere dommen C-314/09 *Strabag*, og ikke overhodet til den delen som handler om culpa. Dette kan tolkes slik at domstolen fraviker den tidligere avsatte dommen. Man kan også forsøke å tolke dommene harmoniserende, slik at dommene sammen sier at selv om nasjonalstatene ikke kan kreve at oppdragsgiver har opptrådt culpøst, jf. sak C-314/09 (*Strabag*), er det en viss terskel før oppdragsgiver blir

⁸³ Fairgrieve(2011) s. 160

⁸⁴ Dommen viser til forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich and Others*, avsnitt 35; Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, avsnitt 31 og 51; og Sak C-445/06 *Danske Slagterier*, avsnitt 19 og 20.

erstatningsansvarlig, nemlig at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på reglene. Men dommene er i utgangspunktet ganske motstridende. Spørsmålet er om det følger av EU-retten at ethvert brudd på EU-reglene er tilstrekkelig for erstatningsansvar, slik som Strabag tyder på, eller om det må foreligge et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket, slik det uttales i *Combinatie Spijker*.

Det er etter dette noe usikkert hva EU-domstolen mener er rettsstilstanden på dette punktet, og det vil derfor være opp til medlemsstatenes skjønn. Det dominerende synspunktet i EU-landene synes å være at ethvert brudd på regelverket er tilstrekkelig, altså den motsatte løsningen av det vi har i Norge.⁸⁵ I de nordiske landene har de den samme løsning som hos oss⁸⁶, det kreves et *tilstrekkelig kvalifisert brudd*, eller som det uttales i *Nucleus: en vesentlig feil*. Spørsmålet beror på om man skal legge til grunn spesielle betraktninger etter anskaffelsesretten som i Strabag, eller om man som i *Combinatie Spijker* skal legge til grunn de føringene som følger av den alminnelige erstatningsretten i EU.

4.3.4.4 *Forholdet mellom den alminnelige erstatningsretten og håndhevelsesdirektivet*

Man kan spørre om vilkårene for erstatning for brudd på anbudsreglene skal vurderes på akkurat samme måte som i den alminnelige erstatningsrett, eller om det gjelder spesielle vurderinger ved brudd på anskaffelsesreglene. Det er klart at Høyesterett har fastsatt egne vilkår for erstatning for både negativ og positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene. Den EU-rettslige siden av anskaffelsesregelverket kompliserer dette bildet enda mer. Er det egne erstatningsregler for brudd på anskaffelsesreglene som følger av håndhevelsesdirektivet, eller skal de generelle EU-rettslige erstatningsregler legges til grunn?

Det er uttalt i forarbeidene til gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet NOU:2010:2 s. 32. at man i norsk rettspraksis til en viss grad kan si at det har dannet seg en egen rettspraksis for vurdering av erstatningskrav etter offentlige anskaffelser. Det refererer blant annet til det særlige vilkåret om *vesentlig feil* som gjelder for erstatning for positiv kontraktsinteresse, og vilkåret om *klar feil* som gjelder for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Vi har ikke tilsvarende vilkår etter den alminnelige erstatningsrett. Vilkårene for erstatning i anskaffelsesretten er altså strengere enn det som følger av den alminnelige erstatningsrett, både når det gjelder den positive og den negative kontraktsinteresse. Man kan spørre seg om

⁸⁵ Fairgrieve(2011) s. 161

⁸⁶ Fairgrieve(2011) s. 165

det ikke finnes en tilsvarende egen praksis for erstatning på grunnlag av brudd på anskaffelsesreglene også etter EU-retten.

Høyesterett forutsetter i Rt. 2008.1705(Trafikk og Anlegg) at man kan vise til den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett, fordi førstvoterende i dommen kun viser til uttalelser i dommen Brasserie de Pêcheur, som gjelder den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett, og ikke anskaffelsesrettslig erstatning konkret.⁸⁷ Spørsmålet er om håndhevelsesdirektivet legger nærmere føringer for det offentliges ansvar ved anskaffelsesfeil enn det som følger av bakgrunnsretten.

I Håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF artikkel 2 (1) bokstav c står det at nasjonalstatene skal legge til rette for at leverandører skal kunne få erstatning dersom oppdragsgiver bryter regelverket for offentlige anskaffelser. Det er det eneste som står om vilkårene for erstatning i direktivet. Utgangspunktet er at det er opp til nasjonalstatene å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning. Men dersom EU-domstolen uttaler seg om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, er norske domstoler forpliktet til å rette seg etter de uttalelsene, jf. EØS-avtalen art. 6.

Siden EU-domstolen i sak 314/09 Strabag fastslo at det ikke kan oppstilles noe skyldkrav ved brudd på anskaffelsesreglene, og forankret dette i håndhevelsesdirektivets ordlyd, er dette noe som taler for at det også innenfor EU-retten er egne vilkår for erstatning for brudd på anskaffelsesreglene.

Avgjørelsen i Combinatie Spijker kan på den annen side tyde på at det var riktig av førstvoterende i Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg) å vise til vilkårene i Brasserie de Pêcheur, fordi Combinatie Spijker benytter samme begrep som i den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett, nemlig *tilstrekkelig kvalifisert*. Innholdet i dette blir ikke presisert i Combinatie Spijker, tvert imot uttaler domstolen at det nærmere innholdet skal fastlegges av medlemsstatene selv. Bruken av selve begrepet taler altså for at den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett kan legge føringer for den nasjonale anbudsrettslige erstatningsretten.

Det ble uttalt i Combinatie Spijker at håndhevelsesdirektivets art. 2 nr. 1 bokstav c *udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten* og at det derfor i fravær av EU-rettslige bestemmelser på området er opp til den enkelte medlemsstat å bestemme de nærmere vilkårene for hvordan erstatning for brudd på EU-rettslige anskaffelsesregler skal fastsettes.

⁸⁷ Fredriksen(2010) s. 601

Dette kan tolkes slik at EU-domstolen mente at håndhevelsesdirektivet har selvstendig betydning for erstatningsretten, fordi den konkretiserer prinsippet om erstatning. Uttalelsen kan også tolkes slik at den mener at bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet bare er et utslag av den alminnelige erstatningsrett.

Det kan etter *Combinatie Spijker* virke som om EU-domstolen legger til grunn at det er de alminnelige EU-rettslige regler for erstatning som skal legges til grunn for vurderingen ved forbrudd på regelverket for offentlige anskaffelser, siden vilkårene og begrepene som brukes er de samme som i den alminnelige erstatningsretten.⁸⁸

Dersom den alminnelige erstatningsrett skal legges til grunn, kan man spørre om det kan åpnes for å stille strengere krav til vilkårene for erstatning for den positive kontaktsinteresse. På den andre side har EU-domstolen åpnet for at det nærmere innholdet i vilkårene skal bestemmes av medlemsstatene selv, slik at dette taler for at Høyesterett kan fastsette slike vilkår som de har gjort i *Nucleus*-dommen.

4.3.4.5 *Vurderingen av tilstrekkelig kvalifisert og vesentlig feil*

Høyesterett har i *Nucleus* lagt til grunn et ansvar som ikke er direkte betinget av culpa, så det er for så vidt forenelig med sak C-314/09 *Strabag*. EU-domstolen legger ikke andre føringer i *Strabag*-saken enn at man ikke kan oppstille et krav om culpa. *Combinatie Spijker* oppstiller nærmere vilkår, som er i tråd med den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett. Det oppstilles et krav om at bruddet på regelverket må være *tilstrekkelig kvalifisert*, og hvis man sammenligner dette med kravet til en *vesentlig feil* synes de to begrepene ikke å være så langt ifra hverandre. Problemet er at Høyesterett legger inn et skyldmoment i sin vurdering av hva som er en vesentlig feil, mens sak C-314/09 *Strabag* uttrykkelig sier at det ikke kan oppstilles et skyldkrav. Det er ikke så lett å tolke sak C-314 *Strabag* og sak C-568/08 *Combinatie Spijker* harmoniserende. Men de kan tolkes slik at ansvaret i utgangspunktet skal vurderes objektivt, men at det kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket.

Marianne Dragsten har tatt til orde for at kravet til vesentlig feil ved erstatning for den positive kontraktsinteresse kan opprettholdes i norsk rett, men at den nærmere vurdering av innholdet i hva som er vesentlig må vurderes på bakgrunn av EU-retten.⁸⁹

Om det foreligger en vesentlig feil vil bero på en konkret vurdering, jf. Rt. 2001 s. 1062.⁹⁰

⁸⁸ Se også Dragsten (2013) s. 839

⁸⁹ Dragsten(2013) s. 836

⁹⁰ Dragsten(2013) s. 836

Det nærmere innholdet i begrepet *tilstrekkelig kvalifisert* er tidligere presisert i Brasserie de Pêcheur. Det avgjørende kriterium for at regelbruddet skal anses som tilstrekkelig kvalifisert er *om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser*.⁹¹

Momenter som skal tas i betraktning ved denne vurderingen er: *hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten*.⁹²

Disse momentene vil også være relevante i spørsmålet om det foreligger vesentlige feil, fordi momentene i stor grad er sammenfallende med momentene etter Nucleus-dommen⁹³, som var *...storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last*.⁹⁴

Selv om man legger til grunn at ansvaret i utgangspunktet er objektivt ser vi at EU-domstolen uttaler at rettsvillfarelse er et relevant moment, og dette er i stor grad sammenfallende med Høyesteretts moment om hvorvidt oppdragsgiver kan bebreides. Det må altså være i samsvar med EU-retten at culpa ikke er et vilkår, men et moment i vurderingen av om en feil er vesentlig.

4.3.5 Konklusjonen i norsk rett

I utgangspunktet kan man etter Strabag-saken ikke godta et vilkår om skyld etter EU-retten. Det er usikkert hvordan dette skal harmoniseres med Combinatie Spijker, og hvordan dette stemmer med vilkårene i Nucleus-dommen. Både Rt. 2001 s. 1062(Nucleus) og Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg) er avsagt før EU-domstolens saker C-314/09 Strabag og C-568/08 Combinatie Spijker.⁹⁵ Etter at EU-domstolen har avsagt disse dommene, har det ikke vært noen saker i Høyesterett som vurderer om vilkårene i Nucleus-dommen fortsatt står seg etter EU-domstolens uttalelser om ansvarsgrunnlag. Høyesteretts standpunkt i Nucleus-dommen

⁹¹ C-46/93 og C-48/93 Brasserie du pêcheur og Factortame mot Tyskland avsnitt 55

⁹² C-46/93 og C-48/93 Brasserie du pêcheur og Factortame mot Tyskland avsnitt 56

⁹³ Dragsten(2013) s. 836

⁹⁴ Rt. 2001.1062 på s. 1079

⁹⁵ Dragsten (2013) s. 835

har derimot blitt lagt til grunn i flere saker lagmannsretten, etter at sakene Strabag og Combinatie Spijker kom.

Borgarting Lagmannsrett la i RG. 2012 s. 25 vilkårene i Nucleus til grunn uten å problematisere forholdet til EU-retten. Det samme gjorde Hålogaland lagmannsrett i LH-2012-140306.

Agder lagmannsrett(LA-2011-100800) la til grunn at culpa ikke er et vilkår for å statuere ansvar, men at det inngår som et moment i en bredere vurdering. Lagmannsretten uttalte at *Nucleus-dommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett og er i god harmoni med praksis fra EU/EØS-retten, herunder Strabag-dommen (C314/09) og Combinatie-dommen (C-568/08)*

I Borgarting Lagmannsretts avgjørelse(LB-2015-029544) ble spørsmålet om Nucleus-dommen står seg i forhold til EØS-retten igjen problematisert. Lagmannsretten pekte på at Høyesteretts standpunkt i Nucleus-dommen har vært lagt til grunn i senere praksis i lagmannsretten og at lagmannsretten i hovedtrekk kunne slutte seg til vurderingene av de rettslige vilkårene for erstatning i de to tidligere lagmannsrettsavgjørelsene.

Alle dommene ble anket til Høyesterett, men ankene ble nektet fremmet. Sakene ikke ble ansett å ha betydning utenfor den foreliggende sak, jf. tvisteloven § 30-4. Høyesterett har altså ikke ansett det som nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet, selv om det har kommet nye avgjørelser fra EU-domstolen. Man må derfor kunne anta at Høyesterett legger til grunn at vilkårene i Nucleus-dommen er i samsvar med avgjørelsene i Strabag og Combinatie Spijker. Når det i tilfeller som dette foreligger flere lagmannsrettsavgjørelser som trekker i samme retning, får avgjørelsene tyngre vekt, og det faktum at Høyesterett har avvist alle ankene taler for at dette ville blitt løsningen også i Høyesterett.

4.4 Økonomisk tap og utmåling

Leverandørens tap må ha en økonomisk verdi, være påregnelig og sannsynlig.⁹⁶ Dersom en leverandør krever erstatning for den positive kontraktsinteresse, innebærer det at hun får erstattet mer enn de utgifter hun har hatt. Det økonomiske tapet innebærer også tapt fortjeneste. En av bekymringene ved innføringen av positiv kontraktsinteresse var at erstatningen kunne komme opp i svært store summer, som ikke står i forhold til de feilene som oppdragsgiver har begått, jf. Rt. 2001 s. 1062(Nucleus).

⁹⁶ Simonsen(1997) s. 354

Etter alminnelige regler i kontraktserstatningsretten må kravet være påregnelig. Tapspostene må stå i *en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig* jf. Rt. 1983 s. 205 på side 212. Dette må gjelde også i anskaffelsesretten.

Etter alminnelige regler om bevisbyrde er det leverandøren som har bevisbyrden for det økonomiske tapet.⁹⁷ Siden leverandøren faktisk ikke har fått gjennomført oppdraget, er det ikke mulig å fastsette nøyaktig hvor stor fortjenesten ville ha vært dersom hun hadde fått kontrakten. Utgangspunktet er at fortjenestetapet er det beløpet som kontraktssummen ville ha utgjort, det må altså tas utgangspunkt i et hypotetisk hendelsesforløp. Det skal gjøres fradrag for leverandørens utgifter ved gjennomføring av kontrakten.⁹⁸

Hvordan kontraktsforløpet med den leverandøren som ble valgt faktisk har utviklet seg, kan gi et bilde på hvordan kontraktsforløpet ville ha blitt med den forbigåtte leverandøren.⁹⁹

I Rt. 2001 s.1062(Nucleus) uttalte førstvoterende at ansvaret måtte omfatte hele kontraktssummen slik den faktisk hadde utviklet seg. I denne saken ble oppdraget mer omfattende enn forventet, og Nucleus hadde krav på erstatning med utgangspunkt i kontraktssummen slik den ble med budsjettoverskridelsene. Fylkeskommunen måtte betale erstatning for byggesummen slik prosjektet faktisk ble utført med den andre leverandøren. Tapet ble satt til 7 prosent av bruttoomsetningen, og erstatningen kom på over 433 000 kroner. Høyesterett valgte altså å fastsette en prosentandel av brutto omsetning, slik som foreslått i Frostating lagmannsrett. Årsaken til dette var at Nucleus ikke hadde dokumentert hvilke kostnader de ville ha hatt ut over lønnskostnader. Nucleus hadde anført en fortjenestemargin på 20 %. Lagmannsretten la til grunn at fortjenesteprosenten de siste årene lå på 5-8 %, og satte fortjenesten på den tapte kontrakten skjønnsmessig til 7 %.¹⁰⁰ Vurderingen av utmålingen vil ofte være svært skjønnsmessig.

Dersom den valgte leverandørens utgiftsnivå er uvanlig høyt, for eksempel på grunn av dårlig drift, vil dette kunne spille inn i vurderingen.¹⁰¹ Det er ikke sikkert at leverandøren som egentlig skulle vunnet ville ha hatt like dårlig drift som valgt leverandør.

I Rt. 2007 s. 983(Reno-Vest) hadde partene oppnådd enighet om utmålingen for Høyesterett, og erstatningen ble satt til 1 025 000 kr.

⁹⁷ Dragsten(2013) s. 842

⁹⁸ Dragsten(2013) s. 842

⁹⁹ Dragsten(2013) s. 842

¹⁰⁰ RG-2007-1390

¹⁰¹ Dragsten(2013) s. 843

I RG. 2007 s.1390 hadde leverandøren budsjettert med en årlig fortjeneste på 750.000 kroner på kontrakten. Dette var tilsvarende den alminnelige fortjenestemargin i bransjen. I tillegg hadde de et dekningsbidrag. Oppdragsgiveren anførte at leverandøren ikke ville hatt noen fortjeneste på kontrakten, og derfor ikke kunne få erstattet den positive kontraktsinteresse. Lagmannsretten tok utgangspunkt i budsjettet til leverandøren ved utmålingen. Det ble lagt vekt på at det var et veldrevet firma. Erstatningen ble skjønnsmessig satt til 3 millioner kroner.

Det ble i RG. 2007 s. 1390 vist til Rt. 2001 s.1288(PEAB mot Gate Gourmet) hvor det ble uttalt: *Jeg bemerker at bruken av gjennomsnittsbetraktninger i rettspraksis har sammenheng med at det ikke har vært stilt særlig strenge krav til bevis for det tap anbyderen har lidt. Er det først på det rene at det er grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, vil domstolen i stor utstrekning måtte basere erstatningsutmålingen på rent skjønnsmessige betraktninger. Dette forhindrer imidlertid ikke at domstolene må vurdere de innvendinger som i den enkelte sak blir gjort gjeldende mot å anvende gjennomsnittsbetraktninger ved erstatningsutmålingen.*

Erstatningsutmålingen er altså veldig kompleks, og må ta høyde for hypotetiske forløp. Fastsettelsen av erstatningen vil derfor ofte være svært skjønnsmessig. Det er ikke særlig strenge krav for å bevise tapet, men bevisbyrden ligger på leverandøren. Det fremgår av avsnitt 86 i sak C-568/08(Combinatie Spijker) at EU-retten ikke inneholder noen nærmere bestemmelser for utmålingen av erstatningen.

4.5 Årsakssammenheng

Kravet til årsakssammenheng utledes av de generelle erstatningsrettslige prinsipper,¹⁰² men følger også av ordlyden i LOA § 11, der det står at saksøker har krav erstatning på tapet som er lidt *som følge av* at oppdragsgiver har brutt regelverket.

Høyesterett uttalte i Rt. 2001.1062(Nucleus) at dersom leverandøren skal ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse må leverandøren kunne påvise en *klar sannsynlighetsovervekt* for at vedkommende ville vunnet konkurransen dersom feilen ikke hadde blitt begått. Det vil si at det er i utgangspunktet bare er den som skulle vunnet konkurransen dersom den var blitt gjennomført på korrekt måte, som kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse. De øvrige deltakerne i konkurransen ville under enhver omstendighet blitt utkonkurrert, og kan derfor bare kreve erstatning for den negative

¹⁰² Dragsten(2013) s. 824

kontraktsinteresse, jf. Rt. 1997 s. 574(Firesafe) på s. 578. En leverandør som er innstilt som nr. 3 eller lavere kan under visse omstendigheter tenkes å bli tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse, men må da bevise med klar sannsynlighetsovervekt at heller ikke nr. 2 ville blitt tilkjent kontrakten dersom konkurransen hadde blitt gjennomført på korrekt måte.

Førstvoterende i Rt. 2001.1062(Nucleus) uttaler videre: *Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.*¹⁰³

Beviskravet for årsakssammenheng ved erstatning for positiv kontraktsinteresse skal altså være strengere enn vanlige beviskrav. Dette står i motsetning til Høyesteretts uttalelser i Rt. 1997 s. 574 (Firesafe) som angikk negativ kontraktsinteresse: *Preventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevisstema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsplikt ved klare feil.* For negativ kontraktsinteresse er det materielle vilkåret at leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom hun hadde kjent til feilen.¹⁰⁴ Det gjelder altså ikke et strengere beviskrav i disse tilfellene.

Domstolen har altså lagt til grunn at det skal være et strengere beviskrav til årsakssammenheng ved erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene enn det beviskrav som gjelder i den generelle erstatningsretten, hvor det er tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt. Begrunnelsen er blant annet at det vil ofte være vanskelig å si om en feil har spilt inn ved avgjørelsen i anskaffelsesprosesser, og derfor kan det være grunn til å heve terskelen for beviskravet.¹⁰⁵ Men siden det strengere beviskravet ikke gjelder negativ kontraktsinteresse, hvor de samme hensynene må kunne legges til grunn, kan dette ikke være den eneste begrunnelsen.

Det økonomiske tapet som følger av forventningen av å få en kontrakt ikke er heller ikke like beskyttelsesverdig som et økonomisk tap som følge av en tradisjonell skade, jf. Rt. 2001 s.1062(Nucleus). Det er heller ikke ønskelig at oppdragsgivere skal være så utsatt for

¹⁰³ Rt.2001 s. 1062 på s. 1079

¹⁰⁴ Jf. Rt.1997 s. 574 på s. 578

¹⁰⁵ Krüger (2001) s. 295

erstatningskrav at å gjennomføre anskaffelsesprosesser blir en alt for høy risiko for oppdragsgiver.

4.5.1 Forholdet til EU/EØS-retten

Det har blitt hevdet i litteraturen at kravet til årsakssammenheng er for strengt i forholdt til det som følger av EU-retten.¹⁰⁶ Kravet kan være for strengt allerede etter det som følger av effektivitetsprinsippet. Det kan også være for strengt etter sak C-568/08(Combinatie Spijker). Forutsetter man et kvalifisert subjektivt ansvarsgrunnlag i form av vesentlige feil og høy grad av klanderverdighet, er det vanskelig å godta at noe annet enn vanlig sannsynlighetsovervekt bør holde for å kvalifisere til erstatningsansvar.¹⁰⁷

I EU-domstolens sak C-568/08(Combinatie Spijker) legges det til grunn at det er EU-rettens alminnelige regler for brudd på EU-retten som skal legges til grunn for vurderingen ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Det uttales at det er et vilkår for erstatning at leverandøren kan påvise en *direkte årsakssammenheng*. Dette er det samme begrepet som brukes i den alminnelige EU-rettslige erstatningsrett. Det kan derfor stilles spørsmål om det etter dette kan legges til grunn et strengere krav til årsakssammenheng etter norsk rett for å få tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.¹⁰⁸ Høyesterett har ikke tatt stilling til problemstillingen, så spørsmålet må anses uklart. Likevel er som nevnt er de strengere vilkårene både for ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng lagt til grunn i flere saker i lagmannsretten, også i tiden etter EU-domstolens uttalelser.

4.5.2 "Klar sannsynlighetsovervekt"

Høyesterett har altså uttalt at det skal være et strengere beviskrav til årsakssammenheng for å få erstattet positiv kontraktsinteresse. Dette er innført gjennom at Høyesterett legger til grunn et materielt vilkår for å bevise årsakssammenheng. Det kreves at leverandøren beviser at hun *ville ha vunnet konkurransen*. Dette må bevises med *klar sannsynlighetsovervekt*. Det vil i utgangspunktet i en del tilfeller være vanskelig å bevise at man ville vunnet konkurransen. At dette i tillegg skal bevises med klar sannsynlighetsovervekt hever terskelen ytterligere.

Om hva som skal til for at vilkåret til en klar sannsynlighetsovervekt skal foreligge uttalte førstvoterende i Nucleus-saken: *Spørsmålet om årsakssammenheng er etter mitt syn ikkje tvilsamt i denne saka. Utan dei omtala saksbehandlingsfeila er det klart mest sannsynleg at*

¹⁰⁶ Se bl.a. Krüger(2001) Dragsten(2013) og Fredriksen(2010)

¹⁰⁷ Krüger(2001) s. 295

¹⁰⁸ Dragsten(2013) s. 839

Nucleus ville fått oppdraget. Nucleus hadde eit vesentleg lågare anbod enn Tom Ottar, og det var lagt til grunn av bygge- og vedlikehaldsavdelinga at dei to stod likt på andre punkt enn sjølve anbudssummen.¹⁰⁹ Dersom prisen er den nest laveste, og leverandørene står likt ellers, er dette altså tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret til klar sannsynlighetsovervekt.

Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) gjaldt erstatning for den positive kontraktsinteresse. Reno Vest er et interkommunalt selskap som arrangerte en anbudskonkurranse hvor fire selskaper hadde bestått kvalifiseringsrunden, blant annet SB Transport og Reno-Vest sitt eget datterselskap, Miljøtransport. Miljøtransport vant konkurransen. Leverandøren som var innstilt som nr. 2, SB Transport, krevde erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det ble blant annet anført inhabilitet på grunn av at daglig leder i Reno-Vest også var styreleder i Miljøtransport, og at Miljøtransport ikke oppfylte kravet til bankgaranti. Oppdragsgiver Reno-Vest anførte på sin side, at dersom Miljøtransport ikke hadde vunnet konkurransen, hadde kommunene utført oppdraget i egenregi, altså gjort jobben selv. Med denne anførselen ble det vanskeligere for leverandøren å bevise at årsakssammenheng forelå, fordi de også måtte tilbakevise at kommunene kunne gjort jobben selv.

Førstvoterende Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) klargjorde først at dersom vilkåret til årsakssammenheng skal foreligge, må SB transport bevise at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at selskapet ville blitt tildelt kontrakten. Videre uttaler førstvoterende om innholdet i vilkåret til at: *I dette ligger etter det jeg kan se ikke noe krav om tilnærmet visshet, men et krav om at SB Transport påviser klare holdepunkter for at selskapet ville fått kontrakten.* Førstvoterende er i mindretall, men flertallet sa seg ikke uenig i denne delen av uttalelsen. Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall(3-2) i spørsmålet om kravet til årsakssammenheng var oppfylt. Mindretallet fant at det forelå saklig grunn til å totalforkaste alle tilbudene, jf. FOA § 13-1, og at det var sannsynlig at Reno-Vest ville ha utført oppdraget i egenregi dersom de hadde avvist Miljøtransport, blant annet fordi prisen var en del høyere i tilbudene til de andre leverandørene. Kravet til årsakssammenheng var derfor ikke oppfylt. Flertallet fant derimot at kravet til årsakssammenheng var oppfylt, siden de fant at det ikke var forsvarlig å forkaste alle tilbudene. Spørsmålet om egenregi ble ikke vurdert, fordi en totalforkastelse var nødvendig for å vurdere spørsmålet om egenregi. Høyesterett fant at leverandøren som hadde vunnet konkurransen ikke oppfylte kravet til bankgaranti, og skulle derfor ha vært avvist. Oppdragsgiver hadde begått flere saksbehandlingsfeil, blant annet habilitetsreglene. Saksøker ble derfor tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.

¹⁰⁹ Rt.2001.1062 s. 1076

Dersom det foreligger en feil ved den forbigåtte leverandørens tilbud som medfører at denne skulle vært avvist, er det ikke aktuelt med erstatning for positiv kontraktsinteresse.¹¹⁰ Dersom leverandøren egentlig skulle vært avvist, kan hun jo ikke påvise at det er klar sannsynlighetsovervekt for at hun ville fått kontrakten dersom oppdragsgiver hadde gjennomført anskaffelsen på riktig måte. Tvert imot, leverandøren ville uansett ikke fått kontrakten. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver med saklig grunn kan forkaste alle tilbudene som har kommet inn, såkalt totalforkastelse, se. FOA § 13-1 og § 22-1.

Spørsmålet om årsakssammenheng har nær tilknytning til spørsmålet om tildelingskriterier. Disse kriteriene avgjør bakgrunnen for tildelingen av kontrakten, og den forbigåtte leverandøren skal sannsynliggjøre at hun ville vunnet konkurransen dersom oppdragsgiver hadde fulgt regelverket. Tildelingskriterier er de kriterier som oppdragsgiver bruker for å vurdere tilbudene i konkurransen. Etter FOA § 13-2 og § 22-2 skal tildelingen av konkurransen skje på basis av hvilket tilbud som er det *økonomisk mest fordelaktige* eller ut i fra hvilket tilbud som har den *laveste prisen*. Det er mye lettere for den forbigåtte leverandøren å bevise tilstrekkelig årsakssammenheng dersom tildelingskriteriet er den laveste prisen, enn det er dersom tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelaktige. Har leverandøren lavest pris, og tilbudet ikke skulle vært avvist, vil det foreligge årsakssammenheng.¹¹¹ Dersom tildelingskriteriet derimot er det økonomisk mest fordelaktige, er vurderingen mye mer komplisert, og det kan være vanskeligere å påvise at tilbudet ville vært valgt dersom oppdragsgiver ikke hadde brutt regelverket.

KOFA sak 2007/78 kan illustrere poenget. Der ble det uttalt at: *Når det videre er klart at klagers pristilbud var det nest rimeligste og tildeling av kontrakt skulle skje utelukkende på basis av lavest pris, antar nemnda at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse for klager kan være oppfylt.*

Forbigått leverandør som ikke klarer å bevise at det foreligger årsakssammenheng, kan fortsatt ha krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse.¹¹²

¹¹⁰ Dragsten(2013) s. 840

¹¹¹ Dragsten(2013) s. 841

¹¹² Rt. 2007 s. 983 avsnitt 89

4.6 Medkontrahentens rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse ved kontrakter som kjennes "uten virkning"

Gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF innførte en ny sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser. Denne innebærer at ved enkelte grove brudd på anskaffelsesregelverket kan kontrakter kjennes uten virkning. Når en kontrakt kjennes uten virkning, skal en ellers bindende kontrakt ikke gjennomføres med valgte leverandør, den skal bringes til opphør. Innføringen har skapt nye problemstillinger angående erstatning.

Hensynet bak bestemmelsen er å gjenopprette konkurransesituasjonen.¹¹³ I mange tilfeller vil det være mye bedre for den forbigåtte leverandøren å få naturaloppfyllelse enn å få erstatning for den positive kontraktsinteresse, derfor er bestemmelsen innført slik at det skal være mulig å stanse en allerede inngått kontrakt. Men å tilkjenne erstatning i tilfellene hvor en kontrakt er kjent uten virkning vil i realiteten bety at kontrakten får en økonomisk virkning, og det kan stride mot hensynet bak bestemmelsen.¹¹⁴

En kontrakt kan kjennes uten virkning dersom oppdragsgiver enten har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, eller tildelt en rammekontrakt eller dynamisk innkjøpsordning i strid med forskriften, eller dersom oppdragsgiver har brutt forskriften på en måte som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten. I det siste tilfellet må bestemmelsene om karenperiode eller suspensjon også være brutt, slik at leverandøren ikke kunne foreta rettslige skritt før kontraktsinngåelse, jf. LOA § 13 første ledd.

Domstolen har adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (*ex tunc*) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*). Fremtidig kontraktsoppfyllelse er mest aktuelt ved tjenestekontrakter. Det vil si at dersom en leverandør allerede har påbegynt oppdraget, vil de resterende delene av oppdraget gå til den leverandøren som egentlig skulle fått oppdraget. Dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse, jf. LOA § 13 fjerde ledd. Dette er mer aktuelt for varekontrakter, enn det er for tjenestekontrakter.

Det uttales i NOU 2010:2 at *sanksjonen «uten virkning» har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, det vil si anskaffelser som ikke er kunngjort i henhold til kravene i forskrift om offentlige anskaffelser. Dette regnes som en av de groveste*

¹¹³ NOU:2010:2 s. 175

¹¹⁴ Thue(2013) s. 103

*overtredelsene av anskaffelsesregelverket.*¹¹⁵ Det er uttalt i forarbeidene til § 13 at en ulovlig direkte anskaffelse er *en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med anskaffelsesregelverket ikke har kunngjort en konkurranse.*¹¹⁶

Dersom en kontrakt kjennes "uten virkning" etter LOA § 13, kan det utløse et erstatningskrav fra oppdragsgiverens medkontrahent.¹¹⁷ Når kontrakten kjennes uten virkning må medkontrahenten godta at kontrakten settes helt eller delvis til side. Dette vil kunne medføre et økonomisk tap og dermed et erstatningskrav. Kontrakten bortfaller som følge av at oppdragsgiver har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og dermed kan oppdragsgiver komme i erstatningsansvar på grunnlag av LOA § 11.¹¹⁸ LOA § 11 gjelder ikke bare for forbigåtte leverandører, men for alle parter som har lidt tap i forbindelse med en anskaffelsesprosess.¹¹⁹ Det vil si at medkontrahenten også vil kunne kreve erstatning etter denne bestemmelsen. Verken loven, forskriften eller EUs håndhevelsesdirektiv inneholder nærmere regler for når erstatning kan tilkjennes i disse tilfellene.¹²⁰

Erstatningskrav fra leverandører som ikke har fått kontrakten på grunn av oppdragsgivers feil er knyttet til at de er beskyttet av anskaffelsesregelverket. Det er ikke tilfellet for medkontrahenten. Medkontrahenten har tvert imot fått tildelt kontrakten som følge av brudd på anskaffelsesreglene. Det er ikke opplagt at brudd på anskaffelsesregelverket medfører at det foreligger et ansvarsgrunnlag overfor medkontrahenten, siden reglene i utgangspunktet ikke tar sikte på å verne medkontrahenter som urettmessig har fått tildelt en kontrakt.¹²¹

Samtidig er medkontrahenten en uskyldig tredjepart, det er oppdragsgiveren som har begått feilen som har ført til at kontrakten kan kjennes uten virkning. I utgangspunktet har heller ikke medkontrahenten noe rettskrav på kontrakten, den er jo blitt tildelt vedkommende på grunn av en feil. Oppdragsgiveren har likevel skapt en forventning overfor medkontrahenten om at denne kontrakten blir gjennomført.

Det uttales i NOU:2010:2¹²² at erstatning for den positive kontraktsinteresse harmonerer dårlig med LOA § 13. Dette er fordi erstatning for positiv kontraktsinteresse innebærer at

¹¹⁵ NOU:2010:2 s. 99

¹¹⁶ Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

¹¹⁷ Dragsten(2013) s. 822

¹¹⁸ NOU:2010:2 s. 174

¹¹⁹ NOU:2010:2 s. 175

¹²⁰ Dragsten(2010) s. 845

¹²¹ NOU:2010:2 s. 175

¹²² NOU 2010:2 s. 175

leverandøren skal stilles som om kontrakten er gjennomført, mens formålet til reglene om å kjenne en kontrakt uten virkning er nettopp at kontrakten ikke blir gjennomført.

Kravet til årsakssammenheng mellom regelbruddet og det økonomiske tapet kan bli vanskelig å oppfylle i disse situasjonene. Forutsetningen er jo at medkontrahenten har fått kontrakten som følge av regelbruddet. Dersom regelbruddet ikke hadde skjedd, ville jo medkontrahenten heller ikke fått kontrakten. Dermed ville medkontrahenten ikke hatt noen fortjeneste uansett. Derfor vil erstatning for positiv kontraktsinteresse være lite aktuelt i disse tilfellene.

Ved ulovlige direkte anskaffelser, vil det være vanskelig for medkontrahenten å bevise at hun ville ha fått tildelt kontrakten dersom anskaffelsesreglene hadde blitt fulgt.¹²³ Dette er fordi det vil være veldig vanskelig å si hvem som ville ha vunnet en eventuell konkurranse, når en konkurranse aldri har blitt gjennomført.

Dersom oppdragsgiver skulle bli erstatningsansvarlig i saker der kontrakt er kjent uten virkning, ville hun blitt ansvarlig overfor medkontrahenten, men ikke overfor riktig leverandør. Riktig leverandør får jo i disse tilfellene kontrakten likevel. Det blir altså ikke aktuelt at oppdragsgiver må erstatte den positive kontraktsinteresse overfor to parter. Dette taler for at medkontrahenten bør kunne få erstattet positiv kontraktsinteresse. At oppdragsgiver i slike tilfeller har skapt en klar forventning til at vedkommende skulle bli tilkjent kontrakten (leverandøren ble jo faktisk tilkjent den) taler også for at positiv kontraktsinteresse skal kunne tilkjennes i disse tilfellene. Hvis man ser på hensynet bak vilkåret til ansvarsgrunnlag, er det altså naturlig å tenke at erstatning burde gis også i disse tilfellene. Men hensynet bak vilkåret til årsakssammenheng sammenholdt med hensynet bak selve bestemmelsen om å kjenne kontrakter uten virkning vil nok veie tyngst i denne sammenheng. Dersom feilen til oppdragsgiver tenkes bort, ville ikke medkontrahenten fått kontrakten da heller. Erstatning for negativ kontraktsinteresse bør imidlertid tilkjennes også i disse tilfellene.

Bestemmelsen gjelder kun ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene, jf. LOA § 13 første ledd bokstav a.

¹²³ NOU:2010:2 s. 176

5 Avsluttende bemerkninger

Summene ved erstatning for positiv kontraktsinteresse vil ofte bli vesentlig høyere enn erstatning for negativ kontraktsinteresse. Spørsmålet har derfor svært stor betydning for partene. I Rt. 2001 s. 1062(Nucleus) ble det for første gang tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse i anskaffelsessammenheng. Høyesterett oppstilte strengere vilkår enn det som følger av den alminnelige erstatningsrett for å tilkjenne slik erstatning. De kom så til at det i denne saken forelå vesentlige feil, og det var heller ikke noen tvil om at saksøker ville vunnet konkurransen dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilene. Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ble brukt som argumentasjon for å innføre erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det ble uttalt at effektivitetsprinsippet setter skranker for norsk rett. Dersom Norge skal kunne gjennomføre sine forpliktelser etter EØS-avtalen effektivt, vil dette innebære at leverandørene også må kunne få erstattet fortjenestetapet.

Det er interessant at praksis i EU-landene på området er forskjellig. Noen land har tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse mange ganger, andre har aldri gjort det. Det er altså ganske forskjellig hvordan man har praktisert de forpliktelsene som følger av EU-retten, men det er nå anerkjent at EU-retten medfører en forpliktelse til å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Når det gjelder vilkårene for positiv kontraktsinteresse, er de etter norsk rett strengere enn det som følger av EU-retten. Selv om utgangspunktet er at erstatningsvilkårene faller inn under den nasjonale autonomien, er norsk rett begrenset av effektivitetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet. Her har Høyesterett lagt til grunn at det ikke strider mot effektivitetsprinsippet å fastlegge en høyere terskel for erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene.

Det er fortsatt noe uklart om det følger av EU-retten at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er tilstrekkelig grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, eller om det kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket. Strabag-dommen sier at det ikke er tillatt å oppsette et skyldkrav, og peker på håndhevelsesdirektivet. Mens Combinatie Spijker sier at bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet er en konkretisering av statenes generelle erstatningsansvar. Strabag-dommen taler altså for at ethvert brudd er tilstrekkelig, mens Combinatie Spijker taler for at det kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd. I de fleste EU-land har trenden vært at ethvert

brudd er tilstrekkelig, mens i Norge og de andre nordiske landene kreves det et tilstrekkelig kvalifisert brudd.¹²⁴

De to dommene er vanskelige å harmonisere, og det er bemerkelsesverdig at EU-domstolen i *Combinatie Spijker* ikke kommenterer *Strabag*-dommen. Derfor er det usikkert om disse to dommene faktisk skal harmoniseres eller om *Strabag* er fraveket. Dette medfører at det er noe usikkert hva EU-domstolen faktisk mener om ansvarsgrunnlaget ved brudd på offentlige anskaffelser. Medlemsstatenes forskjellige praksis på området vil antagelig forbli ulik frem til det kommer en oppklaring fra EU-domstolen.

Dersom man legger *Combinatie Spijker*, som er den nyeste dommen, til grunn vil vilkårene for ansvarsgrunnlag i *Nucleus* ikke være strengere enn det som følger av *Brasserie de Pêcheur*, slik at de må være forenelige med EU-retten. Det strengere kravet til årsakssammenheng er det derimot vanskeligere å se at er i overenstemmelse med EU-retten. Det er også et spørsmål om det er behov for et strengere krav til årsakssammenheng, når kravet til ansvarsgrunnlag er strengere. På den annen side er det ikke ønskelig at staten skal bli ansvarlig for positiv kontraktsinteresse for hver eneste lille feil som begås, det vil jo kunne medføre at det blir en risikosport å gjennomføre offentlige anskaffelser. Det er også stor forskjell på kompetansen i de forskjellige offentligrettslige organene. En liten kommune eller offentlig bedrift vil vanskelig kunne ha like høy kompetanse på offentlige anskaffelser som større organer. Dette kan imidlertid i noen grad løses gjennom offentlige innkjøpsentraler. Høyesteretts begrunnelse for et strengere krav til årsakssammenheng var at det ofte er vanskelig å se om en feil har spilt inn ved avgjørelsen i anskaffelsesprosesser. I praksis vil det være vanskeligst å bevise adekvat årsakssammenheng dersom tildelingskriteriet er det *økonomisk mest fordelaktige*, og ikke *lavest pris*, fordi vurderingen blir mer komplisert.

Høyesterett har uansett ikke valgt å ta opp noen saker etter at dommene fra EU-domstolen kom, slik at man må kunne anta at Høyesterett selv mener at praksis fortsatt er i overenstemmelse med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

Vilkårene for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteresse er relativt strenge, og det finnes ikke veldig mange saker hvor slik erstatning har blitt tilkjent. Frem til vi får flere avklaringer fra EU-domstolen, må det i praksis bare forutsettes at vilkårene i *Nucleus*-dommen er de vilkårene som må foreligge.

¹²⁴ Fairgrieve(2011) s. 165

6 Kilder

Norske lover

- 1999 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).
- 1992 Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven) (LOA)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Forskrifter

- 2002 Forskrift 15. november 2002 nr. 1288. om klagenemnd for offentlige anskaffelser
- 2006 Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (FOA)
- 2006 Forskrift 7. april 2006 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann, og energiforsyning, transport og posttjenester)
- 2013 Forskrift 4. oktober 2013 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forarbeider til lover

Proposisjoner til Stortinget

Ot.prp. nr. 71.(1997-1998)

Om lov om offentlige anskaffelser

Prop. 12 L 2011–2012

Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

Norsk offentlig utredning

NOU:1997:21

Offentlige anskaffelser

NOU:2010:2

Håndhevelse av offentlige anskaffelser

EU-direktiver

89/665/EF

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter

2014/24/EU

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF EØS-relevant tekst

Håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF

Europa-parlamentets og rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

92/13/EØF

Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

Domsregister

Alle avgjørelser er sitert fra lovdata.no

Norske høyesterettsavgjørelser

Retstidende

- Rt. 1997 s. 574 (Firesafe)
Rt. 1998 s. 1398(Torghatten)
Rt. 2001 s. 1062(Nucleus)
Rt. 2001 s. 1288(PEAB mot Gate Gourmet)
Rt. 2007 s. 983(Reno-Vest)
Rt. 2008 s. 1705(Trafikk og Anlegg)
Rt. 2008 s. 982(Catch Communications)

Lagmannsrettspraksis

- Borgarting lagmannsretts avgjørelse 1. september 2012, RG2012.25(LB-2010-176631)
(Isachsen Transport AS)
Agder lagmannsretts avgjørelse 10. april 2012(LA2011-100800)
Borgarting lagmannsretts avgjørelse 19. oktober 2015(LB-2015-029544)
Hålogaland lagmannsretts avgjørelse 22. mars 2013 (LH-2012-140306).
Hålogaland lagmannsretts avgjørelse 28.juni 2008, RG.2007 s.1390(LH-2007-20529)

Avgjørelser fra EU-domstolen

- | | |
|--|---|
| Sak C-314/09(Strabag) | Stadt Graz mod Strabag AG and Others.
ECLI:EU:C:2010:567 |
| Sak C-568/08 (Combinatie Spijker) | Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge
Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe.
ECLI:EU:C:2010:751 |
| Sak C-448/01 (Wienstrom) | EVN AG og Wienstrom GmbH mod
Republik Österreich.
ECLI:EU:C:2003:651 |
| Sak C-445/06(Danske slagterier) | Danske Slagterier mod Bundesrepublik
Deutschland.
ECLI:EU:C:2009:178 |
| Forente saker C-46/93 og C-48/93 (Brasserie du Pêcheur and Factortame) | Brasserie du Pêcheur SA mod
Bundesrepublik Deutschland og The Queen |

	mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m. fl. ECLI:EU:C:1996:79
Sag C-453/99(Courage)	Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl. ECLI:EU:C:2001:465
Forente saker C-6/90 og C-9/90(Francovich and Others)	Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic. ECLI:EU:C:1991:428

Praksis fra KOFA

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2007 i sak 2007/78

Klagenemndas avgjørelse sak 8. juni 2009 i sak 2008/217

Litteratur

Marianne H. Dragsten: *Offentlige anskaffelser -regelverk, praksis og løsninger*, 2013

Robert Myhre, *Offentlige anskaffelser og erstatning for den positive kontraktsinteresse*, Lov og Rett 2005 s. 550-561, lovdata.no

Morten Goller mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2014

Duncan Fairgrieve og Francois Lichère, *Public Procurement Law - Damages as an Effective Remedy*, 2011

Anders Thue, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 1. utgave, 2013

Kai Krüger, *Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse - fra "Firesafe" 1997 til "Nucleus" 2001*, Jussens Venner 2001 s. 261-302, lovdata.no

Fredriksen, Halvard Haukeland, *Objektivt ansvar for anbudsfeil?* Lov og rett 2010 s. 600-615, lovdata.no

Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, 2011

Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor», i: *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002, lovdata.no

Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, 1. opplag 2009

Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, 2016

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave 2001.

Lasse Simonsen, *Prekontraktuellet ansvar*, 1997

Kai Krüger *Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience*, *Public Procurement Law Review*, 2006

Andre kilder

Høringsnotat

Høringsnotat 1: Forslag om endringer i lov om offentlige anskaffelser:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a20179ad1beb4de9b4d7f5ccec80c094/horingsnotat-1-forslag-til-lov-offentlige-anskaffelser.pdf> [Sisert 20.01.2016]

Nettsider

Statistisk sentralbyrå <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-12-11>[sisert 28.01.2016]