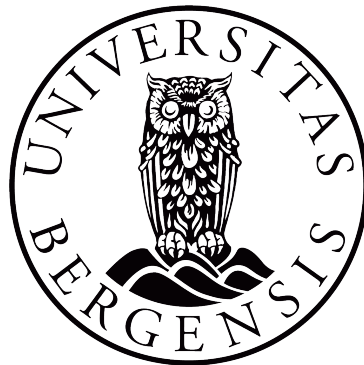


Erstatning for positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesretten

*Vilkåret "vesentlige feil" som ansvarsgrunnlag i
lys av EU/EØS-retten*

Kandidatnummer: 136

Antall ord: 14916



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Tema, kontekst og aktualitet	2
1.2	Rettskilder og metode	4
1.3	Oppgavens avgrensning og struktur.....	6
2	E-16/16 Fosen-linjen som bakgrunn for oppgaven.....	8
2.1	Sakens faktum og EFTA-domstolens konklusjon.....	8
2.2	EFTA-domstolens begrunnelse: ikke ”klart riktig”?	9
3	Kravene til gjennomføring av Håndhevelsesdirektivet.....	14
3.1	Ordlyden i håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 litra c	14
3.2	Statens prosessautonomi mot effektivitet og ekvivalens	15
4	C-314/09 Strabag: objektivt ansvar?.....	18
4.1	Bakgrunn, konklusjon og tolkingsalternativer	18
4.2	EU-domstolens argumentasjon	18
5	C-568/08 Combinatie: tilbake til utgangspunktene?.....	22
5.1	Bakgrunn, konklusjon og tolkingsalternativer	22
5.2	EU-domstolens argumentasjon	23
5.3	Statens erstatningsansvar og vilkåret ”tilstrekkelig kvalifisert”	25
6	Ansvarsgrunnlaget i norsk rett	28
6.1	Skjæringspunkt mellom hensyn og rettsområder.....	28
6.2	Lov om offentlige anskaffelser § 10	29
6.3	Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen.....	31
6.4	Begrunnelsen for vilkåret ”vesentlige feil”	32
6.5	Hvilke feil vil typisk være ”vesentlige”?	34
6.6	Synet på EU-retten i norsk rettspraksis.....	36
7	Kan utgangspunktet om ”vesentlige feil” opprettholdes?.....	38
7.1	Hvilken rettsregel kan utledes fra EU-retten?.....	38
7.2	Hvilken vekt kan slutningene tillegges i norsk rett?	38
7.3	Harmonerer vilkåret ”vesentlige feil” med kravene etter EØS-retten?.....	39
	Litteraturliste.....	41

1 Innledning

1.1 Tema, kontekst og aktualitet

Temaet for avhandlingen er erstatning for positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesretten.

Anskaffelsesretten dreier seg om fremgangsmåten som *offentlige oppdragsgivere* må anvende når de anskaffer varer, tjenester eller bygge- og anleggsvirksomhet.¹ Dette skjer som oftest ved at *tilbydere* konkurrerer om *offentlige kontrakter* gjennom en *anbudskonkurranse*.²

Med *positiv kontraktsinteresse* menes den bruttofortjenesten som tilbyderen ville fått dersom han hadde blitt tilkjent kontrakten.

Anskaffelsesreglene er i stor grad uttrykk for EU-rett som Norge har forpliktet seg til å gjennomføre gjennom *EØS-avtalen*.³ For denne avhandlingen er det særlig Direktiv 89/665/EØF, heretter kalt *Håndhevelsesdirektivet*, og til en viss grad direktiv 2014/24/EU, heretter kalt *anskaffelsesdirektivet*, som er relevant. Direktivene setter detaljerte skranker for hva innholdet av norsk rett kan være, og overordnede hensyn som fritt varebytte, konkurranse, likebehandling og transparens legger særlige føringer på reglenes innhold.⁴

Dette har resultert i et omfattende og til dels krevende nasjonalt regelverk som ofte anvendes feil.⁵ Samtidig representerer offentlige kontrakter store verdier i markedet, med innkjøp for over 500 milliarder kr, en sjettedel av Norges BNP, i 2016.⁶ Korrekt etterlevelse av reglene er dermed viktig av hensyn til både tilbyderne, effektiv bruk av det offentliges midler og EUs indre marked.

Å kunne kreve erstatning er ett av sanksjonsmidlene Håndhevelsesdirektivet stiller opp for å sikre effektiv etterlevelse av anskaffelsesreglene. Dette følger av direktivets artikkel 2 nr. 1 litra c, som er gjennomført i norsk rett i Lov 17. Juni 2017 nr. 73 om offentlige anskaffelser, heretter kalt *anskaffelsesloven*, § 10.

Dersom en kontrakt først er inngått med feil kontraktspart, er erstatning i praksis den eneste muligheten forbigått tilbyder har til gjenoppretting. Da erstatningskravene kan bli omfattende, er rettsavklaring rundt vilkårene for erstatning essensielt for både oppdragsgiver og tilbyder.⁷

I en forholdsvis ny uttalelse E-16/16, heretter kalt *Fosen-linjen*, gir EFTA-domstolen uttrykk for at kravet til ansvarsgrunnlag ved positiv kontraktsinteresse i norsk rett er i strid med forpliktelsene etter Håndhevelsesdirektivet. Det er denne problemstillingen avhandlingen skal undersøke.

¹ FOR-2016-08-12-974 §§1-1 og 1-2

² FOR-2016-08-12-974 §§ 4-1 og 13-1

³ Jf. EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2 (direktiv 2014/24/EU), nr. 4 (direktiv 2014/25/EU) og nr. 5, 6f (direktiv 2014/23/EU).

⁴ Se EØS-avtalens art. 1 og Direktiv 2014/24/EU art. 76 (1)

⁵ I 2017 behandlet f.eks. KOFA 192 saker ifølge <https://kofa.no/Statistikk>. Dette til tross for mørketall og at ikke alle regelbruk kan klages inn for klagenemnda.

⁶ SSBs statistikk ”Offentlige innkjøp” per 21. desember 2017. Se også tilhørende artikkel på internett <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/artikler-og-publikasjoner/offentlige-innkjop-overstiger-500-milliarder> [sitert 02.05.2018]

⁷ Et noe ekstremt eksempel er en sak fra Borgarting Lagmannsrett TOSLO-2016-67346 der Bane Nor ble dømt til å betale over 300 millioner i erstatning for positiv kontraktsinteresse til den forbigåtte tilbyderen Skanska.

Da Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 litra c er taus om hvilke vilkår som skal gjelde, er det i tråd med prinsippet om *statens prosessautonomi* som utgangspunkt ”opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning” såfremt de nasjonale reglene er ”i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet”.⁸

Med dette som utgangspunkt utviklet Høyesterett i Rt. 2001 s. 1962 *Nucleus* vilkår om ”vesentlig feil” som ansvarsgrunnlag for krav om positiv kontraktsinteresse i norsk rett. I vurderingen er *feilens størrelse, feilens type og graden av skyld* vurderingsmomenter. For å vurdere etterlevelsen av Håndhevelsesdirektivet, vil avhandlingen undersøke innholdet av dette vilkåret nærmere.

Allerede i tiden etter domsavsigelsen ble det stilt spørsmål i teorien om ikke vilkåret var for strengt i forhold til prinsippet om ”effektivitet” i EØS-retten.⁹

I sak C-314/09, heretter kalt *Strabag*, uttalte EU-domstolen at skyld ikke kan stilles som *betingelse* for ansvar etter Håndhevelsesdirektivet. Dommen har vært tatt til inntekt for at skyld heller ikke kan være et moment i vurderingen av hva som er en ”vesentlige feil”, og at ansvaret skal være objektivt. Det har imidlertid vært stor usikkerhet rundt hva innholdet av dommen egentlig er, særlig fordi EU-domstolen bare noen måneder etter avgjørelsen kom med en ny, tilsynelatende motstridende uttalelse.

I denne saken, C-568/08, heretter kalt *Combinatie*, synes EU-domstolen å være tilbakeholden med å gripe inn i statens prosessautonomi, og nøyer seg med å vise til *prinsippet om statens erstatningsansvar*, og at en ”tilstrekkelig kvalifisert” feil ved gjennomføring av reglene utløser ansvar for *staten*.¹⁰ Dette uten å uttale seg nærmere om grensene som effektivitetsprinsippet setter for gjennomføringen. Det hersker derfor sterk tvil om hvilke forpliktelser Håndhevelsesdirektivet innebærer, noe som også begrunner hvorfor Frostating Lagmannsrett senere ba EFTA-domstolen om avklaring.

I Norsk teori ser den rådende oppfatningen ut til å være at *Strabag* ikke medfører objektivt ansvar, og at norsk rett tilfredsstiller Håndhevelsesdirektivet.¹¹ I *Fosen-linjen* la imidlertid EFTA-domstolen motsatt konklusjon til grunn, og tar *Strabag* til inntekt for at ”et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser” i seg selv er nok til å utløse ansvar.

Uttalelsen i har vært gjenstand for kritikk i det norske fagmiljøet og Frostating Lagmannsrett valgte å sette uttalelsen til side under henvisning til at den ikke fremstod ”klart riktig”.¹² Dette reiser spørsmål om i hvilken status EFTA-domstolens formelt sett *rådgivende* uttalelser har overfor Norske rettsanvendere.

⁸ EFTA-domstolens Sak E-16/16 avsnitt 89. Se også EFTA-domstolens Sak E-4/01. Karlsson og EU-domstolens sak C-6/90 Francovich.

⁹ F.eks. Bernt/Krüger 2002

¹⁰ C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame

¹¹ Selv om mange forfattere kommenterer sakene, er det få som drøfter dem inngående. Simonsen 2011, Goller 2017 s. 289 og Sejersted 2011 s. 235 konkluderer med at ansvaret ikke er objektivt. Se også RG 2012 25.

Motsatt konklusjon legges til grunn i Dragsten 2013 s. 835. Den mest utførlige drøftelsen av kildene finnes i Arnesen/Fredriksen 2018 som ble publisert mot slutten av arbeidet med denne avhandlingen. Denne støtter de førstnevnte konklusjon.

¹² LF-2015-187242. EFTA-domstolens uttalelse er kritisert av blant annet Fredriksen, Halvard Haukeland, og Arnesen, Finn, i deres artikkel om Sak E-16/16 fra 2018.

For å undersøke om vilkåret ”*vesentlige feil*” i norsk rett tilfredsstillende Håndhevelsesdirektivet vil min analyse undersøke *Strabag* og *Combinatie* nærmere. Avslutningsvis vil jeg se på hva disse, samt EFTA-domstolens uttalelse, vil ha å si for Norges forpliktelser etter EØS-retten. Spørsmålene er særlig hvorvidt ansvaret er objektivt, og i hvor stor grad klander kan være en del av vurderingen.

1.2 Rettskilder og metode

Avhandlingen har et rettsdogmatisk tilsnitt og problemstillingen krever drøftelser av både EU-rett, nasjonal rett og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Ved tolkningen av EU-rettens direktiver må det gjøres en kontekstuell tolkning ut i fra de rettslige prinsipper og formål som gjør seg gjeldende.¹³ For Håndhevelsesdirektive vil relevante hensyn være effektivitet i anskaffelsesreglene, særlig prinsippene om likebehandling, samt anskaffelsesrettens overordnede mål om konkurranse.¹⁴

Videre vil rettspraksis fra EU-domstolens utgjøre en tungtveiende kilde, som følger av dens kompetanse til å tolke og utvikle innholdet av EU-retten.¹⁵ Den isolerte avgjørelses prejudikatverdi vil som fremholdt av *Fredriksen og Mathisen* avhenge av om det kan utledes en *rettssetning med overføringsverdi til det foreliggende typetilfellet* og på argumentasjonens kvalitet.¹⁶

Et særlig metodisk problem ved EU-domstolens praksis er at domspremissene ofte er korte uten inngående drøftelser, samt at voteringer og forhandlinger ikke publiseres. Der domspremissene alene ikke gir klar anvisning på en rettssetning blir spørsmålet hvorvidt EU-domstolen har ment å fastsette en slik generell rettssetning eller ikke. Da EU-domstolen ikke anser seg forpliktet til å følge sine egne avgjørelser, kan det også være uklart hvorvidt en tidligere dom skal fravikes eller forstås i harmoni med ny avgjørelse.

I mangel på utførlige drøftelser, kan *Generaladvokatens* forslag til tolkning og begrunnelse belyse hva dommen handlet om. Dette til tross for at uttalelsene ikke har noen vekt i seg selv med mindre EU-domstolen slutter seg til forslaget.¹⁷

Videre kan antall dommere i saken si noe om hvorvidt avgjørelsen var ansett som særlig vanskelig, inngripende overfor statenes rettsorden eller motstridende mot andre avgjørelser. Få dommere kan indikere at avgjørelsen ikke er ment å utvikle ny rett.¹⁸

Ved spørsmålet om to avgjørelser skal tolkes i harmoni eller om en skal settes til side til fordel for den andre, er det i teorien antatt at EU-domstolen ved fravikelse av tidligere avgjørelser angir dette eksplisitt og med begrunnelse.¹⁹ Samtidig virker det som om EU-

¹³ Se. C-558/15 *Vieria de Azevedo* avsnitt 19 og Sejersted 2011 s. 57 og 66

¹⁴ Se Håndhevelsesdirektivets og Anskaffelsesdirektivets fortale, samt EU-domstolens rettpraksis f.eks. *Strabag*.

¹⁵ TEU art. 19 og EU-domstolens egen praksis Sejersted s. 54

¹⁶ *Fredriksen/Mathisen* 2018 s. 321.

¹⁷ Sejersted s. 236.

¹⁸ *Fredriksen/Mathisen* 2018 s. 321

¹⁹ Arnulf 2006 s. 632 mener at EU-domstolen kan fravike tidligere avgjørelser, men at "it seems to be recognized that such departures require an explanation of the cases affected in order to avoid an unacceptable degree of uncertainty about the legal position".

domstolen sjeldent *åpent erkjenner at en dom er rettskapende* og at fravikelser dermed kan skje i *skjul over tid*.²⁰ Hovedregelen synes imidlertid å være at EU-domstolen *følger sin egen praksis*, selv om den ikke anser seg bundet av denne.²¹ Posterior-prinsippet innebærer at det som hovedregel er den nyeste avgjørelsen som skal legges til grunn ved motstrid, men at argumentasjonens kvalitet og domstolens sammensetning kan begrunne unntak fra dette.²²

I tilfeller der EU-domstolen utfyller direktivene betydelig i strid med andre domsavsigelser eller medlemsstatenes rettigheter, blir spørsmålet hvor langt domstolens kompetanse gjelder i det konkrete tilfellet. I praksis tilsier *homogenitetsprinsippet* en vid adgang til å avklare EU-retten.²³ Hvor klare slutninger som kan trekkes fra dommen, samt argumentasjonens grundighet vil imidlertid være særlig viktig for å vurdere dommens vekt i slike tilfeller.²⁴

Det er også verdt å merke seg at *prosessspråket* er den offisielle språkversjonen av EU-domstolens avgjørelser, mens arbeidsspråket i domstolen er fransk. I denne avhandlingen benyttes danske oversettelser av dommene.

For tolkningen av norsk rett konsentrerer oppgaven seg om et vilkår, ”*vesentlige feil*”, som er forankret i klar høyesterettspraksis.²⁵ Fordi det er få eksempler på anvendelsen av vilkåret i Høyesterett, vil underrettspraksis måtte undersøkes for å finne konkrete føringer på anvendelsen av vilkåret. Da underrettspraksis ikke nyter samme autoritet som Høyesterettsavgjørelser, vil vekten av slike avsigelser avhenger av om det foreligger en fast praksis og om resultatene bygger på overbevisende drøftelser.²⁶

Bestemmelsen som dette ulovfestede vilkåret er innfortolket i er gjennomføring av EU-rett. I nasjonal rett medfører da *presumsjonsprinsippet* at gjennomføringen skal presumeres å overholde de forpliktelsene EØS-retten stiller, så sant det er et mulig tolkingsalternativ.²⁷

Presumsjonsprinsippet medfører at EFTA-domstolens rådgivende tolkning av EØS-retten²⁸ og EU-domstolens tolkninger av den EU-rett som er inntatt i EØS-avtalen, vil være relevant for norsk rettsanvendelse i den grad de bygger på overbevisende argumenter, og ikke står i motstrid med nasjonale rettskilder.²⁹ I motsetning til i EU, medfører imidlertid det *dualistiske prinsipp*, at EØS-rettsakter ikke kan gis direkte virkning ved manglende gjennomføring.³⁰

Ved rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen har Høyesterett kompetanse til å ”*selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn*.”³¹ Det skal

²⁰ Fredriksen/Mathisen 2018 s. 318, med henvisning til at C-267 og 268/91 Keck og Mithouard som et sjeldent unntak fra dette. Se også Sejersted 2011 s. 55 og 235.

²¹ Sejersted 2011 s. 235

²² Se F.eks. C-206/11 Köck

²³ Prinsippet følger av EUs system samt EU-domstolens rettspraksis f.eks. C-135/15 *Nikifortidis* avsnitt 28

²⁴ Fredriksen/Mathisen 2018 s. 321.

²⁵ Høyesteretts kompetanse til å utvikle ny rett er ikke omstridt jf. f.eks. Rt. 1896 s. 530 Aars-dommen Eckhoff 194

²⁶ Nygaard 2004 s. 210 og Monsen 2012 s. 169

²⁷ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*. Se også Fredriksen/Mathisen 2018 s. 387

²⁸ ODA-avtalen art. 34 og domstolloven (sett inn fullt navn) § 51a

²⁹ Fredriksen/Mathisen 2018 s. 321

³⁰ Grunnloven §§ 75a og 88 samt EØS-avtalens protokoll 35

³¹ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*

imidlertid ”gode og tungtveiende grunner” til for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse og disse må tillegges ”vesentlig vekt.”³²

Ved tolkningen av den norske retten vil også de relevante EU/EØS-rettslig hensyn være av betydning.³³ Forestillinger om EU/EØS-rettens innhold i forarbeidene vil ha mindre å si.³⁴

Når det gjelder Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen, medfører EØS-avtalens *toppillarsystem* at staten har autonomi og at den i utgangspunktet kun er bundet til å overholde rettsakter som er tatt inn i EØS-avtalen.

Samtidig medfører homogenitetsmålsettingen i EU/EØS-retten³⁵ og lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen § 3 en plikt overfor staten til å etterleve EU-retten på korrekt måte.³⁶ Dette innebærer at EU-rettspraksis, både før og etter undertegning av EØS-avtalen, langt på vei må legges til grunn for Norges forpliktelser når en rettsakt først er tatt inn i avtalen.³⁷ Ved motstrid mellom EFTA-domstolen og EU-domstolens praksis tilsier homogenitetsprinsippet at EU-domstolens tolkning skal legges til grunn.

Det kan argumenteres for at plikten til å følge EU-domstolens tolkninger ikke er like sterk i tilfeller hvor EU-domstolen går langt i å utvikle ny rett som ikke fremgår av direktivene. Grunnen er at domstolens kompetanse ikke gjelder EFTA-landene direkte, samt at den nye retten ikke var synlig for Stortinget da direktivet som regelen har grunnlag i ble tatt opp i EFTA-samarbeidet. I E-2/06 *ESA mot Norge* er det imidlertid lagt til grunn at avtalepartenes forutsetninger og forventninger om rettsaktens innhold må vike for homogenitetsprinsippet, noe som tyder på at EU-domstolen også her har et vidt handlingsrom.³⁸

Fredriksen tar imidlertid til orde for at EFTA-statene ”i prinsippet” må kunne begrense prejudikatvirkningen av selv klare avgjørelser fra EU-domstolen hvis argumentasjon er svak, men at homogenitetsmålsettingen tilsier at terskelen for dette er høy.³⁹

1.3 Oppgavens avgrensning og struktur

Oppgaven skal undersøke om vilkåret ”vesentlige feil” for ansvarsgrunnlag i norsk rett tilfredsstillende skrankene som gjelder etter EU/EØS-retten. Dette gjøres med utgangspunkt i de problemstillingene som reises i *Fosen-linjen*.

Da det er ansvarsgrunnlaget som er omstridt etter *Fosen-linjen*, vil det avgrenses mot de andre erstatningsrettslige vilkårene om årsakssammenheng og tap.⁴⁰

Videre gjelder rettskildene i *Fosen-linjen* ”klassiske sektor”, som i grove trekk omfatter *varer, tjenester, bygg- og anlegg*. Det avgrenses derfor mot forsyningssektoren og forsvarssektoren som bygger på andre direktiver og har egne erstatningsregler.⁴¹

³² Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* s. 1820 og HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 76-77. Se også Rt. 2013 s. 258 *STX*

³³ Se f.eks. maktutredningen NOU: 2003:19 kap. 6 samt EØS-avtalens art. 1 og Anskaffelsesloven §§ 1 og 4.

³⁴ Nygaard 2004 s. 52

³⁵ Som f.eks. kommer til uttrykk i EØS-avtalens fjerde betraktning

³⁶ EØS-avtalens fortale fjerde ledd samt artikkel 1 og 3.

³⁷ EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3

³⁸ Se også E-1/04 *Fokus Bank* og RG 2005 s. 1542

³⁹ Fredriksen/Mathisen 2018 s. 231

⁴⁰ Vilårene i norsk rett harmonerte her med EØS-retten jf. sak E-16/16 avsnitt 94 og LF-2014-32160

Det avgrenses også mot erstatning for negativ kontraktsinteresse og ”tapt sjanse” fordi disse bygger på andre vilkår.

I den videre behandlingen skal kapittel 3-5 ta for seg innholdet av EU-retten. Da usikkerheten rundt Håndhevelsesdirektivets innhold stammer fra dommene *Strabag* og *Combinatie* vil det være et særlig fokus på disse. Selv om prinsippet om statens erstatningsansvar ble utelatt fra EFTA-domstolens drøftelse vil innholdet kommenteres fordi de øvrige kildene gjør det relevant.

Kapittel 6 tar for seg kravet til ansvarsgrunnlag i norsk rett, med særlig fokus på vilkåret ”vesentlige feil”. Dette er nødvendig for å undersøke hvorvidt rettstilstanden i Norge tilfredsstillende etter EU-retten.

I kapittel 7 vil konklusjonene fra delen om norsk rett drøftes opp mot konklusjonene fra delen om EU-retten med utgangspunkt i Norges plikter etter EØS-avtalen. Jeg vil kommentere hvilken vekt de forskjellige dommene kan tillegges i norsk rett og besvare hvorvidt vilkåret ”vesentlige feil” kan opprettholdes.

⁴¹ Direktiv 2014/25/EU og Direktiv 2009/81/EC

2 E-16/16 Fosen-linjen som bakgrunn for oppgaven

2.1 Sakens faktum og EFTA-domstolens konklusjon

Jeg vil i det følgende undersøke EFTA-domstolens konklusjon og drøftelse i sak E-16/16, og identifisere noen problemer med avgjørelsen.

Bakgrunnen for uttalelsen var en sak mellom fergeselskapet Fosen-linjen AS og transportselskapet AtB AS, eid av Sør-Trøndelag Fylkeskommune. Fosen-linjen krevde erstatning, blant annet positiv kontraktsinteresse, for tap de hadde lidd som følger av feil i anbudskonkurranse for kjøp av fergetjenester.

Tildelingskriteriene i anbudskonkurransen var “pris”, 50 %, “miljø”, 25 %, og “kvalitet”, 25 %. Miljøkriteriet ble feilevaluert, fordi det ikke forelå noe dokumentasjonskrav for anslått drivstofforbruk ved tilbudene, og fordi anslagene heller ikke ble etterprøvd av AtB. Selskapet Norled ble dermed tildelt kontrakten på uriktig grunnlag, og Fosen-linjen, som var innstilt som nummer to mente seg uriktig forbigått. Fosen-linjen gikk først til sak om midlertidig forføyning og fikk medhold grunnet *uforsvarlig evaluering*.⁴² Da AtB så valgte å avlyse konkurransen, gikk Fosen-linjen til erstatningssøksmål med påstand om at de ville blitt tildelt kontrakten dersom vilkåret ”miljø” ikke hadde vært feilvurdert.

Ved ankebehandling av saken, ba Frostating Lagmannsrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Spørsmålet var om Håndhevelsesdirektivet (1) *er til hinder for at erstatningsansvar er betinget av*

a) at det foreligger skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?

b) at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?

c) at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?

Og (2) om

*(...) brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår.*⁴³

Spørsmålene henspeiler seg til signaler fra flere rettskilder som kan ha relevans for hva Håndhevelsesdirektivet krever av nasjonal gjennomføring. Som avhandlingen vil vise, stammer spørsmålet om *skyld* som *betingelse* fra *Strabag-dommen*, mens vilkåret ”*vesentlig feil*” er en henvisning til norsk rett.⁴⁴ Spørsmålet om ”*tilstrekkelig kvalifisert brudd*” viser til

⁴² LF-2014-32160

⁴³ Sak E-16/16, begge spørsmål i avsnitt 36

⁴⁴ Sml. Rt. 2001 s. 1062 Nucleus

prinsippet om statens erstatningsansvar og *Combinatie-dommen*, mens momentene ”*vesentlig, grov og åpenbar feil*”, og ”*som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver*” gjelder innholdet i dette prinsippet.

EFTA-domstolen besvarer alle spørsmålene samlet, og uttaler at:

”(…) tilkjenning av erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c *ikke er betinget* av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger *skyld* og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en *vesentlig feil* eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. *Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok* til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c (...) (min kursivering).”⁴⁵

Selv om uttalelsen er helt generell, må den ut i fra sakens faktum forstås som å gjelde den positive kontraktsinteressen.⁴⁶ Konklusjonen tilsier dermed at vilkåret ”vesentlige feil” i norsk rett er i strid med Håndhevelsesdirektivet fordi ”*et enkelt brudd*” i seg selv utløser ansvar, ansvarsgrunnlaget er objektivt.⁴⁷ Denne forståelsen står i så fall i direkte motstrid med Høyesteretts syn i Rt-2001-1062 (Nucleus) og Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg).

Leses konklusjon i lys av den øvrige argumentasjonen synes EFTA-domstolen også å mene at momentene *feilens størrelse og type* samt *hvor mye oppdragsgiveren kan legges til last* er i strid med Håndhevelsesdirektivet, selv om disse er del av en helhetsvurdering. Dette fordi ”*Alvorlighetsgraden av overtredelsen (...er...) irrelevant*” og fordi det å måtte føre bevis for skyld vil gjøre erstatningssøksmål ”*vanskeligere og mer kostbare, og dermed svekke effektiviteten av regelverket for offentlige anskaffelser*”.⁴⁸ Om denne tolkningen skal legges til grunn må derfor vilkåret ”vesentlige feil” tislidesettes i sin helhet.

Uttalelsen har vært gjenstand for skarp kritikk i teorien og Fredriksen og Arnesen mener at EFTA-domstolens argumentasjon, særlig hva gjelder *Strabag* og *Combinatie*-dommene, inneholder så store mangler at den ikke er egnet til å overbevise norske domstoler.⁴⁹

I sin behandling av saken setter Frostating Lagmannsrett EFTA-domstolens uttalelse om ansvarsgrunnlaget til side og uttaler at ”*EFTA-domstolens rådgivende uttalelse på dette punkt ikke fremstår som klart riktig*”.⁵⁰

2.2 EFTA-domstolens begrunnelse: ikke ”klart riktig”?

⁴⁵ Sak E-16/16 avsnitt 82

⁴⁶ Som påpekt av Arnesen/Fredriksen 2018 i kap. 1

⁴⁷ Det er også slik Frostating Lagmannsrett tolker EFTA-domstolen i LF-2015-187242. Dette gjøres under henvisning til en tidligere versjon av Fredriksen og Arnesens artikkel fra 2018 publisert på nettsiden anbud365.no.

⁴⁸ Sak E-16/16 avsnitt 77, 79 og 80

⁴⁹ Arnesen/Fredriksen 2018 kap. 2

⁵⁰ LF-2015-187242 side 22-23. I avhandlingens kapittel 7 vil jeg drøfte begrunnelsen for dette valget nærmere.

EFTA-domstolens argumentasjon har, som Frostating Lagmannsrett gir uttrykk for, vært kontroversiell. Jeg vil i det følgende vise hvordan EFTA-domstolen kommer fram til sin konklusjon og vise til bakgrunnen for de problemene avhandlingen skal undersøke.⁵¹

Argumentasjon fremstår som vanskelig å følge, og det virker som om konklusjonen til en viss grad bygges på poenger som ikke kommer eksplisitt fram i drøftelsen. Jeg har derfor valgt å dele argumentene inn i tre hovedpoenger, slik jeg tolker dem, i stedet for å drøfte kronologisk.

For det første legger EFTA-domstolen stor vekt på hensynet til *effektivitet i regelverket*. Etter en lengre utgreiing om de formål og hensyn Håndhevelsesdirektivet skal ivareta, vises det til at det ”(i) *mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området*” er opp til medlemsstaten å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning, såfremt disse er ”*i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet*.”⁵²

Rent umiddelbart kan det se ut som om EFTA-domstolen mener at det ikke er fastsatt særlige bestemmelser i direktivet eller EU-domstolens praksis, slik at det er helt opp til statene å bestemme innholdet. Da det i de neste avsnittene innfortolkes begrensninger i ordlyden med henvisning til Strabag, er det uklart hva EFTA-domstolen egentlig mener her.⁵³

Det virker som om EFTA-domstolen ikke ser dette problemet, og kun nevner utgangspunktet for å begrunne hvorfor de bruker effektivitetsprinsippet til å innfortolke begrensninger.⁵⁴ EFTA-domstolen utpensler så kravene som effektivitetsprinsippet setter på en noe uoversiktlig måte.

Hensynene som trekkes fram innledningsvis, tilsier implisitt at EFTA-domstolen mener at strenge regler om erstatning er nødvendig for å sikre ”*effektive og raske klagemuligheter*”.⁵⁵

I avsnitt 72 vises så til ”*grunnleggende rettigheter, særlig retten til et effektivt rettsmiddel*”. Det er uklart hva som konkret menes med ”grunnleggende rettigheter”, men i lys av partenes anførsler og drøftelsen for øvrig, virker det som en henvisning til prinsippene om *likebehandling og transparens*, i tillegg til den nevnte retten til effektivt rettsmiddel.⁵⁶

Hensynet til at klagemulighetene skal være ”raske” vektlegges så gjennom hensynet til ”*like vilkår*”.⁵⁷ Det hevdes så at bevisituasjonen ved skyldvurderinger gjør domstolprosessen vanskelig og kostbar, og derfor svekker effektiviteten.⁵⁸ Enkle og homogene regler vektlegges derfor i seg selv som et argument for strenge regler, på bekostning av statens prosessautonomi.

⁵¹ Se også rettsmøterapporten til sak E-16/16

⁵² avsnitt 70 med henvisning til *Combinatie* avsnitt 90.

⁵³ Som påpekt av Fredriksen og Arnesen 2018 kap. 2.2

⁵⁴ At effektivitetsprinsippet setter begrensninger i statens prosessautonomi er ikke omstridt jf. *Strabag* og *Combinatie*

⁵⁵ I avsnitt 61,62 og 66

⁵⁶ avsnitt 72-74 lest i lys av rettsmøterapporten avsnitt 46 samt EFTA-domstolens henvisning i avsnitt 62 til C-46/15 *Ambisig* mot AICP avsnitt 38.

⁵⁷ avsnitt 67

⁵⁸ avsnitt 76-78

Disse forholdene ved effektivitetsprinsippet tas til inntekt for at alvorlighetsgraden ved overtredelsen er ”irrelevant” slik at oppdragsgiver ikke ”ved mindre alvorlige brudd ville kunne unndra seg ansvar.”⁵⁹ Dette tilsier at momentene felens størrelse og type i norsk rett er i strid med Håndhevelsesdirektivet.

Som en forlengelse av dette trekker EFTA-domstolen fram at stenge regler vil ”avskrekke oppdragsgivere” fra å opptre i strid med regelverket, ”noe som vil bedre overholdelsen av gjeldende regelverk for fremtiden”.⁶⁰ Det hevdes videre at begrensninger i retten til å kreve erstatning vil gjøre oppdragsgivere ”mindre villige” og ”mindre aktsomme” i sin anvendelse av anskaffelsesreglene.

Arnesen og Fredriksen uttrykker skepsis til hvorvidt det de kaller en ”grunnleggende mistillit til offentlige oppdragsgivere” faktisk vil fremme hensynet til effektiv ressursutnyttelse i praksis.⁶¹ Man kan også innvende at et strengt culpapakrav uansett medfører ansvar der oppdragsgiver *kunne og burde* handlet annerledes, slik at objektivt ansvar ikke i seg selv tilsier ekstra insentiver til riktig etterlevelse.

Et annet problem med denne tolkningen av effektivitetsprinsippet, er fraværet av nærmere drøftelser som forklarer forholdet til statens prosessautonomi.⁶² Det vurderes heller ingen andre innvendinger, og de konsekvenshensyn som ligger til grunn for den norske bestemmelsen nevnes ikke i det hele tatt. Når konklusjonen i dommen står i sterk motstrid mot nasjonal rett, fremstår konklusjonen da svakt begrunnet.

EFTA-domstolens andre hovedargument knyttes opp mot **Strabag-dommen**. De tolker dommen slik at den tilsier objektivt ansvar og forankrer så sin forståelse av effektivitetsprinsippet i denne. Samtidig avfeies av både Combinatie-dommen og prinsippet om statens erstatningsansvar implisitt.⁶³

EFTA-domstolen siterer Strabag på at ”ordlyden i håndhevelsesdirektivet (...) ikke på noen måte tilsier at en overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser som kan gi grunnlag for en rett til erstatning (...) bør ha visse særtrekk”.⁶⁴ Dette tas til inntekt for at det ikke kan stilles særlige vilkår for erstatning i nasjonal rett, fordi ordlyden i direktivet er taus. En slik antitetisk tolkning av ordlyden samsvarer dårlig med utgangspunktet om statlig prosessautonomi som EFTA-domstolen overfladisk viser til i avsnitt 70.

I avsnitt 75 vises det til samme dom og uttales at erstatning kun vil være et tilstrekkelig effektivt prosessuelt alternativ, dersom erstatning *ikke i større grad* enn de andre rettsmidlene

⁵⁹ avsnitt 77-80

⁶⁰ avsnitt 76. Se også avsnitt 78

⁶¹ Arnesen/Fredriksen 2018. Innvendingene går på at det ikke er mangel på vilje til etterlevelse som forårsaker feil i anbudsretten, og at strenge regler kan føre til dyrere anskaffelsesprosesser, mindre effektiv bruk av det offentliges midler, samt insentiver til økt bruk av egenregi, noe som strider mot hensynet om å åpne for konkurranse.

⁶² EFTA-domstolen viser selv til prinsippet i avsnitt 69-70 uten å drøfte det nærmere.

⁶³ Arnesen/Fredriksen 2018 anklager EFTA-domstolen for å tolke Strabag på en slik måte at dommene blir innbyrdes uforenelige, for så å sette Combinatie til side uten å si det eksplisitt. Dette til tross for at det er mulig å tolke dommene i harmoni.

⁶⁴ Sak E-16/16 avsnitt 71 med henvisning til Strabag avsnitt 35.

i direktivet er avhengig av *skyld hos oppdragsgiver*.⁶⁵ Retten til effektivt rettsmiddel tolkes slik at det må være mulig å oppnå dom ”*selv under omstendigheter der de andre rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet er utelukket.*”

Det er vanskelig å forstå dette resonnementet, men det virker som om EFTA-domstolen tar Strabag til inntekt for at effektivitet krever objektivt ansvar, stikk i strid med signalene som følger av den senere *Combinatie*-dommen.⁶⁶ Utover å konstatere dette gjøres det ingen utførlig drøftelse eller begrunnelse for tolkningen av dommen.⁶⁷

Et problem med uttalelsen er at verken *Combinatie* eller statens erstatningsansvar diskuteres eksplisitt. EFTA-domstolen poengterer kun at offentlige oppdragsgivere, til forskjell fra ”*nasjonal lovgiver (som) gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser eller de nasjonale domstoler (som) avsier dommer som anvender prinsippene fastsatt i EØS-lovgivningen*” ikke handler i egenskap av å være en ”*offentlig myndighet*”.⁶⁸ Dette kan tolkes som et argument i for at prinsippet om statens erstatningsansvar er irrelevant for spørsmålet om hvilke grenser Håndhevelsesdirektivet setter for selve gjennomføringen. Det er imidlertid uvisst hva argumentet egentlig tas til inntekt for.

Arnesen/Fredriksen innvender at en slik forståelse av statens erstatningsansvar ikke samsvarer med EU-domstolens praksis. For det første har prinsippet om statens erstatningsansvar vært anvendt i saker der offentlig myndighet opptrer som arbeidsgiver, og for det andre legges det til grunn som en skranke overfor *staten* ved brudd på anskaffelsesreglene i *Combinatie*.⁶⁹ All den tid EFTA-domstolen ikke drøfter avgjørelsene eksplisitt, er det vanskelig å se hva som kan begrunne en slik tilsidesettelse.

Til forsvar for EFTA-domstolen kan utelatelsen av *Combinatie* skyldes at domstolen anser den å gi uttrykk for minstevilkår, slik at den er irrelevant all den tid det problematiske for EFTA-domstolen er tilleggsbegrensninger som effektivitetsprinsippet medfører. At prinsippet ikke i det minste nevnes er imidlertid merkelig, da alle innleggene for domstolen, med unntak av Fosen-linjen AS prinsipielt, tar utgangspunkt i statens erstatningsansvar.⁷⁰ EFTA-domstolen må dessuten ha vært klar over *Combinatie*-dommen da den nevnes i avsnitt 70.

Det siste poenget som EFTA-domstolen vektlegger er oppfatningen at **kun hensynet til tilbyderne er relevant** ved fastsetting av reglene. Dette kommer fram ved at det vises til at anskaffelsesdirektivet skal beskytte de næringsdrivendes interesser.⁷¹

De konsekvensargumentene som ligger til grunn for vilkåret ”vesentlige feil” i norsk rett utelates derimot helt fra drøftelsen og hverken Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus-dommen) eller Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg-dommen) diskuteres nærmere. Dette tilsier at EFTA-

⁶⁵ avsnitt 72-75 med henvisning til Strabag avsnitt 39.

⁶⁶ Slik også Arnesen og Fredriksen 2018 tolker avsnittet i kap 2.3.

⁶⁷ Som også påpekt av Lagmannsretten i LF-2015-187242

⁶⁸ Avsnitt 64

⁶⁹ Arnesen/Fredriksen 2018 kap 2.3 med henvisning til dommene C-429/09 Fuss og C-501/12 Lecht

⁷⁰ Se rettsmøterapporten for sak E-16/16.

⁷¹ avsnitt 65 og 68

domstolen mener effektivitetsprinsippet ubestridt trumfer alle mothensyn som kan tale mot objektivt ansvar, og at reelle hensyn til fordel for oppdragsgiver er irrelevant. At disse mothensynene ikke drøftes er problematisk all den tid EFTA-domstolens konklusjon står i klar motstrid mot norsk rett.

Uttalelsen i E-16/16 *Fosen-linjen* reiser dermed spørsmålet om EFTA-domstolen legger en feil tolkning av Håndhevelsesdirektivet til grunn. Det er særlig forholdet mellom effektivitetsprinsippet og hensynet til statens prosessautonomi, samt EFTA-domstolens forståelse av *Strabag* og *Combinatie* som fremstår problematisk.

3 Kravene til gjennomføring av Håndhevelsesdirektivet

3.1 Ordlyden i håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 litra c

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 litra c pålegger medlemsstatene å muliggjøre klageprosedyrer som omfatter ”*de nødvendige beføyelser*” til ”*at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.*”

Å kunne kreve domstolsbehandling for erstatningskrav må derfor ansees som en rettighet som medlemsstatene har plikt til å gjennomføre. Bestemmelsen er imidlertid taus utover dette, og gir ikke anvisning på spesifikke skranker for hva vilkårene for erstatningsansvar kan være.

Steen Treumer spør om den åpne ordlyden ”*tilkende skadelidte personer skadeserstatning*” skal tolkes uttømmende slik at domstolene er ”*obliged to award damages to persons harmed by an infringement*”.⁷² I så fall har skadelidte en automatisk rett til erstatningssummen så sant han har lidd et tap som kan tilskrives brudd på anskaffelsesreglene. Det er en slik tolkning av ordlyden EFTA-domstolen synes å legge til grunn.⁷³

Arrowsmith trekker en parallell til objektive erstatningsregler ved kjønnsdiskriminering, og argumenterer for at også anbudsreglene gjelder grunnleggende og gjennomregulerte EU-rettslige rettigheter som kan tilsi at ethvert brudd på reglene skal medføre ansvar.⁷⁴

Skal man tolke bestemmelsen som en uttømmende angivelse av innholdet i regelen, vil den generelle utformingen også tilsi at det ikke kan settes forskjellige vilkår for positiv og negativ kontraktsinteresse.

Sett i lys av Håndhevelsesdirektivets formål, skal erstatningsregelen bidra til å ”*sikre effektiv anvendelse af direktiv 2004/18/EF*”.⁷⁵ Dette henger naturlig sammen med EUs grunnformål om et felles, indre marked. Trusselen om ansvar kan dermed være nødvendig for å sikre etterlevelse, fordi det offentlige mangler de økonomiske insentivene til konkurranse som private aktører har. Formålet tilsier derfor at strenge løsninger som stimulerer til rett oppfyllelse av anskaffelsesreglene skal velges.

Videre skal håndhevelse skje så ”*effektivt og navnlig så hurtig som mulig*”.⁷⁶ Rådsdirektiv 2007/66/EF fremhever at ”*forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne*” er et mål med forrige revisjon av Håndhevelsesdirektivet.⁷⁷ Dette viser at formålet om effektivitet er styrket i forhold til tidligere, og at løsninger som gjør klageprosedyrene lettere for forbigåtte tilbydere skal velges. Dette kan tilsi at vanskelige prosesser strider mot direktivets formål, og at terskelen for å vinne fram med krav skal være lav.

⁷² Fairgrieve/Lichere 2011 s. 155

⁷³ E-16/16 avsnitt 71flg.

⁷⁴ Arrowsmith 2005 s. 1422

⁷⁵ Håndhevelsesdirektivets overskrift

⁷⁶ EØS-avtalen art. 1 og TFEU tittel II og IV og Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 1

⁷⁷ Art. 1 nr. 1 ”*effektivt og navnlig så hurtig som mulig*”

På den andre siden tilsier en åpen og generell ordlyd at det ikke gjelder særlige krav til gjennomføringen.⁷⁸ I så fall bør man falle tilbake på utgangspunktet om statens prosessautonomi slik *Combinatie*-dommen gir uttrykk for.⁷⁹

Ordlyden i den engelske språkversjonen av bestemmelsen, ”*provision for powers to*” (...) ”*award damages*”, tilsier klarere at det er en *kompetanse til domstolene* statene plikter å gjennomføre, og ikke en *rett for tilbyderne til faktisk å oppnå dekning* for tap som kan tilskrives brudd på reglene. Taushet om de nærmere vilkårene tilsier da at domstolene vil være frie til å håndheve reglene på egne vilkår. Det er imidlertid begrenset hvilken vekt språklige forskjeller i direktivene kan tillegges.

Et annet argument for at bestemmelsen ikke regulerer innholdet nærmere, er at EUs lovgivende organer ikke inntok mer spesifikke bestemmelser ved revideringen av direktivet i 2007. Dette tilsier at lovgiver ikke anså det som nødvendig å stille skranker for gjennomføringen, og at kompetansen til å sette vilkår bevisst er lagt til medlemsstatene.

Det kommer også fram av fortalen til endringsdirektiv 2007/66/EF at sanksjoner skal stå i et ”*rimeligt forhold til overtrædelsen*.”⁸⁰ Dette kan tilsi at statene kan utvise skjønn ved fastsettelsen for å forhindre urimelige resultater.

3.2 Statens prosessautonomi mot effektivitet og ekvivalens

Prinsippet om statens prosessautonomi følger av omfattende praksis fra EU-domstolen.⁸¹ I *Combinatie* avsnitt 70 formuleres prinsippet slik:

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

I utgangspunktet kan dermed statene fritt fastsette vilkår og utvise skjønn ved gjennomføringen, såfremt prinsippene om effektivitet og ekvivalens er tilfredsstillt. Uttalelsen sier imidlertid ikke noe konkret om hvilke begrensninger disse prinsippene setter.

Ekvivalensprinsippet innebærer i følge C-222/05 til C-225/05 *van der Weerd* at reglene ikke kan ”*være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af*

⁷⁸ Både Treumer og Arrowsmith holder spørsmålet åpent med henvisning til at ordlyden ikke gir avklaring. Fairgrieve/Lichere 2011 s. 155 og Arrowsmith 2005 s. 1422.

⁷⁹ C-314/09 avsnitt 33 og C-568/08 avsnitt 70

⁸⁰ Direktiv 2007/66/EF fortalens 13. avsnitt

⁸¹ f.eks. C-6/90 Francovich. Et tilsvarende prinsipp gjelder overfor EFTA-landene jf. sak E-4/01 Karlsson og i norsk rett jf. Rt. 2010 s. 1500.

national ret".⁸² Prinsippet drøftes ikke nærmere i denne avhandlingen, da det er antatt at de norske reglene harmonerer med prinsippet.⁸³

Det er effektivitetsprinsippet som utgjør det interessante begrensingsgrunnlaget både i *Fosen-linjen Strabag og Combinatie*. I følge C-222/05 til C-225/05 van der Weerd krever effektivitetsprinsippet at gjennomføringen "*ikke i praksis (gjør) det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden*".⁸⁴

Overført til spørsmålet om positiv kontraktsinteresse må altså borgeren har en reell mulighet til å fremme erstatningskravet sitt, og muligens også å nå fram med kravet alt etter hvordan man tolker ordlyden. Formuleringen "uforholdsmessig vanskelig" tilsier imidlertid at ikke ethvert tiltak er påkrevd for å sikre dette, men at det må foretas en vurdering av hvor viktig rettigheten er mot hvor vanskelig det er å få den håndhevet.

I lys av formålene som er nevnt ovenfor tilsier dette at det kan være forsvarlig ut i fra effektivitetsprinsippet å skille mellom grove brudd på sentrale regler og mindre alvorlige brudd.

Videre kan det argumenteres for at effektiviteten må vurderes i lys av de andre tilgjengelige rettsmidlene etter direktivet, slik at den nasjonale klageordningen er tilstrekkelig effektiv så lenge disse samlet sett sikrer klageadgang. Med revideringen i 2007 ble det innført karenperiode mellom valg av kontraktspart og tiltredelse av avtalen. I denne perioden er det mulig å få kjent avtalen "*uten virkning*" med den konsekvens at den riktige tilbyderen kan få kontakten. Denne muligheten tilsier at erstatning kanskje ikke er like viktig for å sikre effektivitet i regelverket, fordi det ikke er den eneste muligheten forbigåtte tilbyder har til å ivareta sine rettigheter.

På den andre siden vil det etter karenperioden ikke være noen andre rettsmidler enn erstatning igjen å bruke. Om man skal vurdere rettsmidlenes effektivitet hver for seg kan det tilsi at det må være lett å nå fram med erstatningssøksmål.

Det er gitt flere signaler i EU-domstolens praksis om hva effektivitetsprinsippet har å si i spørsmålet om positiv kontraktsinteresse. I C-295/4 og C-295/04 Manfredi ble det fastslått at det ikke var adgang til å avgrense mot positiv kontraktsinteresse.⁸⁵ I C-275/03 Kommisjonen mot Portugal ble det avgjort at det ikke kan stilles krav om at regelbruddet er "uaktsomt eller forsettelig" for å utløse ansvar.

C-46/93 og C-48/93 Brasserie du pêcheur og Factortame har blitt tatt til inntekt for at prinsippet om statens erstatningsansvar og vilkåret "*tilstrekkelig kvalifisert feil*" utgjør skranker for gjennomføringen av Håndhevelsesdirektivet.

⁸² C-222/05 til C-225/05 van der Weerd avsnitt 28

⁸³ Som uttrykt av Fredriksen 2010 *Objektivt ansvar for anbudsfeil?* s. 603 gjelder ikke forskjellige vilkår for krav over og under terskelverdiene i norsk rett.

⁸⁴ C-222/05 til C-225/05 van der Weerd avsnitt 28

⁸⁵ dommens avsnitt 95

De nyeste avgjørelsene som drøfter innholdet av effektivitetsprinsippet er *Strabag og Combinatie* som jeg kommer tilbake til under. Her er det mer uklart hvilke slutninger som kan trekkes fra dommene, og det kan virke som om avgjørelsene legger til grunn forskjellige forståelser av hvilke skranker effektivitetsprinsippet medfører i statens prosessautonomi

4 C-314/09 Strabag: objektivt ansvar?

4.1 Bakgrunn, konklusjon og tolkingsalternativer

Saken gjaldt en anbudskonkurranse for levering og produksjon av asfalt i den østerrikske byen Stadt Graz. Oppdraget gikk til en leverandør som ikke hadde funksjonelt produksjonsanlegg for av asfalt i tide til å oppfylle kontrakten til det tidspunktet som var forutsatt i kontraktgrunnlaget. Tilbyderen som var innstilt som nummer to, Strabag AG, hevdet at vinneren derfor skulle vært avvist og at de skulle vært tildelt kontrakten. Østerriksk rett satte vilkår om uaktsomhet for å tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesreglene, men bevisbyrden for aktsom opptreden lå his oppdragsgiveren, og rettsuvitenskap kunne ikke påberopes som unnskyldelsesgrunn. Spørsmålet som ble prejudisielt lagt fram for EU-domstolen var om Håndhevelsesdirektivet var til hinder for en erstatningsregel hvor ansvar var betinget av uaktsomhet.

Konklusjonen på spørsmålet lyder som følger i den danske oversettelsen:

”(…) direktiv 89/665 skal fortolkes således, at det er til hinder for nationale rettsforskrifter, hvorefter krav på skadeserstatning som følge af, at en ordregivende myndighed har overtrådt bestemmelserne om offentlige kontrakter, er *betinget* af, at overtrædelsen er *culpøs*, herunder når anvendelsen af disse rettsforskrifter 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 (min kursivering).”⁸⁶

Det er ikke tvilsomt at uttalelsen medfører at culpa ikke kan stilles som ”*betingelse*” for erstatning for tap som kan tilskrives brudd på anskaffelsesreglene. Dette gjelder selv om bevisbyrden for culpøs opptreden legges på oppdragsgiveren og vedkommende ikke kan påberope seg rettsvillfarelse.

Spørsmålet er om dommen også etablerer et rent objektivt erstatningsansvar, slik at ansvar automatisk foreligger såfremt det er begått feil.

4.2 EU-domstolens argumentasjon

Dersom dommens konklusjon tolkes isolert og bokstavlig, er det kun de tilfellene hvor culpa er en ”*betingelse*” som er avskåret. Ved en slik tolkning vil skyld kunne være del av en helhetsvurdering så fremt det ikke er en ren *forutsetning* for ansvar.

Det taler for en slik tolkning av saken konkret gjaldt en slik regel. I tillegg nevnes ikke objektivt ansvar direkte noe sted i dommen. At det gjelder et utgangspunkt om prosessuell

⁸⁶ avsnitt 45

autonomi kan da tas til inntekt for at det ikke bør innfortolkes større begrensninger i statens kompetanse enn det som kommer eksplisitt og klart fram.⁸⁷

Avgjørelsens argumentasjon kan imidlertid tas til inntekt for at det *implisitt* stilles strengere vilkår enn det som kan leses ut av konklusjonen alene.

I dommens drøftelse tar EU-domstolen utgangspunkt i at direktivet fastsetter ”*minstekrav*” og at det ikke er fastsatt ”*særlige bestemmelser*” for erstatningsspørsmålet i ordlyden. Domstolen faller på bakgrunn av dette tilbake på statenes prosessautonomi, og peker på at dette gjelder innen rammene av ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.⁸⁸

EU-domstolen går så over til å drøfte hvilke skranker effektivitetsprinsippet setter og spør om det i lys av ”*klageadgangens generelle formål*” og ”*den generelle sammenheng*” må innfortolkes snevrere regler enn det som følger av direktivordlyden.⁸⁹

Det sies ikke noe om hvilke formål eller sammenheng det er snakk om, men i lys av bestemmelsene som er presentert innledningsvis er det antageligvis en henvisning til at klageadgangen skal være så ”*effektiv og hurtig som mulig*”, samt ivareta prinsippene om gjennomsiktighet og ikke-diskriminering.⁹⁰

Domstolen tolker så bestemmelsen i lys av dette og uttaler at ordlyden ”*på ingen måte indikerer, at (...) krav på skadeserstatning skal bero på en nærmere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side, såsom en godtgjort eller formodet culpøs adfærd, eller at overtrædelsen ikke må være omfattet af nogen ansvarsfritagelsesgrund.*”⁹¹

Det er uklart nøyaktig hva EU-domstolen mener her. På en side kan utsagnet tilsi at culpa ikke er en plikt etter direktivet, slik at staten står fritt til å velge.

På den andre siden kan utsagnet tilsi at ordlyden, fordi det er taust om slike vilkår, stenger for denne adgangen slik at ansvaret er objektivt. At det vises til ”*den generelle sammenheng*” og direktivets formål i neste avsnitt tilsier at argumentet skal forstås slik.⁹²

Formuleringen ”*nærmere bestemt adfærd*” kan dessuten tilsi at også andre vilkår enn de som nevnes eksplisitt er forbudt. I *Objektivt ansvar for anbudsfeil?* tar Fredriksen avsnittet til inntekt for en slik tolkning.⁹³

Videre viser EU-domstolen til at medlemsstatene kan begrense hvilke håndhevelsesmuligheter som er tilgjengelige etter at kontrakten har blitt tildelt. EU-domstolen uttaler at erstatning ”*ikke i høyere grad enn andre klageiltak i artikkel 2 nr 1, (kan) være avhengig av culpøs adferd*”. Dette tilsier at objektivt ansvar er nødvendig for at erstatning vil være et prosessuelt alternativ i tråd med prinsippet om effektiv klageadgang.⁹⁴ Med

⁸⁷ blant annet avsnitt 33

⁸⁸ avsnitt 33-34

⁸⁹ avsnitt 34

⁹⁰ avsnitt 31-33 med henvisning til 89/665 artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 og fortalens tredje premiss

⁹¹ avsnitt 35

⁹² avsnitt 36

⁹³ Fredriksen 2010 s. 608. Denne artikkelen kom ut før publiseringen av *Combinatie*, og senere artikler tyder på at Fredriksen har endret syn på dommen etter dette.

⁹⁴ avsnitt 38-39. Disse avsnittene er lettere å forstå i engelske og tyske språkdrakt.

henvisning til dette tilbakeviser EU-domstolen så at det kan ha noe å si at bevisbyrden for aktsom opptreden ligger på oppdragsgiveren.⁹⁵

I neste avsnitt vektlegges hensynet til tilbyderen, og det argumenteres for at det foreligger en ”risiko” for at tilbyder vil tape retten til skadeerstatning dersom oppdragsgiver lykkes i å tilbakevise culpa eller kan vise til en unnskyldelsesgrunn.⁹⁶ Dette argumentet kan tilsi at å få erstatning ved feil er et krav uavhengig av oppdragsgivers opptreden.⁹⁷ Treumer uttrykker skepsis til dette argumentet fordi risikoen for ikke å vinne fram alltid eksisterer når man bringer saker inn for domstolene.⁹⁸

I lys av disse argumentene er det uklart hvilken slutning som skal utledes fra dommen.

Da det kun står ”erstatning” i spørsmålet for EU-domstolen er det heller ikke klart hvorvidt uttalelsen gjelder generelt for alle typer erstatningskrav. Til tross for dette må dommens krav sett i lys av faktum forstås slik at det er snakk om positiv kontraktsinteresse.⁹⁹

Dersom man legger til grunn objektivt ansvar kan det innvendes at domstolen går langt i å utvikle nye rettsregler på et område som i utgangspunktet er underlagt statens prosessautonomi.¹⁰⁰ Dette er særlig problematisk når dommen er taus om eventuelle motargumenter og ikke drøfter grensene for dette prinsippet nærmere.

Fraværet av innvendinger mot objektivt ansvar er også interessant all den tid det ikke ble innhentet uttalelse fra Generaladvokaten i saken, og avsigelsen ble gjort i avdeling med 5 dommere. Dette tilsier at spørsmålet ble ansett uproblematisk og at domstolen ikke har ment å sette opp en rettsregel som griper langt inn i statenes prosessautonomi. Dersom man legger en restriktiv tolkning av dommen til grunn vil dette være forsvarlig fordi det problematiske med dommen ikke aktualiseres.

Det virker også logisk ut i fra sakens faktum at domstolen setter opp et forbud mot skyld som *betingelse* for ansvar uten at det nødvendiggjør en utførlig drøftelse av motargumenter. I saken var det begått brudd på et svært sentralt prinsipp, likebehandlingsprinsippet, ved at et tilbud hadde blitt akseptert til tross for at det ikke oppfylte vilkårene i kontraktsgrunlaget. Dersom ansvar skulle vært betinget av culpa ville det oppstått en rettssituasjon der selv grove overtramp på anskaffelsesreglene kunne passere fordi det kan være vanskelig å bevise culpa i praksis. En slik rettstilstand ville vært svært problematisk med hensyn til effektivitet og direktivets formål.

At ingen innvendinger ble vurdert kan også tilsi at eventuelt objektivt ansvar ikke skal gjelde helt generelt, men kun i tilfeller der grove brudd er gjort på sentrale regler er brutt. En slik

⁹⁵ avsnitt 40

⁹⁶ avsnitt 41

⁹⁷ Fredriksen og Arnesen innvender mot dette argumentet at mer omstendelige og kostbare anskaffelsesprosesser vil stride mot direktivets formål «optimal udnyttelse af de offentlige midler», og at dette vil kunne utgjøre insentiver for egenregi i motsetningen om å legge til rette for fri bevegelighet og åpen konkurranse i EØS-området.

⁹⁸ Som påpekt av Steen Treumer i Fairgrieve/Lichère 2011 s. 160

⁹⁹ avsnitt 19.

¹⁰⁰ Se blant annet Fairgrieve og Lichère på s. 160

tolkning vil være i tråd med prinsippet om statens prosessautonomi som jeg kommer tilbake til under.

Videre kan argumentasjonen i avsnitt 38-39 tilsi at kravet til effektivitet i erstatningsregelen ville være vurdert annerledes i dag enn den gang dommen ble avsagt. De nye reglene om karensperiode og muligheten for å kreve en kontrakt kjent uten virkning tilsier at erstatning ikke lenger er det eneste prosessuelle alternativet tilbyderen har ved forbigåelse.

Hvilken vekt dommen kan tillegges isolerte sett vil i lys av disse argumentene være avhengig av hvilken tolkning som legges til grunn.

En restriktiv tolkning som kun medfører forbud mot culpa som *betingelse* for ansvar, vil ha vektige grunner for seg fordi det bygger på en klar slutningen og ikke reiser problematiske spørsmål i forhold til statens prosessautonomi.

Motsatt vil en uklar og implisitt tolkning der man utleder objektivt ansvar være mindre egnet til å binde medlemslandene på grunn av det lave antallet dommere, fraværet av uttalelse fra Generaladvokaten og at ingen særlige motargumenter ble vurdert.

Hvilken vekt dommen kan tillegges generelt må imidlertid vurderes i lys av den senere Combinatie-dommen som drøftes i neste kapittel.

5 C-568/08 Combinatie: tilbake til utgangspunktene?

5.1 Bakgrunn, konklusjon og tolkingsalternativer

Bakgrunnen for saken var at den nederlandske kommunen Emmen hadde begått flere feil i forbindelse med en anbudskonkurranse om reovering av to klappbruer. Tildelingskriteriene var laveste pris og det var kvalifikasjonskrav om faglig kompetanse, integritet og solvens. Oppdragsgiver gjorde flere ulovlige endringer i konkurransegrunnlaget underveis, og publiserte heller ikke endringene på riktig måte. Tilbyderen som var innstilt som nummer to, Combinatie, krevde erstatning for positiv kontraktsinteresse idet de mente at vinneren av konkurransen ikke oppfylte minstevilkårene og skulle vært avvist. Det interessante spørsmålet for EU-domstolens prejudisiell avgjørelse i saken, er hvorvidt EU-retten fastsatte ”*kriterier for fastsettelsen og vurderingen af denne erstatning, og hvis ja, hvilke kriterier*”.¹⁰¹ Det er verdt å merke seg at spørsmålet her dreide seg om hvilke vilkår som gjelder overfor ”*den ordregivende myndighet*”, altså offentlig oppdragiver. Da EU-domstolen ikke anså seg kompetent til å sette vilkår for vurderingen i nasjonal rett, ble imidlertid spørsmålet omformulert til å gjelde statens forpliktelser etter direktivet.

Konklusjon på spørsmålet lød som følger:

”(...) for så vidt angår *statens* ansvar for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må *tilregnes staten*, har skadelidte borgere en ret til erstatning, såfremt den EU-retlige 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. I fravær af EU-retlige bestemmelser på området *tilkommer det den enkelte medlemsstat* i sit retssystem, når disse betingelser er opfyldt, at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes, for så vidt som *ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet* er iagttaget” (min kursivering).¹⁰²

Når konklusjonen viser til ”*statens* ansvar for tab” er det ikke åpenbart hva slags tilknytning dette har til offentlig oppdragsgiver.

Et nærliggende tolkningsalternativ er at prinsippet om statens erstatningsansvar fungerer som en ytre ramme som *staten* må holde seg innenfor når den fastsetter regler, tillegg til prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Innenfor disse rammene gjelder det prosessuell autonomi.

Om oppdragsgiver bryter reglene og de nasjonale prosessreglene ikke åpner for å tilkjenne erstatning i det gitte tilfellet, vil da kravet på nærmere vilkår kunne rettes mot staten som følger av manglende gjennomføring.

¹⁰¹ avsnitt 34, spørsmål 4 c)

¹⁰² avsnitt 92

Et annet tolkningsalternativ er at prinsippet om statens erstatningsansvar eksisterer i en spesialisert versjon og kan anvendes direkte overfor oppdragsgivere, til tross for at staten ikke har prøvd å gjennomføre en slik regel. Dette må i så fall kun gjelde EU-statene som følger av prinsippet om direkte virkning.

At EFTA-domstolen i *Fosen-linjen* avfeier både *Combinatie* og prinsippet om statens erstatningsansvar uten å drøfte saken eksplisitt, kan tilsa at de ikke forstår statens erstatningsansvar som en ytre ramme for statens prosessautonomi, men som direkte anvendelige vilkår overfor oppdragsgiver som kun gjelder EU-landene.

Et interessant spørsmål her er sammenhengen mellom *Combinatie* og *Strabag*-dommen. Jeg nøyer meg med å diskutere de tolkningsalternativene som er aktuelle ut i fra anførselene i *Fosen-linjen*.

Om man legger til grunn at *Strabag* medfører objektivt ansvar er mulighetene enten motstrid eller harmoni med den konsekvens at skyld ikke kan være en betingelse for ansvaret. Ved motstrid blir spørsmålet om en av dommene skal settes til side.

Om man legger til grunn at *Strabag* kun setter forbud mot skyld som betingelse for ansvar, kan dommene lett tolkes i harmoni. Dette vil også samsvare med den tidligere C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

5.2 EU-domstolens argumentasjon

I *Combinatie* legges det til grunn at ordlyden ”*indeholder ingen præcisering*” av vilkårenes innhold.¹⁰³ Dette kan virke som en motsetning til *Strabag* der det påpekes at ordlyden ”*på ingen måte indikerer*” at ansvar ”*skal bero på en nærmere bestemt adfærd*”. EU-domstolen ser med denne uttalelsen ut til å avfeie at *Strabag* medfører et forbud mot å sette vilkår.

EU-domstolen konstaterer så at direktivsbestemmelsen er 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.*”¹⁰⁴ Utover å henvise til rettspraksis som stadfester dette prinsippet, gis det imidlertid ingen begrunnelse for denne ordlydstolkningen. At prinsipper ikke nevnes *Strabag*, tyder på at dommene legger til grunn helt forskjellig forståelse av ordlyden.¹⁰⁵

Steen Treumer har tatt til orde for at bestemmelsen ikke kan ha identisk innhold med prinsippet, fordi regelen i så fall ikke ville hatt noe selvstendig innhold.¹⁰⁶ I lys av EU-domstolen videre drøftelse kan det imidlertid virke som om prinsippet om statens erstatningsansvar skal forstås som et *minstevilkår* for gjennomføringen, slik at også andre skranker kan gjelde. Selv om bestemmelsen utgjør en ”*konkretisering*” av prinsippet, er det i

¹⁰³ avsnitt 86. Det samme legges til grunn i Generaladvokatens utredning avsnitt 78.

¹⁰⁴ avsnitt 87 med henvisning til C-6/90 og C-9/90, *Francovich* avsnitt 35 og C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du pêcheur* og *Factortame* avsnitt 31 og 51

¹⁰⁵ Som påpekt at Steen Treumer i *Fairgrieve/Lichère s. 160*

¹⁰⁶ *Fairgrieve/Lichère 2011 s. 122-124*

lys av konklusjonen og den øvrige drøftelsen logisk å forså pliktsubjektet her som *staten* og ikke *oppdragsgiver*.

I avsnitt 88 uttales det så at Domstolens praksis ikke har fastsatt ”*detaljerte kriterier for fastsettelsen og vurderingen af erstatningen*”. At Strabag ikke nevnes i det hele tatt og avsnitt 91 snakker om ”*fravær af EU-retlige bestemmelser*” tilsier at EU-domstolen mener at Strabag ikke medfører noen generell regel som er relevant for det gjeldende tilfellet. Hvis man tolker Strabag slik at den kun forbyr skyld som en *betingelse* for ansvar er dette valget logisk, fordi faktum i Combinatie i motsetning til Strabag ikke gjaldt rettsregler som satte betingelser om skyld.

EU-domstolen viser i avsnitt 89 til at det ikke ble inntatt noen ny erstatningsbestemmelse da direktivet ble revidert året før. Det uttrykkes ikke eksplisitt hvilken slutning som trekkes fra dette, men sammenhengen tyder på at de mener lovgiver enten har tolket Strabag til ikke utvikle noen generelle regler på området eller at lovgiver bevisst har fraveket en eventuell domstolskapt regel.

I likhet med i Strabag faller EU-domstolen så tilbake på prinsippet om statens prosessautonomi og viser til prinsippene om ekvivalens og effektivitet som en begrensning for dette. Effektivitetsprinsippet defineres også slik det forbyr å ”*i praksis gjøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig*” å utøve EU-rettslige rettigheter, men det sies imidlertid ikke noe mer om hvilke skranker dette prinsippet innebærer.¹⁰⁷ Det kan derfor se ut som om det legges til grunn en annen, mindre inngripende forståelse av effektivitetsprinsippet i Combinatie enn det som fremgår av Strabag.

EU-domstolen konkluderer så med at *staten* kan bli ansvarlig for tap i tråd med prinsippet om statens erstatningsansvar, uten å sette opp noen konkrete begrensninger for statens adgang til å stille vilkår. Konklusjonen samt det faktum at drøftelsen er kort og generell tilsier at EU-domstolen her inntar en mer tilbakeholden rolle i å instruere statene enn det som fremgår av Strabag.

For å forstå hvilke rettssetning som gir uttrykk for gjeldende rett må Strabag og Combinatiedommene leses i lys av hverandre.

Etter gjennomgangen av argumentene ovenfor er det mulig å tolke dommene i harmoni. Dette vil innebære at statens erstatningsansvar og vilkåret ”*tilstrekkelig kvalifisert*” setter ytre skranker for hvordan erstatningsreglene kan gjennomføres i nasjonal rett, og at effektivitetsprinsippet innebærer en ytterligere skranke ved at skyld ikke kan settes som *betingelse* for ansvar.

At Strabag-dommen ikke drøftes nærmere i Combinatie, til tross for at de visste om den, taler sterkt for en slik tolkning. Arnulf tar til orde for at det er ”*recognized*” at EU-domstolen må

¹⁰⁷ avsnitt 90-91

forklare hvilke dommer som påvirkes av en avgjørelse for å hindre ”an unacceptable degree of uncertainty”.¹⁰⁸ Når Strabag ikke nevnes tilsier dette at dommene harmonerer.

Videre tilser bruken av 5 dommere i saken og ikke i plenum, at Strabag-dommen skal tolkes på en slik måte at det ikke medfører objektivt ansvar. Generaladvokaten reagerer heller ikke på Strabag-dommens forhold til domsavsigelsen i *Combinatie*, noe som igjen taler for harmoni.¹⁰⁹

Hvis man skal tolke Strabag til å gi anvisning på objektivt ansvar blir forholdet mellom dommene mer usikkert.

På en side anser ikke EU-domstolen seg bundet av egne avgjørelser, og formulerer seg ofte kryptisk. At *Combinatie* er nyere, kan da tilsi at den er en korrigerende av Strabag.¹¹⁰

Dette virker imidlertid unaturlig å konkludere på en slik måte da Strabag ikke drøftes nærmere og saken ikke er avgjort av en høyere instans. Om Strabag-dommen gir anvisning på objektivt ansvar vil derfor retts situasjonen være uavklart.¹¹¹

Hensynet til like regler i EU tilsier imidlertid at *Combinatie* gir uttrykk for gjeldende rett. I førsteinstansdomstolen er det avsagt flere avgjørelser om erstatningskrav overfor EUs egne organer der vilkåret *tilstrekkelig kvalifisert feil* lagt til grunn for ansvar, og førsteinstansdomstolen mener selv at kravet overfor EU institusjonene er det samme som overfor statene.¹¹² Selv om disse erstatningskravene bygger på andre regler enn Håndhevelsesdirektivet, og førsteinstansdomstolen ikke har noen vekt i spørsmål som gjelder domstolen, vil hensynet til like regler tilsi at innholdet skal være likt.¹¹³

5.3 Statens erstatningsansvar og vilkåret ”tilstrekkelig kvalifisert”

I *Fosen-linjen* avvises prinsippet om statens erstatningsansvar implisitt, med henvisning til at ”*offentlig oppdragsgiver i en sak som den foreliggende ikke (handler) i egenskap av å være en offentlig myndighet*”.¹¹⁴

Min gjennomgang av *Combinatie*-dommen viser at denne forståelsen av prinsippet er feil. Statens erstatningsansvar skal forstås som minimumskranke for statens gjennomføring av Håndhevelsesdirektivet, og innebærer at *staten* kan bli erstatningsansvarlig dersom

¹⁰⁸ Arnulf 2006 s. 623

¹⁰⁹ Et støtteargument for harmoni er at en slik tolkning er lagt til grunn i flere EU-land. En enstemmig Supreme Court of the United Kingdom kom til at Strabag og *Combinatie* harmonerer og at statens erstatningsansvar skal legges til grunn i domstolens sak ([2017] UKSC 34) *EnergySolutions* avsnitt 24. At Strabag ikke problematiseres i *Combinatie* samt at dommene kan tolkes i harmoni tas av domstolen til inntekt for at det er ”no uncertainty” i spørsmålet om dommene harmonerer. Samme tolkning er lagt til grunn av Högsta domstolen i Sverige (NJA 2016 s. 358). Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6.6 legges også denne tolkningen til grunn i norsk rettspraksis.

¹¹⁰ Sejersted tolker dommene på denne måten i Sejersted 2011 s. 235

¹¹¹ Som også påpekt av Steen Treumer i *Fairgireve/Lichere* 2011 s. 159-160

¹¹² f.eks. *Renco SPA mot Rådet* (2003) og *AFCon Management Consultants m.fl. mot Kommisjonen* (2005)

¹¹³ Fredriksen 2010 s. 611-613

¹¹⁴ Avsnitt 64

gjennomføringen i nasjonal rett gir lempeligere regler enn vilkåret ”*tilstrekkelig kvalifisert*” tilsier.¹¹⁵

Anvendelse av prinsippet er imidlertid omstridt i teorien, og Schebesta kritiserer *Combinatie* for ikke å utpensle innholdet av dette prinsippet nærmere.¹¹⁶

En utførlig drøftelse av innholdet faller utenfor denne avhandlingen, da norsk rett ikke synes å gi dårligere vern enn det vilkåret ”*tilstrekkelig kvalifisert*” medfører.¹¹⁷ Jeg vil likevel kommentere prinsippet kort.

Vilkårene formuleres slik i *Combinatie*:

”for så vidt angår statens ansvar for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må *tilregnes staten*, har skadelidte borgere en ret til erstatning, såfremt den EU-retlige 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 (min kursivering).”¹¹⁸

Det gjelder altså et vilkår ”*tilstrekkelig kvalifisert*” som tilsier at ikke ethvert brudd skal medføre ansvar.¹¹⁹ Det er av EU-domstolen uttalt at det skal gjøres en helhetsvurdering der vurderingstemaet er om ”*en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser*.”¹²⁰ Både EFTA-domstolen og EU-domstolen har satt opp en rekke, ikke-uttømmende momenter som skal være del av en helhetsvurdering der ”*alle de faktorer som kjennetegner tilfellet*” skal tas i betraktning.¹²¹

Momenter som kan være av relevans i spørsmålet om positiv kontraktsinteresse er ”*graden av klarhet og presisjon i regelen som er overtrådt*”, ”*hvor omfattende skjønnsfrihet denne regelen overlater til nasjonale myndigheter*”, og ”*om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig eller ikke*”.¹²² Momentene tilsier at unnskyldelige feiltokninger av regelverket kan vektlegges i vurderingen og at brudd på klare og presise regler lett vil kunne medføre ansvar.

¹¹⁵ Denne konklusjonen finner støtte i Sejersted 2011 s. 212 der prinsippet tolkes som at kravet ved anbudsfeil ikke kan være mindre strengt enn det som følger av statens erstatningsansvar generelt

¹¹⁶ Schebesta 2016 s. 60-62. Også Fredriksen er skeptisk til å legge prinsippet om statens erstatningsansvar til grunn for oppdragsgivere når prinsippet egentlig gjelder staten i Objektivt ansvar for anbudsfeil? s. 604. Også Steen Treumer.

¹¹⁷ Se f.eks. Simonsen og Rt. 2008 s. 1705. EFTA-domstolen har stadfestet at et tilsvarende prinsipp gjelder etter EØS-avtalen i E-4/01 Karlsson og E-9/97 Sveinbjørnsdottir. Prinsippet er også lagt til grunn i Norsk rett i Rt. 2005 s. 1365 Finanger II. I Sejersted 2011 s. 209 antas at disse prinsippene ikke nødvendigvis har helt identisk innhold etter EU og EØS-retten.

¹¹⁸ premiss 92

¹¹⁹ Sejersted 2011 s. 212

¹²⁰ Brasserie du Pêcheur premiss 55-57

¹²¹ E-8/07 (Nguyen) avsnitt 33, C-46/93 og C-48/93 (Brasserie du pêcheur) avsnitt 55-57. Se også Rt. 2005 s. 1365 Finanger II for anvendelse i norsk rett.

¹²² E-8/07 (Nguyen) avsnitt 33

EFTA-domstolens avgjørelser I sak E-6/00 *Dr Jürgen Tschannett* og E-2/12 *HOB-viviser* kan tilsi at ”tilstrekkelig kvalifisert brudd” ikke nødvendigvis innebærer en høy terskel og at et enkelt brudd kan være nok så lenge regelen var ”klar og entydig” og ”ikke gir staten noen skjønnsfrihet”.¹²³

Prinsippet om statens erstatningsansvar setter altså noen lunde vide vilkår for gjennomføringen av Håndhevelsesdirektivet slik at ikke ethvert brudd på regelverket vil medføre ansvar.

¹²³ Se for øvrig Fosen-Linjens anførsel i E-16/16

6 Ansvarsgrunnlaget i norsk rett

6.1 Skjæringspunkt mellom hensyn og rettsområder

Rettsregelen om erstatning for positiv kontraktsinteresse i norsk rett står i et skjæringspunkt mellom flere hensyn og rettsområder. Innholdet av regelen må forstås i lys av disse.

For det første medfører *presumsjonsprinsippet* at regelen skal tolkes i samsvar med EU-retten såfremt nasjonale rettskilder åpner for en slik tolkning. De hensyn og målsettinger som er gjennomgått i avhandlingens del 3 vil derfor være relevante også ved tolkningen av norsk rett. Særlig hensynet til effektivitet i regelverket tilsier at erstatningsregelen må tolkes slik at de gir insentiver for korrekt etterlevelse av reglene.

Formålsparagrafen i *anskaffelsesloven* §1 tilsier på sin side at norsk anskaffelsesrett først og fremst skal fremme ”effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Vilkårene for erstatning bør derfor ikke være så lave at det blir uproporsjonalt enkelt å oppnå erstatning.¹²⁴

I tilfeller der disse hensynene må vektes mot hverandre tilsier presumsjonsprinsippet at effektivitet langt på vei vil kunne trumfe hensynet til effektiv ressursbruk.¹²⁵

For det andre står spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse i en ”konflikt” mellom tradisjonell kontraktsrettslig tankegang og alminnelig erstatningsrett utenfor kontraktsforhold.¹²⁶

Utgangspunktet i kontraktsretten er avtalefrihet og at avtalepartene som følge av et lojalitetsprinsipp, blir forpliktet når de har opptrådt på en måte som gir medkontrahenten rimelig grunn til å tro at aksept foreligger.¹²⁷ Et tilbud vil vanligvis ikke være nok til å utløse plikter etter lojalitetsprinsippet.¹²⁸

På grunn av systemet med anbudskonkurranser utløses likevel visse prekontraktuelle forpliktelser allerede når oppdragsgiver publiserer kontraktsgrunnlaget.¹²⁹ Til tross for at det verken foreligger kontrakt eller medkontrahent, skaper kontraktsgrunnlaget berettigede forventninger hos tilbyderne om hvilket innhold avtalen skal få, og hvordan medkontrahenten skal velges.¹³⁰ Lojalitetsplikten går også lenger fordi anbudsreglene medføre en generell plikt til å overholde prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.

¹²⁴ Hensynene nevnes også i håndhevelsesdirektivets fortale, men det er mer vektlagt i norsk rett enn i EU-retten.

¹²⁵ Som påpekt av Bernt/Krüger 2002 s. 134 består imidlertid Norge av mange små kommuner med trange budsjetter og begrenset kompetanse. Rt. 2001 s. 1062 viser at reelle hensyn er relevante ved håndhevelsen av erstatningsregelen i norsk rett. At lovgiver angir effektiv ressursbruk som hovedformålet med loven tilsier at hensynene må vektes mot hverandre ved tolkningen av de norske reglene

¹²⁶ Denne problemstillingen ble drøftet i Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen og i Simonsen 2011.

¹²⁷ Giertsen avtaler s. 10

¹²⁸ Simonsen 1997 s. 21

¹²⁹ Anskaffelsesforskriften og direktivet forutsetter at kontraktsgrunnlaget er bindende for oppdragsgiver med tanke på utvelgelse av medkontrahent og avtaleinnhold

¹³⁰ Simonsen 1997 s. 460

Utgangspunktet ved prekontraktuelt ansvar er at partene blir bundet til naturaloppfyllelse i tråd med avtalens innhold.¹³¹ I anskaffelsesretten vil imidlertid dette være utelukket fordi avtalen allerede er feilaktig tildelt tredjemann.¹³² Erstatning er da det nest beste alternativet fordi den forbigåtte tilbyderen får oppfylt sin forventning om vederlag.

I et etablert kontraktsforhold bærer hver part risikoen for sin egen rettsoppfatning, slik at det er objektivt ansvar for mislighold som skyldes uvitenhet om avtaleforpliktelsene.¹³³ Dette kunne tilsi at oppdragsgiver, fordi han allerede er bundet til kontraktsgrunnlaget, har objektivt ansvar for feil som skyldes rettsuvitenhet.

Anbudssituasjonen skiller seg imidlertid fra vanlige kontraktsforhold, fordi å bli tildelt kontrakten ikke er et rettskrav all den tid oppdragsgiver lovlig kan forkaste alle tilbudene og avlyse konkurransen.¹³⁴ Når tilbydere velger å konkurrere om et anbud, aksepterer de samtidig en risiko for at andre leverer et bedre tilbud med den konsekvens at de ikke får kontrakten.¹³⁵ Dette tilsier at erstatning for den positive kontraktsinteressen ikke kan sidestilles med den forventning som avtaleparter vil ha i et vanlig avtaleforhold.

6.2 Lov om offentlige anskaffelser § 10

Håndhevelsesdirektivets § 2 nr. 1 litra c er gjennomført i Norsk rett ved Lov om offentlige anskaffelser § 10.¹³⁶ Det følger av bestemmelsen at:

Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

Ordlyden ”tap” som er lidet ”som følge” av ”brudd” på lov eller forskrift, er en presisering av de alminnelige, ulovfestede vilkårene for erstatningsansvar i norsk rett, nemlig skade, årsakssammenheng og ansvarsgrunnlag.¹³⁷ Utover dette er ordlyden helt åpen og sier ikke noe mer om innholdet i vilkårene.

Pliktsubjektet kommer ikke klart fram av ordlyden, noe som tilsier at både oppdragsgiver og staten som sådan kan være erstatningsansvarlige etter bestemmelsen. Ut i fra konteksten er det imidlertid klar at det er oppdragsgiver som er pliktsubjektet.¹³⁸

Ordlyden ”tap” tilsier, i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, en *verdi som lar seg omgjøre i penger*. Bestemmelsen skiller ikke mellom krav over og under terskelverdiene, noe som kan tilsi at de samme vilkårene må gjelde for begge deler.¹³⁹

¹³¹ Simonsen prekontraktuelt ansvar 1997 s. 478

¹³² Unntak fra dette gjelder om kontrakten kan kjennes uten virkning

¹³³ Hagstrøm obligasjonsrett 2011. 527

¹³⁴ Dette kan skje såfremt det foreligger ”saklig grunn” jf. Forskrift om offentlige anskaffelser §10-4.

¹³⁵ Nucleus-dommen

¹³⁶ Lov 17. Juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser

¹³⁷ Forarbeidene til den gamle loven med samme innhold, i Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68 samt NOU 2010: 2

¹³⁸ Se anskaffelseslovens § 2. Dessuten følger statens erstatningsansvar allerede av andre, ulovfeste regler jf. Rt. 2005 s. 855 (Allseas) og E-4/01 Karlsson.

¹³⁹ Tapets omfang må for øvrig vurderes i lys av tapsbegrensningsplikten som er fastsatt i UNIDROIT Principles art. 7.4.8 (1). Se også Hagstrøm obligasjonsrett 2011. 562.

Videre gir ikke ordlyden anvisning på hvorvidt positiv kontraktsinteresse er en tapsform som kan kreves erstattet i norsk rett. De opprinnelige forarbeidene gav heller ikke avklaring på spørsmålet og viser kun til alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.¹⁴⁰ Isolert sett kan bestemmelsen derfor fremstå overflødig fordi den ikke stadfester noe annet enn det som allerede følger av ulovfestede erstatningsregler.¹⁴¹

Som nevnt innledningsvis er det på grunn av langvarig rettspraksis ikke omstridt at positiv kontraktsinteresse på nærmere vilkår kan kreves dekket.¹⁴² Man kan da spørre seg hvorfor lovgiver har unnlatt å lovfeste de ulovfestede vilkårene ved lovrevisjonen av 2018.

Det kan virke som om lovgiver holder muligheten åpen for at den nåværende rettstilstand kan bli endret som følge av nye signaler i EØS-retten. Ved å unnlate å lovfeste vilkårene gis dermed domstolene spillerom til å dynamisk utvikle retten i samsvar med disse signalene. Sett hen til lojalitetsprinsippet kan dette virke fornuftig, særlig ut i fra de kritiske merknadene som har vært reist mot vilkåret ”vesentlige feil”.

Sett i lys av håndhevelsesdirektivets innhold og presumsjonsprinsippet, medfører den vide ordlyden at alle tolkningene av EU-retten som er diskutert i det forgående kan innfortolkes innenfor grensene av ordlyden.

Ordlyden ”*brudd*” tilsier at ethvert brudd kan utløse ansvar, så lenge det har utløst et tap. Forarbeidene understreker imidlertid at det ikke er ønskelig at ”*enhver feil*” skal pådra oppdragsgiver erstatningsansvar, og at det er opp til domstolene å vurdere dette i den enkelte sak.¹⁴³ Forarbeidene bekrefter altså at lovgiver bevisst har gitt myndigheten til å utpensle vilkårene til den dømmende makt.

Hovedregelen i norsk rett er culpaansvar både i og utenfor kontrakt, med mindre det foreligger hjemmel for noe annet.¹⁴⁴ Vurderingstemaet er da om skadevolder *kunne og burde* ha handlet annerledes og det er antatt at det gjelder en strengere aktsomhetsnorm for den profesjonelle part i næringsforhold.¹⁴⁵ Begrunnelsen er at ansvaret skal plasseres hos den som er nærmest å bære risikoen for den. Som kapittel 6.3 og 6.4 vil forklare nærmere har imidlertid Høyesterett utviklet et spesialisert vilkår ”vesentlige feil” for ansvarsgrunnlag ved positiv kontraktsinteresse.

Årsakskravet ”*som følge av*” må i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper forstås som at det foreligger ”*adekvat årsakssammenheng mellom skadevolders handling, skaden og det økonomiske tap*”.¹⁴⁶ Beviskravet er som utgangspunkt sannsynlighetsovervekt i vanlig norsk erstatningsrett. Ordlyden stenger imidlertid ikke for muligheten for andre terskler for årsakssammenheng. I Rt. 2001 s. 1062 er det satt opp et spesialisert årsakskrav ”*klar*

¹⁴⁰ I Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68 vises det til

¹⁴¹ Denne problematikken har eksistert helt siden den første erstatningsbestemmelsen ble gjennomført, noe Bernt og Krüger påpeker i *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner* s. 134

¹⁴² F.eks. Rt. 2001 s. 1062 Nucleus

¹⁴³ Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68

¹⁴⁴ Hagstrøm obligasjonsrett 2011 s. 468

¹⁴⁵ Nygaard Skade og Ansvar 2007 s. 174 og F.eks. Rt. 1988 s. 7 på s. 13

¹⁴⁶ f.eks. Nygaard 2007 s. 322

årsakssammenheng.” En nærmere drøftelse av dette vilkåret faller utenfor avhandlingens problemstilling.¹⁴⁷

6.3 Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen

I Rt. 2001 s. 1062 fastslo Høyesterett for første gang at krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse har rettslig vern i norsk anskaffelsesrett. Etter en avveining av flere hensyn, ble det konstruert et særlig vurderingstema for ansvarsgrunnlaget, nemlig ”*vesentlige feil*”. Dette har lenge vært regnet som gjeldende rett da dommen ble avsagt ved enstemmighet og er fulgt opp i senere høyesterettsavgjørelser.¹⁴⁸ EFTA-domstolens uttalelse i Fosen-linjen medfører imidlertid at spørsmålet må ansees uavklart frem til Høyesterett eventuelt tar stilling til spørsmålet på nytt.¹⁴⁹

Saken gjaldt en anbuds konkurranse for arkitektoppdrag ved utbygging av et psykiatrisk senter for Møre- og Romsdal fylkeskommune. Klageren, arkitektfellesskapet Nucleus, krevde erstatning på grunnlag av ulovlig forskjellsbehandling samt vektlegging av forhold som ikke var forutsatt i kontraktsgrunnlaget. Møre- og Romsdal fylkeskommune ble dømt til å betale Nucleus erstatning for positiv kontraktsinteresse ved enstemmighet.

På dommens s. 1079 heter det at:

”Det må vere eit *visst rom for feil* ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteresse. 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*.”

Høyesterett setter altså opp et skjønnsmessig, spesialisert vilkår som ikke kommer fram av direktivet eller Lov om offentlige anskaffelser.¹⁵⁰ Sammenlignet med utgangspunktet i norsk erstatningsrett, culpaansvar, medfører dette en høyere terskel for ansvar. At det må være et *visst rom for feil* viser at reelle hensyn, særlig hensynet til oppdragsgiver har vært vektlagt ved utformingen av vilkåret. Det er i dag usikkert i hvor stor grad Håndhevelsesdirektivet åpner for vektlegging av et slikt hensyn all den tid det vil gjøre det vanskeligere for tilbydere å komme gjennom med erstatningskrav.¹⁵¹

¹⁴⁷ Se avhandlingens kap. 1.3.

¹⁴⁸ Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) og Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og Anlegg-dommen).

¹⁴⁹ Se avhandlingens kapittel 2. Frostatings avgjørelse i Fosenlinjen er anket til Høyesterett, men ikke berammet per. 30.05.18.

¹⁵⁰ Ordlyden i daværende lov om offentlige anskaffelser LOV-1992-11-27-116 §6 og håndhevelsesdirektivet 89/665/EØF er ikke innholdsmessig endret siden den gang.

¹⁵¹ E-16/16 avsnitt 77-80

Videre er det verdt å merke seg at skyld, *”kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last”*, settes opp som et moment i helhetsvurderingen. Momentet vil stå i motstrid med en tolkning av EU-retten som tilsier objektivt ansvar.¹⁵²

Skyld inngår som et *moment* i en konkret vurdering, og er ikke et rent vilkår eller *”betingelse”* for ansvar. Rettspraksis viser imidlertid at momentet har hatt avgjørende vekt ved tilfeller av unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁵³ Dersom momentet skyld er såpass utslagsgivende i praksis at det i realiteten må ansees som en *”betingelse”* for ansvar, vil det være i strid med konklusjonen i Strabag-dommen.¹⁵⁴

De andre momentene, feilens størrelse og type, tilsier at ikke enhver feil kan utløse ansvar. EFTA-domstolens uttalelse om at *”alvorlighetsgraden av overtredelsen (...) er irrelevant”* og at *”et enkelt brudd (...) er i seg selv nok”* medfører usikkerhet også om disse momentenes lovlighet etter Håndhevelsesdirektivet.¹⁵⁵

6.4 Begrunnelsen for vilkåret ”vesentlige feil”

Da Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) ble avsagt, var det usikkert om man i det hele tatt kunne kreve erstatning positiv kontraktsinteresse i norsk anskaffelsesrett. Selv om dette ikke er omstridt i dag, er deler av Høyesteretts argumentasjon rundt spørsmålet interessant i den grad den viser hvilke hensyn som ligger til grunn for vilkåret ”vesentlige feil”.

Hovedargumentet synes å være at man anser muligheten for positiv kontraktsinteresse som et krav etter EØS-avtalen. Dette sies implisitt ved en henvisning til at EØS-avtalens artikkel 3 pålegger partene å *«treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale»*.¹⁵⁶

I samme avsnitt legges det også til grunn at vilkårene for erstatning ikke er styrt av nærmere EØS-regler, slik at utgangspunktet er statens prosessautonomi. Den videre drøftelsen synes å vise til effektivitet som en begrensning i dette utgangspunktet. Utviklingen av detaljerte, EØS-rettslige anskaffelsesregler tas i seg selv til inntekt for en tilsvarende utvikling av håndhevelsesreglene nasjonalt.

Etter en gjennomgang av den nasjonale rettsutviklingen på området foretar Høyesterett en tolkning av hvilke rammer effektivitetsprinsippet setter for erstatningsadgangen.¹⁵⁷ Det fremholdes at å avgrense erstatningsadgangen til negativ kontraktsinteresse vil gjøre at tilbydere ikke vil *”sjå seg tent med å reise sak”* slik at reglene ikke vil *”verke førebyggjande overfor ein oppdragsgivar.”*¹⁵⁸ At det i samme avsnitt uttales at reglene skal sikre *”best moglege utnytting av midlane”* må bety at Høyesterett mener en slik regel vil stimulere til effektivitet og rett anvendelse av anskaffelsesreglene. At det videre vises til tilsvarende regler

¹⁵² Se avhandlingens kapittel 2 og 4

¹⁵³ Se avhandlingens kapittel 6.5

¹⁵⁴ Se avhandlingens kapittel 4.1 og C-314/09 avsnitt 45

¹⁵⁵ E-16/16 avsnitt 80 og 82

¹⁵⁶ s. 1076

¹⁵⁷ s. 1076 I sin argumentasjon tar forstvoterende NOU 1997:21 side 85, Ot.prp.nr.71 (1997-1998) på side 68, Rt. 1997 s. 574 (Firesafe), Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) og Rt. 2000 s. 1076 (Faber) til inntekt for at spørsmålet er åpent.

¹⁵⁸ s. 1077-1078

i utenlandsk rett må forstås som et støtteargument for denne forståelsen av effektivitetsprinsippet.¹⁵⁹

Det er altså først og fremst EØS-avtalen, herunder lojalitets- og effektivitetsbetraktninger, som begrunner at erstatning for positiv kontraktsinteresse skal kunne kreves i norsk rett. Den videre drøftelsen og konklusjonen viser at Høyesterett tar det for gitt at medlemslandene kan sette særlige vilkår for denne retten. En svakhet ved dommen er dermed at spørsmålet om *hvorvidt effektivitetsprinsippet setter ytterligere grenser for hvilke vilkårene som kan settes* ikke drøftes.¹⁶⁰

Førstvoterende går så over til å vurdere mothensyn mot positiv kontraktsinteresse. Det er disse hensynene som begrunner at det må gjelde ”*nærare vilkår*” for ansvar.

Hovedargumentet synes å bygge på reelle hensyn. For det første vises det til at ansvar for positiv kontraktsinteresse vil være prosesskapende, noe som implisitt tilsier et samfunnsmessig behov for å sette en viss terskel.

For det andre vises det til at anskaffelsesretten ofte har ”*tungt faktum og med omfattende og dels vanskelege reglar*” og at erstatning for positiv kontraktsinteresse kan utløse krav på ”*summer*” som ikke står i ”*rimeleg høve*” til feilen som er gjort.¹⁶¹ Hensynet til oppdragsgiver synes dermed å være et tungtveiende argument. Dette kan virke forstandig all den tid Norge består av mange små kommuner med begrensede ressurser og kunnskap om regelverket.¹⁶² Dagens usikkerhet rundt spørsmålet tilsier imidlertid at disse hensynene burde vært mer drøftet opp mot effektivitetsprinsippet.

Det siste argumentet for ”særlige vilkår” er at den positive kontraktsinteressen ikke oppfattes like beskyttelsesverdig som andre former for erstatningskrav.¹⁶³ To steder i drøftelsen vises det til ”*karakteren av anbudsretten*”, nemlig at det foreligger en ”*konflikt*” mellom ”*tradisjonell kontraktsrettsleg tankegang og alminneleg skadebotrett utanfor kontrakhøve.*”¹⁶⁴ I litteraturen som førstvoterende viser til, tas det til orde for en form for prekontraktuelt ansvar i anskaffelsesretten.¹⁶⁵ Disse argumentene er gjennomgått i avhandlingens kapittel 6.1. Da anbudsretten har elementer fra begge rettsområdene, mener førstvoterende at ansvarsgrunnlaget ikke skal fastsettes ved et valg mellom dem, men heller en ”*mellømløsning*” på grunnlag av de hensyn som gjør seg gjeldende.

Til støtte for dette argumentet viser førstvoterende til at den positive kontraktsinteressen ikke er like beskyttelsesverdig som den negative kontraktsinteressen, blant annet fordi utbyggingskontrakter innebærer en risiko som påvirker hvor spesifikke forventninger tilbyderen kan ha til inntekt. Implisitt gjøres det dermed en avveining mellom de hensyn som erstatning skal ivareta mot de negative konsekvenser krav om positiv kontraktsinteresse kan medføre for oppdragsgivere og samfunnet.

¹⁵⁹ s. 1078

¹⁶⁰ Som problematisert av Bernt/Krüger 2002 på s. 151

¹⁶¹ s. 1078-1079

¹⁶² Bernt/Krüger 2002 s. 124

¹⁶³ Tradisjonelt sett har man vært skeptisk til positiv kontraktsinteresse blant annet fordi tilbyders rimelige forventninger svekkes av at oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene. Bernt/Krüger 2002 på s. 149

¹⁶⁴ s. 1077 og 1079

¹⁶⁵ Lasse Simonsen i «Prekontraktuelt ansvar», 1997, på side 359-361

Vilkåret ”vesentlige feil” bygger dermed på reelle hensyn, kombinert med at positiv kontraktsinteresse anses som mindre beskyttelsesverdig. Høyesterett tolker effektivitetsprinsippet slik at det stiller krav om at positiv kontraktsinteresse skal kunne kreves, men ikke setter ytterligere skranke til de vilkårene. Momentene ”storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å *leggje til last*” tilsier at særleg hensynet til at oppdragsgiver ikke skal måtte betale urimelige summer er vektlagt. Som nevnt overfor er dette hensyn som ikke nevnes verken av EFTA-domstolen i Fosen-linjen, eller EU-domstolen i Strabag og Combinatie. Det kan derfor argumenteres for at det er uklart hvorvidt en slik prioritering er i tråd med Håndhevelsesdirektivet.¹⁶⁶

6.5 Hvilke feil vil typisk være ”vesentlige”?

For å vurdere graden av effektivitet i regelverket er det nødvendig å si noe om hvilke feil som typisk fører frem i praksis. Det skal som nevnt gjøres en konkret helhetsvurdering der feilens størrelse, type feil og graden av klander er momenter.

Momentet ”typen feil” tilsier at noen brudd skal få passere, mens andre feil er mer graverende. Flere dommer tyder på at brudd på ”*sentrale og grunnleggjande prinsipp*”, særleg prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, er alene vil føre til at feilen er ”vesentlig”.¹⁶⁷

Omfattende rettspraksis viser at brudd på avvisningsplikten der en tilbyder ikke oppfyller vilkårene i kontraktsgrunnlaget ”*som en klar hovedregel*” utgjør en vesentlig feil.¹⁶⁸ I lys av effektivitetsprinsippet må det antas at det samme gjelder ved andre former for brudd på likebehandlingsprinsippet som ulovlige forhandlinger¹⁶⁹ og ulovlig retting av anbud.¹⁷⁰

Et annet ”sentralt” prinsipp er hensynet til transparens, også kalt forutberegnelighet. Dette tilsier at ulovlig avvisning av tilbyder¹⁷¹, vektlegging av forhold som ikke er fastsatt i kontraktsgrunnlaget¹⁷², mangel på kunngjøring¹⁷³ og ulovlig avlysning¹⁷⁴ vil lett føre til at et brudd er ”vesentlig”.

Om det foreligger brudd på de sentrale prinsippene som nevnt over, vil feilen som regel ha hatt stor innvirning. Andre typer feil vil i større grad være avhengig av momentet feilens

¹⁶⁶ Bernt og Krüger er kritiske til dommen og kaller den et ”spennende forsøk på definere et forstandig balansepunkt mellom effektivitet og hensyn til bærekraften i mindre forvaltningsenheter”. 2002 s. 156

¹⁶⁷ Rt. 2001 s. 1062 og Rt. 2007 s. 983

¹⁶⁸ Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest), LE-2010-086516, LB-2012-36777, LB-2015-29544, TOSLO-2016-67346

¹⁶⁹ I Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) hadde en tilbyder fått mulighet til å endre pristaket for honorarer i anbudet sitt etter at de andre tilbudene var kjent. Dette ble vurdert som ulovlig forskjellsbehandling.

¹⁷⁰ Rt. 1997 s. 574 (Firesafe) Dommen gjaldt negativ kontraktsinteresse, men det er antatt at det samme må gjelde ved positiv kontraktsinteresse.

¹⁷¹ Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten)

¹⁷² Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus)

¹⁷³ Rt. 2006 s. 1615 (Catch Communications) omhandlet egentlig negativ kontraktsinteresse. At enkelte av tjenestene som skulle anskaffes ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget var ”klart” en vesentlig feil.

¹⁷⁴ LF-2015-187242 *Fosenlinjen*

”størrelse”, altså den innvirkningen som feilen faktisk har hatt på konkurransen. Mindre feil kan også kumuleres slik at de ”samlet sett” er vesentlige.¹⁷⁵

Det må antas at feil som gjelder rent prosessuelle regler og feil som ikke vil ha noe særlig å si for tilbyderens mulighet til å konkurrere, ikke alene vil være ”vesentlig”. I slike tilfeller vil det uansett være vanskelig å bevise årsakssammenheng slik at spørsmålet sjeldent vil komme på spissen i praksis.¹⁷⁶ Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) viser at brudd på habilitetsreglene alene kan være vesentlig.

En annen type feil som vil være avhengig av størrelsen er evalueringsfeil. På grunn av det innkjøpsfaglige skjønnet vil domstolene dessuten være begrenset til å prøve om ”*skjønnet er basert på korrekt faktum, og om det ellers er usaklig, vilkårlig eller på annen måte uforsvarlig*”.¹⁷⁷ I LB-2010-176631 *Isachsen Entreprenør AS* hadde oppdragsgiver feilaktig tolket et utsagn i et tilbud som en forutsetning, og det var gjort *usaklige/uforsvarlige* vurderinger ved at man hadde lagt til grunn feil faktiske forhold ved vurderingen av tilbudene. Lagmannsretten fant det klart at evalueringsfeilene både hver for seg og samlet var vesentlige.

Det siste momentet i vurderingen er klander. I Nucleus-dommen ser det ut som om dette vilkåret blir tillagt mye vekt fordi det ”*ikkje (er) tale om feiltolking av innfløkte reglar eller om feil vurdering av vanskelege faktiske tilhøve*”. Antitetisk impliserer uttalelsen at innfløkte regler eller vanskelig faktum kan unnskylde feil.¹⁷⁸ Dette henger sammen med synet på erstatning for positiv kontraktsinteresse som et insentiv for å overholde reglene samt behovet for å begrense ansvar slik at det offentliges midler brukes på en forsvarlig måte. Høyesterett setter her inn en sikkerhetsventil slik at det ikke utløses ansvar det oppdragsgiver ikke kunne eller burde ha handlet annerledes. Da momentet går inn i helhetsvurderingen, må det antas at en stor og alvorlig feil kan være vesentlig selv om det foreligger ingen eller lite klander, mens en mindre alvorlig feil kan være vesentlig om det offentliges opptreden har vært særlig klanderverdig.

I Nucleus trekkes det også fram at bruddet gjelder regler som en ”*profesjonell byggherre burde vere godt kjend med*”. Dette impliserer to ting. For det første at rettsvillfarelse kan være en unnskylningsgrunn, og for det andre at graden av profesjonalitet hos oppdragsgiver har noe å si for hvor høy grad av aktsomhet som kan forventes. Det kan virke som om Høyesterett prøver å ta hensyn til at oppdragsgivere i Norge er av svært forskjellig størrelse og art, og at f.eks. en liten kommune vil ha andre ressurser tilgjengelig enn en stor, statlig etat. Aktørens profesjonalitet kan imidlertid ikke unnskylde en hver feil. I Reno-vest uttales det at ”*Det at det dreier seg om en mindre bedrift, kan ikke frita den fra å oppfylle de grunnleggende krav til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen.*”¹⁷⁹

Når det gjelder rettsvillfarelse finnes det ett eksempel på at dette tillegges mye vekt. I Rt. 2008 s. 1705 Trafikk og Anlegg-dommen ble oppdragsgiver frikjent på grunn av rettsvillfarelse til tross for at det var begått brudd på de sentrale hensynene til likebehandling

¹⁷⁵ Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus)

¹⁷⁶ Det er uklart hvorvidt Høyesterett i Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) anså mangel på anskaffelsesprotokoll samt at kravene til begrunnelse ikke var oppfylt som ”vesentlig feil” idet disse ble kumulert med andre, mer graverende feil.

¹⁷⁷ LB-2010-176631, LB-2010-68992 samt KOFA-2008-136 og KOFA-20089-67

¹⁷⁸ I NOU 1997:21 uttales det på s. 85 at rettsvillfarelse ikke kan unnskylde ansvar for erstatning i anskaffelsesretten. Høyesterettspraksis viser imidlertid at dette ikke stemmer for positiv kontraktsinteresse. Rt. 2006 s. 1615 Catch Communications viser imidlertid at det gjelder for krav om negativ kontraktsinteresse.

¹⁷⁹ Rt. 2007 s. 983 premiss 88

og forutberegnelighet. Dette viser at Høyesterett har godtatt selv store, alvorlige brudd fordi reglene var uklare. Da den nasjonale regelen som det var begått brudd på var klar, kan det imidlertid hende at staten er rett adressat for kravet i tråd med prinsippet om statens erstatningsansvar.

Det er imidlertid grunn til å spørre seg om utgangspunktet fra *Nucleus*-dommen og *Trafikk og Anlegg*-dommen har blitt noe modifisert på grunn av EU-domstolens uttalelse i *Strabag*. Det finnes ingen Høyesterettsavgjørelser fra etter denne dommen kom, men i LA-2011-100800 og RG 2012 25 impliseres det at skyldmomentet må gis mindre vekt slik at det ikke i realiteten utgjør en ”*betingelse*”.

6.6 Synet på EU-retten i norsk rettspraksis

Spørsmålet om vilkåret ”vesentlige feil” er for strengt i forhold til EØS-retten, har vært diskutert helt siden *Nucleus*-dommen først kom.

Før avsigelsen av *Strabag* og *Combinatie* kritiserte Bernt og Krüger *Nucleus* for å ikke undersøke vilkåret om effektivitet nøye nok, og for å vektlegge reelle hensyn for sterkt på bekostning av dette.¹⁸⁰

I Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk og Anlegg* drøftes Bernt og Krügers innvendinger.¹⁸¹ Førstvoterende legger imidlertid prinsippet om statens erstatningsansvar til grunn, og konkluderer med at Håndhevelsesdirektivet kun krever ansvar der det er begått ”*åpenbare eller grove feil, og spørsmålet om en rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke, er et moment ved avgjørelsen av om ansvar foreligger.*” Selv om dette var en dissensdom, var det enstemmighet i synet på EØS-retten.

Videre uttales det 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.*”¹⁸² Når Høyesterett her erklærer at vilkåret ”vesentlige feil” tilfredsstiller prinsippet om statens erstatningsansvar, medfører presumsjonsprinsippet at vilkåret ”vesentlige feil” også motsatt skal tolkes i samsvarer med prinsippet om statens erstatningsansvar. Det må derfor legges til grunn at det er harmoni mellom norsk rett og prinsippet om statens erstatningsansvar.

Fordi dommen ble avsagt før *Strabag* og *Combinatie* er det imidlertid ikke sikkert at den fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett. Spørsmålet om vilkårene for positiv kontraktsinteresse har ikke vært behandlet i Høyesterett siden.

Fredriksen tar i *Objektivt ansvar for anbudsfeil* 2010 til orde for at den norske rettstilstanden ikke samsvarer med dommene med henvisning til *Strabag*.

I underrettspraksis synes man imidlertid å gå langt i å tolke EU-retten på en måte som harmonerer med den norske rettstilstanden.

¹⁸⁰ Bernt/Krüger 2002 s. 151. Også i den neste Høyesterettsavgjørelsen om spørsmålet, Rt-2007-983 *Reno-Vest*, legger *Nucleus* til grunn uten noen diskusjon av innholdet.

¹⁸¹ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 51

¹⁸² Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 56

I LA-2011-100800 *Wk Okk Entreprenør*, som omhandlet prosjektering og bygging av videregående skole i Vestfold, konkluderer Lagmannsretten med 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). Det antas imidlertid at culpa ikke vil være et vilkår for å statuere ansvaret, men vil inngå som et moment i en bredere vurdering.*” Strabag og Combinatie tolkes altså i harmoni, og man opprettholder Nucleus, med forbehold om at culpa ikke er et vilkår for ansvar. Samme konklusjon er fulgt opp i flere andre lagmannsrettsdommer, blant annet RG 2012 25 og LE-2015-102226.

EFTA-domstolens uttalelse har igjen reist spørsmålet om norsk rett samsvarer med EØS-retten. I LF-2015-187242 legger imidlertid Frostating Lagmannsretts til grunn at Nucleus fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett og uttaler at ”*Høyesteretts vurdering av spørsmålet i Rt-2001-1062 (Nucleus) er i godt samsvar med Frankovich and Others og Brasserie du Pêcheur and Factortame, som EU-domstolen viser til i Combinatie.*”

Omfattende underrettspraksis viser derfor at gjeldende rettsoppfatning fortsatt er at Nucleus-dommen gir uttrykk for gjeldende rett i Norge. Etter EFTA-domstolens uttalelse er det imidlertid kun en lagmannsrettsdom som legger dette til grunn.

Da avgjørelsen i LF-2015-187242 er anket til Høyesterett er det foreløpig uvisst om denne rettstilstanden vil forbli uendret.

7 Kan utgangspunktet om ”vesentlige feil” opprettholdes?

7.1 Hvilken rettsregel kan utledes fra EU-retten?

Som avhandlingen viser, har Strabag og Combinatie blitt tatt til inntekt for forskjellige tolkninger av Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav. Det er usikkerhet særlig rundt hvilke begrensninger kravet til effektivitet setter på gjennomføringen.

I min drøftelse i kapittel 5.2 viser jeg at dommene kan tolkes i harmoni og at gode grunner taler for en slik tolkning. EUs domsavsigelse i *Combinatie* medfører at Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav skal forstås slik at prinsippet om *statens erstatningsansvar* setter minstevilkår for gjennomføringen. Utover dette har staten prosessautonomi innenfor rammene av prinsippene om effektivitet og ekvivalens. Av *Strabag*-dommen kan det utledes at effektivitetsprinsippet er til hinder for nasjonale regler som setter skyld som *betingelse* for ansvar.

Når EFTA-domstolen tar *Strabag*-dommen til inntekt for at «[e]t enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c», bygger den derfor på en feil forståelse av dommene.¹⁸³

7.2 Hvilken vekt kan slutningene tillegges i norsk rett?

EFTA-domstolens uttalelse er rådgivende. Et spørsmål er om og i hvilken grad uttalelsen må tillegges vekt i norsk rett når det foreligger motstridende dommer fra EU-domstolen. I tilfeller der slutningene fra EU-domstolen er klare er det lagt til grunn at EFTA-domstolens avgjørelser skal settes til side til fordel for disse.¹⁸⁴ Spørsmålet er om dette også gjelder når slutningene fra EU-domstolens dommer er omstridt.

Høyesterett har uttalt i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* at ”Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse.” EFTA-domstolens uttalelsene skal imidlertid ”tillegges vesentlig vekt”.¹⁸⁵ Uttalelsen tilsier at det skal mye til for å sette EFTA-domstolens avgjørelser til side, og at disse som hovedregel skal følges.

I Rt. 2013 s. 258 *STX* avsnitt 94 uttales det at det kreves ”særlige grunner” for at Høyesterett skal kunne fravike EFTA-domstolen.

Det er usikkert hvorvidt dette prinsippet også kan anvendes av andre rettsanvendere enn Høyesterett. Forholdet til folkeretten tilsier at kun Høyesterett bør ha kompetanse til å gjøre dette. Frostating Lagmannsrett legger imidlertid til grunn i LF-2015-187242 at kompetansen også gjelder for Lagmannsretten.

¹⁸³ For å unngå konflikt har Fredriksen tatt til orde for at spørsmålet bør sendes til EFTA-domstolen på nytt slik at domstolen får mulighet til å svare på innvendingene som reiser som den første dommen.

<http://rett24.no/articles/baudenbacher-langer-ut-mot-norsk-professor> (sitert 30.05.18)

¹⁸⁴ Rt. 2000 s. 1811 og Fredriksen/Mathisen 2018 s. 321

¹⁸⁵ Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I* på s. 1820

Grunnene som taler for fravikelse av sak E-16/16 *Fosenlinjen* er at EFTA-domstolen ikke argumenterer tilfredsstillende for de konklusjonene som den legger frem, og tilsynelatende tolker EU-domstolens avgjørelser på feil måte.¹⁸⁶ Selv om tolkningen av EU-domstolens avgjørelser er omstridt, taler bedre grunner for at dennes EU-domstolens avgjørelser skal tolkes på en annen måte.¹⁸⁷

Arnesen og Fredriksen uttaler i sin artikkel fra 2018 kap. 1 at ”Den formelt sett rådgivende karakteren av EFTA-domstolens uttalelser innebærer at gjennomslagskraften beror på om uttalelsene er egnet til å overbevise norske domstoler.” Videre tilsier homogenitetsmålsettingen at å setter EFTA-domstolens tolkning til side til fordel for EU-domstolens tolkninger er forsvarlig ut i fra et EØS-rettslig perspektiv.¹⁸⁸

Da EU-domstolens avgjørelser i *Strabag* og *Combinatie* er omstridt og EFTA-domstolen tilsynelatende legger til grunn en feil tolkning av dem, uten å begrunne dette på en tilfredsstillende måte må det i lys av homogenitetsprinsippet foreligge ”særlige grunner” som kan begrunne fravikelse fra EFTA-domstolens uttalelse.

Nucleus-dommen og vilkåret ”vesentlige feil” må dermed antas å fortsatt være gjeldende norsk rett.

At tilsidesettelse av EFTA-domstolens avgjørelser først og fremst fremstilles som en kompetanse for Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 *Finanger* og Rt. 2013 s. 258 *STX* tilsier at spørsmålet ikke er endelig avklart før saken har vært oppe i Høyesterett.

7.3 Harmonerer vilkåret ”vesentlige feil” med kravene etter EØS-retten?

Vilkåret ”vesentlige feil” innebærer at det for å konstatere ansvarsgrunnlag ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i norsk rett, må foretas en helhetsvurdering der feilens type, størrelse og graden av klander er momenter. Det følger av omfattende underrettspraksis at momentet ”graden av klander” ikke skal forstås slik at det utgjør en *betingelse* for ansvar.

Videre er det fastsatt av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk og Anlegg* at vilkåret ikke er strengere enn det som følger av prinsippet om statens erstatningsansvar. Dette medfører at vilkåret skal presumeres å være i samsvar med prinsippet når det anvendes i norsk rett.

Det er lagt til grunn i samme dom at rettsvillfarelse i tråd med dette prinsippet kan være et moment i vurderingen.

Anvendelse av vilkåret i rettspraksis viser at grove brudd på sentrale prinsipper som oftest fører frem. Mindre alvorlige feil kan imidlertid passere. Rt. 2008 s. 1705 viser at rettsvillfarelse kan utgjøre en unnskyldelsesgrunn selv i grove tilfeller der den nasjonale retten på området er uklar. Dette tilsier at den norske rettstilstanden kun vil utløse ansvar i tilfeller der oppdragsgiver *kunne* handlet annerledes.

¹⁸⁶ Som uttrykt i Arnesen/Fredriksen 2018 og av Frostating Lagmannsrett LF-2015-187242

¹⁸⁷ Se avhandlingens kapittel 4.2 og 5.2

¹⁸⁸ Fredriksen/Mathisen 2018 s. 321

Sett opp mot en tolkning av EU-retten der statens erstatningsansvar utgjør minstevilkår og effektivitetsprinsippet medfører et forbud mot å sette skyld som en betingelse, vil denne rettstilstanden være i samsvar med Håndhevelsesdirektivet.

Til tross for at verken håndhevelsesdirektivet eller EU-domstolens praksis gir anvisning på at rimelighetsbetraktninger kan tillegges vekt ved utformingen av vilkårene, vil statens prosessautonomi medføre at det innenfor rammene av effektivitet og ekvivalens er adgang til dette slik Høyesterett gjør i Rt. 2001 s. 1062 Nucleus.

Avhandlingens konklusjon er derfor at vilkåret ”vesentlige feil” kan opprettholdes i norsk rett i lys kravene som stilles til gjennomføringen av Håndhevelsesdirektivet i EU/EØS-retten.

Litteraturliste

Norsk lov

Kongeriket Norges Grunnlov

Lov av 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grl.), (Grunnloven)

EØS-loven

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

Anskaffelsesloven

Lov 17. Juni 2017 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA), (Anskaffelsesloven)

Forskrifter

Anskaffelsesforskriften

Forskrift 12. August 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser

Forarbeider

Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68

Lov om offentlige anskaffelser

Norsk offentlig utredning

NOU:1997:21

Offentlige anskaffelser

NOU:2010:2

Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Høyesterettsavgjørelser

Firesafe

Rt. 1997 s. 574

Torghatten

Rt. 1998 s. 1398

Faber

Rt. 2000 s. 1076

Finanger I

Rt. 2000 s. 1811

Nucleus

Rt. 2001 s. 1062

Allseas

Rt. 2005 s. 579

Reno-Vest

Rt. 2007 s. 983

Trafikk og Anlegg (også kalt Rabatt)

Rt. 2008 s. 1705

Catch Communications

Rt. 2008 s. 982

STX

Rt. 2013 s. 258

Holship

HR-2016-2554-P

Lagmannsrettsavgjørelser

	LH-2007-20529
	LE-2010-086516
Isachsen Transport AS	LB-2010-176631
Bentzen Transport AS	LB-2010-68992
	LA-2011-100800
	LH-2012-140306
	LB-2015-029544
Fosen-linjen (Frostating Lagmannsrett)	LF-2015-187242

Tingrettsavgjørelser

Bane Nor	TOSLO-2016-67346
-----------------	------------------

Traktater og EU-direktiver

EØS-avtalen	Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2.mai 1994, inntatt i EØS-loven av 27.november 1992, norsk utgave
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, vedlegg til EØS-loven av 27.november 1992, norsk utgave
TEU	Consolidated version of the Treaty on the European Union (TEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/13, engelsk utgave
TFEU	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47, engelsk utgave
89/665/EF (Håndhevelsesdirektivet)	Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the

	application of review procedures to the award of public supply and public works contracts
2004/18/EF (Anskaffelsesdirektivet, opphevet 18/04/2016 av Direktiv 2014/24/EU)	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts
2007/66/EF (Endring av Håndhevelsesdirektiv)	Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts
2014/24/EU (Anskaffelsesdirektivet)	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance
 <u>Avgjørelser fra EU-domstolen</u>	
C-6/90 og C-9/90 (Francovich m.fl)	Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic. ECLI:EU:C:1991:428, dansk utgave
C-46/93 og C-48/93 (Brasserie du pêcheur og 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, dansk utgave
C-275/03 (Kommisjonen mot Portugal)	Kommisjonen mot Portugal. EU:C:2004:632, dansk utgave
C-295/4 og C-295/04 (Manfredi)	Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA (C-296/04) and Nicolò Tricarico (C-297/04) and Pasqualina Murgolo (C-298/04) v Assitalia SpA. EU:C:2006:461
C-222/05 til C-225/05 (van der Weerd)	J. van der Weerd and Others (C-222/05), H. de Rooy sr. and H. de Rooy jr. (C-223/05), Maatschap H. en J. van 't Oever and Others (C-224/05) and B. J. van Middendorp (C-225/05) v Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. EU:C:2007:124, dansk utgave
C-445/06 (Danske Slagterier)	Danske Slagterier mod Bundesrepublik Deutschland. ECLI:EU:C:2009:178, dansk utgave

C-314/09 (Strabag)	Stadt Graz mod Strabag AG and Others. ECLI:EU:C:2010:567, dansk utgave
C-568/08 (Combinatie Spijker)	Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe. ECLI:EU:C:2010:751, dansk utgave

Avgjørelser fra EUs Førsteinstansdomstol (Retten)

Sak T-4/01 (Renco SPA mot Rådet)	Sml. 2003 s. 11-171.
Sak T-160/03 (AFCon Managment Consultants m.fl. mot Kommisjonen)	Sml. 2005 s. II-981.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

E-9/97 (Sveinbjörnsdottir)	Rådgivende uttalelse til Héraðsdómur Reykjavíkur i saken Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland, [1998] EFTA Ct. Rep. 95
E-6/00 (Dr Jürgen Tschannett)	Rådgivende uttalelse til Verwaltungsbeschwerdeinstanz des Fürstentums Liechtenstein i saken om Dr Jürgen Tschannett, [2000-2001] EFTA Ct. Rep. 203
E-4/01 (Karlsson)	Rådgivende uttalelse til Héraðsdómur Reykjavíkur i saken Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State, [2002] EFTA Ct. Rep. 240
E-02/12 (HOB-vín)	Rådgivende uttalelse til Héraðsdómur Reykjavíkur i saken HOB-vín ehf. v Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins, [2012] EFTA Ct. Rep. 1092
E-8/07 (Nguyen)	Rådgivende uttalelse til Oslo tingrett i saken Celina Nguyen v Staten v/Justis- og politidepartementet [2008] EFTA Ct. Rep. 224
E-16/16 (Fosen-linjen)	Rådgivende uttalelse til Frostating Lagmannsrett i saken Fosen-Linjen AS v AtB AS, (ikke publisert i EFTA Ct. per. 12.05.18)

Avgjørelser fra andre lands domstoler

Högsta domstolen i Sverige	NJA 2016 s. 358
The Supreme Court of the United Kingdom	[2017] UKSC 34

Litteratur

- Arnulf 2006** Arnulf, Anthony, *The European Court of Justice*, 2. Utgave, Oxford European Union Law Library, 2006
- Arrowsmith 2005** Arrowsmith, Sue, *The law of public procurement and utilities procurement*, 2. Utgave, London, Sweet & Maxwell 2005
- Bakken og Nordby 2013** Bakken, Espen og Nordby, Thomas, *Offentlige Anskaffelser*, Fagbokforlaget 2013
- Dragsten 2013** Dragsten, Marianne H. *Offentlige Anskaffelser: Regelverk, Praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013.
- Eckhoff 2001** Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E. *Rettskildelære*, 5. Utgave, Universitetsforlaget 2001
- Fairgrieve og Lichère 2011** Fairgrieve, Duncan og Lichère, Francois, *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Bloomsbury Publishing 2011
- Fredriksen og Mathisen 2018** Fredriksen, Halvard og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. Utgave, Fagboksforlaget, 2018
- Giertsen 2014** Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. Utgave, Universitetsforlaget 2014
- Goller 2017** Goller, Morten, *Anskaffelsesrett: i et nøtteskall*, 2. Utgave, Gyldendal juridisk 2013
- Hagstrøm 2011** Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2011
- Monsen 2012** Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm AS, 2012
- Nygaard 2004** Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2004
- Nygaard 2007** Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. Utgave, Universitetsforlaget 2007
- Schebesta 2016** Schebesta, Hanna, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer 2016
- Sejersted 2011** Kolstad, Olav – Rognstad, Ole-Andreas – Foyen, Sten – Arnesen, Finn – Sejersted, Fredrik, *EØS-rett*, 3. Utgave, Universitetsforlaget 2011
- Simonsen 1997** Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar*,

Universitetsforlaget 1997

Treumer og Lichère 2011

Treumer, Steen & Lichère, François, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules European Procurement Law Series* vol. 3 First Edition, DJØF Publishing Copenhagen 2011

Artikler

Bernt og Krüger 2002

Bernt, Jan Fridthjof og Krüger, Kai, *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*», Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødstrup, Oslo 2002, s. 121-156 (bl.a. på s. 151 og s. 155).

Fredriksen 2010

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

Fredriksen 2008

Fredriksen, Halvard Haukeland, *Twisteloven og EØS-avtalen*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2008 s 289-357

Fredriksen og Arnesen 2017

Fredriksen, Halvard Haukeland, og Arnesen, Finn, *EFTA-domstolens uttalelse om erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene – hvor står vi nå?* Anbud365.no 2017
<https://www.anbud365.no/efta-domstolens-uttalelse-erstatningsansvar-brudd-pa-anskaffelsesreglene-star-na/> [sitert 15.01.2018]

Fredriksen og Arnesen 2018

Fredriksen, Halvard Haukeland, og Arnesen, Finn, *Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen*, Tidsskrift for forretningsjus 03-04/2017, 2018

Krüger 1997

Krüger, Kai, *Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse - fra «Fire-safe» 1997 til «Nucleus» 2001*, Jussens Venner, 2001 s. 261-302 (på s. 295).

Myhre 2005

Robert Myhre, *Offentlige anskaffelser og erstatning for den positive kontraktsinteresse*, Lov og Rett 2005 s. 550-561

Simonsen 2011

Simonsen, Lasse, *Sak C-568/08 Combinatie Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*, Rettsdata Offentlige

anskaffelser 2011 [sitert 02.03.2018]

Statistikk

SSBs statistikk ”Offentlige innkjøp” per 21. desember 2017 <https://www.ssb.no/offinnkj> [sitert 02.05.2018]