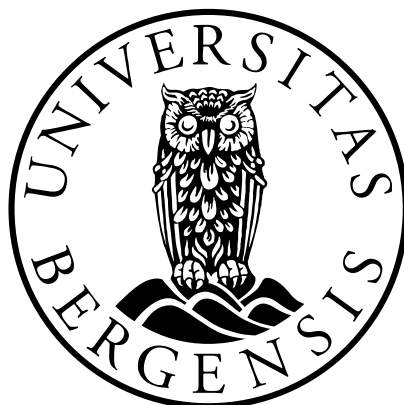


Ansvarsnormen ved oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket

– *Kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd»*

Kandidatnummer: 92

Antall ord: 14 422



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet etter «Fosen-Linjen».....	4
1.2.1 Aktualitet.....	4
1.2.2 <i>Fosen-Linjen</i>	5
1.3 Avgrensninger, presiseringer og rettskildebilde.....	6
1.3.1 Avgrensninger og presiseringer	6
1.3.2 Rettskilder	8
1.4 Kort om begreper.....	10
1.4.1 «Terskel».....	10
1.4.2 «Anskaffelsesansvaret»	11
1.5 Videre fremstilling.....	11
2 Hensyn og prinsipper	13
2.1 Innledende betraktninger	13
2.2 Erstatningsrett.....	13
2.3 EU/EØS-rett.....	14
2.4 Anskaffelsesrett	15
2.4.1 Formål	15
2.4.2 Prinsipper	16
3 Ansvarsnormens nærmere innhold.....	18
3.1 Kort om kapittelets struktur.....	18
3.2 Utgangspunktet – Fosen-Linjen og statsansvaret	18
3.2.1 Karakteristikk.....	19
3.2.2 «Åpenbart og grovt».....	20
3.2.3 Statsansvaret gjelder et annet livsområde	22
3.3 Hvordan bør normen utformes?.....	23
3.3.1 Ansvarsnormen tilpasses vanligvis det aktuelle livsområdet.....	23
3.3.2 Hvorfor ikke skyldkrav?.....	25
3.4 De enkelte momentene i Fosen-Linjen.....	27
3.4.1 Innledende betraktninger.....	27

3.4.2	«Klar og presis»	27
3.4.3	Tilgjengelighet	29
3.4.4	Rettsvillfarelse og subjektive unnskyldningsgrunner	29
3.4.5	De avgjørende momentene som kan påvise skyld	31
3.4.6	Særlige bemerkninger om «feilens konsekvens for konkurransen».....	33
3.5	Hva med det som ikke adresseres i Fosen-Linjen?.....	34
3.5.1	Kort om kapittelets formål	34
3.5.2	Konkurranses grunnlaget	35
3.5.3	Tvunget til å ta et valg.....	39
3.5.4	Benyttet avklaringsadgang?	43
4	Rekkevidde utover ansvarsnormen	45
4.1	Kapittelets formål	45
4.2	Midlertidige forføyningers relevans for erstatningsspørsmålet.....	45
4.2.1	En kjennelses betydning for ansvarsvurderingen.....	45
4.2.2	Feil som er synlige for leverandørene	47
5	Avslutning	50
	Kildeliste	51

1 Innledning

1.1 Presentasjon av avhandlingens tema og problemstilling

Temaet for denne masteravhandlingen er ansvarsgrunnlaget ved erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Problemstillingen er «ansvarsnormen ved oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket – kravet om ‘tilstrekkelig kvalifisert brudd’».

Problemstillingen befinner seg i krysningsfeltet mellom anskaffelsesrett og erstatningsrett, og berører i stor grad også EU/EØS-rett. Dette som følge av at nasjonale anskaffelsesregler implementerer EU/EØS-regler, og skal sørge for etterlevelse i tråd med disse.

Spørsmålet om erstatning aktualiseres typisk der saksøkende tilbyder mener seg forbigått i konkurransen, for eksempel ved at vinnende tilbyder skulle ha vært avvist, eller at saksøker selv er avvist på uriktig grunnlag. Gitt at erstatningsvilkårene er oppfylt, kan saksøkere enten kreve erstatning for sine kostnader ved å delta i konkurransen, eller for den fortjeneste de har tapt ved at feil tilbyder vant konkurransen.

Slike forbigåelser kan eksempelvis bero på feil knyttet til oppdragsgivers vurdering av tilbudet, brudd på forhandlingsforbud eller uklare formuleringer i konkurransegrunnlaget.

1.2 Aktualitet etter «Fosen-Linjen»

1.2.1 Aktualitet

Temaet og problemstillingen for avhandlingen er aktuelle og prinsipielt viktige.

For det første er saker om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket hyppig oppe til rettslig behandling, og erstatningskravene i slike saker kan bli svært store.¹ Det er derfor både høyst aktuelt, og ikke minst viktig for alle involverte i konkurransen, å få avklart hva som skal

¹ Se for eksempel LB-2017-94201, hvor saksøker ble tilkjent 272 800 000 kroner i erstatning for positiv kontraktsinteresse.

til for at oppdragsgiver har handlet erstatningsbetingende ved gjennomføringen av konkurransen.

For det andre har ansvarsnormens innhold betydning utover resultatet i den konkrete sak, siden det offentlige betaler erstatningssummen. I et samfunnsøkonomisk perspektiv vil det, spesielt ved erstatning for tapt fortjeneste, være uheldig om terskelen for erstatning settes for lavt. Det følger av LOA § 1 at formålet med anskaffelsesregelverket er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser». Dette vil forklares nærmere i kapittel 2.4.1. Det er neppe særlig kostnadseffektivt at det offentlige betaler dobbelt opp – både for varen eller tjenesten, og for erstatning til den forbigåtte tilbyder. Temaet berører altså også spørsmålet om fornuftig og effektiv utnyttelse av skattepenger og samfunnets ressurser.

1.2.2 Fosen-Linjen

Bakgrunnen for problemstillingens fornyede aktualitet ligger videre i at denne formuleringen av ansvarsnormens vurderingstema er resultat av en relativt ny endring.

Tidligere opererte man med to forskjellige ansvarsnormer for positiv og negativ kontraktsinteresse, nemlig et krav om «vesentlig feil» for fortjenestetap² og et tilnærmet culpaansvar for tilbudskostnader.³ I dommen *Fosen-Linjen*, avsagt i 2019, gikk Høyesterett bort fra dette, og anla en felles ansvarsnorm for begge typer kontraktsinteresse. Denne ble formulert som et krav om «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

Saken *Fosen-Linjen* handler i korte trekk om at oppdragsgiver, AtB AS, utlyste en konkurranse for anskaffelse av fergetjenester på en strekning i Trøndelag. Her var «miljø» angitt som et tildelingskriterium, sammen med pris og kvalitet. For tildelingskriteriet «miljø» skulle drivstofforbruket vurderes. Til dette var det ikke stilt noen dokumentasjonskrav. Underveis i konkurransen ble det stilt spørsmål ved om ikke tildelingskriteriet av hensyn til etterprøvbareheten burde vært ledsaget av et dokumentasjonskrav.

Dette løste AtB ved å ta inn i konkurransegrunnlaget at overskridelse av estimert forbruk ville medføre et sanksjonsgebyr på én krone per liter. Kontrakten ble tildelt Norled AS, noe som førte til at Fosen-Linjen AS begjærte midlertidig forføyning. Da tingretten tok begjæringen til

² Jf. *Nucleus*, på s. 1079.

³ Jf. *Firesafe*, på s. 577.

følge, valgte oppdragsgiver å avlyse konkurransen. Dette medførte erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse fra Fosen-Linjen, som mente at AtB skulle ha avvist Nordleds tilbud i stedet for å avlyse konkurransen. Fosen-Linjen krevde ca. 83 millioner kroner for fortjenestetapet og subsidiært 2 millioner kroner for tilbudskostnadene.

I tingretten ble AtB frifunnet for begge kravene.⁴ Fosen-Linjen anket derfor saken til lagmannsretten,⁵ som ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.⁶ Denne uttalelsen gikk helt på tvers av det Høyesterett tidligere har lagt til grunn som ansvarsnorm, ref. kapittel 1.2.1, og la til grunn at et hvert brudd på anskaffelsesregelverket etablerer ansvarsgrunnlag.⁷ Til tross for denne uttalelsen, la lagmannsretten til grunn at det fortsatt var et krav om «vesentlig feil» som måtte være gjeldende.⁸ Lagmannsretten frifant AtB for kravet om positiv kontraktsinteresse, men fant at AtB måtte dekke Fosen-Linjens tilbudskostnader.

Begge parter anket til Høyesterett, som igjen ba EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. I uttalelsen ble det lagt til grunn at et krav om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» var forenlig med de krav som følger av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.⁹ Det var også dette Høyesterett la til grunn som ansvarsnormen for både positiv og negativ kontraktsinteresse.¹⁰

Bakgrunnen for å redegjøre for denne dommen her innledningsvis, ligger ikke bare i at denne endringen medfører at problemstillingens aktualitet fornøytes. Det er også nyttig å innledningsvis ha med en gjennomgang av prosesshistorikken, da det er denne dommen jeg vil ta utgangspunkt for den videre drøftelsen av ansvarsnormens innhold. Mer om dommens relevans for drøftelsen i kapittel 3.1.

1.3 Avgrensninger, presiseringer og rettskildebilde

1.3.1 Avgrensninger og presiseringer

⁴ TSTRO-2014-38423.

⁵ LF-2015-187242.

⁶ Som det fremgår av kildelisten vil jeg i teksten referere til de rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen som «*Fosen I*» og «*Fosen II*». Der dommen fra Høyesterett omtales, vil jeg bruke «*Fosen-Linjen*».

⁷ *Fosen I*, avsnitt 82.

⁸ LF-2015-187242 siste avsnitt under overskriften «EU-domstolens dom i Combinatie-saken».

⁹ *Fosen II*, avsnitt 120.

¹⁰ *Fosen-Linjen*, avsnittene 109 til 114.

Problemstillingen knytter seg til flere rettsområder. Ettersom den gjelder erstatningskrav ved brudd på anskaffelsesreglene, er det naturlig i den videre diskusjonen å forutsette at spørsmålet om erstatning har oppstått i forbindelse med en anskaffelsesprosess, slik at anskaffelsesreglene aktualiseres. Et relevant brudd kan eksempelvis være at oppdragsgiver ikke har avvist et tilbud som inneholder vesentlig avvik.¹¹ Eventuelt kan bruddet bestå i at oppdragsgiver på ett eller annet vis har handlet på en måte som bryter med de grunnleggende prinsippene som gjelder for anskaffelser, eller med en av de mange reglene som regulerer konkurransegjennomføringen.

Dette leder oss over i en annen forutsetning for den videre fremstillingen. En forutsetning for å kunne vurdere om bruddet er tilstrekkelige kvalifisert, er at det kan konstateres at det faktisk foreligger et brudd.

Det vanlige i saker der spørsmålet om erstatning reises, er at bruddet har medført at vinnende tilbyder skulle ha vært avvist eller rangert annerledes, eller at saksøkende tilbyder har blitt avvist på sviktende grunnlag. I den videre fremstillingen legges det til grunn at et brudd kan konstateres, og avgrenses samtidig mot vurderinger av om regelverket er brutt.

For å tilkjennes erstatning, må tre grunnvilkår være oppfylt. Det må foreligge et økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handling og tapet som har oppstått.¹² Avhandlingens tema omhandler imidlertid bare vilkåret *ansvarsgrunnlag*, og den ansvarsnormen som gjelder på anskaffelsesrettens område. Ansvarsnormen det her er snakk om, er den som gjelder i forholdet mellom oppdragsgiver og leverandør. Avhandlingen tar altså ikke for seg den ansvarsnormen som eventuelt måtte gjelde der oppdragsgiver holder noen personlig ansvarlig for feilen innad i oppdragsgivers virksomhet, og heller ikke profesjonsansvaret i tilfellene der oppdragsgiver har leid inn en konsulent til å skrive konkurransegrunnlaget.

Det er i utgangspunktet noe kunstig å bare trekke ut og gå i dybden på ett erstatningsvilkår, da også den indre sammenhengen mellom vilkårene har betydning for forståelsen av dem. Som følge av at EFTA-domstolen har kommet med to motstridende uttalelser om ansvarsnormen,

¹¹ Jf. FOA § 24-8 første ledd, som sier at et tilbud som «inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene» skal avvises.

¹² Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 52.

og det bare var spørsmålet om ansvarsgrunnlag som slapp inn til behandling i Høyesterett i Fosen-Linjen-saken, velger jeg likevel å avgrense mot de øvrige erstatningsvilkårene.

Jeg kommer heller ikke til å ta for meg andre sider av erstatningsspørsmålet, som medvirkning, tapsbegrensning eller utmåling. Der det er naturlig vil jeg likevel behandle forholdet mellom de øvrige deler av erstatningsspørsmålet og ansvarsnormen.

Den ansvarsnormen som er tema for avhandlingen, gjelder ved krav om både negativ og positiv kontraktsinteresse. De funn som presenteres vil derfor gjelde begge tapstyper, men hovedfokuset i avhandlingen vil likevel være den positive kontraktsinteresse. Dette er fordi erstatning for positiv kontraktsinteresse er spesielt interessant i et samfunnsøkonomisk perspektiv, jf. kapittel 1.2.1, og fordi det krever mer å forsvare at man erstatter denne interessen enn den negative kontraktsinteresse.

1.3.2 Rettskilder

Den sentrale loven på området er Lov om offentlige anskaffelser («LOA»). I medhold av LOA § 16, er en utfyllende forskrift gitt («FOA»).¹³ Det norske regelverket gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og det er EU-direktivet 2014/24/EF (anskaffelsesdirektivet) som er grunnlaget for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.¹⁴ Som følge av dette er den EØS-rettslige forståelsen av bestemmelsene styrende for tolkningen av det norske anskaffelsesregelverket.

EØS-avtalens materielle innhold er hovedsakelig EU-rett.¹⁵ Av EØS-avtalen følger det nemlig en homogenitetsmålsetting som medfører at «argumenter forankret i EU-domstolens praksis uttrykkelig [er] gjort til relevante og tungtveiende argumenter også ved løsningen av de tolkningsspørsmål EØS-avtalen gir grunnlag for.»¹⁶ Som følge av homogenitetsmålsettingen er også praksis fra EU-domstolen i stor grad relevant for forståelsen av anskaffelsesregelverket.¹⁷

¹³ Anskaffelsesforskriften.

¹⁴ Dragsten (2013) s. 54.

¹⁵ Høgberg og Sunde (2019) s. 387.

¹⁶ Sejersted mfl. (2011) s. 237.

¹⁷ Arbeidsspråket i EU-domstolen er fransk. I den grad praksis derfra siteres, vil det av hensyn til praktisk tilgjengelighet bli sitert på dansk. Dommene er også tilgjengelig på engelsk, men ettersom EU-dommer blir sitert på dansk i *Fosen-Linjen*, som er en sentral rettskilde gjennom avhandlingen, vil det av konsekvenshensyn også ellers siteres på dansk.

Ettersom EØS-retten står sentralt i rettskildebildet på området, er praksis fra EFTA-domstolen en relevant rettskilde.¹⁸ EFTA-domstolen behandler påstander om medlemsstatenes overtredelser av EØS-avtalen og gir rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-rettslige spørsmål.¹⁹ Når man har felles regler på tvers av landene, er det nødvendig med et organ som kan løse tvister og tvil om hvordan reglene skal forstås. Opprinnelig var planen å opprette en felles EØS-domstol, men EU-domstolen fastslo at dette ikke var forenlig med EF-traktaten.²⁰ Behovet for et felles tvisteløsningsorgan måtte dermed møtes ved å opprette en egen domstol for EFTA-pilaren. Domstolens kompetanse og dommenes rettskraftsvirkninger er derfor begrenset til EFTA-pilaren. EU og dens medlemsstater er følgelig ikke forpliktet til å følge dommene fra EFTA-domstolen.²¹ Som følge av homogenitetsprinsippet følger imidlertid EFTA-domstolen EU-domstolens praksis, ref. ovenfor.

Når det gjelder vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i norsk rett, uttalte Høyesterett i *STX-dommen*, med videre henvisning til *Finanger I*, at rådgivende uttalelser må tillegges vesentlig vekt, men at Høyesterett plikter selvstendig å ta stilling til hvorvidt uttalelsene skal legges til grunn.²²

Et særpreg for rettskildebildet i anskaffelsesretten, er at det er opprettet en klagenemnd for offentlige anskaffelser; «KOFA». Nemnden er opprettet i medhold av LOA § 11, og dens virksomhet reguleres av en egen forskrift.²³ KOFA gir i hovedsak rådgivende uttalelser om hvorvidt brudd på anskaffelsesreglene foreligger i sakene som bringes inn, men har også myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser.²⁴ I praksis blir uttalelser fra KOFA hovedsakelig brukt som kilde til argumentasjon.²⁵ Praksis fra KOFA er av nemnden selv omtalt som en «ikke tungtveiende rettskilde», og de har vist både til sprikende nemndspraksis og mer autoritative kilder som begrunnelse for å ikke følge tidligere avgjørelser.²⁶

¹⁸ EFTA-domstolens offisielle arbeidsspråk er engelsk. Det naturlige derfor å sitere domstolen på engelsk, men av samme grunn som at jeg vil sitere EU-domstolen på dansk, ref. note 15, vil EFTA-domstolen siteres på norsk. I den grad det brukes uttalelser som ikke er tilgjengelig på norsk, vil det likevel siteres på engelsk.

¹⁹ Sejersted mfl. (2011) s. 155 og 164.

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170 og 253.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 170.

²² I dommens avsnitt 17.

²³ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

²⁴ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1 og § 12 annet ledd.

²⁵ Goller mfl. (2017). s. 18 og 19.

²⁶ KOFA-2021-1000 avsnitt 33.

Ettersom KOFAs oppgave er å konstatere brudd på regelverket, og avhandlingen her forutsetter at brudd er konstatert, jf. kapittel 1.3.2, vil ikke praksis fra KOFA være en sentral rettskilde i relasjon til denne konkrete problemstillingen. I den grad det vises til praksis fra KOFA i den videre fremstillingen, vil det være som eksempler på sakstifeller.

1.4 Kort om begreper

1.4.1 «Terskel»

Når det snakkes om grunnvilkåret «ansvarsgrunnlag» i erstatningsretten, brukes ofte begrepet «terskel» som anvisning på hvor mye som skal til for å ha handlet erstatningsbetingende. Til illustrasjon kan det nevnes at det, i juridisk litteratur i ettertid av *Fosen-linjen*, har blitt stilt spørsmål om samlingen av ansvarsnormen medfører en heving av terskelen for negativ kontraktsinteresse og kanskje også en senkning av terskelen for positiv kontraktsinteresse.²⁷ Begrepet kan imidlertid oppfattes å ha et meningsinnhold, som i foreliggende tilfelle er noe misvisende. Jeg vil derfor knytte noen bemerkninger til bruken av begrepet «terskel» i den videre fremstillingen.

Det kan nemlig fremstå noe upresist å referere til innholdet i ansvarsnormen som en «terskel», da dette gir inntrykk av at det er en fastsatt grense som må krysses, og at denne grensen er den samme i alle tilfeller. Man betegner gjerne en terskel som «høy» eller «lav» for å si noe om det skal mye eller lite til for å komme over den.²⁸ Som jeg kommer tilbake til i kapittel 3.4, vil vurderingen av hva som utgjør en «tilstrekkelig kvalifisert feil», bero på flere forskjellige momenter, som vil gjøre seg gjeldende med ulik vekt i ulike tilfeller. Ikke minst vil dette være påvirket av omstendighetene i den konkrete sak. Det blir derfor noe misvisende å omtale problemstillingen i denne avhandlingen som et spørsmål om «hvor terskelen ligger» for «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

Begrepet «terskel» kan likevel være en nyttig metafor, samt være en kortfattet måte å referere til om ansvaret er strengt eller ikke på. Med dette forbeholdet i bakhodet, vil det være denne

²⁷ Se eksempelvis Fredriksen (2020) s. 325 og Lund (2019) s. 233.

²⁸ Se eksempelvis Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 78, note 128, hvor det vises til at terskelen for uaktsomhet er høyere i strafferetten enn i erstatningsretten.

sistnevnte betydningen av begrepet jeg til grunn dersom «terskel» blir brukt gjennom avhandlingen.

1.4.2 «Anskaffelsesansvaret»

I erstatningsretten har de ulike typene ansvar fått kortnavn som er basert på hovedtrekket ved ansvaret. Eksempler er «culpaansvaret», «bilansvaret», «statsansvaret» eller «arbeidsgiveransvaret». For enkelhets skyld vil jeg adressere ansvarsnormen som er tema for denne avhandlingen som «anskaffelsesansvaret». Dette er ikke et etablert uttrykk, og det er heller ikke ment som et forsøk på å anlegge en ny betegnelse på denne ansvarsnormen. Hensikten er simpelthen å vise til «ansvarsnormen som gjelder ved krav om erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse som følge av brudd på anskaffelsesregelverket» i en mer kortfattet form. Uttrykket vil derfor bli brukt gjennom avhandlingen som en referanse til nettopp dette, uten noe videre meningsinnhold.

1.5 Videre fremstilling

I det videre vil kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» behandles med ulike innfallsvinkler. I kapittel 2 vil de grunnleggende hensyn og prinsipper, som er relevante for den videre fremstillingen presenteres, slik at grunnlaget for en hensynsbasert drøftelse er lagt.

Videre er kapittel 3, avhandlingens hoveddel, delt etter to innfallsvinkler. I den første, kapittel 3.1 til og med 3.4, tar jeg sikte på å vurdere det nærmere innholdet i «tilstrekkelig kvalifisert brudd» basert på de rettskilder ansvarsnormen med denne formuleringen springer ut av. I denne delen vurderes altså normen de lege lata. Den andre delen, kapittel 3.5, er en drøftelse av hvordan normens innhold bør styres av de behov og hensyn som gjør seg gjeldende når erstatning anvendes som en anskaffelsesrettslig håndhevelsesmekanisme. Den andre innfallsvinkelen vil derfor inneholde noen betraktninger de lege ferenda. Selv om ansvarsnormens nærmere innhold drøftes gjennom ulike innfallsvinkler, vil betraktninger fra den første delen av kapittelet også ha betydning for og trekkes inn i drøftelsen i den andre delen.

I kapittel 4 vil jeg rette blikket utover, og løfte frem normens betydning i en større sammenheng. I dette kapittelet vil jeg derfor bruke et annet håndhevelsesvirkemiddel – midlertidig forføyning – til å illustrere hvordan ansvarsnormen inngår i et større bilde, hvor

erstatning ikke er det eneste virkemiddelet som anvendes for å ivareta konkurransesituasjonen. Til slutt vil trådene samles i et kort, avsluttende kapittel.

Fremstillingen baserer seg altså på rettsdogmatisk metode, da den hovedsakelig dreier seg om å fastlegge innholdet av gjeldende rettsregler.²⁹

²⁹ Skoghøy (2018) s. 26.

2 Hensyn og prinsipper

2.1 Innledende betraktninger

Før man går inn i spørsmålet om hva som ligger i kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd», kan det være nyttig å ha klart for seg hvilke hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende på de rettsområdene problemstillingen berører. Formålet i dette kapitlet er derfor å redegjøre kort for de grunnleggende hensyn og prinsipper på erstatning-, anskaffelses- og EU/EØS-rettens område som spiller inn i vurderingen av om bruddet er «tilstrekkelig kvalifisert».

2.2 Erstatningsrett

De to hovedhensynene som ligger bak erstatningsinstituttet generelt, er reparasjon og prevensjon.³⁰ Når det gjelder reparasjonshensynet er tanken at tilbyders tap skal «repareres» slik at den stilles som om skaden ikke hadde skjedd. Ved negativ kontraktsinteresse krever altså tilbyder å stilles som om den ikke hadde deltatt i konkurransen, mens ved positiv kontraktsinteresse krever tilbyder å stilles som om vedkommende hadde vunnet konkurransen, og fått den fortjeneste kontraktens oppdrag innebar.

Videre virker erstatningsreglene preventivt, både på individuelt og allment nivå. Risikoen for å måtte betale erstatning skal virke avskrekkende, og gi insentiver til å opptre mer forsiktig. Det er imidlertid vanskelig å måle erstatningens preventive effekt, da også andre forhold, som for eksempel forsikringsordninger og sosiale reaksjoner, kan spille inn på folks motivasjon for å unngå å forårsake skade.

Når en skal behandle erstatning i anskaffelsesrettslig sammenheng, er det viktig å huske på at erstatningen først og fremst er en måte å håndheve anskaffelsesregelverket på. Erstatningen skal altså primært beskytte konkurransen og konkurransesituasjonen, ikke leverandørene,³¹ jf. kapittel 2.4.1 om det anskaffelsesrettslige formålet. Som jeg vil argumentere for i den videre drøftingen, er det derfor ikke reparasjon og prevensjon i tradisjonell forstand som hovedsakelig blir styrende for ansvarsnormens utforming. Likevel må det her presiseres at i

³⁰ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 21.

³¹ *Fosen I* (2017), avsnitt 76.

den grad erstatningen får en preventiv virkning som bidrar til overholdelse av anskaffelsesreglene, blir dette likevel et sentralt hensyn.

2.3 EU/EØS-rett

I EU/EØS-retten generelt, er det mange hensyn og prinsipper som gjør seg gjeldende.

Ettersom formålene med EU-samarbeidet og EØS-avtalen er noe forskjellige, vil det også til en viss grad være forskjeller i hvilke hensyn som er sentrale. På anskaffelsesrettens område er imidlertid de sentrale hensyn og prinsipper i EU-retten og EØS-retten sammenfallende. I det videre vil jeg bare behandle de hensyn og prinsipper som er mest relevante i vurderingen av hva som utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd.

I både *Fosen-Linjen*,³² *Fosen I*³³ og *Fosen II*,³⁴ fremholdes det at det etter EØS-retten gjelder prinsipper om ekvivalens og effektivitet, og at disse medfører at det oppstilles visse minstekrav til den nasjonale retten.

Ekvivalensprinsippet stiller krav til anvendelsen av nasjonal rett, og innebærer at ved søksmål for nasjonale domstoler skal bestemmelsene som kommer til anvendelse, anvendes likt uavhengig av om søksmålet gjelder tilsidesettelse av EU-retten eller nasjonal rett.³⁵ Prinsippet gjelder også for EØS-retten,³⁶ og formuleres i *Fosen-Linjen* avsnitt 75 som at «reglene om erstatning for brudd på EØS-retten ikke må være mindre gunstige enn det som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett». Høyesterett har også lagt prinsippet til grunn, jf. *Allseas*³⁷.

Effektivitetsprinsippet innebærer et krav om at nasjonale regler effektivt skal beskytte de rettigheter som følger av EU/EØS-retten. Nasjonale regler må verken hindre eller gjøre det uforholdsmessig vanskelig for individer og foretak å utøve sine rettigheter etter EU/EØS-retten.³⁸ Når det gjelder effektivitetsprinsippets krav til erstatningen på anskaffelsesområdet, uttalte Høyesterett i *Fosen-Linjen* at

³² *Fosen-Linjen*, avsnitt 75.

³³ *Fosen I* (2017), avsnitt 70.

³⁴ *Fosen II* (2019), avsnitt 114.

³⁵ Sejersted mfl. (2011) s. 80.

³⁶ *Karlsson* (2002), avsnitt 33.

³⁷ Rt. 2005 s. 597 A, avsnitt 38.

³⁸ *Dragsten* (2013) s. 188.

«[k]ravet til effektivitet går ut på at det ikke må være praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å fremme kravet.»³⁹

Utover dette er det vanskelig å si noe generelt om hva som skal til for at kravet om effektiv beskyttelse skal være oppfylt, men som det fastslås i *Fosen II*, når et krav om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» opp til effektivitetsprinsippets terskel for beskyttelse av rettighetene.

2.4 Anskaffelsesrett

2.4.1 Formål

I LOA § 1 presenteres lovens formål. Av denne fremgår at

«[L]oven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

I forretningslivet drives aktørene av målet om å få mest mulig igjen for de pengene og ressursene som investeres. Dette medfører at valg av avtalepart ofte styres av hvem som kan tilby det beste produktet eller den beste tjenesten, for lavest mulig kostnad. Det kan også tenkes at effektiv ressursutnyttelse i aller størst grad er motiverende for dem som har knappst med ressurser.

I anskaffelser er oppdragsgiver et statlig, kommunalt eller fylkeskommunalt organ, eller et annet «offentligrettslig organ».⁴⁰ Dermed er ofte ikke økonomisk fortjeneste eller tap et tema i samme grad som når private aktører handler. Det kan derfor tenkes at det offentlige ikke nødvendigvis har de samme, eller i alle fall like sterke, insentiver til å «handle forretningsmessig».⁴¹ Når det offentlige kjøper varer og tjenester er det imidlertid fellesskapets midler som benyttes, og det har derfor stor samfunnsøkonomisk betydning at disse midlene utnyttes effektivt.

³⁹ *Fosen-Linjen*, avsnitt 75.

⁴⁰ FOA § 1-2.

⁴¹ NOU 2014: 4 s. 65.

Det er disse omstendighetene som begrunner behovet for et regelverk som sikrer at det offentlige har formålet «ressursutnyttelse» for øyet, slik at ikke eksempelvis politiske hensyn, vektlegges i valget av leverandør.⁴²

Tanken bak å gi oppdragsgiver et forretningsmessig mål, er at dette fremmer konkurranse, og at det er gjennom konkurranse man oppnår mest effektiv bruk av samfunnets midler. Det er følgelig også dette som bør være styrende ved utpenslingen av ansvarsnormens nærmere innhold, se kapittel 3.5.2 og 3.5.3.

Sikring av det offentliges integritet er også nevnt formålsbestemmelsen. Dette innebærer blant annet «å sikre det offentliges tillit utad og forhindre korrupsjon og kameraderi».⁴³ Dette er fordi korrupsjon i anskaffelsesprosessen kan føre til at man kjøper dårligere og/eller dyrere produkter.⁴⁴ Det er egentlig overflødig å ta dette med i formålsbestemmelsen, da kravet om at det offentlige opptrer med integritet, allerede konsumeres av hensynet til effektiv ressursbruk.⁴⁵ Det ble likevel tatt med «for å fremheve at anskaffelsesregelverket er et verktøy for å forhindre korrupsjon og kameraderi i offentlig sektor».⁴⁶

2.4.2 Prinsipper

I LOA § 4 finner vi grunnleggende prinsipper for anskaffelsesretten.

«Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.»

I loven er det bevisst gjort et valg om å skille formål og virkemidler fra hverandre, og på denne måten «rendyrke det egentlige formålet».⁴⁷ Virkemidlene ble derfor flyttet til en egen bestemmelse.

Disse prinsippene bidrar på hver sin måte til å ivareta konkurransesituasjonen, og sørge for at konkurransen gjennomføres på den måten som gir best mulig ressursutnyttelse. De er også

⁴² Prop. 51 L s. 35.

⁴³ Prop 51 L s. 35.

⁴⁴ Dragsten (2013) s. 52.

⁴⁵ Prop. 51 L s. 38.

⁴⁶ Prop. 51 L s. 38

⁴⁷ Prop. 51 L s. 38.

virkemidler for å sikre at den enkelte anskaffelse skjer med integritet. Særlig prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet er egnet for å sikre denne delen av formålet.

Selv om dette er sentrale prinsipper, vil jeg ikke gå nærmere inn på hva det enkelte prinsipp innebærer. Dette er fordi avhandlingens problemstilling ikke aktualiserer bruk av dem i de videre drøftelser.

Det er imidlertid ett av dem som må nevnes. Konkurransen regnes for å være et avgjørende virkemiddel for effektiv ressursutnyttelse. De øvrige prinsippene som er opplistet i § 4, bidrar til å fremme konkurranse, og sikre «konkurransesituasjonen». Prinsippet i seg selv får først selvstendig betydning for anskaffelser under nasjonal terskelverdi, og anskaffelser som er fritatt fra å kunngjøre konkurransen i kunngjøringsdatabasene.⁴⁸ Prinsippet innebærer både et krav om at konkurranse skal gjennomføres, og om at denne skal være reell.⁴⁹

⁴⁸ Prop. 51 L s. 42.

⁴⁹ Dragsten, *Lovkommentar: Anskaffelsesloven*, kommentar til § 4, punkt 3.1.

3 Ansvarsnormens nærmere innhold

3.1 Kort om kapittelets struktur

Det er i teorien diskutert om ansvarsnormens innhold egentlig fortsatt er det samme som før *Fosen-Linjen*, altså da kravet om «vesentlig feil» gjaldt.⁵⁰ Dette er en diskusjon for seg selv, som jeg ikke vil ta for meg her. Begrunnelsen for dette er at det etter mitt syn er naturlig å først se på hva som ligger i «tilstrekkelig kvalifisert brudd» og identifisere hva slags norm dette er, før man tar stilling til om normen har det samme innholdet som kravet om «vesentlig feil». Det lar seg vanskelig gjøre å sammenligne to normer, hvis man ikke har klarlagt innholdet i den enkelte av dem først.

Jeg har derfor valgt en annen tilnærming enn enkelte teoretikere, som bruker rettspraksis fra tiden før *Fosen-Linjen* for å si noe om innholdet i «tilstrekkelig kvalifisert brudd».⁵¹ Dommen *Fosen-Linjen* er den siste i rekken av dommer i denne saken, ref. kapittel 1.2.2. Det er også den første, og så langt den eneste, Høyesterettsdommen som anvender ansvarsnormen formulert som «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Den videre drøftelsen av ansvarsnormens innhold vil derfor ta utgangspunkt i denne dommen, og hva som kan utledes av den. Om normens nærmere innhold i praksis er det samme som det var da det var «vesentlig feil» som gjaldt, er altså ikke tema for denne avhandlingen.

En del av drøftelsen vil også dreie seg om hvordan ansvarsnormen på dette området bør utformes, og hva slags mekanismer det i anskaffelsesrettslig sammenheng er behov for i en ansvarsnorm. I den forbindelse kan det drøftes om momentene som fulgte ansvarsnormen «vesentlig feil» var egnet til å møte disse behovene, men en vurdering av det er det heller ikke rom for her.

3.2 Utgangspunktet – Fosen-Linjen og statsansvaret

Hva ligger så i kravet om at bruddet må være «tilstrekkelig kvalifisert»? Et naturlig utgangspunkt for drøftelsen er *Fosen-Linjen*, jf. ovenfor om dommens posisjon som den første

⁵⁰ Gøller og Ekre (2020) s. 84 og 97.

⁵¹ Se eksempelvis Strømsnes (2021) kapittel 7.3.2.4.2 siste avsnitt, hvor han knytter både «vesentlig feil» og «tilstrekkelig kvalifisert brudd» til statsansvarets innhold.

som anvender det «nye» anskaffelsesansvaret. Spørsmålet i det videre blir dermed hva som kan utledes fra *Fosen-Linjen* angående ansvarsnormens innhold.

3.2.1 Karakteristikk

Et karakteriserende trekk for ansvarsnormer, pleier å være om ansvaret er objektivt eller subjektivt. Altså om ansvar beror på objektive og på en eller annen måte kvalifiserende trekk ved bruddet eller feil, eller om det beror på en grad av utvist skyld. Spørsmålet her blir hvilken karakteristikk som er beskrivende for anskaffelsesansvaret.

I *Fosen-Linjen* tar Høyesterett samme standpunkt som EFTA-domstolen i *Fosen I og II* og sier at ansvar ikke kan være betinget av et krav om skyld.⁵² Dette standpunktet bygger på uttalelser fra to tidligere EU-dommer, *Strabag* og *Combinatie*, som omhandlet vilkårene ved erstatning for brudd på anskaffelsesreglene.⁵³ Uttalelsene i disse dommene spriker tilsynelatende i ulike retninger, som også er noe av grunnen til at man søkte avklaring fra EFTA-domstolen. I teorien er det imidlertid tatt til orde for at avgjørelsene kan harmoneres.⁵⁴

Høyesterett presiserer videre at del av momentene fra den nasjonale aktsomhetsvurderingen likevel vil være relevante i vurderingen av «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Dette gjelder både subjektive og objektive momenter.⁵⁵ Selv om både Høyesterett og EFTA-domstolen klart inntar det standpunkt at utvist skyld ikke kan være et krav, er det ikke opplagt hva som er begrunnelsen for dette. I kapittel 3.3.2 drøfter jeg derfor hvorfor det kan tenkes at et skyldkrav er problematisk.

Ettersom utvist skyld ikke er en betingelse for ansvar, kan vi ikke karakterisere anskaffelsesansvaret som subjektivt. Når skyld likevel er et relevant moment, og, som det vil vise seg, også er sentralt i ansvarsvurderingen, blir det misvisende å kalle det for et objektivt ansvar. Dette kan nemlig gi inntrykk av at utvist skyld er helt irrelevant i ansvarsvurderingen.

Ansvarsnormen har i teorien blitt kalt for et «terskelansvar», nettopp fordi det «er en viss terskel for ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse», og fordi spørsmålet om «det

⁵² *Fosen I* (2017) avsnitt 75 og *Fosen II* (2019) avsnitt 188.

⁵³ *Strabag* [C5] C-314/09 og ⁵³ *Combinatie* [C5] C-568/08.

⁵⁴ Goller og Ekre (2020) s. 91.

⁵⁵ *Fosen-Linjen*, avsnitt 115.

foreligger et tilstrekkelig kvalifisert regelbrudd [...] beror på en konkret vurdering» av flere momenter, både objektive og subjektive.⁵⁶

Jeg står fortsatt fast ved det synspunkt på begrepet «terskel» som ble presentert i kapittel 1.4.1, men jeg mener likevel at betegnelsen «terskelansvar» er mer treffende enn både «objektivt» og «subjektivt» ansvar. Min oppfatning er at betegnelsen er egnet fordi en unngår å kategorisere ansvarsnormen som enten objektiv eller subjektiv. Den rommer også en forståelse av at flere omstendigheter kan være relevante i vurderingen av om terskelen er nådd.

3.2.2 «Åpenbart og grovt»

Når kjernen i vurderingen verken er et skyldspørsmål, eller om bruddet er kvalifisert basert på rent objektive kriterier, blir spørsmålet hva som er utgangspunktet for vurderingen av om bruddet er «tilstrekkelig kvalifisert».

Som utgangspunkt for ansvarsvurderingen viser Høyesterett til følgende sitat fra EU-domstolens dom *Brasserie du Pêcheur*:

«[...]det *avgjørende kriterium* for, om en overtrædelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret [...] [er] om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution *åbenbart og groft* har overskredet *grænserne for sine skønsbeføjelser*.» (mine kursiveringer)

Det som må vurderes er altså hvor grensene for oppdragsgiver sitt skjønn går, og om overtredelsen åpenbart og grovt går utenfor disse. Videre uttales det at «[d]er myndighetene har et skjønnssrom, vil en overtredelse altså være tilstrekkelig kvalifisert bare når overtredelsen er åpenbar og grov».⁵⁷ Som Høyesterett selv påpeker i avsnitt 122, er det varierende hvor stort skjønnssrom myndighetene har, og man kan se på dette skjønnssrommet som glidende på en skala fra «vidt til intet skjønn».

Som sitatet fra *Brasserie du Pêcheur* viser, er det grensene for det skjønnssrommet det offentlige har som skal vurderes. Hva som er å «åpenbart og grovt» overskride disse, må naturligvis avstemmes etter hvor stort skjønnssrommet er. Dersom det er lite rom for skjønn,

⁵⁶ Strømsnes (2021), kapittel 7.3.2.4.1.

⁵⁷ *Fosen-Linjen*, avsnitt 120.

skal det ikke særlig mye til før man må sies å ha overskredet grensene åpenbart og grovt. Motsatt må man nok bevege seg lengre utenfor grensene for hva som er tillatt hvis skjønnsrommet er stort, for at bruddet skal være åpenbart og grovt.

Denne tolkningen støttes av at Høyesterett i avsnitt 123 sier at det «ikke [er] noe skarpt skille mellom regler med rom for skjønn og rettsregler med uklare grenser». Dersom det er uklart akkurat hvor grensene for rettsregelen går, må man nødvendigvis kreve mer for å si at man åpenbart og grovt har overtrådt disse grensene. Høyesterett viser også til at dette vurderingstemaet synes å være det konkret utslagsgivende i EU-praksis i tilfeller hvor det er et stort skjønnsrom, særlig hvis det gjelder det politiske handlingsrommet.

Når Høyesterett likevel uttaler at «man bør være varsom med å anvende kriteriet «åpenbart og grovt» som det generelle vurderingstemaet for å fastlegge når et brudd på EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert», kan man spørre seg hva de egentlig mener med dette.

Min oppfatning er at Høyesterett kommer med denne «advarselen» fordi at å bruke «åpenbart og grovt» som vurderingstema ved brudd på klart avgrensede rettsregler eller regler med lite skjønnsrom, kan gi inntrykk av at man krever noe strengere enn «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Formuleringen «grovt» kan dessuten gi assosiasjoner til grov uaktsomhet eller andre kvalifiserte skyldformer.

Utover å påpeke at grad av skjønnsfrihet er et relevant moment i vurderingen, går imidlertid ikke Høyesterett lenger inn på hva slags skjønn det er tale om i *Fosen-Linjen*, eller hvordan man avgjør om oppdragsgiver hadde skjønnsfrihet.⁵⁸ Dette kan være fordi praksis fra EU- og EFTA-domstolen ikke er særlig klar på dette.

I erstatningsretten er det ofte vanlig å bruke mer konkret angitte momenter som hjelp når man skal avgjøre om handlingen det overordnede vurderingstemaet, her; «åpenbart og grovt», er oppfylt.⁵⁹

⁵⁸ Fredriksen (2020) s. 328.

⁵⁹ Se for eksempel hvordan skadeevne, handlingens nytteverdi og handlingsalternativets effektivitet er noen av momentene som brukes til å avgjøre om handlingen faller inn under det overordnede vurderingstemaet «uaktsomhet», jf. Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 77 og 104-119.

I *Fosen-Linjen* viser Høyesterett slike momenter, opplistet i dommen fra EU-domstolen *Brasserie du Pêcheur*,⁶⁰ og uttaler at disse uansett er relevante i en vurdering av hva som utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd.

«Som eksempler på de momenter, den kompetente rettsinstans i den forbindelse kan ta i betraktning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheter eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.»⁶¹

Disse momentene skal jeg behandle grundigere i kapittel 3.4, hvor jeg drøfter hvordan Høyesteretts anvendelse av momentene i den konkrete saken kan brukes til å si noe generelt om ansvarsnormens innhold.

3.2.3 Statsansvaret gjelder et annet livsområde

Brasserie du Pêcheur omhandler ansvarsvurderingen for statsansvaret. Statsansvaret er betegnelsen for ansvarsnormen som gjelder ved et medlemslands brudd på de rettigheter og plikter som følger av EU-retten, i forholdet til individene. Et tilsvarende prinsipp gjelder for EØS-retten, jf. *Sveinbjörnsdóttir*, hvor det uttales at «[...] the EEA Agreement is an international treaty sui generis which contains a distinct legal order of its own.»⁶²

Selv om også anskaffelsesansvaret knytter seg til EU/EØS-retten, er det ikke det samme livsområdet som statsansvaret. Når man anvender en ansvarsnorm fra et annet livsområde, blir spørsmålet om det er noe som skiller de to områdene fra hverandre. Ved anvendelsen av statsansvarets norm på anskaffelsesrettens område, kan det nemlig være nyttig å være klar over eventuelle forskjeller.

For begge ansvarstypene er det offentlige ansvarssubjektet. En viktig forskjell er imidlertid at det offentlige opptrer i ulike roller. I de tilfellene statsansvaret aktualiseres, handler det

⁶⁰ *Brasserie du Pêcheur* [P] C-46/93 og C-48/93, avsnitt 56.

⁶¹ *Fosen-Linjen*, avsnitt 121.

⁶² *Sveinbjörnsdóttir* (1998), avsnitt 59.

offentlige i kraft av å være myndighetsutøver, slik at dets avgjørelser og handlinger får konsekvenser for individenes plikter og rettigheter. I en anskaffelsesprosess derimot, opptrer det offentlige ikke som myndighet som sådan, men inngår avtaler i kraft av privatautonomien, og kan i større grad sammenlignes med en vanlig juridisk person i en privat avtale. Som ved avtaler ellers, blir kontrakten bare bindende for partene.

Selv om offentlige anskaffelser også innehar en dimensjon av fordeling av goder, ved at vinnende leverandør får tildelt en verdifull kontrakt, er det en vesensforskjell i maktbalansen mellom det offentlige og individene ved myndighetsutøvelse, og det offentlige og leverandørene i en anskaffelse. Dessuten er det oppdragsgiver som er det ansvarlige rettssubjekt i en anskaffelse, og ikke nødvendigvis staten som sådan.

Det er altså en vesensforskjell mellom livsområdene, som må antas å ha betydning for hvordan ansvarsnormen benyttes og hvilke momenter som er relevante. Som den videre drøftelsen vil vise, er noen av momentene som er relevante for anskaffelsesansvaret et utslag av det som særpreger dette livsområdet. Dermed er det også nærliggende å anta at utformingen av normen for statsansvaret også til en viss grad er utslag av de behov og særpreg som gjør seg gjeldende der.

Denne vesensforskjellen kunne altså Høyesterett med fordel kunne ha adressert, og gjerne presisert hvordan den får betydning ved anvendelsen av momentene på forhold av mer privatrettslig karakter enn de opprinnelig var ment å ha.

3.3 Hvordan bør normen utformes?

3.3.1 Ansvarsnormen tilpasses vanligvis det aktuelle livsområdet

Spørsmålet i dette kapittelet er om tilnærmingen til ansvarsnormen på andre livsområder kan si noe om hvordan ansvarsnormen for anskaffelsesansvaret bør utformes.

Som vist i kapittel 2.2, gjelder det et reparasjonshensyn på erstatningsrettens område.

Hensynet bygger på en tanke om at tapet skal plasseres der det er mest nærliggende, som i mange tilfeller er hos skadevolder.⁶³

⁶³ Gitt at alle vilkår for erstatning er oppfylt.

Ansvarsnormen er ulikt utformet for de ulike typer ansvar, nettopp basert på en vurdering av hvem det er mest nærliggende at skal bære tapet, gitt særtrekkene ved det aktuelle livsområdet. Dette kan også ses på som et utslag av en tanke om fordelingsrettferdighet – å «plassere ansvar og skade slik at byrdene jevnes ut og fordeles optimalt ut fra de sosiale hensyn som prioriteres.»⁶⁴ Det er dessuten ofte rom for å ta i betraktning hva som i det enkelte tilfellet vil være rimelig.⁶⁵

Til illustrasjon kan man eksempelvis se til det ulovfestede objektive ansvaret, hvor det vanligvis anses som mest nærliggende at den som eier, innehar eller driver en innretning som utgjør en risiko,⁶⁶ bærer tapet når denne risikoen materialiserer seg.⁶⁷ Et annet eksempel er arbeidsgiveransvaret, hvor det er mest nærliggende at arbeidsgiver får ansvaret for skade voldt av arbeidstaker, som har tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet eller arbeidssituasjonen.⁶⁸

På de områdene hvor det ikke er fastlagt et eget «tilpasset» ansvar, gjelder hovedsakelig det alminnelige culpaansvaret. Også denne ansvarsnormen er godt egnet til å fordele ansvaret mellom skadevolder og skadelidte på en rimelig og balansert måte. Kjernen i culpaansvaret går ut på å fastlegge en norm for forsvarlig handlemåte, for så å vurdere om skadevolder har handlet etter denne normen.⁶⁹ I denne vurderingen er det rom for å trekke inn alle konkret relevante omstendigheter som kan si noe om hva som er aktsom handlemåte i det aktuelle tilfellet,⁷⁰ noe som gjør det mulig å tilpasse normen både til det aktuelle livsområdet og til den konkrete situasjonen. Dette ansvarsgrunnlaget bygger altså på en tanke om at dersom

⁶⁴ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 23.

⁶⁵ Se for eksempel Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 222 hvor de tar for seg adgangen til å hensynte konkret rimelighet i ansvarsvurderingen ved ulovfestet objektivt ansvar. Et annet eksempel på at man søker å finne en rimelig balanse mellom hensynet til skadelidte og skadevolder, er adekvanslæren, hvor man foretar en vurdering av om skaden er en «såpass påregnelig og nærliggende følge av det ansvarsbetingende forholdet, at det er rimelig å pålegge ansvar», jf. Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 444. Dette er dessuten bare et par eksempler av mange, hvor rimelighet i det konkrete tilfellet er en målsetting. På grunnlag av dette kan man derfor trekke en induktiv slutning om at det i erstatningsretten generelt er en målsetting om å komme frem til rimelige løsninger.

⁶⁶ Som kvalifiseres gjennom nærmere krav til ulike sider ved skaderisikoen.

⁶⁷ Se eksempelvis *Gesimsdommen* hvor det uttales at «Enten nedstyrtingen da skyldes mangelful eller opførelse eller som her ordinær forringelse i tidens løp, tilsier en rimelig avveiging av alle interesser etter min opfatning at bygningens eier må ansees nærmere til å stå risikoen, altså bære den skade nedstytingen forårsaker, enn den tilfeldig forulykkede utenforstående tredjemann».

⁶⁸ Skl. § 2-1.

⁶⁹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 80.

⁷⁰ Ved at man både ser på gjeldende normer på området, og konkret fastlegger en norm for aktsom handlemåte dersom atferdsnormer ikke finnes, jf. Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 83 til 119.

skadevolder etter en vurdering kunne og skulle ha handlet annerledes, så er han nærmest til å bære tapet.⁷¹

Dermed blir spørsmålet hvordan dette skal overføres til anskaffelsesretten.

Jeg kan ikke finne gode grunner som taler for at man ikke skal følge tanken om å la ansvarsnormen tilpasses livsområdet, også i anskaffelsesretten. Hva ville være fordelene ved en norm som ikke er egnet til å plassere tapet der det på det aktuelle livsområdet er mest nærliggende og mest rimelig? Det må vært klart at en ansvarsnorm som er tilpasset slik at det tas hensyn til anskaffelsesrettens særegenheter og behov, også vil være den som i flest tilfeller vil føre til best resultat.

Det er store forskjeller fra anskaffelse til anskaffelse hva gjelder verdi, kontraktsgjenstand og kompleksitet. Det er følgelig behov for en norm som er generell nok til å romme alle variasjonene av anskaffelser. Samtidig må normen være spesifikk nok til å finne den beste balansen mellom de hensyn og omstendigheter som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Spørsmålet blir dermed hvordan normen for anskaffelsesansvaret bør utformes for å fylle disse behovene.

I lys av argumentene for at ansvarsnormens nærmere innhold bør styres av det som særpreger det aktuelle livsområdet, kan en spørre seg hvorfor Høyesterett i *Fosen-Linjen* legger til grunn en norm, med tilhørende vurderingsmomenter, som kanskje ikke passer anskaffelsesområdet helt, ref. kapittel 3.2.3. I mangel av en ansvarsnorm utpenslet konkret til anskaffelsesområdet, kan ikke culpaansvaret være et godt alternativ?

3.3.2 Hvorfor ikke skyldkrav?

Som vist i kapittel 3.2.1, kan ikke skyld oppstilles som et krav for å konstatere ansvar. Man må anta at dette standpunktet er tatt fordi det av én eller flere grunner er problematisk å bruke skyld som et vilkår. Hvis en aktsomhetsvurdering kunne vært egnet til å tilpasse normen til anskaffelsesområdets kompleksitet, hvorfor er det i et EØS-rettslig perspektiv problematisk å oppstille et krav om skyld?

⁷¹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 80 som omtaler hva som kan utledes av *Trampettdommen*.

Verken *Fosen I*, *Fosen II* eller *Fosen-Linjen* kommer med noen særlig begrunnelse for dette standpunktet. Det uttales imidlertid i *Fosen I* at

«Det er allerede fastslått at en nasjonal regel som gjør tilkjenning av erstatning betinget av bevis for skyld eller bedrageri, ville gjøre erstatningssøksmål vanskeligere og mer kostbare, og dermed svekke effektiviteten av regelverket for offentlige anskaffelser.»⁷²

De utdyper imidlertid ikke hvorfor erstatningssøksmål vil bli dyrere eller vanskeligere ved et krav om skyld. Det kan tenkes at det er fordi det er lettere å bevise og knytte ansvar til objektive forhold.

Utover EFTA-domstolens begrunnelse i *Fosen I*, kan en spørre seg om det er andre konsekvenser ved en betingelse om skyld som medfører at effektivitetsprinsippets krav ikke tilfredsstilles.

Det kan tenkes at begrunnelsen ligger i at det vil være for uforutsigbart å overlate vurderingen til den enkelte stats nasjonale skyldbegrep. Alle landene har utpenslet sin egen skyldvurdering, og det vil derfor være stor variasjon i hvor effektiv håndhevelsen blir dersom man lar det være opp til den enkelte stat å trekke grensen for erstatningsbetingende brudd. EU-rettens effektivitetsprinsipp kan altså bli skadelidende dersom man ikke oppstiller noen felles retningslinjer.

Videre følger det av EØS-avtalens artikkel 1 første ledd, at formålet med avtalen blant annet er «overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde [...]». I målet om ensartethet ligger det både at man skal tolke EØS-regler likt i hele EØS-området, altså både EU- og EFTA-statene, og at EØS-retten skal praktiseres likt som EU-retten.⁷³ Det vil være lettere å overholde denne målsettingen om ensartethet hvis man ikke lar ansvarsnormen være bestemt av den enkelte stats varierende normer.

Dessuten forutsetter skyldspørsmålet ofte en vurdering av om skyld eller bebreidelse kan tilordnes noen personlig. Dette ville være både vanskelig å påvise hos en offentlig oppdragsgiver, og en lite treffende fremgangsmåte med tanke på hvordan

⁷² *Fosen I* (2017), avsnitt 77.

⁷³ Sejersted mfl. (2011) s. 87.

anskaffelsesprosessen hos oppdragsgiver gjennomføres. Man kunne imidlertid tenke seg en løsning hvor man kumulerte og anonymiserte feil gjort av oppdragsgivers ansatte, og tilordnet dem oppdragsgiver som eget subjekt. Dette ville i så fall være sammenlignbart med ordningen for anonyme og kumulative feil for arbeidsgiveransvaret, men der hefter arbeidsgiver på objektivt grunnlag.⁷⁴

Slik rettstilstanden ser ut i dag er det imidlertid sikkert at erstatningen ikke kan betinges av et krav om skyld, jf. både *Brasserie du Pêcheur*,⁷⁵ *Fosen I* og *II*⁷⁶ og nå *Fosen-Linjen*.⁷⁷ Utvist skyld kan likevel være et relevant moment, og som vi skal se, kan det dessuten se ut til at flere av de øvrige momentene i ansvarsvurderingen har kontaktflater mot en alminnelig skyldvurdering.

3.4 De enkelte momentene i Fosen-Linjen

3.4.1 Innledende betraktninger

Selv om det er grunner til å stille seg kritisk til å anvende momenter fra statsansvaret direkte i anskaffelsesansvaret, må man likevel forholde seg til at det er det Høyesterett i *Fosen-Linjen* til en viss grad gjør. Som presentert i kapittel 3.2.2, lister Høyesterett opp momenter som er relevante i en vurdering av «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Ikke alle disse anvendes i Høyesteretts drøftelse. Dette kan være fordi saksforholdet ikke aktualiserte bruken av alle momentene, men det kan også være fordi ikke alle momentene passer til anskaffelsesansvaret, ref. kapittel 3.2.3.

Spørsmålet i det videre er hva som kan utledes av *Fosen-Linjen* med hensyn til relevante momenter, og hvordan disse skal anvendes.

3.4.2 «Klar og presis»

Det første momentet Høyesterett behandler, er spørsmålet om den overtrådte regelen var «klar og presis». Utover å si at dette er et relevant moment, går ikke Høyesterett noe nærmere inn

⁷⁴ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 231.

⁷⁵ *Brasserie du Pêcheur* [P] C-46/93 og C-48/93, avsnitt 77 og 78.

⁷⁶ *Fosen I* (2017), avsnitt 75, *Fosen II* (2019), avsnitt 118.

⁷⁷ *Fosen-Linjen*, avsnitt 115.

på hva som ligger i en slik vurdering. De hopper i stedet rett inn i anvendelsen av dette momentet på sakens faktum.

Bruddet som ble vurdert i *Fosen-Linjen* var at det ikke ble stilt egnede dokumentasjonskrav til tildelingskriteriet «Miljø». Til dette sier Høyesterett i avsnitt 124 at den overtrådte «regelen i utgangspunktet var klar. Etter *Wienstrom*-avgjørelsen fra EU-domstolen var det ikke tvilsomt at det måtte stilles egnede dokumentasjonskrav til tilbudskriteriene.»

Denne uttalelsen kan forstås dithen at en vurdering av om den overtrådte regel var «klar og presis», beror på om regelen klart og presist oppstiller hva som er vurderingstema. Her har blant annet Goller og Ekre tatt til orde for at Høyesteretts formulering her, samt det faktum at retten ikke tok AtBs anførsel om relevansen av vurderingens kompleksitet til følge, må bety at det *bare* er relevant å se på om angivelsen av vurderingstema er klar og presis, og ikke om regelen gir anvisning på en vanskelig vurdering.⁷⁸

Jeg deler imidlertid ikke Goller og Ekres synspunkt på hvordan Høyesterett må forstås på dette punktet. For det første leser de mye ut av bare én enkelt setning. Det er et grunnleggende rettskildesprinsipp at Høyesteretts uttalelser ikke skal fintolkes, men heller leses i lys av saksforholdet og konteksten uttalelsen er gitt i.⁷⁹

I *Fosen-Linjen* var det dessuten ikke oppstilt dokumentasjonskrav overhodet, så da kom naturligvis ikke spørsmålet om kompleksiteten i en vurdering av egnede dokumentasjonskrav på spissen. Basert på at Høyesterett ikke adresserte dette, er det derfor ikke grunnlag for å trekke en antitetisk slutning om at vurderingens kompleksitet ikke er relevant.

Som jeg vil komme tilbake i kapittel 3.5.3, er det dessuten gode grunner til å la kompleksiteten av vurderingen oppdragsgiver skal foreta, være et moment i avgjørelsen av om bruddet er erstatningsbetingende.

Det er i alle fall klart at det er relevant å se hen til om den brutte regelen klart og presist angir hva som er vurderingstema. En uklar regel kan nemlig være grunn til at en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig, se under i kapittel 3.4.4.

⁷⁸ Goller og Ekre (2020) s. 99.

⁷⁹ Monsen (2012) s. 147.

3.4.3 Tilgjengelighet

I forlengelsen av drøftelsen av om regelen var klar, uttalte Høyesterett at

«[regelen] fremgikk imidlertid ikke direkte av det norske regelverket og heller ikke av direktivene. EU-domstolens praksis er ikke lett tilgjengelig for alminnelige oppdragsgivere som ikke har spesialkompetanse på området.»⁸⁰

Dette må forstås som en vurdering av hvor tilgjengelig regelen var. Det er klart at regler som fremgår direkte av det norske regelverket vil være lettere for oppdragsgiver å få med seg, enn regler som i hovedsak følger av for eksempel praksis fra EU-domstolen.

Teoretikere har kritisert Høyesterett her for å blande sammen spørsmålet om regelen var klar og presis, med spørsmålet om regelen var tilgjengelig, og mener at denne sammenblandingen medfører usikkerhet rundt om regelens tilgjengelighet i det hele tatt er et relevant moment.⁸¹ Denne forståelsen er jeg ikke enig i. Høyesterett drøfter ingen av momentene særlig inngående, og noen steder behandles flere momenter i samme avsnitt. Totalt bruker ikke Høyesterett mer enn fire avsnitt på å vurdere om det foreligger ansvarsgrunnlag. At momentene «klar og presis» og «tilgjengelighet» behandles i samme avsnitt, gir ikke av den grunn grunnlag for å påstå at Høyesterett har blandet sammen momentene.

3.4.4 Rettsvillfarelse og subjektive unnskyldningsgrunner

At regelverket brytes, kan skyldes at oppdragsgiver var i en rettsvillfarelse, og altså var uvitende om regelen eller hadde tolket den uriktig.⁸² I relasjon til ansvarsnormen, blir spørsmålet hva som skal til for at rettsvillfarelsen var unnskyldelig. Begge de to forutgående momentene kan begrunne oppdragsgivers rettsvillfarelse.

Det kan eksempelvis være at den brutte regelen var så uklar at oppdragsgiver ikke visste hva som var regelen eller hvor grensene for den gikk, eller at den var så utilgjengelig at oppdragsgiver ikke var klar over den i det hele tatt.

⁸⁰ *Fosen-Linjen*, avsnitt 124.

⁸¹ Goller og Ekre (2020) s. 101.

⁸² Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 167.

Høyesterett sier ingenting om hvor uklar en regel må være for at en eventuell rettsvillfarelse skal være unnskyldelig. I forbindelse med regelens tilgjengelighet uttaler Høyesterett imidlertid

«[I]likevel tilsier kompleksiteten i dette regelverket en viss tilbakeholdenhet med å statuere ansvar for feil av denne typen.»

Dette til tross for at regelen også ble nevnt i en veileder fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet og at den i noen grad var omtalt i juridisk teori. Her konstaterer altså Høyesterett at (u)tilgjengelighet er et relevant moment som i alle fall til en viss grad kan unnskyldes en rettsvillfarelse.

Det presiseres imidlertid, med henvisning til EU-domstolens avgjørelse *Haim*⁸³, at oppdragsgiver ikke kan unnskyldes seg med at de ikke hadde kompetanse. Her inntar Høyesterett et ganske strengt standpunkt, da dette må forstås som at det er lite rom for subjektive unnskyldningsgrunner. Altså er det lite rom for å begrunne rettsvillfarelsen med forhold ved oppdragsgiver selv. Slike forhold kan eksempelvis være at de ikke hadde ressurser eller at de av andre grunner ikke hadde kompetanse om reglene.

Standpunktet er strengt fordi det i praksis vil være stor variasjon i hvor mye ressurser den enkelte oppdragsgiver har til å holde seg oppdatert på regelverket, spesielt det som ikke fremgår direkte av norske regler. Dette påpeker til og med Høyesterett selv når de viser til at EU-domstolens praksis ikke er lett tilgjengelig for oppdragsgivere uten spesialkompetanse på området.⁸⁴

Sett i sammenheng, tolker jeg uttalelsene i *Fosen-Linjen* som et uttrykk for at man kan ta hensyn til at reglene generelt er utilgjengelige eller uklare. Manglende kompetanse som følge av utilgjengelighet, uklarhet eller andre grunner, kan likevel ikke brukes som subjektiv unnskyldningsgrunn dersom regelen etter en objektiv vurdering anses som tilgjengelig eller klar nok.

⁸³ *Haim* [P] C-424/97, avsnitt 28.

⁸⁴ *Fosen-Linjen*, avsnitt 124.

Videre uttaler Høyesterett i avsnitt 126 at de likevel kommer til at det foreligger ansvarsgrunnlag, og lister dermed opp de momentene som blir avgjørende for at ansvar konstateres.

Jeg vil ta for meg de avgjørende momentene i kapittel 3.4.5. Før disse behandles, må det vurderes hva en slik uttalelse sier om de momentene som Høyesterett allerede har tatt for seg. Denne uttalelsen kommer nemlig rett etter at spørsmålet om regelens klarhet og tilgjengelighet er drøftet. Jeg tolker dette dithen at disse momentene i seg selv ikke var tilstrekkelige til å konstatere ansvar.

Selv om regelen i utgangspunktet var klar, tilsa altså manglende tilgjengelighet at bruddet ikke var tilstrekkelig kvalifisert. Basert på dette kan vi anta at når regelen ikke uttrykkelig følger av norsk regelverk eller direktiver, kreves det noe mer for at bruddet skal være tilstrekkelig kvalifisert.⁸⁵

3.4.5 De avgjørende momentene som kan påvise skyld

I *Fosen-Linjen* avsnitt 126 listes det opp hvilke omstendigheter som ble utslagsgivende for å konstatere ansvar:

«Når det etter mitt syn likevel er ansvarsgrunnlag for tilbudskostnadene i denne saken, er det *fordi AtB to ganger under konkurransens gang fikk spørsmål som reiste tvil om tildelingskriteriets lovlighet*. Spørsmålene skulle fått AtB til å tenke igjennom hvordan man skulle kunne foreta en objektiv og etterprøvbar evaluering av drivljøforbruket. Sanksjonen som ble oppstilt, var *ikke adekvat for formålet*. Dette, sammen med *feilens konsekvens for konkurransen*, gjør at jeg mener det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Det foreligger dermed ansvarsgrunnlag for kravet om dekning av tilbudskostnadene.» (mine kursivering)

Uttalelsen tilsier at det var disse momentene til sammen som utgjorde ansvarsgrunnlag. Spørsmålet blir dermed om det finnes et fellestrekk ved momentene, som kan forklare hvorfor de ble utslagsgivende.

⁸⁵ Arnesen (2020a), avsnitt 9.

Høyesterett viser først til at oppdragsgiver to ganger under konkurransen fikk spørsmål om tildelingskriteriets lovlighet. De vektlegger at dette ga AtB grunn til å tenke gjennom hvordan kriteriet kunne evalueres på en etterprøvable og objektiv måte.⁸⁶ En slik vurdering av hva man burde ha forstått eller gjort, er gjenkjennelig fra den alminnelige culpavurderingen.⁸⁷ Slik jeg tolker det, må vektleggingen av dette momentet bety at man mener at oppdragsgiver fikk en oppfordring til å betvile lovligheten, og at dette virker skjerpene på kravene man videre stilte til oppdragsgivers aktsomhet.

I relasjon til dette med at feilen ble påpekt, kan det også stilles spørsmål ved betydningen av at feil er synlige for leverandørene, og hvor mye man kan kreve av dem for å få rettet opp i feilen. Dette spørsmålet kan knyttes både til årsakssammenheng og medvirkningsbetraktninger.⁸⁸ Mer om betydningen av synlige feil i kapittel 4.2.2.

Videre vurderer Høyesterett oppdragsgivers inadekvate forsøk på å «bøte på» feilen. Momentet kan sammenlignes med hvordan man i en skyldvurdering ser på om skadevolder hadde andre handlingsalternativ, og om man kan kreve at et av disse skulle ha vært valgt. Vektleggingen av at sanksjonen var inadekvat kan tolkes som at Høyesterett mente at oppdragsgiver valgte et annet handlingsalternativ enn det som ville vært det aktsomme. Begge disse omstendighetene kan altså relateres til momentet «forsett eller uaktsomhet» i *Brasserie du Pêcheur*.

Til slutt vektlegges også feilens konsekvens for konkurransen. Utenom å nevne at dette momentet bidrar til konstateringen av ansvarsgrunnlag, kommenterer ikke Høyesterett noe nærmere hva som ligger i det. Dette er heller ikke et av momentene som er opplistet i sitatet fra *Brasserie du Pêcheur*.⁸⁹

«Feilens konsekvens for konkurransen» kan tolkes som at man ser på om feilen har hatt betydning for utfallet av konkurransen. En slik forståelse kan sammenlignes med betydningen av handlingens skadeevne i culpavurderingen.⁹⁰ Der er nemlig tanken at jo større risikoen er for at skade oppstår, eller dersom det er risiko for alvorlig skade, skjerpes kravene til aktsomhet.⁹¹ Overført til anskaffelsestilfellene, kan det tenkes at der det er fare for at feilen

⁸⁶ *Fosen-Linjen*, avsnitt 126.

⁸⁷ Se fotnote nummer 66.

⁸⁸ Som Høyesterett påpeker i *Fosen-Linjen*, avsnitt 135.

⁸⁹ *Brasserie du Pêcheur* [P] C-46/93 og C-48/93, avsnitt 56.

⁹⁰ Goller og Ekre (2020) s. 101.

⁹¹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 104-105.

eller bruddet får betydning for konkurransens utfall, skal det mindre til for å si at oppdragsgiver har handlet klanderverdig.

Dersom man knytter momentet «feilens konsekvens for konkurransen» til en skyldvurdering, får også dette momentet noe til felles med de to andre avgjørende momentene. Det blir i så fall påfallende at det var momenter påviste skyld, som ble utslagsgivende for at det i *Fosen-Linjen* ble konstatert ansvar. I teorien er det dessuten tatt til orde for at «[d]ersom oppdragsgiver kan bebreides må feilen normalt karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert».⁹²

Det går også an å forstå momentet slik at man måler feilens størrelse etter konsekvensene den fikk, og dermed regner feil som fikk betydning for konkurransens utfall som store, uten å knytte dette til noen vurdering av hva feilens størrelse sier om forventningene til oppdragsgivers opptreden. Da vil i så fall momentet ligge nærmere en objektiv vurdering enn en subjektiv.

3.4.6 Særlige bemerkninger om «feilens konsekvens for konkurransen»

Uansett hvordan man tolker Høyesteretts vektlegging av «feilens konsekvens for konkurransen» i *Fosen-Linjen*, vil det i praksis oppstå et problem med dette momentet. I alle tilfeller hvor leverandør krever erstatning for feil begått av oppdragsgiver, vil feilen ha hatt betydning for konkurransens utfall.⁹³

Dersom ikke feilen hadde påvirket konkurransens utfall, hadde det ikke vært årsakssammenheng, i alle fall ikke for positiv kontraktsinteresse. Da hadde heller ikke leverandør sett seg tjent med å bruke ressurser på å fremme et erstatningskrav. Det kan derfor stilles spørsmål ved momentets egnethet til å si noe om skillet mellom ansvarsfrie og ansvarsbetingende feil.

Dersom dette momentet skal kunne gi noe bidrag til ansvarsvurderingen, må det derfor nyanseres noe mer. Eksempelvis kan man se på om konsekvensene av feilen var påregnelig for oppdragsgiver da den ble gjort. Sannsynligvis må dette momentet uansett sammenholdes med andre momenter for å kunne gi noe fornuftig bidrag til vurderingen. For eksempel, som i *Fosen-Linjen*, kan det sammenholdes med det faktum at oppdragsgiver underveis i

⁹² Fredriksen (2020) s. 319 note 46.

⁹³ Fredriksen (2020) s. 331.

konkurransen ble gjort oppmerksom på tvilen rundt lovligheten av tildelingskriteriet,⁹⁴ altså at oppdragsgiver ble gjort oppmerksom på en mulig feil som potensielt ville få konsekvenser for konkurransens utfall.

Det som uansett er tydelig etter en gjennomgang av momentene som ble anvendt i *Fosen-Linjen*, er at det var de momentene som har tilknytning til en skyldvurdering som ble avgjørende for at det ble konstatert ansvar. Dette kan tilsi at utvist skyld blir et svært sentralt moment, selv om det ikke kan oppstilles som en betingelse for erstatningen. Det er akkurat dette Høyesterett påpeker når de uttaler at «momentene som er fremhevet i sitatet fra *Brasserie du Pêcheur*, langt på vei også vil være relevante etter en norsk internrettslig uaktsomhetsvurdering.»⁹⁵

3.5 Hva med det som ikke adresseres i Fosen-Linjen?

3.5.1 Kort om kapitlets formål

Når det gjelder ansvarsnormens innhold, er det klart at det ikke kan være begrenset til momentene som adresseres og anvendes i *Fosen-Linjen* og bare disse. Det ville være unaturlig å tolke dommen på denne måten, da det var sakens faktum som avgjorde hvilke av de konkrete momentene som ble brukt. At et moment ikke ble brukt i denne saken, er ikke ensbetydende med at det ikke kan være relevant i vurderingen av et annet brudd. Spørsmålet blir dermed hvilke andre momenter som bør være aktuelle, og hvordan disse bør brukes for å balansere hensynene på best mulig måte.

For å ta stilling til dette, kan det være fornuftig å først vurdere hva slags feil og utfordringer som typisk⁹⁶ oppstår i en anskaffelsesprosess, og derfra gå nærmere inn i en diskusjon av hvem som er nærmest til å bære tapet gitt de konkrete omstendighetene. Kapittel 3.5 er ikke ment som en uttømmende fremstilling av feil og utfordringer, men heller som en drøftelse av hvordan noen utfordringer i anskaffelsesprosessen, som typisk er bakgrunnen for at feil som aktualiserer erstatningskrav oppstår, kan avhjelpes gjennom ansvarsnormen.

⁹⁴ Fredriksen (2020) s. 331.

⁹⁵ *Fosen-Linjen*, avsnitt 123.

⁹⁶ «Typisk» er her brukt i betydningen «karakteristisk», og er ikke ment å si noe om hvilke feil som hyppigst er årsak til erstatningskrav.

3.5.2 Konkurransesgrunnlaget

Problemstillingen i dette kapittelet er hvilke utfordringer oppdragsgiver står overfor ved utformingen av konkurransesgrunnlaget, og om disse har konsekvenser som tilsier at ansvarsnormen bør tilpasses.

Én feil som kan oppstå ved utformingen av konkurransesgrunnlaget, er at meningsinnholdet enten er uklart, eller at det kan forstås på flere måter.

Det stilles nemlig strenge krav til konkurransesgrunnlagets utforming. Av FOA § 14-1 tredje ledd, fremgår disse kravene til konkurransesgrunnlagets innhold. Videre skal dessuten konkurransesgrunnlaget formuleres på en slik måte at «en normalt forstandig tilbyder» forstår det, og at alle tilbyderne forstår det på samme måte.⁹⁷ Dette siste kan også utledes av prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.⁹⁸

Utfordringen ligger i at kravet til presisjon i konkurransesgrunnlaget forutsetter at oppdragsgiver har klart for seg akkurat hva som skal kjøpes, og at de kjenner markedet godt nok til å klare å formulere seg presist nok. Det som vanskeliggjør situasjonen ytterligere, er at selv om feilen ligger i utformingen av konkurransesgrunnlaget, så blir den ikke synlig før det inngis tilbud. Det er først da man faktisk får svar på om konkurransesgrunnlaget er utformet slik at alle normalt forstandige tilbydere forstår det på samme måte.

Et eksempel på at konkurransesgrunnlaget er uklart, er saken «*Espressobønnesaken*».⁹⁹ Konkurransen i denne saken gjaldt en rammeavtale med kommunen for leie av kaffemaskiner, vannkjølere og kjøp av forbruksvarer til disse. Her var det satt som minimumskrav at det skulle tilbys «en type espressobønner».

Problemet knyttet seg til at begrepet «espressobønner» kunne forstås på flere måter, og det var ingenting i konkurransesgrunnlaget som ga holdepunkter for oppdragsgivers nærmere mening med begrepet. Det var totalt fire leverandører som innga tilbud. Tre av disse, inkludert saksøker, forstod kravet som at de måtte tilby en type kaffebønner som var

⁹⁷ HR-2019-830-A avsnitt 36 og *Max Havelaar* [C5] C-368/10, avsnitt 62.

⁹⁸ Likebehandlingsprinsippet er et utslag av det EØS-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet og handler om at alle leverandørene skal ha lik mulighet til å delta og bli behandlet likt under konkurransen, jf. Prop. 51 L s. 41. Sammen med etterprøvbarehet skal forutberegnelighet dekke det EØS-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet. Forutberegnelighetsprinsippet skal sikre at «leverandørene kan stole på anskaffelsesreglene blir fulgt, at opplysningene de får er korrekte og at anskaffelsesprosessen for øvrig blir gjennomført på en forutsigbar måte, jf. Prop. L s. 41.

⁹⁹ LB-2020-37901.

markedsført som espressobønner. Vinnende tilbyder derimot, forstod det som at tilbyderne stod fritt i valget av hvilke kaffebønner som skulle tilbys.

Saken illustrer nettopp den utfordringen oppdragsgivere står overfor ved utformingen av konkurransegrunnlaget, som følge av at de forutsettes å ha fullstendig kunnskap om både markedet og produktene.

Denne forutsetningen kna illustreres hvis en ser på hvordan retten i *Espressobønnesaken* vektla begrepets stilling i markedet:

«Selv om det er vanskelig å finne en definisjon av hva som er espressobønner, fremstår det klar for lagmannsretten at det er tale om et *innarbeidet begrep* og at det betegner en egen produkttype *i markedet* for kaffebønner. [...] espressobønner, eventuelt espressokaffe, er en *godt innarbeidet egen produkttype i markedet.*» (mine kursiveringer)

Spørsmålet om hva som utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd kom riktignok ikke på spissen i denne saken.¹⁰⁰ Poenget her er at dette nettopp er en sånn type særegenhet ved livsområdet som man gjennom ansvarsnormen har mulighet til å hensynta. Altså burde ansvarsnormen kunne hensynta hvor vanskelig det i praksis er for oppdragsgiver å møte kravene til presisjon i konkurransegrunnlaget.

En annen feil som kan forklares med den samme forutsetningen om oppdragsgivers kunnskap om markedet, er tilfellene hvor det oppstår spørsmål eller problemstillinger underveis, som konkurransegrunnlaget ikke gir svar på. Oppdragsgiver kan nødvendigvis ikke forutse alle mulige slags problemer som kan oppstå i konkurransen, og regulere dette i konkurransegrunnlaget.

Den såkalte «*Rabattdommen*» er illustrerende. Her innga en av leverandørene tilbud med en rabatt som var betinget av at leverandøren også vant en annen konkurranse hos oppdragsgiver. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at

¹⁰⁰ Fordi partene var enige i at manglende overholdelse av avvisningsplikten utgjorde et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Spørsmålet for retten var om det forelå et avvik som medførte en avvisningsplikt.

«[d]et tilbud som anses økonomisk mest fordelaktig for byggherren, vil bli valgt. Ved vurderingen tas hensyn til pris, kvalitet, leveringstid, drifts- og vedlikeholdskostnader mv.»

Dermed oppstod spørsmålet om det var adgang til å hensynta denne rabatten ved vurderingen av tilbudet. Konkurranses grunnlaget ga ikke svar på dette. Her oppstod det altså et problem nettopp fordi oppdragsgiver ved utarbeidelsen av konkurranses grunnlaget ikke hadde forutsett denne problemstillingen.

Gitt kompleksiteten i anskaffelser, sammenholdt med kravene til presisjon og detaljkunnskap om kontraktsgjenstanden, sier det seg selv at det alltid vil foreligge en risiko for at problemer oppstår, nesten uansett hvor godt oppdragsgiver prøver å sikre seg mot både uklarheter og uavklarte spørsmål. Da kan man jo spørre seg hvor rimelig det er at ansvaret skal ligge hos oppdragsgiver i slike tilfeller.

Dermed oppstår spørsmålet; hva slags mekanisme er det da behov for at ansvarsnormen har for å redusere dette problemet?

Som nevnt, er det nærmest umulig for oppdragsgiver å forutse alt og sikre seg mot risikoen for alle feil som kan skje. En underproblemstilling her er at kompleksiteten og verdien av anskaffelsen, har betydning for hvor mye ressurser det er rasjonelt å bruke på slik «risikosikring». I alle fall når det er klart at det ikke er praktisk mulig å sikre seg helt mot slike feil.

Hvor en eventuell grense går for hva som er fornuftig bruk av ressurser i forhold til anskaffelsens størrelse, er et veldig interessant spørsmål. Den diskusjonen faller imidlertid utenfor fokus for denne avhandlingen.

Når det gjelder spørsmålet om ansvarsnormens mekanismer, er det vi kan utlede fra de nevnte tilfellene, at ansvarsnormen bør være egnet til å skille ut de tilfellene hvor feil skjer som følge av denne forutsetningen, fra de tilfellene der oppdragsgiver faktisk kunne ha gjort noe for å unngå feilen.

Da må man se på hvor det er mest nærliggende at tapet, som følge av feil, skal ramme. Det følger av FOA § 14-1 femte ledd at det er oppdragsgiver som har «risikoen for uklarheter i

konkurransesgrunnlaget». ¹⁰¹ Dette gjelder ved tolkningen av konkurransesgrunnlaget, og ikke spesifikt for erstatningsspørsmålet. ¹⁰²

Når det er oppdragsgiver som ellers skal ha risikoen for uklarheter, kan det umiddelbart fremstå som at det mest nærliggende at også oppdragsgiver bærer tapet som oppstår som følge av disse uklarhetene. Når det likevel er nærmest umulig for oppdragsgiver å unngå alle mulige feil, kan det argumenteres for at dette blir for strengt.

Spørsmålet blir dermed hva som kan utledes av de gjeldende hensynene på området, angående hvordan man kan få til en rimelig balanse.

Når man snakker om erstatning, er det lett for å se for seg den klassiske konstellasjonen med skadelidte og skadevolder, hvor erstatningsspørsmålet handler om hvor tapet skal ramme.

Det man ikke må glemme i anskaffelsestilfellene, er at erstatningens formål ikke i hovedsak er reparasjonshensynet, jf. kapittel 2.2, men å være et virkemiddel – en håndhevelsesmekanisme, for å fremme det anskaffelsesrettslige formålet, nemlig effektiv ressursbruk, jf. kapittel 2.4.1.

Det er altså ikke hensynet til leverandørene som burde være styrende for hvor terskelen ligger, men hensynet til konkurransen som sådan. Terskelen for å få tilkjent erstatning bør heller ikke være så lav at leverandørene mister sine insentiver til å avdekke og avhjelpe feil underveis.

Som nevnt, vil trusselen om erstatning bidra til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet, som igjen gir best mulig konkurranse, og dermed den ressurseffektivitet som samfunnsøkonomisk er mest gunstig. Samtidig er det også enorme kostnader ved å skulle bruke ressurser på å sikre seg mot feil ved utformingen av konkurransesgrunnlaget og ved gjennomføring av konkurransen. For ikke å glemme de store utgiftene ved et eventuelt erstatningskrav dersom oppdragsgiver først blir erstatningsansvarlig. Når det også er fellesskapets midler som brukes til å betale erstatningen, blir det tydelig at det ett eller annet sted går en grense mellom ressursene som spares ved at regelverket etterleves, og ressursene

¹⁰¹ *Mika*, avsnitt 58.

¹⁰² «Virkningen av uklarheten vil derimot være forskjellig avhengig av om uklarheten oppdages i konkurransefasen eller kontraktsfasen», jf. Dragsten, *Lovkommentar: anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 14-1 punkt 7.2.

som brukes for å håndheve det. Ansvarsnormen bør dermed innrettes på en slik måte at man så godt det lar seg gjøre ikke krysser denne grensen.

Akkurat hvor grensen går vil imidlertid variere mellom de enkelte anskaffelser, men det må likevel være mulig å finne en balanse som i det store og det hele gir flest rimelige utfall. Det som i alle fall er sikkert, er at man ikke oppnår den beste balansen ved å la alle feil som følger av uklart konkurransegrunnlag være erstatningsbetingende.

Heller ikke prevensjonshensynet taler for en slik løsning. Erstatningstrusselen vil ikke ha noen preventiv virkning i de tilfellene hvor det har skjedd feil man ikke kunne unngå. Dermed er det verken rimelig, ressurseffektivt eller forholdsmessig å legge opp ansvarsnormen slik at oppdragsgiver skal hefte for feil som uansett ville skjedd.

De feilene som oppdragsgiver likevel har mulighet til å unngå, er feilene som skjer når oppdragsgiver ikke opptrer slik det er grunn til å forvente. Det kan derfor synes som at det først er når oppdragsgiver har handlet med en grad av skyld at det er nærliggende at også oppdragsgiver skal bære tapet.

3.5.3 Tvunget til å ta et valg

Det er ikke bare forhold ved utformingen av konkurransegrunnlaget det burde tas høyde for i ansvarsnormen. Et annet særtrekk ved anskaffelsesprosessen, er at når oppdragsgiver først står overfor et valg, som for eksempel et avvisningsspørsmål, er de tvunget til å ta en avgjørelse. Er problemstillingen først kommet opp, kan altså ikke oppdragsgiver velge å ikke ta stilling til det.

Et slikt valg kan for eksempel være at oppdragsgiver må vurdere om det er forhold ved tilbudet som medfører at det skal avvises eller om det er grunn til å avlyse konkurransen. Ikke bare er oppdragsgiver er nødt til å ta en avgjørelse, i praksis blir det også ofte slik at oppdragsgiver risikerer erstatningsspørsmål fra en av tilbyderne uansett hva valget faller på. Hvis tilbyder A sitt tilbud avvises slik at B vinner konkurransen, krever gjerne A erstatning for avvisning på uriktig grunnlag. Hvis man velger å ikke avvise A, går gjerne B til søksmål fordi de mener at A skulle ha vært avvist. Dette er altså ikke nødvendigvis en enkel vurdering.

At en vurdering er vanskelig, er gjerne et utslag av at det finnes flere plausible tolkningsalternativ, og at det dermed ikke er opplagt hvilken avgjørelse som er den riktige. I

slike tilfeller, hvor det er gode grunner for flere tolkningsalternativer, kan det nesten bero på tilfeldigheter om domstolen i en senere erstatningssak er enig i oppdragsgivers avgjørelse eller ikke. At flere tolkningsalternativer kan være rimelige og at det ikke alltid finnes bare ett «riktig» tolkningsalternativ, er tydelig hvis man ser på hvordan man domstolene kan komme til ulike resultater, både ved dissens mellom dommerne, og mellom instansene.

Å ilegge erstatning bare basert på at oppdragsgiver «uheldigvis» kom til et annet tolkningsresultat enn domstolen, blir da både lite forutberegnelig for oppdragsgiver, og det vil ramme vilkårlig. Når oppdragsgiver er tvunget til å ta en avgjørelse og kan vente seg søksmål uansett hva de velger å gjøre, får heller ikke erstatningstrusselen den preventive virkningen den er tiltenkt ved å motivere oppdragsgiver til å ta «riktig» valg.

For å skape best mulig balanse mellom hensynet til skadelidte på den ene siden, og formålet om effektiv ressursbruk på den andre, burde ansvarsnormen derfor gi rom for å hensynte situasjonen oppdragsgiver står i. Spørsmålet blir hvordan man skal tilpasse normen til denne balansegangen.

Løsningen kan kanskje ligge i behovet for å skille tilfellene hvor oppdragsgiver uheldigvis landet på «feil» tolkningsalternativ, fra tilfellene hvor oppdragsgiver hadde grunn til å ta en annen beslutning enn de gjorde.

I *Rabattdommen*¹⁰³ avsnitt 57 uttalte Høyesterett angående vurderingens kompleksitet:

«Etter min vurdering kan den saksbehandlingsfeilen som er begått, ikke medføre ansvar for TAs positive kontraktsinteresse. At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar. Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt – *løsningen er ikke opplagt*, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse, som ikke ble tatt før TA hadde fått prøvd sitt krav om midlertidig forføyning. *Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål*. Etter min mening

¹⁰³ Se kapittel 3.5.2 for en kort forklaring av dommens saksforhold.

må rettsvillfarelsen anses unnskyldelig og frita for det erstatningskravet som er fremmet.»
(mine kursiveringer)

Her ser vi altså at Høyesterett vektla nettopp dette med at oppdragsgiver er tvunget til å ta et valg, også i de situasjonene der de står overfor en vanskelig vurdering. At løsningen ikke er opplagt, er jo nettopp fordi det kan være gode grunner for flere tolkningsalternativer, og det ikke er ett alternativ som tydelig peker seg ut som det riktige.

Dommen gjelder riktignok den gamle ansvarsnormen og kravet om «vesentlig feil», men poengene som her fremføres er gode, og sitatet gir anvisning på hvordan man i ansvarsvurderingen kan hensynta at oppdragsgiver er tvunget til å ta et vanskelig valg.

Her er det etter mitt skjønn gode grunner til at det skal være adgang til å trekke inn kompleksiteten i vurderingen oppdragsgiver står overfor, i ansvarsvurderingen. Som poengtert i kapittel 3.4.2, er det ikke utelukket etter *Fosen-Linjen* at dette kan være et relevant moment.¹⁰⁴ Det ville dessuten være både kunstig og ulogisk at vurderingens kompleksitet ikke skulle være relevant når det er snakk om å anvende et regelverk som særpreges av sin kompleksitet. Dersom man hensyntar vurderingens kompleksitet, må dette i så fall være som begrunnelse for en unnskyldelig rettsvillfarelse, altså på samme måte som uklare eller utilgjengelige regler, som drøftet i kapittel 3.4.2 til 3.4.4.

Et annet spørsmål som aktualiseres i forbindelse med at oppdragsgiver står overfor en vanskelig vurdering, er hvordan oppdragsgiver har gått frem i avgjørelsesprosessen. I forlengelsen av dette kan man spørre om det er noe som tilsier at oppdragsgiver burde ha handlet annerledes.

Som sitatet fra *Rabattdommen* viser, har en oppdragsgiver som står overfor en vanskelig vurdering, kanskje flere alternativer med hensyn til hvordan de skal gå frem for å lande på «riktig» resultat.

I dommen ble det vektlagt at oppdragsgiver ikke kunne klandres for avgjørelsen. Dette bygget Høyesterett blant annet på at oppdragsgiver ventet til forføyningssaken var avgjort med å ta avgjørelsen.¹⁰⁵ En slik vurdering av om oppdragsgiver kan klandres for avgjørelsen er etter

¹⁰⁴ Slik Goller og Ekre synes å hevde; Goller og Ekre (2020) s. 99.

¹⁰⁵ *Rabattdommen*, avsnitt 57.

mitt skjønn godt egnet til å skape et rimelig skille mellom ansvarsfrie og ansvarsbetingende feil.

Både der vurderingen er vanskelig og der den er enkel er det relevant å se på om oppdragsgivers avgjørelse bygger på en forstandig og aktsom vurdering, men dette blir gjerne spesielt viktig der det ikke er gitt hva som er riktig beslutning.

Et slikt synspunkt støttes også av teorien, hvor det uttales at

«[d]er oppdragsgiver ikke får medhold i at vurderingen av avviket var korrekt, kan en hypotese være at feilvurderingen først utløser erstatningsansvar når oppdragsgiver ikke har opptrådt slik det er grunn til å forvente at en normalt aktsom oppdragsgiver opptrer, med hensyn til både etableringen av avviket og vurderingen av det.»¹⁰⁶

Slik jeg ser det, blir det altså for strengt at oppdragsgiver skal holdes ansvarlig i de tilfellene der de er tvunget til å ta et valg, og den uheldigvis «feile» avgjørelsen bygger på en *forstandig* vurdering.

Dette kan man hensynta ved utformingen av ansvarsnormen, hvis man knytter ansvar til de tilfellene hvor oppdragsgiver kan lastes for ikke å ha landet på riktig tolkningsalternativ. Da får også prevensjonshensynet og ressursbesparelseshensynet sin plass i ansvarsvurderingen.

På denne måten unngår man også at det oppstår en automatikk i at vesentlige avvik uten videre utgjør ansvarsgrunnlag. Den vanskelige vurderingen kan nemlig være om avviket er vesentlig og dermed utløser avvinningsplikt eller ikke. Hvis man ikke har adgang til å hensynta at oppdragsgiver stod overfor en vanskelig vurdering, men bare konstaterer at de landet på uriktig avgjørelse, vil en slik automatikk fort oppstå.

I forbindelse med kravet til «vesentlig feil», som gjaldt tidligere, var det nemlig en diskusjon i teorien om tendensen til at vesentlige avvik automatisk utgjorde vesentlige feil. Her har blant annet Helge Røstum kritisert flere lagmannsrettsdommer for å uten videre legge til grunn at ansvarsgrunnlag forelå i saker hvor det ble konstatert vesentlig feil.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Arnesen (2020b), punkt 3.2 siste avsnitt.

¹⁰⁷ Røstum (2017).

Det er her ikke rom for en gjennomgang av Røstums kritikk, men hovedbudskapet hans står seg også for «tilstrekkelig kvalifisert brudd»; ansvarsgrunnlaget er et selvstendig vilkår for erstatning, og det må kreves noe mer enn brudd av en viss størrelse for å holde oppdragsgiver ansvarlig.

En utelukker ikke med dette at noen brudd kan være så store at størrelsen i seg selv er nok til å utgjøre et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Det er altså viktig å ha klart for seg at spørsmålet om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket, og spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag, er to selvstendige spørsmål, som ikke kan kumuleres uten noe videre drøftelse. Ansvar kan altså ikke utløses *bare* fordi det foreligger et vesentlig avvik.

3.5.4 Benyttet avklaringsadgang?

I forlengelsen av vurderingen av om oppdragsgiver foretatt en forstandig og aktsom avgjørelse, ref. forrige kapittel, er det i teorien uttalt at benyttelse av avklaringsadgangen kan være en relevant del av vurderingen.

«Det ligger i dette at det antakelig skal mer til for å finne at den feilaktige vurderingen utgjør et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd der oppdragsgiver har benyttet adgangen etter anskaffelsesforskriften §§ 23-5 og 24-10 til å foreta eventuelle avklaringer, enn der denne adgangen ikke er benyttet.»¹⁰⁸

Dette synes å være en fornuftig tilnærming, og ikke minst i tråd med tanken om at det kan være hensiktsmessig å skille mellom feil som oppdragsgiver kunne og ikke kunne ha gjort noe med. Dersom man har benyttet avklaringsadgangen, og på bakgrunn av dette foretar en forstandig vurdering av avviket, er det ikke mer oppdragsgiver kunne ha gjort for å forsøke å komme til riktig resultat. Motsatt kan man tenke seg at dersom oppdragsgiver hadde kommet til riktig resultat ved å benytte seg av avklaringsadgangen, men ikke har gjort det, så har de ikke handlet aktsomt.

Problemet med dette er at det i praksis ikke er noen særlig adgang til å foreta avklaringer. Det skal lite til for at retting av et avvik utgjør en ulovlig «forbedring av tilbud», og det er sjelden at avklaringsadgangen kan reparere noe særlig av den risikoen man står overfor ved å feilaktig

¹⁰⁸ Arnesen (2020b), punkt 3.2 siste avsnitt.

ikke avvise en tilbyder.¹⁰⁹ Dersom avklaringsadgangen benyttes feil, risikerer oppdragsgiver dessuten søksmål fra den tilbyderen som hadde vunnet hvis den som fikk rettet sitt avvik heller hadde blitt avvist.

For å passe situasjonen slik det vil fungere i praksis, må man nok heller la det være formildende i ansvarsvurderingen om oppdragsgiver har vurdert avklaringsadgangen, da dette blir et tegn på at oppdragsgiver har gjort en mer grundig evaluering av situasjonen. Det forutsetter klart nok at en slik vurdering av avklaringsadgangen kan dokumenteres.

¹⁰⁹ Dragsten, *Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 23-5, punkt 7.

4 Rekkevidde utover ansvarsnormen

4.1 Kapittelets formål

Ettersom ansvarsnormen bare er ett av grunnvilkårene for erstatning, er det noe kunstig å behandle dette isolert fra de øvrige grunnvilkårene, herunder medvirknings-, tapsbegrensnings- og utmålingsspørsmål. I et system hvor erstatning brukes som en håndhevelsesmekanisme for å fremme formålene på et annet rettsområde – anskaffelsesretten, får også erstatningsreglene en betydning for de øvrige reglene på dette området, som man ikke bare kan se bort ifra.

Formålet med dette kapittelet er følgelig å rette blikket utover og drøfte ansvarsnormens sammenheng med andre problemstillinger. Kapittelet er ikke ment å gi en fullstendig fremstilling av tilgrensende problemstillinger som aktualiseres. Gjennom å diskutere ett temas tilknytning til ansvarsnormen, er poenget å vise hvordan ansvarsnormen inngår i en større sammenheng, både med tilgrensende erstatningsspørsmål og anskaffelsesrettslige spørsmål.

4.2 Midlertidige forføyningers relevans for erstatningsspørsmålet

4.2.1 En kjennelses betydning for ansvarsvurderingen

Dersom leverandørene mener seg forbigått i konkurransen, har de flere håndhevelsesmuligheter. En av disse er å gå til midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen.¹¹⁰ Om begjæringen får suspenderende virkning for kontraktsinngåelsen, avhenger på nærmere vilkår av når den fremsettes.¹¹¹

Man kan eksempelvis se for seg at tilbyder B begjærer midlertidig forføyning fordi de mener at de skulle ha vunnet konkurransen, og ikke tilbyder A. Retten kommer til at det ikke foreligger et krav, og tar dermed ikke begjæringen til følge. Oppdragsgiver inngår kontrakt med A, og senere fremmer B erstatningskrav mot oppdragsgiver for tapt fortjeneste. Da

¹¹⁰ Håndhevelsesdirektivet art. 2 nr. 3.

¹¹¹ FOA § 25-3.

oppstår spørsmålet om hva slags betydning begjæringen og den senere kjennelsen skal få i vurderingen av om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.

At midlertidig forføyning begjæres, er nemlig i seg selv et tegn til oppdragsgiver om at det er mulig at de på ett eller annet vis har brutt regelverket ved gjennomføringen av konkurransen. Dette burde i alle fall være en oppfordring til oppdragsgiver om å vurdere hvorvidt det foreligger brudd eller ikke.

Dersom begjæringen ikke har suspenderende virkning, kan oppdragsgiver i utgangspunktet lovlig inngå kontrakt før rettens kjennelse foreligger. I og med at begjæringen er et signal til oppdragsgiver om at det kan ha skjedd et brudd ved gjennomføringen av konkurransen, må inngåelse av kontrakt før begjæringssaken er avgjort kunne vektlegges i ansvarsvurderingen, ref. kapittel 3.4.5, hvor vi så at Høyesterett i *Fosen-Linjen* vektla at oppdragsgiver hadde fått oppfordring til å betvile lovligheten av tildelingskriteriet. På samme måte kan en altså si at en begjæring om midlertidig forføyning gir signal til oppdragsgiver om at det kanskje vil være et brudd på regelverket å inngå kontrakt med valgte leverandør.

Når rettens kjennelse først foreligger, må oppdragsgiver i utgangspunktet kunne stole på at denne gir uttrykk for riktig rettsanvendelse. Dette tilsier i så fall at en kjennelse som støtter oppdragsgivers standpunkt om at regelverket ikke er brutt, burde få betydning i formildende retning i en senere erstatningssak. Det kan argumenteres for at det ville undergrave rettens vurderinger hvis det at oppdragsgiver stolte på kjennelsen, ikke fikk noen betydning i ansvarsvurderingen. Det ville kanskje også virke hemmende for oppdragsgivers vilje til å gjennomføre konkurranser dersom oppdragsgiver ikke kunne stole på rettens vurderinger.

På den andre siden er det ikke gitt at dommeren som avgjør forføyningsspørsmålet har bedre kjennskap til anskaffelsesregelverket enn oppdragsgiver selv, og som nevnt i kapittel 3.5.3, kan det også være uenighet mellom dommere og mellom instanser med hensyn til hva som er den riktige rettsanvendelse. Det kan dessuten hende at det kommer frem dokumenter og annet i tiden etter forføyningssaken som gjør at man, hva gjelder spørsmålet om brudd på regelverket, kommer til et annet resultat i en senere sak. Oppdragsgiver kan derfor ikke med sikkerhet legge til grunn at de ikke senere vil bli erstatningsansvarlig, basert på at retten i forføyningssaken kom til at det ikke forelå brudd.

Som vist i kapittel 3.5.3, vektla Høyesterett i *Rabattdommen* at oppdragsgiver hadde ventet med å inngå kontrakt til forføyningssaken var avgjort.¹¹² Denne tilnærmingen har etter mitt skjønn noe for seg. En oppdragsgiver i villrede har kanskje ikke andre sikre holdepunkter enn kjennelsen å gå etter, i vurderingen av om det foreligger et brudd. Da kan det i alle fall ikke være slik at det skal straffe seg å rette seg etter kjennelsen. Dette vil jo være det aktsomme alternativet å velge.

At oppdragsgiver har rettet seg etter en frifinnende kjennelse bør etter min mening kunne vektlegges i ansvarsbefriende retning. All den tid skyld ikke er et vilkår for erstatning, vil uansett andre momenter kunne spille inn og bli avgjørende i ansvarsvurderingen.

4.2.2 Feil som er synlige for leverandørene

En annen problematikk som knytter seg til erstatningsspørsmålet og virkemiddelet midlertidig forføyning, er betydningen av at en feil er synlig for leverandørene.

I *Fosen-Linjen* uttaler Høyesterett at

«hvis tilbyderne velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunlaget, kan det normalt ikke være årsakssammenheng til tapet. Begrensning av erstatningsansvaret kan også oppstilles ut fra medvirkningsbetraktninger.»¹¹³

I *Fosen-Linjen* ble imidlertid feilen påpekt av tilbyderne to ganger underveis i konkurransen, og Høyesterett kom derfor til at årsakssammenhengen likevel var intakt.¹¹⁴ Høyesterett peker også på at det vil være uheldig hvis tilbyderne kan la være å ta opp feilen, for så å avvente konkurransens utfall før de eventuelt kommer med innvendinger og krav. Dette er jeg enig i.

Spørsmålet som her aktualiseres, er hvor mye man kan og burde kreve at tilbyderne gjør for å få rettet opp i feil som er synlige for dem. I *Fosen-Linjen* ble feilen «påpekt» to ganger, men det var ingen som tok mer drastiske skritt for å få rettet opp i feilen og konkurransesituasjonen. Hvis tilbyderne ser feil som er så alvorlige at de enten ikke ville

¹¹² *Rabattdommen*, avsnitt 57.

¹¹³ *Fosen-Linjen*, avsnitt 135.

¹¹⁴ *Fosen-Linjen*, avsnitt 136.

deltatt i konkurransen, eller at de potensielt mister førsteplassen, er det ikke rimelig å kreve at de gjør en større innsats for å få rettet opp i feilen før det er for sent?

Formålet med anskaffelsesreglene er effektiv ressursutnyttelse, og middelet for å nå dette målet er konkurranse, jf. kapittel 2.4. Det klart beste for konkurransens del, er at feilen blir rettet opp, slik at konkurransen ivaretas. Når håndhevelsen av regelverket beror på at tilbyderne agerer, er det derfor viktig at de har sterke nok insentiver til å ta de grep som er nødvendige for å få konkurransesituasjonen gjenopprettet. Det er jeg ikke sikker på at de har, hvis det er tilstrekkelig at de bare «påpeker» feilen. Spørsmålet er dermed hvor mye man burde kunne kreve av tilbyderne dersom feilen er synlig.

I andre land, som for eksempel Sverige, er det regnet som en del av leverandørens tapsbegrensningsplikt å begjære overprøving av oppdragsgivers beslutning. Denne overprøvingen fra en forvaltningsdomstol kan sammenlignes med det norske systemet om midlertidig forføyning. Etter svensk rett risikerer leverandør altså at erstatningen blir satt ned som følge av unnlatt begjæring om overprøving.¹¹⁵

Problemet med å innføre en slik regel i norsk rett, er at en leverandør som begjærer midlertidig forføyning, risikerer å måtte erstatte forsinkelseskostnadene dersom de ikke får medhold i at det foreligger et krav.¹¹⁶ Man setter altså leverandørene i en vanskelig situasjon hvis muligheten til å få tilkjent erstatning faller bort som følge av at de ikke er villig til å ta en potensielt stor, økonomisk risiko.

På den andre siden er dette kanskje dette bare et teoretisk problem, da jeg ikke er kjent praksis hvor man har kommet til at leverandør blir ansvarlig for kostnadene ved en midlertidig forføyning. Likevel kan ikke muligheten utelukkes, og det kan kanskje ikke kreves at leverandør skal tåle en slik risiko, som faktisk er reell.

Dessuten kan det nok tenkes at til og med en teoretisk mulighet er nok til å gå på tvers av prinsippet om effektivitet, og at et krav om at tilbyder utsetter seg for en økonomisk risiko for å kunne kreve erstatning, avskjærer den muligheten til erstatning som leverandørene «i prinsippet» skal ha for å overholde effektivitetsprinsippet.¹¹⁷

¹¹⁵ Fredriksen og Strandberg (2018), punkt 3.3.

¹¹⁶ Tvl. § 32-11.

¹¹⁷ *Fosen-Linjen*, avsnitt 75.

Det kan altså både argumenteres for begge sider av saken. Hensynet til leverandørene tilsier at det blir for strengt å oppstille et krav om at de som mener at regelverket er brutt må gå til midlertidig forføyning, men håndhevelsen, som skal fremme anskaffelsesreglenes formål, blir ineffektiv dersom man ikke gir leverandørene sterke nok insentiver.

Det kan dermed se ut til at en mellomløsning hadde gitt den beste balansen mellom hensynet til skadelidte leverandør, og hensynet til effektiv ressursbruk. Som Høyesterett påpeker i *Fosen-Linjen* i avsnitt 137, i anledning AtBs anførsel om at det i andre land finnes preklusjonsregler for disse situasjonene, må det imidlertid være en lovgiveroppgave å finne denne balansen og innføre slike regler i Norge.

5 Avslutning

Gjennom denne avhandlingen har jeg drøftet innholdet i kravet «tilstrekkelig kvalifisert brudd», basert på en vurdering av de foreliggende rettskilder og gjeldende hensyn på området.

Den sentrale rettskilden – *Fosen-Linjen*, angir noen relevante momenter og retningslinjer for vurderingen, men normens innhold er langt fra avklart med dette. Her må det også kommenteres at dommen på noen punkter er vanskelig å forstå, sannsynligvis fordi Høyesterett har vært tilbakeholde med å gå i dybden på de enkelte momenter. I mangel av andre autoritative kilder, kan det med sikkerhet sies at det ennå gjenstår en del, før normens innhold er avklart.

Inntil den tid, er man henvist til å bygge på andre kilder, det være seg hensyn, prinsipper og rimelighetsbetraktninger, slik jeg har gjort i denne avhandlingen, eller tidligere rettspraksis og likhetstrekk, slik man ser antydning til ellers i teorien.¹¹⁸

Gitt den store betydningen ansvarsnormen har i et samfunnsøkonomisk perspektiv, er det uansett viktig både å få en avklaring på normens innhold, og at dette innholdet er basert på en grundig vurdering av hvordan man best kan ivareta formålet med erstatningen som håndhevelsesmekanisme. I forlengelsen av dette, er det klart at man ikke bare må vurdere ansvarsnormen som sådan, men også hvordan den inngår i en større sammenheng, og hvordan dens innhold kan få ringvirkninger for andre deler av anskaffelsesregelverket, jf. kapittel 4.

¹¹⁸ Se note 47.

Kildeliste

Lover

- | | |
|------|---|
| 1969 | Lov 13. juni 1969 om skadeserstatning
(Skadeserstatningsloven – skl.) |
| 1992 | Lov 27. november 1992 om gjennomføring i
norsk rett av hoveddelen avtale om Det
europæiske økonomiske samarbeidsområde
(EØS) mv. (EØS-loven – EØSl.) |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og
rettergang i sivile tvister (Tvisteloven – tvl.) |
| 2016 | Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige
anskaffelser (Anskaffelsesloven – LOA) |

Forskrifter

- | | |
|------|--|
| 2002 | Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om
klagenemnd for offentlige anskaffelser |
| 2016 | Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om
offentlige anskaffelser
(Anskaffelsesforskriften – FOA) |

Forarbeider

- | | |
|-------------|---|
| NOU 2014: 4 | NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre
anskaffelser: Forenkling av det norske
anskaffelsesregelverket |
|-------------|---|

Prop. 51 L

Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser

Traktater og EU-direktiver

EØS-avtalen

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2.mai 1992, inntatt i EØS-loven av 27.november 1992, norsk utgave

Håndhevelsesdirektivet

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter

Anskaffelsesdirektivet

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

«*Gesimsdommen*»

Rt. 1939 s. 766 A

«*Firesafe*»

Rt. 1997 s. 574 A

«*Trampettdommen*»

Rt. 1997 s. 1081 A

«*Finanger I*»

Rt. 2000 s. 1811 P

«*Nucleus*»

Rt. 2001 s. 1062 A

«Allseas»	Rt. 2005 s. 597 A
«Rabattdommen»	Rt. 2008 s. 1705 A
«Mika»	Rt. 2012 s. 1729 A
	HR-2019-830-A
«Fosen-Linjen»	HR-2019-1801-A

Underrettspraksis

LF-2015-187242	Frostating lagmannsrett, 2018-03-02, LF-2015-187242
LB-2017-94201	Borgarting lagmannsrett, 2018-12-17, LB-2017-94201
«Espressobønnesaken»	Borgarting lagmannsrett, 2021-04-20, LB-2020-37901
TSTRO-2014-38423	Sør-Trøndelag tingretts dom av 2. oktober 2015 (TSTRO-2014-38423)

KOFA

KOFA-2021-1000	KOFA-2021-1000, 2021-07-08 (Storenemnd)
----------------	--

EU-domstolen

<i>Brasserie du Pêcheur</i> [P] C-46/93 og C-48/93	Dom av 5. mars 1996 [P], <i>Brasserie du Pêcheur</i> , forente saker C-46/93 og C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79
--	--

Haim [P] C-424/97

Dom av 4. juli 2000 [P], *Haim*, C-424/97,
ECLI:EU:C:2000:357

Strabag [C5] C-314/09

Dom av 30. september 2010 [C5], *Strabag*,
C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567

Combinatie [C5] C-568/08

Dom av 9. desember 2010 [C5],
Combinatie, C-568/08,
ECLI:EU:C:2010:751

Max Havelaar [C5] C-368/10

Dom av 10.mai 2012 [C5], *Max Havelaar*,
C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284

EFTA-domstolen

«*Sveinbjörnsdóttir*»

Rådgivende uttalelse i sak E-9/97, Erla
María Sveinbjörnsdóttir mot Island, EFTA
Ct. Rep. 1998 s. 95

«*Karlsson*»

Rådgivende uttalelse i sak E-4/01, Karl K.
Karlsson hf. mot Island, EFTA Ct. Rep.
2002 s. 240

«*Fosen I*»

Rådgivende uttalelse i sak E-16/16, Fosen-
Linjen AS mot AtB AS, EFTA Ct. Rep.
2017 s. 617

«*Fosen II*»

Rådgivende uttalelse i sak E-7/18, Fosen-
Linjen AS, støttet av Næringslivets
Hovedorganisasjon mot AtB AS

Juridisk litteratur

- Arnesen (2020a) Arnesen, Finn, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene» *Nytt i privatretten (NiP)* 2020 nr. 1
- Arnesen (2020b) Arnesen, Finn, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen», i *Offentlige kontrakter; aktuelle tema*, 1. utgave, Trygstad, Kristian Jåtog og Espen I. Bakken (red.), Gyldendal juridisk 2020
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne, *Offentlige anskaffelser – Regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013
- Dragsten, *Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 14-1 Dragsten, Marianne, *Norsk Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 14-1, Juridika.no (lest 03.12.2021)
- Dragsten, *Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 23-5 Dragsten, Marianne, *Norsk Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften*, kommentar til § 23-5, Juridika.no (lest 08.12.2021)
- Dragsten, *Lovkommentar: Anskaffelsesloven*, kommentar til § 4 Dragsten, Marianne, *Norsk Lovkommentar: Anskaffelsesloven*, kommentar til § 4, Juridika.no (lest 08.12.2021)
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018
- Fredriksen og Strandberg (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i

- anskaffelsessaker» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018 nr. 2-3, s. 141-205
- Fredriksen (2020) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Høyesteretts dom i Fosen-Linjen: Stor ståhei om status quo?» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2020 nr. 2-3, s. 306-336
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Ode Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen og Line Camilla Werner, *Anskaffelsesrett: i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS 2017
- Goller og Ekre (2020) Goller, Morten og Oda H. Ekre, «Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene» *Tidsskrift for forretningsjus* 2020 nr. 1-2, s. 83-120
- Hagstrøm og Stenvik (2019) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019
- Lund (2019) Lund, Dag Sørli, «Special issue on the Legal Remedies and Implications from the Fosen-Linjen Case · The Fosen-Linjen Saga – A Norwegian perspective» *European*

*procurement & public private partnership
law review* (2019), Vol.14 (4), s. 230-240

Monsen (2012)

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk 2012

Røstum (2017)

Røstum, Helge, «Ansvarsgrunnlaget ved krav om positiv kontraktsinteresse etter anbudskonkurranse» *Lov og Rett* 2017, nr. 6, s. 356-270

Sejersted mfl. (2011)

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011

Skoghøy (2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018

Strømsnes (2021)

Strømsnes, Kristian, *Anskaffelsesrettslig «uten virkning»; Vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes «uten virkning»*, 1. utgave, Cappelen Damm AS 2021