

ERSTATNINGSRETTSLIGE KONSEKVENSER VED SAKLIG AVLYSNING

I lys av Fosen-Linjen.

Kandidatnummer: 99

Antall ord: 13168



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 INNLEDNING.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Bakgrunn	4
1.2.1 Rettslig plassering.....	4
1.2.2 Avgrensninger.....	4
1.3 Rettskilder.....	5
1.3.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser	5
1.3.2 Praksis fra EØS-rettslige organer	6
1.3.3 Praksis fra EU-domstolen	7
1.3.4 Effektivitetsprinsippet	8
1.3.5 Innledende om saksforholdet i Fosen	8
2 AVLYSNINGSADGANGEN.....	11
2.1 Bakgrunnen for avlysningsregelen	11
2.2 Det objektive vilkåret for saklig avlysning.....	12
2.2.1 Overordnet om underproblemstilling	12
2.2.2 Concord – det tradisjonelle utgangspunktet blir til	13
2.2.3 Saklighetsvurderingen – kun et objektivt vilkår?	15
2.3 Ny tilnærming i Fosen?.....	17
2.3.1 Fremgangsmåten for saklighetsvurderingen.....	17
2.3.2 Gjelder et subjektivt vilkår etter Fosen?	20
2.3.3 Nærmere om terskel for «saklig grunn»	22
2.4 Avsluttende bemerkninger	23
3 ERSTATNING VED SAKLIG AVLYSNING.....	26
3.1 Erstatningsrettslige konsekvenser ved lovlig avlysning	26
3.1.1 Overordnet	26
3.1.2 Innledende om erstatningsbestemmelsen.....	26
3.1.3 Innledende om erstatningsvilkårene.....	27
3.2 Kravet til ansvarsgrunnlag – tradisjonelt	28
3.2.1 Innledende om vilkåret.....	28
3.2.2 Tradisjonell rettspraksis om ansvarsnormen	27
3.3 Høyesterett sin tilnærming til ansvarsgrunnlaget i Fosen	31
3.3.1 Mangel på saklig grunn som selvstendig ansvarsgrunnlag?.....	31
3.3.2 Utforming av ny ansvarsnorm	32
3.4 Avsluttende bemerkninger	37
3.5 Kravet til årsakssammenheng	39
3.5.1 Innledende om vilkåret.....	39
3.5.2 Tradisjonelt utgangspunkt.....	39
3.5.3 Høyesterett sin tilnærming i Fosen	41
3.5.4 Avsluttende bemerkninger	43
Kildeliste.....	45

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Offentlig sektor anskaffer for omkring 500-600 milliarder kroner årlig.¹

Anskaffelsesprosessen skjer i korte trekk ved at offentlige oppdragsgivere lyser ut anbudskonkurranse og interesserte leverandører melder seg og inngir tilbud. En utlyst anbudskonkurranse avsluttes som regel ved at kontrakt inngås mellom oppdragsgiver og den leverandøren som har fått best uttelling på bakgrunn av kravene i konkurransedokumentene.

Det er likevel ikke gitt at enhver konkurranse kan gjennomføres som planlagt, og avlysningssituasjonen er et unntak fra dette utgangspunktet. Det kan eksempelvis hende at oppdragsgiver sine behov endrer seg underveis i prosessen, eller at det foreligger en feil som ikke kan rettes på annen måte enn avlysning. I slike tilfeller er det aktuelt å avlyse konkurransen, og det kan være forhold på oppdragsgiver sin side som kan gjøre han erstatningsansvarlig overfor leverandører som lider et tap som følge av dette.

Oppdragsgiver sin avlysningsadgang fremkommer av forskrift om offentlige anskaffelser § 10-4 (1) og § 25-4 (1),² hvor det oppstilles et vilkår om «saklig grunn» for lovlig avlysning med «umiddelbar virkning». Ved avlysning oppstår det spørsmål om oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig overfor leverandør som har lidt et tap som følge av avlysningen, og hvor vidt et eventuelt erstatningsansvar favner avhenger i stor grad av om avlysningen er saklig begrunnet.

Den konkrete fremgangsmåten ved vurdering av om saklig grunn foreligger, samt innholdet i erstatningsvilkårene ved saklig avlysning, er særlig aktualisert etter at Høyesterett avsa dom i *Fosen* høsten 2019.³ Dommen fikk mye oppmerksomhet både på et nasjonalt plan og internasjonalt, og det er grunn til å stille spørsmål ved om rettstilstanden er endret etter denne.

Sett i lys av *Fosen* er spørsmålet i avhandlingen i all hovedsak hva som er gjeldende rett for hvordan vurderingen av om «saklig grunn» for avlysning skal foretas, og hva det nærmere

¹Nettsiden til direktoratet for forvaltning og økonomistyring om «Det offentliges pengebruk».

²Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

³HR-2019-1801-A.

innholdet i erstatningsvilkårene ved saklig avlysning er. Spørsmålet forsøkes besvart gjennom en rettsdogmatisk analyse av sentrale rettskilder.

1.2 Bakgrunn for problemstillingen

1.2.1 Rettslig plassering

For å sikre at allmennheten har tillit til at det offentlige opptrer med integritet og disponerer over fellesskapets midler på en fornuftig og effektiv måte i anskaffelsesprosesser,⁴ er det avgjørende at anskaffelsesregelverket etterlevs. Erstatningsansvar anvendes følgelig som et rettsmiddel for å sikre at oppdragsgiver etterlever den materielle anskaffelsesretten. Dersom oppdragsgiver misligholder sine forpliktelser må leverandør ha mulighet for kompensasjon.

Oppdragsgiver sin avlysningsadgang i forskriften må ses i lys av at oppdragsgiver aldri har en kontraheringsplikt. Dette er et alminnelig utgangspunkt, lagt til grunn av blant annet EFTA-domstolen i deres første rådgivende sak for *Fosen* inntatt i E-16/16, hvor det uttales at oppdragsgiver ikke har noen «plikt til å føre anbudskonkurransen til ende».⁵ Dette innebærer at oppdragsgiver i realiteten har mulighet til å avlyse en konkurranse på hvilket som helst tidspunkt i løpet av en anskaffelsesprosess, så lenge dette skjer i tråd med EU/EØS-rettens grunnleggende regler og prinsipper. Del II av avhandlingen vies til saklighetskriteriet.

Dersom oppdragsgiver avlyser en konkurranse uten «saklig grunn», så vil dette i seg selv utgjøre et «brudd på loven» jf. anskaffelseslovens § 10. Konsekvensen av dette er at oppdragsgiver kan risikere å måtte erstatte den positive kontraktsinteresse overfor leverandør som har «lidt tap» som følge av lovbruddet. Det alminnelige utgangspunktet er at en avlysning som er saklig begrunnet utelukker at oppdragsgiver kan bli ansvarlig for å erstatte den positive kontraktsinteresse. Erstatning er imidlertid ikke helt utelukket ved saklig avlysning, og det oppstår et spørsmål om oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteresse.⁶ Del III av avhandlingen vies innholdet i erstatningsvilkårene for den negative kontraktsinteresse.

⁴ Jf. anskaffelsesregelverkets formål i lov 17. juni 2016 nummer 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 1.

⁵ Sak E-16/16 premiss 105, men også EU-domstolen sin sak C-92/00 premiss 47, samt NOU 1997:21 s. 139.

⁶ NOU 2014:4 side 245.

1.2.2 Avgrensninger og presiseringer

Både avlysning og erstatning er vide temaer innenfor anskaffelsesretten, og derfor er det nødvendig å tydeliggjøre hvilke avgrensninger som blir gjort i denne avhandlingen.

Til anskaffelsesloven finnes det en rekke tilhørende forskrifter,⁷ hvorav blant annet forsyningsforskriften og konsesjonsforskriften i likhet med anskaffelsesforskriften regulerer oppdragsgiver sin adgang til å avlyse en konkurranse. Av ordens- og tidsmessige hensyn er behandlingen i denne oppgaven begrenset til anskaffelsesforskriften, som for øvrig er den mest sentrale forskriften som utfyller anskaffelsesloven. Det avgrenses videre mot behandling av avlysningsbestemmelsen inntatt i forskriftens del II § 10-4 (1) ettersom denne ikke er aktualisert i *Fosen*. Drøftelsen av saklighetskriteriet knytter seg følgelig kun til § 25-4 (1), og fordi denne er inntatt i forskriftens del III vil EU/EØS-rettslige kilder tillegges vekt i tillegg til nasjonale rettskilder. Den nærmere sammenhengen her omtales i punkt 1.3.2.

I den nærmere drøftelsen av hvilket innhold vilkårene for erstatning ved saklig avlysning må anses å ha er det vilkårene om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng, inntatt i anskaffelsesloven § 10, som undersøkes. I tillegg til nasjonal rettspraksis er EU/EØS-praksis og direktiver også høyst aktuelle rettskilder. Det blir av tidsmessige hensyn ikke gått nærmere inn på konkrete tilfeller og avlysningsgrunner som i seg selv utgjør saklig grunn for avlysning, annet enn de ytterpunktene som er oppstilt i *Fosen*.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I konkurranser om offentlige anskaffelser opereres det med nokså strenge tidsrammer, og domstolsbehandling tar relativt lang tid. For å sikre at leverandørene har en effektiv klagemulighet, ble klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter «klagenemnda») opprettet i 2002 med hjemmel i anskaffelsesloven § 11.⁸ Det er omdiskutert hvor mye vekt klagenemnda sin praksis kan tillegges som selvstendig rettskilde, når deres konklusjoner i utgangspunktet er av veiledende karakter og ikke kan håndheves.⁹

⁷Anskaffelsesloven § 16.

⁸ Se Prop. 51 L (2015-2016) side 85.

⁹ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 (klagenemndsforskriften) § 12.

Vedrørende hvilken vekt klagenemnda sine avgjørelser kan tillegges som selvstendig rettskildefaktor, uttalte klagenemnda selv om dette i sak 2021/1000 at «klagenemndas praksis ikke er en tungtveiende rettskilde», ettersom «klagenemndspraksis ikke er entydig [...] [og] i senere saker har klagenemnda hatt en annen tilnærming til dette spørsmålet».¹⁰ Én enkelt konklusjon fra klagenemnda har derfor ikke så mye rettskildeværdi i seg selv. I praksis er realiteten en annen i tilfeller der klagenemnda har fått anledning til å uttale seg om samme tema gjentatte ganger og legger samme rettsoppfatning til grunn. Klagenemndssekreteriatet har nemlig ekspertise innenfor anskaffelsesretten sammenlignet med for eksempel en alminnelig domstol, og er derfor ofte godt egnet til å komme til riktig resultat i en sak.

Avgjørelsene til klagenemnda er dermed først og fremst av relevant rettskildemessig betydning for nasjonale domstoler når anskaffelsessaker er oppe for behandling. Når Høyesterett bruker klagenemnda sine saker i sin argumentasjon vil konklusjonene fra klagenemnda tillegges avledet vekt.

Utover dette kan det ikke sies at den samlede rettskildemessige betydningen av en klagenemndssak er noe særlig større enn juridisk litteratur.¹¹ Unntaket fra dette er gebyrsaker, hvor klagenemnda sin konklusjon vil være rettslig bindende, og gebyr kan tvangsinnføres fra oppdragsgiver.¹²

1.3.2 Praksis fra EØS-rettslige organer

En konsekvens av at Norge har signert EØS-avtalen,¹³ som er hovedfundamentet i Norge sitt samarbeid med EU, er at nasjonale oppdragsgivere plikter å følge de bakenforliggende anskaffelsesrettslige EU/EØS-direktiver. Når en nasjonal anbudskonkurranse overstiger de EØS-rettslige verdiene oppstilt i blant annet forskriftens § 5-3 (1), vil oppdragsgiver måtte forholde seg til bestemmelsene i forskriftens del III som er en gjennomføring av de nevnte direktiver. Dermed får EU/EØS-rettslig praksis betydning ved tolkning av de nærmere bestemmelsene i del III, herunder avlysningsbestemmelsen i § 25-4 (1).

Hva gjelder håndhevelse av de EØS-rettslige reglene, følger det av EØS-lovens artikkel 34 (1) at «Det hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-

¹⁰ KOFA sak 2021/1000 premiss 33.

¹¹ Thue og Buan m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, (2018) side 35.

¹² Anskaffelsesloven § 12.

¹³ Avtale om det europeiske samarbeidsområde 2. mai 1992 nr. 1.

avtalen».¹⁴ Ordlyden «rådgivende uttalelse» tilsier at EFTA-domstolen sine avgjørelsen ikke er formelt bindende, i motsetning til for eksempel EU-domstolen sine avgjørelser. Høyesterett omtalte betydningen av EFTA-domstolen sine rådgivende uttalelser i RT-2000-1811:

«Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 [...] (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse. Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt.»¹⁵

Dette innebærer at selv om EFTA-domstolen har kompetanse til å avgjøre tvister som knytter seg til forståelsen av de EØS-rettslige anskaffelsesreglene, må Høyesterett selv foreta en selvstendig vurdering etter å ha mottatt en rådgivende uttalelse. Det er Høyesterett som har en plikt til å komme med en endelig konklusjon i EØS-rettslige temaer ettersom det er en nasjonal avgjørelse som skal foretas, og ikke av en ekstern EØS-domstol.

Fordi EFTA-domstolen sine uttalelser i all hovedsak er av veiledende karakter vil de ikke være bindende for avgjørelsen av rettsspørsmålet for norske domstoler,¹⁶ men det vil som regel «kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den».¹⁷ Utgangspunktet er følgelig at norske domstoler i prinsippet kan tolke regelverket på en annen måte enn det som følger av EFTA-domstolen sin rådgivende uttalelse. EFTA-domstolen sin tolkning av EØS-retten skal i slike tilfeller tillegges vesentlig vekt i rettsanvendelsen.¹⁸

1.3.3 Praksis fra EU-domstolen

EU-domstolen er den øverste domstolen innenfor EU-retten,¹⁹ og under denne ligger Underretten. I saker hvor EU-organer selv anskaffer går saker til Underretten, og EU-domstolen er da kun en ankeinstans. I foreleggelsessaker og traktatsbruddsøksmål fra medlemsstatene går saker som regel til EU-domstolen. Det følger av EØS-avtalen artikkel 6 at:

¹⁴ Lov 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven). Se artikkel 34 (1) under protokoll 25, kapittel «Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol».

¹⁵ RT-2000-1811 side 1820.

¹⁶ EØS-loven artikkel 34 (1).

¹⁷ RT-2013-258 avsnitt 94.

¹⁸ Jf. RT-2000-1811 side 1820 og RT-2013-258 avsnitt 17.

¹⁹ Se TEUV artikkel 19.

«Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale, og med forbehold for den fremtidige utvikling av rettspraksis, skal bestemmelsene [...] fortolkes i samsvar med de relevante rettsakter som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale.»

Dette innebærer at norske domstoler skal tolke bestemmelser som gjennomfører EØS-rettslige regler i samsvar med praksis fra EU-domstolen. Ordlyden gir isolert sett en anvisning på at norske domstoler kun er forpliktet til å følge praksis fra «før undertegning av denne avtale», men det er i rettspraksis tatt utgangspunkt om at artikkel 6 gir uttrykk for et mer generelt rettshomogenitetsprinsipp, noe som innebærer at også senere avgjørelser fra EU-domstolen også utgjør sentrale rettskilder. Følgelig vil all rettspraksis fra EU-domstolen være en tungtveiende rettskildefaktor for norske ved fastsettelse av anskaffelsesbestemmelsenes nærmere innhold.

1.3.4 Effektivitetsprinsippet

I avhandlingen behandles flere saker fra EU-domstolen hvor den henviser til det EU-rettslige effektivitetsprinsippet,²⁰ forankret i Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nummer.²¹ Av den grunn er det hensiktsmessig å kort redegjøre for innholdet i prinsippet.

Kjernen i prinsippet er etter Håndhevelsesdirektivet at erstatningsansvar skal anvendes som et rettsmiddel for å sikre at medlemsstatene etterlever den materielle EU/EØS-retten. Det norske anskaffelsesregelverket implementerer Håndhevelsesdirektivet. Ettersom dette ikke regulerer erstatning direkte, er det overlatt til ethvert EØS-land å «fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser».²² Der en stat har fastsatt anskaffelsesrettslige erstatningsregler, må disse følgelig være i overensstemmelse med de alminnelige prinsippene om likebehandling og effektivitet.²³

1.3.5 Innledende om saksforholdet i Fosen

²⁰ Herunder sakene C-92/00, C-314/09 og C-440/13.

²¹ Direktiv 89/665/EØF.

²² Sak E-16/16 (Forsen Linjen I) premiss 70.

²³ Sakene C-568/08 premiss 90, C-314/09 premiss 33, E-16/16 premiss 70, E-7/18 premiss 113-114.

Formålet med avhandlingen presentert innledningsvis, er å forsøke å fremstille hva som er gjeldende rett vedrørende hvordan vurderingen av saklighetsvilkåret skal foretas ved avlysning, og hva det nærmere innholdet i erstatningsvilkårene faktisk er. For å avdekke dette må det som tradisjonelt er lagt til grunn i rettsanvendelsen sammenlignes med Høyesterett sin tilnærming til spørsmålene i *Fosen-dommen*. Ettersom dommen omhandler begge temaene, er det av ordensmessig hensyn praktisk å presentere saksforholdet kort innledningsvis, slik at drøftelsen i hoveddelen blir mer oversiktlig.

Fosen-dommen er foreløpig den nyligste dommen hvor Høyesterett vurderer saklighetskravet, så vel som de erstatningsrettslige konsekvenser for avlysning med saklig begrunnelse. Dommen er avsagt med dissens 4-1, som knytter seg til de nærmere vilkår for erstatning av negativ kontraktsinteresse. Dommerne er enige om premissene vedrørende avlysning. Dissensdommer gir ikke sjeldent uttrykk for at det som er behandlet ikke er fullstendig avklart, og at det foreligger usikkerhet knyttet til hvordan løsningen av et rettsspørsmål må være.²⁴ Rettens tolkning av rettskildene vil likevel normalt være tungtveiende, og det knyttes noen tanker opp mot dette i den nærmere drøftelsen i hoveddelen.

Bakgrunnen for *Fosen-saken* var at oppdragsgiver AtB hadde utlyst en konkurranse om fergetjenester, og kontrakt ble tildelt leverandør Norled. Fosen-Linjen påklaget denne tildelingen, og tok ut begjæring om midlertidig forføyning før klageresultatet i det hele tatt var klart. Byfogdembete kom til at evalueringen av konkurransen var i strid med regelverket; tildelingskriteriet «miljø» var ulovlig utformet. På bakgrunn av dette, og usikkerheten som oppstod som følge av forføyningssaken, valgte AtB å avlyse konkurransen.

Fosen-linjen reiste så sak og krevde primært den positive kontraktsinteresse erstattet, fordi de mente at Norled skulle ha blitt avvist, og at konkurransen ikke skulle ha blitt avlyst. Fosen-Linjen mente at de skulle ha fått tildelt kontrakt dersom konkurransen hadde blitt gjennomført i tråd med regelverket, og dersom den ikke ble avlyst. Spørsmålet Høyesterett behandlet var primært om AtB hadde «saklig grunn» til å avlyse konkurransen. I det foreliggende tilfellet var spørsmålet om AtB sin avlysning var i tråd med kravet om «saklig grunn» inntatt i forskrift fra 2006 § 13-1; saken hadde for øvrig blitt behandlet etter § 25-4 (1) i någjeldende forskrift.

²⁴ Høgberg og Øyrehagen, *Juridisk metode og tenkemåte*, (2019) side 93.

I vurdering av erstatningsutmålingen var spørsmålet hva som nærmere ligger i kravet om årsakssammenheng og ansvarsgrunnlag for den negative kontraktsinteresse, ettersom vilkårene for den positive kontraktsinteresse ikke var oppfylt.

Både Høyesterett og lagmannsretten sendte anmodning om uttalelse fra EFTA-domstolen med spørsmål om hvordan det EØS-retten skal tolkes, og om tradisjonell norsk regulering var i tråd med denne. De rådgivende kjennelsene ble avsagt i henholdsvis sakene E-16/16 *Fosen I* og E-7/18 *Fosen II*.

2 AVLYSNINGSADGANGEN

2.1 Bakgrunn for avlysningsregelen

2.1.1 EU/EØS-rettslige rammer for nasjonal avlysningsadgang

Som nevnt i punkt 1.3.2, er Norge som EØS-stat forpliktet til å følge de bakenforliggende EU-direktivene, og forskriftens del III er en gjennomføring av disse. Når det ikke foreligger noen regler i verken det tidligere Innkjøpsdirektiv 2004/18/EF eller det någjeldende 2014/24/EU som direkte regulerer oppdragsgiver sin adgang til å avlyse en anbudskonkurranse, er spørsmålet hvilke EØS-rettslige reguleringer og rammer som har betydning for avlysningsreguleringen i nasjonal anskaffelsesrett.

I Innkjøpsdirektivet fra 2004 oppstilles det en begrunnelsesplikt for oppdragsgiver i tilfeller der det er «besluttet ikke at inngå en rammeaftale eller tildele en kontrakt, som har vært utbudt, men at påbegynde proceduren på ny eller at indføre et dynamisk innkjøpssystem».²⁵ Vi finner en tilsvarende bestemmelse i artikkel 55 nr. 1 i någjeldende Innkjøpsdirektiv. EFTA-domstolen uttaler i *Fosen I* at denne bestemmelsen «implisitt åpner for muligheten til ikke å tildele en kontrakt. Følgelig har oppdragsgiver ingen plikt til å føre anbudskonkurransen til ende.»²⁶

Avlysningsadgangen EFTA-domstolen utleder av Innkjøpsdirektivet må ses i lys av det alminnelige utgangspunkt om at oppdragsgiver aldri har en kontraheringsplikt, oppstilt i punkt 1.2.1. Det finnes altså en avlysningsadgang EU/EØS-retten, og det er opp til enhver av «medlemsstaterne i deres lovgivning fastsetter muligheten for at vedtage en afgørelse om tilbakekaldelse af et udbud». ²⁷ Utgangspunktet må etter dette være at Norge som EØS-land har en betydelig frihet til å selv regulere avlysningsspørsmålet. Vilkåret for dette er at de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om ekvivalens og effektivitet må overholdes,²⁸ og at avlysning da må skje i henhold til nasjonale regler. Det ligger følgelig

²⁵ Direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nummer 1.

²⁶ Sak E-16/16 premiss 105.

²⁷ Sak C-440/13 *Croce Amica* premiss 35.

²⁸ Sakene E-16/16 premiss 70, E-7/18 premiss 113 til 114, C-314/09 premiss 33, C-568/08 premiss 90.

utenfor EU-domstolen sin jurisdiksjon å vurdere konkrete avlysningstilfeller – dette er forbeholdt nasjonale domstoler.

Avlysningsadgangen er som kjent regulert i anskaffelsesforskriftens § 25-4 (1). Bakgrunnen for at vilkåret om «saklig grunn» for avlysning ble inntatt i denne, er at Høyesterett vurderte den nasjonale avlysningsadgangen i *Concord-sakene*, og innfortolket at et saklighetsvilkår måtte gjelde på bakgrunn av EU-direktiver og -praksis.²⁹

I dommen inntatt i RT-2000-1706-U *Concord I* kom kjæremålsutvalget til at lagmannsretten i forutgående behandling hadde lagt feil lovtolkning til grunn når «bygget på at det ikke må innfortolkes et saklighetskrav i 1992-loven § 4 2. ledd».³⁰ Selv om det ikke forelå skriftlige krav om «saklig grunn» ved avlysning i dagjeldende forskrift, kom kjæremålsutvalget i etterfølgende sak RT-2001-473-U *Concord II* til at dette måtte utledes av begrunnelsesplikten som oppstilles for oppdragsgiver ved avlysning i EU-retten.³¹ Kjæremålsutvalget utledet i all hovedsak saklighetskravet på bakgrunn av «de EU-direktiver som de nevnte regelsett er ment å implementere i norsk rett»,³² og kom på ulovfestet grunnlag at dette vilkåret måtte gjelde ved avlysning i nasjonal anskaffelsesrett.

På bakgrunn av dette ble det etter *Concord II* innfortolket et krav om «saklig grunn» i avlysningsbestemmelsene som ble inntatt i forskriften fra 2001. Bestemmelsene i henholdsvis del II og del II av forskriften kom på banen like etter at Høyesterett kom med sin slutning. Bestemmelsene er videreført i dagens forskrift, med identisk ordlyd og uten realitetsendringer. Av den grunn vil eldre rettspraksis i utgangspunktet være høyst relevant ved tolkningen av någjeldende avlysningsbestemmelse.

2.2 Det objektive vilkåret for saklig avlysning

2.2.1 Overordnet om underproblemstilling

Concord II har i lang tid hatt en særstilling når det er en av få høyesterettsavgjørelser om «saklig grunn» for avlysning. Når dette er en dom avsagt av høyesteretts kjæremålsutvalg er det diskuterbart hvor mye vekt denne faktisk kan få, sammenlignet med en alminnelig

²⁹ Merk at saksforholdet og rettssetninger behandles nærmere i punkt 2.2.2.

³⁰ RT-2000-1706-U s. 1710.

³¹ Se eksempelvis sak 92/00 premiss 39 og 41.

³² RT-2001-473 side 475.

høyesterettsavgjørelse. Hovedgrunnen til at dommen har hatt prejudikatvirkning på avlysningsområdet innenfor anskaffelsesretten, er nok fordi rettskildebildet ellers er magert. Derfor har det vært naturlig for både domstoler og klagenemnda å bruke denne som en henvisning for gjeldende rett i nesten 20 år.³³ Det er likevel rom for å stille spørsmål ved om tilnærmingen utpenslet i denne faktisk kan ha status som gjeldende rett, når den er i strid med det som er oppstilt i NOU 1997:21

Det foreligger altså motstridende tolkingsstandpunkt i forarbeidene og rettspraksis om hvordan vurderingen av «saklig grunn» for avlysning skal foretas. En ytterligere konsekvens av at § 25-4 (1) er inntatt i forskriftens del III, er at det som fremgår av NOUene i utgangspunktet får begrenset vekt der det foreligger mer tungtveiende rettskilder fra henholdsvis EU-direktivene og EU-domstolen.³⁴ Vi finner likevel støtte for synspunktene inntatt i NOUene også på andre steder, herunder i praksis fra underinstanser og klagenemnda. Totalt sett er disse egnet til å gi et mer generelt uttrykk for hva som kan være gjeldende rett dersom de gir uttrykk for samme rettsoppfatning.

I det følgende skal jeg undersøke hva som kan utledes av *Concord II* som den mest sentrale rettskilden og utgangspunktet for det tradisjonelle utgangspunktet for saklighetsvurderingen. Videre er det hensiktsmessig med hensyn til etterfølgende drøftelse om *Fosen* i punkt 2.3, å også undersøke om det som utledes av denne er forenlig med forskriftgivers vilje i NOU 1997:21, og Forenklingutvalgets utredning av gjeldende rett for saklighetsvurderingen oppstilt i NOU 2014:4.

2.2.2 Concord – det tradisjonelle utgangspunktet blir til

Concord-sakene gjaldt totalforkastelse av innkomne tilbud knyttet til en tilbudskonkurranse om oppføring og leie av skolebygg, utlyst av Høgskulen i Sogn og Fjordane. I det tidligere anskaffelsesregelverket ble avlysning av konkurranse og totalforkastelse av tilbud benyttet som to separate handlingsalternativer, mens den någjeldende anskaffelsesforskrift ikke skiller mellom disse to og omtaler kun avlysning.³⁵

³³ Se eksempelvis LA-2006-5237 og RT-2007-983, samt klagenemnda sin sak 2008/60 – henvist til i etterfølgende saker, herunder 2008/177 avsnitt 31, 2008/216 avsnitt 34 flg., 2009/135 avsnitt 15 flg.

³⁴ Thue og Buan m.fl. (2018) side 36.

³⁵ NOU 2014:4 side 246.

Kjæremålsutvalget kom til at det må oppstilles et krav om «saklig grunn» i avlysningsadgangen. Til det nærmere innholdet i saklighetsvurderingen i avlysningsbestemmelsen ble det lagt til grunn at «det sentrale må være om avlysningen etter en *totalvurdering* finnes å være saklig begrunnet».³⁶ Altså tok kjæremålsutvalget det standpunkt at det skal foretas en helhetlig vurdering av om avlysningen i seg selv hviler på en fullt ut forsvarlig vurdering og at det i vurderingen må «tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva byggherren ønsket å oppnå med den».³⁷

I det foreliggende tilfellet fant oppdragsgiver ut at en annen løsning enn den som var beskrevet i innbydelsen var mer økonomisk gunstig. Kjæremålsutvalgets slutter seg til lagmannsretten sitt syn om at

«det ikke i seg selv kan anses som en usaklig grunn for avlysningen at en annen løsning enn det som er beskrevet i innbydelsen, oppfattes å være økonomisk gunstigere. Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime.»³⁸

Det oppstilles her et utgangspunkt om at økonomiske hensyn generelt må anses som legitim avlysningsgrunn, og denne rettssetningen er tatt til følge som gjeldende rett i etterfølgende praksis og juridisk teori.³⁹ Premisset tas til inntekt for at saklighetsvurderingen er et spørsmål om økonomiske hensyn er forsvarlig vurdert, og ikke nødvendigvis om det er forsvarlig for oppdragsgiver å avlyse på bakgrunn av disse hensynene. Når vi sammenligner med NOU 1997:21 og det som er oppstilt i *Fosen*, er det tydelig at kjæremålsutvalget la en ren objektiv vurdering til grunn i *Concord II*.

Kjæremålsutvalget henviste for øvrig til NOU 1997:21 og utgangspunktet her om en toleddet saklighetsvurdering. Men når denne ikke ble tatt til følge, ble det begrunnet i at utvalget ikke kunne:

³⁶ RT-2001-473-U side 482 (mine kursivendringer).

³⁷ RT-2001-473-U side 480.

³⁸ Rt-2000-473 side 480.

³⁹ Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift kommentarutgave*, (2020) side 538.

«se at det i Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 2 om tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, er gitt særskilte regler om avlysning av en tilbudskonkurranse basert på nevnte forslag til forskrift § 19-19.»⁴⁰

Altså mente kjæremålsutvalget at de ikke fant støtte for NOU-tilnærmingen i det bakenforliggende EØS-regelverket. Derfor ble det besluttet at det sentrale måtte være om avlysningen etter en totalvurdering av objektive forhold kunne være saklig.

Hva gjelder terskelen for å konstatere «saklig grunn», utledes det av kjæremålsutvalget sin tilnærming at denne er lav. Det er ikke fordelaktig å tvinge gjennom anskaffelser når det ikke lengre foreligger et behov for det,⁴¹ eller som det offentlige ikke har ressurser til å gjennomføre lengre. Ut fra målsettingen for anskaffelsesregelverket, om at regelverket skal sikre «effektiv bruk av samfunnets ressurser» og sørge for at «offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte»,⁴² er derfor en lav avlysningsterskel et hensiktsmessig utgangspunkt.

Terskelen illustreres imidlertid som skjerpet i tilfeller der avlysning foretas på «en måte eller på et tidspunkt som illojalt eller unødige har påført anbyderne tap» og i slike tilfeller «vil dette ikke gi disse krav på tilsidesettelse, bare på erstatning».⁴³ Dersom avlysning skjer på et senere stadium i prosessen, eksempelvis like før eller like etter tildeling av kontrakt, så innebærer det følgelig at terskelen for at saklig grunn kan foreligge er høynet. Motsatt vil terskelen være lavere dersom avlysning foretas tidlig i prosessen – da har ikke leverandørene hatt *anledning* til å innrette seg etter konkurransen i like stor grad, sammenlignet med avlysning like før eller etter kontraktstildeling. Dette utgangspunktet har vært lagt til grunn som gjeldende rett i lang tid, men er noe modifisert i *Fosen*, og diskuteres nærmere i punkt 2.3.3.

2.2.3 Saklighetsvurderingen – kun et objektive vilkår?

Tilnærmingen kjæremålsutvalget har til saklighetsvurderingen i *Concord-kjennelsen* er direkte i strid med NOU 1997:21, hvor det på side 139 klart kommer til uttrykk at «meningsinnholdet i saklighetskriteriet er todelt». I NOUen oppstilles to kumulative vilkår for saklig avlysning; et objektive vilkår om at avlysningsgrunnen i seg selv må være saklig og et

⁴⁰ RT-2001-473 side 481.

⁴¹ Eksempelvis klagenemndas sak 2015/39 avsnitt 37.

⁴² Anskaffelsesloven § 1.

⁴³ RT-2001-473 side 480.

subjektivt vilkår som innebærer at oppdragsgiver ikke må ha kunne forutsett avlysningsgrunnen.⁴⁴

Av den grunn er det problematisk at kjæremålsutvalget tilsynelatende flytter det subjektive vilkåret helt ut av saklighetsvurderingen når de under gjengivelse av lagmannsretten sine uttalelser konstaterer at «spørsmålet om anbyderne har krav på erstatning kunne stille seg annerledes, for eksempel hvis avlysningsgrunnen kunne forutses».⁴⁵ Kjæremålsutvalget slutter seg til lagmannsrettens uttalelser om at erstatning av negativ kontraktsinteresse kan tilkjennes leverandør på visse vilkår, og at oppdragsgiver sine tidligere kunnskaper om fremtidig avlysningsgrunn er et inngangsvilkår for om erstatningsplikt foreligger. Med andre ord blir det som i NOUen omtales som det «subjektive vilkåret» flyttet til erstatningsvurderingen.

På den ene siden kan dette være en ryddig tilnærming til saklighetsvurderingen. Et eventuelt erstatningsansvar må være betinget av skyld, slik at de subjektive vilkår uansett kommer inn i erstatningsvurderingen. Det samme argumentet kan imidlertid også trekke i motsatt retning ved at hensikten med å utlyse en konkurranse i utgangspunkt er å inngå kontrakt. Selv om erstatning brukes som et rettsmiddel for etterlevelse av den materielle retten, er det beklagelig om erstatningsfri avlysning er det som motiverer oppdragsgiver når konkurranse utlyses. Det er en relativt nærliggende fare for at dette kan forekomme dersom det subjektive vilkåret flyttes ut fra saklighetsvurderingen. Derfor er testing av markedet, altså utlysning av konkurranse uten å ha hensikt om å inngå kontrakt, omtalt som ansvarsbetingende opptreden etter NOUen.

En separasjon av vilkårene er dessuten uheldig når kjæremålsutvalget tar stilling om oppdragsgiver har fulgt de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, nå inntatt i anskaffelsesloven § 4. Spørsmålet blir da i realiteten om oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig ved å ikke ivareta disse prinsippene. Dette er subjektive forhold hos oppdragsgiver, og jeg kan ikke se at en utelukkende objektiv vurdering kan ta høyde for dette.⁴⁶

⁴⁴ Se også Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser* kommentarutgave, (2005) side 1691, Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, (2017) side 232.

⁴⁵ RT-2001-473-U side 480.

⁴⁶ Amdal og Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser kommentarutgave*, (2004) sidene 623 til 627.

Forenklingsutvalget uttalte i etterfølgende NOU 2014:4 at et objektivt og et subjektivt vilkår etter «gjeldende rett» må være oppfylt for at saklig avlysningsgrunn kan foreligge,⁴⁷ med samme innhold som i NOUen fra 1997. På den ene siden kan denne uttalelse være egnet til å skape forvirring, ettersom den ikke er i tråd med det som følger av *Concord* og som før NOU 2014:4 var ansett som sikker rett. Etter mitt syn trekker likevel NOUen ytterligere i retning av at det ikke kun kan gjelde et objektivt vilkår i vurderingen ved at forskriftgivers vilje angis som gjeldende rett.

Forenklingsutvalget foretar videre en direkte kobling til erstatningsretten når det konstateres at oppdragsgiver kan bli ansvarlig for den negative kontraktsinteresse dersom avlysning foretas der kun det objektive vilkåret er oppfylt, og ikke det subjektive. Altså er erstatning av den negative kontraktsinteresse et mulig utfall av en avlysning som er saklig begrunnet. I NOU 1997:21 oppstilles det at erstatningsrettslige konsekvenser kan oppstå ved avlysning uten «saklig grunn», uten at dette utdypes. Det må dog legges til grunn at det her menes at dersom ingen av vilkårene er oppfylt, altså der avlysning skjer uten saklig grunn og oppdragsgiver er å bebreide for å ikke ha forutsett avlysningsgrunnen, utvides erstatningsomfanget til den positive og negative kontraktsinteresse – i likhet med det som følger av NOU 2014:4.

Når det alminnelige utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke har en kontraheringsplikt, vil spørsmålet om saklig grunn for avlysning foreligger da være et spørsmål om avlysningen har utløst et erstatningsansvar for oppdragsgiver.⁴⁸ Når det i den alminnelige erstatningsretten oppstilles et krav om klanderverdig opptreden som påfører en part et økonomisk tap, er det naturlig å innfortolke et subjektivt vilkår om oppdragsgiver sin opptreden i det erstatningsrettslige aspektet av anskaffelsesretten. Med andre vil en totalvurdering av de «tradisjonelle» rettskildene etter mitt syn trekke i retning av at det vil være naturlig at subjektive forhold har en plass i totalvurderingen av om saklig grunn for avlysning foreligger.

2.3 Ny tilnærming i Fosen?

2.3.1 Fremgangsmåten for saklighetsvurderingen

⁴⁷ NOU 2014:4 side 245.

⁴⁸ NOU 1997:21 side 139.

Det første saksspesifikke spørsmålet som Høyesterett tok stilling til i *Fosen* var om AtB brøt anskaffelsesregelverket da de avlyste konkurransen – altså om saklig avlysningsgrunn forelå. Vurderingen er relativt lang, og knytter seg i all hovedsak til om det er ett eller to vilkår som må gjelde ved saklighetsvurderingen.

Høyesterett innleder vurderingen med å presisere at avlysningsbestemmelsen må ses i lys av at oppdragsgiver ikke har en kontraheringsplikt, og at konsekvensen av en avlysning uten saklig grunn derfor blir erstatning. Med dette belyser Høyesterett sammenhengen mellom avlysningsreglene og erstatningsretten, og støtter erstatningsutgangspunktet som tidligere er utledet av NOUene.⁴⁹

Høyesterett foretar deretter en kobling til NOU 2014:4 og utgangspunktet om at det oppstilles to kumulative vilkår i saklighetsvurderingen. Derfor er det litt forvirrende når det like etter uttales at man må skille mellom oppdragsgiver sin rett til å avlyse, og plikten til å betale erstatning.⁵⁰ Denne uttalelsen gir ved nærmere ettertanke anvisning på at det kun er det objektive vilkåret som hører hjemme i saklighetsvurderingen, og at det subjektive tilfaller erstatningsvurderingen.

Høyesterett presiserer imidlertid, etter en henvisning til det tradisjonelle utgangspunktet etter *Concord*, at det i den objektive totalvurderingen likevel er «rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter [...] forutsatt at de er saklige».⁵¹ Høyesterett foretar altså en modifisering av saklighetsvurderingen, sammenlignet med det tradisjonelle utgangspunktet.

Det er likevel noe uheldig når Høyesterett er tilbakeholdne med å gi den subjektive delen av saklighetsvurderingen et mer konkret innhold. Sett i lys av at det foreligger motstridende tolkning i rettskildebildet er det etter mitt syn savnet at Høyesterett ikke benytter seg av anledningen til å mer konkret klargjøre rettstilstanden. Høyesterett illustrerer kun at illojale hensikter hos oppdragsgiver er et subjektivt forhold som innebærer at saklig grunn ikke kan foreligge,⁵² noe som allerede utledes av NOUene som sikker rett.

⁴⁹ HR-2019-1801-A avsnitt 82.

⁵⁰ HR-2019-1801-A avsnittene 84 og 85.

⁵¹ HR-2019-1801-A avsnitt 86.

⁵² HR-2019-1801-A avsnitt 86.

På den annen side angir Høyesterett at saklig grunn kan foreligge *uavhengig* av om oppdragsgiver utviser skyld dersom den eneste forsvarlige løsning er å avlyse konkurransen.

I det foreliggende tilfellet bestod feilen i at tildelingskriteriet «miljø» var ulovlig utformet. I slike tilfeller vil det være «et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å inngå kontrakt med en forbigått tilbyder», uavhengig av når i prosessen avlysningen foretas.⁵³ En presiserende bemerkning er at det altså for oppdragsgiver som ikke kan rette en feil på annen måte en avlysning, vil foreligge en EØS-rettslig *plikt* til å avlyse, gitt at feilen faktisk har virket inn på utfallet av konkurransen.⁵⁴ Dette utgangspunktet er sikker EU-rett, og er lagt til grunn av EU-domstolen også i sak C-448/01 *Wienstrom*, der det uttales at oppdragsgiver er pålagt å avlyse konkurransen der slike grunnleggende feil foreligger.⁵⁵

Ved nærmere ettertanke vil gjennomføring av en konkurranse med slike feil dessuten være et brudd på kravene om forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 4 dersom den har en slik virkning på konkurransen. Ettersom § 4 er en implementering av de generelle prinsippene som utledes av EØS-retten, styrkes synspunktet om at en avlysningsplikt vil foreligge på nasjonalt plan. Motsatt vil ikke avlysningsplikt foreligge dersom feilen ikke er av slik karakter.⁵⁶

I tillegg til at tildelingskriteriet «miljø» var ulovlig utformet, anførte AtB at det oppstod en «rettslig usikkerhet om lovligheten av konkurransen» som i seg selv var en selvstendig avlysningsgrunn.⁵⁷ Den rettslige usikkerheten oppstod som følge av at AtB avlyste konkurransen etter sak om midlertidig forføyning.

Høyesterett formulerer at den rettslige usikkerheten som oppstod var reell og «på et punkt [i prosessen] som ikke er av bagatellmessig art».⁵⁸ Når Høyesterett benytter denne formuleringen, oppstiller de en høy terskel for å konstatere saklig grunn for avlysning i tilfeller der rettslig usikkerhet foreligger. Premisset trekker dithen at det må foreligge en reell risiko for at en rettslig prøving vil kunne lede til at det i realiteten foreligger en plikt for oppdragsgiver til å avlyse konkurransen. På bakgrunn av dette er det av hensyn til

⁵³ Sak E-16/16 premiss 107.

⁵⁴ Sak E-16/16 premiss 113.

⁵⁵ Sak C-448/01 premiss 95.

⁵⁶ Samt sikker EU-rett, se sak T-345/03 premiss 147 og T-50/05 premiss 61 flg.

⁵⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 49.

⁵⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 88.

oppdragsgiver urimelig å ikke åpne for at lovlig avlysning kan foretas, selv om han selv ikke nødvendigvis er enig i at en plikt til å avlyse foreligger.

Etter dette burde ikke svakheter i prosessen, herunder mangler i konkurransegrunnlaget avdekket på et sent tidspunkt, i slike tilfeller ikke få selvstendig betydning for avlysningsterskelen. Etter *Fosen* foreligger det ikke holdepunkter for at usikkerheten faktisk *må* være forankret i et søksmål eller en rettsavgjørelse.

Høyesterett følger opp med en viktig avklaring ved at de uttaler at den rettslige usikkerheten som oppstod i etterkant av lagmannsretten sin avgjørelse om midlertidig forføyning, i seg selv var saklig avlysningsgrunn. Standpunktet Høyesterett tar støtter målsettingen i anskaffelsesregelverket om en effektiv bruk av samfunnets ressurser, oppstilt i lovens § 1. Disse vil i seg selv tale for at det i tilfeller der en rettslig usikkerhet foreligger, med en risiko for sanksjoner, bør oppdragsgiver ha mulighet til å avlyse konkurransen og starte prosessen på nytt. Å tvinge gjennom en anskaffelse med slike feil og mangler vil i tillegg til å være i strid med EØS-retten, være i strid med de samfunnsøkonomiske målsettingene for anskaffelsesregelverket.

Det som kan utledes av premisset om «reell rettslig usikkerhet» er at det i tilfeller der en prosessuell feil ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, vil dette i seg selv oppfylle kravet om «saklig grunn» for avlysning. Begrunnelsen for dette er at det enten vil være for sent å foreta slike endringer i prosessen, eller fordi endring vil være «vesentlig» og dermed være i strid med forskriftens § 14-2 (1).

Dette fritar imidlertid ikke oppdragsgiver fra ansvar overfor klagende leverandør, men det avgrenses da som kjent mot den positive kontraktsinteresse.

2.3.2 Gjelder et subjektivt vilkår etter *Fosen*?

Høyesterett har i en lengre periode vært sparsomme med konkrete uttalelser om det er enten en rent objektiv totalvurdering som må foretas i saklighetsvurderingen, eller om det gjelder et subjektivt vilkår. Spørsmålet er om rettstilstanden endelig er avklart etter *Fosen*.

Det som med sikkerhet kan utledes av Høyesterett sin drøftelse av saklighetskriteriet, er at der grunnleggende feil foreligger som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning objektivt sett vil være en saklig avlysningsgrunn. På den annen side vil rene illojale hensikter hos oppdragsgiver medføre at det ikke kan foreligge saklig grunn.

Det kan likevel ikke med sikkerhet konstateres at det for saklighetsvurderingen gjelder to separate vilkår. Det er nærliggende å legge til grunn at saklighetsvurderingen i all hovedsak vil bero på objektive forhold hos oppdragsgiver, men at enkelte subjektive momenter vil kunne spille inn, forutsatt at de er saklige; eksempelvis illojale hensikter hos oppdragsgiver.

Det kan stilles spørsmål ved om Høyesterett i realiteten har oppstilt ytterrammene for når en avlysning vil være saklig og ikke, eller om de kun fører eksempler for saklig avlysning. Etter mitt syn er det tilbøyelig å legge førstnevnte scenario til grunn, og det er vanskelig å se at Høyesterett har kommet med et prejudikat for alle tilfellene som havner mellom nevnte ytterpunkter.

Vi finner for øvrig støtte for en totalvurdering med *utgangspunkt* i objektive forhold i Frostating lagmannsrett sin dom LF-2018-82338 som ble avsagt før *Fosen*. I saken forelå det uenighet mellom partene om det ved skulle foretas en ren objektiv vurdering av saklighetskriteriet, eller om man kunne vektlegge «om oppdragsgiver er å bebreide for at avlysningssituasjonen oppsto».⁵⁹ Lagmannsretten mente at selv om man i praksis fra både klagenemnda og i teorien finner formuleringer som støtter det tradisjonelle objektive utgangspunktet for saklighetsvurderingen, må «subjektive elementer spille inn» i saklighetsvurderingen.

I det foreliggende tilfellet ble det foretatt en konkret vurdering av om det forelå saklig grunn for avlysning etter kontraktstildeling, på bakgrunn av at det forelå nye opplysninger som medførte endrede behov for oppdragsgiver. Det ble imidlertid uttalt at «[f]orhold som isolert sett er saklige kan etter omstendighetene bli vurdert som usaklige, dersom de er en følge av dårlig planlegging fra oppdragsgivers side».

Med andre ord kom lagmannsretten til at dersom oppdragsgiver er å bebreide for å ikke ha forutsett avlysningsgrunnen og tatt stilling til dette på et tidligere tidspunkt i prosessen; det som er omtalt som det subjektive vilkåret etter NOUene. Etter mitt syn er dette et subjektivt forhold som etter Høyesterett sin formulering i *Fosen* vil være «saklig» i vurderingen. Det er dermed nærliggende å legge til grunn at lagmannsretten her opererte med en totalvurdering basert på hovedsakelig objektive momenter, med rom for subjektive forhold.

⁵⁹ LF-2018-82338.

Som en underrettsdom har denne begrenset rettskildemessig vekt, men vi finner støtte for en tilsvarende tilnærming flere steder, herunder i klagenemnda sin praksis.⁶⁰ Selv om klagenemnda ikke har en entydig praksis på dette området kan deres konklusjoner, kombinert med underretten sin praksis og uttalelser i forarbeidene, ytterligere trekke i retning av at det som er oppstilt i *Concord* ikke nødvendigvis er gjeldende rett.

2.3.3 Nærmere om terskel for «saklig grunn»

I punkt 2.2.2 er det skissert at den tradisjonelle terskelen for når saklig grunn for avlysning kan foreligge er lav, men at denne må modifiseres i tilfeller der avlysning foretas på et sent tidspunkt i prosessen. Samme utgangspunkt kan også utledes av blant annet LF-2018-82338. Spørsmålet etter dette er om samme kan gjelde etter *Fosen*.

I *Fosen* ble avlysningen foretatt etter at kontrakt var tildelt, og i teorien ville dette i seg selv kunne tale for at en saklig grunn for avlysning ikke kunne foreligge. Det alminnelige utgangspunktet om at terskelen for saklig avlysning blir høyere etter kontraktstildeling kom imidlertid ikke på spissen i Høyesterett sin behandling, ettersom det etter EFTA-domstolen sin behandling i *Fosen I* klart fremgår at i tilfeller som det foreliggende så vil det uansett foreligge en *plikt* for oppdragsgiver til å avlyse. Dette fordi det vil være «et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å inngå en kontrakt med den forbigåtte tilbyder.»⁶¹

Det er imidlertid vanskelig å si noe om utgangspunktet for at terskelen høynes i takt med prosessløpet ikke er tatt av Høyesterett opp fordi det ikke kommer på spissen, eller fordi saklighetsvurderingen kun er et spørsmål om det etter en totalvurdering kan konstateres saklig grunn.

På den annen side kan det i hvert fall trygt legges til grunn at terskelen for avlysning er lav i tilfeller der det foreligger en feil som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning. Oppdragsgiver kan fremdeles være å bebreide for avlysningen ved at han ikke har tatt stilling til avlysningsgrunnen tidligere – og dersom han ikke retter opp i et mangelfullt konkurransegrunnlag etter at feil er påpekt av interessenter i konkurransen.

⁶⁰ Blant annet klagenemndas saker 2012/9, 2020/116, 2020/364 og 2020/525.

⁶¹ Sak E-16/16 premiss 107.

Videre er rettssetningen om tidspunkt for avlysning oppstilt i *Fosen* fastholdt av klagenemnda i en rekke saker, herunder sak 2020/525 *Oslo Universitetssykehus* hvor det uttales at:

«[d]et er uten betydning om svakhetene ved prosessen, heri inkludert mangler ved konkurransegrunnlaget, først avdekkes etter at konkurransen er gjennomført, slik som i *Fosen-Linjen-saken*». ⁶²

Det er som kjent problematisk at klagenemnda generelt ikke har en entydig tilnærming til dette spørsmålet. Eksempelvis ble den tradisjonelle rettssetningen om tidspunkt for avlysning legges til grunn å gjelde i blant annet sak 2021/347 *Hamar kommune*.⁶³ Etter klagenemndas syn var det springende punkt for at avlysningen ikke kunne være saklig begrunnet at oppdragsgiver kunne og burde ha tatt stilling til de forholdene avlysningen ble begrunnet i på et tidligere tidspunkt.⁶⁴

Sistnevnte sak er omdiskutert i teorien, blant annet fordi den viker fra rettsstillingen etablert i *Fosen*. Denne kan nok ikke tillegges mer vekt utover den normale vekt en klagenemndssak kan få som et alminnelig tolkningsmoment.

2.4 Avsluttende bemerkninger

Det som klart kan utledes av *Fosen* er at det i totalvurderingen av om en avlysning har en saklig grunn for seg, er rom for å trekke inn subjektive momenter. Adgangen illustreres som ganske vid, jf. formuleringen «forutsatt at de er saklige»,⁶⁵ men det er vanskelig å si noe mer konkret om det nærmere innholdet i denne, og hvilken vekt det «subjektive vilkåret» oppstilt i NOUene kan få. Høyesterett lukker altså ikke døren for om det moment at oppdragsgiver ikke kan være å bebreide for å ikke ha forutsett avlysningsgrunnen og avverget denne, kan trekkes inn som et moment i saklighetsvurderingen. Dette kan imidlertid ikke få selvstendig betydning i tilfeller der en plikt til å avlyse foreligger, etter *Fosen*.

En tilnærming som åpner for subjektive momenter var utelukket etter tradisjonell praksis. Men når vi finner støtte for et slikt innhold i saklighetsvurderingen i NOU 1997:21 gis det

⁶² Klagenemndas sak 2020/525 avsnitt 32.

⁶³ Klagenemndas sak 2021/347 avsnittene 23 og 24.

⁶⁴ Klagenemndas sak 2021/347 avsnittene 26 g 29.

⁶⁵ HR-2019-1801-A avsnitt 86.

uttrykk for at Høyesterett i hvert fall til en viss grad har realisert forskriftgivers vilje om at subjektive forhold skal hensyntas i vurderingen.

Som presisert i punkt 2.2.1 er ikke forarbeidene nødvendigvis et uttrykk for hva som er gjeldende rett når den aktuelle avlysningsbestemmelsen er inntatt i del III av anskaffelsesforskriften. Når det så vidt meg bekjent ikke foreligger andre tungtveiende EU-kilder som taler for en annen løsning, er det etter mitt syn klart at det i saklighetsvurderingen nå åpnes for å trekke inn subjektive forhold, gitt at de er saklige.

En ytterligere bemerkning er at *Concord* som grunnmuren for den tradisjonelle tilnærming ble avsagt enstemmig, sammenlignet med *Fosen* som er avsagt under dissens. Det er likevel usikkert hvor mye vekt dette kan få i seg selv når førstnevnte dom er avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg, mens sistnevnte er en ordinær høyesterettsdom.

Etter mitt syn har Høyesterett med *Fosen* til en viss utstrekning bidratt til å klargjøre rettstilstanden når det har vært usikkerhet og motstridende tolkninger i nærmere 20 år. Ettersom vi finner støtte for en litt mer subjektivt rettet tilnærming i forarbeidene, teori og praksis fra både underdistansen og klagenemnda, er det nærliggende å legge til grunn at denne burde gjelde. Når Høyesterett er mest fokusert på å løse den konkrete avlysningssaken, er det dog som nevnt savnet en mer konkret redegjørelse for det nærmere innholdet på mer generell basis er.

Dessuten vil de bakenforliggende kravene som oppstilles for offentlige anskaffelser i lovens § 1 og § 4 i seg selv tale for at saklighetsvurderingen ikke utelukkende skal være objektiv.⁶⁶ Det springende punkt vil være om det samlet sett, etter en totalvurdering kan foreligge saklig grunn.

Det gjenstår dermed å se om dommen har en prejudikatvirkning, og om saklighetsvurderingen tas til inntekt for gjeldende rett i domstolene. Dersom synene videreføres, må konsekvensen bli at tidligere rettspraksis knyttet til avlysning fremdeles er relevant, såfremt den tar for seg en totalvurdering basert på subjektive så vel som objektive forhold.

Det som imidlertid kan legges til grunn som sikker rett etter *Fosen*, er at de avlysningsgrunner som oppdragsgiver opprinnelig anfører ved avlysning, ikke nødvendigvis trenger å være utslagsgivende i saklighetsvurderingen. Det kan være andre grunner enn disse som vil kunne

⁶⁶ Se Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave*, (2005) sidene 1689 og 1699.

legges til grunn i saklighetsvurderingen, jf. uttalelsen om at Høyesterett «ikke enig i at vurderingen av saklig grunn bare kan bygge på den begrunnelsen oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet».⁶⁷

Ettersom terskelen for avlysning fremstår som lavere etter EU/EØS-retten enn i internretten, er det ikke fare for EU/EØS-rettslig sensur av den nasjonale saklighetsvurderingen.⁶⁸ Med dette er det nærliggende å legge til grunn at terskelen for om saklig grunn foreligger kan videreføres som lav. Etter mitt syn burde den lave terskelen omfatte både tilfeller der avlysningsplikt foreligger, og tilfeller der oppdragsgiver har en alminnelig rett til å avlyse, for øvrig uavhengig av tidspunkt for avlysningen. Noe annet kan oppfordre oppdragsgiver til å gjennomføre en anskaffelse han eksempelvis ikke har behov for lengre, noe som vil være lite heldig fra et samfunnsøkonomisk syn.

En lav avlysningsterskel vil dessuten ivareta hensynet til konkurranse og effektivitet til en viss utstrekning,⁶⁹ ved at oppdragsgiver får mulighet til å lyse ut ny konkurranse, og da få mulighet til å vurdere det beste tilbudet som reflekterer hans reelle behov. Hensynet til leverandør ivaretas samtidig gjennom adgang til å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse, og ved ny mulighet til å delta i konkurranse.

⁶⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 102.

⁶⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 82.

⁶⁹ Anskaffelsesloven § 4.

3 ERSTATNING VED SAKLIG AVLYSNING

3.1 Erstatningsrettslige konsekvenser ved lovlig avlysning

3.1.1 Overordnet

I *Fosen-dommen* ble vilkårene om ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng behandlet. Disse fikk til en viss utstrekning nytt innhold, sammenlignet med det som tradisjonelt er lagt til grunn. Særlig ansvarsnormen fikk en ny betydning.

I dette kapitlet undersøkes hva som er det tradisjonelle utgangspunktet for ansvarsnormen, og om dette er forenlig med den bakenforliggende EU/EØS-retten. Videre undersøkes hvilket innhold kravet om årsakssammenheng har hatt før *Fosen*. Temaet er i all hovedsak om rettstilstanden for de to vilkårene er endret etter *Fosen*, og spørsmålet som søkes besvart er om dette har endret eller presisert dagens rettstilstand. Innledningsvis foretas en rettslig plassering av den bakenforliggende EU/EØS-reguleringen for den nasjonale erstatningsbestemmelsen, med hensyn til den videre drøftelsen.

3.1.2 Innledende om erstatningsbestemmelsen

Innledningsvis i punkt 1.3.4 er det EU-rettslige effektivitetsprinsippet redegjort for. EU-domstolen uttaler i *Strabag* at prinsippet innebærer at medlemsstatene at i sin anskaffelsesregulering er pålagt å:

«træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der *effektivt* og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, som »er i strid med« EU-retten». ⁷⁰

Premisset må tolkes dithen at enhver medlemsstat er pålagt å ha en erstatningsregel som gir leverandørene mulighet til å klage der oppdragsgiver har handlet i strid med regelverket, og det er dette som er kjernen i prinsippet. I lys av avlysningsreguleringen innebærer prinsippet

⁷⁰ Sak C-314/09 premiss 31, under henvisning til Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nummer 1.

at en fullstendig utelukkelse av erstatningsmuligheter for leverandør ikke kan godtas,⁷¹ selv der saklig grunn for avlysning foreligger.

Den nasjonale erstatningsbestemmelsen må følgelig ses i sammenheng med de sentrale bakenforliggende EØS-direktivene, og dessuten i lys av deres alminnelige målsetting; å sikre fri bevegelse og rettferdig konkurranse. Formålene kan – i likhet med de nasjonale formålene oppstilt i anskaffelsesloven § 1 – kun realiseres ved konsekvent etterlevelse av regelverket. Avgjørende for dette er at leverandørene må ha en mulighet til å påklage en avlysningsbeslutning som har virket inn på deres deltakelse og utsikter i en konkurranse.

I nasjonal anskaffelsesrett er den alminnelige erstatningsbestemmelsen inntatt i anskaffelseslovens § 10, hvor det heter at «[l]everandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.»⁷²

Selv om en feil begått av oppdragsgiver kan utgjøre «saklig grunn» for avlysning som illustrert i del II i avhandlingen, kan denne likevel ha virket inn på evaluering av tilbud og på deltakerinteressen i konkurransen.⁷³ Klagenemnda uttaler om dette i sak 2008/60 at selv om det på avlysningstidspunktet objektivt sett foreligger en saklig grunn for avlysning, så kan det «etter omstendighetene [...] likevel kunne foreligge grunnlag for negativ kontraktsinteresse.»⁷⁴

3.1.3 Innledende om erstatningsvilkårene

Vilkårene for erstatning oppstilt i lovens § 10 er tilsvarende for de to hovedtypene av erstatning – positiv og negativ kontraktsinteresse. Tradisjonelt er det operert med ulike terskler ved vurdering av om vilkårene er oppfylt for disse to erstatningstypene.

Lovens § 10 gir videre uttrykk for de alminnelige vilkår for erstatning oppstilt i erstatningsretten, samtidig som den må ses i lys av disse. For det første gjelder et tapsvilkår – leverandør må ha lidt et *økonomisk «tap»*, og dette må stå i *årsakssammenheng* med leverandøren sitt brudd på regelverket. Oppdragsgiver sitt lovbrudd eller feil formuleres som et krav om *ansvarsgrunnlag*.

⁷¹ Sak E-7/18 premiss 116.

⁷² Anskaffelsesloven § 10.

⁷³ Se NOU 1997:21 side 87.

⁷⁴ Samme følger av blant annet NOU 1997:21 side 139, sak E-16/16 premiss 107, HR-2019-1801-A avsnitt 82.

I den videre drøftelsen er det kravet til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng som behandles, ettersom det er disse som var gjenstand for behandling og modifisering i *Fosen*. Tapsvilkåret er ikke skilt ut til egen drøftelse, men det er likevel hensiktsmessig å kort redegjøre for hva det nærmere innholdet i vilkåret er.

Tapsvilkåret innebærer at leverandøren faktisk må ha lidt et «tap» som følge av oppdragsgiver sitt brudd på loven. Det er den part som krever erstatning, altså leverandør, som må kunne dokumentere sitt tap i relasjon til den negative eller positive kontraktsinteresse.

I tapsberegningen for den negative kontraktsinteresse tas det utgangspunkt i leverandøren sitt konkrete og individuelle tap som har oppstått i forbindelse med å delta i konkurransen, altså tapte tilbudskostnader. Det vil først og fremst være tale om omkostninger relatert til utarbeidelse av det leverte tilbudet, og kan til og med omfatte kostnader relatert til etterfølgende klageprosess. De nærmere vilkårene for å få tilkjent den negative kontraktsinteresse er utledet av rettspraksis, og behandles nærmere i det følgende.

Til sammenligning er utgangspunktet ved tilkjenning av den positive kontraktsinteresse at leverandøren som hovedregel skal stilles økonomisk som om han hadde vunnet konkurransen,⁷⁵ også omtalt som erstatning av tapt fortjeneste. Virkningen kan med andre ord være ganske omfattende, og dermed er det i Høyesterett sin praksis tradisjonelt oppstilt et strengere krav for å få tilkjent den positive kontraktsinteresse, enn den negative.⁷⁶

3.2 Kravet til ansvarsgrunnlag – tradisjonelt

3.2.1 Innledende om vilkåret

Det kanskje mest omdiskutert utfallet av *Fosen-sagaen* er at Høyesterett kommer til at ansvarsnormen må være «noe annerledes» enn det som tradisjonelt er lagt til grunn.

Vilkåret om ansvarsgrunnlag går ut på at oppdragsgiver må ha begått en feil i anskaffelsesprosessen som gjør han ansvarsbetinget overfor leverandør som har lidt et tap. I nasjonal rettspraksis før *Fosen* er det gitt relativt sparsomme uttalelser om hvor terskelen for ansvarsgrunnlaget går for den negative kontraktsinteresse, og derfor er det noe vanskelig å

⁷⁵ RT-2001-1062 side 1079.

⁷⁶ Se blant annet RT-2001-1062.

definere en klar norm. Det likevel klart at den er noe lavere enn terskelen som er oppstilt for den positive kontraktsinteresse; jf. uttalelsen i RT-1997-574 *Firesafe* hvor det oppstilles krav om «klar feil» hos oppdragsgiver, sammenlignet med utgangspunktet om «vesentlig feil» for den positive kontraktsinteresse oppstilt i RT-2007-983 *Nucleus*.

3.2.2 Innholdet i den tradisjonelle ansvarsnormen

Høyesterett tok for første gang stilling til hva vilkåret om ansvarsgrunnlag innebærer for negativ kontraktsinteresse i den allerede omtalte *Firesafe-dommen*. Bakgrunnen for saken var at oppdragsgiver fikk rettet et erstatningskrav mot seg som følge av at det var stilt krav om at interessenter måtte ha lærlingordning, men kontrakt ble likevel tildelt leverandør (*Firesafe*) som ikke hadde en slik ordning. Høyesterett skulle dermed ta stilling til om de to leverandørene som gikk til sak kunne få tilkjent den negative kontraktsinteresse; nærmere bestemt om det forelå ansvarsgrunnlag for den negative kontraktsinteresse, og om kravet til årsakssammenheng var oppfylt.

Firesafe gjelder altså ikke erstatning ved brudd på avlysningsreglene, men et erstatningskrav fra leverandør som følte seg forbigått i prosessen. Ettersom rettskildebildet ellers er magert innenfor dette rettsområdet, har denne dommen inntil nylig vært ansett som prejudikatet for hvilke vilkår som generelt må gjelde for erstatning av tapte tilbudskostnader.

Når Høyesterett skulle ta stilling til om det forelå ansvarsgrunnlag for kommunen, ble det lagt til grunn at det forelå en «klar feil» på bakgrunn av at kontrakt ble tildelt *Firesafe* som ikke oppfylte tildelingskriteriene. Dette ga tilstrekkelig ansvarsgrunnlag for at kommunen kunne bli ansvarlig for den negative kontraktsinteresse.⁷⁷ Høyesterett ga altså ingen konkrete føringer for det nærmere innholdet i ansvarsgrunnlaget, ut over at det må foreligge en «klar feil».

I spørsmålet om hva som nærmere utgjør en «klar feil» må vi se hen til dommen inntatt i RT-1998-761 *Kredittkassen*, hvor førstvoterende tok utgangspunkt i at det for erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse «kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende».⁷⁸

⁷⁷ RT-1997-574 sidene 577 og 578.

⁷⁸ RT-1998-761 side 772.

Med andre ord oppstilles det i tradisjonell praksis en culpanorm for at ansvarsgrunnlag kan konstateres. Det er grunn til å stille spørsmål ved om dette kan gjelde når EU-domstolen i 1993 i *Brasserie du Pêcheur* konstaterer at det ikke kan gjelde et vilkår om culpøs atferd fra oppdragsgiver som en betingelse for at leverandør kan få tilkjent erstatning.⁷⁹ Det foreligger med andre ord en klar mangel på henvisninger til saker hvor EU-domstolen har tatt stilling til samme spørsmål, og en konsekvens av dette er at det er mangel på rettshomogenitet.

Høyesterett fraviker gjentatte ganger utgangspunktet som oppstilles i EU-retten om det ikke kan oppstilles en culpanorm for den negative kontraktsinteresse. Med hensyn til det som er presentert i punkt 1.3.3 om at norske domstoler skal tolke bestemmelser som gjennomfører EØS-rettslige regler i samsvar med praksis fra EU-domstolen, er det etter mitt syn nærliggende å trekke den slutning at Høyesterett har gitt ansvarsnormen et feil innhold.

I realiteten virker det at Høyesterett før *Fosen* valgte en lettere utvei for seg selv ved å ikke benytte seg av tilgjengelig EU-praksis for å klargjøre innholdet i ansvarsnormen, og ved å komme med sparsomme uttalelser vedrørende hvilket innhold ansvarsnormen har på nasjonal basis.

Så vidt meg kjent forelå det relativt lite EU-praksis på dette området på tiden Høyesterett tok stilling til ansvarsnormen i tradisjonell praksis. Dette er likevel ikke en unnskyldningsgrunn til at denne praksis ikke ble behandlet. Det foreligger få argumenter som underbygger normen i *Firesafe*, noe som trekker i retning av at en viss usikkerhet kan ha vært til stede vedrørende dette vilkåret. Dersom en slik usikkerhet forelå kunne Høyesterett ha benyttet seg av muligheten til å etterspørre en veiledende uttalelse fra EFTA-domstolen, i likhet som det ble gjort i *Fosen*. Ut fra målsettingen for EØS-avtalen om rettshomogenitet i medlemsstatene er det merkelig at Høyesterett ikke benyttet seg av denne muligheten.

I *Fosen* utleder Høyesterett i stor grad sin argumentasjon fra *Brasserie du Pêcheur*. Ettersom denne ble avsagt i 1993 er det uheldig når denne ikke ble undersøkt av Høyesterett på slutten av 90-tallet i henholdsvis *Firesafe* og etterfølgende praksis.

I 2007 bygget Gulating lagmannsrett til en viss grad på ovennevnt høyesterettspraksis når de i LG-2007-137130 *Clear Channel* oppstilte et krav om «klanderverdig opptreden» fra oppdragsgiver for den negative kontraktsinteresse. Lagmannsretten utdypet imidlertid ikke det

⁷⁹ Sak C-48/93 premiss 79.

nærmere innholdet i den oppstilte culpanormen ettersom kommunen i den foreliggende saken ikke opptrådte på en måte som kunne kvalifiseres som «klanderverdig eller uaktsom». Det spesifiseres at «[I]agmannsretten kan ikke se at det er rettskildemessig grunnlag for å statuere et objektivt ansvar for utgifter deltakere i en tilbudskonkurranse pådrar seg».⁸⁰

Av disse slutningene utledes at det i tradisjonell rettspraksis ikke gjelder et objektivt ansvarsgrunnlag for oppdragsgiver ved erstatning av tilbudskostnader. Oppdragsgiver må ha opptrådt «klanderverdig» når feil eller regelbrudd er begått, og typiske tilfeller som oppfyller dette vilkåret er feil i konkurransegrunnlaget, manglende eller feilaktig avvisning eller ulovlig avlysning av konkurransen. Altså brudd på regelverket knyttet til grunnleggende krav til konkurranse i någjeldende anskaffelseslov § 5.

Igjen kan jeg ikke se at dette er forenlig med rettspraksis fra EU-domstolen som var tilgjengelig for lagmannsretten i tidsrommet *Clear Channel* ble avsagt. En mulig forklaring på at nasjonale domstoler ikke har benyttet seg av tilgjengelig EU-praksis på erstatningsområdet for offentlige anskaffelser, er etter Fredriksen sitt syn at «EU-institusjonenes anskaffelser reguleres av en egen forordning, som ikke gir anvisning på helt samme anskaffelsesregime som det som gjelder for nasjonale myndigheter».⁸¹

3.3 Høyesterett sin tilnærming i Fosen

3.3.1 Mangel på saklig grunn som selvstendig ansvarsgrunnlag?

I *Fosen* viser til Høyesterett til Forenklingsutvalgets redegjørelse i 2014:4 og uttaler at «hvis vilkårene [for avlysning] er oppfylt, er konsekvensen at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen uten å komme i erstatningsansvar». Spørsmålet er om Høyesterett i realiteten gir anvisning på at en mangel på saklig grunn for avlysning i seg selv kan danne ansvarsgrunnlag i en erstatningsvurdering.⁸²

Erstatningsrettslige og samfunnsøkonomiske hensyn kan trekke i begge retninger vedrørende om dette kan gjelde.

⁸⁰ LG-2007-137130.

⁸¹ Halvard Haukeland Fredriksen, *Doms kommentar: Høyesteretts dom i Fosen-Linjen: stor ståhei om status quo?*, side 327.

⁸² HR-2019-1801-A avsnitt 84 under henvisning til NOU 2014:4 side 245.

Når oppdragsgiver ikke har tatt høyde for en avlysningsgrunn tidligere i prosessen, eller uten objektivt sett saklig grunn, er det nærliggende å omtale dette som ansvarsbetingende opptreden når oppdragsgiver er en profesjonell aktør. En slik ansvarsnorm kan med andre ord begrunnes i at et profesjonsansvar foreligger hos oppdragsgiver, og det synspunkt at en utøver av en profesjon normalt kan bli ansvarlig hvis kravene til en forsvarlig yrkesutøvelse ikke overholdes. Spørsmålet som oppstår i en slik tilnærming er om det foreligger forhold som likevel kan unnskyldes regelbruddet.⁸³

På den annen side vil en slik regel være samfunnsøkonomisk uheldig ettersom oppdragsgiver da må betale «dobbel erstatning». Dersom avlysning foretas uten «saklig grunn» så er utgangspunktet at positiv kontraktsinteresse skal tilkjennes den leverandøren som fikk eller skulle ha fått kontrakt tildelt. Dobbel betaling oppstår dersom han i tillegg må betale den negative kontraktsinteresse. Dette er dårlig samfunnsøkonomi for det offentlige.

Samtidig kan en slik ansvarsnorm ha en preventiv effekt ved at oppdragsgiver ytterligere oppfordres til å undersøke regelverket nærmere og tenke seg nøyere om før utlysning av konkurranse for å unngå ulovlig avlysning. Samtidig får leverandørene gode erstatningsutsikter der de lider et tap som følge av oppdragsgiver sin klanderverdige opptreden.

Det hele kommer imidlertid ikke helt på spissen i *Fosen*, ettersom det var tale om en feil som ikke kunne rettes på annen måte enn avlysning og derav plikt til å avlyse.

3.3.2 Utforming av ny ansvarsnorm

Med utgangspunkt i den konstaterte feilen i tildelingskriteriene, foretok Høyesterett en vurdering av om feilen kunne gi grunnlag for Fosen-Linjen sitt krav om negativ kontraktsinteresse. Høyesterett vurderte hvilken ansvarsnorm som må anses å gjelde, det nærmere innholdet i denne, og på hvilke vilkår vurderingen må foretas. Temaet for den videre drøftelsen er på bakgrunn av dette om innholdet ansvarsnormen får i *Fosen* samsvarer bedre med det som gjelder etter EU/EØS-retten.

Høyesterett innleder vurderingen av ansvarsnormen med å presentere det som ovenfor er omtalt som det tradisjonelle utgangspunktet, og at det så langt har vært formulert som et

⁸³ Arnesen, *Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen*, side 188 i Trygstad og Bakken, *Offentlige kontrakter – aktuelle tema*» (2020).

spørsmål om alminnelig culpaansvar foreligger hos oppdragsgiver. Deretter ser Høyesterett hen til Håndhevelsesdirektivet og EØS-retten, og vurderer om den tradisjonelle ansvarsnormen oppfyller de minimumskrav som følger av EØS-retten.

Høyesterett tar utgangspunkt i EFTA-domstolen sine veiledende uttalelser i *Fosen I* og *II*, hvor det av sistnevnte utledes at et krav om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» må gjelde som minstestandard i ansvarsvurderingen. I sin vurdering av ansvarsgrunnlaget skilte ikke EFTA-domstolen mellom positiv og negativ kontraktsinteresse, og derfor trekker Høyesterett den konklusjon at «ansvarsnormen som kan utledes av *Fosen II*, gjelder som en *generell minimumsnorm* – også for ansvarsnormen ved krav om erstatning av tilbudskostnader.»⁸⁴ Høyesterett finner støtte for denne tilnærmingen i praksis fra EU-domstolen, herunder sakene *Strabag* og *Combinatie*.⁸⁵ Det blir lagt mest vekt på *Combinatie*, som «ikke skiller mellom tapstyper», noe som etter Høyesterett sitt syn tilsier at: «*Fosen II* må forstås slik at den generelt oppstiller en annen ansvarsnorm enn den *Fosen I* la til grunn, og ikke bare fraviker *Fosen I* for så vidt gjelder fortjenestetapet.»⁸⁶

Høyesterett har tidligere vært sparsomme med å komme med mer konkrete uttalelser om ansvarsgrunnlaget, og har reservert seg mot å behandle den EU/EØS-rettslige bakgrunnsretten som danner fundamentet for den nasjonale reguleringen. Derfor er drøftelsen som kommer i *Fosen* etterlengtet. Det er på høy tid at en tilnærming som er mer eller mindre homogen med EU/EØS-retten kommer på banen, og det er grunn til å kritisere Høyesterett for å ikke ha brakt en slik redegjørelse på dagsordenen tidligere.

Ettersom den nye normen Høyesterett oppstiller bidrar til homogenitet innen EØS, er det ikke utenkelig at denne skal gjelde. Videre finner vi støtte for dette innholdet i ansvarsnormen i samtlige dommer fra EU-domstolen, noe som i seg selv taler for at den nye ansvarsnormen som tar hensyn til minimumskravene som følger av EU/EØS-retten, burde gjelde. Når det i denne ikke oppstilles et krav om skyld støtter det Høyesterett sitt synspunkt om at «det tradisjonelle uaktsomhetsansvaret som har vært utgangspunktet for erstatning for tilbudskostnader, [ikke kan] fullt ut opprettholdes».⁸⁷

⁸⁴ HR-2019-1801-A avsnitt 114 (mine kursivendringer).

⁸⁵ Henholdsvis sakene C-314/09 og C-568/08.

⁸⁶ HR-2019-1801-A avsnitt 114.

⁸⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 116.

Videre, når vi på et nasjonalt plan må implementere de bakenforliggende EU-direktivene, er en konsekvens at det ikke kan oppstilles en strengere ansvarsnorm enn det som gjelder etter EU/EØS-retten. Det finnes imidlertid ikke holdepunkter for at den tradisjonelle ansvarsnormen har hatt et strengere innhold enn det som følger av bakgrunnsretten og derfor kan det virke noe forvirrende at Høyesterett trekker den konklusjon i *Fosen* om at «konsekvensen være at de minimumskrav som følger av EØS-retten – nemlig kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» – trer i stedet for den tradisjonelle aktsomhetsnormen».⁸⁸ Men når den tradisjonelle normen har fått et rent subjektivt innhold, og vi ikke finner støtte for dette i EU-retten, er en naturlig konsekvens at den nasjonale normen må modifieres til å samsvare med EU-retten.

EFTA-domstolen uttaler i *Fosen II* at ansvarsnormen for tapte tilbudskostnader ikke kan være betinget av at oppdragsgiver har opptrådt culpøst, men at dette ikke utelukker at visse objektive og subjektive elementer «knyttet til skyldbegrepet i en nasjonal rettsorden ikke kan være relevante».⁸⁹ Med andre ord kan det som vi omtaler som «subjektive forhold» få en plass i ansvarsnormen slik den gjelder etter EU/EØS-retten. En bemerkning til dette er at det kan være noe uheldig å skille mellom et «objektivt» og «subjektivt» innhold i ansvarsnormen. Subjektive forhold, herunder culpa, har ikke nødvendigvis samme innhold nasjonalt som det har i EU/EØS-retten.⁹⁰ Fredriksen mener på sin side at «dette er en begrepsbruk som helst bør unngås i EU/EØS-rettslig sammenheng» fordi en slik todeling mellom subjektivt og objektivt ansvar ikke er helt i overensstemmelse med EU/EØS-regelen om «tilstrekkelig kvalifisert brudd», som ikke er et tradisjonelt skyldansvar.⁹¹

Konklusjonen for Høyesterett er dermed at samme ansvarsnorm gjelder for begge erstatningstyper. Førstvoterende legger til grunn at det tradisjonelle utgangspunktet om ulike terskler for ansvarsgrunnlag for erstatningstypene – henholdsvis en culpanorm etter *Firesafe* og kravet om «vesentlige feil» etter *Nucleus* – ikke kan anses å gjelde fordi den ikke er forenlig med den bakenforliggende EU/EØS-retten. Ansvarsgrunnlaget formuleres følgelig som et spørsmål om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» foreligger, i tråd med EU/EØS-bakgrunnsretten.

⁸⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 116.

⁸⁹ Sak 7/18 premiss 119.

⁹⁰ Sak C-48/93 premiss 76.

⁹¹ Haukeland Fredriksen, (2020) side 324.

For det nærmere innholdet i vurderingen av om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» foreligger utledes det momenter fra EU-praksis som benyttes som en slags «glideskala» for vurderingen. I vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert kan det etter EU/EØS-retten ikke stilles krav til skyld hos oppdragsgiver, men visse subjektive momenter som normalt inngår i en culpavurdering kan fremdeles være relevante å ta i betraktning.⁹² De subjektive forhold er såpass innbakt i disse at det ikke er hensiktsmessig å skille mellom objektive og subjektive forhold i vurderingsmomentene i den følgende undersøkelsen av det nærmere innholdet i ansvarsnormen.

I vurderingen av om oppdragsgiver sin feil utgjør et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» for negativ kontraktsinteresse, utleder Høyesterett momenter for sin vurdering i stor grad fra EU-domstolen sin tilnærming til spørsmålet i sakene C-568/08 *Combinatie* og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*. Det uttales i *Fosen* at vurderingsmomentene som oppstilles i særlig sistnevnte dom er relevante i vurderingen av om et tilstrekkelig kvalifisert brudd foreligger.

Høyesterett ser først på partenes anførsler vedrørende hvordan ansvarsgrunnlaget skal vurderes. Her anførte både AtB og staten at kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» innebærer at bruddet må ha vært «åpenbart og grovt». Motsatt anførte Fosen-Linjen at det EØS-rettslige ansvaret ikke åpner for skjønnsutøvelse, og at ansvarsnormen er objektiv.⁹³

Høyesterett ser videre hen til EU-domstolen sin tilnærming til spørsmålet i *Brasserie du Pêcheur* der det uttales at det avgjørende kriterium for om en overtredelse er «tilstrekkelig kvalifisert» er om «en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åpenbart og groft har overskredet grensene for sine skønnsbeføjelser».⁹⁴

Høyesterett tolket dette premisset som at «[d]er myndighetene har et skjønnsrom, vil en overtredelse altså være tilstrekkelig kvalifisert bare når overtredelsen er åpenbar og grov».⁹⁵ Altså vil det om en feil er «åpenbar og grov» etter EU-retten være utslagsgivende i tilfeller der en rettsregel åpner for en vid skjønnsutøvelse. Derfor påpekes det at man burde være varsom med å anvende dette som et generelt vurderingstema i spørsmålet om et brudd er «tilstrekkelig kvalifisert». Det uttales det at de øvrige momentene som oppstilles i *Brasserie*

⁹² HR-2019-1801-A avsnitt 117.

⁹³ HR-2019-1801-A avsnitt 118.

⁹⁴ Sak C-48/93 premiss 55.

⁹⁵ HR-2019-1801-A avsnitt 120.

du Pêcheur, likevel måtte tillegges vekt i en alminnelig vurdering av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert:

«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.»⁹⁶

I vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert er følgelig de første momentene man må ta i betraktning hvor klar og presis bestemmelsen som blir overtrådt er, og hvor vidt skjønn som eventuelt foreligger. Høyesterett påpeker at det ikke er et skarpt skille mellom regler med rom for skjønn og rettsregler med uklare grenser, og at sentrale i ansvarsvurderingen vil være om «den overtrådte regelen var klar og presis.»⁹⁷

Et brudd vil etter dette bli betraktet som «tilstrekkelig kvalifisert» dersom det er foretatt brudd på en klar og presis regel, hvor det er lite rom til oppdragsgivers skjønn. I *Fosen* la Høyesterett vekt på at regelen for utforming av konkurransegrunnlaget og konkurranse-dokumentene ikke fremgikk helt klart av verken nasjonal eller EU-regulering, men at oppdragsgiver fremdeles ikke kunne unnskyldes seg med mangel på kompetanse.⁹⁸

Videre må det etter *Brasserie du Pêcheur* hensyntas om overtredelsen var uaktsom. Høyesterett påpekte i den sammenheng at den aktuelle feilen ble påpekt av leverandører to ganger under konkurransen, som reiste spørsmål om lovligheten til tildelingskriteriet. Dette burde ha oppfordret AtB til å tenke nøyere gjennom konkurransedokumentene, og rette opp i eventuelle feil – noe som ikke ble foretatt. Dermed kunne AtB heller ikke høres med at rettsvillfarelse forelå, som for øvrig utgjør det fjerde vurderingsmomentet.

Det siste momentet som utledes av *Brasserie du Pêcheur* er i hvilken grad feilen har hatt betydning eller innvirkning på konkurransen. Dette momentet var utslagsgivende i *Fosen* fordi de feilene AtB begikk i prosessen medførte at det forelå en reell rettslig usikkerhet for

⁹⁶ Sak C-48/93 premiss 56.

⁹⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 121.

⁹⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 124.

holdbarheten av prosessen, som ikke var ubetydelig. Feilen hadde hatt konsekvenser for konkurransen sitt løp og utfall, og dermed forelå det et tilstrekkelig kvalifisert brudd og ansvarsgrunnlag for kravet om tapte tilbudskostnader.⁹⁹

De gjennomgåtte vurderingsmomentene gir anvisning på at det foreligger en glidende skala om et tilstrekkelig kvalifisert brudd foreligger, hvor «uttellingen» hvert moment får enten taler for eller imot at ansvarsgrunnlag kan konstateres.

3.4 Avsluttende bemerkninger

Etter Høyesterett sine ord er nå vurderingen av om ansvarsgrunnlag foreligger, altså om oppdragsgiver sin feil har utløst erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse, «noe annerledes».¹⁰⁰ Høyesterett har slått fast at vilkåret om ansvarsgrunnlag nå er det samme for både den negative og positive kontraktsinteresse, og at denne sammenfaller med det som gjelder innen EØS-retten. Objektive og subjektive momenter knyttet til den tradisjonelle normen vil «likevel kunne være relevante», noe som ikke utelukker at tradisjonell rettspraksis fremdeles vil ha betydning for fremtiden.

En slik harmonisering av to tidligere forskjellige ansvarsnormer må ha betydning for i hvert fall en av dem. Tilnærmingen til erstatning av den negative kontraktsinteresse har i tidligere praksis vært varierende. Det har vært tale om en streng aktsomhetsnorm, culpaansvar, fra oppdragsgiver sin side, uten at en konkret terskel er oppstilt. Når vi sammenligner med den konkrete terskelen for ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse om en «vesentlig feil», har terskelen for den negative kontraktsinteresse vært antatt å være lavere.

Når Høyesterett i *Fosen* ikke lengre differensierer mellom disse ansvarsnormene, er det etter mitt syn rettmessig å legge til grunn at en endret ansvarsnorm innebærer at terskelen for å få den negative kontraktsinteresse erstattet nå er hevet.¹⁰¹

Rettstilstanden er med dette endret, men det er vanskelig å si noe om hvor stor realitetsforskjell som egentlig foreligger; det er et spørsmål om tid før temaet blir aktualisert i

⁹⁹ HR-2019-1801-A avsnitt 126.

¹⁰⁰ Se HR-2019-1801-A avsnitt 117.

¹⁰¹ Med støtte i teorien, se eksempelvis Haukeland Fredriksen (2020) s 325.

nye saker, og det gjenstår å se hvordan erstatningsdrøftelsene foretas av domstolene i fremtiden.

Dersom nasjonale domstoler slutter seg til denne tilnærmingen, er spørsmålet hvilken praksis som i hovedsak danner grunnlaget for vurderingen.

Etter Høyesterett sitt syn «vil subjektive og objektive momenter knyttet til vårt nasjonale skyldbegrep likevel kunne være relevante» ved vurderingen av om ansvarsgrunnlag foreligger,¹⁰² gitt at de reflekterer den EU/EØS-rettslige normen. Etter mitt syn må det likevel være en konsekvens at dette er en vurdering som for fremtidige tilfeller i all hovedsak må foretas på bakgrunn av momenter i tilgjengelig EU-praksis, når momenter utledet av tidligere nasjonal praksis får noe begrenset betydning.

Det er likevel grunn til å stille spørsmål ved om det er et heldig utfall av *Fosen* at terskelen for å konstatere ansvarsgrunnlag for den negative kontraktsinteresse nå er hevet.

Effektivitetsprinsippet tilsier på den ene siden at erstatning ikke kan utelukkes i sin helhet. En høyere terskel i ansvarsnormen for å få tapte tilbudskostnader erstattet utelukker ikke dette, men vil i teorien kunne gjøre det vanskeligere for leverandørene å få denne tilkjent når terskelen for å kunne konstatere at oppdragsgiver har opptrådt ansvarsbetingende er høynet.

På den annen side er et slikt scenario heldig for det offentlige i posisjon som oppdragsgiver, i den forstand at man slipper å kompensere leverandører i tilfeller der mindre feil leder til at konkurranse må avlyses og utlyses på nytt.

Det er likevel ikke sikkert at dette er utfallet av den nye normen, når Høyesterett uttaler at denne ikke kan karakteriseres som «strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm».¹⁰³ Dette tatt i betraktning kan man kanskje anta at normens nye innhold ikke nødvendigvis er så dramatisk som den umiddelbart fremstår som.

Etter mitt syn er det i hvert fall hensiktsmessig å ha en norm som er forenlig med EU/EØS-rett og som gir uttrykk for rettshomogenitet på dette området. I fremtiden kan det dog oppstå problemer ved at terskelen likevel ikke er helt konkretisert. Ja, den er drøftet i *Fosen*, men når

¹⁰² HR-2019-1801-A avsnitt 117.

¹⁰³ HR-2019-1801-A avsnitt 117.

det er ytterpunktene som er oppstilt her er det som nevnt vanskelig å si noe for hvilket utslag ansvarsnormen kommer til å få for senere mellomtilfeller.

3.5 Kravet til årsakssammenheng

3.5.1 Innledende om vilkåret

Etter ordlyden «som følge av» er kravet til årsakssammenheng bindeleddet mellom oppdragsgiver sitt lovbrudd, ansvarsgrunnlaget, og leverandøren sitt tap av tilbudskostnader.¹⁰⁴ Dette innebærer altså at oppdragsgiver sin feil faktisk må ha påført leverandøren et tap, og dette må kunne dokumenteres av leverandør.

Kravet til årsakssammenheng kan begrunnes i at målet med en utlyst konkurranse skal være å tildele én leverandør kontrakt, og det er kun denne som får avkastning or det arbeid og de ressurser som er lagt inn i utarbeidelse av tilbudet. For de øvrige tilbyderne vil inngivelse av tilbud derfor uansett være bortkastede investeringer, og normalt vil ikke enhver feil som oppdragsgiver begår i prosessen endre på dette.¹⁰⁵

Altså kan ikke «ethvert brudd på anbudsreglene» utløse erstatningsansvar for oppdragsgiver.¹⁰⁶ Det må med andre ord kunne konstateres at en feil har virket inn på deltakelse eller utfallet av konkurransen; feilen må ikke være av bagatellmessig art.

I dette kapitlet undersøkes hva som tradisjonelt har vært innholdet i kravet til årsakssammenheng, og hvilket omfang en feil må ha for å være utslagsgivende for kravet om årsakssammenheng for den negative kontraktsinteresse. Det konkrete spørsmålet er om rettstilstanden er endret etter *Fosen*.

3.5.2 Tradisjonelt utgangspunkt

Høyesterett presiserte i *Fosen* at *Firesafe-dommen* må anses å gi et gir et generelt uttrykk for uttalelsene om årsakskravet i forarbeidene,¹⁰⁷ og illustrerer med dette at dommen er høyst relevant vedrørende innholdet i kravet til årsakssammenheng.

¹⁰⁴ Anskaffelsesloven § 10.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) side 68.

¹⁰⁶ NOU 1997:21 side 1116.

¹⁰⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 130 og 131.

I *Firesafe* kom Høyesterett enstemmig til at:

«Forutsetningen for at [leverandør] kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, vil [...] i tilfelle måtte være at *de overhodet ikke ville ha inngitt anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe.*»¹⁰⁸

Kravet Høyesterett oppstiller til årsakssammenheng kan formuleres som at leverandøren hadde avstått fra å delta i konkurransen dersom han hadde vært klar over at oppdragsgiver kom til å begå feil. I det foreliggende tilfellet var feilen at kontrakt ble tildelt leverandør som ikke oppfylte kravene oppstilt i konkurransegrunnlaget til lærlingordning, og deltakelsen for avvist leverandør som oppfylte de angitte kravene var forgjeves.

Om terskelen for årsakskravet, uttaler Høyesterett at:

«Preventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevisetema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsplikt ved klare feil»¹⁰⁹

Og at: «[g]ode grunner kan tale for at det *ikke* bør stilles strenge beviskrav for at anbyderne ikke ville ha deltatt. En bevistvil bør i tilfelle gå ut over innbyderen».¹¹⁰

Det opereres følgelig med en lavere terskel for å konstatere årsakssammenheng, og at det er leverandøren som må kunne bevise at han ikke hadde deltatt i konkurransen dersom han hadde visst at oppdragsgiver kom til å begå feil.

Det som imidlertid er en svakhet med *Firesafe*, er at dommen er gitt prejudikatvirkning til tross for at Høyesterett ikke underbygger flere av utgangspunktene de oppstiller med nærmere begrunnelser. Dette jf. blant annet uttalelsen ovenfor hvor det oppstilles en lav terskel for å konstatere årsakssammenheng, uten at denne defineres ytterligere. Kravet til årsakssammenheng i anskaffelsesretten baserer seg på den alminnelige erstatningsretten. Erstatning innenfor anskaffelsesretten kan likevel ikke forenes helt med den alminnelige erstatningsretten, slik at vi ikke alltid kan trekke nærmere konklusjoner derfra. Derfor burde

¹⁰⁸ RT-1997-574 side 578 (mine kursivendringer).

¹⁰⁹ RT-1997-574 side 577.

¹¹⁰ RT-1997-574 side 579 (mine kursivendringer).

Høyesterett etter mitt syn ha vært tydeligere på hvilket nærmere innhold årsakskravet ved avlysning i anskaffelsesretten.

Utgangspunktet om den lave terskelen ble presisert av Hålogaland lagmannsrett i *Heggelia*, der lagmannsretten uttalte at det ved erstatning av den negative kontraktsinteresse kreves bare «en alminnelig sannsynlighetsvurdering».¹¹¹ Dommen gir uttrykk for alminnelige terskler og vilkår som må gjelde ved erstatning i anskaffelsesretten, og det oppstilles altså et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette tilsier at det må være minst 51 % sannsynlig at oppdragsgiver sin feil har forårsaket leverandøren sitt tap. Det gjelder ikke et skjerpet beviskrav.

Før *Fosen* ble det altså operert med at kravet til årsakssammenheng vil være oppfylt dersom leverandøren hypotetisk sett, sannsynligvis, ville ha avstått fra å delta i konkurransen dersom han hadde vært klar over at oppdragsgiver ville begå feil. Sett i lys av at det er leverandører som uansett ikke kan anses å ville ha vunnet konkurransen dersom alt hadde gått rett for seg som kan kreve tapte tilbudskostnader dekket, fremstår dette som hensiktsmessig.

3.5.3 Høyesterett sin tilnærming i Fosen

I *Fosen* starter Høyesterett med å avklare at ettersom saklig grunn for avlysning foreligger som følge av at det oppstod en avlysningsplikt, kunne ikke Fosen-Linjen ha krav på den positive kontraktsinteresse. Begrunnelsen for dette er at en saklig avlysningsgrunn utelukker at det foreligger årsakssammenheng mellom leverandøren sitt påståtte tap, den positive kontraktsinteresse, og ansvarsgrunnlaget.¹¹² Et eventuelt erstatningsansvar begrenses altså til tappt fortjeneste der en avlysning har saklig grunn for seg.¹¹³

Etter denne innledende klargjøringen, gikk Høyesterett inn på den nærmere drøftelsen av om årsakskravet for negativ kontraktsinteresse er oppfylt.

Førstvoterende oppstiller det tradisjonelle innholdet for årsakssammenheng i *Firesafe*, og følger opp med å formulere årsakskravet som at "[...] Fosen-Linjen ikke ville ha deltatt i konkurransen hvis de hadde visst om at konkurransen kom til å bli avlyst som følge av feil i

¹¹¹ RG-2005-469.

¹¹² Sak E-16/16 premiss 107

¹¹³ HR-2019-1801-A avsnitt 103.

konkurransesgrunnlaget".¹¹⁴ Altså opprettholdes det tradisjonelle utgangspunktet for årsakssammenheng.

Med hensyn til at det tradisjonelle utgangspunktet utledes av en dom som ikke omhandler avlysning og erstatning, savner jeg at Høyesterett ikke benyttet seg av anledningen til å oppstille klarere regler og terskler som må gjelde. Det kan sies at det som er utledet om årsakssammenheng i tidligere praksis nå må anses som gjeldende rett etter *Fosen*, og at dette er uproblematisk.

Det er etter mitt syn likevel noe uheldig at Høyesterett kun gjengir det som er sagt i de nevnte dommene, uten å utdype hvorfor dette må gjelde og hva vilkåret nærmere innebærer. Rettstilstanden blir med andre ord i liten grad klarere for fremtidige avlysningstilfeller.

Høyesterett henter seg imidlertid inn når de så behandler AtB sin anførsel om at årsakssammenheng ikke kunne foreligge fordi feilen i dette tilfellet var synlig, og at Fosen-Linjen innga tilbud selv om de visste at feil forelå i konkurransegrunnlaget. En «medvirkningsbegrensning» med en slik begrunnelse er oppstilt av EU-domstolen i *Brasserie du Pêcheur* der det uttales at det i erstatningsvurderingen må hensyntas:

«om den skadelidte på passende måte har søgt at undgå skaden eller begrense dens omfang, og navnlig om skadelidte i rette tid har gjort brug af alle de retsmidler, der stod til hans disposition».¹¹⁵

Det oppstilles med andre ord en begrensning for årsakssammenheng i EU-retten i tilfeller der leverandør ikke har gjort sitt for å påpeke feil som er synlige for han. Høyesterett påpeker at erstatningsansvar vil kunne begrenses ut fra slike medvirkningsbetraktninger i tilfeller der en tilbyder velger å inngi tilbud selv om han må ha sett, eller burde ha sett at det er feil i konkurransegrunnlaget.

Etter mitt syn dette en rimelig begrensning, begrunnet i at leverandøren i et slikt tilfelle ikke har gjort sitt for å avverge en eventuell avlysning som kan oppstå på bakgrunn av disse feilene. Dersom et slikt krav ikke gjelder er det ikke utenkelig at en det kan foreligge en risiko for at leverandørene kan oppmuntres til å la være å påpeke en feil de ser i konkurransegrunnlaget til etter at kontrakt er tildelt annen leverandør, eller at konkurransen er avlyst, med

¹¹⁴ HR-2019-1801-A avsnitt 132.

¹¹⁵ Sak C-48/93 premiss 84.

den hensikt å få den negative kontraktsinteresse erstattet. Det er heller ikke utenkelig at en leverandør kan benytte dette som et forhandlingsmiddel for å få kontrakt tildelt, selv der han ikke har krav på dette.

Leverandør vil i så fall gå ut av en konkurranse der han uansett ikke hadde fått kontakt tildelt, uten et økonomisk tap i form av tapte tilbudskostnader. I slike tilfeller vil det for øvrig foreligge illojale hensikter hos leverandør, og det hadde ikke vært rimelig å konstatere årsakssammenheng og å gjøre oppdragsgiver ansvarsbetinget på bakgrunn av dette.

Det illustrerte eksempelet kommer imidlertid ikke helt på spissen i *Fosen* når Høyesterett uttaler at:

"[i] et tilfelle som det foreliggende, hvor AtB selv mente konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig – og det selv om feilen to ganger ble påpekt av tilbydere under konkurransens gang – finner jeg det vanskelig å konkludere med at det ikke er årsakssammenheng".¹¹⁶

For årsakssammenhengen legger altså Høyesterett avgjørende vekt på at tilbyderne påpekte manglene ved konkurransegrunnlaget som etterhvert utløste regelbruddet, og ikke regelbruddet som sådan. Høyesterett mener nok i realiteten at Fosen-Linjen visste om feilen, men ikke at denne nødvendigvis kom til å bli utslagsgivende for avlysning.

3.5.4 Avsluttende bemerkninger

Etter *Fosen* må det følgelig legges til grunn at terskelen for å konstatere årsakssammenheng i hvert fall er den samme, og at det i denne sammenheng fremdeles gjelder samme krav som før. Det foreligger ingen særlige holdepunkter for at rettstilstanden kan være endret.

Utgangspunktet om at leverandør hadde latt være å inngi tilbud dersom han var klar over at oppdragsgiver kom til å begå feil, må være gjeldende rett i vurdering om årsakssammenheng for negativ kontraktsinteresse foreligger. Høyesterett har med andre ord bidratt til å presisere rettstilstanden ved å videreføre det som gjelder etter tradisjonell rett.

¹¹⁶ HR-2019-1801-A avsnitt 135.

Tidligere rettspraksis som behandler årsakssammenheng for negativ kontraktsinteresse er følgelig fremdeles relevant for fremtidig rettspraksis, selv om denne ikke utelukkende omhandler erstatning ved saklig avlysning.

Kildeliste

Litteratur og nettressurser

- Amdal og Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentaarutgave*, 2. utg., Kommuneforlaget 2004.
- Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser kommentaarutgave*, Bind 1, Universitetsforlaget 2005.
- Goller m.fl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2017.
- Thue og Buan m.fl., *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2018.
- Høgberg og Øyrehagen, *Juridisk metode og tenkemåte*, 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift kommentaarutgave*, 1. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Arnesen, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen», Senter for Europarett, Universitetet i Oslo 2020, inntatt i Trygstad og Bakken, «Offentlige kontrakter – aktuelle tema», 1. utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2020.
- Haukeland Fredriksen, «Domscommentar, Høyesterettsdom i Fosen-Linjen: stor ståhei om status quo?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2020.
- Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (2021): Det offentliges pengebruk, Offentlige innkjøpsutgifter. Hentet fra dfo.no, <https://dfo.no/rapporter-og-statistikk/nokkeltall-og-statistikk/statistikk-innkjop>, sist lest 7. desember 2021.

Direktiver og traktater

- Rådsdirektiv nr. 89/665 av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter [Håndhevelsesdirektivet].

- Europaparlamentets- og rådsdirektiv nr. 18/2004/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting [Innkjøpsdirektivet 2004].
- Europaparlamentets- og rådsdirektiv nr. 24/2014 av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF [Innkjøpsdirektivet 2014].
- Agreement on the European Economic Area, Portugal, 2. mai 1992. (Avtale om det europeiske samarbeidsområdet).
- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU [TFEU], Roma, 7. juni 2016. (Traktaten om Den europeiske unions virkeområde – TEUV – konsolidert 2016).

Lover og forskrifter

- Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
- Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.
- Forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser (opphevet).
- Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.
- Forskrift 12. august 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (opphevet).
- Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

Forarbeider

- NOU 1997:21 om offentlige anskaffelser.
- NOU 2014:4 om enklere regler – bedre anskaffelser, forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.
- Prop. 51 L (2015-2016) om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

EU-domstolen og EFTA-domstolen

- Dom av 5. mars 1993, *Brasserie du Pêcheur*, C-48/93, EU:C:1996:79.
- Dom av 18. juni 2000, *Hospital Ingenieure*, C-92/00, EU:C:2002:379.
- Dom av 12. mars 2003, *Cordis*, T-345/03, EU:T:2008:67.
- Dom av 4. desember 2003, *Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651.
- Dom av 19. mars 2005, *Evropaïki Dynamiki v. Commission*, T-50/05, EU:T:2010:101.
- Dom av 9. desember 2008, *Combinatie*, C-568/08, U:C:2010:751.
- Dom av 30. september 2009, *Strabag*, C-314/09, EU:C:2010:567.
- Dom av 11. desember 2013, *Croce Amica*, C-440/13, EU:C:2014:2435.
- Dom av 31. oktober 2017, *Fosen-Linjen v. AtB AS*, E-16/16.
- Dom av 1. august 2019, *Fosen-Linjen v. AtB AS*, E-7/18.

Høyesterett

- Rt. 1997 s. 574 U, *Firesafe*.
- Rt. 1997 s. 1965, *Stavanger Catering*.
- Rt. 1998 s. 761, *Kredittkassen*.
- Rt. 2000 s. 1706 U, *Concord I*.
- Rt. 2000 s. 1811, *Finanger I*.
- Rt. 2001 s. 473 U, *Concord II*.
- Rt. 2001 s. 1062, *Nucleus*.
- Rt. 2007 s. 983, *Reno-Vest-IKS*.
- Rt. 2013 s. 258, *STX*.

- HR-2019-1801-A, *Fosen*.

Lagmannsrettene

- RG 2005 s. 469 [Hålogaland lagmannsrett].
- LA 2006 s. 5237.
- LG 2007 s. 137130.
- LF 2015 s. 187242.
- LF 2018 s. 82338.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sak 2008/60, *Namsos kommune*.

Sak 2008/177, *Fylkeskommunene Nord*.

Sak 2008/216, *Kollektivtransportproduksjon AS*.

Sak 2009/135, *Politiets data- og materielltjeneste*.

Sak 2015/39, *UDI Region Indre Østland*.

Sak 2020/116, *Fauske kommune*.

Sak 2020/364, *Ullensvang kommune*.

Sak 2020/525, *Oslo Universitetssykehus*.

Sak 2020/559, *Trondheim kommune*.

Sak 2021/347, *Hamar kommune*.

Sak 2021/1000, *Ørsta kommune*.