

# Uten virkning – Medkontrahentens erstatningskrav

JUS399 - Masteroppgave



UNIVERSITETET I BERGEN  
*Det juridiske fakultet*

Kandidatnummer: 148

Ord: 14072

01.06.2017

# Innhold

1. Innledning .....	4
1.1 Tema og problemstilling .....	4
1.2 Avgrensninger .....	5
2. Rettskildebilde .....	6
2.1 Innledning .....	6
2.2 Norske rettskilder.....	6
2.3 EU-rettskilder.....	7
2.4 Utsyn .....	8
2.4.1 Danmark.....	8
2.4.2 Sverige .....	10
3. Sanksjonen «uten virkning».....	11
3.1 Bakgrunn for sanksjonen .....	11
3.2 Bruddene.....	12
3.3 Følgene av sanksjonen .....	14
4. Bør medkontrahenten være erstatningsrettslig vernet? .....	16
4.1 Innledning .....	16
4.2 Utlede rettsvirkninger av «uten virkning»? .....	18
4.3 Anskaffelsesregelverkets formål og funksjon.....	19
4.4 Formålet med sanksjonen «uten virkning» .....	21
4.4.1 Gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.....	21
4.4.2 Avskrekkende sanksjon.....	23
4.4.3 Regelens effektivitet .....	23
4.4.4 Proporsjonal sanksjon .....	25
4.5 Hensyn i erstatningsretten.....	26
4.5.1 Overordnet om erstatningsretten ved anskaffelser .....	26
4.5.2 Prevensjon og reparasjon .....	27
4.5.3 Skadelidtes medvirkning.....	28
4.5.4 Samfunnsøkonomiske hensyn.....	30
4.6 Slutninger.....	33
4.6.1 Konklusjon.....	33
4.6.2 Lovregulering? .....	34
5. Erstatningskravet.....	36
5.1 Oversikt.....	36
5.2 De tradisjonelle erstatningskravene .....	36

5.2.1 Oversikt.....	36
5.2.2 Den negative kontraktsinteressen.....	38
5.2.3 Den positive kontraktsinteressen .....	40
5.2.4 Rettsvillfarelse .....	42
5.2.5 Strabag og Spjiker dommene .....	43
5.3 Medkontrahentens materielle problem.....	44
5.4 Erstatningssystemet i anskaffelsesretten.....	49
5.5 Løsningsforslag.....	51
5.5.1 Innledning .....	51
5.5.2 Vilkår om god tro.....	51
5.5.3 Omvendt bevisbyrde .....	53
6. Litteraturliste m.m.....	55
6.1 Litteraturliste.....	55
6.2 Lovregister m.m. ....	56
6.2.1 Norske lover.....	56
6.2.2 Forskrifter .....	56
6.2.3 Nordiske kilder.....	56
6.2.4 Traktater .....	57
6.2.5 EU-direktiver .....	57
6.3 Domsregister .....	58
6.3.1 Norske dommer.....	58
6.3.2 KOFA avgjørelser .....	58
6.3.3 EU/EFTA-dommer.....	58
6.4 Forarbeider m.m.....	59
6.5 Internettadresser.....	60

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er medkontrahentens krav på erstatning dersom kontrakten kjennes *uten virkning*. I 2012 ble sanksjonen *uten virkning* innført for noen grove brudd på anskaffelsesregelverket, jf. lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 13.<sup>1</sup> Sanksjonen er unik ettersom den ikke fremkommer andre steder i norsk rett.<sup>2</sup> Innføringen har derfor aktualisert flere problemstillinger for partenes rettsstilling.

Avhandlingen vil ta for seg problemstillingen vedrørende medkontrahentens krav på erstatning. Utgangspunktet i anskaffelsesretten er at oppdragsgiver kan være erstatningsansvarlig ovenfor tilbydere, jf. LOA § 10. Når en kontrakt kjennes *uten virkning* skal kontraktsforholdet opphøre. Som en følge av dette kan oppdragsgivers kontraktspart lide tap. Spørsmålet om denne medkontrahenten da har krav på erstatning fra oppdragsgiver, er foreløpig uavklart i norsk rett. Kravets særegenhet aktualiserer to underproblemstillinger; er medkontrahenten erstatningsrettslig vernet, og hvordan skal erstatningskravet vurderes? Målet med avhandlingen er å avklare dette.

Før sanksjonen *uten virkning* ble innført var det bare oppdragsgiver som bar risikoen for brudd på regelverket. Nå som også medkontrahenten kan måtte bære tap har partenes rettsstilling blitt usikker. I offentlige anskaffelser kan kontraktsummene omfatte store verdier. Medkontrahenten kan derfor lide store tap dersom kontrakten faller bort. Det er derfor viktig å avklare hvorvidt medkontrahenten kan få dette tapet erstattet.

En forutsetning for å avklare erstatningsspørsmålene er en grundig kjennskap til rettskildebilde i anskaffelsesretten, samt sanksjonen *uten virkning*. Uten at dette problematiseres nevneverdig, vil det innledningsvis redegjøres for.

---

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven eller LOA).

<sup>2</sup> Det følger av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 10 andre ledd at avtaler om å begrense konkurransen skal «ikke ha noen rettsvirkning». Ordlyden ligger nær *uten virkning*, men forarbeidene bemerker at det i konkurranseloven er snakk om en ugyldighetssanksjon, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225.

## 1.2 Avgrensninger

For at avhandlingens problematikk skal kunne drøftes tilstrekkelig er det nødvendig å avgrense den. Avhandlingen søker å ta stilling til kjernen av problemstillingen. Den antas derfor å kunne ha noe overføringsverdi til de avgrensede områdene.

*Uten virkning* er en ny ineffektivitetssanksjon. Dette reiser problemstillinger om grensen mot de andre ineffektivitetssanksjonene i norsk kontraktsrett; ugyldighet, heving og avbestilling. Jeg vil ikke drøfte denne problematikken nærmere, og det henvises til Lars Aamdal, som i større grad drøfter sanksjonen i lys av dette.<sup>3</sup> Denne avhandlingen vil i stedet drøfte *uten virkning* i lys av grunnleggende erstatningsprinsipper, samt hensynene i anskaffelsesretten. Kontraktsretten har likevel en viktig rolle innen rettsområdet, og vil supplere drøftelsene der dette er hensiktsmessig.

Avhandlingen vil fokusere på anskaffelser etter den klassiske forskriften.<sup>4</sup> Med dette siktes det til alle vare-, tjeneste-, og bygg- og anleggs anskaffelser som følger av forskriftens Del I og III. *Uten virkning* gjelder bare over EØS-terskelverdi.<sup>5</sup> Det er således naturlig å avgrense mot Del II av forskriften. Samtidig gjelder sanksjonen bare i varierende utstrekning for de andre særregulerte områdene. Avhandlingen avgrenser derfor mot å problematisere anskaffelser av helse- og sosialtjenester, plan- og designkonkurranser, forsvarssektoren, forsyningssektoren, og konsesjoner.

En kontrakt kan kjennes *uten virkning* for flere typer brudd på regelverket. Den mest klanderverdige av disse er der det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse.<sup>6</sup> Avhandlingen vil således ta utgangspunkt i dette bruddet. Mange av hensynene og argumentene gjør seg likevel gjeldende overfor de øvrige. Selv om virkningene ikke drøftes i lys av disse må det antas å ha noe overføringsverdi.

---

<sup>3</sup> Aamdal, Lars, *Uten virkning – ny sanksjon på visse grove brudd på reglene om offentlige anskaffelser*.

<sup>4</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

<sup>5</sup> LOA § 13 første ledd.

<sup>6</sup> Sak C-26/03 *Stadt Halle* premiss 37.

## 2. Rettskildebilde

### 2.1 Innledning

Rettskildebilde i anskaffelsesretten er komplisert. I utgangspunktet er det regulert som ved andre rettsområder. Men ettersom regelverket skal ratifisere EU-lovgivningen, følger rettskildene både av EU- og norsk rett. Hovedregelen er imidlertid at norsk lov er presumert å være i overenstemmelse med våre internasjonale forpliktelser. Det er likevel slik at norsk regulering på noen områder går lenger enn den er forpliktet til av EU-retten.

Rettsområdet har endret seg mye i en lengre periode. Dette medfører at lov og forskrift ofte vil måtte suppleres med oppdaterte rettskilder fra både nasjonal lovgivning og EU-retten. Samtidig må man være varsom med å vektlegge eldre rettskilder ettersom disse kan være utdaterte.

I det følgende vil det kort redegjøres generelt for de viktigste rettskildene i henholdsvis norsk rett og EU-rett. Til slutt vil det også redegjøres for anskaffelseslovgivningen, samt hvordan medkontrahentens erstatningskrav er løst i våre naboland Danmark og Sverige.

### 2.2 Norske rettskilder

Det rettslige utgangspunktet er anskaffelsesloven. Denne trådte i kraft 01.01.2017. I den nye anskaffelsesloven er reglene som berører medkontrahentens erstatningskrav i det vesentlige uendret. De supplerende rettskildene som regulerte spørsmålet ved den gamle loven er derfor fortsatt gjeldende.<sup>7</sup> Loven er i utgangspunktet en fullmaktslov, men noen overordnede materielle regler er hjemlet her. Det er i anskaffelsesloven at både søksmål om å kjenne en kontrakt *uten virkning* og leverandørens erstatningskrav er hjemlet, i henholdsvis §§ 13 og 10.

Anskaffelsesloven suppleres av flere omfattende forskrifter. Den viktigste av disse er anskaffelsesforskriften. Denne detaljregulerer de klassiske anskaffelsene. Ettersom

---

<sup>7</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 87.

avhandlingen er avgrenset mot de øvrige typer anskaffelser, er det denne som er sentral for behandlingen.

Loven har blitt endret flere ganger, som har medført at det har oppstått mange forarbeider. Store deler av disse omfatter hvordan EU-rettslige forpliktelsene skal gjennomføres i norsk rett. Disse står noe rettskildemessig svakt fordi det i utgangspunktet er den EU-rettslige forståelsen som skal legges til grunn. Ved gjennomføringslovgivning vil forarbeidene forklare hvorfor lovgivningen er tilpasset som den er, men uttrykker ikke lovgivers vilje og mening med lovgivningen.<sup>8</sup> Der EU-retten har overlatt rettsspørsmål til nasjonal rett har derimot føringer i forarbeidene sin ordinære selvstendige betydning.<sup>9</sup> De viktigste forarbeidene i avhandlingen øyemed er NOU 2010:2 og Prop. 12 L (2011-2012) som omfatter gjennomføringen av sanksjonen *uten virkning* i norsk rett.

Rettspraksis har vært spesielt rettsskapende der EU-retten har overlatt reguleringen til den nasjonale lovgivningen. Det er også opprettet et eget klageorgan for tvister i anskaffelsesretten. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har kompetanse til å gi rådgivende uttalelser og overtredelsesgebyr. Klageorganet står derfor rettskildemessig svakt, men ettersom omfanget av saker er betydelig, har den likevel vært med på å forme rettsutviklingen.

## 2.3 EU-rettskilder

Rettskildebilde i EU-retten er utformet annerledes enn det er i norsk rett. Det rettslige utgangspunktet er direktivene. For anskaffelsesretten og medkontrahentens erstatningskrav er de viktigste anskaffelsesdirektivet; 2014/24/EU og endringsdirektiv til håndhevelsesdirektivene; 2007/66/EC. De består av rettsregler, samt en fortale som beskriver hvordan rettsreglene skal tolkes. Det er lite forarbeider til direktivene. Utarbeidelsen av nye direktiver er ofte preget av forhandlinger. Samtidig fungerer de som en lovfesting av rettsutviklingen og domstolspraksis.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Sejersted, EØS-rett s. 202-203.

<sup>9</sup> Dragsten, Offentlige anskaffelser s. 54.

<sup>10</sup> Ibid. s. 55.

EU-retten skiller seg også fra det norske rettssystemet angående grunnleggende prinsippers rettskildemessige betydning. Disse prinsippene har både selvstendig betydning, og betydning ved tolkningen av andre regler i EU-retten.<sup>11</sup> Anskaffelsesreglene skal sikre prinsippene lagt ned i Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), særlig vedrørende EUs indre marked og de fire friheter.<sup>12</sup> Derfra er det utledet ytterligere prinsipper som blant annet likebehandling, ikke-diskriminering, proporsjonalitet og gjennomsiktighet.<sup>13</sup> Rettsregelen må tolkes i lys av disse prinsippene.

EU-domstolens praksis er en sentral rettskilde. Ettersom lovgivningen både er kompleks og dynamisk oppstår det ofte tvil om tolkning av rettsreglene. Domstolen har da en viktig rolle for å avgjøre disse, samt skape en ensartet tolkning av direktivene. Medlemstater plikter å legge EU-domstolens tolkninger til grunn.<sup>14</sup>

Det bør også nevnes at Norge har internasjonale forpliktelser utenfor EU. Gjennom avtalen Government Procurement Agreement (GPA) med World Trade Organisation (WTO) er Norge forpliktet til å følge avtalens prosedyreregler ved offentlige innkjøp. Avtalen gjelder mellom 47 medlemmer av WTO.<sup>15</sup>

## 2.4 Utsyn

### 2.4.1 Danmark

Som en fullverdig medlemsstat av EU, har Danmark den fordelen at de europeiske direktivene offisielt også gis ut på dansk. Ved innføringen av 2004-direktivet<sup>16</sup> benyttet Danmark seg derfor av muligheten til å direkte implementere direktivet.<sup>17</sup> Dette var enkelt og

---

<sup>11</sup> Sejersted, EØS-rett s. 66-67.

<sup>12</sup> TFEU art. 26.

<sup>13</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen punkt 1.

<sup>14</sup> TFEU art. 260.

<sup>15</sup> Se WTOs internettside, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm) (sitert 30. mai 2017).

<sup>16</sup> Direktiv 2004/18/EC.

<sup>17</sup> Se Kommisjonens internettside, [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country\\_profile/dk.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/dk.pdf) s. 56 (sitert 30. mai 2017).



sikret at loven var i overenstemmelse med deres europeiske forpliktelser. Den samme metoden ble brukt ved implementeringen av det europeiske håndhevelsesdirektivet.<sup>18</sup> I senere tid har Danmark derimot endret denne praksisen. Ved innføringen av det nye anskaffelsesdirektivet<sup>19</sup> ble ubudsloven vedtatt i 2015.<sup>20</sup> Som i Norge, oppfyller en slik transformering Danmarks internasjonale forpliktelser. På lik linje ble håndhevelsesreglene ratifisert i 2016, men bare innhold av mindre betydning ble endret.<sup>21</sup>

Den offisielle danske oversettelsen av EU direktivene har selvstendig overføringsverdi til det norske rettsspørsmålet. Formuleringen «uten virkning» er jo nettopp hentet fra den danske versjonen «uden virkning».<sup>22</sup> Dessuten har vi som tidligere unionsfelle og gjennom Christian V's lov mye felles rettshistorie. Danmarks håndhevelse av direktivene er også høyt ansett, og regnes blant de mest effektive.<sup>23</sup> Dette skyldes i stor grad at det er gitt vid adgang til klageorganet, som samtidig har myndighet til å tildele erstatning.

Rettstilstanden vedrørende medkontrahentens erstatningskrav er uavklart i dansk rett. Danmark har som Norge, ikke hjemlet i lov hvilke erstatningsfølger sanksjonen medfører. I forarbeidene går derimot dansk lovgivning lenger enn norsk. Det fremgår at erstatning ikke er utelukket, så lenge de ordinære erstatningsvilkårene er oppfylt.<sup>24</sup> Det kan utledes to slutninger fra dette. For det første fremstår medkontrahentens erstatningskrav som akseptert på et overordnet prinsipielt plan. For det andre vil gjennomføringen av en ansvarsmodell by på de samme problemer som etter norsk rett. De danske erstatningsvilkårene er i det vesentlige like de norske. Det vil derfor være like problematisk å bevise en årsakssammenheng ved å påvise at medkontrahenten ville ha vunnet en eventuell anbudskonkurranse.

---

<sup>18</sup> Lov nr. 492 12/05/2010.

<sup>19</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>20</sup> LOV nr. 1564 15/12/2015.

<sup>21</sup> LBK nr. 593 02/06/2016.

<sup>22</sup> NOU 2010:2 henviser til den danske oversettelsen av 2007/66/EF.

<sup>23</sup> Treumer, Enforcement of the EU Public Procurement rules s. 295.

<sup>24</sup> Ibid. s. 40

## 2.4.2 Sverige

Sverige er som Danmark, også en fullverdig medlemstat av EU. Men svensk rett var tidligere ute med å transformere EU-lovgivningen.<sup>25</sup> Etter det forrige regelverket var også anskaffelser under EU-terskelverdi omfattet.<sup>26</sup> Svensk anskaffelseslovgivning følger nå av lagen om offentlig upphandling (LOU), og følger det samme omformingsystemet.<sup>27</sup> Svensk ratifisering av EU direktivene er således meget lik den norske.

LOU hjemler ikke særskilt medkontrahentens erstatningskrav, men det følger av forarbeidene at dette kan utledes av kapittel 16, § 20.<sup>28</sup> Forarbeidene bemerker videre at medkontrahenten bør ha mulighet for å få erstatning. Dette begrunnes i rimelighetsbetraktninger, samt at hensynet til prevensjon taler for en slik ordning. Gjennomføringen av erstatningskravet har ikke lovgiver sett nødvendig å endre. De materielle kriteriene som er lagt til grunn i rettspraksis vil gi veiledning for de nye tilfellene som oppstår vedrørende medkontrahentens erstatningskrav. Ved rettferdighetsbedømmelsen som er oppstilt av rettspraksis bør medkontrahentens gode tro vurderes.<sup>29</sup>

Den svenske lovgiver har med det gått lenger enn den norske i å tillate erstatning for medkontrahenten. Begrunnelsen for å verne om medkontrahentens erstatningsinteresse kan ha overføringsverdi til den norske lovgivningen. Spørsmålet er om hensynene har samme tyngde i norsk rett. Samtidig kan det ikke forutsettes at de materielle kriteriene i norsk rett vil gi like god veiledning.

---

<sup>25</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 21 flg.

<sup>26</sup> LOU (2007:1091).

<sup>27</sup> LOU (2016:1145).

<sup>28</sup> Prop. 2009/10:180 s. 225 flg.

<sup>29</sup> Ibid. s. 226 og Andersson mfl., Lagen om offentlig upphandling s. 684-691.

### 3. Sanksjonen «uten virkning»

#### 3.1 Bakgrunn for sanksjonen

Innføringen av anskaffelsesloven § 13 må ses i sammenheng med endringer i EU-retten.

Bakgrunnen for endringen begynte med Kommisjonens ønske om å effektivt håndheve brudd på direktivene på et overnasjonalt nivå. Kommisjonen opplevde at medlemsland ikke tok de nødvendige skritt for å iverksette brudd etter avgjørelse fra EU-domstolen.

Situasjonen tilspisset seg i dommen C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, som fulgte opp de forente sakene C-20/1 og C-28/1. Sakene omhandlet en ulovlig direkte anskaffelse av en tjenestekontrakt på 30 år. I de første avgjørelsene ble det konstatert brudd på direktivene. Hvilke forpliktelser dette medfører for medlemsstater ble så tema i den etterfølgende avgjørelsen, ettersom Tyskland ikke hadde avsluttet det gjeldende kontraktsforholdet. Kommisjonen påberopte TFEU art. 260, tidligere TEC art. 228, der det følger at medlemstater som bryter sine forpliktelser «*shall be required to take the necessary measures to comply with the judgment of the Court*». I denne konkrete saken kom domstolen til at det ved et brudd av en slik karakter måtte tilsi at det var nødvendig for Tyskland å terminere kontrakten. Etterfølgende teori har fastslått at dommen må tolkes dit hen at dette ikke er en generell regel, slik at hver situasjon må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.<sup>30</sup>

Parallelt med dette hadde leverandørene også innvendinger mot håndhevelsen på et nasjonalt nivå. I høringer som Kommisjonen utførte kom det frem at leverandørene ønsket en enklere og mer effektiv håndhevelse av anskaffelsesdirektivet. Mange leverandører mente også at håndhevelsesreglene ikke gjorde det tilstrekkelig mulig å rette feil i anskaffelsesprosessen. Kommisjonen kom frem til at håndhevelsesreglene burde effektiviseres, samtidig som ulovlige direkte anskaffelser måtte sanksjoneres med mer inngrepene midler.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Treumer, Enforcement of the EU Public Procurement rules s. 22 flg.

<sup>31</sup> Prop. 12 L (2011-2012) s. 9.

Som en følge av dette ble sanksjonen «*ineffectiveness*» introdusert i revideringen av håndhevelsesdirektivet.<sup>32</sup> Det følger av art. 2d.1 a at “*if the contracting authority has awarded a contract without prior publication of a contract notice... Member States shall ensure that a contract is considered ineffective*”. Ettersom ulovlig direkte anskaffelser er det mest alvorlige bruddet på anskaffelsesreglene, mente EU-lovgiver at det burde innføres en sanksjon som både var effektiv, proporsjonal og avskrekkende.<sup>33</sup> Ineffektivitetssanksjonen skal også være egnet til å gjenopprette konkurransesituasjonen, og således skape nye forretningsmuligheter for de krenkede leverandørene.<sup>34</sup>

Dette ble først inkorporert i norsk rett i 2012.<sup>35</sup> Endringen gjaldt den tidligere anskaffelsesloven<sup>36</sup>, men bestemmelsen er i det vesentlige uendret i den nye anskaffelsesloven.<sup>37</sup> Ettersom det i norsk rett ikke fantes en sanksjon med de samme rettsvirkninger som «*ineffectiveness*» ble det opprettet en ny ineffektivitets sanksjon. Det følger så av § 13 at ulovlige direkte anskaffelser skal kjennes «*uten virkning*».

## 3.2 Bruddene

Ettersom sanksjonen er svært inngripende kan den bare anvendes overfor et fåtall brudd på anskaffelsesdirektivet. Det mest alvorlige av disse er at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. En anskaffelse anses som ulovlig direkte dersom oppdragsgiver i strid med regelverket har unnlatt å kunngjøre.<sup>38</sup> Hovedregelen i anskaffelsesretten er at det skal kunngjøres en alminnelig kunngjøring om konkurranse, samt kunngjøring av kontraktsinngåelse når leverandøren er valgt.<sup>39</sup> Dersom det ikke kunngjøres må dette følge av unntakene i forskriften.

---

<sup>32</sup> Direktiv 2007/66/EC.

<sup>33</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 13.

<sup>34</sup> Ibid. punkt 14.

<sup>35</sup> Lov 11. mai 2012 nr. 25. om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven.

<sup>36</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69.

<sup>37</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 og Prop.51 L (2015-2016) s. 87.

<sup>38</sup> Forskrift 7. april 2006 nr. 402 § 4-1 q (ikke definert i den nye anskaffelsesforskriften) og NOU 2010:2 s. 101.

<sup>39</sup> Anskaffelsesforskriften § 21-2 og § 21-6.

Det finnes flere unntak fra plikten til å kunngjøre. Disse er av forskjellig karakter, som medfører at de faktiske omstendighetene i stor grad kan variere. For eksempel kan man lovlig omgå kunngjøringsplikten ved å anskaffe i egenregi og ved å endre kontrakten etter kontraktsinngåelse.<sup>40</sup> Unntakene fra kunngjøringsplikten er problematiske. De faktiske grensedragningene kan være vage, samtidig som adgangen til å unnta hovedregelen skal tolkes strengt.<sup>41</sup> Det er derfor ikke sjeldent at plikten til å kunngjøre brytes.

Oppdragsgiver er derfor gitt muligheten til å avskjære sanksjoner dersom de er i tvil om det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom de foretar en intensjonskunngjøring før tildeling av kontrakten, og deretter venter 10 dager med å kunngjøre den, vil dette prekludere andre fra å påberope sanksjonen, jf. LOA § 13 andre ledd.

Likeså finnes det unntak fra hovedregelen om at domstolen skal kjenne kontrakten *uten virkning* dersom vilkårene foreligger. Dersom vesentlige hensyn til allmenhetens interesse tilsier at kontrakten bør opprettholdes, kan domstolen i stedet sanksjonere med bøter og avkortning av kontrakt, jf. LOA § 13 fjerde ledd. Dette innføres for å gjøre sanksjonen proporsjonal, slik at den tilpasses dersom virkningene ikke står i forhold til ulempene sanksjonen medfører.<sup>42</sup>

Foruten ulovlige direkte anskaffelser kan sanksjonen anvendes ved rettstridig tildeling av kontrakt under rammeavtaler, rettstridig tildeling via dynamiske innkjøpsordninger, og brudd på regelverket sammenfattet med at karensfristen ikke overholdes, jf. LOA § 13 første ledd. Felles for disse bruddene er at den som vinner kontrakten potensielt ikke ville ha vunnet den dersom regelverket var fulgt, samt at de øvrige leverandørene ikke har andre muligheter for å stoppe kontraktsinngåelsen.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Anskaffelsesforskriften § 3-1 og § 28-1.

<sup>41</sup> Bakken og Nordby, Offentlige anskaffelser s. 237.

<sup>42</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 22.

<sup>43</sup> Departementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2013-12-XX, kapittel 18.5.1.

### 3.3 Følgene av sanksjonen

Virkningene av at en kontrakt kjennes «*ineffective*» er i utgangspunktet opp til medlemsstatene å avgjøre.<sup>44</sup> Likevel følger det noen anmodninger om gjennomføringen i håndhevelsesdirektivet.<sup>45</sup> Utgangspunktet for kontraktspartene må være at deres rettigheter og plikter opphører, og verken håndheves eller oppfylles.<sup>46</sup> I utgangspunktet vil dette bety at kontraktsforholdet avsluttes, og ytelsene tilbakeføres dersom de kan. Det samme er lagt til grunn i departementets veileder.<sup>47</sup>

Om sanksjonen håndheves slik at den gis tilbakevirkende kraft (*ex tunc*), eller at bare fremtidig oppfyllelse opphører (*ex nunc*) er igjen opp til medlemsstatene. Departementet kom frem til en sammenfattet løsning, der klageorganet selv kan velge hvilken virkning sanksjonen skal gis, men at den kan kjennes *ex tunc* kun der det er mulig å i det vesentlige tilbakeføre ytelsene, jf. LOA § 13 femte ledd.<sup>48</sup> Dersom kontrakten kun kjennes *uten virkning ex nunc* skal det da i tillegg gis bøter, jf. LOA § 14 andre ledd.

*Uten virkning* gis rettsvirkning fra det tidspunktet avgjørelsen er rettskraftig. Dette er da også skjæringstidspunktet mellom virkning *ex nunc* eller *ex tunc*.<sup>49</sup> I praksis medfører dette at kontraktsforholdet løper lenge dersom avgjørelsen ankes. For bygg-, anleggs- og tjenesteytelser vil ytelsene sjeldent kunne tilbakeføres dersom ytelsesplikten i det vesentlige har begynt. Som en følge av dette vil *uten virkning ex nunc* være det mest aktuelle. Tidspunktet for når kontraktsforholdet kjennes *uten virkning* får også betydning for medkontrahentens eventuelle erstatningskrav. Dersom kontrakten kjennes *uten virkning ex nunc* når ytelsene er fullført, vil ikke medkontrahenten ha lidd noe tap. For disse situasjonene vil derfor ikke erstatning være aktuelt.

---

<sup>44</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 21 og art. 2d.2.

<sup>45</sup> Direktiv 2007/66/EC art. 2d.2.

<sup>46</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 21.

<sup>47</sup> Departementets veileder 2013-12-XX, kapittel 18.5.3.

<sup>48</sup> Prop. L 12 (2011-2012) s. 37.

<sup>49</sup> NOU 2010:2 s. 109.

Erstatningsproblematikken er en naturlig følge av at kontraktsforholdet opphører i de alminnelige ineffektivitetssanskjøne i norsk rett. Forarbeidene tar ikke konkret stilling til medkontrahentens krav på erstatning dersom kontrakten kjennes *uten virkning*.<sup>50</sup>

Innledningsvis må det imidlertid påpekes at forarbeidene bemerker seg kritisk til at medkontrahenten skal nyte et slikt vern. Spesielt taler hensynene til gjenoppretning av konkurransesituasjonen mot et slikt krav. Det er derfor usikkert om medkontrahenten bør være erstatningsrettslig vernet. Dette vil drøftes i kapittel 4.

---

<sup>50</sup> NOU 2010:2 s. 174 flg.

## 4. Bør medkontrahtenten være erstatningsrettslig vernet?

### 4.1 Innledning

Før innføringen av *uten virkning* var erstatning det eneste rettsmiddelet leverandørene kunne påberope seg etter kontraktsinngåelse. Leverandørene kunne kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse, som skal stille leverandøren som om han ikke hadde deltatt, og positiv kontraktsinteresse som stiller leverandøren som om han hadde utført kontrakten.<sup>51</sup>

Leverandørene kan også få erstattet utgifter han har i forbindelse med irettesettelsen av en ulovlig direkte anskaffelse.<sup>52</sup>

Medkontrahtentens rettsstilling har endret seg drastisk etter innføringen av sanksjonen *uten virkning*. Tidligere ville en avtale inngått ved en ulovlig direkte anskaffelse i utgangspunktet fortsatt vært bindende mellom partene.<sup>53</sup> Oppdragsgiveren var da den eneste som hadde risikoen for sanksjoner. Nå som kontrakten skal kjennes *uten virkning* er risikoen plassert på begge parter. I forarbeidene legges det til grunn at det ikke kan antas at dette er utilsiktet.<sup>54</sup> Samtidig er det klart at målet har vært å regulere oppdragsgivers rettsstilling, som er pliktsubjektet i anskaffelsesretten.<sup>55</sup> At dette også påvirker medkontrahtenten fremstår som en akseptabel følge.

Medkontrahtentens krav stiller seg annerledes enn de øvrige erstatningskravene i anskaffelsesretten. Tilbyderne som lider tap som en følge av at anskaffelsesregelverket brytes har rett på erstatning. Medkontrahtenten har derimot fått kontrakten som en følge av at regelverket er brutt. De samme hensynene gjør seg derfor ikke gjeldende. Spørsmålet blir da om medkontrahtenten likevel er erstatningsrettslig vernet.

---

<sup>51</sup> NOU 2010:2 s. 174.

<sup>52</sup> Rt. 2008 s. 982

<sup>53</sup> KOFA har oppstilt en oppsigelsesplikt, jf. blant annet sak 2009/144. Kai Krüger mener derimot at det ikke er noen oppsigelsesplikt. Se Krüger, Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser s. 370 flg.

<sup>54</sup> NOU 2010:2 s. 100-101.

<sup>55</sup> Ibid. s. 175.



Av våre EØS-rettslige forpliktelser følger det at leverandørene skal ha adgang på erstatning ved brudd på anskaffelsesdirektivet.<sup>56</sup> EU-retten forplikter ikke medlemslandene ytterligere, slik at det er opp til nasjonal rett å regulere spørsmålet nærmere.<sup>57</sup>

Det følger av anskaffelsesloven § 10 at «*leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven*». Ordlyden åpner for at også en leverandør som har kontrahert skal ha adgang på erstatning. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen har til formål å lovfeste adgangen til erstatning som er pålagt gjennom EØS-retten. Bestemmelsen er utformet generelt, slik at rettsregelen blir supplert av rettspraksis. Selv om ordlyden åpner for at kontraherende leverandør også er omfattet, kan ikke dette tillegges selvstendig vekt.<sup>58</sup> Bestemmelsen fastslår ikke de nærmere vilkårene for erstatning. Rettsregelen blir som på andre erstatningsområder fastsatt av domstolene på bakgrunn av de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.<sup>59</sup>

Ettersom det verken finnes lovgivning, rettspraksis eller noen dyptgående teori som direkte regulerer erstatningsspørsmålet, må rettsregelen utledes fra andre rettskilder. Avhandlingen vil derfor i det følgende drøfte de formål og hensyn som er fremtredende i både anskaffelsesretten og erstatningsretten. Basert på dette vil det trekkes slutninger om medkontrahenten bør være erstatningsrettslig vernet.

Erstatningsproblematikken vil variere ut fra de konkrete omstendighetene. Hensynet til erstatning er for eksempel ikke det samme ved erstatning for den positive- og negative kontraktsinteressen. Likeså vil problematikken variere ettersom kontrakten kjennes *uten virkning* ex tunc eller ex nunc. I det følgende forsøkes det likevel å drøfte medkontrahentens erstatningsvern på et overordnet nivå. Der et hensyn er særskilt for en situasjon vil dette imidlertid fremheves.

---

<sup>56</sup> Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich mfl. mot Italia*

<sup>57</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 21.

<sup>58</sup> NOU 2010:2 s. 174.

<sup>59</sup> Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 68.

## 4.2 Utlede rettsvirkninger av «uten virkning»?

Den naturlige språklige forståelsen av ordlyden *uten virkning* tilsier at kontraktspartenes rettigheter og forpliktelser skal opphøre. Dette synes å antyde at retten til erstatning også bortfaller. Det blir i forarbeidene bemerket at dersom det tildeles erstatning for positiv kontraktsinteresse vil kontrakten gis økonomisk virkning etter at den er kjent *uten virkning*.<sup>60</sup> Utvalget mener at ordlyden i seg selv kan opprette en skranke for hvilke rettsvirkninger sanksjonen skal ha. Dersom dette kan legges til grunn vil det ha stor betydning for om medkontrahenten prinsipielt har et erstatningskrav.

Utgangspunktet er at formuleringen skal forstås som et nøytralt begrep.<sup>61</sup> Begrepet «*ineffective*» ble valgt for skille det fra allerede etablerte nasjonale konsepter. Formålet med dette er en ensartet forståelse av begrepet innad i EU, i samsvar med føringene fra håndhevelsesdirektivet. Betydningen av ineffektivitetssanksjoner er ikke den samme i alle medlemstatenes nasjonale rett. Dersom begrepet knyttes mot etablerte konsepter i nasjonale rettsystemer vil betydningen av sanksjonen således variere. Dette medfører at det for *uten virkning* ikke kan utledes rettsvirkninger fra lignede ineffektivitetssanksjoner som ugyldighet og heving.

Utvalget mener derimot at det må kunne utledes noen rettsvirkninger ut fra en naturlig forståelse av ordlyden. Ordlyden *uten virkning* tilsier at avtaleforholdet ikke lenger kan ha noen rettsvirkning for partene. Dersom erstatning gis vil dette derimot medføre økonomiske virkninger for partene. Dette synes å stå i direkte motstrid med den naturlige språklige forståelsen.

Utgangspunktet for formuleringen er hentet fra den danske versjonen av håndhevelsesdirektivet, der sanksjonen heter «*uden virkning*».<sup>62</sup> Etersom formuleringen er tilnærmet lik den offisielle, må kommisjonens formål med formuleringen gis betydning for tolkningen. Det fremstår klart at håndhevelsesdirektivet og Kommisjonen har overlatt til

---

<sup>60</sup> NOU 2010:2 s. 105

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> LBK nr. 593 02/06/2016 § 17 første ledd.

medlemsstatene å avgjøre de erstatningsrettslige virkningene.<sup>63</sup> Formålet med formuleringen kan derfor ikke ha vært å antyde noen erstatningsrettslig rettsvirkning for sanksjonen. Dette taler for at begrepet også skal være nøytralt i denne forstand.

Hensynet til forutberegnelighet taler derimot for å legge vekt på den naturlige språklige forståelsen. Dette vil gjøre det enklere for partene og forholde seg til sanksjonen. På den andre siden er partene i offentlige anskaffelser alltid profesjonelle. Dette gir mer rom for å komplisere lovgivningen dersom dette skulle være nødvendig for å nå den beste løsningen.

Jeg konkluderer derfor med at det beste taler for at man ikke kan foreta en ordlydstolkning. Begrepet er nøytralt, slik at verken ordlydstolkning eller sammenligning med andre etablerte kontraktsrettslige sanksjoner kan gis betydning for sanksjonens rettsvirkning.

### 4.3 Anskaffelsesregelverkets formål og funksjon

Hensikten med å vurdere medkontrahentens erstatningsvern i lys av regelverkets formål er å se det offentliges forpliktelser i et overordnet perspektiv. Den videre redegjørelsen i dette kapitlet vil derfor bero på hvilken funksjon anskaffelsesregelverket har i samfunnet, og om dette tilsier noe om medkontrahenten bør vernes. Foruten formålene som lovgiver har hjemlet som de viktigste, vil også samfunnsøkonomiske teorier om regelverkets funksjon berøres.

Bakgrunnen for at EU har regulert offentlige anskaffelser er å sikre fri flyt av de fire friheter over landegrensene.<sup>64</sup> Regulering av offentlige anskaffelser er således i utgangspunktet et instrument for å sikre at medlemsstatene overholder prinsippene i TFEU.<sup>65</sup> Likevel har anskaffelsesdirektivet utviklet seg til å berøre andre samfunnsproblemer.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 21.

<sup>64</sup> TFEU art. 26 flg.

<sup>65</sup> Direktiv 2014/24/EU fortalen punkt 1.

<sup>66</sup> For eksempel for å bekjempe korrupsjon, samt fremme små og middels store bedrifters konkurransedyktighet i anskaffelsesprosessen. Se henholdsvis direktiv 2014/24/EU fortalen punkt 100 og 2.

Hovedformålet med det norske anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnet ressurser, jf. LOA § 1. Den nye formålsparagrafen har språklig blitt endret fra den opphevede anskaffelsesloven, for å klargjøre regelverkets formål.<sup>67</sup> Videre angir formålsparagrafen de overordnede formålene, og må således ikke tolkes videre enn det som fremgår av en naturlig sammenheng med regelverket. Isolert sett kan det derfor ikke utledes noen rettigheter eller plikter fra formålet.<sup>68</sup>

Likevel kan det utledes noen viktige betraktninger fra hovedformålet. Regelverket fungerer i utgangspunktet som et verktøy for å sikre at staten kontraherer på en samfunnsøkonomisk god måte. Dette beror ikke bare på pris. Kostnadene skal nå også ses i lys av kvalitet og livssyklus kostnader. Samtidig kan regelverket benyttes som et verktøy for å fremme andre ressurser i samfunnet. Norge har gått utover sin EU-forpliktelse for enkelte områder. Regelverket skal blant annet fremme miljø og sosiale forhold, jf. LOA § 5. Dette gjør at anskaffelsesregelverket fungerer som et politisk verktøy for å fremme samfunns-goder.

Videre har anskaffelsesloven som formål at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmenheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. LOA § 1. Målet med å regulere de offentlige anskaffelsene har også vært å påse at oppdragsgivere handler etisk. Særlig med tanke på å forhindre korrupsjon i det offentlige.

Å verne om medkontrahentens erstatningsinteresse kan ha noen samfunnsøkonomiske fordeler.<sup>69</sup> Blant annet vil det bidra til å stabilisere markedet. Dersom det offentlige går utover det de er rettslig forpliktet til overfor sine medkontrahenter, kan dette bidra til å styrke allmenhetens anseelse av det offentlige som en anstendig kontraktspart. Likeså må et slikt vern derfor antas å stryke allmenhetens tillit til det offentliges integritet. Det må imidlertid bemerkes en balansegang mot effektiv bruk av samfunnets ressurser. Er det offentlige for gavmild ovenfor sine kontraktsparter kan dette ha en negativ effekt i allmenhetens øyne.

---

<sup>67</sup> Prop. 51 L (2015-2016) s. 80.

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 65.

<sup>69</sup> Se kapittel 4.5.4.

Hvorvidt anskaffelsesregelverket skal benyttes som et verktøy for å verne om sine kontraktsparter hører til det politiske hold å besvare. Hvor omfattende lovgiver kan bruke regelverkets funksjon i samfunnet for å fremme dets interesser er imidlertid ikke sikkert.

I juridisk teori argumenteres det for at opprettelsen av de frie markedet bør ha til hensikt å maksimere økonomisk fortjeneste innad i EU.<sup>70</sup> Anskaffelsesregelverkets funksjon bør derfor være å hindre handelsbarrierer over landegrensene. Dersom regelverket benyttes til å fremme andre samfunnstjenlige forhold vil dette virke som et hinder for maksimal økonomisk fortjeneste. Blir for eksempel en konkurranse tildelt med miljøhensyn som et kriterium vil dette forvrengte den potensielle kjøpekraften til det offentlige.

Norsk lovgiver har neppe lagt et slikt synspunkt til grunn, ettersom flere sosiale samfunnhensyn er regulert i anskaffelsesloven. Likevel må det erkjennes at vil stå i direkte motstrid med hensynet til maksimal fortjeneste dersom det offentlige går utover sin rettslige forpliktelse om å verne kontraktsparter.

## 4.4 Formålet med sanksjonen «uten virkning»

### 4.4.1 Gjenopprettelse av konkurransesituasjonen

Formålet med sanksjonen *uten virkning* er presisert i forord til håndhevelsesdirektivet. For å motvirke ulovlig direkte anskaffelser måtte det innføres en sanksjon som både var effektiv, avskrekkende og sto i forhold til overtredelsen.<sup>71</sup> Sanksjonen *uten virkning* ble antatt å være den beste måten for å sikre at konkurransesituasjonen ble gjenopprettet.<sup>72</sup>

Det viktigste formålet med sanksjonen er at konkurransesituasjonen blir gjenopprettet. Det er naturlig å tolke gjenopprettelse av konkurransesituasjonen slik at markedet skal få igjen sin tapte sjanse til å tilegne seg kontrakten. Hensynet til gjenopprettelse er således likegyldig til

---

<sup>70</sup> Arrowsmith, EU Public Procurement Law: An Introduction s. 44 flg.

<sup>71</sup> Direktiv 2007/66/EC forord punkt 13.

<sup>72</sup> Ibid. punkt 14.

om den tidligere medkontrahenten har fått tildelt erstatning, så lenge oppdragsgiver har midlene og viljen til å anskaffe på nytt.

Utvalget bemerker at det vil stride mot dette hensynet å gi medkontrahenten erstatning for positiv kontraktsinteresse. Dersom kontrakten gis en slik økonomisk virkning etter at den er kjent *uten virkning* kan dette medføre at sanksjonen ikke er egnet for å gjenopprette konkurransesituasjonen.<sup>73</sup> Dette argumentet er også påpekt i juridisk teori<sup>74</sup> Forutsetningen er at erstatning vil føre til at oppdragsgiver ikke har økonomiske midler til å anskaffe varen eller tjenesten på nytt.

Det virker klart at erstatning er egnet til å hindre gjenoppretning av konkurransesituasjonen. Hvor ofte dette vil realisere seg i praksis er imidlertid usikkert. Utgangspunktet for erstatning for positiv kontraktsinteresse er at medkontrahenten skal få oppfyllelsesinteressen erstattet. Denne vil i hovedsak bero på hvilken påslagsprosent medkontrahenten har satt på ytelsen i konkurransegrunlaget. Påslaget varierer ut fra situasjonen og ytelsen, men utgjør som regel en beskjeden del av kontraktssummen. Ettersom kravet vil utgjøre en beskjeden del av anskaffelsen, må det kunne antas at den bare unntaksvis i praksis vil «velte lasset».

På den annen side opererer ofte næringsdrivende med stramme budsjetter. Selv om erstatningskravet faktisk ikke gjør det umulig for oppdragsgiver å anskaffe på nytt, kan det å overskride det budsjetterte selv hindre at det anskaffes på nytt. Særsilt for offentlige anskaffelser er at budsjett kan måtte fastsettes av et offentlig organ. Om ikke annet vil en slik avgjørelse kunne forsinke gjenoppretting av konkurransesituasjonen.

En situasjonsbestemt løsning passer imidlertid dårlig. Ettersom det er opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre hvorvidt de ønsker å gjenopprette konkurransen, vil domstolen ikke kunne overprøve dette. Dette kan åpne opp for at oppdragsgiver omgår regelverket, ved å unnlate å anskaffe på nytt, for å slippe å erstatte tidligere medkontrahents oppfyllelsesinteresse. For å

---

<sup>73</sup> NOU 2010:2 s. 175.

<sup>74</sup> Thue, Buan og Brun. Kommentartutgave av lov og forskrift om offentlige anskaffelser s. 103

sikre en effektiv håndhevelse bør det således prinsipielt avgjøres om medkontrahentens erstatningskrav kan gis på bekostning av hensynet til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.

#### 4.4.2 Avskrekkende sanksjon

Ut fra formålet om en avskrekkende sanksjon kan det derimot utledes argumenter for begge sider av saken. Medkontrahentens erstatningsrett vil virke avskrekkende overfor oppdragsgiver. Det må antas at en større sanksjonering vil gi oppdragsgiver et insentiv til å handle på en klanderfri måte. Forarbeidene bemerker imidlertid at dette kan virke uforholdsmessig tyngende på oppdragsgiver som samtidig må betale et overtredelsesgebyr dersom kontrakten kjennes *uten virkning ex nunc*.<sup>75</sup>

Selv om oppdragsgiver er pliktsubjektet for anskaffelsesretten vil feilen også kunne påvirkes av medkontrahenten.<sup>76</sup> *Uten virkning* skal avskrekke fra fremtidige regelbrudd. Dersom medkontrahenten gis erstatning vil derimot ikke dette ha den tiltenkte effekten overfor ham. Det blir for kausalt å anta at erstatning vil gi leverandører et insentiv til å fremme slike lovbrudd. Men det må kunne legges til grunn at han ikke vil ha de samme insentivene til å undersøke oppdragsgivers forhold for å avdekke et eventuelt brudd. Som påpekt i forarbeidene kan dette argumentet modifieres ettersom påvist medvirkning vil medføre reduksjon av erstatning.<sup>77</sup>

#### 4.4.3 Regelens effektivitet

Hensynet til reglens effektivitet har særlig gitt utslag i anskaffelsesretten. Dette stammer fra EU-retten og skyldes et ønske om at den overnasjonale lovgivningen skal gjennomføres effektivt på et nasjonalt nivå.<sup>78</sup> Når et av formålene til sanksjonen er at den skal være effektiv, betyr det at virkningene i praksis effektivt skal motivere partene til å avstå fra å

---

<sup>75</sup> NOU 2010:2 s. 175.

<sup>76</sup> Se kapittel 4.5.3.

<sup>77</sup> NOU 2010:2 s. 175.

<sup>78</sup> Se for eksempel C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland*.

kontrahere ved ulovlige direkte anskaffelser. Dette er knyttet til regelens preventive funksjon, og således momentet om at sanksjonen skal virke avskrekkende.

Sanksjonen *uten virkning* får betydelige negative konsekvenser for begge partene. Oppdragsgiver vil kunne få et overtredelsesgebyr, samtidig som det anskaffede vil utsettes eller bare delvis bli oppfylt. Medkontrahtenten vil tape sine investeringer, i tillegg til den eventuelle fortjenesten han forventet å få. Dette vil motivere partene til å avstå fra å kontrahere ved ulovlig direkte anskaffelser. Spørsmålet blir derfor om reglens effektivitet blir ytterligere styrket dersom medkontrahtenten har krav på erstatning.

I anskaffelsesrettens tradisjonelle erstatningskrav er hensynet til reglens effektivitet allerede betydelig vektlagt. I Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen ble den forbigåtte tilbyderen tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse. Hensynet til regelens effektivitet tilsa at det ikke ville virke preventivt å kun tilkjenne erstatning for den negative kontraktsinteressen. I juridisk teori nevnes også erstatningens betydning for reglens effektivitet. Grunntanken er at det ved erstatningsansvar vil gi en økonomisk risiko for oppdragsgiver å ikke effektivt etterleve regelverket, samt en oppdagelsesrisiko ettersom det vil motivere tilbydere til å kontrollere oppdragsgiver.<sup>79</sup>

De samme hensynene er også fremtredende i medkontrahtentens situasjon. Den økonomiske prevensjonen blir nærmere redegjort for nedenfor i kapittel 4.5.4 Det er en naturlig sammenheng mellom strengere økonomisk sanksjonering av oppdragsgiver og hvor effektivt regelverket følges. Men dette må ses i lys av sanksjonens proporsjonalitet. Effektivisering som en følge av oppdagelsesrisiko reiser interessante spørsmål som vil drøftes i det følgende.

Dersom flere aktører kontrollerer at oppdragsgiver følger regelverket vil reglene effektiviseres. Oppdagelsesrisikoen tilsier da at oppdragsgiver vil avstå fra å kontrahere ved ulovlige direkte anskaffelser, samtidig som allerede eksisterende brudd vil bli oppdaget.

---

<sup>79</sup> Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 119.



Dette er en av årsakene til at tilbydere har krav på erstatning for kostnader de pådrar seg i forbindelse med å få kjøpt en kontrakt *uten virkning*.<sup>80</sup>

Medkontrahenten kan på samme måte motiveres til å oppdage og reagere på brudd under kontraktsforholdet. Har medkontrahenten krav på full erstatning vil han få et insentiv til å varsle om bruddet, dersom han oppdager dette under kontraktsforholdet. Dette vil bidra til en effektiv gjennomføring ettersom medkontrahenten vil være mer nærliggende til å oppdage feilen. Men i praksis kan dette by på problemer. Medkontrahenten vil både få oppfyllelsesinteressen sin ved å varsle og ved å utføre kontrakten. Med tanke på lojalitetsforholdet mellom partene, samt medkontrahentens renommé må det antas at mange da vil tie om bruddet. En løsning kan være å pålegge medkontrahenten en varslingsplikt. Dersom medkontrahenten oppdager eller burde ha oppdaget at kontrakten var inngått ved en ulovlig direkte anskaffelse vil erstatningskravet falle bort. Medkontrahenten vil da stå i en posisjon der han selv bærer risikoen dersom han ikke varsler eller unnlater å undersøke forholdet. Samtidig som risikoen i seg selv vil motivere medkontrahenten til å varsle, må det antas at hans uheldige posisjon bidrar til at stigmaet rundt varsling svekkes.

#### 4.4.4 Proporsjonal sanksjon

Formålet om en proporsjonal sanksjon har to aspekter. Isolert sett tilsier momentet hvor tyngende sanksjonen kan være overfor partene. Ettersom en ulovlig direkte anskaffelse er betegnet som det mest alvorlige bruddet i anskaffelsesretten, vil en proporsjonal sanksjon kunne være meget streng.<sup>81</sup> Utgangspunktet er derfor at den kan være inngripende ovenfor partenes rettigheter og plikter.

Sett i et bredere perspektiv tilsier hensynet til proporsjonalitet at det ved vurdering av erstatningsadgangen skal balanseres mellom partenes interesser. Dette får mest betydning ved helhetsvurderingen. Likevel kan det stilles opp et utgangspunkt. Erstatningsspørsmålet må

---

<sup>80</sup> Rt. 2008 s. 982.

<sup>81</sup> Direktiv 2007/66/EC fortalen punkt 13.

avgjøres på bakgrunn av samlede hensyn for de respektive partene. Når hensynene tillegges vekt må dette gjøres i lys av en interesseavveining.

## 4.5 Hensyn i erstatningsretten

### 4.5.1 Overordnet om erstatningsretten ved anskaffelser

Hensynene bak et erstatningskrav er relativ til situasjonen hvor den har oppstått.

Erstatningsansvar er derfor delt inn i forskjellige systemer ut i fra hvilket rettsområde man er

i. Et hovedskille går mellom erstatningsansvar i og utenfor kontraktsforhold. I

kontraktsforhold har partene et misligholdsansvar som gir partene et insentiv til å oppfylle kontrakten, og et kontrollansvar dersom det skjer noe uforutsett under kontraktsforholdet.

Utenfor kontraktsforhold kan man ha et deliktsansvar dersom man skader eller påfører en annen et tap. Ettersom disse skiller seg fra hverandre er det naturlig å ha forskjellig systematikk for å konstatere erstatningsansvar.<sup>82</sup>

Anskaffelsesretten er i en gråsoner mellom de overnevnte systemene. Den regulerer i hovedsak konkurransesituasjonen, men også noen etterfølgende aspekter ved kontraktsforholdet. Simonsen har kalt dette for det et prekontrakuelle ansvar. Han argumenterer for å bruke en mellomløsning der det er systemkonflikt. Dette kan løses ved å supplere deliktsansvaret med tilleggsvilkår.<sup>83</sup> Dette har også i senere tid blitt lagt til grunn i rettspraksis.<sup>84</sup>

Medkontrahentens erstatningskrav oppstår når kontrakten kjennes *uten virkning* under kontraktsforholdet. Sanksjonen er likevel direkte knyttet til feil under anskaffelsesprosessen. Det er således klart at spørsmålet ikke kun kan løses etter de alminnelige erstatningsreglene for kontraktsforhold. I det følgende vil derfor de fremtredende hensynene bak deliktsansvaret drøftes, samt erstatning i kontraktsforhold der dette er hensiktsmessig.

---

<sup>82</sup> Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 55.

<sup>83</sup> Simonsen, Prekontrakuelle ansvar s. 353-361.

<sup>84</sup> Rt. 2001 s. 1062.

#### 4.5.2 Prevensjon og reparasjon

Erstatningsretten bygger på to hovedhensyn.<sup>85</sup> Den skal virke preventivt for å forhindre at skade oppstår, samtidig som den skal virke reparerende dersom skade har oppstått. Hvilket av formålene som er fremtredende vil variere ut i fra situasjonen og rettsområdet man befinner seg i.

I utgangspunktet har man vært skeptisk til å legge for mye vekt på prevensjon i norsk rett. Dette skyldes i noen grad at det har vært vanskelig å se konkret hvilken preventiv effekt erstatning har gitt. Samtidig finnes det andre preventive virkemidler som reduserer behovet for erstatning. Skadevolder kan blant annet avskrekkes ved straff, alternative sanksjoner eller tap av omdømme.<sup>86</sup>

Prevensjonsformålet vektlegges ulikt i forskjellige livsområder.<sup>87</sup> I anskaffelsesretten finnes det flere alternative sanksjoner. Dersom en kontrakt kjennes *uten virkning* ex nunc skal oppdragsgiver tilkjennes et overtredelsesgebyr. Dette vil gi en preventiv effekt mot å inngå ulovlige direkte anskaffelser. Det kan da stilles spørsmål om det er behov for ytterligere prevensjon ved å gjøre oppdragsgiver erstatningsansvarlig. Oppdragsgiver vil da bli enda strengere økonomisk sanksjonert, som i noen grad vil virke mer avskrekkende. Man må derimot kunne anta at det eventuelle overtredelsesgebyret vil gi tilstrekkelig insentiv for oppdragsgiver til å unngå ulovlige direkte anskaffelser. Det kan derfor neppe legges til grunn at virkningen av en ytterligere økonomisk belastning vil være proporsjonal ut fra et preventivt synspunkt. Dette stiller seg annerledes dersom det viser seg at oppdragsgiver på tross av overtredelsesgebyret forsettlig foretar ulovlig direkte anskaffelser. Erstatning vil da gi en nødvendig preventiv effekt for å effektivisere de materielle reglene.<sup>88</sup>

Samtidig kan bruddet i seg selv virke preventivt overfor oppdragsgiver. I næringslivet er det viktig for profesjonelle å ha et godt omdømme. For offentlige oppdragsgiver vil det kunne skade renommeet dersom det blir kjent at de er erstatningsansvarlig som følge av brudd på

---

<sup>85</sup> Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 107.

<sup>86</sup> Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett s. 19.

<sup>87</sup> Lødrup, Lærebok i erstatning s. 112.

<sup>88</sup> Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett s. 19.

regelverket. Oppdragsgiver kan da merke at pågangen på fremtidige konkurranser svekkes. Departementet bemerker også at sanksjonssystemet i seg selv vil gi en sterk preventiv effekt.<sup>89</sup>

Erstatningsretten har også som formål å reparere skaden. Målet er at den skadelidte skal få gjenopprettet sitt tap. Ved erstatning blir tapet overført til den som voldte skaden, og har ansvaret for at tapet har oppstått. Fra gammelt av var dette også begrunnet i rettfærdsforestillinger. Det ble betraktet som et mål å påføre den ansvarlige et onde. Først da var konflikten løst. I dag deler de fleste derimot synet til Peter Lødrup, at «*ønske om å gjenopprette tapet ... er erstatningsreglens bærende element*».<sup>90</sup>

Hensynet til gjenoppretning må ses i sammenheng med de andre instituttene for kompensasjon. Ofte vil forsikring eller velferdsordninger dekke alt eller deler av tapet til den skadelidte. Erstatningsrettens reparerende funksjon blir da begrenset.

Når kontrakten kjennes *uten virkning* kan dette medføre at medkontrahenten lider tap. Ettersom sanksjonen kan tilbakeføres til oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket er det naturlig å legge han til last. I utgangspunktet vil hensynet til reparasjon da tilsi at tapet skal overføres til oppdragsgiver. Medkontrahenten skal stilles slik at skaden ikke har skjedd. Det beror imidlertid på noen forutsetninger. Medkontrahenten kan ikke bli kompensert på en annen måte. Hensynet til reparasjon svekkes også jo mer ansvar som kan legges over på skadelidte.

#### 4.5.3 Skadelidtes medvirkning

Dersom skadelidte har medvirket til at skaden har oppstått vil dette få betydning for erstatningsspørsmålet. Hvis skadelidte selv har vært med på å volde skaden bør han også bære ansvaret. Dette er tett knyttet til formålene om prevensjon og reparasjon. Hvis erstatningskravet bortfaller ved medvirkning vil skadelidte ha et insentiv til å opptre aktsomt

---

<sup>89</sup> Prop. 12 L (2011-2012) s. 39.

<sup>90</sup> Lødrup, Lærebok i erstatning s. 110.

og redelig før skaden inntreffer. Samtidig bør ikke hele tapet overføres på andre dersom man selv kan klandres for at skaden har blitt voldt.

Den generelle regelen for skadelidtes medvirkning er lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skl.) § 5-1. I forarbeidene til anskaffelsesloven legges det til grunn at denne også skal gjelde for medkontrahenten.<sup>91</sup> Medkontrahentens krav vil derfor kunne avkortes eller falle helt bort dersom han har medvirket til bruddet.

Den medvirkende handlingen kan være aktiv eller passiv. Dersom medkontrahenten aktivt har forledet oppdragsgiver byr ikke skyldspørsmålet på store problemer. Ettersom det er oppdragsgiver som er pliktsubjektet til regelverket, samt driver prosessene, er det derimot nærliggende at ansvar vil bero på unnlattelse for medkontrahenten. Før kontraktsinngåelse vil partene ha noen prekontraktuelle ansvar overfor hverandre.<sup>92</sup> Lojalitetsprinsippet tilsier da at medkontrahenten kan ha en varslingsplikt dersom han ser at kontraktsinngåelsen skjer ved en ulovlig direkte anskaffelse. Unnlater han da å varsle oppdragsgiver eller å avstå fra kontraktsinngåelsen er han i ond tro. En medkontrahent i ond tro fortjener ikke den samme beskyttelsen fra regelverket, og må derfor selv bære risikoen for at kontrakten kjennes *uten virkning*. Er medkontrahenten i god tro vedrørende de rettslige og faktiske omstendighetene er situasjonen en annen. Erstatningsrettens formål om reparasjon og prevensjon tilsier da igjen at medkontrahenten skal være vernet.

Ved vurderingen av medkontrahentens gode tro blir spørsmålet hvilke krav som skal stilles til aktsomhet. Utgangspunktet er at medkontrahenten er en profesjonell part. Man må således kunne forvente at han både har kjennskap til de rettslige rammene som regulerer hans yrke, og gjør seg kjent med de faktiske omstendighetene før kontraktsinngåelse. Sanksjonen *uten virkning* vil særlig aktualisere de rettslige grensene rundt kunngjøringsplikten.<sup>93</sup>

Oppdragsgiver er også en profesjonell part. Medkontrahenten bør derfor kunne ha en berettiget forventning til at oppdragsgiver følger grunnleggende anskaffelsesregler. Dette kan

---

<sup>91</sup> NOU 2010:2 s. 175.

<sup>92</sup> For eksempel taushetsplikt jf. anskaffelsesforskriften § 7-4.

<sup>93</sup> NOU 2010:2 s. 175.

tilsi at medkontrahenten ikke bør tillegges en undersøkelsesplikt, slik at kravet til aktsomhet ikke stilles uforholdsmessig høyt.

Formålene bak erstatningsretten tilsier i utgangspunktet at en aktsom godtroende medkontrahent bør nyte et erstatningsrettslig vern. Det samme gjelder ikke overfor en medkontrahent i ond tro. Dersom medkontrahentens erstatningskrav prinsipielt tillates, bør det derfor stilles som et vilkår at medkontrahenten er i aktsom god tro.

#### 4.5.4 Samfunnsøkonomiske hensyn

Når tapet ved erstatning flyttes mellom skadelidte og skadevolder, skapes det i utgangspunktet ingen verdier. Samfunnsøkonomisk er det da likegyldig hvem som må bære tapet.<sup>94</sup> Men dersom en av partene har mulighet til å spre tapet utover flere aktører, kan dette gi en samfunnsøkonomisk verdiskapning. Dette er tanken bak pulveriseringsprinsippet. I stedet for at tapet skal gå hardt utover en part er det bedre at det bæres av flere der det er mindre merkbart.

Dersom medkontrahenten må bære tapet kan det få alvorlige konsekvenser. Næringsdrivende konkurrerer ofte i tøffe markeder der suksessen beror på marginer. Hvis man da lider et uforutsett tap, eller ikke får den oppfyllelsesinteressen man har regnet med, kan det i verste fall medføre konkurs. Dette er klart ikke i kreditorenes interesse, som ofte ikke får dekket sine krav. Samtidig strider det med samfunnshensyn at bedrifter må legges ned, slik at arbeidsplasser forsvinner.

Oppdragsgiveren i offentlige anskaffelser kan være organisert på flere måter, jf. LOA § 2. Noen oppdragsgivere vil være privatrettslig preget. De samme hensynene som nevnt for næringsdrivende kan derfor også gjelde for oppdragsgiveren. Men oppdragsgiveren vil alltid være bestemmende påvirket av det offentlige, enten ved organisering, regulering eller økonomiske midler. Dersom tapet legges på oppdragsgiver kan tapet pulveriseres ved å videreføres til det offentlige felleskap. Dette vil naturligvis variere ut fra den konkrete

---

<sup>94</sup> Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 108.

situasjon. Men generelt sett synes en offentlig oppdragsgiver å ha en bedre bæreevne enn medkontrahtenten.

Tett knyttet til pulveriseringsprisnippet er forsikringshensynet. Hensynet til forsikring tilsier å vektlegge muligheten til å forsikre seg mot tapet.<sup>95</sup> Hvis det foreligger en mulighet til forsikring på skadelidtes side svekkes derfor hensynet til erstatning.

Dersom en forsikret medkontrahtent ikke får erstatning vil forsikringsselskapet bære tapet. Forsikringsselskapet vil således balansere forsikringsprisen og forsikringspremiene de må utbetale. Resultatet blir at alle forsikrede leverandører deler på tapet. Den uheldige leverandøren som har fått kontrakten sin kjent *uten virkning* blir da ikke uforholdsmessig hardt rammet fordi tapet pulveriseres. Aktørene reduserer sin risiko og markedet blir mer stabilt, som er i tråd med samfunnsøkonomiske hensyn.

Problemet er at risiko for kontraktsbrudd typisk følger kompenseringsinstituttet erstatning. Forsikring er i utgangspunktet reservert for skade- og personforsikring.<sup>96</sup> Samtidig er det få livsområder det er pålagt å tegne forsikring, og typisk for disse er at man forsikrer seg mot ansvar for tredjemannstap. I offentlige anskaffelser vil det aktuelle leverandørmarkedet variere stort. Det vil derfor neppe være aktuelt at alle som ønsker å kontrahere med det offentlige skal ha mulighet til å forsikre seg.

Dersom medkontrahtenten verken gis erstatning eller er pålagt å forsikre seg, kan det føre til uheldige konsekvenser. Medkontrahtenten vil da måtte prise risikoen for at kontrakten kjennes *uten virkning* selv. Dette er en ordning som allerede er utbredt på noen områder, spesielt ved entreprisanskaffelser. I utgangspunktet vil dette følge de samme hensynene som for forskningsinstituttet. Men det er ikke nødvendigvis like samfunnsøkonomisk at tilbydere spekulerer i risikoen. I hardt pressede markeder med mye konkurranse kan tilbydere anse seg

---

<sup>95</sup> Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett s. 194

<sup>96</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler § 1-1 og § 10-1.

nødt til å selv ta risikoen, for å vinne anbudskonkurranser. I det lange løp vil dette kunne føre til en usikkerhet og ustabilitet i markedet som ikke er samfunnsøkonomisk ønskelig.

Økonomisk prevensjon er et relevant moment angående erstatningsadgangen.<sup>97</sup> Dette hensynet har røtter i det amerikanske produktansvaret. Tanken er at tapet skal plasseres der det best skaper et økonomisk motiv for å forbygge fremtidig forseelse. Anvendt på medkontrahentens situasjon blir spørsmålet hvem av partene som kan økonomisk mest fordelaktig forebygge brudd.

For medkontrahenten vil dette bero på hans mulighet til å oppdage feilen. For å forebygge ulovlige direkte anskaffelser kan medkontrahenten styrke sin faglige ekspertise, samt iverksette prosedyrer for å undersøke omstendighetene før kontraktsinngåelse, for å varsle oppdragsgiver om feil. En naturlig løsning er da å hente inn eller styrke sin juridiske bistand. Medkontrahenten vil da forebygge feilen ved å kontrollere oppdragsgiver. Ettersom medkontrahenten er distansert fra bruddet, og derfor kun har mulighet til å kontrollere, må det imidlertid antas at dette vil være lite kostnadseffektivt.

Oppdragsgiver har derimot skyld for at bruddet skjer. Dette kan forebygges ved å styrke rutinene for anskaffelser og opplæring av innkjøpere. Ettersom det er her svikten i utgangspunktet oppstår må det antas at dette effektivt vil forebygge ulovlig direkte anskaffelser. Det må derfor antas at disse tiltakene vil være mer kostnadseffektive enn de som medkontrahenten har mulighet til å foreta. På dette grunnlaget er det hensiktsmessig å motivere oppdragsgiver til å forebygge ulovlige direkte anskaffelser ved å legge eventuelle tap på hans side.

---

<sup>97</sup> Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 116.



## 4.6 Slutninger

### 4.6.1 Konklusjon

Som redegjort for er det flere kryssende hensyn vedrørende medkontrahentens erstatningsvern. Hvorvidt medkontrahenten skal tilkjennes erstatning må bero på en helhetsvurdering av de konkrete omstendighetene, i samsvar med vilkårene for erstatning. Likevel kan det trekkes noen slutninger om utgangspunktet for medkontrahentens erstatningsvern.

Utgangspunktet er hva som fremstår rimelig for partene. Dette momentet blir betydelig vektlagt i svensk rett.<sup>98</sup> For det første er det rimelig at tapet legges til den som har ansvaret for tapet. Det kan hevdes at medkontrahenten har en berettiget forventning om at han ikke skal bære tapet dersom han opptrer i god tro.<sup>99</sup> Det er således rimelig at han kompenseres for tap som oppstår av oppdragsgivers feil. Likeså vil det være naturlig å plassere risikoen for bruddet på den som har muligheten til å påvirke det. Denne bør derfor ligge på oppdragsgiver, som har best forutsetning til å forhindre og forebygge ulovlig direkte anskaffelser.

Skulle dette ut fra en interesseavveining være for inngripende overfor oppdragsgiver, kan risikoplasseringen gjøres avhengig av medkontrahentens bidrag, for eksempel ved å pålegge en varslingsplikt.<sup>100</sup> Oppdragsgiver har også mulighet til å foreta en intensjonskunngjøring, som gir han et ekstra «sikkerhetsnett» mot å foreta ulovlig direkte anskaffelser, jf. LOA § 13 andre ledd. Har han ikke benyttet seg av denne er han enda mer å bebreide, slik at hans interesse bør være tilsvarende mindre utslagsgivende.<sup>101</sup>

Hovedproblemet ved å tilkjenne medkontrahenten erstatning synes å være at dette vil krenke sanksjonens formål om at konkurransesituasjonen skal gjenopprettes. Det må her skilles mellom de to kontraktsinteressene, ettersom dette argumentet hovedsakelig kan gjøres

---

<sup>98</sup> Se kapittel 2.4.2.

<sup>99</sup> NOU 2010:2 s. 175.

<sup>100</sup> Se kapittel 4.4.3.

<sup>101</sup> NOU 2010:2 s. 175-176.

gjeldende overfor den positive. Spørsmålet blir om dette formålet bør fravikes av hensyn til de øvrige.

Dersom medkontrahenten er erstatningsrettslig vernet vil dette i noen grad bidra til en avskrekkende sanksjon. Dette vil føre til at færre oppdragsgivere kontraherer ved ulovlig direkte anskaffelser. Samtidig er erstatning egnet til å fremme sanksjonens effektivitet. Særlig der erstatningsvilkårene formes for å øke oppdagelsesrisikoen for oppdragsgiver.<sup>102</sup>

Formålene bak sanksjonen er knyttet til forskjellige aspekter ved ulovlig direkte anskaffelser. De skal forhindre, avdekke og terminere kontrakter som stammer fra et slikt brudd, samt gjenopprette konkurransesituasjonen. I noen grad er disse formålene relative til hverandre. Hvis man i større grad klarer å forhindre slike brudd, blir det tilsvarende færre konkurranser det er nødvendig å gjenopprette. Å være føre var i så måte vil også gi samfunnsøkonomiske fordeler. Bakgrunnen for innføringen av sanksjonen var blant annet at det ikke fantes noen effektiv måte å få kontraktsforholdet til å opphøre.<sup>103</sup> I tråd med dette vil det å avdekke og avslutte slike kontraktsforhold også ha en egenverdi.

På bakgrunn av dette taler det beste for å gi medkontrahenten et erstatningsvern. Spesielt for den negative kontraktsinteressen taler hensynene overveldende for å tilkjenne medkontrahenten erstatning. Om han også skal tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen er noe mer usikkert. Men det konkluderes med at rimelighetsbetraktninger og prevensjonsvirkningene som erstatningskravet medfører, tilsier at medkontrahenten også her bør ha et krav, på bekostning av hensynet til gjenoppretning av konkurransesituasjonen.

#### 4.6.2 Lovregulering?

Utvalget viser til domstolen for å løse erstatningsproblematikken som oppstår ved innføringen av sanksjonen *uten virkning*. Dette er også utgangspunktet ved

---

<sup>102</sup> Se kapittel 4.4.3.

<sup>103</sup> Se kapittel 3.1.

erstatningsspørsmål i anskaffelsesretten.<sup>104</sup> I forarbeidene bemerker utvalget eventuelle erstatningsproblemstillinger som domstolen kan stå ovenfor. Men de legger ingen direkte føringer for domstolen. Likevel kan det drøftes om ikke lovgiver er mest egnet til å løse spørsmål av den karakteren man står overfor.

Anskaffelsesretten er på noen områder utformet for å fremme politiske føringer. Den blir blant annet brukt som et verktøy for å fremme andre sider av samfunnet enn det regelverket er pålagt å regulere av EØS-retten.<sup>105</sup> Medkontrahentens erstatningsvern har likeså en side mot politiske samfunnsspørsmål. Spørsmålet er hvor langt det offentlige ønsker å gå for å verne om aktører som samhandler med dem. Av hensynet til det offentliges integritet kan de tenkes å ville gå lenger enn det som de er rettslig forpliktet. Slike spørsmål er det naturlig at lovgiver besvarer.

Rettskildebilde er snevert, og bygger for det meste på kryssende hensyn. Ettersom det er usikkert hvordan disse skal vektas mot hverandre vil føringer fra lovgiver være til stor hjelp for domstolene. Det kan således være hensiktsmessig at spørsmålet er lovregulert.

Det har også en egenverdi å lovregulere erstatningsspørsmålet. Rettstilstanden vil være mer forutberegnelig for leverandørene. Det kan antas at et lovregulert erstatningskrav vil virke avskrekkende for oppdragsgiver, og derfor ytterligere effektivisere sanksjonen *uten virkning*.

---

<sup>104</sup> NOU 2010:2 s. 174.

<sup>105</sup> Se kapittel 4.3.

## 5. Erstatningskravet

### 5.1 Oversikt

Forutsatt at medkontrahenten prinsipielt har krav på erstatning, blir spørsmålet hvordan erstatningskravet skal vurderes. Utgangspunktet er de alminnelige erstatningsprinsippene. Erstatningssystemet i anskaffelsesretten er imidlertid særegent. Det er derfor naturlig å se til de vilkårene som er etablert gjennom rettspraksis i anskaffelsesretten. Dette er også utgangspunktet for vurderingen i svensk rett.<sup>106</sup>

Problemet er at medkontrahentens krav skiller seg vesentlig fra de typiske erstatningskravet i anskaffelsesretten. Dette skyldes at kravet har oppstått som en følge av at anskaffelsesreglene ikke har blitt fulgt, samt at tapet egentlig oppstår fordi kontrakten opphører. De tradisjonelle erstatningskravene oppstår fordi leverandøren har feilaktig blitt forbigått i anskaffelsesprosessen. Disse erstatningskravene vil derfor kun gi begrenset veiledning til hvordan medkontrahentens krav skal vurderes når kontrakten kjønes *uten virkning*.<sup>107</sup>

Avhandlingen vil videre ta utgangspunkt i hvordan rettspraksis har vurdert de tradisjonelle erstatningskravene. Deretter vil problemene med å anvende denne for medkontrahentens krav identifiseres. Avslutningsvis vil en løsning på disse problemene drøftes.

### 5.2 De tradisjonelle erstatningskravene

#### 5.2.1 Oversikt

Utgangspunktet for medkontrahentens erstatningskrav er vilkårene som gjennom rettspraksis er oppstilt for de tradisjonelle erstatningskravene. Dette kapitlet vil derfor ta for seg vilkårene for de tradisjonelle erstatningskravene, og bygger opp om drøftelsen av problemene som oppstår når disse anvendes på medkontrahentens krav.<sup>108</sup> Samtidig er ikke rettstilstanden for de tradisjonelle erstatningskravene sikker. Der rettstilstanden er usikker vil dette også identifiseres, ettersom det kan ha indirekte betydning for medkontrahentens krav.

---

<sup>106</sup> Prop. 2009/10:180 s. 225 flg.

<sup>107</sup> NOU 2010:2 s.175.

<sup>108</sup> Se kapittel 5.3.

Det er lovfestet i anskaffelsesloven § 10 at leverandørene har krav på erstatning for tap som skyldes brudd på loven eller tilhørende forskrift. Som beskrevet i kapittel 4.1, fastslår ikke bestemmelsen de nærmere vilkårene for erstatning. Utgangspunktet for å konstatere erstatningsansvar er de alminnelige erstatningsvilkårene. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag for skadevolder, et økonomisk tap for skadelidte, samt en årsakssammenheng mellom de to. Hvordan disse skal vurderes følger av rettspraksis.

Selv om erstatningsspørsmålet hovedsakelig er overlatt til medlemsstatenes nasjonale rett, så må statene rette seg etter noen erstatningsprinsipper i EU-retten. I de forente sakene C-6/90 og C-9/90 *Francovich mfl. mot Italia*, ble det konstatert at statene må kunne holdes ansvarlig for skade påført sine borgere. Det måtte derfor kunne stille krav til medlemstatene at det i samsvar med prinsippene om likebehandling og effektivitet ble tilrettelagt en erstatningsadgang. Likebehandlingsprinsippet tilsier at det skal være lik adgang på erstatning for brudd på EU-retten som for brudd på nasjonal rett. Effektivitetsprinsippet tilsier at adgangen til å kreve erstatning ikke må være uforholdsmessig vanskelig. Dette ble i sak C-46/93 *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland* videreutviklet slik at det ble oppstilt tre vilkår for at staten skal være erstatningsansvarlige ovenfor borgere for brudd på et direktiv.<sup>109</sup>

1. *Den brutte regelen må ha til formål å gi borgerne rettigheter.*
2. *Bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.*
3. *Det foreligger direkte årsakssammenheng.*

Som en følge av uttalelsene i *Brasserie du Pêcheur*-dommen beror ansvarsgrunnlaget i noen grad på om feilen er tilstrekkelig kvalifisert. Dette har igjen i norsk anskaffelsesrett blitt formulert som et spørsmål om det er begått en vesentlig feil.<sup>110</sup>

I norsk rettstradisjon skilles det mellom culpaansvar og det objektive ansvaret. Ved culpa konstateres ansvar der det foreligger skyld. Dette vurderes på bakgrunn av skadevolders aktsomhet. Det er denne ansvarsformen som er det alminnelige utgangspunkt. Det objektive

---

<sup>109</sup> Sak C-46/93 premiss 51.

<sup>110</sup> Se Rt. 2008 s.962 og Rt. 2001 s. 1062.

ansvaret er derimot en ansvarsform basert på risikofordelingen mellom partene. Vurderingen beror i stedet på om det er skadevolder eller skadelidte som er nærmest til å bære risikoen.

Ansvarsgrunnlaget for prekontraktuel ansvar har lenge vært culpa in contrahendo i kontraktsretten.<sup>111</sup> Om dette også skulle gjelde innen anskaffelsesretten var ikke like sikkert. Krüger mente at det for anskaffelser burde gjelde et objektivt ansvar.<sup>112</sup> Simonsen fant derimot ingen holdepunkter for å operere med et rent objektivt ansvar i anskaffelsesretten. Han mente at den alminnelige erstatningsnormen culpa burde gjelde.<sup>113</sup> I forarbeidene til den tidligere anskaffelsesloven fremgår det at ansvarsgrunnlaget er culpa in contrahendo, der uaktsomhetsvurderingen beror på om man rettstridig har brutt regelverket.<sup>114</sup> Senere utvikling har derimot endret dette noe.

I den videre redegjørelsen skilles det mellom erstatning for den negative og positive kontraktsinteressen. Rettspraksis har utformet forskjellig vurderingstemaer for de to kontraktsinteressene. Deretter vil rettsvillfarelse i anskaffelsesretten og to nye EU-dommer redegjøres for. Rettstilstanden vedrørende disse er noe usikker, som kan få konsekvenser for medkontrahentens erstatningskrav.

### 5.2.2 Den negative kontraktsinteressen

Den vanligste formen for erstatning som tilbydere krever er for den negative kontraktsinteressen. Tilbydere må i utgangspunktet bære kostnadene for å delta i konkurransen, samt risikoen for å ikke vinne. Dette er prisen for å få en sjanse til å vinne konkurransen. Tilbyderne deltar imidlertid i konkurransen under tillit til at oppdragsgiver skal følge regelverket. Dersom oppdragsgiver bryter regelverket og således tilliten til tilbyderne, kan de kreve denne interessen erstattet.

---

<sup>111</sup> Simonsen, Prekontraktuel ansvar s. 741.

<sup>112</sup> Krüger, Norsk kontraktsrett s. 125.

<sup>113</sup> Simonsen Prekontraktuel ansvar s. 748.

<sup>114</sup> NOU 1997:21 s. 85.

Ansvarsgrunnlaget beror på om oppdragsgiver har utvist skyld. I Rt. 1998 s. 761 Kinahansen la førstvoterende til grunn at det måtte kreves en klanderverdig opptreden for å tilkjenne negativ kontraktsinteresse etter norsk rett.<sup>115</sup> Synet ble begrunnet i Simonsens teori. Dommen gjaldt ikke en anskaffelse, men prekontraktuelt ansvar. Ti år senere ble det samme synspunktet lagt til grunn i LG-2007-137130 Clear Channel. *Culpa in contrahendo* er således et vilkår for erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Grunnvilkåret for å konstatere ansvar er at oppdragsgiver har gjort en feil. Forarbeidene synes å kreve vesentlig feil, slik at ikke alle bagatellmessige forhold vil utløse et erstatningsansvar.<sup>116</sup> Rt. 1997 s. 574 Firesafe var den første avgjørelsen til å konstatere erstatning for negativ kontraktsinteresse for brudd på anskaffelsesregelverket. Her uttaler førstvoterende at det foreligger en klar feil. I Rt. 2008 s. 982 Catch Communications utalte førstvoterende seg imidlertid tvilende om kravet til vesentlig feil. Etter en anførsel fra en av partene uttaler han følgende;

*«Kravet til vesentlighet er i rettspraksis først og fremst stilt i forhold til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen».*<sup>117</sup>

Ettersom feilen i saken var vesentlig gikk førstvoterende ikke nærmere inn på spørsmålet.

Videre må det foreligge årsakssammenheng mellom feilen og tilbyderens tap. For den negative kontraktsinteressen betyr det at det må påvises at tilliten er brutt. I Firesafe-dommen utalte førstvoterende følgende om årsakssammenheng;

*«Forutsetningen for at de kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, vil derfor i tilfelle måtte være at de overhodet ikke ville ha inngitt anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe».*<sup>118</sup>

Vilkåret for årsakssammenheng er således at tilbyderen ikke ville deltatt i konkurransen dersom de var kjent med at feilen ville bli begått.

---

<sup>115</sup> Rt. 1998 s. 761 (s. 772).

<sup>116</sup> Ot.prp nr. 71 (1997-1998) s. 68.

<sup>117</sup> Rt. 2008 s. 982 premiss 47.

<sup>118</sup> Rt. 1997 s. 574 (s. 578).

Førstvoterende uttaler videre om det som fortsatt er det gjeldende synet på beviskravet;

*«Gode 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».*<sup>119</sup>

Det økonomiske tapet som tilbyderen har lidd består av utgifter i forbindelse med deltagelsen i konkurransen. Han kan få dekket de påregnelige utgiftene som gikk med på utredelsen av tilbudet. Dette vurderes basert på hvor mange timers arbeid som er lagt inn i utformingen. Samtidig vil øvrige utgifter som å holde ressurser i beredskap og lignende kunne dekkes av erstatningskravet.<sup>120</sup>

### 5.2.3 Den positive kontraktsinteressen

Erstatning for den positive kontraktsinteressen forekommer sjeldnere. En tilbyder kan få erstattet tapet han hypotetisk lider som en følge av at han ikke fikk oppfylt kontrakten, dersom han ville ha vunnet konkurransen om regelverket var fulgt. Dette erstatningskravet er som regel betraktelig større enn krav for den negative kontraktsinteressen.

Det er derfor en høyere terskel for å holde oppdragsgiver ansvarlig. Erstatning for den positive kontraktsinteressen ble først gitt i Nucleus-dommen.<sup>121</sup> Førstvoterende poengterte at anskaffelsesretten ligger mellom kontraktsretten og erstatningsrettens system. Med støtte i Simonsens teori utleder han en mellomløsning, og uttaler følgende;

*«Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last».*<sup>122</sup>

Ansvarsgrunnlaget beror således på en helhetsvurdering av feilen og oppdragsgivers skyld. Det er klart at kravet til oppdragsgivers feil er skjerpet, slik at ikke alle feil vil lede til ansvar.

---

<sup>119</sup> Rt. 1997 s. 574 (s. 579).

<sup>120</sup> Dragsten, Offentlige anskaffelser s. 832.

<sup>121</sup> Rt. 2001 s. 1062

<sup>122</sup> Ibid. s. 1079.



Videre er det lagt til grunn at culpa ikke er et vilkår for å statuere ansvar, men en del av helhetsvurderingen.<sup>123</sup> Utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver har et tilnærmet objektivt ansvar.

Videre er det et vilkår for at tilbyderen skal tilkjennes erstatnings for den positive kontraktsinteressen at det påvises årsakssammenheng mellom feilen og tapet. Dette vilkåret kan også utledes fra Nucleus-dommen. Førstevoterende utaler følgende om vilkåret til årsakssammenheng, samt beviskravet;

*«Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar».*<sup>124</sup>

Tilbyderen må påvise at han ville ha vunnet konkurransen dersom han skal kunne tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen. Beviskravet er skjerpet, slik at det tilbyderen må med klar sannsynlighetsovervekt påvise at han ville ha vunnet konkurransen.

Det vil variere ut fra konkurransens utforming og selve lovbruddet hvor problematisk det er å bevise at man ville ha vunnet konkurransen. Utgangspunktet er å se hvem som ville ha vunnet dersom man anser feilen borte. Der tildelingskriteriene kun er pris kan man regne seg frem til det laveste tilbudet. Det har derimot blitt vanligere å tildele på bakgrunn av det beste forholdet mellom pris og kvalitet.<sup>125</sup> Selv om tilbudene skal vurderes objektivt, så er oppdragsgiver gitt et visst innkjøpskjønn.<sup>126</sup> Ettersom det er et strengt beviskrav er det derfor vanskelig å påvise en årsakssammenheng.

Tilbyderen skal stilles økonomisk som om han hadde vunnet konkurransen. Utgangspunktet er derfor tilbudet han leverte i forbindelse med konkurransen. Utmålingen beror på en faktisk eller hypotetisk vurdering av gjennomføring av kontrakten. Dette medfører at tilbyderen ikke

---

<sup>123</sup> LA-2011-100800.

<sup>124</sup> Rt. 2001 s. 1062 (s. 1079).

<sup>125</sup> Anskaffelsesforskriften § 18 første ledd bokstav c.

<sup>126</sup> Ibid. § 18 femte ledd.

kan tilkjennes erstatning dersom kontrakten ville vært tapsbringende. For en nærmere redegjørelse av utmålingen henvises det til Dragsten.<sup>127</sup>

#### 5.2.4 Rettsvillfarelse

Rettsvillfarelse står i anskaffelsesretten i en særstilling, og har i noen tilfeller blitt akseptert som unnskyldelig. I utgangspunktet fritok ikke rettsvillfarelse fra ansvar.<sup>128</sup> Simonsen argumenterer derimot for at rettsvillfarelse i noen tilfeller bør kunne avskjære erstatningsansvaret. Dette begrunnet han i at man i anbudskonkurranser havner i tvangssituasjoner som man ellers i kontraktsretten er foruten. I den alminnelige kontraktsretten er man klar over risikoen for å være i rettsvillfarelse, og aksepterer denne. I anskaffelsesretten kan man derimot havne i en tvangssituasjon ettersom tilbyderne konkurrerer om det samme gode. En avgjørelse til fordel for én tilbyder vil ramme de øvrige, slik at det aldri vil være en risikofri avgjørelse. Dersom det da er gjort et anstendig valg bør rettsvillfarelsen kunne unnskyldes.<sup>129</sup>

Dette synspunktet ble senere lagt til grunn i Rt. 2008 s. 1705 Rabatt-dommen. Brudd på et grunnleggende prinsipp kunne ikke i seg selv medføre erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse. Oppdragsgiver kunne ikke klandres, og risikerte søksmål uansett hvordan spørsmålet til rabatt ble løst. Rettsvillfarelsen var derfor unnskyldelig.

Terskelen for unnskyldelig rettsvillfarelse har imidlertid blitt satt høyt. I forarbeidene bemerkes det at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket.<sup>130</sup> Utenfor tvangssituasjonene skal det derfor mye til før rettsvillfarelsen er unnskyldelig.

---

<sup>127</sup> Dragsten, Offentlige anskaffelser s. 842 flg.

<sup>128</sup> NOU 1997:21 s. 85.

<sup>129</sup> Simonsen Prekontraktuelt ansvar s. 751-755.

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 26.

### 5.2.5 Strabag og Spjiker dommene

I EU-domstolens sak C-314/09 *Stadt Graz mot Strabag mfl.* ble det grunnet klagedirektivets<sup>131</sup> krav til en rask og effektiv saksbehandling, uttalt at direktivet må tolkes slik at den avskjærer medlemsstatene fra å kreve skyld som et vilkår.<sup>132</sup> Hvilke følger dette får for norsk anskaffelsesrett, og således medkontrahentens krav, er noe usikkert. Spesielt ettersom EU-domstolen avga en motsigende uttalelse i den etterfølgende saken C-568/08 *Combinatie Spijker mfl. mot Provincie Drenthe*. Ved spørsmål på hvilke kriterier som gjelder for erstatning ved brudd på anskaffelsesdirektivet, uttalte domstolen at klagedirektivet bare pålegger statene å sikre adgangen til erstatning.<sup>133</sup> Dette skal gjøres etter det alminnelige erstatningsansvaret utledet i dommene Francovich og Brassiere du Pêcheur.<sup>134</sup> De nærmere vilkårene er opp til nasjonal rett å fastsette.

Dragsten har tatt det standpunkt at dommene medfører endringer for norsk rett. Hun argumenterer for at dersom de ovenfor nevnte dommene tolkes i lys av hverandre, tilsier EU-rettspraksis at ansvarsgrunnlaget må bygge på et objektivt ansvar. Grunnlaget for erstatning vil da være om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd, der oppdragsgivers skyld er et moment i *kvalifisert* vurderingen.<sup>135</sup>

Den generelle oppfatningen er derimot at Strabag-dommen ikke kan tillegges for mye vekt. For det første er det etter *lex posteriore* prinsippet grunn til å gi Spjiker-dommen forrang der de er motsigende. Spjiker-dommen ble avsagt like etter Strabag-dommen og henviser også til denne, dog ikke spesifikt til den aktuelle uttalelsen.<sup>136</sup> Videre har det i underrettspraksis blitt lagt til grunn at dommene ikke medfører noen vesentlige endringer.<sup>137</sup> I LA-2011-100800 er det uttalt at Nucleus-dommen «fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett og er i god harmoni med praksis fra EU/EØS-retten».

---

<sup>131</sup> Direktiv 89/665/EEC.

<sup>132</sup> Sak C-314/09 premiss 33 flg.

<sup>133</sup> Sak C-568/08 premiss 88 flg.

<sup>134</sup> Henholdsvis de forente sakene C-6/90 og C-9/90, og sak C-46/93.

<sup>135</sup> Dragsten, *Offentlige anskaffelser* s. 823.

<sup>136</sup> Sak C-568/08 premiss 90.

<sup>137</sup> Se RG 2012 s. 25.

De overnevnte EU-dommene ble avsagt i liten avdeling med tre dommere. Ettersom de har skapt usikkerhet om rettstilstanden kan det være nødvendig at det samme standpunktet legges til grunn i plenum eller stor avdeling for å avklarere rettstilstanden. Det legges derfor til grunn at avgjørelsene foreløpig ikke gir noen rettsvirkning som endrer den norske rettstilstanden.

Rettstilstanden kan imidlertid snart bli avklart. I E-16/16 *Fosen-Linjen mot AtB* som er oppe til behandling i EFTA-domstolen vil skyldspørsmålet bli berørt. Dom er enda ikke avsagt, men ved høringen fremmet partene noe interessante bemerkninger. Den norske stat har anført at de overnevnte dommene ikke stiller krav til objektivt ansvar, og at det er opp til det enkelte medlemsstatene å fastsette de spesifikke kriteriene for erstatning.<sup>138</sup> Kommisjonen har derimot anført at «*adgang til rettsmidler er ikke begrenset til tilfeller der det foreligger skyld hos oppdragsgiver*»<sup>139</sup> Den argumenterer således for objektivt ansvar.

### 5.3 Medkontrahentens materielle problem

Medkontrahentens erstatningskrav står i en særstilling i forhold til de øvrige erstatningskravene i anskaffelsesretten. Medkontrahenten har allerede begynt å oppfylle kontrakten, samt at det har vært lite eller ingen konkurranse. Medkontrahentens situasjon reiser derfor flere spørsmål ved utformingen av de materielle vilkår for erstatning. Utgangspunktet er likevel å anvende de etablerte vilkårene som er lagt til grunn for de øvrige erstatningstypene i anskaffelsesretten.

Medkontrahentens situasjon aktualiserer problemer angående ansvarsgrunlaget. Det første angår kravet til oppdragsgivers feil. Som redegjort for i kapittel 5.2.1 vil ikke alle feil gi oppdragsgiver et erstatningsansvar. Det stilles derfor krav om at feilen må være vesentlig. I medkontrahentens situasjon er feilen at kontrakten er inngått ved en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er et av de mest alvorlige bruddene på regelverket.<sup>140</sup> Feilen vil derfor alltid være vesentlig.

---

<sup>138</sup> E-16/16-19 Rettsmøterapport premiss 93 flg.

<sup>139</sup> Ibid. premiss 142.

<sup>140</sup> Sak C-26/03 *Stadt Halle* premiss 37.

Dette får betydning for skyldspørsmålet. Ved søksmål om erstatning for den positive kontraktsinteressen skal ansvarsgrunnlaget bero på en helhetsvurdering av feilens størrelse og karakter, samt oppdragsgivers skyld. Culpa er kun et moment i helhetsvurderingen. Ettersom en ulovlig direkte anskaffelse er et særdeles grovt brudd vil det antagelig alltid konstateres ansvar. Dersom det søkes erstatning for den negative kontraktsinteressen, er culpa derimot et vilkår for ansvar. Det vil således kunne oppstå tilfeller der oppdragsgiver er ansvarlig for den positive kontraktsinteressen men ikke for den negative kontraktsinteressen. Det virker unaturlig at det skal være en høyere terskel for å konstatere ansvar for den negative kontraktsinteressen. Hensynene bak erstatningskravet tilsier en større adgang for et slikt erstatningskrav. Det kan derfor stilles spørsmål om ansvaret bør være objektivt.

Oppdragsgiver kan likevel være ansvarsfri dersom det foreligger en unnskyldelig rettsvillfarelse. Dette er særlig aktuelt for ulovlig direkte anskaffelser ettersom grensene for kunngjøringsplikten er usikre. Men til forskjell fra de tradisjonelle erstatningskravene, har oppdragsgiver mulighet til å foreta en intensjonskunngjøring dersom han er usikker, jf. LOA § 13 andre ledd. Han vil derfor ikke havne i en slik tvingende situasjon som nevnt i kapittel 5.2.4. Likeså er det ytterligere grunn til å bebreide han for å ikke ha fremsatt en slik kunngjøring. Utgangspunktet er derfor at det stilles et høyt krav til oppdragsgivers kunnskap om regelverket, samt aktsomhet.

Det må også oppstilles vilkår om årsakssammenheng mellom skaden og det økonomiske tapet for medkontrahenten. Vilkåret for de tradisjonelle erstatningskravene i anskaffelsesretten er formulert i lys av at oppdragsgiver har holdt en konkurranse. Tilbyderne kan da kreve erstatning for tap som følger av brudd på regelverket. Ved en ulovlig direkte anskaffelse er det derimot liten eller ingen konkurranse som har ledet til kontraheringen. Medkontrahenten har nettopp fått kontrakten som en følge av at regelverket er brutt. Medkontrahenten synes derfor ikke å ha mulighet til å oppfylle vilkåret for årsakssammenheng i anskaffelsesretten.

I forarbeidene er det bemerket at det kan oppstå spørsmål vedrørende årsakssammenheng for negativ kontraktsinteresse.<sup>141</sup> Utvalget finner det derimot ikke hensiktsmessig å oppstille nærmere retningslinjer. Ved erstatning for den negative kontraktsinteressen er vilkåret om årsakssammenheng formulert slik at tilbyderen må sannsynliggjøre at han ikke ville deltatt i konkurransen dersom han var kjent med at feilen ville bli begått. Denne formuleringen er verken passende for tapet som oppstår i forbindelse med medkontrahentens kontraktsinngåelse, eller tapspostene som oppstår som en direkte følge av at kontrakten kjennes *uten virkning*.

Ettersom de forskjellige økonomiske tapene oppstår ved ulike stadier av kontraktsforløpet kan det være hensiktsmessig å skille mellom disse. Det kan da oppstilles et eget vilkår om årsakssammenheng for de økonomiske tapene som oppstår i forbindelse med kontraktinngåelsen. Ved utgiftene medkontrahentens har hatt i forbindelse med kontraktsinngåelsen vil spørsmålet bli om han hadde kontrahert dersom han viste om regelbruddet. En slik formulering ligger tett opp mot den som følger for de øvrige erstatningskravene i anskaffelsesretten. Bevisførselen antas da å bero på om medkontrahentens var i god tro ved kontraktsinngåelsen.

For tapspostene som oppstår i direkte forbindelse med at kontrakten kjennes *uten virkning* er en slik innfallsvinkel lite heldig. Disse er bare indirekte knyttet til det prekontraktuelle bruddet. Vilkåret til årsakssammenheng bør være egnet til å avgrense mot tap som ikke er adekvat. Ettersom tapet oppstår som en følge av at kontrakten faller bort, vil det være naturlig å benytte vilkåret til årsakssammenheng slik det fremkommer i kontraktsretten.<sup>142</sup> Det som må påvises er at kontraktsbruddet har ført til tapspostene. Det er klart at det alltid er årsakssammenheng mellom den ulovlige direkte anskaffelsen og at kontrakten kjennes *uten virkning*. Vilkåret blir derfor formulert som et spørsmål om årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og medkontrahentens tap.

---

<sup>141</sup> NOU 2010:2 s. 176.

<sup>142</sup> Se kapittel 5.4 om hvordan dette kan forankres.

Vilkåret til årsakssammenheng ved erstatning for positiv kontraktsinteresse er blitt formulert slik at tilbyderen må påvise at han ville ha vunnet konkurransen dersom oppdragsgiver hadde fulgt regelverket. Det vil variere ut fra konkurransens utforming og selve regelbruddet hvor problematisk det er å bevise at man ville ha vunnet konkurransen. Utgangspunktet er å se hvem som leverte det beste tilbudet dersom feilen tenkes borte. Erstatning for den positive kontraktsinteressen er derfor hovedsakelig aktuelt for den som leverte det nest beste tilbudet.

Dersom det samme vilkåret skal anvendes der kontrakten kjennes *uten virkning*, må medkontrahenten påvise at han ville ha vunnet dersom regelverket var fulgt og det var avholdt en konkurranse. Problemet er at det sjeldent foreligger et konkurransegrunnlag ved ulovlig direkte anskaffelser. Hvilke kriterier konkurransen ville blitt tildelt etter er således uvisst. Dette vil i så fall bero på en hypotetisk vurdering av konkurransegrunnlaget som ville blitt benyttet. Samtidig må markedet undersøkes for å anslå om medkontrahentens tilbud ville blitt det beste.

Oppdragsgiver står fritt til å utforme konkurransegrunnlaget innenfor regelverkets rammer. Utgangspunktet for den hypotetiske vurderingen blir å påvise hvilke kriterier oppdragsgiver ville tildelt kontrakten etter. Der tildelingskriteriene kun er pris vil det potensielt være mulig å påvise at medkontrahenten ville gitt det beste tilbudet. Det er imidlertid hovedsakelig anskaffelser av noen spesifikke varer og tjenester som utelukkende benytter pris som tildelingskriterium. Ettersom bevisbyrden ligger på medkontrahenten, samt at det er et skjerpet beviskrav, er det likevel vanskelig å sannsynliggjøre en så hypotetisk vurdering.

Det har dessuten blitt vanligere å tildele på bakgrunn av det beste forholdet mellom pris og kvalitet.<sup>143</sup> Selv om tilbudene skal vurderes objektivt, så er oppdragsgiver gitt et visst innkjøpsskjønn vedrørende tilbudets kvalitative sider.<sup>144</sup> For medkontrahenten vil et slikt subjektivt aspekt være tilnærmet umulig å bevise. Som forarbeidene bemerker vil det grunnet

---

<sup>143</sup> Anskaffelsesforskriften § 18 første ledd bokstav c.

<sup>144</sup> Ibid. § 18 femte ledd.

kravet til årsakssammenheng være praktisk lite aktuelt med erstatning for den positive kontraktsinteressen.<sup>145</sup>

Medkontrahentens erstatningskrav reiser også noen spørsmål angående det økonomiske tapet. Selve vilkåret om at det må påvises et økonomisk tap vil være det samme som ved de tradisjonelle erstatningskravene. Men ettersom medkontrahenten kan ha delvis utført sine kontraktsforpliktelser oppstår det nye tapsposter og utmålingsproblematikk.

For medkontrahenten av en kontrakt som er kjent *uten virkning* kan tapspostene oppstå under kontraktsforholdet. Dette åpner for nye typer økonomisk tap som medkontrahenten kan lide. Medkontrahenten kan blant annet selv være ansvarlig for krav fra underleverandører, samt lide økonomiske tap ved avskrivning av driftsmidler som ikke godtgjøres på samme måte som forbrukte materialer. Dette er tap som naturlig faller under den negative kontraktsinteressen ettersom man skal stilles som om kontrakten ikke var inngått. Samtidig vil medkontrahenten også kunne ha kravet om påregnelige utgifter ved kontraktsinngåelsen i behold. Forarbeidene tar ikke konkret stilling til utmålingen i dette tilfelle.<sup>146</sup> Her må det midlertidig antas at kravet må reduseres proporsjonalt til kontraktsforholdets varighet.

Ved erstatningskrav for den positive kontraktsinteressen vil tapet hovedsakelig bestå av tapt fortjeneste. Medkontrahenten har da krav på den samme profittmarginen som man har ved de øvrige erstatningskravene. Ettersom kontraktsforholdet alt har begynt, vil det oppstå nye situasjoner vedrørende utmålingen. På den ene siden vil utmålingen bli mer konkret. Et av problemene i de tradisjonelle erstatningskravene er at utmålingen beror på en hypotetisk vurdering av kontraktsgjennomføringen.<sup>147</sup> For medkontrahenten har kontraktsgjennomføringen alt begynt. Det vil da være et mer konkret grunnlag for vurderingen av den resterende gjennomføringen.

---

<sup>145</sup> NOU 2010:2 s. 176.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Dragsten, Offentlige anskaffelser s. 842 flg.



På den andre siden aktualiserer sanksjonen andre problemer ved utmålingen. Utmålingen blir mer komplisert ettersom kontrakten både kan kjennes *uten virkning ex nunc* og *ex tunc*. Samtidig vil omfanget av erstatningskravet variere ut i fra hvor langt partene har kommet i kontraktsforløpet, samt hvordan vederlagsbetalingen er avtalt mellom partene. Utgangspunktet for utmålingen må likevel være det resterende beløpet av medkontrahtentens forventede fortjeneste.

## 5.4 Erstatningssystemet i anskaffelsesretten

I kapittel 4.4 ble det redegjort for at det i erstatningsretten finnes forskjellige erstatningssystemer. Ved utformingen av erstatningsvilkårene for de tradisjonelle erstatningskravene i anskaffelsesretten var det usikkert hvilket system som skulle legges til grunn. Simonsen sammenligner anskaffelsesretten med andre prekontraktuelle situasjoner, og uttaler;

*«Det ville være en åpen erkjennelse av at de prekontraktuelle situasjoner representerer et overgangsfenomen mellom kontrakts- og deliktsretten.»<sup>148</sup>*

Årsaken til dette fenomenet er at erstatningskravene som oppstår i anskaffelsesretten ligger i en gråsoner mellom krav som naturlig hører under enten deliktsansvaret eller ansvar i kontraktsforhold. Formuestapet oppstår i forbindelse med inngåelse av kontrakt. Samtidig beror en slik inngåelse på konkurranseregler som naturlig følger deliktsretten. Ved utformingen av erstatningsvilkårene i anskaffelsesretten befant man seg således i en systemkonflikt.

I stedet for å følge et tosporet system, er det anvendt en mellomløsning. Simonsen beskriver en mulig løsning slik;

*«Er sannsynlighetskravet først oppfylt, stiller ikke deliktsretten opp ytterligere betingelser for at tapet skal kunne kreves dekket. En mulighet er å sette opp enkelte tilleggsvilkår for å bygge bru over til avtalerettens regler.»<sup>149</sup>*

---

<sup>148</sup> Simonsen, Prekontraktuel ansvar s. 359

<sup>149</sup> Ibid.

Dette synspunktet er senere lagt til grunn i den prinsipielle Nucleus-dommen, hvor førstvoterende tar utgangspunkt i en slik mellomløsning. Fra dette utleder han nye krav til bruddet og årsakssammenheng som tilleggskriterier til deliktsretten.<sup>150</sup>

Utgangspunktet for erstatningsvilkårene er således utledet fra deliktsansvaret for de tradisjonelle erstatningskravene i anskaffelsesretten. Spørsmålet er om bakgrunnen for medkontrahentens krav kan begrunne en endring av denne systemløsningen.

Utgangspunktet for et erstatningskrav i anskaffelsesretten er at leverandøren har lidd tap som en følge av brudd på anskaffelsesregelverket, jf. LOA § 10. I de tradisjonelle erstatningskravene oppstår tapet som en direkte følge av brudd på regelverket. Medkontrahentens erstatningskrav oppstår derimot som en følge av at kontrakten kjennes *uten virkning*. Det er sanksjoneringen selv som er den direkte årsaken til tapet. Ansvar følger likevel indirekte av brudd på anskaffelsesregelverket ettersom kontrakten kjennes *uten virkning* fordi den er begått ved en direkte ulovlig anskaffelse.

Ut fra en systembetragtning kan medkontrahentens krav synes å stå i en annen stilling enn de tradisjonelle kravene. Ettersom ansvaret beror på brudd på anskaffelsesregelverket er det fortsatt naturlig å ta utgangspunkt i deliktsansvaret. Men tapet oppstår i kontraktsrettens rettsområde. Dette taler for å forskyve erstatningssystemet mot ansvar i kontraktsretten, og anvende flere elementer fra dette systemet.

Kontraktsforholdet har alt begynt å løpe når den kjennes *uten virkning*. Dette medfører at medkontrahenten, i tillegg til å lide tap i forbindelse med kontraktsinngåelsen, også kan lide tap som en følge av kontraktens bortfall og avvikling. Særlig ved dette tapet har det vært rettsteknisk vanskelig å anvende erstatningsvilkårene utledet fra deliktsretten på medkontrahentens erstatningskrav.<sup>151</sup> Dette skyldes at omstendighetene ved tapet skiller seg fra de konkurranserelaterte tapene som er vanlig i anskaffelsesretten. Tapet oppstår på et

---

<sup>150</sup> Rt. 2001 s. 1062 (s. 1079)

<sup>151</sup> Se kapittel 5.3.

område hvor avtale- og kontraktsretten normalt vil være *lex specialis*. Utformingen av erstatningsvilkårene i kontraktsforhold vil da være mer naturlig egnet til å regulere erstatningskravet. Dersom det ut fra systembetraktninger i større grad kan utledes elementer fra ansvaret i kontraktsforhold, er det nærliggende å gjøre dette for disse tapspostene.

## 5.5 Løsningsforslag

### 5.5.1 Innledning

Medkontrahentens situasjon er på flere områder lite forenlig med de materielle vilkårene for erstatning i anskaffelsesretten. Dette skyldes at det har vært liten eller ingen konkurranse, samt at kontraktsforholdet alt har begynt. Ved utformingen av de materielle vilkårene har det blitt lagt til grunn tilleggskriterier til deliktsretten.<sup>152</sup> Dette åpner for at de materielle vilkårene suppleres med andre kriterier for å finne gode retstekniske løsninger.

### 5.5.2 Vilkår om god tro

Flere av hensynene som tilsier at medkontrahenten prinsipielt bør ha et erstatningskrav forutsetter at medkontrahenten er i god tro ved kontraktsinngåelsen.<sup>153</sup> Likeså får medkontrahentens gode tro betydning ved vurderingen av de materielle vilkårene. For de øvrige erstatningskravene i anskaffelsesretten kan tilbyderens medvirkning føre til at erstatningskravet helt eller delvis faller bort, jf. skl. § 5-1. Utgangspunktet er at medkontrahenten også kan miste erstatningskravet ved medvirkning. Spørsmålet er derfor om god tro skal oppstilles som et eget vilkår som således kan avskjære erstatningsadgangen.

Det vil som hovedregel kunne konstateres ansvar for en oppdragsgiver som kontraherer etter en ulovlig direkte anskaffelse. Etter hensynet til proporsjonalitet bør ansvarsfordelingen kunne balanseres. Dette gjelder særlig når medkontrahenten kan bebreides for regelbruddet. Dersom det stilles vilkår om medkontrahentens gode tro vil ansvarsgrunnlaget bli balansert relativt til hvor mye partene kan bearbeides.

---

<sup>152</sup> Se kapittel 5.4.

<sup>153</sup> Se kapittel 4.4.2.

Videre blir spørsmålet i hvilken utstrekning kravet bør stilles. Som redegjort for i kapittel 4.4.2 er det ikke grunnlag for å kreve noen undersøkelsesplikt. Utgangspunktet er at det er oppdragsgiver som har begått feilen, og derfor er nærmest å bære ansvaret for den. Så lenge medkontrahenten opptrer aktsom ut i fra sine egne forutsetninger må han derfor kunne forvente at oppdragsgiver har fulgt regelverket.

Det ble i kapittel 5.3 bemerket at vilkåret til årsakssammenheng for erstatning for den negative kontraktsinteressen vil bero på en vurdering av medkontrahentens gode tro. Vilkåret ble formulert som et spørsmål om medkontrahenten ville inngått kontrakten dersom han visste om bruddet. Det er naturlig å ta utgangspunkt i det faktiske hendelsesforløpet og se om han kontraherte i god tro.

Dersom årsakssammenhengen for utgiftene til kontraktsinngåelsen stilles slik, vil erstatningskravet for den negative kontraktsinteressen alt bero på et krav om medkontrahentens gode tro. Et eget vilkår om dette vil da være overflødig. Hvis kravet til årsakssammenheng stilles i lys av kontraktsretten, vil medkontrahentens gode tro derimot ha en egenverdi. Det kan da ikke innarbeides et krav om god tro i vilkåret til årsakssammenheng. Tapsposten er likevel knyttet opp mot medkontrahentens medvirkning ved kontraktsinngåelsen. Et selvstendig vilkår om god tro vil da, som nevnt ovenfor, balansere hensynet til partenes interesser.

I forlengelse av kriteriet om god tro ved kontraktsinngåelsen kan det stilles krav til medkontrahentens gode tro under kontraktgjennomføringen. Spørsmålet blir da om medkontrahentens onde tro under kontraktsforholdet tilsier at han har en varslingsplikt. Legges dette til grunn, vil unnlattelse av å varsle, avskjære medkontrahentens krav på erstatning. I kapittel 4.3.3 ble bakgrunnen for medkontrahentens varslingsplikt redegjort for.

### 5.5.3 Omvendt bevisbyrde

Det følger av de alminnelige prinsipper om bevisbedømmelse at det som utgangspunktet er den krevende part som har bevisbyrden.<sup>154</sup> Dette medfører at det er medkontrahenten som har både bevisføringsbyrden og tvilsrisikoen. Det er særlig vanskelig for medkontrahenten å påvise årsakssammenheng for den positive kontraktsinteressen. Spørsmålet er om man kan tilpasse bevisreglene for å underbygge de materielle reglene. I det følgende vil det drøftes om bevisbyrden kan snus over på oppdragsgiver, samt hvilke følger dette vil medføre.

Den omvendte bevisbyrden er en unntaksregel fra de alminnelige bevisreglene. Dersom dette skal implementeres i anskaffelsesretten må dette følge av et ulovfestet grunnlag. Å anvende bevisbyrden slik, kan forankres i hensynene til både erstatningsretten og anskaffelsesretten. Den omvendte bevisbyrden kan utledes fra risikofordelingen mellom partene.<sup>155</sup> Dersom det er nærliggende å plassere risikoen for skaden på en part, kan det likeså være grunnlag for å plassere risikoen for et uklart faktum på denne parten. Som bemerket i kapittel 4.6.1 er det klart nærliggende å plassere risikoen på oppdragsgiver.

I juridisk teori fremkommer det at andre særlige forhold også kan tilsi at bevisbyrden snus. Det finnes generelt holdepunkter i rettspraksis for å tillegge bevisbyrden på skadevolder dersom denne er særlig å bebreide, dog ikke vedrørende offentlige anskaffelser.<sup>156</sup> Ettersom oppdragsgiver er pliktsubjektet for anskaffelsesloven er det naturlig å legge han mye til last. Karakteren på bruddet, samt en godtroende medkontrahents passive rolle, tilsier likeså at oppdragsgiver bør særlig bebreides.

Simonsen bemerker også at det kan være hensiktsmessig å snu bevisbyrden i anskaffelsesretten. Han begrunner dette synet i hensynet til å effektivisere anskaffelsesreglene.<sup>157</sup> Et av formålene til sanksjonen *uten virking* er å fremme effektiv gjennomføring av regelverket. Som det er redegjort for tidligere vil en adgang på erstatning

---

<sup>154</sup> Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett s. 390.

<sup>155</sup> Lødrup, Lærebok i erstatningsrett s. 357.

<sup>156</sup> Hagstrøm og Stenvik, Erstatningsrett s. 391-392.

<sup>157</sup> Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 748.

effektivisere regelverket. Det er da nødvendig med vilkår og bevisføring som i praksis vil underbygge medkontrahentens krav.

Dersom bevisbyrden snus vil oppdragsgiver måtte påvise at medkontrahenten ikke ville vunnet ved en hypotetisk konkurranse. Ettersom tvilsrisikoen vil ligge på oppdragsgiver økes medkontrahentens sjanse på å få konstatert årsakssammenheng. Samtidig har oppdragsgiver større tilgang på bevismateriale enn det medkontrahenten hadde. De kan konstruere den hypotetiske konkurransen etter interne prosedyrer og tidligere anskaffelser. Bevisføringen får dermed konkrete holdepunkter, som fører til en mer reell vurdering av omstendighetene.

Likevel må det erkjennes at det selv med omvendt bevisbyrde vil være vanskelig å konstatere årsakssammenheng. Vurderingen beror fortsatt på en hypotetisk konkurranse. Hvilke andre tilbydere medkontrahenten ville konkurrert mot er fremdeles ukjent. Så lenge medkontrahenten ikke er overlegent best i sitt marked, vil det være nærmest umulig å rangere han i forhold til ukjente tilbydere.

Dersom det innføres omvendt bevisbyrde vil dette kunne virke lite proporsjonalt for oppdragsgiver. Synergien mellom vilkår om god tro og omvendt bevisbyrde vil kunne balansere forholdet. Likevel er det ikke holdepunkter for å også anvende et skjerpet krav til årsakssammenheng dersom bevisbyrden snus. Hovedregelen er da at oppdragsgiver må påvise med sannsynlighetsovervekt at det ikke foreligger årsakssammenheng.

## 6. Litteraturliste m.m.

### 6.1 Litteraturliste

Andersson, Helena Rosén mfl., *Lagen om offentlig upphandling, En kommentar* (Stockholm 2013).

Bakken, Espen og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser* (Bergen 2013).

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger* (Oslo 2013).

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett* (Oslo 2015).

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett* (Bergen 1989).

Lødrup, Peter, med bistand av Morten Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, (Oslo 2009).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011).

Simonsen, Lasse, *Prekontraktelt ansvar* (Oslo 1997).

Thue, Anders, Anne Buan og Kristine Røed Brun, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer* (Oslo 2013)

Treumer, Steen og Francois Lichère (red.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (København 2011).

Aamdal, Lars, *Uten virkning – ny sanksjon på visse grove brudd på reglene om offentlige anskaffelser*, Masteroppgave UiO, 2012, [www.duo.uio.no](http://www.duo.uio.no).

Arrowsmith, Sue (red.), *EU Public Procurement Law: An Introduction* (University of Nottingham 2011),

<http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, (siter 30. mai 2017).

Krüger, Kai, *Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser*, Festskrift til Torgny Håstad (2010), s. 370-373.

Simonsen, Lasse, *Sak C-568/08 Combinatie Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*, Gyldendal Rettsdata (Oslo 2011).

## 6.2 Lovregister m.m.

### 6.2.1 Norske lover

- |      |  |
|------|--|
| 1687 | Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687  |
| 1969 | Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven eller skl.).                                  |
| 1989 | Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler.  |
| 1999 | Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (opphevet).  |
| 2004 | Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). |
| 2012 | Lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven.                           |
| 2016 | Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven eller LOA).                                 |

### 6.2.2 Forskrifter

- |      |   |
|------|---|
| 2006 | Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (opphevet).                  |
| 2016 | Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften). |

### 6.2.3 Nordiske kilder

Lov nr. 492 12/05/2010 Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v (opphevet) [Danmark]

Lov nr. 1564 15/12/2015 Udbudsloven [Danmark]



LBK nr. 593 02/06/2016 Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud [Danmark]

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (oppevet) [Sverige]

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling [Sverige]

Regeringens proposition 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet [Sverige]

#### 6.2.4 Traktater

TFEU Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union 26.10.2012

#### 6.2.5 EU-direktiver

Rdir 89/665/EEC Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts. (oppevet) (Klagedirektivet).

EP/Rdir 2004/18/EC The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. (oppevet).

EP/Rdir 2007/66/EF The European Parliament and of The Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts. (Håndhevelsesdirektivet).

EP/Rdir 2014/24/EU The European Parliament and of The Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. (Anskaffelsesdirektivet).

## 6.3 Domsregister

### 6.3.1 Norske dommer

Rt. 1997 s. 574

Rt. 1998 s. 761

Rt. 2001 s. 1062

Rt. 2008 s. 982

Rt. 2008 s. 1705

RG 2012 s. 25

LG-2007-137130

LA-2011-100800

### 6.3.2 KOFA avgjørelser

Sak 2009/144 *ByTaxi AS mot Oslo kommune.*

### 6.3.3 EU/EFTA-dommer

Forente saker            *Francovich mfl. mot Italia.*            Saml. 1991 I-05357  
C-6/90 og C-9/90

Sak C-46/93            *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland.*            Saml. 1996 I-01029

Forente saker            *Kommisjonen mot Tyskland.*            Saml. 2003 I-03609  
C-20/1 og C-28/1

Sak C-26/03            *Stadt Halle og RPL Recyclingpark*            Saml. 2005 I-00001  
*Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft*

*Thermische Restabfall og  
Energieverwertungsanlage TREA Leuna.*

Sak C-503/04	<i>Kommisjonen mot Tyskland.</i>	Saml. 2007 I-06153
Sak C-314/09	<i>Stadt Graz mot Strabag AG mfl.</i>	Saml. 2010 I-08769
Sak C-568/08	<i>Combinatie Spijker Infrabouw, De Jonge Konstruktie mfl. mot Provincie Drenthe.</i>	Saml. 2010 I-12655
Sak E-16/16	<i>Fosen-Linjen mot AtB.</i>	Ikke i EFTA Ct. Rep

#### 6.4 Forarbeider m.m.

Ot.prp. nr. 71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser.
Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)	A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).
Ot.prp. nr. 62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
Prop. 12 L (2011-2012)	Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).
Prop. 51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser.
NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

Veileder 2013-12-XX

Nærings- og fiskeridepartementet veileder til reglene om offentlige anskaffelser.

## 6.5 Internettadresser

WTOs internettside, Agreement on Government Procurement,

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm), (sisert 30. mai 2017).

Kommisjonens internettside, Public procurement – Study on administrative capacity in the EU Denmark Country Profile

[http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country\\_profile/dk.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/dk.pdf), (sisert 30. mai 2017).