

Høyesteretts dom i *Fosen-Linjen*: Stor ståhei om status quo?

Professor Halvard Haukeland Fredriksen, UiB

1. Innledning¹

Da Høyesterett høsten 2019 avsa dom i Fosen-Linjen-saken,² ble det satt sluttstrek for en tvist som over flere år har fått oppmerksomhet langt utenfor fagmiljøet for offentlige anskaffelser. Dette skyldes ikke først og fremst de anskaffelsesrettslige spørsmålene i saken, selv om både vilkårene for lovlig avlysning av en konkurranse og vilkårene for offentlige oppdragsgiveres erstatningsansvar overfor forbigåtte leverandører er viktige nok. Hovedårsaken til all oppmerksomheten er den svært spesielle prosesshistorien, som inkluderer en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen som gikk på tvers av etablert høyesterettspraksis, en lagmannsrett som avviste EFTA-domstolens syn, Høyesteretts beslutning om å be EFTA-domstolen om en ny rådgivende uttalelse og EFTA-domstolens revurdering av sin opprinnelige tilnærming. Til prosesshistorikken hører også flere uforutsette endringer i EFTA-domstolens sammensetning, uformell kontakt mellom EFTA-domstolen og Høyesterett i forkant av den nye foreleggelsen, flere habilitetsinnsigelser, harde medieutspill, utfordringer knyttet til tilskjæringen av ankeforhandlingene i Høyesterett og uenighet knyttet til statens adgang til å delta i saken.

I Høyesteretts dom er den omkringliggende dramatikken tonet kraftig ned – retten har klart å motstå fristelsen til noen siste ord knyttet til den nye foreleggelsen for EFTA-domstolen eller andre sider av prosesshistorikken, og i stedet konsentrert seg fullt og helt om de anskaffelses- og erstatningsrettslige spørsmålene i saken. Heller ikke Høyesteretts standpunkt til disse fremstår som særlig dramatiske, selv om omtalen i punkt 3 nedenfor viser at det er rom for ulike syn på flere av de avklaringer som dommen bringer, og at Høyesteretts drøftelser også gir opphav til en del nye spørsmål.

At Høyesterett kan se ut til å lykkes med å avdramatisere siste akt, hindrer likevel ikke at både selve dommen og prosessen frem til den, reiser en rekke spørsmål som fortjener oppmerksomhet. Ut over de nevnte anskaffelses- og erstatningsrettslige spørsmålene, gir saken særlig grunn til å reflektere over Høyesteretts forhold til EFTA-domstolen og arbeidsfordelingen mellom Høyesterett og lovgiver på områder hvor EU/EØS-retten krever effektive håndhevelsesmuligheter for private parter som hevder at deres EU/EØS-rettigheter er tilsidesatt, men hvor etterlevelsen av dette overordnede kravet i betydelig grad er overlatt til nasjonal rett.

2. Saksforholdet og prosesshistorien

Opphavet til Fosen-Linjen-saken var en utlysning i 2013 av en konkurranse for anskaffelse av fergetjenester på strekningen Brekstad-Valset i det som nå er Trøndelag fylke. Oppdragsgiver var selskapet AtB AS, som er eid av fylkeskommunen og pliktsubjekt i henhold til det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket. Kontraktens varighet var ti år, med en opsjon på ytterligere to år, og en samlet verdi på om lag en halv milliard kroner.

¹ Takk til Kåre Lilleholt, Magne Strandberg, Ørnulf Øyen og TfRs fagfelle for skarpsindige merknader til et tidligere utkast til denne domskommentaren.

² Høyesteretts dom 27. september 2019 i sak HR-2019-1801-A *AtB AS mot Fosen-Linjen AS og Næringslivets Hovedorganisasjon (partshjelper)*.

Det var oppstilt tre tildelingskriterier: kvalitet, pris og miljø. Ved vurderingen av tilbudene skulle tildelingskriteriet pris vektes med 50 prosent, mens miljø og kvalitet hver skulle telle 25 prosent. For tildelingskriteriet «miljø» var det opplyst at drivstofforbruket ville inngå i vurderingen, men uten noen tilknyttede krav til dokumentasjon.

Etter å ha fått spørsmål fra en interessent om ikke etterprøvnbarheten knyttet til miljøkriteriet tilsa at det burde stilles dokumentasjonskrav for estimert drivstofforbruk, valgte AtB i stedet å ta inn i konkurransegrunnlaget en bestemmelse om at drivstofforbruket ville bli kontrollert, og at overskridelser på mer enn ti prosent av estimert forbruk ville bli sanksjonert med et «gebyr» på én krone per liter.

Da AtB besluttet å tildele kontrakten til Nordled AS, begjærte Fosen-Linjen midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen, blant annet under henvisning til at AtB ikke hadde etterprøvd drivstofforbruket som Nordled hadde oppgitt. Tingretten tok begjæringen til følge, og AtBs anke til lagmannsretten ble forkastet. AtB valgte etter dette å avlyse konkurransen, under henvisning til at lagmannsretten mente at konkurransegrunnlaget ikke etablerte et forsvarlig grunnlag for evaluering av oppgitt drivstofforbruk.

Fosen-Linjen var imidlertid av den oppfatning at det med sakkyndig bistand var fullt mulig å evaluere også miljøkriteriet med grunnlag i de tekniske tegninger av fergene som konkurransegrunnlaget etterspurte. Om Nordled ikke hadde gitt de nødvendige opplysningene i sitt tilbud, måtte dette føre til avvisning av Nordleds tilbud, ikke til avlysning av konkurransen. Ut fra den oppfatning at man ville vunnet kontrakten om alt hadde gått rett for seg, fremmet Fosen-Linjen krav om drøyt 80 millioner kroner i erstatning for tapt fortjeneste. Subsidiært ble det krevd 2 millioner kroner i erstatning for kostnadene med å delta i konkurransen. Rettsgrunnlaget var den dagjeldende anskaffelsesloven (1999) § 11, som gjennomførte i norsk rett det krav til erstatningsrettslig vern ved brudd på EU/EØS-anskaffelsesreglene som følger av det såkalte håndhevelsesdirektivets artikkel 2(1)(c) (direktiv 89/665/EØF).³

Etter litt frem og tilbake⁴ frifant tingretten AtB for begge kravene.⁵ Fosen-Linjen anket imidlertid til lagmannsretten, som besluttet å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om, blant annet, de krav EØS-retten stiller til erstatningsrettslig vern ved brudd på EU/EØS-rettens anskaffelsesregler. For lagmannsretten var partene uenige om formuleringen av tolkningsspørsmålene, noe retten «løste» ved å gjøre Fosen-Linjens forslag til sitt eget, men med AtBs alternative forslag som et vedlegg.⁶ EFTA-domstolen forholdt seg imidlertid bare til de formelt sett forelagte spørsmålene, og det var disse som ble meddelt EU/EØS-institusjonene og -statene. Foreleggelsen sondret ikke mellom erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse, og kommuniserte nok ikke særlig klart til øvrige EU/EØS-stater at det store stridsspørsmålet i saken var erstatningsvernet for fortjenestetap. Av de (daværende) 28 EU/EØS-statene var det ingen utenom Norge som fant det bryet verdt å delta i

³ Anskaffelsesloven (1999) § 11 er nå erstattet av anskaffelsesloven (2016) § 10, men den nye bestemmelsen er bare en videreføring av den gamle.

⁴ Stevningen i hovedsaken endte i første omgang med fraværdom i Sør-Trøndelag tingrett fordi AtB ikke hadde inngitt tilsvar i tide. Etter anke fra AtB opphevet Frostating lagmannsrett dommen og ga AtB oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfristen, se LF-2014-79293. Dersom man teller med den alt omtalte forføyningssaken, ble Fosen-Linjen saken behandlet tre ganger i tingretten, tre ganger i lagmannsretten og to ganger i EFTA-domstolen, før Høyesterett fikk siste ord som niende instans.

⁵ Sør-Trøndelag tingretts dom DATO (TSTRO-2014-38423).

⁶ Frostating lagmannsretts anmodning til EFTA-domstolen, 24. oktober 2016.

prosessen. EU-kommisjonen kom med et skriftlig innlegg i saken, men dens argumentasjon for et rent rettsbruddansvar etterlot tvil om man hadde forstått at det først og fremst var erstatningsvernet for fortjenestetap som lagmannsretten ville ha avklart.⁷

Da EFTA-domstolen avga sin rådgivende uttalelse høsten 2017, ble det klart at Fosen-Linjen-saken ville bli ekstraordinær. EFTA-domstolen tolket håndhevelsesdirektivets artikkel 2(1)(c) dithen at *hvert brudd* EU/EØS-regler for offentlige anskaffelser etablerer et ansvarsgrunnlag for den skade som en leverandør måtte være påført som følge av bruddet.⁸ Det fremgikk ikke helt klart av uttalelsen om dette også gjaldt for krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i tilfeller hvor saksøker ikke hadde noe rettskrav på kontrakten, men premissene lest i sammenheng tilsa unektelig et bekrefteende svar. EFTA-domstolens standpunkt gikk på tvers av Høyesteretts oppfatning av at EØS-retten i utgangspunktet overlater erstatningsvilkårene til nasjonal rett, og at det krav til «vesentlige feil» for ansvar for positiv kontraktsinteresse som Høyesterett hadde stilt opp i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*, levde opp til EU/EØS-rettens generelle krav til effektive sanksjoner.⁹ EFTA-domstolen nevnte denne rettspraksisen i sin innledende redegjørelse for rettsstillingen i Norge,¹⁰ men behandlet den ikke nærmere.

EFTA-domstolens uttalelse ble nokså umiddelbart møtt med kritikk.¹¹ Kritikken rettet seg særlig mot EFTA-domstolens implisitte, og derfor langt på vei ubegrunnede, tilsidesettelse av EU-domstolens tilnærming i sak C-568/08 *Combinatie*, hvor håndhevelsesdirektivets artikkel 2(1)(c) var blitt tolket som en henvisning til det generelle EU-rettslige prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar for «tilstrekkelig kvalifiserte» feil.¹² Det ble påpekt at EFTA-domstolen syntes å ha oversett nye avgjørelser fra UK Supreme Court og Högsta domstolen, som begge hadde vist til *Combinatie* og på det grunnlag enstemmig avvist den tolkning av EU-retten som EFTA-domstolen nå forfektet.¹³ På et mer grunnleggende plan ble det innvendt at det EU-rettslige utgangspunktet alltid har vært at det er overlatt til nasjonal rett å fastlegge det nærmere innhold i det erstatningsrettslige vern som EU-

⁷ Jf. Kommisjonens etterfølgende argumentasjon i *Fosen-Linjen II*, slik den er gjengitt i Rettsmøterapporten.

⁸ EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 31. oktober 2017 i sak E-16/16, kjent som *Fosen-Linjen I*.

⁹ Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk og Anlegg*, avsnittene 54 til 56.

¹⁰ Jf. avsnittene 14 og 15.

¹¹ Se bl.a. Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i *Fosen-Linjen*», *Tidsskrift for forretningsjus* 2017 s. 169-195 og Albert Sanchez-Graells, “You Can’t Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law After the EFTA Court’s *Fosen-Linjen* Opinion”, *Nordic Journal of European Law* 2018 s. 1-23. En mer positiv vurdering av EFTA-domstolens tilnærming finnes hos Sue Arrowsmith, *Law of Public and Utilities Procurement* (Volume 2), 3. utgave, Sweet & Maxwell 2018, selv om også hun konkluderer med at EFTA-domstolens standpunkt ikke gir noen god løsning.

¹² Sak C-568/08 [A5] *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.*, EU:C:2010:751, avsnitt 87. EFTA-domstolen forsøkte å rettferdiggjøre tilsidesettelsen av dette prejudikatet ved å klassifisere offentlige anskaffelser som forretningsvirksomhet (*acta juri gestionis*), og ikke myndighetsutøvelse (*acta juri imperii*), se avsnitt 53 og 64 i *Fosen-Linjen I*. Dette forsøket på å innsnevre anvendelsesområdet til det generelle prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten stod ikke bare i motstrid til også andre avgjørelser fra EU-domstolen, det var også vanskelig å forstå hvordan det kunne støtte opp under et rent regelbruddansvar for positiv kontraktsinteresse: I den alminnelige erstatningsretten forutsetter ansvar i prekontraktuell fase *culpa in contrahendo*, og erstatningsvern for fortjenestetap forutsetter rettskrav på kontraktsinngåelsen. Et ønske om likebehandling av offentlige oppdragsgivere og private som gjør bruk av anbudskonkurranser, vil derfor svekke, ikke styrke, anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar.

¹³ Hhv. [2017] UKSC 34 og NJA 2016 s. 358.

retten krever ved brudd på EU-rettigheter, og at verken direktivets ordlyd, formål eller tilblivelsehistorie tilsa en tolkning som ville innebære totalharmonisering av ansvarsgrunnlaget.¹⁴

Innvendingene gjorde inntrykk på lagmannsretten, som fant grunn til å presisere at man fremdeles anså Nucleus-dommens krav til «vesentlig feil» som gjeldende rett, og det selv om dette ikke var av betydning for lagmannsrettens dom. Lagmannsretten frifant AtB for kravet om positiv kontraktsinteresse under henvisning til at avlysningen av konkurransen var lovlig, og at det derfor ikke var årsakssammenheng mellom feilene knyttet til miljøkriteriet og den omstendighet at Fosen-Linjen ikke fikk tildelt kontrakten.¹⁵ I motsetning til tingretten var imidlertid lagmannsretten av den oppfatning at AtB måtte dekke Fosen-Linjens kostnader ved å delta i konkurransen.

Både Fosen-Linjen og AtB anket til Høyesterett. Ankeutvalget tillot ankene fremmet, men begrenset samtidig forhandlingene slik at det for kravet om positiv kontraktsinteresse i første omgang ikke skulle forhandles om årsakssammenheng og tapsutmåling.¹⁶ Tilskjæringen føyer seg inn i en stadig lengre rekke av slike beslutninger fra Ankeutvalget – en utvikling som kanskje er nødvendig om omfattende og faktumtunge saker overhodet skal slippe inn i Høyesterett, men som også byr på utfordringer for avdelingen som skal avgjøre ankesaken, noe Fosen-Linjen-saken er et eksempel på.¹⁷

For Høyesterett erklærte Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) partshjelp til fordel for Fosen-Linjen. Samtidig fikk staten delta i saken etter tvisteloven § 30-13 for å ivareta det offentliges interesser. Ankeutvalget mente at saken reiste spørsmål om å «sette til side eller fortolke innskrenkende regler gitt ved lov», selv om ordlyden i så vel den tidligere som den nye anskaffelsesloven er taus om vilkårene for anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar, og derfor tradisjonelt er forstått som en ren henvisning til uskrevne erstatningsrettslige prinsipper.¹⁸

Nok en omdreining fikk saken da Høyesterett besluttet å be EFTA-domstolen om «en klargjøring og utdypning, eventuelt revurdering» av standpunktet inntatt i den rådgivende uttalelsen.¹⁹ Gitt uklarhetene knyttet til rekkevidden av EFTA-domstolens uttalelse, og den omstendighet at Høyesterett åpenbart ikke var overbevist om at EØS-retten krevde endring av Nucleus-dommen, fremstod en ny

¹⁴ Håndhevelsesdirektivet er fra et tidspunkt i EU-rettens utvikling (1989) da det ble ansett som temmelig selv-sagt at det var opp til nasjonal rett å fastlegge de erstatningsrettslige følgene av brudd på marknadsregelverket.

¹⁵ Frostating lagmannsretts dom 2. mars 2018 i sak LF-2015-187242.

¹⁶ HR-2018-1190-U. Senere ble det foretatt ytterligere tilskjæring av både saken og forhandlingene, se HR-2018-1974-U.

¹⁷ Se nærmere i punkt 3.2, 3.3 og 4 nedenfor.

¹⁸ HR-2018-1736-U. Ankeutvalget begrunnet standpunktet med uttalelser i forarbeidene til anskaffelseslovene av 1999 og 2016, som legger visse føringer for erstatningsansvarets innhold, og fant at uttrykket «regler gitt ved lov» i tvisteloven § 30-13 må omfatte «den tolkning av ordlyden som lovgiver gir anvisning på i forarbeidene». Selv om formålet med tvisteloven § 30-13 tilsier at det var riktig å la staten opptre i saken, fremstår det anstrengt å hevde at forarbeidene til anskaffelsesloven 1999 § 11 gav anvisning på erstatningsvilkårene som Høyesterett i 2001 stilte opp i Nucleus-dommen. I Nucleus-dommen uttalte tvert i mot Høyesterett selv at loven *ikke* inneholdt noen regulering av erstatningsansvaret, se Rt. 2001 s. 1062 på s. 1076. Forarbeidene til anskaffelsesloven 2016 § 10 går noe lenger, med uttalelser om videreføring av Nucleus-vilkårene, men Ankeutvalgets henvisning til at Fosen-Linjen-saken reiste spørsmål om fortolkningen av denne bestemmelsen er strengt tatt ikke riktig – rettsgrunnlaget for erstatningskravene var 1999-loven § 11. Det som mangler i avgjørelsen, er en henvisning til at sakens prejudikatinteresse (og årsaken til at den slapp inn til behandling i Høyesterett) handlet om forholdet mellom 2016-loven § 10 (forstått i lys av dens forarbeider) og EØS-retten, og at det er denne prejudikatinteressen som må være styrende for forståelsen av tvisteloven § 30-13.

¹⁹ Høyesteretts brev 19. november 2018 finnes i Lovdata, se <https://lovdata.no/static/NLX6//ld/mor/hru/grafikk/anmodning-efcourcourt.pdf>.

anmodning som langt å foretrekke fremfor en dom i strid med den isolert sett mest nærliggende forståelsen av EFTA-domstolens uttalelse. Høyesterett knyttet anmodningen til den dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene som EFTA-domstolen selv har fremhevet at ODA artikkel 34 etablerer, og redegjorde utførlig for sine innvendinger. Inntrykket av en ren omkamp ble også forsøkt mildnet gjennom en henvisning til en ny dom fra EU-domstolen, hvor det var blitt presisert at direktiv 89/665 «bare» innebærer minimumsharmonisering.²⁰ Foreleggelsens ekstraordinære karakter lot seg like fullt ikke nekte for, og den fikk betydelig oppmerksomhet.

En medvirkende årsak til medieinteressen var mellomliggende endringer i EFTA-domstolens sammensetning. Like etter tolkningsuttalelsen i Fosen-Linjen-saken kom domstolens islandske medlem tilbake etter et lengre sykefravær, og kort tid etter dette igjen ble han valgt som domstolens nye president.²¹ Dagen etter meddelte domstolens daværende president at han hadde bestemt seg for å forlate domstolen, før utløpet av hans siste åremålsperiode som dommer.²² Som et resultat av disse omveltningene, lå det an til at bare én av de tre dommerne som hadde deltatt i EFTA-domstolens tidligere behandling av saken, ville delta også i den nye runden. Dette var domstolens norske medlem, og avisen VG kunne deretter fortelle at han hadde nevnt muligheten for en ny anmodning overfor Høyesteretts justitiarius, som igjen hadde viderebrakt til saksforberedende dommer at EFTA-domstolen ikke ville ta det «ille opp» om Høyesterett ba om en presisering av den avgitte tolkningsuttalelsen.²³ Ulike aktører og observatører tolket dette svært forskjellig – mens noen betraktet det som en invitasjon til omkamp fra en dommer som forutsetningsvis ikke var fornøyd med den første uttalelsen, mente andre det var et uproblematisk innslag i den løpende dialogen mellom nasjonale høyesteretter og EFTA-domstolen. Oppslagene førte til en habilitetsinnsigelse fra Fosen-Linjen, men denne falt bort da den norske dommeren senere ble sykemeldt og erstattet av en ad hoc-dommer. Håndteringen av saksforberedelsen førte også til en habilitetsinnsigelse mot domstolens nye president, men denne ble forkastet av domstolens to øvrige medlemmer.²⁴ Den argeste kritikken var det domstolens tidligere president som stod for,²⁵ noe som naturlig nok bidro til mediernes interesse.

I den nye runden i EFTA-domstolen viste det seg at de ulike aktørene på langt nær var enige om forståelsen av den første tolkningsuttalelsen, noe som gjorde det lett for EFTA-domstolen å forkaste Fosen-Linjens anførsel om at foreleggelsen burde besvares med en kort henvisning til den tidligere uttalelsen.²⁶ EU-kommisjonen opprettholdt riktignok tilsynelatende sin oppfatning av at direktivet dikterer et rent rettsbruddansvar, men anførte samtidig at det i utgangspunktet var opp til nasjonal rett å

²⁰ Sak C-300/17 [A5] *Hochtief AG*, EU:C:2018:635, avsnitt 35.

²¹ Iht. ODA artikkel 30(3) velger EFTA-domstolens tre dommere selv domstolens president, for perioder på tre år av gangen. Dommer Hreinsson ble 14. november 2017 valgt til president for perioden 2018-2020, jf. EFTA-domstolens pressemelding 1/2018.

²² Jf. EFTA-domstolens pressemelding 13/17, datert 15. november 2017.

²³ Jf. VG-opplaget «EFTA-dommer diskuterte omstridt sak med Høyesterett – kan ha gjort seg inhabil», 10. mai 2019.

²⁴ Jf. *Fosen-Linjen II*, avsnitt 41.

²⁵ For en oversikt, se særlig de lengre bloggpostene “Fosen is about public procurement law, but also about the integrity of the EEA judicial system” og “Fosen Fiasco – Now the ball is in the Norwegian Supreme Court’s field”, hhv. 3. juni og 5. juli 2019, på nettstedet www.anbud365.no.

²⁶ Se avsnitt 52-58 i uttalelsen i *Fosen-Linjen II*. EFTA-domstolens drøftelse av om den nye foreleggelsen åpenbart gjaldt samme spørsmål som den første foreleggelsen, fremstår imidlertid som overflødig – det er klart nok at artikkel 97 nr. 3 i domstolens rettergangsordning ikke påbyr forenklet behandling av ethvert tolkningsspørsmål som EFTA-domstolen alt har uttalt seg om; den bare åpner for dette i tilfeller hvor EFTA-domstolen selv ikke ser noen grunn til å endre sitt tidligere standpunkt.

avgjøre hvilke tap som vernes av dette ansvarsgrunnlaget. Under henvisning til direktivets tilblivelseshistorie fant Kommisjonen det utenkelig («inconceivable») at EU-lovgiver hadde hatt til hensikt å harmonisere hvilke kategorier av tap som er erstatningsrettslig vernet av direktivet.²⁷

EFTA-domstolens nye tolkningsuttalelse var kort og konsis: Direktiv 89/665 innebærer likevel ingen fullharmonisering av ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse.²⁸ Det er tvert i mot i utgangspunktet overlatt til nasjonal rett å fastsette vilkårene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av overtredelser av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. EØS-retten krever imidlertid at erstatningsansvaret utgjør en effektiv sanksjon, noe som blant annet innebærer at nasjonal rett ikke helt kan utelukke tap av fortjeneste fra erstatningsvernet, og heller ikke knytte ansvar til en forutsetning om skyld eller bedrageri. En forutsetning om at en oppdragsgiver har gjort seg skyldig i et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på EU/EØS-anskaffelsesregelverket, er derimot tillatt, i samsvar med det generelle EU/EØS-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser. I tråd med spørsmålet forelagt av Høyesterett, begrenset EFTA-domstolen sin konklusjon til krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

3. Høyesteretts dom

3.1 Innledning – plasseringen av saken i dens EØS-rettslige ramme

EFTA-domstolens nye tolkningsuttalelse gjorde Høyesteretts oppgave langt enklere enn den ellers ville vært. For Høyesterett argumenterte verken Fosen-Linjen eller partshjelper NHO med EFTA-domstolens første tolkningsuttalelse for så vidt gjaldt spørsmålet om ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse,²⁹ og det ble heller ikke anført at det heftet prosessuelle mangler ved den nye uttalelsen som tilsa at den burde settes ut av betraktning.³⁰ Forholdene lå dermed til rette for en dom som i liten grad gjenspeiler all dramatikken i forkant.

Innledningsvis i dommen bruker Høyesterett en del plass på å plassere saken i dens EØS-rettslige ramme. Kontraktens størrelse innebar at den hadde grenseoverskridende interesse, og Høyesterett viste til at det da fulgte av rettspraksis fra EU-domstolen at de grunnleggende prinsippene i EU/EØS-anskaffelsesretten kom til anvendelse til tross for at sjøtransport var en såkalt uprioritert tjeneste i henhold til det dagjeldende EU/EØS-anskaffelsesregelverket (direktiv 2004/18).³¹ Ifølge Høyesterett

²⁷ Jf. EFTA-domstolens gjengivelse av Kommisjonens anførsler i avsnitt 100-106 i *Fosen-Linjen II*. Kommisjonens innledende støtte til rettsbruddansvaret fra *Fosen-Linjen I* er ikke lett å forene med Kommisjonens utførlige redegjørelse for hvorfor direktivet ikke harmoniserer medlemsstatenes erstatningsrett, og at det derfor er anledning til å knytte erstatning av fortjenestetap til en forutsetning om et tilstrekkelig kvalifisert brudd. En mulig forklaring er vel at Kommisjonen ikke ville si rett ut at det standpunkt som den selv prosedert på i forrige runde, og da fått EFTA-domstolen med på, ikke kunne være riktig.

²⁸ Sak E-7/18 *Fosen-Linjen II*, avsnitt 108 flg. For ulike perspektiver på den nye uttalelsen, se bidragene i *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 14 (2019), 4 «Special issue on the *Fosen-Linjen* case», samt Albert Sanches-Graells, «Liability Threshold for Damages in Public Procurement: The EFTA Court's *Fosen-Linjen* Saga», *Northern Ireland Legal Quarterly* 70 (2019) 4, s. 511-521 (<https://doi.org/10.2139/ssrn.3455222>).

²⁹ Noe som ledet til en begjæring om at staten ikke lenger burde få lov til å opptre i saken i medhold av tvisteloven § 30-13, men uten at Ankeutvalget lot seg overbevise, jf. HR-2019-1556-U.

³⁰ Sml. Rett24.no, 2. august 2019: «Baudenbacher: – Avgjørelsen bør ignoreres».

³¹ Avsnitt 67-69. Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester er ikke videreført i de nye anskaffelsesdirektivene. Sjøtransport reguleres nå av direktiv 2014/24, se avsnitt 21 i direktivets fortale.

medførte dette at «håndhevelsesdirektivets grunnleggende regler», heri inkludert direktivets krav til erstatningsrettslig vern, kom til anvendelse.³²

Som en del av innledningen redegjør Høyesterett også for håndhevelsesdirektivets krav til nasjonal erstatningsrett. Uten noen nærmere drøftelse konkluderer Høyesterett med at direktivet ikke harmoniserer vilkårene for anskaffelsesmyndighetenes erstatningsansvar, og at de EØS-rettslige føringene dermed «bare» følger av ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.³³ Denne håndteringen av det som var stridens kjerne i to opphetete runder i EFTA-domstolen, kan bare forstås i lys av EFTA-domstolens avklaringer i den siste uttalelsen, og Fosen-Linjens og NHOs aksept av denne. Høyesteretts forsøk på å forene EFTA-domstolens to tolkningsuttalelser på dette punkt bygger imidlertid på nokså selektive sitater fra den første uttalelsen. Det er i og for seg riktig at EFTA-domstolen også i første runde innledet sin drøftelse med å uttale at håndhevelsesdirektivet ikke sier noe om vilkårene for erstatningsansvaret,³⁴ men de etterfølgende drøftelsene viser klart at domstolen (den gang) mente at håndhevelsesdirektivet ikke bare regulerer, men fullt ut harmoniserer ansvarsgrunnlaget – i form av et rent rettsbruddansvar.³⁵ Dette fremgår også av konklusjonen som EFTA-domstolen utformet, og i og for seg også av Høyesteretts anmodning til EFTA-domstolen om en ny rådgivende uttalelse. Selv om intensjonene nok er de beste, fremstår derfor Høyesteretts henvisninger til EFTA-domstolens første uttalelse på dette punkt som nokså malplasserte.

I innledningen slutter Høyesterett seg også til EFTA-domstolens syn på et annet stridsspørsmål knyttet til EØS-rettens krav til nasjonal erstatningsrett, nemlig at det «i prinsippet» må kunne kreves erstatning for tapt fortjeneste.³⁶ Dette er i samsvar med EU-domstolens tilnærming på andre rettsområder,³⁷ men domstolen foreløpig ikke har bekreftet at dette også gjelder for krav om positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesrettslig sammenheng. Implisitt tar Høyesterett med dette avstand fra Underretten i EU, som i enkelte tilfeller har uttalt at fortjenestetap knyttet til en kontrakt som saksøker ikke har rettskrav på, ikke er «reelt» og derfor ikke erstatningsrettslig vernet.³⁸ Om EU-domstolen vil være enig med EFTA-domstolen og Høyesterett i dette, gjenstår det foreløpig å se.

³² Avsnitt 70-71. Høyesterett kunne påpekt at håndhevelsesdirektivets artikkel 1(1), i den versjon som kom til anvendelse i saken, slo fast at det gjaldt for alle kontrakter omfattet av dagjeldende direktiv 2004/18, med noen unntak uten betydning for Fosen-Linjen-saken. Og så lenge den aktuelle konkurransen var omfattet av direktiv 2004/18 (om enn bare som en uprioritert tjeneste), så fulgte det av håndhevelsesdirektivets artikkel 1(1) tredje ledd at dets krav til nasjonal håndhevelse, inkludert erstatningssanksjonen oppstilt i artikkel 2(1)c), omfattet alle anførsler om brud på «felleskapsret» i sakens anledning, altså også brudd på de uskrevne prinsippene som kommer til anvendelse på uprioriterte tjenester med grenseoverskridende interesse. Utgangspunktet må derfor være at hele håndhevelsesdirektivet, og ikke bare dets «grunnleggende regler», kom til anvendelse i saken.

³³ Avsnitt 73-77.

³⁴ Avsnitt 69-70 i EFTA-domstolens uttalelse i *Fosen-Linjen I*.

³⁵ Se nærmere Arnesen og Fredriksen 2017 s. 175-176, hvor det påvises at avsnitt 70 i EFTA-domstolens uttalelse (som er det Høyesterett velger å vise til) ikke henger sammen med EFTA-domstolens etterfølgende tolkning av direktivet.

³⁶ Avsnitt 75, under henvisning til EFTA-domstolens tilnærming i *Fosen-Linjen I*, avsnitt 90 og *Fosen-Linjen II*, avsnittene 115 og 116.

³⁷ Jf. f.eks. sak C-295/04 *Manfredi*, EU:C:2006:461, avsnitt 96.

³⁸ Se særlig sak T-570/13 *Agriconsulting Europe*, EU:T:2016:40, avsnitt 98 (dommen ble stadfestet av EU-domstolen i sak C-198/16 P, EU:C:2017:784, men uten at EU-domstolen gikk inn på dette spørsmålet). Se nærmere om dette Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018, s. 141–205, på s. 147-149.

3.2 Spørsmålet om lovlig avlysning – og de erstatningsrettslige konsekvensene av dette

Det første saksspesifikke spørsmålet Høyesterett deretter tok stilling til, var om AtBs avlysning av konkurransen var saklig, jf. forskrift om offentlige anskaffelser (2006) § 13-1 (nå videreført i den nye 2016-forskriften § 10-4). Fosen-Linjens krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen bygget på at det ansvarsbetingende forhold var AtBs avlysning av konkurransen, og altså ikke de forutgående feilen(e) som lagmannsretten hadde slått ned på i forføyningssaken (jf. pkt. 2 ovenfor). For Fosen-Linjens krav om positiv kontraktsinteresse ville det være til liten nytte om Høyesterett skulle mene at det var gjort ansvarsbetingende feil allerede ved utformingen av konkurransegrunnlaget, fordi det i så fall ville være tilnærmet umulig å argumentere for at Fosen-Linjen ville fått kontrakten om alt hadde gått rett for seg. For Fosen-Linjen var det derfor påkrevd å få Høyesterett med på at manglene i konkurransegrunnlaget ikke medførte noen avlysningsplikt, og at AtB heller ikke kunne rettferdiggjøre den foretatte avlysningen under henvisning til mangler som man selv var ansvarlig for – og særlig ikke mangler som ikke inngikk i den begrunnelsen som AtB opprinnelig hadde gitt for å avlyse konkurransen. Gitt dette prosessopplegget, og Ankeutvalgets beslutning om å holde årsakskravet for positiv kontraktsinteresse utenfor ankeforhandlingen, er det ikke så rart at forholdet mellom avlysningsspørsmålet som sådan og dets erstatningsrettslige konsekvenser ser ut til å ha voldt Høyesterett en del besvær.

En første kobling mellom en avlysning og dens erstatningsrettslige konsekvenser følger av Høyesteretts innledende bemerkning om at det normalt ikke foreligger noen kontraheringsplikt – en leverandør kan ikke tvinge en offentlig oppdragsgiver til å tildele en kontrakt.³⁹ Dette innebærer, som Høyesterett påpeker, at konsekvensen av en avlysning uten saklig grunn normalt bare kan bli erstatning. Om en avlysning uten saklig grunn *i seg selv utgjør et ansvarsgrunnlag*, sier ikke Høyesterett noe om, men en slik slutning ligger temmelig nær når retten like etter viser til det såkalte Forenklingsutvalgets redegjørelse for gjeldende rett i NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*: «Hvis vilkårene [for avlysning] er oppfylt, er konsekvensen at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen uten å komme i erstatningsansvar».⁴⁰ Innfortolkning av en forutsetning om at en avlysning uten saklig grunn er ansvarsbetingende, støttes også av de to vilkårene for en lovlig avlysning som stilles opp av Forenklingsutvalget: Selve årsaken til avlysningen må være saklig («det objektive vilkåret») og oppdragsgiveren må ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken («det subjektive vilkåret»)⁴¹ Fra en erstatningsrettslig betraktning, er det nærliggende å si at en oppdragsgiver som påfører en leverandør et økonomisk tap uten en objektivt sett saklig grunn, eller som følge av en grunn som man burde tatt høyde for da man lyste ut konkurransen, opptrer ansvarsbetingende.

Det er av denne grunn ikke umiddelbart lett å følge Høyesteretts etterfølgende uttalelse om at «[d]et må [...] skilles mellom avlysningsretten etter forskriften § 13-1 første ledd og plikten til å betale erstatning».⁴² Ifølge Høyesterett kan det være saklig grunn til å avlyse «selv om oppdragsgiverne har

³⁹ Avsnitt 82, under henvisning til NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser*, s. 139.

⁴⁰ Avsnitt 84, med henvisning til NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*, punkt 26.2.1.

⁴¹ Ibid.

⁴² Avsnitt 85.

gjort en feil».⁴³ Og omvendt: At en avlysningen er saklig, «betyr [...] ikke at feilene som førte til avlysningen, ikke kan gi grunnlag for erstatningsansvar».⁴⁴

Ved nærmere ettertanke fremstår imidlertid Høyesteretts tilnærming her som oppklarende. I realiteten flytter Høyesterett mesteparten av det som Forenklingsutvalget omtalte som «det subjektive vilkåret» ut av den anskaffelsesrettslige vurderingen av om en avlysning er saklig eller ikke, og henviser det til erstatningsretten – i hvert fall for så vidt gjelder bebreidelser som har karakter av *egne, forutgående brudd på anskaffelsesregelverket*. Vurderingen av om det forelå saklig grunn for å avlyse en konkurranse, må med andre ord vurderes med utgangspunkt i situasjonen slik den fremsto på tidspunktet for avlysningen, *uten hensyntagen til om oppdragsgiver kan bebreides for å ha havnet i denne situasjonen*. Som Høyesterett påpeker kan tidligere feil i prosessen etter omstendighetene føre til at det oppstår en EU/EØS-rettslig basert avlysningsplikt,⁴⁵ og det ville være underlig om etterlevelse av en slik plikt ikke skulle være «saklig» i henhold til det norske anskaffelsesregelverket. Deres oppdragsgiver kan bebreides for de tidligere feilene, *utgjør dette i seg selv et ansvarsgrunnlag*,⁴⁶ men det påvirker ikke vurderingen av om oppdragsgiver har havnet i en situasjon hvor det eneste fornuftige er å avlyse konkurransen.

Et visst rom for å trekke inn «subjektive omstendigheter» vil det fremdeles være,⁴⁷ men da forutsetningsvis bare subjektive omstendigheter av betydning for vurderingen av oppdragsgivers avlysning i den situasjon som oppdragsgiver befant seg i da denne beslutningen ble truffet.⁴⁸ Av denne grunn kan det hevdes at Høyesterett ikke er helt heldig når man deretter skriver at «[i]llojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse».⁴⁹ At en fiktiv utlysning utgjør et ansvarsgrunnlag for leverandørenes kostnader knyttet til deltakelse i konkurransen, er opplagt, men det hindrer ikke at en fiktiv konkurranse må kunne avlyses. Det ansvarsbetingende forhold er ikke avlysningen, men den fiktive utlysningen, og i tråd med Høyesteretts anvisning tidligere i dommen bør disse to spørsmål holdes atskilt.⁵⁰

Etter denne innledende opprydningen, og en påpekning av at terskelen for avlysning etter EU/EØS-retten fremstår så vidt lav at det er liten fare for EU/EØS-rettslig sensur av saklighetsvurderingen,⁵¹

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Avsnitt 103.

⁴⁵ Avsnitt 85, med henvisning til EFTA-domstolens drøftelse i *Fosen-Linjen I*, avsnitt 106.

⁴⁶ Dersom oppdragsgiver kan bebreides, må feilen normalt karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert, jf. nærmere om ansvarsgrunnlaget i punkt 3.3.

⁴⁷ Avsnitt 86.

⁴⁸ Eksempelvis i en situasjon hvor det objektivt sett foreligger rett (men ikke plikt) til å avlyse, men hvor det føres bevis for at det utslagsgivende for avlysningen var oppdragsgivers antipatier mot leverandøren som lå an til å vinne kontrakten.

⁴⁹ Avsnitt 86.

⁵⁰ Det kan selvfølgelig innvendes at det i praksis ut på ett om erstatningsansvar for en fiktiv konkurranse knyttes til utlysningen eller til karakteristikk av den etterfølgende avlysningen som usaklig, men når Høyesterett tar til orde for å holde forutgående feil utenfor avlysningsvurderingen, bør dette gjennomføres konsekvent: Avlysning av en fiktiv konkurranse er isolert sett saklig, men den forutgående utlysningen er ansvarsbetingende.

⁵¹ Avsnitt 83, med henvisninger til EU-domstolens dommer i sak C-27/98 [A5] *Fracasso*, EU:C:1999:420, avsnitt 23 og 25 og sak C-440/13 [A5] *Croce Amica*, EU:C:2014:2435, avsnitt 31, 35 og 36. Det kan nok likevel innvendes at Høyesterett er for kategorisk når det uttales at EU/EØS-retten ikke legger føringer for avlysningsadgangen etter norsk rett. EU/EØS-retten krever at saklighetsvurderingen skjer i en EU/EØS-kontekst, noe som er særlig viktig med hensyn til likebehandling av leverandører som er etablert i andre EU/EØS-stater, eller som har

slutter Høyesterett seg til uttalelsene i Rt. 2001 s. 473 [U] *Concord* og Rt. 2007 983 [A] *SB Transport* av at det må foretas en totalvurdering av om avlysningen er saklig begrunnet.⁵² At det er snakk om en lav terskel, illustreres av det outrerte (og, som nevnt, ikke helt heldige) eksempelet som Høyesteretts gir på en usaklig avlysning: en konkurranse utlyst for å teste markedet, uten hensikt om kontraktsinngåelse.⁵³

Høyesterett følger opp med en så vel prinsipielt som praktisk viktig avklaring av at den rettslige usikkerhet som oppstod etter lagmannsrettens avgjørelse av forføyningsaken, i seg selv gav saklig grunn til å avlyse konkurransen – selv om AtB ikke var enig i lagmannsrettens innvendinger mot konkurransegrunnlaget og evalueringen av tilbudene.⁵⁴ Dette er et standpunkt godt i samsvar med anskaffelseslovens målsetting om effektiv bruk av samfunnets ressurser (§ 1): I tilfeller av rettslig usikkerhet, men tilhørende risiko for tid- og arbeidskrevende søksmål med usikkert utfall, bør anskaffelsesmyndigheter kunne velge å avlyse og begynne på nytt. Noe krav til at den rettslige usikkerheten er forankret i en rettsavgjørelse, kan det for øvrig ikke være – det avgjørende må være, som Høyesterett påpeker, om det foreligger «reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art».

Foranlediget av partenes anførsler, foretar Høyesterett deretter en lengre drøftelse om det var en feil at tildelingskriteriet miljø ikke var ledsaget av tilstrekkelige dokumentasjonskrav, og om dette i så fall gav AtB et ytterligere grunnlag for avlysning.⁵⁵ At Høyesterett svarte ja på begge disse spørsmålene, er det isolert sett lite å innvende mot, men drøftelsen etterlater likevel noen ubesvarte spørsmål på et annet plan. De manglende dokumentasjonskravene var nemlig ikke noe AtB hadde anført i avlysningsbeslutningen – de ble først gjort gjeldende senere i prosessen. For Høyesterett anførte Fosen-Linjen at lovligheten av avlysningen måtte vurderes utelukkende ut fra de grunner som faktisk hadde motivert avlysningen. Høyesterett avviste dette, men uten noen egentlig begrunnelse ut over en henvisning til at det i Fosen-Linjen-saken var nær tilknytning mellom de manglende dokumentasjonskravene og feilene som lagmannsretten hadde påpekt.⁵⁶ Det er til liten hjelp i fremtidige tilfeller uten slik tilknytning.

Dersom Høyesterett i stedet hadde fulgt opp de tidligere uttalelsene i dommen om viktigheten av å skille mellom avlysningsretten og plikten til å betale erstatning, kunne retten lagt til grunn det som vel fremstår som det naturlige forvaltningsrettslige utgangspunkt – bedømmelsen av sakligheten av en avlysning må bero på en vurdering av de grunner som faktisk lå til grunn for den –, men samtidig presisert at dette ikke kunne være avgjørende for Fosen-Linjens krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Selv om Høyesterett hadde fulgt Fosen-Linjens oppfatning av at lovligheten av avlysningen måtte vurderes ut fra de grunner som faktisk hadde motivert den, og eventuelt på det grunnlag konkludert med at avlysningen isolert sett var usaklig, og dertil at dette også medførte at det forelå et ansvarsgrunnlag,⁵⁷ så måtte AtB kunne anføre at det i ettertid var avdekket andre feil i

tilbudt varer eller tjenester med slik tilknytning. I lys av den lave terskelen for avlysningsadgangen som Høyesterett gir anvisning på i avsnitt 86 flg., synes det riktigst å si at avlysningsretten etter EØS-retten fremstår som like vid, og altså ikke videre, enn etter intern norsk rett.

⁵² Avsnitt 86.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Avsnitt 88 og 102.

⁵⁵ Avsnitt 89-102.

⁵⁶ Avsnitt 101.

⁵⁷ Dette spørsmålet adresseres ikke av Høyesterett, men de etterfølgende drøftelsene av ansvarsgrunnlaget (se punkt 3.3 nedenfor) tilsier at det ikke (lenger) er slik at en usaklig avlysning i seg selv utgjør et ansvarsgrunnlag:

konkurranses grunnlaget som utløste en plikt til å avlyse konkurransen, med den konsekvens at kontrakten uansett ikke lovlig kunne vært tildelt Fosen-Linjen.⁵⁸ Riktignok måtte nok Høyesterett da tatt stilling til om de manglende dokumentasjonskravene utløste en plikt, og ikke bare en rett, til å avlyse,⁵⁹ men et bekreftende svar følger i realiteten av vurderingen av at det var «vanskelig [å] se at AtB hadde andre muligheter for å rette opp feilen i konkurransegrunnlaget enn å avlyse».⁶⁰

Fra et erstatningsrettslig perspektiv er den underliggende utfordringen her at AtBs beslutning om å avlyse konkurransen både kan vurderes som et potensielt ansvarsbetingende forhold (Fosen-Linjens tilnærming), og som et mulig brudd i årsakssammenhengen mellom forutgående, ansvarsbetingende feil og Fosen-Linjens fortjenestetap (Høyesteretts tilnærming). Dersom Høyesteretts uttalelser av viktigheten av å skille mellom avlysningsretten og plikten til å betale erstatning vurderes utelukkende ut fra førstnevnte innfallsvinkel, kan man forledes til å tenke at det ikke har nevneverdig praktisk betydning at forutgående feil må vurderes for seg, og ikke trekkes inn i vurderingen av om en etterfølgende avlysning i seg selv er ansvarsbetingende. De praktiske konsekvensene viser seg imidlertid av den konklusjonen som Høyesterett til sist trekker av at AtBs avlysning ble vurdert som saklig: «[D]et at avlysningen var saklig, medfører at ingen av tilbyderne kan kreve erstatning for tapt fortjeneste».⁶¹

At Høyesterett ikke gjør mer ut av dette, og faktisk heller ikke påpeker at det er et årsaksspørsmål, må formentlig sees i sammenheng med Ankeutvalgets ovenfor omtalte beslutning om å avgrense ankeforhandlingene bl.a. mot spørsmålet om årsakssammenhengen for så vidt gjaldt positiv kontraktsinteresse. Årsaksspørsmålene ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker er mange og komplekse, og det kan vel være gode grunner til at Høyesterett ikke måtte bruke tid og krefter på anførsler knyttet til flere høyst ulike hypotetiske hendelsesforløp for å avgjøre om Fosen-Linjen ville og kunne fått kontrakten om alt hadde gått rett for seg. Samtidig er det ikke til å komme forbi at Fosen-Linjens krav på positiv kontraktsinteresse til sist strandet på et vilkår som Ankeutvalget hadde besluttet å holde utenfor Høyesteretts behandling. Av de etterfølgende drøftelsene i dommen, fremgår det jo at Høyesterett mente at det forelå et ansvarsgrunnlag (se nærmere punkt 3.3 nedenfor).

Realiteten i Høyesteretts tilnærming til avlysningen og dens erstatningsrettslige konsekvenser er at en oppdragsgiver i utgangspunktet kan anføre egne, tidligere feil i prosessen som grunnlag for å avlyse en konkurranse,⁶² og med dette avskjære årsakssammenhengen mellom feilene og påståtte fortjenestetap. I tilfeller hvor feilene innebærer avlysningsplikt, støttes denne løsningen også av betraktninger om erstatningsrettslig vern: En leverandør kan ikke bygge et erstatningskrav på et hypotetisk hendelsesforløp (tildeling av kontrakten) som innebærer et (nytt) regelbrudd fra

Det må kreves at den usaklige avlysningen utgjør et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på anskaffelsesregelverket. I praksis er det nok likevel vanskelig å se for seg en usaklig avlysning som ikke samtidig kvalifiserer som et ansvarsbetingende brudd, ikke bare på det norske regelverket, men også på den underliggende EU/EØS-retten.

⁵⁸ Se Fredriksen og Strandberg 2018 s. 200 flg., jf. også s. 194 flg. (hvor det for øvrig argumenteres for at dette bør drøftes under merkelappen erstatningsrettslig vern, og ikke som et årsaksspørsmål).

⁵⁹ En rett til å avlyse kan ikke være tilstrekkelig til å avskjære en forbigått leverandørs erstatningsrettslige vern. Det er bare i tilfeller av avlysningsplikt at det hypotetiske hendelsesforløpet som ligger til grunn for et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, blir ulovlig, jf. nærmere nedenfor.

⁶⁰ Avsnitt 100.

⁶¹ Avsnitt 103.

⁶² Det bør gjøres unntak for særtilfeller hvor en oppdragsgiver forsettlig begår brudd på anskaffelsesregelverket for å havne i en situasjon som muliggjør avlysning, men dette er forhåpentligvis ikke særlig praktisk.

oppdragsgiver.⁶³ I disse tilfellene er det derfor uten praktisk betydning om konkurransen faktisk ble avlyst, eller om oppdragsgiver først i ettertid oppdager at den skulle vært det.⁶⁴

3.3 Ansvarsgrunnlaget – for positiv og negativ kontraktsinteresse

Etter å ha konkludert med at avlysningen var lovlig, og at Fosen-Linjens krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse derfor ikke kan føre frem, er det bare det subsidiære kravet om negativ kontraktsinteresse som gjenstår når Høyesterett går over til å se på spørsmålet om det foreligger et ansvarsgrunnlag. Risikoen for at Fosen-Linjen-saken skulle avsluttes uten at Høyesterett klagjorde ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse, avverges imidlertid ved at retten slår fast at *ansvarsnormen er den samme for negativ og positiv kontraktsinteresse*. Dette sies riktignok ikke uttrykkelig, men det følger av et resonnement hvor Høyesterett først konkluderer med at de EU/EØS-rettslige minstekravene til ansvarsgrunnlaget er uavhengig av hva slags tap som kreves erstattet,⁶⁵ og deretter slår fast at det ikke er grunnlag for å forstå norsk rett slik at det gjelder et strengere ansvar for oppdragsgivers ansvar for tilbudskostnader enn det minstekrav som følger av EU/EØS-retten.⁶⁶ Dersom man ser bort fra den teoretiske muligheten for et strengere ansvar for positiv enn for negativ kontraktsinteresse, er konklusjonen at ansvarsnormen er den samme for begge kategorier. Dommen i Fosen-Linjen-saken forener med dette det som Høyesterett i dommen selv karakteriserer som forskjellige ansvarsnormer for henholdsvis bortkastede tilbudskostnader og fortjenestetap⁶⁷ – culpanormen for tilbudskostnader (Rt. 1997 s. 574 *Firesafe*) og «vesentlege feil» for fortjenestetap (Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*). I tråd med EU/EØS-bakgrunnsretten er vurderingstemaet heretter om det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på anskaffelsesregelverket.⁶⁸

For Høyesterett argumenterte Fosen-Linjen med at EFTA-domstolens andre tolkningsuttalelse i saken bare modifiserte ansvarsnormen for fortjenestetap, med den følge at det rene rettsbruddansvaret⁶⁹ fra den første uttalelsen fremdeles stod ved lag for krav om erstatning for tilbudskostnader.⁷⁰ Selv

⁶³ Fredriksen og Strandberg 2018 s. 200 flg. Sml. Morten Goller, «Fosen-Linjen-saken: Høyesterett har konkludert», Nyhetsbrev fra Advokatfirmaet Wiersholm, 27. september 2019, som hevder det foreligger erstatningsrettslig vern fordi brudd på anskaffelsesregelverket (normalt) ikke påvirket gyldigheten av en kontrakt. At den hypotetiske kontraktstildelingen ville vært avtalerettslig bindende, kan imidlertid ikke være avgjørende i erstatningsrettslig sammenheng. Erstatningsrettslig vern foreligger bare hvor det anførte hypotetiske hendelsesforløpet er lovlig – både privatrettslig og offentligrettslig. En hypotetisk kontraktstildeling i strid med anskaffelsesregelverket blir ikke lovlig bare fordi rettsbruddet ikke ville fått kontraktsrettslige konsekvenser.

⁶⁴ Men den erstatningsrettslige klassifiseringen er ulik: I førstnevnte tilfellet innebærer avlysningen at det ikke er faktisk årsakssammenheng, mens sistnevnte tilfelle bør betraktes som et spørsmål om erstatningsrettslig vern.

⁶⁵ Avsnitt 112-114.

⁶⁶ Avsnitt 116.

⁶⁷ Avsnitt 109.

⁶⁸ Avsnitt 116.

⁶⁹ Bl.a. i avsnitt 110 og 111 omtaler Høyesterett dette som et «objektivt» ansvar, men dette er en begrepsbruk som helst bør unngås i EU/EØS-rettslig sammenheng. Den implisitte dikotomien mellom objektivt og subjektivt ansvar passer ikke på EU/EØS-ansvaret for «tilstrekkelig kvalifiserte brudd», som ikke er et tradisjonelt skyldansvar. Spørsmålet om ansvar for et hvert brudd på en EU/EØS-regel omtales gjerne som et spørsmål om «strict liability» i EU/EØS-sammenheng, og må holdes atskilt fra spørsmålet om forholdet mellom objektive og subjektive momenter i vurderingen av om et brudd på en EU/EØS-regel er tilstrekkelig kvalifisert (denne vurderingen er langt på vei, men ikke fullt ut, «objektiv», dvs. at det er lite rom for subjektive unnskyldningsgrunner). Også i norsk sammenheng er begrepsbruken tvetydig ettersom det «objektive» ansvaret som Fosen-Linjen argumenterte for, er knyttet til rettsstridig atferd (et brudd på anskaffelsesregelverket), og derfor ikke sammenlignbart med det ulovfestede objektive ansvaret i norsk erstatningsrett.

⁷⁰ Avsnitt 111.

om Høyesteretts spørsmål og, som en naturlig konsekvens, EFTA-domstolens svar bare gjaldt EU/EØS-rettens krav til ansvarsgrunnlaget for fortjenestetap, tilsa imidlertid EFTA-domstolens utlegning av håndhevelsesdirektivet nokså klart at det heller ikke dikterer et rent rettsbruddansvar for tilbudskostnader. Høyesterett la til at heller ikke EU-domstolens praksis gav holdepunkter for at kravene som oppstilles til ansvarsgrunnlaget avhenger av hvilke tap som kreves dekket, og konkluderte med at ansvar for tilstrekkelig kvalifiserte brudd er tilstrekkelig også ved krav om erstatning av tilbudskostnader. Med denne tilnærmingen til EFTA-domstolens nye tolkningsuttalelse, rettet mot premissene fremfor selve slutningen, unngikk Høyesterett en situasjon hvor retten selv måtte ta et mer direkte oppgjør med den første tolkningsuttalelsen, og dermed også det tilhørende prinsippsspørsmålet om terskelen for å fravike rådgivende uttalelser.⁷¹

Samordningen av ansvarsnormene innebærer at ansvarsgrunnlaget ikke lenger bidrar til å differensiere erstatningsvernet for tilbudskostnader og fortjenestetap. Dette er en prinsipielt viktig endring av tilnærmingen i Nucleus-dommen, hvor kravet til «vesentlige feil» ble knyttet til oppfatningen av at en forventning om å få et oppdrag «naturleg kan ha eit meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter».⁷²

En samordning av to ulike ansvarsnormer må nødvendigvis få betydning for minst én av dem. Med hensyn til krav om erstatning for bortkastede tilbudskostnader har tilnærmingen i underinstanspraksis vært varierende, men da slik at det fra oppdragsgivers perspektiv i beste fall har vært snakk om en streng aktsomhetsnorm. Gitt dette utgangspunktet, er terskelen for å få erstattet den negative kontraktsinteressen nå hevet.⁷³

Om samordningen av ansvarsnormene samtidig innebærer at terskelen for å få erstattet den positive kontraktsinteressen er senket, er vanskeligere å vurdere.⁷⁴ Det er særlig én uttalelse fra Høyesterett som skaper usikkerhet her, nemlig henvisningen til at den EU/EØS-rettslige ansvarsnormen «ikke [...] kan karakteriseres som strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm».⁷⁵ Dersom dette sammenlignes med forutsetningen i Nucleus-dommen om «vesentlege feil» som strengere enn det alminnelige skyldansvaret,⁷⁶ og med senere høyesterettspraksis hvor vilkårene er omtalt som «strengere»,⁷⁷ er det nærliggende å anta at terskelen for positiv kontraktsinteresse nå er senket.⁷⁸ Når denne slutningen likevel fremstår som forhastet, skyldes det at det fremgår klart av Fosen-Linjen-dommen at ansvarsgrunnlaget i anskaffelsesloven § 10 ikke pålegger offentlige oppdragsgivere noe strengere ansvar enn det som følger av EU/EØS-rettens krav til ansvar for brudd på regelverket som må karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifiserte». Realiteten er dermed at ansvarsnormen er «outsourcet» til EU/EØS-retten, og at anvendelsen av den heretter må ta utgangspunkt i EU-domstolens og EFTA-domstolens tilnærming til denne, ikke i forsøk på å sammenligne med det norske skyldansvaret. Som Høyesterett selv påpeker, er den EU/EØS-rettslige tilnærmingen «noe

⁷¹ Se nærmere i punkt 4 nedenfor.

⁷² Rt. 2001 s. 1062, på s. 1079.

⁷³ Tilsvarende Finn Arnesen, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen», i: Kristian Jåtog Trygstad og Espen I. Bakken (red.), *Offentlige anskaffelser – artikkelsamling*, s. XXX og Goller 2019.

⁷⁴ Slik også Arnesen 2020, s. XXX.

⁷⁵ Avsnitt 117.

⁷⁶ Rt. 2001 s. 1062, på s. 1079.

⁷⁷ Rt. 2007 s. 983 *SB Transport*, avsnitt 68; Rt. 2008 s. 1705 *Trafikk & Anlegg*, avsnitt 49.

⁷⁸ Slik Goller 2019.

annerledes», noe som gjør generelle forsøk på å sammenligne den med skyldansvaret nokså fåfengt. På det generelle plan kommer man neppe lenger enn til å si at vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» i noen typetilfeller vil kunne fremstå som temmelig likt skyldansvaret, i andre tilfeller som mildere og i enkelte tilfeller kanskje til og med noe strengere.⁷⁹

For så vidt gjelder det nærmere innholdet i EU/EØS-ansvarsnormen, må det dessverre konstateres at hverken to runder i EFTA-domstolen eller Høyesteretts dom bidrar med særlig mye nytt. Dette er unektelig nokså paradoksalt, gitt at ønsket om veiledning på dette punkt stod helt sentralt i lagmannsrettens foreleggelse for EFTA-domstolen, og at innleggene for EFTA-domstolen avdekket at bl.a. ESA og norske myndigheter ser nokså ulikt på hva som i ulike anskaffelsesrettslige typetilfeller utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd.⁸⁰ Hovedansvaret påhviler EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I*, som mistet anledningen til å svare på dette når den tok til ordet for et rent rettsbruddansvar. Foreleggelsen fra Høyesterett i *Fosen-Linjen II* handlet naturlig nok om berettigelsen til dette rettsbruddansvaret, og EFTA-domstolen lot seg ikke friste av de bredere anlagte innleggene fra ulike aktører til å kaste lys over ansvarsnormens nærmere innhold. Høyesterett befant seg av denne grunn til sist langt på vei i samme situasjon som lagmannsretten før første foreleggelse – EU/EØS-retten krever ansvar for «tilstrekkelig kvalifiserte brudd», men hva innebærer det mer konkret i anskaffelsesrettslig sammenheng?

Gitt den ekstraordinære prosesshistorikken, er det kanskje forståelig at Høyesterett langt på vei fulgte EFTA-domstolens eksempel i *Fosen-Linjen II* og nøyde seg med å gjengi EU-domstolens generelle uttalelser om statsansvarets innhold.⁸¹ Et prinsipielt anlagt forsøk på å presisere ansvarsnormen i anskaffelsesrettslig sammenheng ville nokså uunngåelig brakt opp et spørsmål som EFTA-domstolen vek unna både i *Fosen-Linjen I* og *II*, nemlig relevansen av EU-domstolens rettspraksis knyttet til *EU-institusjonenes erstatningsansvar* i tilfeller hvor de er de som opptrer som innkjøpere av varer og tjenester. Når det nå må anses avklart at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 artikkel 2(1)c) bare reflekterer det generelle EU-rettslige prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar for «tilstrekkelig kvalifiserte» feil, er det ikke lett å rettfærdiggjøre et strengere ansvar for statlige anskaffelsesmyndigheter enn det EU-domstolen er beredt til å ilegge EU-institusjonene i sammenlignbare tilfeller. Rettsgrunnlaget for institusjonenes ansvar er riktignok et annet (TFEU artikkel 263), men EU-domstolen har i begge tilfeller formulert ansvarsnormen som «tilstrekkelig kvalifisert brudd» og presisert at privates erstatningsvern ikke kan avhenge av om det er nasjonale myndigheter eller en EU-institusjon som er har opptrådt rettsstridig.⁸² Dette er imidlertid foreløpig ikke fulgt opp i anskaffelsesrettslig sammenheng, hvor det tvert i mot er en påfallende mangel på krysshenvisninger mellom saker hvor EU-domstolen tar stilling til hhv. EU-institusjonenes og nasjonale anskaffelsesmyndigheters erstatningsansvar overfor forbigåtte leverandører. En mulig forklaring er EU-institusjonenes anskaffelser reguleres av en egen forordning,⁸³ som ikke gir anvisning på helt samme anskaffelsesregime som det

⁷⁹ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget 2013, kapittel 6. EØS-ansvaret vil kunne fremstå som mildere i typetilfeller for oppdragsgiver råder over et ikke ubetydelig skjønn (jf. nærmere nedenfor) og som strengere i tilfeller hvor det norske skyldansvaret kan hevdes å åpne for subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til oppdragsgivers ressurser og manglende forutsetninger for å følge med på utviklingen i EU-domstolens rettspraksis.

⁸⁰ Jf. rettsmøterapportene både i *Fosen-Linjen I* og *Fosen-Linjen II*.

⁸¹ Avsnitt 119, 121 og 124 i Høyesteretts dom, jf. avsnitt 116 flg. i EFTA-domstolens uttalelse i *Fosen-Linjen II*.

⁸² Se forente saker C-46/93 og C-48/93 [P] *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, EU:C:1996:79, avsnitt 42, og sak C-352/98 P [P], *Bergaderm*, EU:C:2000:361, avsnitt 39 flg.

⁸³ For tiden forordning nr. 2018/1046 («finansforordningen»).

som gjelder for nasjonale myndigheter. Selv om dette knapt er noe argument imot en ensartet tilnærming til hva som utgjør et «kvalifisert brudd» i typetilfeller som er sammenlignbare, mangler det en avklaring fra EU-domstolen på dette punkt. Spørsmålet om relevansen av rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes ansvar ble prosedert for EFTA-domstolen både i *Fosen-Linjen I* og *II*, og også påpekt av Høyesterett i foreleggelsesbeslutningen, men uten at EFTA-domstolen tok stilling til det. At også Høyesterett lot spørsmålet ligge, er slik sett forståelig, men like fullt beklagelig. For nasjonale domstoler som skal ta stilling til en offentlig oppdragsgivers eventuelle erstatningsansvar overfor en forbigått leverandør, er det lettere å finne sammenlignbare tilfeller i rettspraksis knyttet til EU-institusjonenes anskaffelsesvirksomhet enn i praksis om lovgivers mangelfulle gjennomføring av EU/EØS-forpliktelser e.l.

Et annet moment i ansvarsvurderingen som Høyesterett ikke gikk nærmere inn på, er betydningen av om AtB rådde over et ikke ubetydelig skjønn da man kom i skade for å overtre regelverket. Høyesterett påpeker riktignok at eksistensen av skjønn er relevant for ansvarsvurderingen,⁸⁴ men det sies ikke noe om hva slags skjønn der er tale om, og hvordan man går frem for å avgjøre om oppdragsgiver rådde over noe skjønn i det aktuelle typetilfellet. Igjen er nok forklaringen å finne i EFTA-domstolens og EU-domstolens rettspraksis, som ikke er særlig klar på dette punkt.⁸⁵ I *Fosen-Linjen II* omtaler faktiske ikke EFTA-domstolen skjønnsfriheten overhodet, selv om både AtB og *Fosen-Linjen* prosederte på spørsmålet.

Problemets kjerne er abstraksjonsnivået i vurderingen, noe som illustreres godt av *Fosen-Linjen*-saken. På et overordnet plan var det snakk om anskaffelse av en uprioritert tjeneste, og for EFTA-domstolen fremhevet AtB at dette gav betydelig skjønnsfrihet i utformingen av konkurransen.⁸⁶ Mot dette innvendte imidlertid *Fosen-Linjen* og NHO at AtB på tidspunktet for avlysningen av konkurransen befant seg i en situasjon uten noe handlingsrom – det forelå etter deres syn ikke saklig grunnlag for avlysning, og da var eneste alternativ å beregne drivstofforbruket til de tilbudte fergene ut fra opplysningene i tilbudene, og på det grunnlag foreta en evaluering av det miljøkriteriet som AtB selv hadde valgt å stille opp.

Gitt Høyesteretts oppfatning av at avlysningen isolert sett var saklig (jf. punkt 3.2 ovenfor), var det klart at det ikke var handlingsrommet på avlysningstidspunktet som var relevant for Høyesterett. Den feilen Høyesterett mente var avgjørende, var mangelen på dokumentasjonskrav knyttet til miljøkriteriet. Under henvisning til EU-domstolens dom i sak C-448/01 *Wienstrom* mente Høyesterett at det ikke var tvilsomt at det måtte stilles «egne dokumentasjonskrav» til tilbudskriteriene, og dette ledet igjen til at Høyesterett mente at det forelå et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Hvor klar *Wienstrom*-dommen er på dette punkt, kan det nok være delte oppfatninger om (se nærmere nedenfor). Poenget i denne sammenheng er imidlertid at Høyesterett med dette i realiteten avgjorde ansvars-spørsmålet på et annet punkt i EU-domstolens liste over relevante momenter – manglende etterlevelse av EU-domstolens rettspraksis. Brudd på klar rettspraksis (som altså Høyesterett mente det var

⁸⁴ Avsnitt 118 flg. i Høyesteretts dom.

⁸⁵ Noe som også gjenspeiles i høyst ulike tilnærminger i litteraturen, sml. f.eks. Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law* (Springer 2016) s. 62, som hevder at anskaffelsesregelverket generelt etterlater lite skjønn til anskaffelsesmyndighetene, med Sanches-Graells, 2018 s. 6, som ser dette helt annerledes.

⁸⁶ *Fosen-Linjen II*, avsnitt 76.

snakk om) er så godt som alltid ansvarsbetingende, helt uavhengig av om den overtrådte rettsregelen i utgangspunktet gav myndighetene noe handlingsrom eller ikke.⁸⁷

Dersom man likevel skulle gjøre et forsøk på å ta stilling til om AtB rådde over noe skjønn av betydning for ansvarsvurderingen, må det først klargjøres hvilken EU/EØS-rettsregel som ansvarsvurderingen knytter seg til. Både av EU-domstolens dom i *Wienstrom* og EFTA-domstolens uttalelse i *Fosen-Linjen I* fremgår det at rettsgrunnlaget for kravet til egnede dokumentasjonskrav «bare» er de generelle anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, objektivitet og gjennomsiktighet.⁸⁸ At disse generelle prinsippene gir oppdragsgiver et ikke ubetydelig handlingsrom, også når det gjelder dokumentasjonskrav og spørsmålet om hvordan oppdragsgiver vil skaffe seg et adekvat grunnlag for evaluering av tilbudene, følger nokså klart av EFTA-domstolens utførlige redegjørelse i *Fosen-Linjen I*. EFTA-domstolen overlot det her til norske domstoler å vurdere om de innkomne tilbudene, til tross for mangelen på et dokumentasjonskrav eksplisitt knyttet til drivljejorbruket, gjorde det mulig for AtB å evaluere også det oppstilte miljøkriteriet i tråd med de grunnleggende prinsippene. *Fosen-Linjen I* selv var av den oppfatning av svaret på dette spørsmålet var ja – det var nettopp på dette grunnlag selskapet argumenterte for at avlysningen ikke var lovlig. Og selv om AtB i ettertid argumenterte for at mangelen på dokumentasjonskrav var rettsstridig, så mente man opprinnelig at en kontraktsrettslig sanksjon av eventuelt overforbruk av drivlje var tilstrekkelig til å avhjelpe dette. I *Fosen-Linjen I* ba lagmannsretten om EFTA-domstolens vurdering av dette, men uten å få noe svar.⁸⁹ Høyesterett var innom samme spørsmål i vurderingen av om avlysningen var saklig, men kunne i den sammenheng nøye seg med å konstatere at sanksjonen som AtB hadde oppstilt var utilstrekkelig fordi «bøtene» ville bli lave.⁹⁰ At ikke mer kraftfulle misligholdsbeføyelser, supplert med et troverdig kontrollregime, etter omstendighetene kan tre i stedet for dokumentasjonskrav, er imidlertid ikke opplagt, og i så fall noe som bidrar til oppdragsgivers handlingsrom. Konklusjonen må uansett bli at de overtrådte EU/EØS-reglene, prinsippene om likebehandling, objektivitet og gjennomsiktighet, gav AtB et ikke ubetydelig skjønn knyttet til hvordan man ville skaffe seg et adekvat grunnlag for evaluering av tilbudene.⁹¹

Høyesteretts oppfatning av at EU-domstolens dom i *Wienstrom* er så klar at det manglende dokumentasjonskravet utgjorde et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten, fremstår noe streng om den leses i lys av EFTA-domstolens utlegning av denne dommen i *Fosen-Linjen I* (jf. ovenfor). Det er også noe paradoksalt at Høyesterett statuerer ansvarsgrunnlag på et punkt hvor *skadelidte* (*Fosen-*

⁸⁷ Jf. bl.a. *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 57 (Høyesterett viser til både avsnitt 55 og 56 i denne dommen, men ikke til avsnitt 57, se avsnitt 119 flg.). For en nærmere redegjørelse av betydningen av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen for ansvarsvurderingen, se Fredriksen 2013, kapittel 7.7.7.

⁸⁸ *Wienstrom*, avsnitt 49-50; *Fosen-Linjen I*, avsnitt 117 flg.

⁸⁹ Sml. avsnitt 111 og den etterfølgende drøftelsen i *Fosen-Linjen I*.

⁹⁰ Avsnitt 97-98.

⁹¹ Det kan være grunn til å understreke at den omstendighet at Høyesterett fant at AtB hadde gått ut over skjønnsfrihetens rammer, ikke betyr at det ikke forelå erstatningsrettslig relevant skjønn. Alle saker som erstatning for brudd på EU/EØS-rett forutsetter at myndighetene har opptrådt rettsstridig, og det foreligger aldri skjønnsfrihet til å bryte EU/EØS-retten. Dersom man blander sammen spørsmålet om myndighetenes skjønnsfrihet på handlingstidspunktet og det konkrete rettsbrudd som saken handler om, ender man opp med den feilslutning at det aldri foreligger erstatningsrettslig relevant skjønn. Spørsmålet er med andre ord ikke om AtB hadde skjønnsfrihet til å bryte likebehandlingsprinsippet, men om AtB kom i skade for å bryte dette prinsippet i en situasjon hvor EU/EØS-retten bare trakk opp overordnede føringer for en oppdragsgivers opptreden.

Linjen) mener at det ikke foreligger noe brudd overhodet.⁹² Samtidig, som Høyesterett påpeker, var det nokså klart at AtBs sanksjonsregime ved overforbruk ikke var adekvat utformet,⁹³ og noe annen plan for hvordan man skulle leve opp til EU/EØS-prinsippenes krav til evalueringen av miljøkriteriet hadde selskapet ikke – til tross for at man to ganger under konkurransens gang fikk spørsmål som reiste tvil om tildelingskriteriets lovlighet.

Vektleggingen av *Wienstrom* viser i alle tilfelle tydelig hvor sentral EU-domstolens rettspraksis er i vurderingen av om et brudd på en EU/EØS-regel må karakteriseres som tilstrekkelig kvalifisert. Prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten ble utviklet som en reaksjon på nasjonale myndigheters manglende etterlevelse av EU-domstolens avgjørelser, og denne funksjonen har fortsatt å prege EU-domstolens tilnærming til ansvarsnormen.⁹⁴ For lokale (anskaffelses-)myndigheter vil det, som Høyesterett selv er inne på, ikke være lett å leve opp til denne forventningen om til en hver tid å være à jour med relevant praksis fra EU-domstolen (og EFTA-domstolen).⁹⁵ Nevneverdig rom for subjektive unnskyldningsgrunner knyttet til tilgjengelige ressurser gir EU/EØS-ansvaret likevel ikke – for EU-domstolen er det uten interesse om staten har organisert seg på et vis som fører til at ansvaret for å overholde EU/EØS-retten på ulike områder er lagt til små lokale eller regionale myndighetsorganer uten tilstrekkelig EU/EØS-rettslig ekspertise.⁹⁶

Et siste punkt i ansvarsvurderingen som gjør krav på interesse, er Høyesteretts vektlegging av feilens konsekvens for konkurransen.⁹⁷ I EU-domstolens momentliste må dette argumentet henføres under spørsmålet om AtBs rettsvillfarelse var unnskyldelig eller ikke, og det synes rimelig å skjerpe kravet til nærmere undersøkelser i tilfeller hvor oppdragsgiver må forstå at konsekvensene av en feil vil være store.⁹⁸ Samtidig er imidlertid dette et moment som per definisjon vil være oppfylt i alle tilfeller hvor en leverandør krever erstatning for tap som man mener er forårsaket nettopp av en feil begått av oppdragsgiver, og derfor isolert sett ikke særlig egnet for å vurdere hvilke slike feil som er ansvarsbetingende, og hvilke som ikke er det. Dersom de for AtB påregnelige konsekvensene av utilstrekkelige dokumentasjonskrav (avlysning) kobles med den omstendighet at AtB to ganger under konkurransens gang fikk spørsmål som reiste tvil om tildelingskriteriets lovlighet, får man derimot en argumentasjonsrekke som er egnet til å forklare hvorfor feilen akkurat i dette tilfellet ble vurdert som ansvarsbetingende.

På et mer overordnet plan er det interessant å konstatere at selv om ansvarsnormen er «europisert», så endte Høyesterett opp med å legge avgjørende vekt på to momenter som ville stått sentralt også i en tradisjonell norsk aktsomhetsvurdering – advarslene under prosessen og de påregnelige

⁹² Fosen-Linjen argumenterte som nevnt med at det med sakkyndig bistand var mulig å evaluere også miljøkriteriet, med grunnlag i de tekniske tegninger av fergene som konkurransegrunnlaget etterspurte, og at det derfor ikke forelå saklig grunnlag for avlysningen.

⁹³ Avsnitt 126.

⁹⁴ Se Fredriksen 2013, kapittel 7.7.7.

⁹⁵ Avsnitt 124.

⁹⁶ Jf. sak C-424/97 [P] *Haim*, EU:C:2000:357, avsnitt 28, som Høyesterett siterer i avsnitt 124. Se nærmere Fredriksen 2013, kapittel 7.7.5.8.

⁹⁷ Avsnitt 126.

⁹⁸ Se nærmere Fredriksen 2013, kapittel 7.8.10, hvor det argumenteres for at betydningen av de påregnelige konsekvensene av et rettsbrudd kan få betydning for hvilke undersøkelser myndighetene må forventes å foreta, men ikke ut over det.

konsekvensene av feilene tilsa at AtB burde foretatt nærmere undersøkelser av EU/EØS-rettens krav til konkurransegrunnlaget.

3.4 Årsakskravet – for negativ kontraktsinteresse

Etter å ha konstatert at det forelå et ansvarsgrunnlag, vurderer Høyesterett til sist om det er årsakssammenheng mellom AtBs brudd på regelverket og Fosen-Linjens tilbudskostnader. En nærliggende innfallsvinkel til dette spørsmålet er den som EU-lovgiver har valgt i håndhevelsesdirektivet for anskaffelser av vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (direktiv 92/13/EØF), hvor artikkel 2(7) slår fast at årsakskravet er oppfylt for en leverandør som hadde hatt «en reell mulighet» til å vinne kontrakten, men hvor denne muligheten ble forspilt som en følge av oppdragsgivers regelbrudd. Direktiv 89/665/EØF inneholder imidlertid ingen tilsvarende bestemmelse, og i norsk rett formulerte i stedet Høyesterett i Rt. 1997 s. 574 *Firesafe* kravet til årsakssammenheng som et spørsmål om leverandøren hadde inngitt tilbud hvis han hadde visst om oppdragsgivers brudd på regelverket. I Fosen-Linjen-dommen presiseres nå denne tilnærmingen på et vis som innebærer at årsakskravet i utgangspunktet *alltid* vil være oppfylt for *alle leverandører* i tilfeller hvor en konkurranse blir avlyst. At Fosen-Linjen ikke ville ha deltatt i konkurransen hvis selskapet «hadde visst om at konkurransen kom til å bli avlyst som følge av feil i konkurransegrunnlaget»⁹⁹ er opplagt, og gjelder tilsvarende for alle andre rasjonelle leverandører som deltar i en konkurranse om en offentlig kontrakt.

Høyesterett begrenser imidlertid deretter erstatningsvernet ut fra det som i realiteten er medvirkningsbetraktninger: hvis en leverandør velger å inngi tilbud til tross for at man «ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget», kan det «normalt» ikke være årsakssammenheng mellom feilen og de bortkastede tilbudsutgiftene.¹⁰⁰ Høyesterett utdyper ikke dette vurderingstemaet nærmere, men nøyde seg med å slå fast AtB selv mente konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig, til tross for at feilen to ganger ble påpekt av tilbydere under konkurransens gang. Dette er det vanskelig å være uenig i – når en oppdragsgiver velger å gjennomføre en konkurranse til tross for å ha blitt gjort oppmerksom på påståtte mangler i konkurransegrunnlaget, må interesserte leverandører normalt kunne stole på oppdragsgivers vurdering og delta i konkurransen. I Fosen-Linjen-saken var dessuten også Fosen-Linjen selv av den oppfatning at konkurransegrunnlaget var i tråd med EU/EØS-rettens minstekrav – et synspunkt som ble opprettholdt også for Høyesterett i anledning avlysningsspørsmålet. Noe grunnlag for å avgrense erstatningsvernet ut fra medvirkningsbetraktninger kan det da ikke være.¹⁰¹

Ettersom AtB i dette tilfellet var blitt gjort oppmerksom på manglene i konkurransegrunnlaget, var saken knapt egnet til å avklare rettstilstanden i tilfeller hvor en leverandør er oppmerksom på en feil som oppdragsgiver selv ikke har sett. AtB anførte likevel at det er uheldig om en leverandør i slike

⁹⁹ Avsnitt 132 i dommen. Særmerknadene fra dommer Noer synes blant annet å rette seg mot denne tilnærmingen, jf. avsnitt 150 flg.

¹⁰⁰ Avsnitt 135.

¹⁰¹ Ut fra Høyesteretts egen vurdering av manglene ved konkurransegrunnlaget som et kvalifisert brudd, kan det selvfølgelig innvendes at også Fosen-Linjen burde ha sett og forstått dette. Som antydnet i punkt 3.3 ovenfor mener imidlertid jeg for min del at Høyesteretts vurdering er nokså streng på dette punkt. Den omstendighet at bruddets klarhet ikke brukes mot Fosen-Linjen i årsaksvurderingen, bekrefter for øvrig at Høyesterett i realiteten foretar en medvirkningsvurdering: Selv om det, ut fra Høyesteretts egen forståelse av bruddets klarhet, kan hevdes at også Fosen-Linjen burde vært oppmerksom på det, så nulles dette ut av AtBs ansvar for sin beslutning om å gjennomføre konkurransen til tross for de påpekte manglene ved konkurransegrunnlaget.

tilfeller kan la være å ta opp feilen med oppdragsgiver og i stedet avvende utfallet av konkurransen. Ut fra dommen ser det ut som om AtB argumenterte for at Høyesterett burde oppstille en ulovfestet preklusjonsregel for slike tilfeller.¹⁰² Høyesterett avviste imidlertid dette under henvisning til at innføring av en slik regel må være en lovgiveroppgave.¹⁰³

Dersom Høyesteretts tilnærming til årsakskravet for negativ kontraktsinteresse sammenholdes med de forutgående drøftelsene knyttet til ansvarsgrunnlaget, er det påfallende hvordan EU/EØS-rettens minstekrav glimrer med sitt fravær. Mens Høyesterett kort og kontant slo fast det ikke er grunnlag for å forstå norsk rett slik at det gjelder en strengere ansvarsnorm for oppdragsgivers ansvar for tilbudskostnader enn det minstekrav som følger av EU/EØS-retten,¹⁰⁴ gjøres ingen tilsvarende kobling knyttet til årsakskravet. Den utlegningen av årsakskravet fra Rt. 1997 s. 574 *Firesafe* som Høyesterett nå har knesatt, tilbyr i utgangspunktet erstatningsrettslig vern for forspilte utgifter til langt flere leverandører enn dem som hadde «en reell mulighet» til å vinne kontrakten, men hvor denne muligheten ble forspilt som en følge av oppdragsgivers regelbrudd, jf. nevnte artikkel 2(7) i direktiv 92/13/EØF. Man kan meget vel mene at dette er rett og rimelig, men uten en nærmere begrunnelse er det ikke helt lett å forene med tilnærmingen til ansvarsnormen.¹⁰⁵

4. Avsluttende kommentarer

Dersom man avslutningsvis skal forsøke å heve blikket litt fra de anskaffelses- og erstatningsrettslige spørsmålene i Fosen-Linjen-saken, er det særlig to aspekter ved Høyesteretts håndtering som fortjener oppmerksomhet. Det ene er Høyesteretts forhold til EFTA-domstolen, mens det andre gjelder arbeidsfordelingen mellom Høyesterett og lovgiver på områder hvor EU/EØS-retten krever effektive håndhevelsesmuligheter for private parter som hevder at deres EU/EØS-rettigheter er tilsidesatt, men hvor etterlevelsen av dette overordnede kravet i betydelig grad er overlatt til nasjonal rett.¹⁰⁶

For så vidt gjelder forholdet til EFTA-domstolen, må det kunne konstateres at Høyesterett lykkes meget godt med å avverge en konflikt som nærmest syntes uunngåelig etter EFTA-domstolens uttalelse i *Fosen-Linjen I*. Da anmodningen om en ny uttalelse ble sendt, kunne Høyesterett vanskelig vite at den skulle få EFTA-domstolen til å endre oppfatning, men den «dommerdialogen» som ODA artikkel 34 etablerer, må være styrt at troen på at alle involverte er villig til å lytte til begrunnede innvendinger og klargjøre, utdype og, om nødvendig, også revurdere tidligere standpunkt. Det var også slik anmodningen ble mottatt og behandlet av EFTA-domstolen, med det resultat at Fosen-Linjen-saken til syvende og sist faktisk kan synes å ha styrket samarbeidet mellom Høyesterett og EFTA-domstolen. Håndteringen av Fosen-Linjen skiller ser markant fra tilnærmingen i Rt. 2013 s. 258 *STX*, hvor

¹⁰² Og vel da forutsetningsvis at en slik preklusjonsplikt ville rammet Fosen-Linjens erstatningskrav.

¹⁰³ Avsnitt 137. Om det er noe reelt behov for en slik preklusjonsregel i lys av Høyesteretts uttalelser om årsakskravet i avsnitt 135, er ikke opplagt, men det avhenger selvfølgelig av hvordan en eventuell lovregel utformes. De klare tilfellene hvor en leverandør ser en feil som oppdragsgiver selv ikke er oppmerksom på, vil uansett heretter rammes av Høyesteretts utlegning av årsakskravet.

¹⁰⁴ Avsnitt 116.

¹⁰⁵ Det underliggende problemet er mangelen på en helhetlig tilnærming til det erstatningsrettslige vern som tilbys leverandørene, noe som dessverre også preger EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis, jf. Arnesen og Fredriksen 2018 s. 191-192.

¹⁰⁶ Fosen-Linjen-saken gir også grunn til å reflektere over EFTA-domstolens størrelse, sammensetning og arbeidsbetingelser, men dette er en problematikk som faller utenfor rammene for dette bidraget. Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, «Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA – developments and challenges», www.efta-studies.org (2019).

Høyesterett på flere punkter tok avstand fra den rådgivende uttalelsen som lagmannsretten hadde innhentet fra EFTA-domstolen, uten at EFTA-domstolen fikk anledning til verken å klargjøre, utdype eller eventuelt revurdere. Selv om dialogen mellom Høyesterett og EFTA-domstolen ikke må utarte til et akademisk seminar, fremstår tilnærmingen i Fosen-Linjen-saken som langt å foretrekke.

Samtidig er det, i hvert fall ved første øyekast, påfallende at dommen som setter sluttstrek for Fosen-Linjen-saken ikke inneholder noen henvisning til den «vesentlige vekt» som Høyesterett tidligere har slått fast at norske rettsanvendere må tillegge EFTA-domstolens rådgivende uttalelser.¹⁰⁷ Forklaringen er nok, som påpekt i punkt 3.3, at Høyesterett tolket EFTA-domstolens nye uttalelse på et vis som gjorde at det ikke var noe behov for å ta noe oppgjør med den første uttalelsen. Samtidig er det interessant at Høyesterett i denne sammenheng trakk EU-domstolens praksis inn i tolkningen av EFTA-domstolens nye uttalelse,¹⁰⁸ og på dette grunnlag trakk mer vidtrekkende konsekvenser av uttalelsen enn det selve «domsslutningen» gav grunnlag for. Med denne tilnærmingen gir Høyesterett seg selv en ikke ubetydelig mulighet til å «tolke bort» tilsynelatende konflikter mellom en rådgivende uttalelse og Høyesteretts egen forståelse av EU-domstolens praksis, men den etterlater samtidig interessante spørsmål om den reelle «egenvekten» til EFTA-domstolens uttalelser i slike tilfeller.

For så vidt gjelder arbeidsfordelingen mellom Høyesterett og lovgiver, illustrerer Fosen-Linjen-saken at det er grenser for hvor mye lovgiver kan og bør overlate til Høyesterett. Fra et EU/EØS-perspektiv er leverandørenes erstatningsvern bare ett av flere elementer i et helhetlig håndhevelsessystem som samlet skal sikre at offentlige oppdragsgivere etterlever anskaffelsesreglene, og med klar preferanse for virkemidler som kan gjenopprette konkurransen om den aktuelle anskaffelsen. Det følger av dette at erstatningsansvaret bør innrettes slik at det gir leverandørene incitamenter til å få avdekke og avhjelpe feil undervis i konkurransen og, om det ikke lykkes eller er mulig, til å få hindret kontraktinngåelsen gjennom klager og/eller en begjæring om midlertidig forføyning. Det samme gjelder i tilfeller hvor EU/EØS-retten åpner for at en allerede inngått kontrakt kjennes uten virkning, eller at dens varighet avkortes.¹⁰⁹ Selv om Høyesteretts dom i Fosen-Linjen viser at det et stykke på vei er mulig å ivareta dette med bruk av velkjente erstatningsrettslige størrelser som årsakskrav og medvirkning (eventuelt også tapsbegrensningsplikt og erstatningsvern), så viser dommen også at lovgiver må på banen om det skal innføres preklusjonsregler. Det kan dessuten innvendes at en dreining mot virkemidler som kan gjenopprette konkurransesituasjonen primært, eller i hvert fall også, bør skje gjennom endringer som gjør disse virkemidlene lettere tilgjengelig og mer effektive, og ikke alene gjennom endringer som vanskeliggjør etterfølgende erstatningsoppgjør. En forbigått leverandørs tapsbegrensningsplikt kan eksempelvis vanskelig rettferdiggjøre en forventning om en begjæring om midlertidig forføyning mot kontraktsinngåelsen dersom oppdragsgiver truer med erstatningssøksmål knyttet til eventuelle forsinkelser som dette måtte medføre, men det må være en lovgiveroppgave å innføre det påkrevde unntaket fra hovedregelen i tvisteloven § 32-11(1) første punktum.¹¹⁰

Fosen-Linjen-saken er også en påminnelse om at Høyesterett er prisgitt de sakene som kommer på dens bord, og at retten av kapasitetsgrunner kan være nødt til å skjære til faktumtunge ankesaker på et vis som dessverre vanskeliggjør en helhetlig vurdering av erstatningsvernet. Presserende spørsmål knyttet til årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern for positiv kontraktsinteresse står

¹⁰⁷ Jf. allerede Rt. 2000 s. 1811 [P] *Finanger I*.

¹⁰⁸ Avsnitt 114.

¹⁰⁹ Jf. anskaffelsesloven §§ 13 og 14.

¹¹⁰ Jf. Fredriksen og Strandberg 2018 s. 205.

fremdeles ubesvart og kan nå også suppleres med spørsmål om hvilke betydning det har at ansvarsnormen nå er endret fra Nucleus-dommens «vesentlige» og til EU/EØS-rettens «tilstrekkelig kvalifiserte» feil, og at Høyesterett nå – riktignok knyttet til ansvarsnormen for negativ kontraktsinteresse, men likevel – uttaler med bred penn at «det [ikke] er grunnlag for å forstå norsk rett slik at det gjelder et strengere ansvar for oppdragsgiver enn det som følger av EØS-retten».¹¹¹ Snarere enn å vente på at en egnet sak før eller senere havner på Høyesteretts bord,¹¹² bør lovgiver nå kjenne sin besøkelsestid.

¹¹¹ Avsnitt 116.

¹¹² Sml. Ankeutvalgets beslutning HR-2019-763-U om å ikke tillate fremmet statens anke i sak LB-2017-94201 Staten v/Bane NOR SF mot Skanska AS: «Saken reiser prinsipielle spørsmål, men på grunn av de konkrete omstendighetene i saken finner utvalget likevel ikke tilstrekkelig grunn til å tillate anken fremmet, jf. tvisteloven § 30-4».