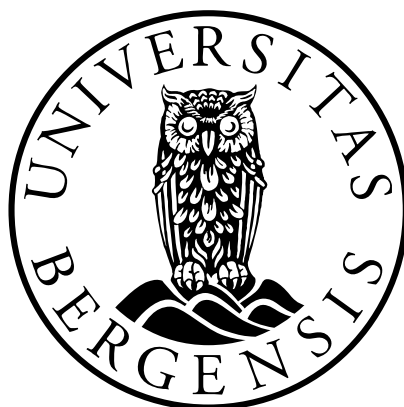


Den forbigåtte leverandørs tapsbegrensingsansvar

Manglende tapsbegrensning innen anbudsretten

Kandidatnummer: 151

Antall ord:10281



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

1	Tema og problemstilling	4
1.1	Introduksjon.....	4
1.2	Begrepsbruk.....	6
1.3	Metodikk og litteratur	7
2	Anbudsrettens tapsbegrensingsansvar	10
2.1	Erstatning.....	10
2.2	Skillet mellom kontraktsforhold og konkurranser om offentlige kontrakter.....	11
2.3	Erstatningsutmålingen innen anskaffelsesretten.....	12
2.4	Tapsbegrensingsansvar	13
2.5	Hjemmel for tapsbegrensingsansvar.....	15
2.5.1	Innledning.....	15
2.5.2	Tapsbegrensing som ulovfestet sedvane	16
2.5.3	Skadeerstatningslovens § 5-1	17
2.5.4	Valgfri hjemmel	19
2.6	Lojalitetspliktens forhold til tapsbegrensing	20
2.7	Tapsbegrensing er et vurderingskriterium i erstatningsutmålingen	23
2.8	Krav til skyld hos den forbigåtte leverandør?	24
2.9	Tapsbegrensing i internasjonal rett.....	26
3	Manglende tapsbegrensende tiltak som vurdering	28
3.1	Innledning	28
3.2	Tapsbegrensende tiltak	29
3.2.1	Forbigåtte leverandørs tapsbegrensende tiltak	29
3.2.2	Alternative oppdrag.....	29
3.2.3	Omdisponere ressurser	30
3.2.4	Melde seg til ny konkurranse	30
3.3	Tiltakene må være rimelige	32
3.4	Fradraget.....	35

Kilderegister	36
Lover	36
Forskrifter	36
Forarbeider	36
Rettspraksis	37
Høyesterett	37
Lagmannsretten	37
Tingretten	37
EU/EØS-Rett	37
Internasjonal Rett	38
Direktiver	38
Litteratur	39

1 Tema og problemstilling

1.1 Introduksjon

Tapsbegrensingsansvar er den delen av et erstatningskrav som skadelidte må bære ansvaret for. Manglende tapsbegrensende tiltak kan føre til at skadelidte må tåle en reduksjon av sitt erstatningskrav ettersom skadelidte har skyldansvar for deler av tapet. Det er på den måten en ansvarsfordelingsregel som har innvirkning på erstatningsutmålingen. Tanken bak denne ansvarsfordelingsregelen er at dersom skadelidte forsømmer å begrense sitt tap må de selv ta konsekvensene av dette.¹ Dette er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp som er lovfestet i enkelte spesiallover slik som kjøpsloven § 70 (1), som eksplisitt flytter deler av ansvaret for tapet over på skadelidte.

Avhandlingens tematikk er tapsbegrensing i anskaffelsesrettslig sammenheng. Subjektet det er tale om her er den forbigåtte leverandør som skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom regelverket var fulgt. Denne leverandøren kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse som er ment å stille leverandøren i den situasjonen som om kontrakten ble tildelt og fullført.² Det kan være snakk om store erstatningssummer, og reduksjoner grunnet manglende tapsbegrensing kan ha stor uttelling på erstatningskravet. Til tross for dette eksisterer det ingen lovhjemmel for reduksjon av erstatningskrav på anskaffelsesrettens område slik det gjør på andre rettsområder hvor erstatning kan være relevant. I de tilfeller i anskaffelsesretten hvor tapsbegrensing er tema oppgis det ingen lovhjemmel til tross for de store erstatningsbeløp det kan være tale om innen anskaffelsesretten.³

I erstatningsretten er det vel etablert at erstatning kan avkortes grunnet manglende tapsbegrensing. Det samme virker tilfellet i anskaffelsesretten. Flere domsavgjørelser legger til grunn at det foreligger en «*tapsbegrensingsplikt*», men andre ganger er dette ikke tema til tross for de store erstatningsbeløp det kan være tale om innen anskaffelsesretten.⁴

¹ Christoffersen, 2016, s. 172

² Strømsnes, 2021, s. 327

³ Se blant annet rettsavgjørelsene Rt. 1998-1398 («Torghatten»), LE-2015-102226 («Ødegården skole») og LB-2019-145192 («Barnehage»)

⁴ Se for eksempel Borgarting Lagmannsretts avgjørelse LB-2020-37901 («*Espressobønne*») hvor oppdragsgiver kunne anført at den forbigåtte leverandørs kunne begrenset tapet ved å leie ut kaffemaskiner til en annen oppdragsgiver enn Oslo kommune. Andre tiltak som kan være aktuelle drøftes i avhandlingens del 4.

Dette gir flere problemstillinger avhandlingen vil forsøke å svare på. Den første er hvordan manglende tapsbegrensning påvirker erstatningsutmålingen av positiv kontraktsinteresse. Videre problemstilling er om tapsbegrensning hjemmelsgrunnlaget for tapsbegrensningsplikten. Den siste problemstillingen er å finne ut av hvilket innhold tapsbegrensning har på anskaffelsesrettens område, samt hvor stor reduksjon av erstatningsutmålingen manglende tapsbegrensning kan medføre.

Problemstillingene over er svært aktuelle i dagens juridiske landskap. Det er en økende andel konkurranser om offentlige kontrakter som skjer i Norge og Europa ellers, og søksmål kan medføre svært store erstatningskrav. I den relasjon er det problematisk med rettsregler som ikke har formell hjemmel, da dette fører til økt uforutsigbarhet. Videre må norsk rett i større grad forholde seg til europeisk rett, hvor det er hensiktsmessig å ha ensartet regelverk for å ivareta ekvivalensprinsippet. Til tross for dette er problemstillingene nærmest ikke drøftet, verken i juridisk litteratur eller i rettspraksis.

Avhandlingen legger i grunn at den forbigåtte leverandør har et erstatningskrav som er for den positive kontraktsinteressen. Det er aktuelt med erstatning for den positive kontraktsinteresse når man med en korrekt evaluering finner at den forbigåtte leverandøren enten ville ha vunnet konkurransen, at tilbyderne rangert over leverandøren skulle vært avvist at, eller at leverandøren var innstilt som vinner av kontrakten og oppdragsgiver avlyste konkurransen eller avviste leverandøren *uten* saklig grunn.⁵ Det er også et krav til skyld hos oppdragsgiver etter blant annet Høyesterettsdommen HR-2000-1135 («*Nucleus*»), hvor det etter norsk rett kreves at oppdragsgiver kunne klandres for å ha begått en vesentlig feil. Vilklårene for å bli tildelt positiv kontraktsinteresse er relativt strenge.⁶ Denne avhandlingen vil ikke se nærmere på vilklårene for å bli tildelt erstatning for positiv kontraktsinteresse utover dette.

Den negative kontraktsintessen, også kalt tillitsinteressen, er de bortkastede utgifter som den forbigåtte leverandøren har hatt i forbindelse med konkurransen av den offentlige kontrakten. Det gir lite mening å drøfte tapsbegrensning av disse utgiftene da det kan vanskelig sees at disse erstatningssummene skulle øke etter at oppdragsgiver har gitt oppdraget til feil leverandør.

⁵ NOU 2010:2 s. 195

⁶ NOU 2010:2 s. 33

1.2 Begrepsbruk

Avhandlingen bruker begrepet «*tapsbegrensingsansvar*» fremfor «*tapsbegrensingsplikt*». Hvilket begrep man bruker blir mest en smakssak. Begrepet «*tapsbegrensingsansvar*» poengterer bedre regelens reelle innhold som ansvarsfordelingsregel. Rettspraksis og juridisk teori bruker på sin side det alminnelig brukte begrepet «*tapsbegrensingsplikt*». Denne begrepsbruken samfaller med andre rettssystemers begrep om samme problematikk, slik som Sverige sin «*skadebegrensingsplikt*», eller på engelsk «*duty to mitigate losses*». Ordlyden «*plikt til å begrense tap*» forekommer i overskriften til flere spesiallover som kjøpsloven § 70 og forbrukerkjøpsloven § 54, samt at forarbeider slik som kjøpslovens forarbeider Ot.prp.nr.80 (1986–1987 og NOU 1976:34 s 61 referer til dette som en plikt.

Til tross for denne begrepsbruken, er ikke tapsbegrensing er en plikt, men en ansvarsfordelingsregel. Dette anføres av blant annet av Bjarte Thorson i «*Tapsbegrensingsplikt ved Personskader*» (2015) og Viggo Hagstrøm og Are Stenvik i «*Erstatningsrett*» (2019). Thorson skriver at man aldri kan få dom for brudd på tapsbegrensingsplikten, og det er ikke en regel for hva skadelidte må gjøre.⁷ Videre kan man ikke tvinge skadelidte å gjennomføre tapsbegrensende tiltak.⁸ En plikt er hva man er pålagt å gjøre, imens tapsbegrensing er noe skadelidte fritt kan neglisjere hvis man er villig til å ta konsekvensene av dette. Man kan heller si at tapsbegrensing er en «uegentlig plikt». Det regelen går ut på er hva slags tap som kan flyttes over til skadevolder, på samme måte som i en vurdering av skadelidtes medvirkning.⁹ Medvirkning går ut på at skadelidte selv må ta ansvar for sin del av tapet grunnet sin medvirkning av skaden, og fører til reduksjon av deler eller hele erstatningssummen dersom dette er tilfellet.¹⁰ Det samme må sies om tapsbegrensing, da skadelidte må ta ansvar for tap utover hva som er tapets omfang, noe som viser at dette er en ansvarsfordelingsregel. Det at reduksjon grunnet manglende tapsbegrensing er en ansvarsfordelingsregel støttes også av lovteksten i eksempelvis kjøpsloven § 70 og forbrukerkjøpsloven § 54 som begge bestemmer at dersom skadelidte har forsømt å begrense tap skal han bære tilsvarende del av tapet.

⁷ Thorson, 2015, s. 165

⁸ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 519

⁹ Strømsnes, 2021, s. 362

¹⁰ Thorson, 2015, s. 165

1.3 Metodikk og litteratur

Avhandlingen baserer seg på rettsdogmatisk metode hvor oppgaven er å ta standpunkt til rettsspørsmål.¹¹ Formålet er å analysere og klarlegge innholdet i gjeldende rett for forstå innholdet. Avhandlingen vil bruke alminnelig norsk juridisk metode. Utgangspunktet er ordlyden i lovtekster og den alminnelige språklige forståelsen av disse. Norske lovtekster er konsise i forhold til andre land sine, eksempelvis Tyskland. Lovtekstene utdypes derfor i forarbeider, og dernest tillegges praksis og argumentasjon fra Høyesterett betydelig vekt. Etersom denne avhandlingen omhandler erstatningsregler vil praksis fra domstoler være særlig relevant da lovgiver har overlatt store deler av rettsutviklingen på dette området til domstolene.¹² Temaet tapsbegrensing er på ulovfestet område, noe som betyr at ordlyden i lovtekster vil være av heller liten betydning i forhold til mange andre temaet.¹³

I norsk anskaffelsesrett er den nærmere utvikling av erstatningsspørsmålet i praksis overlatt til domstolene.¹⁴ Dette poengteres av forarbeidene til Anskaffelsesloven § 10 som skriver at «Reglene for erstatningens omfang er ulovfestet og følger av rettspraksis».¹⁵ Dette innebærer at praksis fra domstoler har noe tyngre vekt enn ellers, særlig praksis fra Høyesterett som har prejudikatverdi. Det foreligger likevel få domsavgjørelser som omhandler tapsbegrensing. Av den grunn vil avhandlingen referere til Tingretts- og Lagmannsrettsavgjørelser. Slike avgjørelser har ikke like stor rettskildemessig verdi sammenlignet med en domsavgjørelse fra Høyesterett. Avgjørelser fra disse domstolene kan likevel trekkes frem for å vise hvordan det juridiske landskapet er, og hvilken sedvane som er etablert omkring problemstillingene.¹⁶

Tapsbegrensing i anskaffelsesrettslig sammenheng har ikke konkret lovfestet hjemmel. Avhandlingens problemstillinger vil derfor i all hovedsak være en drøftelse av ulovfestet rett. Monsen skriver i sin bok «Innføring i Juridisk metode» (2012) at rettsanvendere i slike tilfeller har fire forskjellige verktøy.¹⁷ Disse inkluderer sedvanerett, enkeltanalogi,

¹¹ Graver, 2008, s. 157

¹² Viggo Hagstrøm, 2019, s. 28

¹³ For de erstatningsområdet hvor det ikke foreligger spesiallover hjemles ofte tapsbegrensing i skadeerstatningsloven § 5-1 (2). Del 2 av denne avhandlingen drøfter hvorfor dette ikke nødvendigvis er riktig.

¹⁴ NOU 2010:2 s. 174

¹⁵ Prop. 51 (2015-2016) med henvisning til Ot.prp.nr.71 (1997-1998)

¹⁶ Bergo, 2022

¹⁷ Monsen, 2012, s. 85

induksjonsanalogi samt regeldanning uten forankring i analogi. Hva enkelt- og induksjonsanalogi innebærer blir forklart der hvor jeg benytter meg av disse.

Videre er også anbudsretten er rettsområde som har en særegen blanding av nasjonal og EU/EØS-rett.¹⁸ Hovedtrekkene ved anskaffelsesregelverket kommer av EU/EØS-retten som består av bestemmelser i lov og forskrift som har som mål å gjennomføre underliggende EU/EØS direktiver, som har blitt supplert med hensiktsmessig nasjonal rett. Prinsipielt er det viktig å være klar over tolkningsreglene for EU/EØS-rett da disse reglene har en annen rettskildemessig bakgrunn enn norsk anskaffelsesrett.¹⁹ I deler av avhandlingen vil jeg henviser til EU/EØS-rett.

EU er en autonom rettsorden, men består av flere medlemsstater. Dersom hver enkelt medlemsstat brukte sin egen tolkning av regelverket, ville innholdet i EU-rettslige rettsregler kunne variere mellom medlemstater. Av den grunn er det viktig å benytte EU-rettslig metode for å forsikre enhetlige regler.²⁰ Etter EU-rettslig metode har den naturlige språklige forståelsen av ordlyden betydelig vekt. Ordlyden har likevel noe mindre rettskildemessig verdi sammenlignet med norsk rett ettersom EU har 24 offisielle språk. Lovgivningsprosessen er også basert på forhandlinger, noe som fører til vagere lovtekster. I tillegg til ordlyden skal bestemmelser også vurderes ut fra deres «*indhold, dens formål og dens kontekst*».²¹ Innen EU/EØS-rettslig anskaffelsesrett ilegges prinsippene om offentlig anskaffelse vekt i tolkningen av regelverket. Av Anskaffelsesdirektivet § 18 er prinsippene likebehandling, ikke-diskriminering, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

Avhandlingen bruker ikke praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) selv om nemnden hvert år behandler et stort volum av saker. Begrunnelsen for dette er at den rettskildemessige betydningen av KOFA-avgjørelser er heller begrenset da KOFA ikke skal uttale seg om de rettslige konsekvensene av brudd etter Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 (2). KOFA er i tillegg ment til å være en alternativ tvisteløsningsmodell hvor berørte leverandører kan få en rask evaluering om

¹⁸ NOU 2010:2 s. 30

¹⁹ NOU 2010:2 s. 30

²⁰ Halvard Haukeland Fredriksen, 2018, s. 295

²¹ Sak av 15. desember C-558/15, Alberto José Vieira de Azevedo m.fl. mot CED Portugal Unipessoal, Lda og Instituto de Seguros de Portugal

anskaffelsesprosessen har foregått på en korrekt måte, hvor formelt bindende avgjørelser bare kan treffes av domstolene.²²

Det er lite litteratur om temaet tapsbegrensing, særlig i anskaffelsesrettslig sammenheng. Av den grunn har doktorgradsavhandlingen «*Prekontraktuelt Ansvar*» (1997) av Lasse Simonsen vært viktig i arbeidet med denne masteravhandlingen. Boken ble utgitt i 1997, og det anskaffelsesrettslige landskapet har siden hatt en enorm utvikling.

²² NOU 2010:2 s. 202

2 Anbudsrettens tapsbegrensingsansvar

2.1 Erstatning

Ettersom tapsbegrensning har påvirkning på erstatningskrav, er det viktig å beskrive hva erstatning er samt formålet med erstatning for å gi et utgangspunkt for den videre drøftelsen.

Erstatning er en økonomisk kompensasjon ved en skadeforvoldelse. Innen kontraktsretten er erstatning en misligholdssanksjon, hvor det økonomiske tapet flyttes fra skadelidte til skadevolderen.²³ Hensikten er å gjenopprette situasjonen til slik situasjonen var forut for skaden. Skaden må kunne verdsettes i penger og må derfor omregnes til et pengebeløp, og alt påregnelig tap skal dekkes.²⁴ Kravet blir dermed differansen mellom skadelidtes økonomiske situasjon før og etter skaden.²⁵ Utgangspunktet for erstatning er at tapet som er lidt skal dekkes fullt ut. Dette er regelen innen både for norsk rett og for EU/EØS-rett ellers.²⁶ En vanlig måte å skille erstatning på er erstatning i og utenfor kontraktsforhold. For begge tilfellene er reglene overlappende, hvor det kreves skade, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng.²⁷ I praksis vil manglende tapsbegrensning være brudd på årsaksrekken mellom *tapet* som utmålingen baserer seg på og *skadevolder*. I kontraktsretten kan skaden være mislighold av kontrakten, hvor den ikke-misligholdende part kan kreve misligholdssanksjon, slik som å kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen.

Hovedformålet for erstatning er todelt, nemlig prevensjon og reparasjon, hvor reparasjonshensynet står sterkest i norsk rett.²⁸ Erstatning kan også begrunnes fra et rettferdighetsperspektiv, hvor erstatning kan oppfattes som en rettferdig gjengjeldelse av klanderverdig oppførsel hvor erstatningen gjenoppretter balansen mellom skadelidte og skadevolder.²⁹

²³ Hagstrøm, 2011, s. 17

²⁴ Simonsen, 1997, s. 802

²⁵ Lødrup, 2009, s. 447

²⁶ Fredriksen, 2013, s. 499

²⁷ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 19. Mer dyptinngående enn dette om vilkårene for erstatning faller utenfor denne avhandlingens rekkevidde.

²⁸ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 21

²⁹ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 22

2.2 Skillet mellom kontraktsforhold og konkurranser om offentlige kontrakter

Konkurranser om offentlige kontrakter har særegne ansvar som skiller seg fra alminnelig kontraktsansvar.³⁰ Med dette menes at en konkurranse om offentlige kontrakter er en formalisert prosedyre eller kontraheringsprosess for slutning av kontrakter hvor det offentlige arrangerer en konkurranse om retten til å inngå kontrakt med det offentlige om levering av varer, tjenester eller bygge- og anleggsoppdrag. Da konkurransen er en prekontraktuell rettstilstand blir en vurdering av konkurransen og vilkårene for erstatning annerledes hvis det forelå en kontrakt.³¹ Blant annet eksisterer det normalt ingen kontrakt som et eventuelt mislighold er brudd på da en konkurranse ikke er en kontrakt i seg selv.³²

Normalt i en prekontraktuell rettstilstand er de rettsbeskyttende goder partenes forventninger.³³ Når man begynner en kontraheringsprosess skaper det beskyttelsesverdige forventninger til partenes opptreden.³⁴ I en konkurranse om offentlige kontrakter forventes blant annet at oppdragsgiver opptrer i henhold til grunnprinsippene i Anskaffelsesloven.³⁵ Skaden oppstår når disse forventningene ikke etterleves, og de som lider av en slik skade kan få alvorlige økonomiske tap da dette kan føre til at en tilbyder mister en kontrakt han hadde rettskrav på.

I anskaffelsessammenheng er det mer konkrete regler enn i andre prekontraktuelle forhold. Anskaffelsesregelverket pålegger oppdragsgiver diverse plikter, ikke bare gjennom Anskaffelsesloven, men også gjennom flere forskrifter.³⁶ Anskaffelsesloven bestemmer også at leverandørene er rettighetshavere etter Anskaffelseslovens § 3 samt at brudd på regelverket gir rettighetshaverne krav på erstatning gjennom lovens § 10.

Konkurranser om offentlige kontrakter skiller seg ytterligere fra andre alminnelige kontrakter ved måten kontraheringsprosessen foregår. Alminnelig kontrahering av kontrakter følger avtalelovens «tilbud-aksept»-modell.³⁷ En konkurranse om offentlige kontrakter er derimot

³⁰ Simonsen, 1997, s. 458

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Simonsen, 1997, s. 295

³⁴ Christoffersen, 2016, s. 158. Se også Nazarian, 2006, s. 116

³⁵ Jfr. Lov om Offentlige Anskaffelser § 4.

³⁶ Blant annet Forskrift om offentlige anskaffelser eller Forskrift om konsesjonskontrakter.

³⁷ Simonsen, 1997, s. 457

en modell hvor det er flere parter og hvor avtaleslutningen skjer ved en tretrinns slutningsprosess hvor der foreligger et anbudsgrunnlag, anbud, og avslutningsvis aksept av anbudet. En anbudskonkurranse har også mange aktører, nemlig oppdragsgiver og flere tilbydere.³⁸

2.3 Erstatningsutmålingen innen anskaffelsesretten

Slik nevnt i denne avhandlingens del 2.1 kan den ikke-misligholdende part i et kontraktsforhold ha krav på oppfyllelsesinteressen. En forbigått leverandør kan derimot normalt ikke kreve oppfyllelsesinteressen.³⁹ Grunnen for dette er at det ikke foreligger en kontrakt som kan oppfylles, da denne har blitt tildelt til en annen tilbyder. Selv om den forbigåtte leverandør har krav på erstatning etter Anskaffelsesloven § 10,⁴⁰ spesifiserer ikke bestemmelsen konkret *hva* som kan kreves. Innen anbuksretten har det dermed blitt etablert to tanker om de rettsbeskyttende goder som den forbigåtte leverandøren har. Erstatningen baserer seg på disse. Disse to rettsbeskyttende elementene er den negative og den positive kontraktsinteressen.⁴¹

Erstatningsutmålingen for den positive kontraktsinteressen baserer seg på et hypotetisk dekningsbidrag.⁴² Læren om den positive kontraktsinteressen tillater den forbigåtte leverandør å bli erstattes som om kontrakten ble tildelt og utført. Formålet med denne erstatningstypen er å kompensere forbigåtte anbydere for det tap han har blitt påført gjennom å ikke bli tildelt et oppdrag man hadde krav på. Det som erstattes er den forventede gevinst de skulle ha av å vinne oppdraget, hvor kun påregnelig fortjenestetap skal erstattes. Dette poengteres i Høyesterettsavgjørelsen Rt. 1998 s.1398 («Torghatten») hvor domstolen uttaler at «*Erstatningsutmålingen [baseres] på hvilken fortjeneste Torghatten [som forbigått leverandør] ville ha oppnådd om konsesjonen hadde blitt tildelt*».⁴³ Erstatningsutmålingens utgangspunkt er dermed eventuell fortjeneste leverandøren skulle ha for oppdraget etter

³⁸ En mer inngående beskrivelse av forholdet mellom de forskjellige leverandørene gis av Lasse Simonsens «*Prekontraktuelt ansvar*» (1997) s. 890. I det tilfelle flere forbigåtte anbydere saksøker for samme sak kan disse forenes etter reglene i tvistelovens § 15-6 hvor saksøkerne får felles behandling og avgjørelse.

³⁹ Se Simonsen, 1997, s. 9. Se også Rt.2007 s.425 hvor det uttales at «Feil i den prekontraktuelle fasen medfører som hovedregel ikke erstatningsansvar for oppfyllelsesinteressen»

⁴⁰ Også hjemlet i artikkel 2 (a) (c) i Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 december 2007

⁴¹ NOU 2010:2 s. 174

⁴² Simonsen, 1997, s. 903

⁴³ Avgjørelsens side 1402

kostnader. Dekningsbidraget baserer seg normalt på en tapspresumsjon. Jeg vil komme tilbake til denne tapspresumsjonen i avhandlingens del 2.7.

2.4 Tapsbegrensingsansvar

Selv om utgangspunktet er krav om full erstatning, kan manglende tapsbegrensing medføre fradrag i erstatningsutmålingen.

Dersom skadelidte har neglisjert å begrense omfanget av skaden etter mislighold må skadelidte selv bære byrden for dette. Tapsbegrensingsansvaret referer da til de handlinger som skadelidte kan gjøre etter det tapsforårsakende forhold for å minske skaden. Dersom dette ikke gjøres, medfører dette normalt reduksjon av erstatningskravet. Spørsmålet som stilles ved vurdering av om erstatningskravet kan avkortes i medhold av tapsbegrensingsplikten er om skadelidte har unnlatt å gjøre det som med rimelighet kan forventes slik at vedkommende like ville ha lidd like store tap.⁴⁴ Dersom man ikke kan svare bekreftende på dette, kan dette føre til avkortning. Det uttales i Lagmannsrettsdommen RG. 1936 s.394 at «*saksøker var pliktig til å begrense skaden så meget som mulig og at lægehonorarer kunde ha vært undgått i tilfelle skadede hadde lagt sig inn på kommunalt sykehus*». Selv om uttalelsen er på deliktsretten område gjelder samme prinsippet for tapsbegrensing grunnet.

Tapsbegrensing har to hovedbegrunnelser. Den ene begrunnelsen, som blir anført innen juridisk teori og rettspraksis som sådan er lojalitetshensyn i et kontraktsforhold. Hva som ligger i lojalitet, og hvorvidt lojalitetshensyn gjør seg gjeldene også utenfor kontraktsforhold drøftes senere i avhandlingens punkt 2.6. Jeg anfører i tillegg at tapsbegrensingsansvar også kan begrunnes ut fra det rettferdighetsperspektivet er et sentralt formål for erstatning. Det vil virke svært urimelig dersom skadelidte kan bygge opp utgifter gjennom ikke å begrense tap, og på den måten forvente at motparten skal dekke disse utgiftene. I tillegg anfører Hagstrøm at tapsbegrensingsansvaret er begrunnet i en rekke med rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger, samt et ønske om å motvirke sløsing.⁴⁵

⁴⁴ HR-2015.1865, avsnitt 33

⁴⁵ Hagstrøm, 2011, s. 581

Manglende tapsbegrensning er må ikke forveksles som medvirkning.⁴⁶ Skillet mellom medvirkningsansvar og tapsbegrensingsansvar er innen juridisk teori de utgifter som kunne være unngått henholdsvis før og etter det tapsforårsakende forhold.⁴⁷ Skillet følger dermed skadetidspunktet.⁴⁸ Skoleeksemplet innen deliktsretten vil være en person som går over veien på rødt lys og blir påført skade etter en påkjørsel. Da han har medvirket til egen skade kan erstatning reduseres. Personens tapsbegrensende tiltak er å besøke lege. Hvis personen ikke besøker lege, og skaden blir mer alvorlig, kan erstatningskravet reduseres etter tapsbegrensingsansvarsregelen.⁴⁹ Med dette referer medvirkning til den delen av erstatningskravet som skadelidte har ansvar for grunnet egen handling, imens tapsbegrensingsansvaret omhandler «ekstraavgifter» i etterkant av det tapsforårsakende forhold. De nærmere grensene mellom avkortning grunnet tapsbegrensingsansvar og medvirkningsansvar er uklare.⁵⁰ For kontraktsforhold, dersom den ikke-misligholdende part kan delvis klandres for misligholdet gjennom egen medvirkning, kan dette føre til avkortning av kravet basert på en konkret og skjønnsmessig. Dette kan blant annet være at parten har unnlatt å opplyse om tenkelige risikofaktorer ved kontrakten eller at parten mangler finansiering eller offentlig godkjenninger for å gjennomføre oppdraget.⁵¹ Dette er handlinger som skadelidte kunne gjort før misligholdstidspunktet som kunne minsket eller fjernet skaden helt.

I anskaffelsesrettslig sammenheng er sammenheng er skadetidspunktet det tidspunktet når det har skjedd en feil i konkurransen om den offentlige kontrakten. Dette kan blant annet at kontrakten blir gitt til feil tilbyder slik som i avgjørelsen LB-2020-37901 («*Espresso*»), at kontrakten har blitt avlyst grunnet feil i konkurransegrunnlaget slik som HR-2019-1801-A («*Fosen-Linjen*»), eller andre brudd fra oppdragsgivers side om anskaffelsesrettslige regler eller forskrifter slik som Forskrift om offentlige anskaffelser (*Anskaffelsesforskriften*). Skaden, eller tapet, som den forbigåtte leverandøren bør begrense er de fremtidige inntekter som går tapt grunnet feilen i konkurransen.

Tapsbegrensingsansvaret er på den måten en måte å fordele ansvaret for forskjellige deler av tapet mellom partene. Målet ved å gi fradrag grunnet manglende tapsbegrensning er å sette

⁴⁶ Nygaard, Skade og ansvar, 2007, s. 391

⁴⁷ Thorson, 2015, s. 165

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Tverberg, 2008, s. 752 med henvisning til Hagstrøm, 2003, s. 565-566.

⁵¹ Simonsen, 1997, s. 289

situasjonen slik den var ved skadetidspunktet. Et kontraktsrettslig hypotetisk eksempel for å poengtere dette er at en person sin båt synker til havs etter at båten ble solgt uten nygle. Skadetidspunktet i dette kontraktsforholdet var når båten ble solgt uten nygle, og ikke når båten sank. Dersom personen burde vært aktsom på at båten manglet nygle og dermed ikke tatt båten til havs, kan det være at erstatningskravet blir redusert til kun verdien av nyglen selv om båten har gått tapt grunnet manglende tapsbegrensende tiltak da båtselgeren kun er ansvarlig for manglende nygle.⁵²

Poenget om at fradraget er ment til å sette situasjonen til slik den var ved skadetidspunktet vises godt i Høyesterettsavgjørelsen HR-2015-1865-A. Saken omhandlet en person som hadde blitt frastjålet gjenstander av gull og sølv. Avtalen med forsikringsselskapet innebar at han kunne velge å få naturalerstatning eller erstatning i penger. Forsikringsselskapet anførte at vedkommende var måtte godta naturalerstatning som et tiltak for å begrense tap da dette ville være billigere for forsikringsselskapet. Til dette svarte retten avkrefte da dette stemte lite overens med hensynet bak regelen.⁵³

2.5 Hjemmel for tapsbegrensingsansvar

2.5.1 Innledning

Tapsbegrensingsansvar er ikke nevnt i Anskaffelsesloven og det henvises til ulovfestet rett. Bestemmelsens § 10 bestemmer at leverandøren har krav på erstatning, uten nærmere beskrivelse av erstatningens innhold og omfang annet enn at det er for de «*tap [leverandøren] har lidt*».⁵⁴ Anskaffelseslovens forarbeid Prop. 51 (2015-2016) viser til omtalen i Ot.prp.nr.71 (1997-1998) hvor det uttales at «*Reglene for erstatningens omfang er ulovfestet og følger av rettspraksis*». Innholdet i en eventuell regel for fradrag grunnet manglende tapsbegrensing må derfor vurderes ut fra analogi fra andre rettskilder. Hensikten bak analogisk anvendelse av en rettsregel er å ivareta likhetshensynet og hensynet til sammenheng

⁵² Hentet fra nettsiden <https://hallelis.co.uk/mitigation-loss-law/> (02.10.2022). Selv om nettsiden omhandler britisk rett skal eksempelet som vises til også være gyldig for norsk rett.

⁵³ Avgjørelsens avsnitt 42. Særlig viktig for domstolen var at de tilsvarende gjenstandene ikke var de samme som de gjenstandene som ble erstattet, noe som gjorde det urimelig komplisert å vurdere utmålingen basert på rabatterte priser.

⁵⁴ Bestemmelsen er lik Directive 2007/66/EC (*Remedies Directive*) artikkel 2 (c) som heller ikke inneholder vilkår for erstatningsutmålingen annet enn at det er tilstrekkelig at medlemsstater «*award damages to persons harmed by an infringement*»

i rettssystemet.⁵⁵ Like tilfeller skal behandles likt, og formålet med analogien er å skape en god regel. Spørsmålet her er om tapsbegrensning i anskaffelsessammenheng er likt både i innhold og i formål.

Lovgiver har kodifisert tapsbegrensingsansvaret betydelig på flere områder innen kontraktsretten. Forbrukerkjøpsloven § 54 (1) bestemmer blant annet at «*en part som påberoper seg kontraktsbrudd fra den andre partens side, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap. Forsømmes dette, må han eller hun selv bære den tilsvarende delen av tapet*». Dette svarer til kjøpsloven § 70 (1). Samme ordlyd for tapsbegrensingsansvar kan man finne i avhendingslova § 7-2 som regulerer salg av fast eiendom og husleieloven § 2-14 (4) og § 5-8 (5) som henholdsvis regulerer leiers og utleiers tapsbegrensingsansvar.⁵⁶ Disse reglene rammer alle forsøk fra den skadelidte parten på å utnytte situasjonen til å skaffe seg en større erstatning enn kontraktsbruddet i utgangspunktet tilsier.⁵⁷

2.5.2 Tapsbegrensning som ulovfestet sedvane

Fradrag grunnet manglende tapsbegrensning sin primærhjemmel er ulovfestet sedvane. Dersom adferd har eksistert over lang tid som en konsekvent regel, kan dette oppfattes som en alminnelig rettsoppfatning.⁵⁸

Tapsbegrensingsplikten har eksistert i svært lang tid, og kan anses som ulovfestet sedvane. Dette er adferd som har som har legitimitet som rettsdannelse.⁵⁹ For at en rettsregel skal kunne anses som ulovfestet sedvane må rettsregelen være konsekvent over tid, være en festet alminnelig rettsoppfatning, samt kreve en vurdering av om det er en god regel basert på reelle hensyn.⁶⁰ Det at tapsbegrensning er hjemlet i ulovfestet sedvane følger av gjennomgående rettspraksis, samt den alminnelige rettsoppfatningen om at personer skal være ansvarlig for sin del av et tap. Juridisk teori er også

⁵⁵ Monsen, 2012, s. 97

⁵⁶ Hagstrøm, 2011, s. 580, som også viser til håndverkertjenesteloven § 30 og bustadsoppføringslova § 22.

⁵⁷ Tverberg, 2008, s. 166

⁵⁸ Monsen, 2012, s. 90

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Monsen, 2012, s. 91

En rettfærdig rettergang skal likevel inneholde en begrunnelse.⁶¹ En slik begrunnelse skal inneholde redegjørelse for den bevisvurderingen og rettsanvendelse avgjørelsen bygger på.⁶² Det kan være vanskelig å konkret si hva som er rettsvilkårene og rettsvirkningene av en regel basert på sedvane, noe som kan medføre en viss uforutsigbarhet. Det er derfor hensiktsmessig å vurdere om det andre lovbestemmelser som tapsbegrensingsansvar kan henges på

2.5.3 Skadeerstatningslovens § 5-1

Når tapsbegrensning drøftes i anskaffelsesrettslig sammenheng, henviser domstolen vanligvis til en «generell plikt» til å begrense tap.⁶³ Dette er klart en henvisning til den ulovfestede regelen basert på sedvane. Likevel, når det søkes etter støtte for fradrag grunnet manglende tapsbegrensning på andre rettsområder så henvises det til Skadeerstatningsloven § 5-1.⁶⁴ Et interessant spørsmål er om denne lovhjemmelen kan anvendes som hjemmel for tapsbegrensende tiltak på anskaffelsesrettens område.

Bestemmelsen omhandler skadelidtes medvirkningsansvar og bestemmer at erstatning kan settes ned dersom skadelidte har medvirket til skaden. Andre ledd bestemmer at «*Som medvirkning regnes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden*». Ordlyden i «*å begrense skaden*» hevdes å for å være tilstrekkelig hjemmel for å redusere erstatningskrav for de handlinger som skjer etter skadetidspunktet.⁶⁵

Det er flere problemer med å anvende skadeerstatningslovens § 5-1 som hjemmel for tapsbegrensning generelt. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at handlingene som andre ledd referer til er handlinger som kan gjøres før skadetidspunktet, slik som å fjerne eller minske risikoen. Dette kan for eksempel være å ikke redde kostbare verdipapirer når en defekt komfyr tar fyr. Tapsbegrensning er som nevnt de skader som «skjer» etter det tapsforårsakende forhold. Dette støttes av bestemmelsens overskrift «*(den skadelidtes medvirkning)*». Etter dette synet er bestemmelsens andre ledd og ordlyden i «*etter evne å begrense skaden*» ment til å sikre at også «passiv medvirkning» skal regnes som medvirkning. Med «passiv

⁶¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6 (1)

⁶² Lov om mekling og rettergang i sivile tvister § 19-6 (5). Se også (Graver, 2008, s. 154) som drøfter dette mer inngående.

⁶³ Se blant annet Rt-1998-1398 («*Torghatten*») på side 1413 og LB-2010-176631 («*Isachsen Enntreprenør*»).

⁶⁴ Dette var tilfellet i Høyesterettsavgjørelsen Rt. 1992 s.1469 («*Leiebil*») og avgjørelsen Rt. 2015. 989

⁶⁵ Se Rt 2003 s. 400.

medvirkning» mener jeg å for eksempel ved å stirre på komfyren imens den brenner, noe som ikke nødvendigvis ville være vernet etter kun bestemmelsens første ledd da første ledd går på direkte medvirkning. Selv om skadelidtes tapsbegrensingsansvar ofte er knyttet opp mot regelen om skadelidtes medvirkningsansvar for det tapsforårsakende forhold er det klart at det er to forskjellige regler som regulerer forskjellige deler av et erstatningskrav. Ordlyden i bestemmelsen skiller seg også fra eksempelvis forbrukerkjøpslovens § 54, som er ment som en tapsbegrensingsansvarsregel, hvor «*En part som påberoper seg kontraktsbrudd, skal ved rimelige tiltak begrense sitt tap*». Ordlyden i denne bestemmelsen gir konkrete innretninger til parten for tidspunkt etter den tapsforårsakende handling.

En slik tolkning støttes av straffelovens ikrafttredelseslov § 25. Loven var en forløper til Skadeerstatningsloven § 5-1.⁶⁶ Dette var en bestemmelse om uaktsom medvirkning, hvor det blant annet het «*Som uaktsomhet regnes det også, når den skadelidende har undlat etter evne å avvende eller begrense skaden*».⁶⁷ Lovkommentarer med henvisninger til lovens kommisjonsutvalg viser imidlertid klart at regelen «*omfatter derimot begge deler [gjøre oppmerksom på usedvanlig stor skade, og til like om å gjøre oppmerksom på annen måte å fjerne eller forminske sådan fare]*» samt «*den mulige skade, som er usedvanlig stor*».⁶⁸ Dette tilsier at bestemmelsen i utgangspunktet gjelder for de tilfeller hvor skadelidte i forkant ikke har opplyst om skadeomfanget, eller de tilfeller hvor skadelidte kunne ha minsket skaden. I slike tilfeller har han etter denne bestemmelsen medvirket til skaden ved uaktsomhet. Dette passer ikke til den forståelsen man har for tapsbegrensning per tid hvor det går på skader som skjer etter det tapsforårsakende forhold. Det må likevel nevnes at også denne bestemmelsen ble brukt som hjemmel for en generell plikt til å begrense skade, se eksempelvis Eidsivating Lagmannsrett sin dom RG-1969-240 hvor domstolen uttaler «*Retten antar for øvrig at det følger av skadelidtes alminnelige plikt til å begrense skaden, jfr. iktrl. § 25*»

Skadeerstatningsloven § 5-1 har samme problem som straffelovens ikrafttredelseslov § 25 ved at de begge retter seg konkret mot skadelidtes medvirkningsansvar, og er i utgangspunktet ikke ment til å verne tap etter det tapsforårsakende forhold.

Innen juridisk teori er det ellers omstridt om skadeerstatningsloven § 5-1 er hjemmel for tapsbegrensingsansvar. Peter Lørdup mener at det ikke er tvilsomt at § 5-1 også skal gjelde

⁶⁶ Thorson, 2015, s. 166

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Kjerschow, 1930, s. 1011

for tap etter skadetidspunktet.⁶⁹ Han argumenter for at ordlyden i skadeerstatningsloven § 5-1 (2) bestemmer at medvirkning regnes som «etter evne» for å begrense skade, så bør også tapsbegrensning også kunne forankres i denne regelen.⁷⁰ Lødrup henviser også til Høyesterett sin vurdering i Rt. 1992 s.1469 («Leiebil») som omhandlet en person som fikk sin privatbil ødelagt dager før en bilferie med familien. Vedkommende krevde erstatning for leie av bil til ferien. Høyesterett mente at vedkommende kunne ha redusert denne tapsposten ved å eksempelvis reise med kollektiv transport i stedet. Ytterligere viser Lødrud til at ved erstatningsutmåling så er det ikke bare *tap* som får betydning, men det skal gjøres fradrag for økonomiske fordeler eller berikelser skadelidte har hatt grunnet skaden.⁷¹ Ytterligere skal det ikke være grunn til å erstatte verdier som ikke skadelidte selv finner grunn til å verne.⁷²

Andre juridiske teoretikere er med skeptiske til en slik innfallsvinkel. Nils Nygaard skriver at «i teorien er alternativet «begrense skade» i nr. 2 blitt brukt som heimel for skadelidnes plikt til å avgrensa skadeomfanget etter at skaden er skjedd. [...] Det finst også en dom som nemner denne lovregelen i ein slik samanheng, leigebildommen i Rt. 1992 s. 1469 (s. 1473). Eg meiner altså at dette ikkje er rett tolkning av regelen i nr. 2, men at nr. 2 går på medverknad til at skaden skjedde.»⁷³

2.5.4 Valgfri hjemmel

I Høyesterettsavgjørelsen HR-2015-1865 fremkommer det at det valgfritt om man benytter den ulovfestede sedvaneregelen eller skadeerstatningslovens § 5-1:

«[...] det [blir] nok mest en smakssak om man vil ta utgangspunkt i den ulovfestede regelen eller i § 5-1 også ved etterfølgende unnlattelse. Spørsmålet blir uansett om skadelidte har unnlatt å gjøre det som med rimelighet kan forventes for å begrense tapet [...]»⁷⁴

En slik løsning har enkelte problemer. Spørsmålet om tapsbegrensingsansvar følger av den ulovfestede sedvaneregelen eller skadeerstatningsloven § 5-1 har betydning for hvilke vilkår

⁶⁹ Lødrup, 2009, s. 416

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Lødrup, 2009, s. 448 med henvisning til Rt. 1981 s. 128 («Sevaldsen») hvor domstolen uttaler at «Det er et gjennomgående prinsipp i erstatningsretten at [...] skadelidte skal ikke komme bedre ut økonomisk enn om skaden ikke var skjedd».

⁷² Lødrup, 2009, s. 450

⁷³ (Nygaard, Skade og ansvar, 2007, s. 391)

⁷⁴ HR-2015-1865, avsnitt 33

og rettsvirkninger som gjelder.⁷⁵ Hvis tapsbegrensingsansvar er hjemlet i den ulovfestede regelen er disse mer åpne enn om dette følger av skadeerstatningsloven § 5-1. Videre bygger skadeerstatningsloven § 5-1 på en regel om skyld fra skadelidtes side. Sistnevnte problemstilling drøftes videre i denne avhandlingens del 2.8

2.6 Lojalitetsplikten forhold til tapsbegrensing

Fradrag i erstatningskrav grunnet manglende tapsbegrensing kan også anføres som illojal oppførsel og dermed brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten for parter. Lojalitetsplikten er en ulovfestet regel for partenes oppførsel i et kontraktsforhold.⁷⁶ Prinsippet er godt etablert i norsk kontraktsrett⁷⁷ og har utspring fra romerrettens begrep *bona fide*, «i god tro».⁷⁸ Lojalitetsplikten innebærer at partene skal ivareta hverandres berettigede interesser.⁷⁹ Plikten kan begrunnes i partenes avtalefrihet og en tanke om at partene er de beste til å ivareta sine egne interesser.⁸⁰ Plikten startet som en alminnelig handelsregel, men har etter årene blitt tatt opp både av lovgiver og domstol som en alminnelig kontraktsrettslig forpliktelse.

Plikten kan brukes som selvstendig rettsgrunnlag. Det første eksempelet på dette var Høyesterett i Rt. 1984 s.28, hvor førstvoterende uttalte at en avtale om kausjon måtte kjennes ugyldig etter avtaleloven § 33,⁸¹ og «*iallfall vil (...) rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold*».⁸² Etter denne avgjørelsen er lojalitetsplikten videreutviklet i rettspraksis og får stadig en større rolle i domstolens argumentasjon.⁸³ Videre viser Høyesterett til lojalitetsplikten i vurdering av tapsbegrensing:

⁷⁵ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 519

⁷⁶ Christoffersen, 2016, s. 153

⁷⁷ Christoffersen, 2016, s. 153

⁷⁸ Nazarian, 2006, s. 119 med henvisninger til Rt. 1936 s. 909 («*Ordbok*»).

⁷⁹ Simonsen, 1997, s. 287

⁸⁰ Nazarian, 2006, s. 113

⁸¹ Avtaleloven § 33 har sitt utspring av lojalitetsplikten ifølge Nazarian i sin bok «*Lojalitetsplikten i kontraktsforhold*» (2006) på side 117, men henvisninger til Anders Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikt* (2004) s.90 hvor det skrives at «*kravet til lojalitet under kontraktsforhandlinger trengte sig sterkt frem*».

⁸² Nazarian, 2006, s. 117 med henvisninger til Anders Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikt* (2004) s.90

⁸³ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. Utgave, Oslo 2014 s. 11.

«Ut fra den lojalitetsplikt som generelt gjelder i kontraktsforhold, har en kjøper plikt til å begrense sitt tap når selgeren misligholder»⁸⁴

Hva lojalitetsplikten innebærer konkret er tilnærmet likt hva som ligger i den alminnelige bruken av ordet «*lojalitet*» i dagligtalen. Plikten innebærer pålitelighet, i at man burde kunne stole på at den andre parten gjennomfører sine plikter etter avtalen og at de skal være tro mot avtalens intensjoner. I tillegg skal partene være rettskafne og hensynsfulle ved å eksempelvis varsle om endringer i avtaleforholdet og heller ikke misbruke sin rett.⁸⁵

Det foreligger utvilsomt et krav til partenes lojalitet i et kontraktsforhold.⁸⁶ Det videre spørsmålet er det foreligger lignende krav til partens lojalitet i en prekontraktuell fase slik som en konkurranse om offentlig kontrakt.

Lojalitetsplikten foreligger også ved en kontraheringsprosess, slik som i en anskaffelsesprosess. Lojalitetsplikten brukes blant annet som hjemmel i andre kontraheringsbestemmelser. For eksempel så bygger Avtaleloven § 33 på en forutsetning om at det oppstår prekontraktuelle forpliktelser for partene før en kontrakt inngås.⁸⁷ Rettspraksis legger også til grunn at lojalitetsplikten gjelder i kontraheringsprosessen. Dette fremgår eksplisitt av Rt. 2010 s.1478 i avsnitt 30 hvor det fremkommer at «*Det er i rettspraksis og teori lagt til grunn at den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene i et kontraktsforhold, også kan komme inn før endelig avtale er inngått*». ⁸⁸ Dette fremkommer også av Høyesterettsavgjørelsen «*Kina-Hansen*» at klanderverdig oppførsel i kontraheringsprosessen, «*illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende*» er brudd på lojalitetsplikten. ⁸⁹ Dette begrunnes i at når man begynner forhandlinger så skapes det beskyttelsesverdige forventninger til opptreden.⁹⁰

Den prekontraktuelle lojalitetsplikten i kontraheringsfasen bygger på partenes forventning. ⁹¹ Disse forventningene bygger på tanker om at motpartens adferd i rimelig grad reflekterer

⁸⁴ Rt. 2002 s.173

⁸⁵ Nazarian, 2006, s. 14

⁸⁶ Simonsen, 1997, s. 157

⁸⁷ Christoffersen, 2016, s. 158

⁸⁸ Dommen henviser videre til Rt. 1992 s. 1110, Rt. 1995 s. 543 og Rt. 1998 s. 761, samt juridisk teori (Simonsen, Lasse; Hagstrøm Viggo; og Woxholth, Geir).

⁸⁹ Rt. 1998 s.761.

⁹⁰ Christoffersen, 2016, s. 158. Se også (Nazarian, 2006, s. 116)

⁹¹ Simonsen, 1997, s. 18

ønsket kontraktsslutning.⁹² Når personer har som mål å inngå en kontrakt så stilles det strengere krav til lojal opptreden enn det gjelder i alminnelighet mellom personer.⁹³ Likevel vil det foreligge et utgangspunkt hvor partene har en stor grad av handlefrihet på forhandlingstidspunktet, hvor lojalitetsplikten er en form for minimumsstandard.⁹⁴

Det er strengere krav til lojalitet hos profesjonelle aktører. Innen anskaffelsesretten er det primært kun tale om profesjonelle aktører. Trolig på bakgrunn av blant annet denne profesjonalitetsstandarder har lojalitetsvurderinger innen anskaffelsesretten fått en fastere utforming.⁹⁵ Årelang praksis har vist noen grunnprinsipper for hvordan en anbudskonkurranse skal avvikles og hva som er «god anbudsskikk», og innebærer blant annet likebehandlingsprinsippet, gjennomsiktighetsprinsippet, forbud mot å forhandle og forsvarlig saksbehandling.⁹⁶ Slike faste prinsipper kom til uttrykk i en rekke underrettsdommer allerede før Anskaffelsesloven kom til kraft.⁹⁷ I Anskaffelsesloven av 2016 har flere av disse lojalitetsforpliktelsene blitt lovfestet for oppdragsgiver i Anskaffelseslovens § 4.

Oppdragsgivere er klart bundet av lojalitetsplikten. Anskaffelsesloven § 4 bestemmer at «*Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet*». Det må nevnes at bakgrunnen for Anskaffelsesloven § 4 ikke er for å kodifisere lojalitetsforpliktelser, men heller for å gjennomføre Norges forpliktelser til å følge Anskaffelsesdirektivets prinsipper etter EØS-avtalen.⁹⁸ Av Anskaffelsesdirektivet § 18 er prinsippene likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, hvor de grunnleggende prinsippene forutsigbarhet og etterprøvbarhet etter Anskaffelsesloven tilsvarer Anskaffelsesdirektivets prinsipp om gjennomsiktighet.

Det videre spørsmålet blir om hva lojalitetsplikten innebærer for den forbigåtte leverandør i relasjon til tapsbegrensingsplikten.

⁹² Simonsen, 1997, s. 18

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Simonsen, 1997, s. 7

⁹⁵ Simonsen, 1997, s. 556

⁹⁶ Simonsen, 1997, s. 537

⁹⁷ Simonsen, 1997, s. 538 som henviser til RG.1982 s.330 («*Drammen Veinett*») hvor domstolen på side 345 bekrefter at anbudskonkurranser medfører bestemte rettigheter og plikter.

⁹⁸ Dragsten M., 2020, s. 26

Det er klart at samtlige tilbydere har lojalitetsforpliktelser overfor oppdragsgiver i konkurransen om den offentlige kontrakten. Dette innebærer at tilbyderne har lojalitetsforpliktelser for å begrense tap grunnet feil i konkurransen selv om det ikke foreligger en kontrakt mellom partene.

Spørsmålet blir om leverandør har en lojalitetsforpliktelse til å begrense tap selv om det ikke er inngått kontrakt. Det er klart at det foreligger lojalitetsforpliktelser til leverandøren både før og etter kontrakt er inngått. Ved regelbrudd i anskaffelsesprosessen

2.7 Tapsbegrensing er et vurderingskriterium i erstatningsutmålingen

Dekningsbidraget baserer seg normalt på en tapspresumsjon. Hvor stor dekningsbidraget er vil i utgangspunktet være en konkret vurdering hvor bevisbyrden for det «tap» som er påført er hos saksøker.⁹⁹ De forventede gevinster av et oppdrag er likevel vanskelig å beregne, og det vil derfor ofte være problemer med å sannsynliggjøre tapets størrelse. Av den grunn er skadelidtes bevisbyrde ikke strukket særlig langt, hvor det er tilstrekkelig at skadelidte har blitt påført tap.¹⁰⁰ Ettersom tapets størrelse er vanskelig å beregne, baserer erstatningskravet seg alminnelig på en tapspresumsjon samt konkrete skjønsmessige betraktninger.¹⁰¹ I tillegg skal det ved utmålingen også ta hensyn til omfanget oppdraget faktisk fikk.¹⁰² Per tid er en generell tapspresumsjon på 12% dersom man følger Lagmannsrettens begrunnelse i dommene LB-2019-145192. Det kan også vurderes hva som er normal fortjenestemargin i en gitt bransje. Dette var vurderingen i Hålogaland lagmannsrett sin dom LH-2020-178227, hvor domstolen uttaler at «[den] kalkulerte fortjenestemarginen på 8,58 % er innenfor det som antas er vanlig å beregne i bransjen».

I Borgarting Lagmannsretts dom LB-2010-176631 («*Isachsen Entreprenør*») bestemmer domstolen at erstatningen får et fradrag grunnet manglende tapsbegrensing, da Isachsen

⁹⁹ Simonsen, 1997, s. 903

¹⁰⁰ Simonsen, 1997, s. 904 med henvisninger til Rt. 1991 s. 395. Merk at også de alminnelige vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse også må være oppfylt, nemlig *vesentlig brudd* på anskaffelsesregelverket og årsakssammenheng mellom tapet og bruddet, jfr. bla Fosen-Linjen.

¹⁰¹ Jfr. Simonsen, 1997, s. 904 med henvisninger til Torbjørn Løkkes særavhandling «*Valg av anbud innen entrepriseretten*» (1994). Da Simonsen skrev sin avhandling lå tapspresumsjonen på 10% av kontraktssummen, noe Simonsen mener er underlig da det vil det være lavere fortjenestemarginer i anbudssammenheng ettersom anbyderne konkurrer på å ha lavest pris. Ettersom domstolene i ettertid bruker en tapspresumsjon bruker en tapspresumsjon på 12% tyder dette på at domstolen har motsatt syn på tapspresumsjonens størrelse.

¹⁰² Jfr. Hålogaland Lagmannsrett LH-2020-178227 med henvisning til Rt. 2001 s. 1062 («*Nucleus*»)

Entreprenør AS som forbigått leverandør kunne ha skaffet seg alternativ beskjeftigelse. Oppdragsgiver som saksøkt anførte ikke manglende tapsbegrensning på saksøker sin side. Domstolen viser ikke til hvilket rettsgrunnlag de baserer dette på, annet enn at det er en «*skjønnsmessig vurdering*», og heller som et argument for å begrunne en tapspresumsjon på 8-10%. Ellers i juridisk teori og rettspraksis er det ens for at det kan gjøres fradrag i erstatningskravet dersom den forbigåtte leverandør kan bebreides for å ikke ha gjort det som var mulig for å begrense tapet.¹⁰³

Dette klargjør hva som er det egentlige innholdet i reduksjon i erstatningskrav grunnet manglende tapsbegrensning, nemlig at tapsbegrensning ikke er en selvstendig rettsregel i seg selv. Vurderingen av tapsbegrensning er heller et element av vurderingen av tapets reelle størrelse og ikke en rettsregel i seg selv.

Den mest nærliggende konklusjonen er at det ikke er behov for særskilt hjemmel for adgang til å gjøre fradrag for manglende tapsbegrensning.

2.8 Krav til skyld hos den forbigåtte leverandør?

Konklusjonen om at tapsbegrensning er et element av en skjønnsmessig vurdering av erstatningsutmålingen åpner for spørsmål om vurderingen skal skje på objektiv eller subjektivt grunnlag. Objektivt grunnlag innebærer at man ser på tiltakene den forbigåtte leverandør kunne gjort uavhengig av hvem de er, eller subjektivt basert på de forutsetningene de hadde. Nils Nygaard, som er imot skadeerstatningslovens § 5-1 som hjemmel for tapsbegrensning, mener at det er en objektiv regel når han skriver at tapsbegrensingsansvar «*er ein objektiv utmålingsregel. Den er ikkje avhengig av om skadelidne kan klandrast for at han ikkje etterkom avgrensingsplikta*». ¹⁰⁴ Bjarte Thorson på sin side mener at det heller bør bero på en aktsomhets eller rimelighetsvurdering fremfor bare om egen skyld.¹⁰⁵

For den forbigåtte leverandør vil jeg si at dette heller nærmer seg en objektiv ansvarsregel, hvor det relevante er hvilke tiltak som er rimelige å kreve av den forbigåtte leverandør. Denne

¹⁰³ Dragsten M. H., 2013, s. 825

¹⁰⁴ Nygaard, Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt-1999-1967, 2000, sluttnote 6

¹⁰⁵ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 520 med henvisning til Thorson, 2015, s. 171

tilnærmingen begrunnes det stilles strengere krav til partenes aktsomhet og lojalitet når det er tale om profesjonelle aktører, slik som i en konkurranse om offentlige kontrakter.

2.9 Tapsbegrensing i internasjonal rett

Reduksjon grunnet manglende tapsbegrensing er ikke en særnorsk regel. Regelen har også plass i internasjonal rett, og er i større grad kodifisert. UNIDROIT har eksempelvis kodifisert tapsbegrensing gjennom artikkel 7.4.8 (1). UNIDROIT er en internasjonal organisasjon hvor Norge er medlem, hvis hensikt er å samle alminnelige kontraktsrettslige prinsipper på tvers av juridiske tradisjoner.¹⁰⁶ Etter artikkelen er *“The non-performing part is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps”*. Fra kommentarene til artikkelen er hensikten bak denne bestemmelsen å hindre at skadelidte skal sitte passivt i vente på å bli kompensert for skade som kunne være unngått eller redusert. Enhver skade som skadelidte kunne unngått ved å ta rimelige steg vil ikke bli kompensert.¹⁰⁷ UNIDROIT slår dermed fast at det må skje fradrag i erstatningskrav dersom skadelidte ikke gjennomfører tapsbegrensende tiltak, og oppfattes fjerne som et utslag om kravet om *«good faith»* på samme måte som lojalitetsprinsippet har sitt utspring fra prinsippet om *«god tro»*.¹⁰⁸ Konvensjon om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (CISG) har en mer direkte bestemmelse omkring skadelidtes tapsbegrensingsansvar i sin artikkel 77.

*«A party who relies on a breach of contract must **take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.**»* (Min markering)

Bestemmelsen er lik i innhold på blant annet den norske kjøpslovens bestemmelse om tapsbegrensing, hvor den ikke-misligholdende part skal begrense den andre partens tap.¹⁰⁹ Formålet bak bestemmelsen er klart å begrense tap. Ordlyden tilsier at tiltak bør iverksettes så snart skadelidte kunne forutse at det kunne være misligholdt av kontrakten og de tap det er forventet at dette medfører.¹¹⁰ Ordlyden i andre setning klargjør at dette er en regel som direkte går på erstatningsutmålingen.

¹⁰⁶ Cordero-Moss, Giuditta “Internasjonal privatrett – Unidroit-prinsippenes 4. utgave», Nytt i privatretten nr. 3/2016 s. 10-11.

¹⁰⁷ <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/chapter-7-section-4/#1623952468985-a26914a8-6057>, under Article 7.4.8

¹⁰⁸ Soll/Gruber i *«Schlechtriem & Schwenzler»* s. 790

¹⁰⁹ Jfr. Lov om kjøp av 1989 § 70.

¹¹⁰ C. Massimo Bianca, 1987, s. 566

Det rettsmiddelsdirektivet som regulerer rettsmidler ved brudd på det EU-rettslige anskaffelsesregelverket inneholder ingen bestemmelse for utmålingen av erstatning og i den relasjon ingen bestemmelse om tapsbegrensing.¹¹¹ Bakgrunnen for dette er at direktivet aldri var ment til å gi konkrete bestemmelser for erstatning for medlemsstater. Nærmere fastsettelse er i utgangspunkt overlatt til nasjonal rett, så lenge det er innenfor effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.¹¹² Så lenge ekvivalens- og effektivitetsprinsippene overholdes er EU-retten ikke til hinder for nasjonal rett å avkorte tap. Dette blir spesifisert i C-453/99 (*Courage*).¹¹³ EU-domstolen har også uttalt at det er en alminnelig og felles rettsgrunnsetning i medlemstatene at skadelidte på passende måte må tilstrebe å begrense omfanget til skader og ellers selv bære tapet.¹¹⁴ Principles of European Contract Law (PECL) inneholder også bestemmelse i Kapittel 8 som i likt i sitt innhold og ordlyd som CISG artikkel 77. I kommentarene til bestemmelsen at vurderingen om hva som er «reasonable measures» beror på en konkret anvendelse av rimelighetsstandarder. Disse rimelighetsstandardene må vurderes konkret ut fra den gitte situasjon, men ikke såpass strenge at det vil kreve at parten må akseptere urimelige tiltak.¹¹⁵

¹¹¹ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007

¹¹² (Fredriksen, 2013, s. 499)

¹¹³ (Strømsnes, 2021, s. 363)

¹¹⁴ Jfr. de forente sakene C-46/93 og C-48/93 (*Brasserie & Factorame*), premiss 84. Viser også til (Fredriksen, 2013, s. 518)

¹¹⁵ Commentary to Trans-Lex Principle , <https://www.trans-lex.org/949000>

3 Manglende tapsbegrensende tiltak som vurdering

3.1 Innledning

Tapsbegrensing er en skjønnsmessig vurdering av hvilket tap som er lidt. Dette drøftes mer inngående i denne avhandlingens del 2. Det er vanskelig å vurdere hvilket tap den forbigåtte tilbyderer har lidt. Dette kravet som hovedregel basert på en tapspresumsjon.¹¹⁶ Av den grunn er vurderingen av tapsbegrensing en skjønnsmessig vurdering av det tap som er lidt. Poenget er at erstatningsutmålingen ofte baserer seg på et hypotetisk dekningsbidrag basert på en skjønnsmessig vurdering, hvor manglende tapsbegrensing kan være en del av denne vurderingen. Denne delen av avhandlingen omhandler hva som ligger i denne vurderingen.

Denne skjønnsmessige vurderingen er konkret på den enkelte sak. Inngangsspørsmålet her er om leverandøren har hatt tapsbegrensende tiltak som de kunne gjennomføre. Disse tiltakene innebærer en aktivitetsplikt, noe som betyr at dersom den forbigåtte leverandøren er passiv må dem bære mertapet selv.¹¹⁷ Dette illustreres godt i Høyesterettsdommen Rt. 1998 s.1398 («*Torghatten*»¹¹⁸ Dersom *Torghatten* hadde blitt tildelt oppdraget hadde de blitt tildelt penger til å bygge en ny båt. Vurderingen av manglende tapsbegrensing var relevant for erstatning for tapt fortjeneste av ny båt. Dette fortjenestetapet var en aktuell tapspost som fremtidig fortjeneste. Domstolen avfeide denne anførselen om manglende tapsbegrensing, men at dette kunne vært aktuelt dersom «(...) *dersom Torghatten allerede eide – eventuelt hadde leid – et fartøy som skulle brukes på strekningen, og lot fartøyet ligge uten beskjeftigelse i påvente av utfallet av rettssaken*».¹¹⁹ «*Torghatten*» dommen illustrerer også at skadelidte kan være forpliktet til å umiddelbart gjennomføre tiltak i stedet for å vente på en eventuell markedsutvikling.¹²⁰

¹¹⁶ Sett inn dommer som bruker tapspresumsjon.

¹¹⁷ Viggo Hagstrøm, 2019, s. 519

¹¹⁸ Dragsten M. , 2020, s. 81

¹¹⁹ Avgjørelsens side 1413

¹²⁰ Krüger, 2001, s. 302

Vurderingen vil også inneholde en konkret vurdering av om leverandøren har vist uaktsomhet ved å ikke gjennomføre tiltakene til tross for kunnskap om at dette bør være nødvendig. Plikten til aktsomhet starter ved det tidspunktet når den forbigåtte leverandør burde vært klar over at det forelå feil i konkurransen. I dette ligger det en aktsomhetsplikt for skadelidte.¹²¹ Denne aktsomhetsvurderingen er strengt ettersom det er tale om profesjonelle aktører, og det blir nærmere en vurdering av hva den forbigåtte leverandør kan gjøre for å begrense tap. Vurderingen av aktsomhet har på den måten praktiske forskjeller fra culpa som ansvarsgrunnlag, og det blir mer hensiktsmessig å beskrive aktsomhetsvurderingen som en vurdering av hva som er rimelig.¹²²

3.2 Tapsbegrensende tiltak

3.2.1 Forbigåtte leverandørs tapsbegrensende tiltak

Dersom skadelidte har gjennomført tapsbegrensende tiltak kan anførsler om skadelidtes manglende tapsbegrensing avfeies. Dette var tilfellet i Salten og Lofoten Tingrett sin dom TSOL-2016-100713-2 («*IKT-driftstjenester*») hvor den forbigåtte leverandør hadde foretatt seg en nedbemanning etter tapt kontrakt noe som var tilstrekkelig i domstolens øyne. I relasjon til tiltak skriver domstolen at «*tapsbegrensingsplikten [kan] ikke strekkes lenger enn til de tiltak [forbigått leverandør] foretok seg*». Videre om andre hypotetiske tiltak viser domstolen til at oppdragsgiver må angi hvilke andre tapsbegrensende tiltak leverandøren kunne ha gjort gjennom uttalelsen «*kommunen har heller ikke konkret angitt hvilke andre tiltak selskapet burde foretatt*».¹²³ Denne delen av avhandlingen ser kort på konkrete tiltak den forbigåtte leverandøren kan gjennomføre.

3.2.2 Alternative oppdrag

Det tiltaket som vanligvis blir anført er at den forbigåtte leverandøren kunne ha skaffet seg alternative oppdrag. Dette kan også innebære at den forbigåtte leverandøren kunne ha fylt opp ledig kapasitet i tiden etter at de ikke ble tildelt kontrakten og på den måten begrenset sitt

¹²¹ Tverberg, 2008, s. 748 med henvisning til Hagstrøm, Viggos «*Kjøpsrett*» (2005). Selv om Tverberg drøfter konkret opp mot forbrukerkjøpslovens regler, gjelder dette også innen kontraktsretten generelt.

¹²² Thorson, 2015, s. 172

¹²³ Saken ble anket videre til Hålogaland lagmannsrett i avgjørelsen LH-2022-125450 om Tingrettens avgjørelse skulle avvises grunnet manglende rettslig interesse. Utmålingsspørsmålet ble derfor ikke drøftet videre.

tap.¹²⁴ Et eksempel på dette er avgjørelsen i Borgarting Lagmannsrett i LB-2010-176631 («*Isachsen Entreprenør*»). Erstatningsutmålingen her ble noe redusert på grunn av manglende tapsbegrensning da leverandøren kunne skaffet seg alternativ beskjeftigelse og inntjening.

Lindalen skriver i «Offentlige Anskaffelser, Kommentatorutgave» at tapsbegrensningsplikten innebærer at en leverandør som urettmessig ikke er tildelt kontrakt, aktivt må ut i markedet for å begrense sitt tap.¹²⁵ Dette kan begrunnes i det faktum at det stilles strenge krav til partenes profesjonalitet samt sterke lojalitetshensyn.

3.2.3 Omdisponere ressurser

Et annet alternativt tapsbegrensende tiltak er å omdisponere sine ressurser dersom kontrakten glipper. Dette var et spørsmål i Eidsiva Lagmannsrett avgjørelse LE-2015-102226 («*Ødegården skole*»). Oppdragsgiver anførte at den forbigåtte leverandøren ikke hadde lidd noe økonomisk tap som følge av tapsbegrensningsplikten, da de hadde en plikt til å omdisponere ressurser når de ikke ble tildelt kontrakten. Med dette mente de at den forbigåtte leverandøren ikke hadde noe tap da de personer som skulle brukes på prosjektet ble benyttet på andre prosjekter, og at de ikke kunne hente inn ubegrenset med ressurser fra andre deler av konsernet. Domstolen var enig i anførselen om at den forbigåtte leverandøren hadde en slik tapsbegrensningsplikt, men ikke enig at den forbigåtte leverandøren ikke hadde lidt noe tap da de ville «*ha hatt kapasitet til å gjennomføre skoleprosjektet i tillegg til de øvrige oppdrag som selskapet har påtatt seg etter tildelingen til [vinneren av konkurransen]*».

3.2.4 Melde seg til ny konkurranse

Et mulig tapsbegrensende tiltak som har blitt anført innen juridisk teori er om den forbigåtte leverandøren har en plikt til å melde seg på samme konkurransen på ny dersom konkurransen har blitt avlyst, men utlyst igjen. Dersom en oppdragsgiver avlyser en konkurranse for å deretter gjennomføre en ny, kan det hevdes at saksøker ikke begrenser sine tap dersom han ikke deltar i den nye konkurransen.

Svaret på om dette er et tiltak man kan kreve av den forbigåtte leverandør er nei. Akkurat denne problemstillingen var i Borgarting lagmannsretts dom av 23. februar 2009, LB-2008-

¹²⁴ Dragsten M. H., 2013, s. 825

¹²⁵ Lindalen, 2005, s. 317

74693 (*Mester Yrkesbygg Bergen*). Lagmannsretten mener at leverandøren ikke hadde forsømt å tidsbegrense ved å ikke delta i den nye anbudskonkurransen. Det ble vist til at deltagelse ville medført merutgifter for leverandøren, og at det ikke kunne legges til grunn at leverandøren ville fått oppdraget.¹²⁶ Dette synspunktet støttes av NOU 2010:2 s. 176 hvor det påpekes at en anbyder ikke har plikt til å delta i en etterfølgende konkurranse for å oppfylle kravet til tapsbegrensing.¹²⁷

¹²⁶ Dragsten M. H., 2013, s. 825

¹²⁷ Ibid.

3.3 Tiltakene må være rimelige

Oppdragsgiver kan naturligvis ikke anføre vilkårlig hvilke tiltak som skal kreves av den forbigåtte leverandør. Dersom dette var tilfellet ville dette være i strid med både Rettsmiddeldirektivet og det europeiske effektivitetsprinsippet da dette effektivt vil hindre den forbigåtte å kreve erstatning.¹²⁸ Spørsmålet er da hvilket kriteria som er aktuelt i vurderingen av aktuelle tiltak..

Et slikt kriterium må hentes ved analogi fra andre rettsområder. Anskaffelsesregelverket har ingen vurderingskriterier for hvilke tiltak som kreves, og det finnes ingen rettsavgjørelser på anskaffelsesrettens område som har tapsbegrensing som et vurderingselement drøfter tematikken. Det er derfor hensiktsmessig å se hvilket kriteria som brukes for å vurdere tiltak innen kontraktsretten samt internasjonal rett for å gi en pekepinn på hvilket vurderingskriteria som gjelder i anskaffelsesretten. Dette må gjøres ved bruk av induksjonsanalogi. Til grunn i induksjonsanalogi er at lovgiver gjennom flere enkeltstående gir uttrykk for en mer alminnelig rettstanke.¹²⁹ Induksjonsanalogi er mest relevant når det foreligger flere rettsregler som er relevante for saken, men som ikke svarer til det fremsatte spørsmålet. Særlig på spørsmål hvor lojalitetshensyn er relevante er induksjonsanalogi relevant.¹³⁰

Det generelle utgangspunktet innen kontraktsrett både for norsk og internasjonal rett er at tiltakene som forventes er «rimelige tiltak».¹³¹ Den slik ordlyd er bevist vag og mer ment til å favne om mange forskjellige situasjoner. Ordlyden i «rimelige tiltak» tilsier at det foretas tiltak basert på en forsvarlig vurdering av hva som er hensiktsmessig basert på omstendigheter i det konkrete tilfellet. En slik ordlydstolkning støttes av forarbeidene til kjøpsloven som sier følgende om hva som er «rimelige tiltak» for tapsbegrensing.

*«Ved vurderingen må man ta hensyn til hva som med rimelighet kunne ventes av vedkommende på det tidspunktet kontraktsbruddet oppsto».*¹³²

I dette ligger det også at dersom skadelidte ikke hadde tiltak som kunne være tapsbegrensende så kan det heller ikke forventes at skadelidte skal gjennomføre tapsbegrensende tiltak. Videre

¹²⁸ Henvisning til rettsmiddeldirektivet

¹²⁹ Monsen, 2012, s. 102. Monsen poengterer også at induksjonsanalogi er vanlig på kontraktsrettens område.

¹³⁰ Monsen, 2012, s. 103. Monsen henviser i tillegg til Rt. 1990 s. 607 hvor domstolen gjennom induksjonsanalogi henviste til lojalitetsbestemmelsene §§ 275 og 276 i Straffeloven av 1902.

¹³¹ Se blant annet kjøpsloven § 70

¹³² Ot.prp nr.80 (1986-87), side 128

må man se på skadelidte på tidspunktet når skaden oppsto. Innen anskaffelsesretten vil dette være en vurdering av hvilke tiltak som man med rimelighet kunne forvente av den forbigåtte leverandøren da han *burde* oppdaget at det var en feil i anskaffelsesprosessen eller ved tildelingen.

Videre skriver forarbeidet følgende om «*rimelige tiltak*» i relasjon til kjøpsretten:

«Selv om man i ettertid finner at parten, slik forholdene utviklet seg, burde ha handlet på en annen måte, er det ikke sikkert at man på tiden for kontraktsbruddet kunne vente dette av vedkommende Det må ta hensyn til at parten kan trenge en viss tid til å finne ut hvilke tiltak som er mest formålstjenlige. Det må ellers ta hensyn til kjøpets karakter og hva som er vanlig innen vedkommende bransje».

Det stilles her ikke store krav til skadelidte og om han burde handlet på en annen måte. Selv om det kunne ha eksistert tiltak som kunne ha begrenset tapet skal disse kun vurderes dersom dette var noe man kunne forvente av parten. Likeså vil det være uvesentlig om tiltaket viser seg å ha vært mislykket eller om det medfører større utgifter enn det tapet som søkes unngått ved tiltaket.¹³³ Det vesentlige er om parten har gjort et reelt forsøk gjennom «*rimelige tiltak*» å begrense tapet. Hvilke tiltak dette kan være må vurderes konkret og skjønnsmessig ut fra den konkrete skadelidte og sakens omstendigheter.

EU-retten har etter EU-domstolens praksis om tapsbegrensing også brukt lignende vurderingskriteria om tapsbegrensing også på anskaffelsesrettens område. Spørsmålet er ofte om skadelidte har «*på passende måte*» har søkt å begrense skadens omfang.¹³⁴ I EU-domstolens avgjørelse «*Mulder*» var det spørsmål om det kunne gjøres fratrukk for inntekter som man «*havde kunne indtjene, såfremt de på fornuftig vis have igangsatt en sådan virksomhet*».¹³⁵ Ved sin bruk av «*fornuftig vis*» viser domstolen at dette en vurdering av «*rimelige tiltak*». At man kan forvente «*fornuftige tiltak*» svarer domstolen bekreftende på, og uttaler at «*Denne konklusjon følger af en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer*». Samme vurderingskriteria ble brukt i EU-domstolens «*Brasserie du Pêcheur*».¹³⁶ I den danske oversettelsen av dommen er vurderingen om «*den*

¹³³ Tverberg, 2008, s. 71

¹³⁴ Fredriksen, 2013, s. 505

¹³⁵ Forente saker C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen 1992 s. 1-3061 (Avsnitt 33)).

¹³⁶ Forente saker C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur mot Tyskland, og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. m.fl

skadelidte paa passende maade har soegt at undgaa skaden eller begraense dens omfang.¹³⁷

Den engelske oversettelsen bruker i stedet for «*paa passende maade*» uttrykket «*reasonable dilligence*».

¹³⁷ Avgjørelsens avsnitt 84.

3.4 Fradraget

Utgangspunktet og det endelige målet med fradrag grunnet manglende tapsbegrensning er at hver part kun skal være ansvarlig for sin del av tapet. I dette ligger det at erstatningsutmålingen skal tilstrebes å være lik det tapet som oppdragsgiver er ansvarlig for. Dette medfører også at fradraget kan være større enn den del av tapet som den forbigåtte leverandør er ansvarlig for. I tillegg skal ikke fradraget være på en måte som virker sosialt urettferdig eller urimelig. Dette fremkommer av Høyesterettsavgjørelsen Rt. 2008 s.453 («*Otterstrand*») som omhandlet fradrag grunnet medvirkning.¹³⁸

Et annet vurderingsmoment er hvor lang tid den forbigåtte bruker før tapsbegrensende tiltak iverksettes. Dette poengteres av Lagmannsretten i dommen LB-2010-176631 («*Isachsen Entreprenør*») hvor domstolen uttaler at «*tapsbegrensningsplikten [gjør] seg gjeldende med større tyngde etter hvert som tiden går*», samt at «*Hvor stor vekt dette skal tillegges, beror på en skjønnsmessig vurdering*».

Det er svært vanskelig å gi en generell pekepinn på størrelsen fradraget grunnet manglende tapsbegrensende tiltak utover dette. Dette er ikke bare fordi erstatningskravet ofte er basert på en skjønnsmessig vurdering eller preget av usikkerhet, men også fordi det er vanskelig å konkret påvise hvilken betydning tiltak kunne hatt. Dette problemet bemerkes også i LE-2015-102226 («*Ødegården skole*») når domstolen drøfter det økonomiske tapet.

¹³⁸ Dommens avsnitt 42.

Kilderegister

Lover

- LOV-1969-06-13-26 - Skadeerstatningsloven
- LOV-1902-05-22-10 - Almindelig borgerlig Straffelov
- LOV-1902-05-22-11 - Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden
- LOV-2016-06-17-73 - Lov om Offentlige Anskaffelser
- LOV-1989-06-16-63 - Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere
- LOV-1997-06-13-43 - Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
- LOV-2002-06-21-34 - Lov om forbrukerkjøp

Forskrifter

- FOR-2002-11-15-1288 - Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser
- FOR-2016-08-12-974 - Forskrift om offentlige anskaffelser
- FOR-2016-08-12-976 - Forskrift om konsesjonskontrakter

Forarbeider

- NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser
- Prop.51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser
- Ot.prp.nr.71 (1997–1998) Om lov om offentlige anskaffelser
- Ot.prp.nr.80 (1986–1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

Rettspraksis

Høyesterett

HR-2015-1865-A

Rt. 1936 s. 909

Rt. 1981 s. 128

Rt. 1984 s.28

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1992 s.1469

Rt. 1998 s.1398

Rt. 1998 s.761.

Rt. 2001 s.1062

Rt. 2002 s.173

Rt. 2010 s.1478

Rt.2007 s.425

Lagmannsretten

LB-2008-74693

LB-2010-176631

LB-2019-145192

LB-2020-37901

LE-2015-102226

LH-2020-178227

RG. 1936 s.394

Tingretten

TSOL-2016-100713-2

EU/EØS-Rett

Forente saker C-104/89 og C-37/90, Mulder m.fl. mot Rådet og Kommisjonen 1992 s. 1-3061

Sak av 15. desember C-558/15, Alberto José Vieira de Azevedo m.fl. mot CED Portugal Unipessoal, Lda og Instituto de Seguros de Portugal

Forente saker C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur mot Tyskland, og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. m.fl

Internasjonal Rett

FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsekjøp, vedtatt 11 april 1980

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende frihetene, vedtatt 4. november 1950

Direktiver

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007

Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007

Litteratur

- Askeland, B. (Universitetsforlaget). Erstatning for preventive utgifter. *Tidsskrift for rettsvitenskap 2010*, 1-72.
- Bergo, K. (2022). *Rett Praksis - Lærebok i norsk juridisk metode*. Bergen: Fagbokforlaget.
- C. Massimo Bianca, M. J. (1987). *Commentary on the international sales law : the 1980 Vienna sales convention*. Milan: Giuffrè.
- Christoffersen, M. B. (2016). Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis. I E. J. Hjelmeng, *Ugyldighet i privatretten* (ss. 154-182). Bergen: Fagbokforlaget.
- Dragsten, M. (2020). *Anskaffelsesloven med forskrift - kommentatorutgave*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Dragsten, M. H. (2013). *Offentlige anskaffelser: regelverk, praksis og løsninger*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Fredriksen, H. H. (2013). *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Bergen: Universitetet i Bergen.
- Graver, H. P. (2008). Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 149-178.
- Hagstrøm, V. (2011). *Obligasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Halvard Haukeland Fredriksen, G. M. (2018). *EØS-rett*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Kjerschow, P. (1930). *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 og Lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden av 22. mai 1902*. Oslo: Forlaget av H. Aschehoug & Co.
- Krüger, K. (2001). Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse – fra «Firesafe» 1997 til «Nucleus» 2001. *Jussens Venner*, ss. 261-302.
- Lindalen, M. H. (2005). *Offentlige Anskaffelser, kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Lødrup, P. (2009). *Lærebok i erstatningsrett*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Monsen, E. (2012). *Innføring i Juridisk Metode*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.
- Munukka, J. (2007). *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm: Jurë forlag.
- Nazarian, H. (2006). *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Tromsø: Universitetet i Tromsø.

- Nygaard, N. (2000). Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt-1999-1967. *Lov og Rett* 2000 , 429-442.
- Nygaard, N. (2007). *Skade og ansvar*. Bergen: Universitetsforlaget.
- Simonsen, L. (1997). *Prekontraktuell Ansvar*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Strømsnes, K. (2021). *Anskaffelsesrettslig "uten virkning"*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.
- Thorson, B. (2015). Tapsbegrensningsplikt ved personskader. *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* , 161-190.
- Tverberg, A. (2008). *Forbrukerkjøpsloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Viggo Hagstrøm, A. S. (2019). *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.