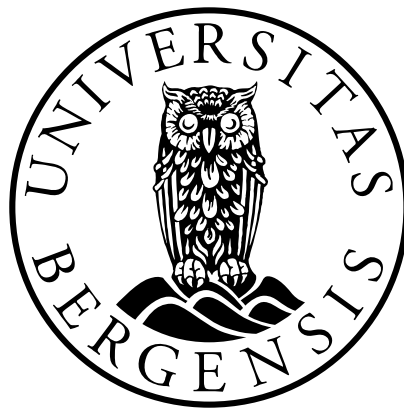


Erstatning for positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesretten

Kandidatnummer: 198

Antall ord: 14772



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08. juni 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Aktualitet og tema	3
1.2 Avgrensninger	4
1.3 Videre fremstilling.....	5
2 Særtrekk ved rettskildebildet og metodiske utgangspunkt.....	6
2.1 Rettskildebildet.....	6
2.2 Juridisk metode.....	6
2.3 EU/EØS-rettens krav til gjennomføring av EØS-relevante direktiver	9
3 Erstatning	11
3.1 Rettslige utgangspunkt	11
3.2 Hensyn bak erstatning	13
3.3 Nærmere om positiv og negativ kontraktsinteresse.....	14
3.4 Begrepsbruk om ansvarsgrunnlag	15
4 Rettspraksis før Fosen-Linjen	16
4.1 Høyesteretts avgjørelser: « <i>vesentlege feil</i> » som ansvarsnorm.....	16
4.1.1 Nucleus.....	16
4.1.2 Reno-Vest.....	18
4.1.3 Trafikk og Anlegg.....	18
4.2 EU-domstolens avgjørelser.....	19
4.2.1 Strabag.....	19
4.2.2 Combinatie	21
4.2.3 Strabag og Combinatie harmonisert.....	23
5 Fosen-Linjen.....	26
5.1 Sakens bakgrunn.....	26
5.2 Fosen I	26
5.3 Fosen II.....	28
5.4 Høyesteretts avgjørelse i Fosen-Linjen	30
5.4.1 Etablering av ansvarsgrunnlag	30
5.4.2 Subsumsjon	33
6 Ansvarsgrunnlag etter Fosen-Linjen.....	36

6.1	Rettsbruddsansvar.....	36
6.2	Skyld.....	38
6.2.1	Skyld som vilkår.....	38
6.2.2	Skyld som moment.....	40
6.2.3	Oppsummering	42
6.3	Oppdragsgivers skjønn	43
6.4	Klarhet	44
6.4.1	Betydningen av den brutte regelens klarhet	44
6.4.2	Forholdet til den tidligere « <i>vesentlege feil</i> »-normen.....	46
6.4.3	Oppsummering	48
6.5	Rettsvillfarelse	48
6.5.1	Rommet for å vektlegge rettsvillfarelse	48
6.5.2	Når er rettsvillfarelse unnskyldelig	51
6.5.3	Betydning av oppdragsgivers størrelse	52
6.5.4	Kjennskap til at jussen bestrides	54
6.5.5	Forhold til « <i>vesentlege feil</i> »-normen.....	54
6.5.6	Oppsummering	55
7	Konklusjon	56
	Litteraturliste	58

1 Innledning

1.1 Aktualitet og tema

I 2018 kjøpte det offentlige varer og tjenester for 564 milliarder kroner, om lag en sjettedel av bruttonasjonalproduktet (BNP).¹ For å sikre at midlene benyttes på en optimal måte stiller Lov om offentlige anskaffelser (LOA), med tilhørende forskrifter, krav til anskaffelsene. Formålet med reglene er å sikre en «*effektiv bruk av samfunnets ressurser*» og å legge til rette for at det offentlige opptrer med «*integritet slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte*», jf. henholdsvis LOA § 1 første og annet punktum.

Sentralt for forståelsen av de norske reglene om offentlige anskaffelser er de krav EU/EØS-retten stiller til norsk rett. Dette skyldes at reglene gjennomfører EUs direktiver om offentlige anskaffelser.² Direktivene skal bidra til å realisere et felles europeisk indre marked gjennom fri konkurranse.³

Avhandlingens problemstilling er: Hva er vilkåret for ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktinteresse for brudd på reglene om offentlige anskaffelser i norsk rett? Særlig vil forholdet mellom det tidligere ansvarsgrunnlaget for «*vesentlege feil*» og den nye normen «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» stå sentralt.

Med positiv kontraktsinteresse – fortjenestekostnaden – menes den brutto fortjenesten tilbydereren ville tjent på kontrakten. Motstykket er den negative kontraktsinteressen – tilbudskostnaden – som er kostnaden ved å inngi tilbud.

Innholdet i ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse er aktuelt fordi Høyesterett etablerte et nytt ansvarsgrunnlag i *Fosen-Linjen*.⁴ Det tidligere vilkåret for ansvar for positiv

¹ DIFI «*Statistikk om innkjøp*»; SSB Statistikk «*Hva er egentlig BNP?*».

² Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser s. 19.

³ Arrowsmith (2014) s. 155. Se også direktiv 2014/24/EU fortalen første betraktning.

⁴ HR-2019-1801-A.

kontraktsinteresse i anskaffelsesretten var «*vesentlige feil*», jf. *Nucleus*.⁵ EU-domstolen senere avgjørelser i *Strabag* og *Combinatie* reiste spørsmål om ansvarsnormen etablert i *Nucleus* samsvarte med EU/EØS-retten.⁶ I *Fosen-Linjen* forelå to rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen, *Fosen I* inngitt til lagmannsretten, og *Fosen II* inngitt til Høyesterett.⁷ Mens den første uttalelsen tydet på at ethvert rettsbrudd skulle lede til ansvar, la den andre derimot til grunn den kvalifiserte terskelen «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som minimumsnorm. Høyesterett etablerte i *Fosen-Linjen* en ansvarsnorm etter sistnevnte, tilsynelatende i tråd med statens erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-regler.⁸

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses til å gjelde anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid, varer og tjenester, såkalt «klassisk sektor». Klassisk sektor er regulert i Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) som gjennomfører 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet). Forsyningssektoren regulert i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) og forsvarssektoren regulert i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) faller dermed utenfor. Samtidig er det ikke vesensforskjell mellom sektorene hva gjelder erstatning, all den tid LOA § 10 regulerer samtlige sektorer. Grunnet rettskildetilfanget i klassisk sektor må dessuten rettsstilstanden antas å være førende også for de andre sektorene. Nevnte rettskilder regulerer anskaffelser foretatt av det offentlige. Anskaffelser foretatt av private vil ikke bli behandlet.

Videre avgrenses oppgaven mot en behandling av erstatning under nasjonal terskelverdi på 100 000 kr, jf. LOA § 1 første ledd. Det sondres ikke mellom anskaffelser under EØS terskelverdi (FOA del II) og over EØS terskelverdi (FOA del III), idet norsk rett behandler tilfellene likt.⁹

⁵ Rt. 2001 s. 1062.

⁶ C-314/09 *Strabag*; C-568/08 *Combinatie*.

⁷ Sak E-16/16 *Fosen I*; Sak E-7/18 *Fosen II*.

⁸ Statens erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-regler er utfyllende behandlet i Fredriksen (2013).

⁹ Fredriksen (2010) s. 603.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2 redegjøres det for rettskildebildet og juridisk metode. Dernest behandles erstatning innenfor offentlige anskaffelser i kapittel 3. I kapittel 4 presenteres sentrale avgjørelser fra Høyesterett og EU-domstolen fra før *Fosen-Linjen*. Deretter behandles *Fosen-Linjen* i kapittel 5. Kapittel 6 trekker dette sammen og innholdet i ansvarsnormen diskuteres. Til sist rettes det enkelte avsluttende bemerkninger i kapittel 7.

2 Særtrekk ved rettskildebildet og metodiske utgangspunkt

2.1 Rettskildebildet

Rettskildebildet for offentlige anskaffelser er komplisert. Dette skyldes bl.a. den omfattende reguleringen, som er en konsekvens av rettsområdets sentrale plassering under EUs fire friheter. I tillegg er offentlige anskaffelser utpekt som et sentralt virkemiddel for å oppnå andre samfunnshensyn både i EU og i Norge. EU-direktivene om offentlige anskaffelser er utpekt som et sentralt virkemiddel i EUs strategiplan «*Europe 2020 — A strategy for smart, sustainable and inclusive growth.*»¹⁰ Også i Norge er det pekt på at det offentlige skal bruke sin innkjøpsmakt for å tilgodese flere hensyn, slik som miljø- og klimautfordringene, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av internasjonale menneskerettigheter.¹¹ Offentlige anskaffelser er med andre ord et rettsområde med omfattende regulering og kryssende hensyn. Til tross for gjennomgående høy reguleringsgrad i anskaffelsesretten, kan det samme ikke sies om reguleringen av erstatning på området. Erstatning for positiv kontraktsinteresse er lite detaljert regulert.

2.2 Juridisk metode

Opgavens problemstilling omhandler innholdet i gjeldende rett. Fremstillingen er dermed rettsdogmatisk.¹² For å besvare problemstillingen brukes alminnelig norsk og EU-rettslig juridisk metode.

I norsk juridisk metode er utgangspunktet for lovtolkning den alminnelig språklige forståelse av lovteksten.¹³ Videre innebærer den norske lovgivningsteknikken med knappe lovtekster som utdypes i forarbeider at forarbeider ofte har særlig argumentasjonsverdi –

¹⁰ Direktiv 2014/24/EU fortalen andre betraktning.

¹¹ Meld. St. 22 (2018–2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s.12.

¹² Mæhle (2006) s. 329.

¹³ Boe (2012) s. 135.

rettskildemessig vekt.¹⁴ Det er også vanlig at høyesterettspraksis tillegges betydelig vekt.¹⁵ Rettspraksis er særlig sentralt på rettsområder hvor lovgiver i utstrakt grad har overlatt rettsutviklingen og rettsavklaringen til Høyesterett, slik som på erstatningsrettens område.¹⁶

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) behandler hvert år en rekke saker om offentlige anskaffelser. Med unntak av nemndens kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter LOA § 12, er uttalelsene rådgivende. Den rettskildemessige vekten av KOFA-avgjørelser er dermed begrenset.¹⁷ Praksis fra KOFA er av mindre betydning for innhold i erstatningsvilkår. Dette skyldtes at KOFA som utgangspunkt ikke tar stilling til innholdet i erstatningsvilkår, jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 annet ledd i.f.

At anskaffelsesretten gjennomfører EØS-relevante direktiver fører til at EFTA-domstolens avgjørelser kan være relevante. Disse er formelt rådgivende, jf. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) artikkel 34. Reelt skal det likevel tungtveiende grunner til for å fravike EFTA-domstolens uttalelser, fordi domstolen skal sikre etterlevelsen av EØS-avtalen. I *STX* ble kravet formulert som «*særlige grunner*», hvilket Høyesterett sluttet seg til i plenumsdommen *Holship*.¹⁸ Der EFTA-domstolens løsning avviker fra EU-domstolens løsning, uten at EØS-spesifikke momenter tilsier en annen fortolkning, taler homogenitetsprinsippet for å fravike EFTA-domstolens avgjørelse.¹⁹

At de norske anskaffelsesreglene gjennomfører EU-direktiver om offentlige anskaffelser, medfører at EU/EØS-rettens dynamiske karakter kan få stor betydning. Det kan føre til at norske forarbeider får mindre vekt enn normalt.²⁰

¹⁴ Boe (2012) s. 137.

¹⁵ Ibid, s. 142.

¹⁶ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 28.

¹⁷ Thue (2018) s. 36.

¹⁸ Rt. 2013 s. 258 avsnitt 94; HR-2016-2554-P avsnitt 77.

¹⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 336.

²⁰ Dragesten (2013) s. 54.

De EU-rettslige rettskildene anskaffelsesretten gjennomfører må tolkes i medhold av den EU-rettslige metode.²¹ Grunnen til dette er at EU-retten skal tolkes på en måte som sikrer homogenitetsprinsippet. Skulle EØS-statene operert med et annet tolkningsprinsipp enn EU-statene ville dette kunne gått på akkord med rettsenheten og slik undergravet EØS-avtalens formål.

Utgangspunktet for lovtolkningen i EU-rettslig metode tilsvarer norsk juridisk metode – den naturlige språklige forståelse.²² Ordlyden får typisk likevel noe mindre vekt sammenlignet med norsk rett grunnet nyanseforskjellene som kan følge av at EU har 24 offisielle språk, samt at lovgivningsprosessen som bærer preg av en forhandling kan lede til vagere lovtekster. Til gjengjeld har kontekstuell og formålsrettet tolkning særlig vekt.²³ Den kontekstuelle tolkningen innebærer en tolkning i lys av sammenhengen teksten inngår i, både primærretten og sekundærretten. Særlig fortalene til anskaffelsesdirektivene er relevante i så henseende, til tross for at fortaler ikke er rettslig bindende.²⁴ Fortalen er også sentral for å avklare formålet med et direktiv.

Avgjørelser fra EU-domstolen har visse særtrekk som påvirker tolkningen. At dissenser ikke publiseres kan gi vagere domspremisser med preg av kompromiss. I tillegg er domspremissene tradisjonelt mindre utførlige sammenlignet med norsk rett. At premissene kan være uklare fører til et mindre skarpt skille mellom *ratio decidendi* og *obiter dictum*, samt at rettsanvenderen i større grad må avdekke de reelle beveggrunnene bak avgjørelsene.²⁵

EU-domstolens avgjørelser er prejudikater da det generelt skal sterke rettskildemessige grunner til for å fravike tidlige avgjørelser.²⁶ Det er sjeldent EU-domstolen eksplisitt tilkjenner et slikt brudd på tidligere praksis.²⁷ Prejudikatsverdien beror hovedsakelig på avgjørelsens kvalitet.²⁸ I tillegg er prosessuell håndtering et moment. EU-domstolen settes

²¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 294.

²² Ibid. s. 296.

²³ Ibid. s. 298, med videre henvisninger til C-558/15 *Vieira de Azevedo* avsnitt 19.

²⁴ Ibid. s. 306, med videre henvisninger til C-345/13 *Karen Millen Fashions* avsnitt 31.

²⁵ Ibid. s. 317.

²⁶ Ibid. s. 315.

²⁷ Sejerstad mfl. (2011) s. 234.

²⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 321.

med avdeling med tre eller fem dommere, storavdeling med femten dommere og unntaksvis i plenum. Der domstolen er satt i avdeling på tre dommere har det formodningen mot seg at dommen er ment å være nevneverdig rettskapende.²⁹ Tilsvarende er tilfellet der det ikke er benyttet innstilling fra generaladvokat. Ifølge EU-domstolens vedtekter kan nemlig domstolen avgjøre å ikke innhente uttalelse fra generaladvokat der rettsspørsmålet “*raises no new points of law*”.³⁰

2.3 EU/EØS-rettens krav til gjennomføring av EØS-relevante direktiver

Gjennom tiltredelsen av EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre EØS relevante forordninger og direktiver, jf. EØS-loven (EØSL) artikkel 7 bokstav b. Inkorporasjonen av anskaffelsesdirektivet gjennom LOA er et eksempel på dette. I utgangspunktet overlater EØSL artikkel 7 gjennomføringen til lovgiver. Tilsvarende følger det av bestemmelsens forbilde, TEUV artikkel 288 tredje ledd, at et direktiv «*er med hensyn til det tilsigtede mål bindende*» for medlemsstatene, mens den nærmere gjennomføringen i utgangspunktet overlates til medlemsstatene. Imidlertid setter bl.a. hensynet til direktivets formål, ekvivalensprinsippet, og effektivitetsprinsippet begrensinger for denne prosessuelle autonomien til medlemstatene.³¹

Ekvivalensprinsippet, eller likebehandlingsprinsippet, innebærer at EU/EØS-rettslige regler ikke må være mindre gunstige enn regler etter nasjonal lovgivning.³² I dette ligger at det ikke kan være vanskeligere å få gjennomslag for regler med EU/EØS tilknytning enn regler på samme området uten slik tilknytning. Fordi vilkårene for erstatning i utgangspunktet er de samme uavhengig om anskaffelsene er over eller under EØS-rettslige terskelverdi, kommer ikke ekvivalensprinsippet på spissen.

²⁹Ibid. s. 321.

³⁰ Statute of the Court of Justice of the European Union artikkel 20 femte ledd.

³¹ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 367.

³² 199/82 *San Giorgio* avsnitt 12.

Effektivitetsprinsippet setter skranker for den norske gjennomførelsen av EUs anskaffelsesdirektiver. Prinsippet innebærer at det ikke må være «*umuligt eller uforholdsmaessigt vanskelig*» å få gjennomslag for EU/EØS-rettiighetene.³³ Det er dermed ikke nok at de EU/EØS-rettslige reglene er like gunstige som nasjonal lovgivning, det må også være en reell mulighet for å få gjennomslag for rettiighetene.

Der EU/EØS-statene bryter sine EU/EØS-rettslige forpliktelser følger det av praksis fra EU-domstolen at statene blir erstatningsansvarlige etter tre kumulative vilkår: «*at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og endelig, at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab*».³⁴ Ansvarsgrunnlaget i statsansvaret – «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» – er en sentral størrelse i det videre.

³³ 199/82 *San Giorgio* avsnitt 14.

³⁴ C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*

3 Erstatning

3.1 Rettslige utgangspunkt

LOA § 10 omhandler erstatning. Bestemmelsen lyder:

«Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.»

Bestemmelsen gir leverandøren krav på erstatning der de tre alminnelige vilkårene for erstatning er innfridd: erstatningsrelevant økonomisk skade, jf. *«tap han har lidt»*, ansvarsgrunnlag, jf. *«av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven»* og årsakssammenheng, jf. *«som følge av»*. Det fremgår av sammenhengen at pliktsubjektet er oppdragsgiver, jf. LOA § 2 første ledd.

Det neste spørsmålet er om ordlyden i LOA § 1 første ledd taler for at ethvert rettsbrudd fører til ansvar, eller om den gir grunnlag for etableringen av en kvalifisert terskel.

Tolkningen av *«brudd»* er sentral for innholdet i ansvarsnormen. En nærliggende tolkning er at enhver disposisjon i strid med anskaffelsesreglene leder til krav på erstatning, jf. at leverandør har *«krav»* på erstatning for tap lidt som følge av *«brudd»*. Ordlyden av *«brudd»* kan imidlertid også forstås dithen at ordet kun henviser til at erstatning må skyldes en handling i strid med anskaffelsesreglene, slik at den ikke gir føringer på innholdet i ansvarsnormen. Ettersom bestemmelsen ikke oppstiller en kvalifisering, men tvert imot angir at erstatning er en konsekvens av brudd med loven eller forskrift i medhold av lov, er likevel den mest nærliggende tolkningen at bestemmelsen etablerer ansvar for ethvert rettsbrudd. Ordlyden tilsier at ansvaret gjelder både positiv og negativ kontraktsinteresse, jf. at uttrykket *«erstatning»* ikke sondrer mellom tapstypene.

Bestemmelsens EU-rettslige forbilde gir ikke ytterligere veiledning for fastsettelsen av ordlydens innhold. LOA § 10 gjennomfører direktiv 89/665/EØF (håndhevelsesdirektivet)

artikkel 2 første ledd bokstav c. Det følger av bestemmelsen at medlemsland skal sørge for å ha klageadgang som gir kompetanse til «å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse». Tilsvarende som den norske ordlyden følger det av bestemmelsen en rett på erstatning hvis nærmere innhold er uklart.³⁵

Forarbeidene taler på sin side for en kvalifisert terskel i form av et uaktsomhetsansvar. Det følger av forarbeidene til dagens LOA § 10 at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for positiv kontraktsinteresse.³⁶ Føringer for ansvarsnormen gis likevel ikke. I den tidligere anskaffelsesloven av 1999 nr. 69 § 11, som dagens § 10 viderefører uten realitetsendring, følger det at ansvarsnormen er «*det som allerede følger av norsk rett*», nemlig uaktsomhetsansvar.³⁷

Samtidig fremgår det av forarbeidet til den tidligere anskaffelsesloven at fordi oppdragsgiver som hovedregel står fritt til å forkaste innkomne tilbud, og det dermed ikke foreligger et rettskrav på kontrakten, kan erstatning «*ikke bygge på den positive kontraktsinteresse*».³⁸

Videre stiller forarbeidene spørsmål ved om den tradisjonelt tilbakeholdne holdningen til å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse samsvarer med det EU-rettslige effektivitetsprinsippet.³⁹ Departementet uttaler at spørsmålet må være opp til domstolene. Det pekes likevel på at bagatellmessige feil ikke kan lede til et slikt ansvar, det må foreligge «*vesentlige feil*».⁴⁰ Videre trekkes det frem at dersom adgangen til søksmål om positiv kontraktsinteresse avskjæres, vil dette lede til at få leverandører går til søksmål.

Sett i sammenheng taler forarbeidene for et uaktsomhetsansvar. Forarbeidene til LOA § 10 forutsetter at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen.

³⁵ Etter direktiv 2007/66/EF (endringsdirektiv til håndhevelsesdirektivet) artikkel 2e annet ledd i.f. er tildeling av skadeserstatninger ikke en hensiktsmessig sanksjon for overtredelse av direktivet. Tross ordlyden er bestemmelsen ikke relevant. Direktivet som primært reguler direkte ulovlig anskaffelser er ikke ment å endre rettstilstanden for ansvarsgrunnlag. Caranta (2019) s. 215.

³⁶ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser s. 64 og 245.

³⁷ Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser s. 85; NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser s. 163.

³⁸ NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser s. 116.

³⁹ Ibid. s. 163.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser s. 94.

Og det ansvarsgrunnlaget som oppstilles i den tidligere anskaffelsesloven, som dagens LOA § 10 viderefører uten realitetsendring, er et uaktsomhetsansvar.

For innholdet i ansvarsnormen gir hverken ordlyden, håndhevelsesdirektivet eller forarbeidene et entydig svar. Ordlyden i LOA § 10 er tvetydig, men et ansvar for rettsbrudd er den mest nærliggende tolkningen. Håndhevelsesdirektivet taler ikke for å fravike ordlyden i LOA § 10. Forarbeidene er også tvetydige, men anvisningen om at bestemmelsen ikke skal innebære noe nytt i norsk rett taler for en kvalifisert terskel etter det alminnelige culpaansvar. Idet forarbeidene også peker på at domstolene skal utvikle rettstilstanden er det nærliggende å se hen til rettspraksis.

3.2 Hensyn bak erstatning

De to grunnleggende hensynene i erstatningsrett er reparasjon og prevensjon.⁴¹

Reparasjonshensynet innebærer at skadelidtes tap skal dekkes. Hun skal stilles som om skaden ikke har skjedd gjennom prinsippet om full erstatning. Prevensjonshensynet søker å forebygge fremtidige skadevoldende handlinger gjennom trusselen erstatningsansvar utgjør. I norsk rett er det særlig reparasjonshensynet som begrunner erstatning, da det stilles spørsmålsteget ved allmennprevensjonens virkning.⁴²

Hensynene gjelder også i offentlige anskaffelser. Et særpreg ved offentlige anskaffelser er at effektivitetshensynet står sterkt.⁴³ På den ene siden taler effektivitetshensynet i tråd med prevensjonshensynet for en streng ansvarsnorm, slik at oppdragsgivere gis insentiv til å gjennomføre anbud i henhold til regelverket. Samtidig vil en streng ansvarsnorm etter omstendighetene føre til betydelige erstatningsutbetalinger fra det offentlige til det private, i strid med formålet om effektiv ressursbruk. Mot en streng ansvarsnorm kan det også innvendes at brudd på anskaffelsesreglene kan tilskrives at de er kompliserte, snarere enn motvilje hos oppdragsgiver til å gjennomføre i henhold til regelverket.⁴⁴ En streng

⁴¹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 21.

⁴² Ibid. s. 21.

⁴³ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser s. 69.

⁴⁴ Arnesen og Fredriksen (2017) s. 185.

ansvarsnorm kan videre føre til en unødvendig rettsliggjøring, og mer egenregi, også i strid med formålet om effektiv ressursbruk.⁴⁵

3.3 Nærmere om positiv og negativ kontraktsinteresse

Mens positiv kontraktsinteresse omhandler fremtidig gevinst, knytter negativ kontraktsinteresse seg til allerede benyttede midler. Sistnevnte utmålingsprinsipp innebærer at skadelidte skal stilles som om avtalen aldri ble inngått. Pådratte utgifter i forbindelse med kontraktsinngåelsen, for eksempel bruk av juridisk bistand, kan derfor kreves dekket som negativ kontraktsinteresse.

Positiv kontraktinteresse, også kalt «oppfyllelsesinteressen», knytter seg til tap som følge av at kontrakten ikke ble riktig oppfylt. Fordi årsaksperspektivene er ulike er det prinsipielt kun mulig å få dekket enten positiv eller negativ kontraktsinteresse. Erstatningsutmåling basert både på at avtalen aldri ble inngått og at avtalen ble korrekt oppfylt, ville gitt mer enn full erstatning.

Det bør generelt utvises varsomhet med såkalt «begrepsjurisprudens», å knytte rettsvirkninger direkte opp mot begreper. At positiv og negativ kontraktsinteresse likevel benyttes i oppgaven skyldes at begrepene er innarbeidet i rettspraksis. Det er samtidig verdt å nevne at Høyesterett i *Catch* tilkjente erstatning i et tilfelle som falt utenfor nevnte begreper.⁴⁶ Nærmere bestemt utgifter brukt for å stoppe en ulovlig direkte anskaffelse. Dommen illustrerer i så måte at begrepene positiv og negativ kontraktsinteresse kun er et hjelpeverktøy, og at rettsanvenderen ikke må se seg blind på etablerte begreper.

⁴⁵ Ibid. s. 184-185.

⁴⁶ Rt. 2008 s. 982.

3.4 Begrepsbruk om ansvarsgrunnlag

Innenfor anskaffelsesretten omtales gjerne et ansvar uten krav om skyld som et «objektivt ansvar».⁴⁷ I norsk rett henspiller et objektivt ansvar ofte på det ulovfestede objektive ansvaret som ble utviklet i kjølvannet av den industrielle revolusjon. Etter denne ansvarsnormen kan et ansvarssubjekt bli ansvarlig for skade som skyldes en stadig, typisk og ekstraordinær risiko ved virksomheten som drives.⁴⁸ Et kjent eksempel på denne typen ansvar er Mønepannedommen hvor en gårdeier ble objektivt ansvarlig for en mønepanne som falt ned og skadet en tilfeldig forbipasserende.⁴⁹ Dette er en ansvarsnorm som har lite til felles med oppdragsgivers erstatningsansvar på anskaffelsesrettens område, og begrepsbruken er dermed uheldig. I tillegg er det uklart om det såkalte objektive ansvaret fører til at alle feil medfører ansvar (f.eks. Fredriksen 2010 s. 602.), eller kun betegner et ansvar uten skyld som vilkår (f.eks. Dragsten 2013 s. 835). I den videre fremstillingen vil derfor ikke begrepet objektivt ansvar benyttes. «Rettsbruddsansvar» vil brukes om et ansvar der enhver feil fører til ansvar. Der det derimot er snakk om en kvalifisert terskel for ansvar vil dette markeres.

⁴⁷ F.eks. Fredriksen (2010) s. 602 og Dragsten (2013) s. 835.

⁴⁸ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 175.

⁴⁹ Rt.1972 s. 965.

4 Rettspraksis før Fosen-Linjen

I kapittelet presenteres de mest sentrale avgjørelsene fra Høyesterett og EU-domstolen fra før *Fosen-Linjen*. Dette gjøres fordi ansvarsgrunnlaget Høyesterett etablerer i *Fosen-Linjen* må sees i lys av disse avgjørelsene.

4.1 Høyesteretts avgjørelser: «vesentlige feil» som ansvarsnorm

4.1.1 Nucleus

I *Nucleus* tilkjente Høyesterett for første gang erstatning for positiv kontraktsinteresse for en sak underlagt anskaffelsesreglene.⁵⁰ Saken gjaldt en konkurranse om prosjektering av et sykehus. Tilbyderen som ble innstilt som nr. 2 fikk medhold i at tilbyderen innstilt som nr. 1 skulle vært avvist grunnet brudd på likebehandlingsprinsippet. Bruddet skyltes at leverandøren fikk endret prisen etter tilbudsfristen og etter at de andre anbudene var kjent, vektlegging av tidligere erfaring fra en idékonkurranse, samt vektlegging av geografisk plassering.

Etter å ha konkludert med at det var begått «vesentlige feil» i anbudskonkurransen drøftet Høyesterett om forholdet kunne lede til erstatningsansvar for den positive kontraktsinteressen.⁵¹ Førstvoterende fremholdt at det, med et unntak for negativ kontraktsinteresse etter forsyningsdirektivet, var opp til den enkelte EØS-stat å fastlegge vilkår for erstatning. Videre ble forarbeidene og den økte regelstyringen i senere tid tatt til inntekt for mindre skjønnsfrihet som aktualiserer spørsmål om sanksjoner for brudd på regelverket. Høyesterett understreket at anskaffelsesretten har særpreg fra erstatningsrett i og utenfor kontrakt, slik at ansvarsspørsmålet ikke kunne løses gjennom et valg mellom disse systemene. Videre problematiserte Høyesterett om erstatning utelukkende for negativ kontraktsinteresse vil utgjøre et tilstrekkelig press overfor oppdragsgiver. Det ble så sett hen

⁵⁰ Dragsten (2013) s. 834.

⁵¹ Rt. 2001 s. 1062 på s. 1076 flg.

til norske og utenlandske rettsavgjørelser og juridisk teori som talte for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse tross fraværet av rettskrav.

Høyesterett fremholdt reelle hensyn mot å tilkjenne erstatning: det kunne være prosessdrivende, og det kunne være et misforhold mellom erstatningssummene og de feilene som var begått. Likevel var *«innvendingane ikkje så mykje på bruk av positiv kontraktsinteresse i seg sjølv, som på den nærare utforminga av vilkåra for skadebot for denne interessa»*.⁵² Endelig ble det differensiert mellom positiv og negativ kontraktsinteresse, slik at det var mer naturlig at positiv kontraktinteresse nøt *«eit meir avgrensa vern»*.⁵³ På denne bakgrunn ble det uttalt:

*«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.»*⁵⁴ (min understreking)

Høyesterett oppstiller dermed «vesentlege feil» som vurderingstema for positiv kontraktsinteresse, og fremholder tre vurderingsmomenter, feilens karakter, feilens størrelse og om oppdragsgiver kan bebreides. Et interessant poeng er at Høyesterett ikke problematiserer ansvarsnormen opp mot det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet til tross for at det var vist til NOU 1997: 21 som problematiserer dette forholdet.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

4.1.2 Reno-Vest

I *Reno Vest* ble ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse i *Nucleus* tilsluttet.⁵⁵ I saken tilkjente Høyesterett under dissens erstatning for positiv kontraktsinteresse ved en anbudskonkurranse om renovasjonstjenester underlagt reglene om offentlige anskaffelser.

I likhet med *Nucleus* forelå en rekke feil som førte til at tilbyderen innstilt som nr. 1 ble avvist. Vinneren av anbudskonkurransen tilfredsstilte ikke et krav om garantistillelse i konkurransegrunnlaget. Det var skjedd en rolleblanding ved at styreformann og daglig leder hos vinneren var daglig leder for oppdragsgiver, og attpåtil utførte oppgaver i forbindelse med anbudskonkurransen, samt to mindre saksbehandlingsfeil. Samlet var feilene «vesentlige».⁵⁶ At oppdragsgiver var en mindre bedrift var ikke til hinder for ansvar, fordi de brutte prinsippene – krav til likebehandling og forutberegnelighet – var «grunnleggende (...) i anskaffelsesprosessen».⁵⁷

4.1.3 Trafikk og Anlegg

I *Trafikk og Anlegg* ble nok en gang vesentlignormen tilsluttet.⁵⁸ I tillegg tok Høyesterett eksplisitt stilling til om det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet var tilstrekkelig vektlagt i ansvarsnormen fra *Nucleus*. Høyesteretts flertall på fire dommere kom under tvil til at å ta hensyn til en rabattordning som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget var i strid med reglene om likebehandling og forutberegnelighet.⁵⁹ Grunnet rettsvillfarelse ble det likevel ikke etablert ansvar.

Førstvoterende som målbar flertallet tok stilling til innvendingene i juridisk teori av om det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet var tilstrekkelig vektlagt i den norske ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse.⁶⁰ Høyesterett opprettholdt premisset i *Nucleus* om at det var opp til medlemsstatene å fastlegge det nærmere innholdet i erstatning for positiv

⁵⁵ Rt. 2007 s. 983 avsnitt 87. Avsnittet er formulert av mindretallet. Flertallet dissenterte ikke på dette punktet.

⁵⁶ Ibid. avsnitt 88.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Rt. 2008 s. 1705.

⁵⁹ Ibid. avsnitt 47.

⁶⁰ Ibid. avsnitt 51-56. Kritikken var reist i juridisk teori ved bl.a. Krüger (2001).

kontraktsinteresse: «Jeg kan ikke se at rettsstilstanden har endret seg i så måte i ettertid».⁶¹ Den norske ansvarsnormen ble så sammenlignet med statens erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten etter EU-domstolens avgjørelse i *Brasserie du pêcheur*.⁶² Førstvoterende fremholdt at EU/EØS-retten satte «*strengt krav til effektiv gjennomføring av direktivene*».⁶³ Ettersom ansvar i EU/EØS-retten ifølge Høyesterett først inntreer ved «*åpenbare eller grove feil*», og rettsvillfarelse er et moment, anså Høyesterett den norske ansvarsnormen å være i samsvar med EU/EØS-retten.⁶⁴

Etter EU-domstolens senere avgjørelser i *Strabag* og *Combinatie* ble spørsmålet om den norske ansvarsnormen etter *Nucleus* var i samsvar med EU/EØS-retten igjen aktualisert. Begge avgjørelser satte føringer for den nasjonale gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet, i strid med forutsetningene i høyesterettspraksis om at det var opp til medlemsstatene å utforme innholdet i ansvarsgrunnlaget. Likevel ble ansvarsnormen for «*vesentlige feil*» opprettholdt i underrettspraksis, mens det nærmere innholdet, særlig vektleggingen av culpa ble noe nyansert. Eksempelvis *Vestfold fylkeskommune* hvor det uttales at culpa ikke kan være et vilkår for erstatning.⁶⁵

4.2 EU-domstolens avgjørelser

4.2.1 Strabag

I *Strabag* tok EU-domstolen prejudisielt stilling til om skyld kan utgjøre et vilkår for erstatning i en sak underlagt anskaffelsesdirektivet.⁶⁶ I saken fra Østerrike krevde entreprenøren Strabag erstatning fra oppdragsgiver Stadt Graz. Strabag anførte at vinneren av anbudskonkurransen skulle vært avvist grunnet en uavhjelpelig mangel. Tilbyder rangert som nr. 1. tilbød asfaltblandeanlegg i drift fra 17. mai 1999, mens det i henhold til konkurransegrunnlaget skulle være i drift fra 1. mars 1999 til 20. desember 1999.

⁶¹ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 52.

⁶² Ibid. avsnitt 53-56.

⁶³ Ibid. avsnitt 55.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ LA-2011-100800.

⁶⁶ C-314/09 *Strabag*.

Etter østerriksk rett var skyld et vilkår for erstatning, og det forelå en presumsjon for skyld hvor bevisbyrden påhvilde oppdragsgiver.⁶⁷ EU-domstolen var forespurt om å prejudisielt ta stilling til spørsmål om håndhevelsesdirektivet var til hinder for nasjonal rett hvor erstatning var betinget av culpa, og det forelå en presumsjon om at oppdragsgiver hadde handlet culpøst, og det ikke kunne påberopes subjektive unnskyldningsgrunner.⁶⁸

EU-domstolens utgangspunkt var at gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 første ledd bokstav c lå til medlemsstatenes prosessuelle autonomi, med de begrensninger som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.⁶⁹ Ordlyden innebar likevel en begrensning av medlemsstatenes prosessuelle autonomi. Det ble uttalt at ordlyden i direktivet «*på ingen måte indikerer (...) [at erstatning] skal bero på en nærmere bestemt adferd fra den ordregivende myndigheds side*». ⁷⁰ Formålsbetraktninger ble tatt til inntekt for samme tolkning.⁷¹ Effektivitetsprinsippet ble også tatt til inntekt for at culpa ikke kan oppstilles som vilkår.⁷²

EU-domstolen fant at den omvendte bevisbyrden ikke var avgjørende, all den tid culpa var et vilkår. Retten viste til EU-domstolens tidligere avgjørelse i *Kommisjonen mot Portugal*, hvor retten fant at et vilkår om at erstatningssøker måtte bevise uaktsomhet eller forsett hos oppdragsgiver var i strid med håndhevelsesdirektivet.⁷³ Både muligheten for oppdragsgiver til å motbevise culpa, og at vilkåret kunne føre til treg saksbehandling, var i strid med håndhevelsesdirektivets formål om effektiv klageadgang.⁷⁴

EU-domstolen besvarte dermed det prejudisielle spørsmålet bekreftende.

Håndhevelsesdirektivet utgjør en skranke mot nasjonal rett der erstatning beror på culpa, og

⁶⁷ Se utgreingen om intern rett *ibid.* avsnitt 25.

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 30.

⁶⁹ *Ibid.* avsnitt 34.

⁷⁰ *Ibid.* avsnitt 35.

⁷¹ *Ibid.* avsnitt 36.

⁷² *Ibid.* avsnitt 39.

⁷³ Avsnitt 40; C-275/03 *Kommisjonen mot Portugal*.

⁷⁴ C-314/09 *Strabag* avsnitt 41-43.

det foreligger en presumsjon om culpa hos oppdragsgiver, og det ikke kan påberope seg subjektive unnskyldningsgrunner.⁷⁵

Dommen kan tolkes på to måter. Enten som et uttrykk for et rettsbruddsansvar, eller mer restriktivt til kun å avskjære skyld som vilkår for erstatning. Dommen er avsagt i avdeling med tre dommere og uten generaladvokat. Prosessformen taler for sistnevnte tolkning. Å pålegge et rettsbruddsansvar, og dermed fjerne ansvarsgrunnlag som ansvarsbegrensning, vil både være rettskapende og inngripende overfor medlemsstatene. Ettersom EU-domstolen gjennom prosessformen gir uttrykk for at avgjørelsen ikke er nevneverdig rettskapende, og å oppstille et rettsbruddsansvar ville vært rettskapende og inngripende overfor medlemsstatene, taler prosessformen for en restriktiv tolkning.

På den annen side tilsier EU-domstolens antitetiske ordlydstolkning om at erstatning ikke kan bero på en nærmere «*bestemt adferd*» at det ikke kan stilles vilkår for erstatning.

Vektleggelsen av formålsbetraktninger og effektivitetsprinsippet trekker i samme retning.

Særlig uttalelsen om at effektivitetsprinsippet krav til effektiv klageadgang kun er tilfredsstilt:

«hvis muligheden for tilkendelse af skadeserstatning i tilfælde af overtrædelse af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter ikke i højere grad end de øvrige klageadgange, der er omhandlet i nævnte artikel 2, stk. 1, afhænger af, at den ordregivende myndighed har udvist en culpøs adfærd» tyder på et rettsbruddsansvar.⁷⁶

4.2.2 Combinatie

Combinatie ble avsagt kort tid etter *Strabag* og aktualiserte igjen spørsmål om kravene EU-retten satte til nasjonal gjennomføring av erstatning for brudd på anskaffelsesreglene.⁷⁷ Saken gjaldt oppføring av to klappbroer i Nederland. Tilbyderen *Combinatie* som var innstilt på andre plass hevdet at vinneren av anbudskonkurransen skulle vært avvist. Det ble pekt på at

⁷⁵ Ibid. avsnitt 45.

⁷⁶ Ibid. avsnitt 39.

⁷⁷ C-568/08 *Combinatie*.

den vinnende tilbyder ikke innfridde kravene i det opprinnelige anbudet, og at oppdragsgiver lempet på kravene i løpet av anbudsprosessen, i strid med likebehandlingsprinsippet.

EU-domstolen tok prejudisielt stilling til flere spørsmål. Særlig spørsmål 4 bokstav c er relevant for spørsmålet om innholdet i ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse: «*Hvis denne myndighet er forpliktet til at betale erstatning, fastsetter fællesskabsretten da kriterier for fastsættelsen og vurderingen af denne erstatning, og hvis ja, hvilke kriterier?*».⁷⁸

EU-domstolen uttalte at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 første ledd bokstav c «klart» angir at medlemsstatene skal regulere mulighet til erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene, «*men indeholder ingen præcisering (...) hvad angår betingelserne.*»⁷⁹ Deretter ble de sett hen til det EU-rettslige erstatningsansvaret. Det ble uttalt at: «*Bestemmelsen udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten.*»⁸⁰ Det ble så henvist til de tre kumulative vilkår for erstatning for brudd på EU-retten, med videre henvisninger til bl.a. *Francovich* og *Brasserie du pêcheur*.⁸¹

EU-domstolen uttaler videre at det i fravær av EU-rettslige bestemmelser er opp til hvert medlemsland å fastsette innholdet i erstatning for brudd på EU-rettslige anskaffelsesregler, med videre henvisning, deriblant til *Strabag*.⁸² Endelig foretas betraktninger om at effektivitetsprinsippet gjør seg gjeldende, det må ikke gjøres «*umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig*» å utøve sine rettigheter.

Domskonklusjonen vedrørende ansvarsgrunnlag hadde to punkter. For det første at erstatning for brudd på anskaffelsesretten tilkjennes der vilkårene for statsansvar er innfridd. Altså kobles statsansvaret til erstatning for brudd på reglene om offentlige anskaffelser, og statsansvaret utgjør en minimumsnorm. For det andre at det er opp til hvert enkelt

⁷⁸ Ibid. avsnitt 20.

⁷⁹ Ibid. avsnitt 86.

⁸⁰ Ibid. avsnitt 87.

⁸¹ C-6/90 og C-9/90 *Francovich*; C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du pêcheur*.

⁸² C-568/08 *Combinatie* avsnitt 90.

medlemsland å fastsette de nærmere vilkårene for erstatningsansvar, innenfor rammene av ekvivalens- og effektivitetsprinsippet:

*«I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i sit retssystem, når disse betingelser er opfyldt, at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes, for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet er iagttaget.»*⁸³ (mine understrekninger)

Mens det i *Strabag* ble lagt til grunn at culpa ikke kunne være vilkår for skyld, er rettssetningen i *Combinatie* noe avvikende: EU-retten setter ikke føringer på vilkårene i nasjonal rett, utover de minstekrav som følger av statens erstatningsansvar, effektivitets- og ekvivalensprinsippet. Det fremstår dermed som at dommene er motstridende, noe som reiser spørsmål om harmonisering.

4.2.3 Strabag og Combinatie harmonisert

Domspremissene er særlig utfordrende å forene dersom *Strabag* forstås som å oppstille et rettsbruddsansvar, at enhver feil fører til ansvar. Motsatt følger det forutsetningsvis av *Combinatie* at ethvert brudd *ikke* må lede til ansvar, jf. at direktiv 89/665 artikkel 2 første ledd bokstav c utgjør en konkretisering av statens erstatningsansvar med den tilhørende ansvarsnormen tilstrekkelig kvalifisert brudd. For å harmonisere avgjørelsene er det hensiktsmessig å først påpeke enkelte forskjeller mellom dommene.

Selv om faktum og de rettslige problemstillingene i dommene har betydelige berøringspunkter, skiller *Strabag* seg ut gjennom bruddets klarhet og i behandlingen av nasjonale domstoler. Å ikke drifte asfaltblande-anlegget i 2,5 mnd av en kontrakt med varighet på under 10 mnd utgjør et klart brudd på anskaffelsesreglene. Førsteinstansen valgte likevel å forkaste Strabags krav om midlertidig forføyning.⁸⁴ Muligens spilte dette klare bruddet og etterfølgende domstolsbehandling inn i EU-domstolens avgjørelse om å tilsidesette den

⁸³ Ibid. avsnitt 92.

⁸⁴ C-314/09 *Strabag* avsnitt 15.

nasjonale retten, slik at de reelle beveggrunnene bak avgjørelsen var den utilstrekkelige ivaretagelsen av håndhevelsesdirektivets formål i den konkrete saken. I *Combinatie* forelå derimot ikke et like klart brudd, og avgjørelsen bærer slik mindre preg av å løse en konkret sak. At *Strabag* kan forstås som en konkret avgjørelse med begrenset overføringsverdi har en viss støtte i *Combinatie* hvor EU-domstolen uttaler at det ikke finnes «fastlagt detaljerede kriterier for fastsettelsen og vurderingen af erstatningen».⁸⁵ EU-domstolen anså altså ikke at *Strabag* bidro til løsningen av rettsspørsmålet i *Combinatie*.

En sentral forskjell mellom dommene er tolkningen av ordlyden. I *Strabag* tas ordlyden til inntekt for et rettsbrudsansvar idet den «på ingen måte indikerer» at erstatning skal bero «på en nærmere bestemt adfærd».⁸⁶ Utgangspunktet i *Combinatie* er for så vidt lignende, ordlyden er taus hva gjelder vilkår – «indeholder ingen præcisering hverken hvad angår betingelserne».⁸⁷ Imidlertid brukes ikke dette til støtte for å avskjære nærmere vilkår for erstatning slik som i *Strabag*, men derimot at det er opp til hver enkelt medlemsstat å fastsette innholdet i erstatningsretten.

En annen sentral forskjell er at EU-domstolen i *Combinatie* ser hen til statsansvaret og anser erstatning for brudd på anskaffelsesreglene som en konkretisering av dette. Dermed begrenses medlemsstatenes prosessuelle autonomi av minimumsnormen som følger av det EU-rettslige erstatningsansvaret. En slik kobling er fraværende i *Strabag*,

For å avgjøre prejudikatet etter *Strabag* og *Combinatie* er et ytterpunkt å tolke de i motstrid og se helt bort fra en av dommene. Siden *Combinatie* er avsagt sist, samt at det var benyttet generaladvokat i avgjørelsen, vil det i henhold til alminnelig EU-rettslig juridisk metode være mest nærliggende å vektlegge den i disfavør av *Strabag*. Imidlertid har det formodningen mot seg at *Combinatie*, avsagt et par måneder etter *Strabag* i alminnelig avdeling, skal innebære at *Strabag* er helt fraveket. Særlig er dette tilfellet fordi EU-domstolen i *Combinatie* var kjent med avgjørelsen i *Strabag* uten at det ble gitt uttrykk for at avgjørelsene var i motstrid.⁸⁸

⁸⁵ C-568/08 *Combinatie* avsnitt 88.

⁸⁶ C-314/09 *Strabag* avsnitt 35.

⁸⁷ C-568/08 *Combinatie* avsnitt 86.

⁸⁸ *Ibid.* avsnitt 90 henviser til C-314/09 *Strabag*.

Skal dommene tolkes harmoniserende må *Strabag* tolkes innskrenkende.⁸⁹ Dette skyldes at *Combinatie* forutsetter at ikke ethvert brudd kan lede til ansvar. Forfatterparet Arnesen og Fredriksen gjør gjeldende to hovedargumenter for en slik harmoniserende tolkning. For det første at det har formodningen mot seg å fravike *Strabag* i alminnelig avdeling. At domstolen i *Combinatie* er klar over *Strabag* underbygger at det ville være naturlig å oversende avgjørelsen til storkammer dersom *Strabag* skulle fravikes.

For det andre er domspremissene, og ikke domskonklusjonene, motstridende. I *Strabag* er domskonklusjonen at culpa ikke kan være vilkår for erstatning. All den tid culpa heller ikke kan være vilkår for statsansvaret, er dette forenelig med domspremissene i *Combinatie* som kobler ansvarsgrunnlaget for brudd på anskaffelsesretten til statsansvaret.⁹⁰

Hensett til at det har formodningen mot seg at *Combinatie* fraviker *Strabag* i alminnelig avdeling, at faktum i *Strabag* kan tas til inntekt for en konkret dom, og at domskonklusjonene er forenlige, er det mest nærliggende å harmonisere dommene. Dermed tolkes *Strabag* innskrenkende til å kun utgjøre en skranke mot culpa som vilkår for erstatning, og statsansvaret utgjør en minimumsnorm for ansvarsgrunnlaget, i tråd med *Combinatie*.

⁸⁹ Arnesen og Fredriksen (2017) s. 177 flg.

⁹⁰ Ibid s. 178 med videre henvisninger til C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du pêcheur*.

5 Fosen-Linjen

5.1 Sakens bakgrunn

Bakgrunnen for *Fosen-Linjen* var en anbudskonkurranse om fergetjenester på strekningen mellom Brekstad og Valset i Trøndelag. Tvisten sto mellom tilbyder *Fosen-Linjen AS* og oppdragsgiver, det interkommunale selskapet AtB AS. Heretter omtales partene som henholdsvis rederiet og AtB. Tvistens kjerne var manglende dokumentering av tildelingskriteriet «miljø» i anbudskonkurransen. Kriteriet var vektlagt med 25%, angitt som «drivstofforbruket i ltr. pr. år». Før tilbudsfristens utløp etterspurte en tilbyder dokumentasjonskrav. AtB avviste at det skulle stilles dokumentasjonskrav, men innførte en misligholdsanksjon i form av gebyr ved manglende etterlevelse av det oppgitte drivstofforbruket. Dernest etterspurte en tilbyder hvordan drivstofforbruket skulle etterprøves. AtB svarte at det forutsettes at operatørene har et system, og viste dessuten til den tilføyde sanksjonen i kontrakten.

Etter endt konkurranse ble rederiet innstilt som nr. 2, bak Norled. Sammenlignet med Norled var rederiet best på «pris», likeverdige på «kvalitet», og dårligere på «miljø». Norled vant med andre ord utelukkende grunnet tildelingskriteriet «miljø». Rederiet klagde på evalueringen og begjærte midlertidig forføyning for å stoppe kontraktinngåelsen. Tingretten tok rederiets anførsler til følge og forbød kontraktinngåelse. I hovedsøksmålet krevde rederiet erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse.

5.2 Fosen I

Da saken sto for lagmannsretten forespurte Frostating lagmannsrett EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse om forståelsen av håndhevelsesdirektivet. I *Fosen I* tok EFTA-domstolen stilling til seks spørsmål, hvorav to omhandlet ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.⁹¹ Kjernen i spørsmålene om ansvarsgrunnlag var hvilke, om noen, begrensninger håndhevelsesdirektivet satte for nasjonale vilkår for ansvarsgrunnlag. Kunne

⁹¹ Sak E-16/16 *Fosen I*.

culpa, vesentlige feil hvor culpa inngikk i helhetsvurderingen, eller at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil, oppstilles som vilkår? Og ville feil der oppdragsgiver ikke har skjønnsfrihet automatisk lede til ansvarsgrunnlag?

EFTA-domstolen valgte å behandle spørsmålene samlet, og uttalte:

«Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt» (mine understrekinger).⁹²

EFTA-domstolen la dermed tilsynelatende til grunn at ethvert brudd på anskaffelsesreglene fører til ansvar for oppdragsgiver. Ikke bare var ansvaret uavhengig av skyld, retten avviste også eksplisitt at bruddet måtte være kvalifisert: *«Alvorlighetsgraden av overtredelsen av EØS-reglene om offentlige kontrakter er derfor irrelevant når det gjelder å tilkjenne erstatning»*.⁹³

Domskonklusjonen og domspremissene var dermed i samsvar med en fortolkning hvor *Strabag* pålegger et ansvar for rettsbrudd. Derimot var løsningen uforenelig med den nyere avgjørelsen i *Combinatie*. Denne motstriden kommenteres ikke eksplisitt av EFTA-domstolen. *Combinatie* tas derimot *kun* til inntekt for at nasjonale regler må være *«i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet»*.⁹⁴ Altså fravikes *Combinatie* implisitt til tross for at denne avgjørelsen er avsagt senest og med generaladvokat.

En annen implisitt rettsanvendelse er at EFTA-domstolen tilsynelatende forutsetter at håndhevelsesdirektivet skal være gjenstand for full harmonisering, såkalt «totalharmonisering».⁹⁵ Dette kommer særlig i uttrykk i avsnitt 67 hvor EFTA-domstolen

⁹² Ibid. domskonklusjonen pkt. 1.

⁹³ Ibid. avsnitt 80.

⁹⁴ Ibid. avsnitt 70.

⁹⁵ Sanchez-Graells (2019) s. 252.

understreker at tilbyderens rettsmiddel skal være «*så ensartet som mulig*», dermed slik at «*like vilkår [skal] være sikret*». Altså forutsetter EFTA-domstolen at nasjonalstatene ikke selv kan utforme de nærmere vilkår for erstatning. Av håndhevelsesdirektivets sjette betraktning følger det derimot at «*Det er nødvendig å sørge for at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å oppheve ulovlige vedtak og tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse*». Her gis det uttrykk for at direktivet skal være gjenstand for minimumsharmonisering, jf. at medlemstatene skal sørge for «*passende behandlingsmåte*» for å tilkjenne erstatning. At håndhevelsesdirektivet er gjenstand for minimumsharmonisering følger også av rettspraksis.⁹⁶

Uttalelsen fra EFTA-domstolen ble møtt med betydelig kritikk i juridisk teori.⁹⁷ Det ble argumentert for at ansvarsnormen statuert av EFTA-domstolen var strengere enn det EU/EØS-retten krevde. Det ble i den forbindelse særlig pekt på den ufullstendige behandlingen av *Combinatie*. Videre ble det fremholdt at EFTA-domstolen ikke tilstrekkelig vurderte motforestillingene mot en streng ansvarsnorm. Som nevnt i pkt. 3.2. kan en streng ansvarsnorm gå på bekostning av hensynet til optimal ressursutnyttelse.

Lagmannsretten valgte å se bort ifra *Fosen I* sin uttalelse om positiv kontraktsinteresse fordi retten mente at «*EFTA-domstolens rådgivende uttalelse på dette punkt ikke fremstår som klart riktig*».⁹⁸ Rettsanvendelsen til Frostating kan kritiseres for ikke å eksplisitt vurdere Høyesteretts kriterier om «*særlige grunner*» for å fravike EFTA-domstolen.

5.3 Fosen II

Da saken sto for Høyesterett valgte Høyesterett på eget initiativ å forespørre EFTA-domstolen om enda en rådgivende uttalelse. I *Fosen II* tok EFTA-domstolen stilling til følgende spørsmål: «*Krever håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c) at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse?*»⁹⁹ Med andre ord forespurte Høyesterett om rettsbruddsansvaret

⁹⁶ F.eks. C-327/00 *Santex* avsnitt 47 og C-314/09 *Strabag* avsnitt 33.

⁹⁷ F.eks. Sanchez-Graells (2010) og Arnesen og Fredriksen (2017).

⁹⁸ LF-2015-187242.

⁹⁹ Sak E-7/18 *Fosen II*.

fastsatt i *Fosen I* virkelig krevdes av håndhevelsesdirektivet. En sentral forskjell fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Fosen I* var at spørsmålet nå var avgrenset til positiv kontraktsinteresse.

EFTA-domstolen slo innledningsvis fast at håndhevelsesdirektivet er et «*verktøy for minimumsharmonisering*», med henvisning til sjette betraktning i direktivets fortale og rettspraksis.¹⁰⁰ Videre uttales at det i mangel av rettslig regulering av erstatning i håndhevelsesdirektivet, er det i tråd med medlemsstatenes prosessuelle autonomi opp til den enkelte medlemsstat å utforme vilkår for erstatning.¹⁰¹ Med andre ord har EØS-statene en skjønnsfrihet innenfor rammene av prinsippene om ekvivalens og effektivitet.¹⁰²

Videre ble det sett hen til statens erstatningsansvar.¹⁰³ EFTA-domstolen fremholdt at dette var en minstestandard, dermed slik at «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» var en tilstrekkelig terskel for ansvarsnormen etter nasjonal rett. Til det nærmere innhold av ansvarsnormen viste domstolen til at effektivitetsprinsippet forutsatte at skyld ikke kan være vilkår for ansvar, jf. *Strabag*.

Høyesteretts spørsmål ble dermed besvart negativt. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c «*krever ikke at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste*». I stedet for ble ansvarsnormen for «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» etablert som en minimumsnorm, i tråd med *Combinatie* sin kobling med statens erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten.

Fosen II fravek dermed *Fosen I* hva gjaldt positiv kontraktsinteresse: håndhevelsesdirektivet krever ikke et rettsbruddsansvar for fortjenestekostnaden. Denne «*u-svingen*», som Sanchez-Graells betegner den, skyldes trolig bl.a. den innledende problemformuleringen av harmoniseringsnivå av håndhevelsesdirektivet.¹⁰⁴ Når dette eksplisitt gjøres, og det følger av

¹⁰⁰ Ibid. avsnitt 109.

¹⁰¹ Ibid. avsnitt 113.

¹⁰² Ibid. avsnitt 114.

¹⁰³ Ibid. avsnitt 117-120.

¹⁰⁴ Sanchez-Graells (2019) s. 250.

rettskildene at håndhevelsesdirektivet skal være gjenstand for minimumsharmonisering, må nødvendigvis EØS-statene innrømmes en skjønnsfrihet til å oppstille vilkår for erstatning. Følgelig ble *Fosen I* sitt rettsbruddsansvar, som tilsynelatende hvilte på en implisitt forutsetning om totalharmonisering, fraveket.

5.4 Høyesteretts avgjørelse i Fosen-Linjen

5.4.1 Etablering av ansvarsgrunnlag

Slik saken sto for Høyesterett krevde rederiet prinsipalt erstatning for positiv kontraktsinteresse, og subsidiært erstatning for negativ kontraktsinteresse. Saken var avgrenset til å ikke behandle spørsmålet om årsakssammenheng og utmåling for spørsmålet om positiv kontraktsinteresse, jf. tvl. § 30-14 tredje ledd.

Høyesterett kom til at både manglende forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet miljø og usikkerheten grunnet forføyningssaken isolert ga AtB «*saklig grunn*» til å avlyse konkurransen.¹⁰⁵ På denne bakgrunn la Høyesterett til grunn at kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse var avskåret.¹⁰⁶ Selv om Høyesterett ikke eksplisitt tilkjenner dette, og var avgrenset mot å behandle spørsmål om årsakssammenheng, må avvisningen av kravet om positiv kontraktsinteresse forstås som en henvisning til manglende årsakssammenheng.

For spørsmålet om negativ kontraktsinteresse hevdet rederiet at *Fosen I* etablerte et rettsbruddsansvar, og at *Fosen II* ikke endret ansvarsnormen fordi uttalelsen var begrenset til positiv kontraktsinteresse.¹⁰⁷ Dette var ikke Høyesterett enig i.

For det første mente retten at EFTA-domstolen i *Fosen II* kun skilte mellom positiv og negativ kontraktsinteresse et sted, i uttalelsen om at tilbudskostander «*i prinsippet*» måtte

¹⁰⁵ HR-2019-1801-A avsnitt 102.

¹⁰⁶ Ibid. avsnitt 103.

¹⁰⁷ Ibid. avsnitt 38.

kunne kreves. Dette til tross for at EFTA-domstolen eksplisitt i avsnitt 56 begrenser den rådgivende uttalelsen til å gjelde positiv kontraktsinteresse.

For det andre begrunnes fravikelse av et rettsbruddsansvar av at *Fosen II* drøfter de samme kilder som *Fosen I*, og særlig at *Combinatie* drøftes mer inngående. Idet *Combinatie* ikke skiller mellom tapstypene tas dette til inntekt for at *Fosen II* også fraviker *Fosen I* hva gjelder ansvarsgrunnlag for fortjenestetap.¹⁰⁸ Dermed konkluderes det med at «ansvarsnormen som kan utledes av *Fosen II*, gjelder som en generell minimumsnorm – også for ansvarsnormen ved krav om erstatning av tilbudskostnader.»¹⁰⁹

Altså oppstilles en ny felles ansvarsnorm for både positiv og negativ kontraktsinteresse. Siden ansvarsgrunnlaget for begge tapstilfeller er sammenfallende, er Høyesteretts videre utgreiing av ansvarsgrunnlaget, og den etterfølgende subsumsjonen som direkte gjaldt negativ kontraktsinteresse, også relevant for positiv kontraktsinteresse.

Om den nye ansvarsnormen uttales at «*de minimumskrav som følger av EØS-retten – nemlig kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» – trer i stedet for den tradisjonelle aktsomhetsnormen»*.¹¹⁰ Videre at «*[d]ette innebærer ikke at normen kan karakteriseres som strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm, men at vurderingen kan bli noe annerledes.»*¹¹¹ For det nærmere innholdet i vurderingen gjengis momentene som er opplistet i *Brasserie du Pêcheur*:

«hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheter eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til unladelsen, vedtagelsen

¹⁰⁸ Ibid. avsnitt 114-115.

¹⁰⁹ Ibid. avsnitt 114.

¹¹⁰ Ibid. avsnitt 116.

¹¹¹ Ibid. avsnitt 117.

eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.»¹¹²

Etter gjengivelsen understreker Høyesterett at momentene «*langt på vei også vil være relevante etter en norsk internrettslig uaktsomhetsvurdering*».

Rederiet anførte videre at ansvarsgrunnlaget var tilnærmet «objektivt» når det – slik som i gjeldene tilfelle – ikke var tale om en skjønnsutøvelse.¹¹³ Høyesterett tilslutter en uttalelse i *Brasserie du Pêcheur* hvor vurderingsnormen er om overtredelsen er «åpenbart og groft» der myndighetene har et skjønnsrom.¹¹⁴ Med videre henvisninger til juridisk teori ved Fredriksen (2013) uttales at dette ikke er en adskilt ansvarsnorm – det er snarere tale om å plassere myndighetenes skjønnsutøvelse på en «*sliding scale*» fra «*vidt til intet skjønn*».¹¹⁵ Videre understreker Høyesterett at «*for ansvarsvurderingen har det betydning om den overtrådte regelen var klar og presis*.»

Sammenligningen Høyesterett foretar mellom ny og tidligere ansvarsnorm, er for den tidligere ansvarsnorm begrenset til negativ kontraktsinteresse. At negativ kontraktsinteresse var mindre beskyttelsesverdig enn positiv kontraktsinteresse var etablert i *Nucleus*, og en lempeligere ansvarsnorm ble lagt til grunn i senere rettspraksis.¹¹⁶ Ettersom Høyesterett uttaler at «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*»-normen ikke «*kan karakteriseres som strengere eller mildere*» enn den tidligere ansvarsnormen for negativ kontraktsinteresse, og ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse var strengere enn denne normen, tilsier uttalelsen at terskelen for ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse er senket.¹¹⁷

¹¹² Ibid. avsnitt 122; C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 56.

¹¹³ HR-2019-1801-A 118.

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 118.

¹¹⁵ Ibid. avsnitt 122.

¹¹⁶ Se Lund (2019) s. 238, Dragsten (2013) s. 826 og Myhre (2005) s. 555. I *Fosen-Linjen* legger Høyesterett til grunn at terskelen var det «*tradisjonelle uaktsomhetsansvaret*» (avsnitt 116). Dette er nok vel bastant, noe rettspraksis trakk i retning av et rettsbruddsansvar, og Høyesterettspraksis var uklar, se Rt. 2008 s. 982 *Catch* avsnitt 47. At tersklene for negativ kontraktsinteresse var lavere enn for positiv kontraktsinteresse var i alle tilfeller utvilsomt.

¹¹⁷ Lund (2019) s. 230.

5.4.2 Subsumsjon

Subsumsjonen under ansvarsgrunnlaget er forholdsvis knapp, og er dessuten noe vanskelig å få tak på fordi vurderingen av ulike momenter glir over i hverandre. Høyesterett fremholder først at det etter *Wienstrom* var «ikke tvilsomt» at det måtte stilles egnede dokumentasjonskrav til tilbudskriteriene.¹¹⁸ På den annen side fremholdes at regelen verken fremgikk av det norske eller EU-rettslige regelverket.

Høyesterett trekker videre frem at EU-praksis ikke er lett tilgjengelig for «*alminnelige oppdragsgivere som ikke har spesialkompetanse på området*».¹¹⁹ Samtidig fremholdes at oppdragsgivere ikke kan unnskyldes seg med manglende kompetanse, jf. *Haim*.¹²⁰ Høyesterett peker på at regelen fremgikk av en veileder fra 2006 og i noen grad var omtalt i juridisk teori. Endelig tas et forbehold om at kompleksiteten i regelverket tilsier «*en viss tilbakeholdenhet*» med å statuere ansvar for «*feil av denne typen*». Høyesteretts argumentasjon er både knyttet opp til regelens klarhet og rettsvillfarelse, uten at det skilles skarpt mellom momentene.

Høyesterett kommer «*likevel*» til at det foreligger ansvarsgrunnlag for negativ kontaktsinteresse grunnet to forhold. For det første at AtB fikk spørsmål om tildelingskriterienes lovlighet, som «*burde fått AtB til å tenke igjennom hvordan man skulle kunne foreta en objektiv og etterprøvbar evaluering av drivløyforbruket*». For det andre «*feilens konsekvens*» for konkurransen.¹²¹

Ordet «*likevel*» tyder på at ansvarsgrunnlaget etableres til tross for argumentene mot ileggelse av ansvar for en «*feil av denne typen*». Tilsynelatende vektlegges dermed rettsvillfarelse i form av at regelen var utilgjengelig og kompleks mer enn at selve regelen var klar. Til støtte for et slikt synspunkt er et forhold som eksplisitt vektlegges, nemlig at oppdragsgiver ble varslet. Vektleggelsen av varslet kan forstås som at oppdragsgiver i mindre grad kunne høres med rettsvillfarelse idet hun visste at jussen var bestridt.

¹¹⁸ HR-2019-1801-A 118 avsnitt 124; C-448/01 *Wienstrom*.

¹¹⁹ HR-2019-1801-A 118 avsnitt 125.

¹²⁰ C-424/97 *Haim*.

¹²¹ HR-2019-1801-A avsnitt 126.

Lest i sammenheng tyder imidlertid førstvoterendes argumentasjon om den brutte regelens klarhet og rettsvillfarelse for at momentene samlet taler for ansvar, og ordet «likevel» blir misvisende. Til støtte for en slik forståelse er for det første at utgangspunktet for Høyesteretts subsumsjon er å fremholde at regelen var klar. Videre tilsier også avslutningen av drøftelsen – at kompleksiteten tilsier en tilbakeholdenhet med å etablere ansvar – at regelen samlet sett er såpass klar at momentet taler for ansvar, men at reelle hensyn taler for en noe restriktiv statuering av ansvar.

Dersom en legger til grunn at Høyesterett anser regelens taler for ansvar, legges listen for når en regel anses som klar forholdsvis lavt. Som fremholdt av Høyesterett fremgikk den ulovfestede regelen om dokumentasjon kun av rettspraksis fra EU-domstolen, en veileder og noe juridisk teori. At regelen, selv om den springer ut av det grunnleggende likebehandlingsprinsippet, er såpass lite tilgjengelig for oppdragsgivere må dermed anses å sette en lav terskel for når en regel er klar. I lys av at regelens klarhet er et moment, og særlig at momentet var sentralt i Høyesteretts drøftelse, er implikasjonene av en slik forståelse at ansvarsnormen er forholdsvis lempelig i favør av oppdragstaker. En slik forståelse av avgjørelsen er imidlertid usikker, ettersom Høyesteretts argumentasjon er uklar ved å ikke eksplisitt skille mellom klarhet og rettsvillfarelse.

Det hefter også uklarhet ved vekten av de to momentene Høyesterett eksplisitt begrunner ansvaret i. Det første momentet var som nevnt at det to ganger under konkurransen ble reist spørsmål om gyldigheten av miljøkriteriet uten at AtB traff adekvate tiltak. Overordnet er det særlig klanderverdig å gjennomføre en rettsstridig konkurranse når oppdragsgiver vet at sin forståelse av jussen er bestridt. Skylden taler dermed for ansvar. I tillegg får en rettsvillfarelse mindre rom, noe som er særlig aktuelt å vektlegge dersom en forstår Høyesterett dithen at rettsvillfarelse ilegges betydelig vekt mot ansvar. Det er likevel ikke uproblematisk å vektlegge at det avgjørende for ansvar var at oppdragsgiver ble gjort oppmerksom på bruddet, og ikke selve bruddet. Gjennom en slik relativisering av ansvarsgrunnlaget vil skadelidte for tilfeller der oppdragsgiver ikke blir varslet nyte et svakere vern, hvilket kan komme i konflikt med effektivitetsprinsippet. Samtidig kan det påpekes at skadelidte selv kan varsle og dermed ha en viss mulighet til å ivareta sine interesser ved en slik relativisering.

Det neste momentet Høyesterett vektlegger, feilens konsekvens for konkurransen, er også betenkelig sett opp mot effektivitetsprinsippet. Igjen er det ikke selve bruddet som ifølge Høyesterett taler for ansvar, men en varierende størrelse – bruddets konsekvens. Og igjen fører dette til en relativisering som tilsier at ikke alle brudd leder til ansvar. Som påpekt av Lund vil dette kunne være i strid mot ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.¹²² Teoretikeren påpeker dessuten at Høyesteretts omfattende behandling av regelens klarhet tilsier at bruddets konsekvens ikke skal illegges nevneverdig betydning.¹²³

Samlet er de to momentene Høyesterett eksplisitt vektlegger for ansvar relativiserte ved at begge avhenger av en ytre faktor for å lede til ansvar. Konsekvensen er at ansvarsgrunnlag for det Høyesterett betegner som et klart brudd tilsynelatende var avhengig av at a) oppdragsgiver ble varslet, b) konsekvensene feilen fikk. Tas førstvoterende på ordet i at kun dette ble vektlagt for ansvar kan rettstilstanden nærme seg effektivitetsprinsippet skranke om at det ikke skal være «*umulig eller uforholdsmessig*» vanskelig å oppnå erstatning. Rettsanvendelsen er mindre betenkelig dersom Høyesteretts forstås til å også vektlegge regelens klarhet i favør av ansvar.

¹²² Merk at uttalelsen direkte knytter seg til negativ kontraktsinteresse. Lund (2019) s. 235.

¹²³ Ibid.

6 Ansvarsgrunnlag etter Fosen-Linjen

I kapittelet tas det stilling til innholdet i ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse. Først tas det stilling til om det gjelder et rettsbruddsansvar. Deretter vurderes de ulike momentene som etter *Brasserie du Pêcheur* inngår i helhetsvurderingen.

I deler av kapittelet vil det henvises til to vanlige typetilfeller, brudd på avvisning og tilbudsevaluering. De fleste saker om erstatning har så langt omhandlet brudd på «skal-avvisningsreglene», som gir oppdragsgiver plikt til å avvise tilbyder.¹²⁴ Dette vil eksempelvis være tilfelle om tilbyder ikke innfrir kvalifikasjonskravene i konkurransen eller har et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Feil i tilbudsevaluering er det andre typetilfellet som benyttes. Feil i tilbudsevalueringen skyldes enten feil i selve utregningen, eller de underliggende kriteriene. I motsetning til «skal-avvisningsreglene» som ikke overlater oppdragsgiver skjønn, nyter oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn ved tilbudsevalueringen.¹²⁵ Den rettslige overprøvingen blir dermed begrenset. *NIDA* er illustrerende, hvor Høyesterett nøyde seg med å vise til at skjønnet hverken var «vilkårlig eller sterkt urimelig» eller brøt med grunnleggende krav om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.¹²⁶

6.1 Rettsbruddsansvar

I det videre tas det stilling til om det gjelder et rettsbruddsansvar for positiv kontraktsinteresse. Som nevnt kan ordlyden i LOA § 10 tale for et rettsbruddsansvar, jf. at den ikke oppstiller en kvalifisering før «brudd» skal lede til ansvar. Samtidig er ordlyden i noen

¹²⁴ Goller mfl. (2017) s. 183.

¹²⁵ Ibid. s. 242.

¹²⁶ Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44.

grad tvetydig, og forarbeidene trekker i retning av en kvalifisering i tråd med det alminnelige skyldansvar.

Tidligere rettspraksis før *Fosen-Linjen* er imidlertid klar, og inneholder en kvalifisert terskel. Normen «*vesentleg feil*» etablert i *Nucleus* er sementert i Høyesterettspraksis, jf. bl.a. *Reno-Vest* og *Trafikk og Anlegg*. Selve terskelen er også lagt til grunn i samstemt underrettspraksis.¹²⁷

I *Fosen-Linjen* etablerte Høyesterett et nytt ansvarsgrunnlag for «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*».¹²⁸ Et ansvarsgrunnlag som skulle gjelde både for positiv og negativ kontraktsinteresse.¹²⁹ Siden uttalelsene om en samlet ansvarsnorm ikke er avgjørende for resultatet for positiv kontraktsinteresse er de formelt sett et *obiter dictum*. Rettssetningen må likevel anses som et prejudikat, både fordi den skrives med «bred penn», og fordi uttalelsene ligger i samme setning som uttalelsene i EFTA-domstolens avgjørelse i *Fosen II*.¹³⁰

Det kan innvendes at et ansvarsgrunnlag for «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» ikke samsvarer med en isolert fortolkning av *Strabag* dersom en tar domspremissene til inntekt for å avskjære medlemsstatene fra å oppstille en kvalifisert ansvarsnorm. *Fosen I* trekker i samme retning. Uttalelsen i *Fosen II* om at effektivitetsprinsippet krever at skadelidende «*i prinsippet kunne kreve erstatning for tap av fortjeneste*» trekker også i retning av et rettsbruddsansvar.¹³¹

Imidlertid er terskelen i samsvar med *Combinatie* og en harmonisering mellom *Strabag* og *Combinatie* dersom en tolker førstnevnte avgjørelse innskrenkende. Videre stiller ikke ekvivalensprinsippet krav om et rettsbruddsansvar, da et slik krav ikke gjelder i norsk rett utenfor anskaffelsesdirektivets virkeområde. For effektivitetsprinsippet del må det ikke være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning. Dette kravet må også anses ivaretatt gjennom terskelen for «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*», i samsvar med det EU/EØS-

¹²⁷ Se bl.a. LH-2018-32429, LB-2017-94201 *Skanska II* og LB-2015-29544-1.

¹²⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 116.

¹²⁹ *Ibid.* avsnitt 114.

¹³⁰ *Ibid.* avsnitt 120.

¹³¹ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 115; Se i den retning Raimundo som mener dette er kjernen i *Fosen II*. Raimundo (2019) s. 261.

rettslige statsansvaret. Det har formodningen mot seg at det skal være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning for brudd på statsansvaret. Dermed er en sammenfallende terskel med statsansvaret ikke i seg selv i strid med effektivitetsprinsippet.

Når Høyesterett enstemmig og klart angir «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som ansvarsnorm for positiv og negativ kontraktsinteresse må dette legges til grunn. *Fosen-Linjen* etablerer dermed en kvalifisert terskel for ansvar, og ikke et rettsbruddsansvar.

6.2 Skyld

6.2.1 Skyld som vilkår

Spørsmålet er om skyld kan oppstilles som et vilkår for erstatning. Som nevnt er ordlyden i LOA § 10 uklar, men trekker i retning at et rettsbruddsansvar. Forarbeidene taler på sin side for et uaktsomhetsansvar.

I den tidligere «*vesentleg feil*»-normen inngikk skyld som et moment, jf. *Nucleus*. Tilsynelatende var altså ikke skyld oppstilt som et vilkår. Det kan likevel argumenteres for at skyld reelt var et vilkår, eller i hvert fall tilnærmet et vilkår, i en viss tid. Høyesteretts avgjørelser i *Trafikk og Anlegg* kan tas til inntekt for et slikt reelt vilkår. I dommen førte manglene skyld hos oppdragsgiver til at det ikke ble etablert ansvar tross brudd på «*grunnleggende prinsipp innen anbudsretten*».¹³² Et brudd på et grunnleggende prinsipp tilsier en «*vesentleg feil*», og når det likevel ikke førte til ansvar grunnet manglende klanderverdighet hos oppdragsgiver, minner dette om et vilkår. Simonsen uttaler i forbindelse med at EU-domstolen avskjærer skyld som vilkår at *Trafikk og Anlegg* «*ligger farlig nær en slik grense*».¹³³

I underrettspraksis i perioden før *Strabag* og *Combinatie* er det visse eksempler på at skyld eksplisitt ble oppstilt som et vilkår. Det kan i den forbindelse vises til *Interiør & Bygg* hvor

¹³² Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57.

¹³³ Simonsen (2011) s. 4.

det uttales at «*Det følger av Nucleus-dommen at for å tilkjenna skadebot for positiv kontraktsinteresse må kommunen klandrast for å ha gjort ein vesentleg feil.*»¹³⁴ I dommen hadde oppdragsgiver vært særlig klanderverdig gjennom brudd på grunnleggende forvaltningsrett og anbudsrett ved å vektlegge opplysninger om et lekeareal som tilbyder ikke fikk kommentere, og heller ikke var et relevant hensyn. Motsetningsvis kan det vises til *Norconsult* hvor manglende skyld ved et tvilsomt spørsmål var avskjærende for ansvar. Lagmannsretten uttalte at det gjelder et skjerpet skyldkrav i anbudsretten og at «*dette kravet ikke er oppfylt*».¹³⁵ I senere underrettspraksis uttales det derimot eksplisitt at skyld ikke er et vilkår for ansvar.¹³⁶ Følgelig oppstilte ikke rettspraksis slik den ble praktisert etter *Strabag* og *Combinatie* skyld som vilkår for erstatning. Underrettspraksisen illustrerer slik at selv om vesentlig feil som vurderingstema var sementert i norsk rett frem til *Fosen-Linjen*, var det nærmere innholdet gjenstand for en utvikling.

Det følger av praksis fra EU-domstolen at skyld ikke kan oppstilles som et vilkår for erstatning for overtredelse av håndhevelsesdirektivet. For det første er domskonklusjonen i *Strabag* nettopp dette. For det andre stiller *Combinatie* det EU/EØS-rettslige statsansvaret opp som minimumsnorm, og i statsansvaret kan ikke skyld være vilkår for erstatning.¹³⁷

At skyld ikke kan være et vilkår for erstatning følger videre eksplisitt av *Fosen I* og *Fosen II*. I *Fosen-Linjen* gir Høyesterett sin tilslutning til uttalelsene og uttaler: «*Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet innebærer at ansvarsgrunnlaget ikke kan gjøres betinget av at det er ført bevis for skyld eller bedrageri, jf. Fosen I avsnitt 75 og Fosen II avsnitt 118.*»¹³⁸

Det er etter dette klart at skyld ikke kan oppstilles som et vilkår for erstatning for brudd på anskaffelsesreglene. At forarbeidenes anvisning på culpanormen fravikes er illustrerende for at forarbeider har begrenset vekt på anskaffelsesrettens område som følge av EU/EØS-rettens dynamiske karakter. At skyld ikke kan oppstilles som et vilkår kan ikke anses å innebære en realitetsendring fra ansvarsnormen for «*vesentleg feil*» slik den ble praktisert i perioden etter

¹³⁴ LH-2006-38200.

¹³⁵ LB-2010-201985.

¹³⁶ F.eks LB-2017-94201 *Skanska II*, LB-2015-29544-1, og LE-2010-086516

¹³⁷ Arnesen og Fredriksen (2017) s. 178, med videre henvisninger til C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

¹³⁸ HR-2019-1801-A avsnitt 115.

EU-domstolens avgjørelser i *Strabag* og *Combinatie*, jf. at senere underrettspraksis eksplisitt avviste skyld som et vilkår.

6.2.2 Skyld som moment

Selv om skyld ikke kan være et selvstendig vilkår for erstatning er det ikke dermed gitt at skyld ikke kan inngå som et moment i en helhetsvurdering. Tvert imot inngår skyld i momentlisten fra både *Brasserie du Pêcheur* som Høyesterett tilslutter i *Fosen-Linjen* og *Nucleus*, henholdsvis formulert som «*om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt*», og «*kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last*».¹³⁹ I det videre skal det tas stilling til i hvilken grad skyld kan vektlegges i ansvarsnormen. Ettersom Høyesterett i *Fosen-Linjen* skar ansvarsgrunnlaget over samme lest som statens erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten er innholdet i denne normen betydningsfull.

I *Brasserie du Pêcheur* avvises at det kan oppstilles et culpabegrep som går utover normen for tilstrekkelig kvalifisert brudd.¹⁴⁰ Før uttalelsen uttaler EU-domstolen at culpa «*ikke har samme innhold i de forskjellige retssystemer*».¹⁴¹ Videre følger det at skyld likevel kan inngå i vurderingen:

«*Visse objektive og subjektive momenter, som i et nasjonalt retssystem kan være knyttet til culpabegrebet, er således relevante for bedømmelsen af, om en overtrædelse af fællesskabsretten er kvalificeret eller ej*».¹⁴²

I juridisk teori tar Fredriksen til orde for at avvisningen av culpabegrepet primært tjener pedagogiske hensyn.¹⁴³ Med andre ord at avvisningen skyldes at EU-domstolen ønsket å etablere en egen norm for å unngå eventuell forvirring ved å «*overta*» medlemsstatenes ulike culpabegreper, snarene enn en avvisning av skyld som relevant i vurderingen av

¹³⁹ C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 56; Rt. 2001 s. 1062 på s. 1079.

¹⁴⁰ HR-2019-1801-A avsnitt 79.

¹⁴¹ *Ibid.* avsnitt 76.

¹⁴² *Ibid.* avsnitt 78.

¹⁴³ Fredriksen (2013) s. 244-246.

ansvarsnormen. Uttalelsen om at skyld kan inngå som moment, samt at culpa har ulik betydning, underbygger synspunktet.

Følgelig er skyld et relevant moment. Det følger imidlertid av praksis fra EU-domstolen at skyld kun unntaksvis vektlegges i helhetsvurderingen av ansvar.¹⁴⁴ Dette kan forklares med ansvarsfordelingen mellom EU-domstolene og nasjonalstatene, hvor nasjonalstatene foretar bevisbedømmelse og subsumsjon.¹⁴⁵ Istedenfor å vektlegge skyld synes EU-domstolen i større grad å vektlegge oppdragsgivers skjønn og den brutte regelens klarhet, hvis objektive størrelser er egnet for en rettslig vurdering av EU-domstolen. Dersom Høyesterett tas på ordet om at ansvarsgrunnlaget skal være tilsvarende statsansvaret, herunder praktiseres likt, kan skyld miste betydning i favør av skjønn og klarhet. Som det vil fremgå i pkt. 6.3 og 6.4, vil kanskje særlig bruddets klarhet være sentralt.

Samtidig følger det av *Combinatie* og *Fosen II* at statsansvaret kun er en minimumsnorm for brudd på håndhevelsesdirektivet. Dermed kan Høyesterett praktisere ansvarsnormen annerledes enn EU-domstolen gjør ved brudd på statsansvaret, så fremt dette er innenfor rammene av ekvivalens og effektivitetsprinsippene. Følgelig kan skyld vektlegges mer enn EU-domstolen gjør, gitt at skyld ikke oppstilles som et vilkår.

Hva gjelder *Fosen-Linjen* inneholder den tilsvarende uttalelser som i *Brasserie du Pêcheur* om at subjektive og objektive momenter fra vårt nasjonale rettssystem kan være relevante.¹⁴⁶ Videre uttales at dette ikke betyr at vurderingen blir strengere eller mildere sammenlignet med et uaktsomhetsansvar, men «at vurderingen kan bli noe annerledes».¹⁴⁷ Uttalelsene gir liten veiledning om hvordan ansvarsnormen menes praktisert. Uttalelsen om at uaktsomhetsansvaret ikke «fullt ut [kan] opprettholdes» kan derimot tas til inntekt for at skyld ilegges en del vekt, slik tilfelle er med culpanormen.¹⁴⁸ Samtidig er den rettskildemessige vekten av en slik enkeltuttalelse begrenset. I subsumsjonen i *Fosen-Linjen* var regelens klarhet sentral, mens skyld var mindre fremtredende. I så måte fremstår avgjørelsen

¹⁴⁴ Fredriksen (2017) s. 434.

¹⁴⁵ Fredriksen (2013) s. 297.

¹⁴⁶ HR-2019-1801-A avsnitt 115 og 117.

¹⁴⁷ Ibid. avsnitt. 117.

¹⁴⁸ Ibid. avsnitt 116.

samsvarende med EU-domstolens avgjørelser om statsansvaret hvor andre momenter synes å fortrenge vektleggelsen av skyld.

Samlet krever effektivitetsprinsippet at skyld ikke oppstilles som et vilkår, jf. *Strabag* og *Combinatie*. I statsansvaret vektlegges skyld mindre enn det denne grensen krever grunnet kompetansedeling mellom nasjonalstater og EU-domstolen. Dermed har Høyesterett et spillerom mellom å knapt vektlegges skyld slik EU-domstolen syntes å gjøre med statsansvaret og å ikke oppstille skyld som vilkår. Med kun en avgjørelse fra Høyesterett er det begrensede holdepunkter for å angi hvor den nye ansvarsnormen for tilstrekkelig kvalifisert brudd plasseres på denne skalaen. Vektleggelsen av regelens klarhet i subsumsjonen kan tilsi at de subjektive momentene i ansvarsnormen tones ned, i samsvar med EU-domstolens praktisering av statsansvaret. Samtidig kan det påpekes at skyld og klarhet er tett tilknyttet. Dersom det foreligger et brudd på en klar regel er det større grunn av klander, og omvendt. Dermed kan det argumenteres for at vektlegging av klarhet ikke nødvendigvis innebærer at skyld reelt mister sin betydning som moment.

Siden innholdet i den nye ansvarsnormen er uklart er det også uklart hvordan normen forholder seg til den tidligere ansvarsnormen. Dessuten har heller ikke «*vesentlige feil*»-normen et entydig innhold, jf. dreiningen mot mindre vektlegging av skyld i underrettspraksis.¹⁴⁹ En mulig nyanseforskjell kan være at ansvarsgrunnlaget etablert i *Fosen-Linjen* toner ned vektlegging av skyld i favør av klarhet sammenlignet med den tidligere ansvarsnormen.

6.2.3 Oppsummering

Effektivitetsprinsippet utgjør en skranke mot å oppstille skyld som vilkår for erstatning. Som moment inngår derimot skyld i helhetsvurderingen av ansvar. Dersom Høyesterett gir ansvarsnormen likt innhold som det EU/EØS-rettslige forbildet vil dette kunne innebære at skyld i mindre grad vektlegges, slik tilfellet synes å være for statsansvaret. I så fall innebærer *Fosen-Linjen* en endring fra den tidligere ansvarsnorm. Samtidig kan Høyesterett innenfor

¹⁴⁹ Se pkt. 6.2.1.

rammene av ekvivalens og effektivitet vektlegge skyld mer enn tilfelle synes å være for statsansvaret.

6.3 Oppdragsgivers skjønn

Hvor vidt skjønn oppdragsgiver har er et moment fra momentlisten fra *Brasserie du Pêcheur* som Høyesterett slutter seg til i *Fosen-Linjen*. I saker om statens erstatningsansvar er statens skjønnsfrihet et sentralt moment.¹⁵⁰ Dette er et uttrykk av avveining mellom to ulike hensyn. På den ene siden statenes handlefrihet og på den andre siden effektiv håndhevelse.¹⁵¹ Behovet for å beskytte statenes handlefrihet varierer, fra politiske vurderinger (vidt skjønn) til gjennomføring av direktiver (lite/intet skjønn). Dermed påvirker statenes skjønn ansvarsterskelen.¹⁵² I saker med vidt skjønn, slik som *Brasserie du Pêcheur*, følger det av rettspraksis at medlemsstatene «åbenbart og groft» må ha handlet utenfor rammene av sin skjønnsfrihet.¹⁵³

Basert på hva Høyesterett slutter seg til i *Fosen-Linjen*, med videre henvisninger til juridisk teori ved Fredriksen, kan denne varierende terskelen i rettspraksis karakteriseres som en «*sliding scale*».¹⁵⁴ Det er altså tale om en glideskala hvor økt skjønn gir en høyere ansvarsterskel, og omvendt. Følgelig innebærer ikke et brudd der myndighetene har begrenset eller intet skjønn i seg selv et rettsbruddsansvar, men setter snarere en lavere terskel for ansvar.¹⁵⁵ Som fremholdt av Fredriksen sier ikke det at tersklene er lavere ved begrenset eller intet skjønn nødvendigvis så mye, all den tid terskelen ved vidt skjønn er svært høy.¹⁵⁶

I offentlige anskaffelser kan det umiddelbart fremstå som oppdragsgiver har forholdsvis mye skjønn. Nærmere bestemt står oppdragsgiver relativt fritt til å bestemme hva og hvordan, og om i det hele tatt, det skal skje en anskaffelse. Skjønnet må imidlertid sammenlignes med skjønnet til stater for ivaretagelse av EU/EØS rettigheter til borgerne, og sammenlignet med

¹⁵⁰ Fredriksen (2011) s. 254.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Van Dam (2013) s. 565.

¹⁵³ C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 55, van Dam (2013) s. 261, med videre henvisninger.

¹⁵⁴ HR-2019-1801-A avsnitt 122.

¹⁵⁵ Van Dam (2013) s. 565, Fredriksen (2013) s. 276.

¹⁵⁶ Fredriksen (2013) s. 276.

eksempelvis en stats lovgivning ved politiske vurderinger er oppdragsgivers skjønnsfrihet ved offentlige anskaffelser mer begrenset. Hertil kommer at anskaffelsesretten er detaljert regulert. På denne bakgrunn er det i juridisk teori tatt til orde for at offentlige anskaffelser er et rettsområde med svært begrenset skjønnsfrihet.¹⁵⁷ Grunnet at staters skjønn og oppdragsgiver skjønn er lite sammenlignbart, betegner Raimundo «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som en «*largely inadequate*» ansvarsnorm på anskaffelsesrettens område.¹⁵⁸

Fordi oppdragsgiver har større skjønnsfrihet ved tilbudsevaluering enn avvisningsregler kan vektleggelsen av skjønn tilsi en noe høyere terskel for brudd på tilbudsevalueringer enn avvisningsreglene. Dette må anses å være i tråd med den tidligere ansvarsnormen hvor brudd på tilbudsevaluering var forbeholdt klare brudd på grunnleggende prinsipper. Hensett til den generelt begrensede skjønnsfriheten på anskaffelsesrettens område er det likevel lite fruktbart å spesielt ilegge skjønn nevneverdig betydning i fastleggelsen av terskelen. Slik Høyesterett gjør i *Fosen-Linjen* kan fokuset istedenfor rettes mot klarheten av den brutte regel..

6.4 Klarhet

6.4.1 Betydningen av den brutte regelens klarhet

«[H]vor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er» etter *Brasserie du Pêcheur* et moment i helhetsvurderingen av ansvar.¹⁵⁹ At regelens klarhet i praksis er en objektiv størrelse innebærer at momentet er velegnet for vurdering i EU-domstolen. Dette kommer til uttrykk gjennom at momentet vektlegges i en rekke saker om statens erstatningsansvar.¹⁶⁰ For å avklare det nærmere innholdet i momentet vil to avgjørelser fra EU-domstolen sammenlignes. Deretter vil dette holdes opp mot Høyesteretts anvendelse av momentet i *Fosen-Linjen*. Endelig foretas en sammenligning med den tidligere ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse.

¹⁵⁷ Caranta (2019) s. 220, Lund (2019) s. 240, Raimundo (2019) s. 259.

¹⁵⁸ Raimundo s. 259.

¹⁵⁹ C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 56.

¹⁶⁰ Fredriksen (2013) s. 292.

British Telecom gjaldt feil implementering av en unntaksbestemmelse i direktiv 90/531/EØF om offentlige anskaffelser innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.¹⁶¹ Som fremholdt av generaladvokat Tesaurus var britiske myndigheters tolkning i strid med den isolert språklige forståelsen av direktivet.¹⁶² EU-domstolen avviste likevel at bruddet var tilstrekkelig kvalifisert. Det ble vektlagt at bestemmelsen var uklar, at tolkningen ikke var i åpenbar strid med direktivets ordlyd og formål, at andre medlemsland hadde tilsvarende tolkning, samt at hverken EU-domstolen eller Kommisjonen bidro til løsningen av spørsmålet.¹⁶³ Avgjørelsen illustrerer for det første at en regels klarhet knytter seg til helheten av rettskildebildet, jf. at ordlyden isolert var klar og regelen likevel ble ansett uklar.¹⁶⁴ For det andre illustrerer avgjørelsen at en uklar regel taler mot ansvar.

Motsetningsvis kan det vises til *Synthon*, hvor bestemmelsens klarhet var tilstrekkelig for å ilegge ansvar.¹⁶⁵ Erstatningssaken var rettet mot britiske myndigheter som hadde avvist en søknad på godkjennelse av et legemiddel. EU-domstolen statuerte ansvarsgrunnlag ved utelukkende å vise til at det aktuelle direktivet overlatt medlemsstatene en «*meget begrenset skønsbeføjelse*», og at direktivet «*klart og præcist*» anga en prosedyre for vurderingen som ikke var fulgt.¹⁶⁶ Altså var bruddet på en klar regel på et område uten nevneverdig skjønn tilstrekkelig for ansvar.

I *Fosen-Linjen* vektlegges også klarhet, om enn tilsynelatende på en noe annen måte enn det EU-rettslige forbildet for ansvarsnormen. Etter å ha behandlet den nevnte glideskalaen etter skjønn uttales: «*Det er ikke noe skarpt skille mellom regler med rom for skjønn og rettsregler med uklare grenser. Videre fremholdes at det er av betydning om «den overtrådte regelen var klar og presis.»*¹⁶⁷ Uttalelsen om at retten anser skjønn og uklarhet nært beslektet kan tilsi at momentet klarhet anvendes på samme måte som skjønn. Implikasjonen av en slik forståelse vil være at klarhet også setter en terskel for ansvar. At Høyesterett tilsynelatende krevde en kvalifisering i form av subjektive forhold for å statuere ansvar kan i noen grad tas til inntekt

¹⁶¹ C-392/93 *British Telecom*.

¹⁶² ECLI:EU:C:1995:408 avsnitt 10-11.

¹⁶³ C-392/93 *British Telecom* avsnitt 42-45.

¹⁶⁴ Tilsvarende Fredriksen (2013) s. 284.

¹⁶⁵ C-452/06 *Synthon*.

¹⁶⁶ *Ibid.* avsnitt 41-42

¹⁶⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 123.

for at klarhet anses mer som en terskel enn et moment.¹⁶⁸ Samtidig er det begrensede rettskildemessige holdepunkter for en slik slutning, og en slik forståelse er dessuten i strid med Høyesteretts tilslutning til «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som ansvarsnorm, hvilket tilsier likt innhold.

Det som imidlertid er tydelig er at Høyesterett vektlegger den brutte regelens klarhet, jf. den inngående vurderingen Høyesteretts foretar i subsumsjonen. Likevel er det også her en uklarhet ved at Høyesterett påpeker at rettskildene som satte et dokumentasjonskrav var lite tilgjengelige. Lite tilgjengelige rettskilder kan fremstå naturlig å behandle under rettsvillfarelse, men slik Arnesen forstår Høyesterett trekkes tilgjengeligheten inn i vurderingen av klarhet.¹⁶⁹ Dersom regelens tilgjengelighet inngår i momentet klarhet er dette en nyanseforskjell fra praksis om ansvarsnormen etter statens erstatningsansvar.

Samlet følger det av rettspraksis fra EU-domstolen at klarhet er et moment, at klarhet knytter seg til det totale rettskildebilde, og at momentet i enkelte tilfeller er tilstrekkelig for å etablere ansvar ved klare brudd. Rettskildematerialet er imidlertid for tynt til å kunne si noe sikkert om hvorvidt *Fosen-Linjen* rokker ved denne forståelsen av momentet.

6.4.2 Forholdet til den tidligere «*vesentlege feil*»-normen

I den tidligere ansvarsnormen etter *Nucleus* var ikke klarhet direkte trukket frem som et moment. Momentet feilens karakter omhandlet typen feil som var brutt, og må dermed likevel anses å ha likhetstrekk.¹⁷⁰ I *Nucleus*, *Reno-Vest* og *Trafikk og Anlegg* ble typen feil i form av brudd på grunnleggende prinsipper vektlagt.¹⁷¹ At Høyesterett nøyde seg med å si vise til at de brutte normene var grunnleggende, kan tilsi en mindre finmasket vurdering av klarhet enn tilfellet er for ansvarsnormen i statsansvaret. Videre var forståelsen i *Trafikk og Anlegg* om at brudd på et grunnleggende prinsipp «*ikke alene [kan] føre til et slikt ansvar*» avvikende fra at EU-domstolen har funnet brudd på klare regler tilstrekkelig for ansvar, sml. *Synthon*.¹⁷²

¹⁶⁸ Arnesen betegner Høyesteretts tilnærming i subsumsjonen som sanksjonsorientert – «*det er de klanderverdige regelbruddene som utløser erstatningsansvar*». Arnesen (2020) s.194-195.

¹⁶⁹ Ibid. s. 195.

¹⁷⁰ Dragsten (2013) s. 837.

¹⁷¹ Rt. 2001 s. 1062 på s. 1075, Rt. 2007 s. 983 avsnitt 88 og Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57.

¹⁷² Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57.

Vekten av klarhet nyanseres av underrettspraksis. I flere underrettsavgjørelser har bruddets klarhet i relasjon til avvisningsregler blitt ilagt mer vekt enn Høyesterettspraksis tilsier. I *Skanska II* uttales: «Det følger av underrettspraksis at brudd på avvisningsplikten som et klart utgangspunkt må anses som vesentlige feil», med videre henvisninger.¹⁷³ Den rettskildemessige vekten av underrettspraksis er i seg selv begrenset. Juridisk teori ved Goller tar likevel til orde for at dette gjelder som et «klart utgangspunkt».¹⁷⁴

For brudd på avvisningsreglene vil den brutte regelens klarhet være et sentralt moment siden avvisningsreglene kan være forholdsvis klare. Dermed kan det å oppstille klarhet som et eget moment etter omstendighetene ha forholdsvis stor betydning i helhetsvurderingen, og særlig ved helt klare brudd. Hvordan *Fosen-Linjen* endrer rettstilstanden avhenger både av forståelsen av innholdet i den tidligere ansvarsnormen og av Høyesteretts vektleggelse av momentet.

Legges «vesentleg feil»-normen slik den ble praktisert i Høyesterett til grunn, og da særlig *Trafikk og Anlegg*, innebærer *Fosen-Linjen* en realitetsendring i form av en senket ansvarsterskel for avvisningstilfellene. Forstås derimot underrettspraksis å gi uttrykk for dagjeldende rettstilstand kan *Fosen-Linjen* i større grad anses som en videreførelse av rettstilstanden. Goller inntar sistnevnte posisjon, og forstår *Fosen-Linjen* til å tilslutte at brudd på avvisningsreglene som utgangspunkt er ansvarsbetingende.¹⁷⁵

Om en er enig med Goller avhenger også av forståelsen av Høyesteretts behandling av klarhet i *Fosen-Linjen*. Adopsjonen av «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som ansvarsnorm kan tilsi at brudd på klare avvisningsregler uten skjønnsfrihet leder til ansvar.

Mot et slikt synspunkt kan det innvendes at ikke alle avvisningsregler er klare, jf. eksempelvis den rettslige standarden «vesentlige avvik», jf. LOA §§ 9-6 første ledd bokstav b og 24-8

¹⁷³ LB-2017-94201. Se særlig LH-2014-168975.

¹⁷⁴ Goller mfl. (2017) s. 290.

¹⁷⁵ Se i den retning Goller (2019): Wiersholm «*Fosen-Linjen-saken: Høyesterett har konkludert*».

første ledd bokstav b.¹⁷⁶ Videre kan det innvendes at Høyesterett i subsumsjonen tilsynelatende ikke vektlegger at den brutte regelen var klar, men derimot subjektive forhold. Forstår en derimot Høyesterett til å egentlig vektlegge at bruddet var klart er dette mer i samsvar med forståelsen av at brudd på klare regler taler for ansvar.

Tilbudsevaluering har mindre klare regler. Det medfører at oppdragsgiver nyter større skjønnsfrihet. Vektleggelsen av klarhet har dermed tilsynelatende mindre å si. Samtidig, nettopp grunnet oppdragsgivers skjønnsfrihet, var brudd på tilbudsevaluering ved «*vesentlege feil*» som ansvarsnorm forbeholdt brudd på klare regler. Til illustrasjon kan det vises til LE-2015-149169. I saken fant retten at det forelå et brudd på forutberegnelighet ved at en tilbyder fikk dårligere evaluering på tildelingskriteriet bilpark, til tross for at tilbyderen hadde den mest varierte bilparken, hvilket tilsa bedre uttelling. Hadde «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» blitt anvendt som ansvarsnorm ville trolig også bruddet på et grunnleggende prinsipp vært tilstrekkelig for ansvar. For tilbudsevaluering sitt vedkommende kan dermed vektleggelsen av klarhet anses å være i tråd med den tidligere ansvarsnormen hvor også den brutte regelens klarhet var sentralt.

6.4.3 Oppsummering

Klarhet er et sentralt moment etter *Fosen-Linjen*. Et brudd på en klar regel vil trolig i seg selv være tilstrekkelig for ansvar, sml. *Synthon*. Særlig for avvisningstypetilfellene kan dette anses som en skjerpelse av ansvarsnormen, i hvert fall sammenlignet med normen slik den ble praktisert i Høyesterett, og da særlig *Trafikk og Anlegg*.

6.5 Rettsvillfarelse

6.5.1 Rommet for å vektlegge rettsvillfarelse

Med rettsvillfarelse menes uvitenhet om en rettslig forpliktelse.¹⁷⁷ I erstatningsrett er generelt rommet for å vektlegge rettsvillfarelse begrenset. I kontrakterstatningsretten fritar ikke

¹⁷⁶ Arnesen (2020) s. 197.

¹⁷⁷ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 167.

rettsvillfarelse, hvilket er utrykk for at partene er nærmest til å bære risikoen for egen feilaktige oppfattelse av kontraktens rettigheter og plikter.¹⁷⁸ I alminnelig delikterstatningsrett er utgangspunktet ikke like kategorisk, rettsvillfarelse kan etter omstendighetene være unnskyldelig, om enn heller unntaksvis.¹⁷⁹ I det offentliges erstatningsansvar hjemlet i skl. § 2-1 er det også et visst rom for unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁸⁰ Som påpekt av Høyesterett i *Nucleus* har anskaffelsesretten særpreg fra kontrakterstatningsrett og delikterstatningsrett. Ovennevnte rettskilder får dermed ikke direkte anvendelse. De gir likevel anvisning på at unnskyldelig rettsvillfarelse må antas å ha et begrenset rom forbeholdt tvilstilfeller.

At rommet for unnskyldelig rettsvillfarelse er begrenset, følger dessuten av effektivitetsprinsippet. Dersom oppdragsgiver i utstrakt grad kan høres med rettsvillfarelse vil dette kunne gjøre det «*umuligt eller uforholdsmaessigt vanskelig*» å oppnå erstatning.¹⁸¹

I NOU-en til anskaffelsesloven av 1999 angis et utgangspunkt om at rettsvillfarelse ikke er unnskyldelig: «*Rettsvillfarelse kan normalt ikke påberopes som unnskyldningsgrunn. Manglende kunnskap om anbudsreglene fritar derfor ikke fra erstatningsansvar*».¹⁸² Uttalelsen åpner for at rettsvillfarelse kan være unnskyldelig i enkelte tilfeller.

I *Nucleus* indikerte Høyesterett at rettsvillfarelse kunne være unnskyldelig. Høyesterett vektla at feilene skyldtes brudd på grunnleggende prinsipper som en stor og profesjonell byggherre burde være godt kjent med.¹⁸³ Tilsynelatende kunne subsumsjonen blitt annerledes ved mindre klare feil av en mindre profesjonell oppdragsgiver, altså unnskyldelig rettsvillfarelse.

At rettsvillfarelse kunne være unnskyldelig fikk gjennomslag i *Trafikk og Anlegg* hvor flertallet på fire dommere frifant oppdragsgiver av denne grunn. Flertallet uttalte at «[s]elv om

¹⁷⁸ Hagstrøm (2011) s. 527. Tilsvarende HR-2016-1235-A *Røldal-Suldal* avsnitt 49. Merk likevel at Høyesterett i Rt. 1992 s. 453 *Furunkulose*, som gjaldt erstatning i kontraktsforhold, behandlet rettsvillfarelse under spørsmål om lemping etter skl. § 5-2.

¹⁷⁹ Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 167.

¹⁸⁰ Rt. 2010 s. 291 *Vangen* avsnitt 44.

¹⁸¹ 199/82 *San Giorgio* avsnitt 14.

¹⁸² NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser s. 116.

¹⁸³ Rt. 2001 s. 1062 på s. 1069.

*vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse.»*¹⁸⁴ Igjen indikeres profesjonaliteten hos oppdragsgiver som relevant i vurderingen av rettsvillfarelse. Videre vektlegges at løsningen ikke var opplagt, og det uttales at Vegvesenet ikke kan klandres. Dette medførte at «*rettsvillfarelsen [måtte] anses unnskyldelig og fritta for det erstatningskravet som er fremmet*». I den tidligere ansvarsnormen for vesentlige feil inngikk dermed unnskyldelig rettsvillfarelse i helhetsvurderingen. Momentet var forbeholdt brudd på uklare rettsregler og vurderingen synes å være påvirket av profesjonaliteten hos oppdragsgiver.

Spørsmålet blir så hvordan å etablere «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som ansvarsnorm påvirker rommet for å vektlegge rettsvillfarelse. I normen er «*om en eventuel retsvillfarelse er unnskyldelig eller uunnskyldelig*» et moment.¹⁸⁵ Fredriksen tar til orde for at rettsvillfarelse i statsansvaret er «*ikke særlig tungtveiende*» og «*i de fleste tilfeller utelukkende virke i skjerpene retning*».¹⁸⁶ At rettsvillfarelse hovedsakelig er i disfavør er i strid med forståelsen av rettsvillfarelse i norsk rett.

Mot at rettsvillfarelse skulle virke i skjerpene retning kan det innvendes at begrepsbruken «*unnskyldelig eller uunnskyldelig*» trekker i retning av at rettsvillfarelse kan være unnskyldelig. Videre har EU-domstolen frifunnet på grunn av rettsvillfarelse. Igjen kan det vises til *British Telecom*, hvor britiske myndigheter gikk fri ved en feilaktig tolkning av reglene. EU-domstolen uttalte i den forbindelse at Britiske myndigheter var i «*god tro anlagde paa grundlag af argumenter, der ikke savner enhver relevans*».¹⁸⁷ Uttalelsen som ikke tilsier en nevneverdig høy aktsomhetsterskel finnes ikke igjen i nyere avgjørelser.¹⁸⁸ Rettspraksis fra EU-domstolen gir et noe brokete bilde, men anviser et visst rom for unnskyldelig rettsvillfarelse.

¹⁸⁴ Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57.

¹⁸⁵ C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 56.

¹⁸⁶ Fredriksen (2013) s. 316.

¹⁸⁷ C-392/93 *British Telecom* avsnitt 43.

¹⁸⁸ Ifølge Fredriksen (2013) er uttalelsen ikke tilsluttet i senere avgjørelser. Fredriksen (2013) s. 293.

I *Fosen-Linjen* har også rettsvillfarelse et visst rom. Det nærmere innholdet er imidlertid noe uklart fordi det ikke eksplisitt sondres mellom klarhet og rettsvillfarelse i subsumsjonen, jf. pkt. 5.4.2. Hvis Høyesterett skal tolkes til å ville unnskyldde bruddet hvis ikke varslet og feilens konsekvens talte for ansvar, er rommet forholdsvis stort. Dersom subsumsjonen derimot forstås til at bruddets klarhet også talte for ansvar slik at rettsvillfarelsen uansett ikke ville vært unnskyldelig er rommet mer begrenset.

Det kan fremstå som rommet for å vektlegge rettsvillfarelse var noe større ved «*vesentleg feil*»-normen enn slik EU-domstolen har praktisert «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*»-normen. Hertil kommer kompetansedelingen mellom nasjonale domstoler og EU-domstolen som begrenser EU-domstolens mulighet til å vurdere rettsvillfarelse.¹⁸⁹ Tilsvarende som ved skyld avhenger dermed innholdet i momentet rettsvillfarelse av om Høyesterett tas på ordet i form av å gi et identisk innhold i ansvarsnormen som statens erstatningsansvar, eller kun oppstiller dette som en minimumsnorm slik *Combinatie* og *Fosen II* krever. Den noe uklare subsumsjonen i avgjørelsen gir begrenset veiledning for spørsmålet. I alle tilfeller er rommet for å vektlegge rettsvillfarelse begrenset.

6.5.2 Når er rettsvillfarelse unnskyldelig

Det følger av rettspraksis at unnskyldelig rettsvillfarelse først er aktuelt når rettsreglene er uklare. Overordnet kan dette begrunnes i graden av klanderverdighet fordi det i tvilstilfeller er mindre grunn til å klandre oppdragsgiver og dermed anledning til å unnskyldde vedkommende. For «*vesentlege feil*»-normen sitt vedkommende kan det vises til *Trafikk og Anlegg* hvor rettsvillfarelse ble vektlagt i et tvilstilfelle. Motsetningsvis ble rettsvillfarelse kategorisk avvist i *Catch*, hvor bruddet knyttet seg til mer grunnleggende krav i anbudsretten i form av regler om kunngjøring.¹⁹⁰ I *Catch* hadde dessuten Oslo byfogdembete før kontraktinngåelsen avgjort at oppdragsgivers forståelse av regelverket var feil.

For «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*»-normens vedkommende kan det tilsvarende vises til *British Telecom* hvor EU-domstolen vektla rettsvillfarelse ved en uklar rettstilstand.

¹⁸⁹ Ibid s. 301.

¹⁹⁰ Rt. 2008 s. 982 avsnitt 48.

Motsetningsvis er det i en rekke saker ikke engang vurdert rettsvillfarelse, hvilket tilsier at momentet er forbeholdt tvilstilfeller med uklare rettsregler for å kunne vektlegges.¹⁹¹

Effektivitetsprinsippet taler også for at rettsspørsmålet må være tvilsomt for at rettsvillfarelse skal vurderes. Dersom oppdragsgiver kan unnskylde brudd på klare rettsregler støter dette mot skranken for effektiv håndhevelse.

Subsumsjonen i *Fosen-Linjen* levner som nevnt usikkerhet med hensyn til forholdet mellom klarhet og rettsvillfarelse. Tilsynelatende tas den brutte regelens utilgjengelighet – i form av at den hverken fremgikk av norske lover eller EU-direktiver – til inntekt for en uklar rettsregel som aktualiserer rettsvillfarelse. I så fall inngår rettsregelens tilgjengelighet i vurderingen av om regelen er klar.

6.5.3 Betydning av oppdragsgivers størrelse

Det tas først stilling til om ansvarsnormen er lempeligere for mindre profesjonelle oppdragsgivere. Vektleggelsen av at de brutte normene var noe en «*stor og profesjonell*» oppdragsgiver burde være kjent med i *Nucleus*, tilsier en lempeligere vurdering for mindre oppdragsgivere i «*vesentlige feil*»-normen.¹⁹²

I *Fosen-Linjen* uttales derimot at det er «*klart at oppdragsgivere ikke kan unnskylde seg med at de ikke hadde kompetanse*», med videre tilslutning (og gjengivelse) av en tilsvarende uttalelse i *Haim*: «*Medlemsstaterne kan derfor hverken unddrage sig dette ansvar ved at påberåbe sig ... at den offentlige myndighed, der har tilsidesat fællesskabsretten, ikke havde den fornødne kompetence, de fornødne kundskaber eller midler.*»¹⁹³

Gjennom henvisning til uttalelsen i *Haim* avviste Høyesterett at subjektive forhold hos oppdragsgiver kan lempe på de krav som kan stilles. Vurderingen er objektiv, jf. «*ikke kan unnskylde seg med at de ikke hadde kompetanse*», hvilket synes å være et brudd med tidligere

¹⁹¹ Fredriksen (2013) s. 303.

¹⁹² Rt. 2001 s. 1062 på s. 1075. Se også Rt. 2007 s. 983 avsnitt 88 og Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 57.

¹⁹³ HR-2019-1801-A avsnitt 124.

rettspraksis som fremholdt oppdragsgivers profesjonalitet i helhetsvurderingen.¹⁹⁴ *De lege ferenda* kan dette problematiseres. Bernt og Krüger problematiserer de krav som stilles til å overholde et komplisert anskaffelsesregelverk for små offentlige oppdragsgivere med «*undertiden begrensede faglige og økonomiske ressurser til rådighet for å drive fagjuridisk skarpseiling i uryddige farvann.*»¹⁹⁵ I en stortingsmelding om offentlige anskaffelser slås det noe åpenbare utgangspunkt fast om at det er en tendens at kompetanse og kapasitet er størst hos de største oppdragsgiverne.¹⁹⁶ Mot Høyesteretts objektive vurderinger kan det dermed innvendes at den ikke fanger opp subjektive forhold hos oppdragsgiver som påvirker hvilken grad oppdragsgiver er å klandre for feilen. Imidlertid taler hensynet til rettsenhet for at nasjonale myndigheter ikke kan unnskyldes seg med manglende kompetanse.

Spørsmålet blir så om det gjelder en strengere norm for svært profesjonelle oppdragsgivere. At oppdragsgiveres profesjonalitet trekkes frem i rettspraksis ved «*vesentleg feil*»-normen kan tilsi at normen var strengere for de mest profesjonelle oppdragsgivere. Altså at svært profesjonelle oppdragsgivere ble vurdert strengere enn mer gjennomsnittlige oppdragsgivere, og ikke bare strengere enn de mindre profesjonelle.

I *Fosen-Linjen* uttalte Høyesterett i subsumsjonen under ansvarsgrunnlag at: «*EU-domstolens praksis er ikke lett tilgjengelig for alminnelige oppdragsgivere som ikke har spesialkompetanse på området.*»¹⁹⁷ Denne uttalelsen kan forstås som å tilsi et skjerpet krav til oppdragsgivere med særskilt spesialkompetanse. Samtidig var oppdragsgiver AtB et stort interkommunalt selskap, som må antas å ha spesialkompetanse, hvilket gjør uttalelsen noe inkonsekvent. Videre tilsier tilslutningen til *Haim* at vurderingen er objektiv. Selv om *Haim* ikke tok direkte stilling til et skjerpet krav, tilsier avvisning av subjektive forhold i favør av oppdragsgiver at også subjektive forhold i disfavør av oppdragsgiver avvises.

Siden «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» er en minimumsnorm er det ikke prinsipielt noe i veien for at Høyesterett praktiserer en strengere ansvarsnorm for de mest profesjonelle

¹⁹⁴ Ibid. avsnitt 124.

¹⁹⁵ Bernt og Krüger (2002) s. 153.

¹⁹⁶ Meld. St. 22 (2018–2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s. 28-29.

¹⁹⁷ HR-2019-1801-A avsnitt 124.

oppdragsgiverne. Etter *Fosen-Linjen* er det få holdepunkter for en slik skjerpet ansvarsnorm. Overordnet tilsier anvisning på det EU/EØS-rettslig forbilde «*trer i stedet*» for den tradisjonelle ansvarsnormen at innholdet i normene ikke er like.¹⁹⁸ Og konkret er det – utover en enkeltuttalelse som fremstår noe ubegrunnet – få holdepunkter for en skjerpet norm.

6.5.4 Kjennskap til at jussen bestrides

I *Fosen-Linjen* vektlegges at AtB to ganger i løpet av konkurransen fikk varsler om at forståelsen av jussen var bestridt.¹⁹⁹ AtB innførte riktignok en misligholdssanksjon mot avvik av oppgitt drivstofforbruk, men dette anså ikke Høyesterett til å være adekvat med hensyn på å foreta en objektiv og etterprøvbar evaluering av drivstofforbruket.²⁰⁰ I avgjørelsen ville Høyesterett tilsynelatende unnskyldte bruddet om det ikke hadde vært for varslene, i tillegg til feilens konsekvens. Det følger dermed av *Fosen-Linjen* at kunnskap om at jussen er bestridt uten adekvate tiltak innsnevrer rommet for rettsvillfarelse.

At kunnskap om at rettsoppfatningen er bestridt innsnevrer rommet for rettsvillfarelse følger dessuten av rettspraksis om den tidligere «*vesentlege feil*»-normen og EU-domstolens praksis. For førstnevnte kan det vises til *Catch* hvor Høyesterett fremholdt at oppdragsgiver var gjort kjent med at jussen var bestridt, og en forføyningssak som bestred jussen. Høyesterett uttalte: «*Dette er uansett ikke unnskyldelig.*»²⁰¹ Formodentlig begrenset innsigelsen kommunens mulighet til å påberope seg unnskyldelig rettsvillfarelse. Hva gjelder statsansvaret vises det til *Brasserie du Pêcheur*, hvor innvendinger fra kommisjonen i saken talte for ansvar.²⁰²

6.5.5 Forhold til «*vesentlege feil*»-normen

For brudd på avvisningsreglene er Høyesteretts avvisning av subjektive unnskyldningsgrunner hos oppdragsgiver i *Fosen-Linjen* en innskjerping av ansvarsterskelen i forhold til den tidligere ansvarsnormen for «*vesentlege feil*». Hva gjelder brudd på tilbudsevaluering må rettsvillfarelse generelt antas å ha mindre å si, idet Høyesterett på grunn

¹⁹⁸ Ibid. avsnitt 116.

¹⁹⁹ Ibid. avsnitt 126.

²⁰⁰ Ibid. avsnitt 126.

²⁰¹ Rt. 2008 s. 982 avsnitt 48.

²⁰² C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 63.

av det innkjøpsfaglige skjønnnet er begrenset til å vurdere grunnleggende brudd. Slike brudd er neppe tvilstilfeller som aktualiserer en rettsvillfarelse. Om *Fosen-Linjen* også innebærer endringer på andre aspekter av rettsvillfarelse er usikkert.

6.5.6 Oppsummering

Rettsvillfarelse er et moment med begrenset vekt i helhetsvurderingen av ansvar. Rommet for å vektlegge rettsvillfarelse er i utgangspunktet begrenset, og er bare aktuelt ved uklare rettsregler. Der oppdragsgiver vet at sin oppfattelse av jussen er bestridt, og ikke adekvat håndterer dette slik tilfelle var i *Fosen-Linjen*, er rommet for rettsvillfarelse ytterligere innsnevret. Videre innebærer Høyesterett sin tilslutning til *Haim* at subjektive forhold hos oppdragsgiver ikke er en unnskyldelig. Dette fremstår som en innskjerpelse fra den tidligere ansvarsnormen.

7 Konklusjon

Avhandlingen har søkt å svare på spørsmålet om hva vilkåret for ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse i offentlige anskaffelser er. Dette spørsmålet har ikke vært lett å svare på fordi rettsgrunnlaget er uklart. Uklarheten skyldes flere forhold ved Høyesteretts avgjørelse i *Fosen-Linjen*.

For det første skyldes dette fraværet av en prinsipiell behandling av innholdet i ansvarsnormen sammenlignet med den tidligere ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse. Det er noe paradoksalt at Høyesterett ikke tok stilling til ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse, spørsmålet som foranlediget *Fosen II*, men istedenfor tilsynelatende avgjorde spørsmålet på vilkåret årsakssammenheng. *Fosen-Linjen* har riktignok en prinsipiell uttalelse om at i forhold til culpanormen kan det etablerte ansvarsgrunnlaget hverken karakteriseres som mildere eller strengere, men at «*vurderingen kan bli noe annerledes*».²⁰³ En uttalelse som ikke er nevneverdig avklarende.

Videre er subsumsjonen i avgjørelsen uklar. Det er og usikkerhet knyttet til om ansvarsnormen skal gis et identisk innhold som det EU-rettslige forbildet. Det er en vesentlig nyanseforskjell fra *Combinatie og Fosen II* som oppstiller «*tilstrekkelig kvalifisert brudd*» som minimumsnorm og *Fosen-Linjen* som oppstiller dette som selve ansvarsnormen.

I ansvarsnormen fremstår klarhet som et sentralt moment i helhetsvurderingen. Brudd på klare regler taler med tyngde for ansvar, og vil etter omstendighetene være tilstrekkelig for ansvar. Skyld fremstår som et noe mindre fremtredende moment. Særlig er dette tilfelle dersom momentet anvendes likt som EU-domstolen i saker om statsansvaret. Skjønn er sentralt i saker om statsansvaret. Momentet fremstår likevel mindre relevant i ansvarsnormen etter *Fosen-Linjen* fordi oppdragsgivers skjønn er lite sammenlignbart med staters langt videre skjønn som statsansvaret omhandler. Rettsvillfarelse har begrenset vekt.

²⁰³ HR-2019-1801-A avsnitt 117.

Sammenlignet med den tidligere ansvarsnormen for «*vesentlege feil*» er trolig terskelen for ansvar for positiv kontraktsinteresse senket noe. Uttalelsen om at den nye ansvarsnormen hverken er strengere eller mildere enn culpanormen tilsier en senket for ansvar. At brudd på klare regler taler med tyngde for ansvar tilsier også en senket terskel. Det samme gjør avvisningen av subjektive unnskyldningsgrunner. Med konkrete vurderinger er det likevel usikkert om den nye ansvarsnormen kommer til å innebære en realitetsendring i praksis. Det som derimot er rimelig sikkert er at den uklare rettstilstanden vil føre til ytterligere langtekkelig saksgang, i strid med anskaffelsesrettens formål om optimal ressursutnyttelse.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

- 1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26. om skadeserstatning.
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 23 om Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODAavtalen).
- 1999 Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
- 2002 Forskrift 15. november 2002 nr. 1288. om klagenemnd for offentlige anskaffelser.
- 2005 Lov 17 juni nr. 90 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister.
- 2013 Forskrift 04. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

Forarbeider og stortingsmeldinger

- 1997 NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.
- 1997 Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser.
- 2014 NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser.
- 2015 Prop. 51 L (2015–2016) Lov om offentlige anskaffelser.

2018 Meld. St. 22 (2018–2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser.

Direktiver, traktater, vedtekter

1989 Rådskonferansen av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter.

2004 Statute of the Court of Justice of the European Union, OJ 310/210, av 16. desember 2004.

2007 Consolidated version of the Treaty on European Union, av 13 desember 2007.

2007 Europaparlaments- og rådskonferansen av 11. desember 2007 om endring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF vedrørende forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter.

2014 Europaparlaments- og rådskonferansen av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.

2014 Europaparlaments- og rådskonferansen av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

2014 Europaparlaments- og rådskonferansen av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF.

Rettspraksis fra Høyesterett, Lagmannsrett, EU-domstolen og EFTA-domstolen

Høyesterett

Mønepanne	Rt. 1972 s. 965
Furunkulose	Rt. 1992 s. 453
Nucleus	Rt. 2001 s. 1062
Reno-Vest	Rt. 2007 s. 983
NIDA	Rt. 2007 s. 1783
Trafikk og Anlegg	Rt. 2008 s. 1705
Catch Communications	Rt. 2008 s. 982
Vangen	Rt. 2010 s. 291
STX	Rt. 2011 s. 258
Holship	HR-2016-2554-P
Fosen-Linjen	HR-2019-1801-A
 <i>Lagmannsrett</i>	
Interiør & Bygg	LH-2006-38200
	LE-2010-086516
Norconsult	LB-2010-201985
Vestfold fylkeskommune	LA-2011-100800
	LH-2014-168975
	LF-2015-187242
	LB-2015-29544-1
Skanska II	LB-2017-94201
	LH-2018-32429

EU-domstolen

San Giorgio	Dom av 9. november 1983, <i>San Giorgio</i> , 199/82, ECLI:EU:C:1983:318.
Francovich	Dom av 19. november 1991, <i>Francovich</i> , C-6/90 og C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.
Brasserie du Pêcheur	Dom av 5. mars 1996, <i>Brasserie du Pêcheur</i> , C-46/93 og C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.
British Telecom	Dom av 26. mars 1996, <i>British Telecom</i> , C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat av 28. november 1995, i <i>British Telecom</i> , C-392/93, ECLI:EU:C:1995:408.
Haim	Dom av 4. juli 2000, <i>Haim</i> , C-424/97, ECLI:EU:C:2000:357.
Santex	Dom av 27. februar 2003, <i>Santex</i> , C-327/00, ECLI:EU:C:2003:109.
Wienstrom	Dom av 4. desember 2003, <i>Wienstrom</i> , C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 Dom av 19. juni 2004, <i>Karen Millen Fashions</i> , C-345/1, ECLI:EU:C:2014:2013.
Kommisjonen mot Portugal	Dom av 14. oktober 2004, <i>Kommisjonen mot Portugal</i> , C-275/03, ECLI:EU:C:2004:632.
Synthon	Dom av 16. oktober 2008, <i>Synthon</i> , C-452/06, ECLI:EU:C:2008:565.
Strabag	Dom av 30. september 2010, <i>Strabag</i> , C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567

- Combinatie Dom av 9. desember 2010, *Combinatie*, C-568/0, ECLI:EU:C:2010:751.
- Vieira de Azevedo Dom av 15. desember 2016, *Vieira de Azevedo*, C-558/15, ECLI:EU:C:2016:785
- EFTA-domstolen*
- Fosen I Sak E-16/16, anmodning til EFTA-domstolen fra Frostating lagmannsrett i en sak mellom Fosen-Linjen AS og AtB AS, av 31. oktober 2017.
- Fosen II Sak E-7/18, anmodning til EFTA-domstolen fra Norges Høyesterett i en sak mellom Fosen-Linjen AS, støttet av Næringslivets Hovedorganisasjon, og AtB AS, av 1. august 2019.
- Juridisk litteratur**
- Arnesen (2020) Arnesen, Finn, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen», i *Offentlige Kontrakter aktuelle tema*, Trygstad, Kristian Jåtog og Bakken, Espen (red), Gyldendal 2020, s. 188-200.
- Arnesen og Haukeland (2017) Arnesen, Finn og Fredriksen, Halvard Haukeland, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen» *Tidsskrift for forretningsjus* 2017, 169-195.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement Volume I*, 3. utg., Thomson Reuters 2014.
- Berg (2010) Berg, Claus, *Ubudsrett i Byggeriet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010.
- Bernt og Krüger (2002) Bernt, Jan Fridthjof og Krüger, Kai, «Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved

- anbudsfeil i kommunal sektor», i *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup*, Bull, Kirsti Strøm, Hagstrøm, Viggo, Tjomsland Steinar (red), , 2002, s. 121-156.
- Boe (2012) Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode. En introduksjon til rett og retts-tenkning*, 3. utg., Juridika 2012.
- Caranta (2019) Caranta, Roberto, “Special Issue on the Legal Remedies and Implications from the Fosen-Linjen Case · Damages in EU Public Procurement Law: Fosen-Linjen Can Hardly Be the Last Chapter” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, s. 214 – 221.
- Dam (2013) Dam, Cees van, *European Tort Law*, 2. utg., Oxford University Press 2013.
- Dragsten (2013) Dragsten, H. Marianne, *Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger*, Universitetsforlaget 2013.
- Fredriksen (2010) Fredriksen, Halvard Haukeland, *Objektivt ansvar for anbudsfeil? Lov og Rett* s. 2010 s. 600-615.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget 2013.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Gyldendal Juridisk 2017.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011.

- Hagstrøm (2019) Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are, *Erstatningsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Krüger (2001) Krüger, Kai, «Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse – fra «Firesafe» 1997 til «Nucleus» 2001» *Jussens Venner* 2001, s.261-303.
- Lund (2019) Lund, Dag Sørli, “Special Issue on the Legal Remedies and Implications from the Fosen-Linjen Case · The Fosen-Linjen Saga -- A Norwegian Perspective” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, s. 230-240.
- Myhre (2005) Myhre, Robert, «Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteresse» *Lov og Rett* 2005, s. 550-561.
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner* 2004, s. 329–342.
- Raimundo (2019) Raimundo, Miguel Assis, “Special Issue on the Legal Remedies and Implications from the Fosen-Linjen Case · Damages in Public Procurement Law: A Right or a Privilege? Some Thoughts After the Fosen-Linjen Saga” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, s. 255 – 261.
- Sanchez-Graells (2018) Sanchez-Graells, Albert, “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.
- Sanchez-Graells (2019) Sanchez-Graells, Albert, “Special Issue on the Legal Remedies and Implications from the Fosen-Linjen Case · EFTA Court’s Fosen-Linjen Saga on Procurement

Damages: A There and Back Again Walk” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2019, s. 248-254.

- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2011.
- Simonsen (2011) Simonsen, Lasse, «Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser» (2011) tilgjengelig fra Rettsdata. Lesedato: 20.04.20.
- Thue mfl. Thue, Anders, Buan, Anne, Lazaridis, Sofa og Brun, Kristine Røed, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utg., Gyldendal 2018.

Internett

DIFI “Statistikk om innkjøp» <https://www.difi.no/rapporter-og-statistikk/nokkeltall-og-statistikk/innkjop#4328>. [Ukjent publiseringsdato]. Lesedato: 11.05.20.

SSB Statistikk «Hva er egentlig BNP?» <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/hva-er-egentlig-bnp>, av 23. august 2017. Lesedato: 10.05.20.

Goller, Morten, Wiersholm «Fosen-Linjen-saken: Høyesterett har konkludert» <https://www.wiersholm.no/nyhetsbrev/fosen-linjen-saken-hoyesterett-har-konkludert>, av 27. september 2019. Lesedato: 01.02.20.