

Erstatning til forbigått anbyder for positiv kontraktsinteresse.

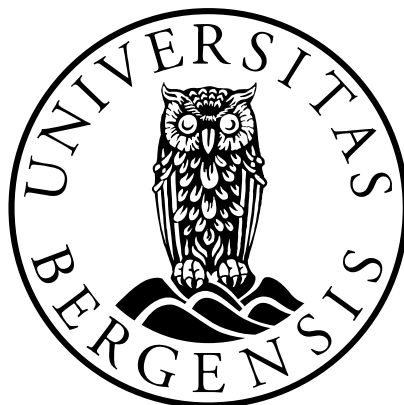
«Vilkår i norsk rett for erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser».

Kandidatnummer: 191914

Veileder: Kristian Strømsnes

Antall ord: 14317

(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen. Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato:06.12.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>Presentasjon av oppgaven</u>	<u>4</u>
1.1	Innledning	4
1.2	Oppgavens tema	6
1.3	Avgrensning av oppgaven	6
<u>2</u>	<u>Rettskilder og metode</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Tolkningsprinsipper	8
2.3	Tolkningsprinsipper etter lover og forskrifter	8
2.3.1	Hovedprinsippet om homogenitet	9
2.4	Tolkningsprinsipper etter lov om offentlige anskaffelser	10
2.4.1	Hensynet til likebehandling	10
2.5	Tolkningsprinsipper etter EU-retten	11
2.5.1	Gjennomsiktighet og likebehandling	11
2.5.2	Effektivitetsprinsippet	11
2.5.3	Ekvivalensprinsippet	12
<u>3</u>	<u>Alminnelige vilkår for erstatningsansvar</u>	<u>13</u>
3.1.1	Skade/tap	14
3.1.2	Ansvarsgrunnlag	14
3.1.3	Innledning	14
3.1.4	Skyldregelen	14
3.1.5	Subjektive unnskyldningsgrunner	15
3.1.6	Objektivt ansvar	15
3.1.7	Årsakssammenheng	16
3.2	Ansvarsgrunnlag i henhold til anskaffelsesloven	16
3.2.1	«Brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven».	16
3.2.2	«Tap han har lidt som følge av bruddet».	17
3.3	Forskrifter	17
3.3.1	Veien videre	17

3.3.2	FOA (anskaffelsesforskriften)	18
3.3.3	Noe om anskaffelsesforskriftens inndelinger	18
3.3.4	Usaklig avlysning	19
3.3.5	Urettmessig avvisning	21
<u>4</u>	<u>Ulovfestet ansvarsgrunnlag. Erstatning for den positive kontraktsinteresse</u>	<u>24</u>
4.1.1	Innledning	24
4.1.2	Nucleusdommen	24
4.1.3	Ansvarsgrunnlag i henhold til Nucleusdommen	26
4.1.4	Reno Vest-dommen	27
4.1.5	Rabattdommen	29
4.2	Ansvarsgrunnlag etter EU-retten	31
4.2.1	Innledning	31
4.2.2	Strabag	31
4.2.3	Combinatie Spijker	33
4.2.4	Bemerkninger til EU-dommene	34
4.2.5	Forskjeller i dommene innfallsvinkler	34
4.2.6	Harmonisering av dommene	35
4.2.7	Betydning for norsk rett	36
4.2.8	Rettsbildet og rettsvirkning dersom Strabag hadde blitt stående	37
4.3	Nyere tolkninger i lagmannsretten	37
4.3.1	Innledning	37
4.3.2	Lagmannsrettsdommene	38
4.3.3	Bemerkninger til lagmannsrettsdommene	40
4.3.4	Sammenfatning	41
4.4	Vesentlighetskriteriet. Forenlig med effektivitetsprinsippet? Noen EØS-rettslige synspunkter.	42
<u>5</u>	<u>Årsakssammenheng</u>	<u>44</u>
5.1.1	LOA	44
5.1.2	Forarbeidene	44
5.1.3	Høyesterettspraksis	44
5.1.4	Praksis i lagmannsretten	45

5.1.5	Et skjerpet krav til årsakssammenheng-en sammenligning med EU-praksis.	45
<u>6</u>	<u>Økonomisk tap</u>	<u>46</u>
6.1	Høyesterettspraksis	47
<u>7</u>	<u>Avslutning</u>	<u>49</u>
<u>8</u>	<u>Kilderegister og litteraturliste</u>	<u>50</u>

1. Presentasjon av oppgaven

1.1 Innledning

En anbudskonkurranse er en formalisert prosedyre hvor det offentlige arrangerer en konkurranse om retten til å inngå kontrakt med det offentlige om levering av varer, tjenester, eller bygge- og anleggsoppdrag.¹

Av formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser² § 1, følger det at anbudsreglene skal sikre verdiskapning gjennom « effektiv ressursbruk » basert på « forretningsmessighet » og « likebehandling ». Dette skal bidra til at det offentlige opptrer på en tillitsfull måte, hvor formålet om « integritet » ivaretas. Dette skal i tråd med EØS-avtalen³ sikres gjennom et detaljert anskaffelsesregelverk som gir forutberegnelighet for både leverandører og oppdragsgivere.

Offentlig sektor anskaffet varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider for 366 milliarder kroner i 2009, hvilket utgjorde 16 % av norsk BNP.⁴ Deltakelse i offentlige konkurranser kan innebære høy ressursbruk for leverandører. Feil ved gjennomføringen av anbudskonkurransen kan derfor gi alvorlige økonomiske konsekvenser for leverandører som blir forbigått.

Før det redegjøres mer om dette, er det nødvendig å forklare noen nøkkelbegreper. Forskrift om offentlige anskaffelser⁵ bruker begrepet *oppdragsgiver*⁶ om den som innbyr til konkurransen om å kjøpe en ytelse. I henhold til innarbeidet praksis betegnes den som fremskaffer eller leverer ytelsen som *tilbyder*, som er synonymt med *leverandør*.⁷ I en anbudskonkurranse konkurrerer normalt flere leverandører om oppdraget.

Det hender at oppdragsgiver bryter anskaffelsesreglene ved gjennomføringen av konkurransen. Eksempelvis ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn, ved å urettmessig avvise en tilbyder som ellers kunne ha vunnet konkurransen eller lignende. Tilbyderne vil da

¹Publisering på internett. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/2000/nou-2000-19/5/1/2.html?id=117435>. (Lesedato: 06.10.2012)

² Lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr. 69

³ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.11.1992 nr. 109.

⁴ NOU 2010:2 s.405.

⁵ Se FOR 2006-04-07 nr 402: Forskrift om offentlige anskaffelser .

⁶ Se Forskrift om offentlige anskaffelser §1-2.

⁷ Se Forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1.

kunne kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen, hvilket omfatter erstatning for den bruttfortjeneste leverandøren ville hatt dersom denne hadde blitt tildelt kontrakten.⁸

Som fremstillingen i det videre tar sikte på å belyse, har den etablerte oppfatningen i norsk rett vært at den positive kontraktsinteressen kan kreves erstattet dersom det foreligger en «vesentlig feil» fra oppdragsgiverens side.⁹ I såfall vil det ofte foreligge et ansvarsgrunnlag.

I kravet til årsakssammenheng viser etablert rettspraksis at det må foreligge «klar sannsynlighetsovervekt»¹⁰ for at forbigått anbyder hadde vunnet konkurransen dersom oppdragsgiver ikke hadde begått en «vesentlig feil». I tillegg må det foreligge et fortjenestetap.¹¹ Det vil i praksis normalt innebære at kun en leverandør har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen.

I den senere tid har det skjedd en utvikling i EU-domstolens rettspraksis som synes å dreie kursen vekk fra den etablerte oppfatningen tilknyttet «vesentlige feil». I Strabag-saken,¹² som gjaldt kontraktsbrudd tilknyttet leveranse av asfalt, konkluderte EU-domstolen med at erstatningsansvar ikke kunne være betinget av skyld. Tvert imot antyder avgjørelsen at det foreligger et tilnærmet objektivt erstatningsansvar ved brudd på regelverket.

Kort tid etter avsigelsen av Strabag traff imidlertid EU-domstolen en ny avgjørelse der rettsoppfatningene avvek fra førstnevnte sak. I Combinatie Spijker-saken,¹³ som gjaldt erstatningsansvar for fortjenestetap i forbindelse med renovering av to broer, kom EU-domstolen til at det i fravær av EU-rettslige regler er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning.

Siden det er motstridende oppfatninger i de nevnte EU-dommene, er det interessant å belyse hvilken betydning henholdsvis Strabag og Combinatie Spijker har for norsk rett, og om det norske utgangspunktet må endres. Det vil fokuseres på norsk rettspraksis som vil gi et bilde

⁸ Publisering på internett. <http://anbudsadvokaten.no/positiv-kontraktsinteresse-anbud-nucleusdommen>. (Lesedato 09.10.2012).

⁹ Jf. Rt-2001-1062. Nucleusdommen.

¹⁰ Jf. Rt-2001-1062. Nucleusdommen

¹¹ Se Dragsten (2005) s. 257.

¹² Sak C-314/09.

¹³ Sak C-568/08.

av dagens rettsoppfatning. Både etablert høyesterettspraksis samt nyere rettspraksis i underinstansene vil bli analysert.

1.2 Oppgavens tema

Den overordnede problemstillingen er: « Hvilke vilkår gjelder etter norsk rett for å oppnå erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene.»

Målsettingen med oppgaven er å fastsette om norsk rett kan opprettholdes etter de to nyeste dommene i EU-domstolen. Gjennom å analysere norsk rettspraksis om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil det kunne vurderes om den er på linje med EU-rettspraksisen – som synes å peke på et objektivt ansvar med innhold av culpadrøftelser.

Ettersom EU-domstolen har utvist motstridende oppfatninger rundt ansvarsgrunnlaget, må det vurderes i hvor stor grad ansvarsgrunnlaget kan sies å være objektivt.

I oppgaven vil det rettes størst fokus mot ansvarsgrunnlag. I lys av statens folkerettslige forpliktelser må sentrale bestemmelser og tolkningsprinsipper hentes fra EØS-retten. Det vil særlig fokuseres på effektivitetsprinsippet¹⁴ og hvilken innvirkning prinsippet vil få med hensyn til erstatning for den positive kontraktsinteresse.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Brudd på anskaffelsesreglene vil kunne medføre en rekke ulike sanksjoner, eksempelvis overtredelsesgebyr eller at kontrakten kjennes uten virkning, avkortes med mer. Det er kun erstatning som behandles i det følgende.

Erstatningsansvaret som skal belyses knytter seg til den positive kontraktsinteresse.

Den såkalte negative kontraktsinteresse¹⁵; erstatning for direkte utgifter relatert til deltakelse i anbudskonkurransen vil ikke bli nærmere behandlet.

¹⁴ EØS-rett (2004) s.504.

¹⁵ Begrepet omtales også som det tap man lider ved å innrette seg i tillit til at han har inngått- eller i ferd med å inngå en gyldig avtale. Dette kalles også «tillitsinteressen», jf. Hov (2002) s.190.

Oppgaven vil kun gjelde anskaffelser foretatt av det offentlige. Etter forskrift om offentlige anskaffelser¹⁶ § 1-2, omfatter dette «statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer» samt «sammenslutninger dannet av en eller flere av disse».

Eksempler på dette er kommunale etater, fylkesmannen, egne rettssubjekter, eksempelvis offentlig eide aksjeselskap eller stiftelser. Etter forarbeidene vil også ulike typer av innkjøpssamarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner omfattes. Private anskaffelser vil ikke behandles.

Med hjemmel i anskaffelsesloven er det gitt to forskrifter om anskaffelser av varer, tjenester, og-bygge og anleggsoppdrag.¹⁷ For offentlige oppdragsgivere gjelder forskrift om offentlige anskaffelser, heretter FOA.¹⁸ Den andre forskriften, fornyingsforskriften¹⁹ regulerer anskaffelser tilknyttet vann -og energiforsyning, transport og posttjenester. Det er kun anskaffelser etter FOA som vil behandles da flertallet av anskaffelser skjer etter denne forskriften, samt at majoriteten av rettskildene knytter seg til FOA.²⁰ I tillegg er det stor grad av likhet i erstatningsreglene når det gjelder de to forskriftene.²¹

Når det gjelder brudd på anbudsreglene, vil oppgaven konsentrere seg om urettmessig avvisning av leverandører eller deres tilbud og usaklig avlysning. Det vil kort gjøres rede for hovedtrekkene i disse forskriftsbestemmelsene, for å kunne illustrere hvilke typesituasjoner som danner grunnlag for feil som kan medføre erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse.

2. Rettskilder og metode

2.1 Innledning

¹⁶ Se FOR 07.04.2006 nr 402.

¹⁷ Gjønnnes (2007) s.78

¹⁸ Se FOR 07.04.2006 nr 402.

¹⁹ FOR 07.04.2006 nr 403

²⁰ Se sammenligningsvis FOR 07.04.2006 nr 402 og 403.

²¹ Publisering på internett. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/regpubl/prop/2011-2012/prop-12-l-20112012/6/5.html?id=662555>. (Lesedato 10.10.2012)

Oppgaven reiser spørsmål som må ses på bakgrunn av Lov om offentlige anskaffelser²², heretter LOA § 11 jf. den tilhørende FOA.

Lovverket er utformet på bakgrunn av EU-direktiv 2004/18/EF som er en samordning av fremgangsmåtene ved offentlige anskaffelser tilknyttet varer, tjenester, bygg og anlegg. Etter EØS-avtalen, som er implementert ved EØS-loven av 27. november 1992, er staten forpliktet til å følge direktivet.

Direktivet og LOA regulerer ikke de konkrete vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse. Vilråene har derfor blitt utviklet av domstolene. Sentral rettspraksis utledet av EU-domstolen samt nasjonale domstoler vil kunne utdype kriteriene for erstatning. Dette vil gi et klarere bilde av dagens rettslige tilstand.

Det er oppnevnt en uavhengig Klagenemd for offentlige anskaffelser, KOFA, som er administrativt underlagt Konkurransetilsynet.²³ Nemda behandler et stort antall saker tilknyttet brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Nemndas avgjørelser er rådgivende, men vil likevel kunne belyse problemstillingen.

Besvarelsen vil videre henvise til sentral juridisk litteratur, bakgrunnsrett og etablerte juridiske normer. En del av litteraturen omfatter kommentarutgaver til den tidligere forskrift om offentlige anskaffelser. Ettersom innholdet i den nye FOA i stor grad sammenfaller med den tidligere forskriften, er det hensiktsmessig å benytte kommentarutgavene i oppgaven.

2.2 Tolkningsprinsipper

For å kunne belyse dagens rettsoppfatning tilknyttet erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse er det nødvendig å se nærmere på tolkningsprinsippene. Først etter lover og forskrifter generelt, deretter etter LOA spesielt. Dette vil illustrere de rettslige avveiningene som foretas i EU-domstolen og videre i norske domstoler. Avslutningsvis vil generelle tolkningsprinsipper etter EU-retten behandles. Dette fordi EU-domstolen har siste ord og at norsk Høyesterett må tolke EU-retten lojalt, jf. Finanger I-dommen.²⁴

2.3 Tolkningsprinsipper etter lover og forskrifter

²² LOV av 16.0.1999 nr 69. jf. FOR 07.04.2006 nr. 402

²³ Publisering på internett. www.kofa.no. (Lesedato 14.10)

²⁴ Rt-2000-1811

2.3.1 Hovedprinsippet om homogenitet

EØS-avtalen²⁵ artikkel 6 viser at det skal legges til rette for ensartede regler i hele EØS-området. Bestemmelsen peker på homogenitetsmålsettingen, jf. EØS-avtalen art. 1 sammenholdt fortalens punkt 16.

Etter ODA-avtalens²⁶ artikkel 3(1) utdypes dette ved at «bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i (EU-retten) skal fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet før undertegningen av EØS-avtalen». Dette gir Høyesterett sin tilslutning til i Finanger I-dommen dommen²⁷ og må følgelig tillegges stor vekt.

Etter ordlyden i ODA-avtalens artikkel 3(1), synes «har truffet før undertegningen» å definere et klart definert skille tidsmessig, slik at rettspraksis som er truffet etter undertegningen av bestemmelsen ikke kan tillegges virkning. Likevel følger det at ODA-avtalen art. 3(2) jf. EØS-loven artikkel 6. at EFTA og ESA plikter å ta «tilbørlig hensyn» til senere avgjørelser truffet av EU-domstolen. «Tilbørlig hensyn» fremhever viktigheten av ensartede regler i EØS-området.

Homogenitetsmålsettingen ble vektlagt i Finanger I-dommen. Førstvoterende viser på side 1820 at selv om EFTA-domstolens uttalelser kun er rådgivende, jf. ODA-avtalens art. 3(2), vil reelle grunner tale for at EFTA-avgjørelser skal ha «vesentlig vekt». Dette fordi rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette begrunnes først og fremst med opprettelsen av domstolen, hvor formålet var å sikre lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen.

Førstvoterende fremhever i denne sammenhengen at EFTA-domstolen også har særskilt kunnskap på området, noe som må tillegges vekt.

På side 1826 i Finanger I - dommen vektlegges forrangsregelen i EØS - loven § 2. Den viser at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.

²⁵ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Vedlagt i EØS-loven.

²⁶ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, vedlagt i EØS-loven.

²⁷ Rt-2000-1811

Videre vektlegger Høyesterett presumsjonsprinsippet²⁸ som peker på at norsk lov «så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser». Prinsippet synliggjør krav om lojal fortolkning av folkeretten ved fastsettelse av innholdet i lover og forskrifter. I samme avsnitt fremheves viktigheten av å utvise lojalitet overfor fellesskapsretten.

Kort oppsummert vil homogenitetsprinsippet kunne påvirke tolkningen ved tolkningstvil tilknyttet bestemmelser i nasjonal lovgivning, hvor de i sitt materielle innhold er tilsvarende som i EU-retten. Det er i denne sammenhengen nødvendig å søke veiledning i EU-domstolens avgjørelser for å finne gjeldende rett.

2.4 Tolkingssprinsipper etter lov om offentlige anskaffelser

2.4.1 Hensynet til likebehandling

Etter formålsparagrafen i LOA § 1 skal loven bidra til «økt verdiskaping i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på «forretningsmessighet og likebehandling» Dette viser at anskaffelsen må skje på grunnlag av regulerte prosedyrer, samt at alle deltakere i konkurransen skal behandles i tråd med disse. Loven skal bidra til at hensynet til «samfunnstjenlighet» ivaretas, jf. LOA § 1.

Lovens formål må sammenholdes med anskaffelsesloven § 5 som stiller krav til oppdragsgiverens opptreden i konkurranser. Bestemmelsen stiller et eget og selvstendig krav om at anskaffelse skal skje på bakgrunn av konkurranse.

Konkurransen skal etter bestemmelsens første ledd skje i samsvar med « god forretningsskikk» og det skal ikke finne sted noen «forskjellsbehandling». Forarbeidene uttrykker at avvik fra formell likebehandling bare unntaksvis bør forekomme.²⁹ Unntak fra regelen forutsetter saklig begrunnelse, noe som tyder på en høy terskel.

Bestemmelsens tredje ledd presiserer at utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av «objektive og ikke-diskriminerende kriterier».

Ordlyden «objektive og ikke-diskriminerende kriterier» peker på en rettferdig konkurranse som sikrer forutberegnelighet. Bestemmelsen utfylles av sentrale forskrifter. For å sikre

²⁸ Se side 1826 i dommen.

²⁹ NOU 1997:21

likebehandling etter § 5 er det en forutsetning at hensynene til «forutberegnelighet» ,«gjennomsiktighet» og «etterprøvnbarhet» i størst mulig grad sikres.

Disse grunnleggende kravene som følger av LOA §§ 1 og 5 vil stille krav til rettsanvenderens tolkning av LOA, da vedkommende plikter å gi tilbyderne likeverdige forutsetninger for å få sitt tilbud antatt. En oppdragsdragsgiver kan eksempelvis ikke gi en tilbyder særrettigheter på de øvrige tilbydernes bekostning under konkurransen. Dersom hensynet til likebehandling ikke blir ivaretatt i konkurransen, kan det medføre at avgjørelsen påklages av en deltaker.

2.5 Tolkningsprinsipper etter EU-retten.

2.5.1 Gjennomsiktighet og likebehandling

Etter EU- kommisjonens Grønnbok³⁰ følger det en henvisning til direktiv 2004/18/EC, for norsk rett 2004/18/EF. Det uttales følgende om direktivet:

“By guaranteeing transparent and non-discriminatory procedures, these Directives principally aim to ensure that economic operators benefit fully from the basic freedoms in the field of public procurement”.

Hensynet til gjennomsiktighet og likebehandling er ut fra dette sentrale tolkningsprinsipper etter EU-retten. Dette vil sikre at anbydere får delta i en rettferdig konkurranse.

2.5.2 Effektivitetsprinsippet

Av EU-domstolens avgjørelse i Sak 199/85, kommisjonen mot Italia, følger det at direktivets formål er å garantere «effektiv håndhevelse» og at «prinsipperne i kraft af deres art gælder for enhver situation, der vedrører offentlige indkøb».

Avgjørelsen kan ses i lys av uttalelsen til Sejersted m. flere som peker på et svært viktig EU/EØS-rettslig prinsipp; kravet til effektiv beskyttelse i nasjonal rett av de rettigheter EU-retten gir individer og foretak. Prinsippets viktige funksjon ble lagt til grunn med utgangspunkt i lojalitetsplikten etter TEUF, i tillegg til medlemsstatenes forfatningsmessige tradisjoner. Videre fremgår prinsippet av den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen.³¹

³⁰ En grønnbok , også kalt «Green Paper» er en utredning fra Kommisjonen som sendes til høring til berørte parter. Kilde : <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/nouer/1995/nou-1995-3/8/4/1.html?id=335392> (lesedato 22.11)

³¹ EØS-rett (2004) s. 81.

Intensjonen med effektivitetsprinsippet er at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det «vanskelig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EU-retten gir»³² Prinsippet modifierer utgangspunktet om at i fravær av EU-rettslige bestemmelser på området må den enkelte medlemsstat angi hvilke domstoler som skal være kompetente, samt hvilke prosessuelle regler som skal gjelde for saker som anlegges til sikring for de rettigheter EU-retten medfører for individer og foretak. Prinsippet gir uttrykk for et minimumskrav til nasjonal prosesslovgivning.

Når det gjelder rekkevidden av prinsippet, følger det av EU-domstolens sak C-246/09³³ at

«Hvad angår effektivitetsprinsippet har Domstolen fastslået, at hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at anvende EU-retten, skal bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale instanser».

EU-domstolen viser at man skal ta hensyn til prinsipper som gjelder ved den nasjonale rettspleie, herunder beskyttelsen av retten til forsvar, rettssikkerhetsprinsippet samt prinsippet om hensiktsmessig saksbehandling.

Samlet sett vil effektivitetsprinsippets vekt og utslag variere med hensyn til de nasjonale prosessregler som det diskuteres i forhold til. Vektleggingen av andre sentrale EU/EØS-rettslige prinsipper viser at effektivitetsprinsippet ikke kan vurderes isolert, men må ses i lys av de individuelle prinsippene ved lovtolkning som gjør seg gjeldene i hver medlemsstat.

2.5.3 Ekvivalensprinsippet

Ekvivalensprinsippet er utviklet av EU-domstolens praksis, og innebærer at krav som bygger på EU-retten ikke kan være underlagt andre materielle og prosessuelle betingelser enn tilsvarende krav i nasjonal rett.³⁴ Dersom det eksisterer nasjonale regler som regulerer samme forhold som EU/EØS-retten, må altså anvendelsen av reglene samsvare.

Et eksempel på ekvivalensprinsippets virkning fremgår av Halvard Haukeland Fredriksens artikkel, «Objektivt ansvar for anbudsfeil?». Forfatteren trekker frem at «erstatningsrettslige

³² EØS-rett (2004) s. 81

³³ EØS-rett (2004) s. 82

³⁴ Lysbildefremvisning. Professor Finn Arnesen. «Medlemsstatenes erstatningsansvar ved brudd på EU-retten.» Plansje nr. 12

vern som tilbys for rettigheter som utledes av EU/EØS-retten, må være minst like godt som det som gjelder for tilsvarende rettigheter etter nasjonal rett».³⁵

Det er ut fra dette uomstvistet at prinsippet stiller krav til nasjonal rett. Bestemmelser som kommer til anvendelse ved søksmål for nasjonale domstoler skal anvendes likt ved søksmål som gjelder tilsidesettelse av EU-retten.

EFTA-domstolens praksis må videre forstås slik at et tilsvarende prinsipp gjelder for EØS-avtalen, noe som fremgår av den såkalte «Allseas-saken», avsagt av Høyesterett i 2005.³⁶

Konkret viser Høyesterett under dommens avsnitt 38 at med utgangspunkt i lojalitetsplikten etter EF-traktaten artikkel 10 jf. EØS-avtalen artikkel 3, har EF-domstolen (EU-domstolen) utviklet et prinsipp om ekvivalens. Ekvivalensprinsippet betyr at nasjonale rettigheter og EU/EØS-rettigheter må behandles likt i prosessuell henseende, jf. avsnitt 38. Det følger av dommen at prinsippet er utviklet av effektivitetsdoktrinen.

I nyere tid har standpunktet blitt lagt til grunn i Rt-2010- 1500. Saken gjaldt spørsmål om erstatning ved mangelfull implementering av EØS-avtalen, subsidiært krav om tilbakebetaling av betalt skatt som ble ilignet uten gyldig hjemmel for en lengre tid tilbake siden. Retten viste til Finanger II-dommen hvor det fremgikk at det ikke var grunnlag for erstatningskrav etter ordinær norsk rett ved mangelfull implementering av EØS-reglene.³⁷

Av dommens avsnitt 66 følger det at en søksmålsfrist på 6 måneder ikke kan anses som et brudd på effektivitetsprinsippet. Det følger at fristen etter skattebetalingsloven er den samme for innsigelser basert på forholdet til EØS-avtalen, som for andre innsigelser mot ligningen. Det ble ut fra dette ikke aktualisert noen vurdering av ekvivalensprinsippet.

Samlet sett kan man trekke den slutning at ekvivalensprinsippet er et sentralt prinsipp i EU/EØS-retten. Det vil sikre like gunstige prosessuelle regler for saksanlegg både for rettigheter som følger av EU-retten og for tilsvarende spørsmål på grunnlag av nasjonal rett. Det er likebehandling som er det sentrale elementet.

3. Alminnelige vilkår for erstatningsansvar

³⁵ Haukeland Fredriksen(2010) pkt.2.2 (s. 602)

³⁶ Rt-2005-597

³⁷ EØS-rett (2004) s.80

For å kunne gjøre rede for erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene, er det nødvendig med en kort redegjørelse av de alminnelige vilkårene for erstatningsansvar.

Etter norsk rett er de tre vilkårene for erstatningsansvar at det foreligger en skade/tap, et ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet.

3.1.1 Skade/tap

Skade/tap peker på en negativ effekt, det vil si et tap hos skadelidte som kan måles eller verdsettes økonomisk i penger³⁸ Det kan eksempelvis være verdien av et kjent kunstverk som er blitt frastjålet vedkommende.

3.1.2 Ansvarsgrunnlag

3.1.3 Innledning

Selv om man har forårsaket en skade, blir man etter gjeldende rett ikke nødvendigvis ansvarlig for tapet som volder ved skaden. Det må finnes et grunnlag som medfører ansvar. Etter norsk rett er det viktigste ansvarsgrunnlaget skyld eller uaktsomhet.³⁹ Dette omtales ofte som et culpaansvar. Den andre hovedformen for ansvarsgrunnlag er objektivt ansvar. Begge ansvarsformene skal behandles i hovedtrekk.

3.1.4 Skyldregelen

Skyldregelen går ut på at man skal opptre forsvarlig. Dette gjelder både for fysiske personer, samt juridiske personer som selskaper, foreninger, stiftelser eller lignende. Uforsvarlig opptreden vil gi personlig ansvar dersom den medfører skade/tap og de øvrige vilkårene for erstatningsansvar er oppfylt.

Etter skyldregelen blir man erstatningsrettslig ansvarlig hvis man ved å neglisjere en alternativ handling som man hadde oppfordring til å foreta, opptrer på en slik måte at man volder skade. Hvor strengt ansvaret er vil variere ut fra typeområde og typetilfelle. Skyldansvaret må ses i lys av den rollen skadevolderen befinner seg i samt dennes

³⁸ Nygaard (2007) s.4

³⁹ Publisering på internett. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19981999/otprp-nr-31-1998-99-/3/2/3.html?id=306955>. (Lesedato: 15.10.2012)

tilknytningen til den risikoen som voldte skaden.⁴⁰ Sammenfattet er det etter norsk rettstradisjon vanlig å stille spørsmålet om det foreligger en plikt til å reagere på en risiko på en måte som sikrer eller begrenser skade.

Dersom skadevolderen er profesjonell, vil man normalt kunne ha en skjerpet rolleforventning til ham. Vurderingen er normativ og grensen mellom rett og urett er sentral. Ofte vil det kunne foreligge lovhjemlede eller andre rettslig bindende regler, sikkerhetsregler eller aktsomhetsregler som belyser eller påvirker grensen mellom rett og urett i forhold til det erstatningsrettslige skyldansvaret.

3.1.5 Subjektive unnskyldningsgrunner

Ved grensevurderingen mellom rett og urett, åpnes det for subjektive unnskyldningsgrunner.⁴¹ Et eksempel er at det ikke stilles samme krav til innsikt blant psykisk syke personer eller rusmisbrukere ved brudd på ulike regelverk. Dersom det ikke forelå unnskyldningsgrunner ville grensen mellom rett og urett blitt uklar. Det er unnskyldningsreglene som gjør vurderingstemaet til et subjektivt ansvar.⁴²

Det er først når skadevolderen har handlet urett og er uten unnskyldningsgrunner at man vil konkludere med at skyld og følgelig erstatningsansvar foreligger. I vurderingen om skadevolderen har handlet urett må det foretas en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i skadevolderens tilknytning til skaden, hvilken risiko som forelå på skadetidspunktet, skadens art og grad, samt andre vurderingsmomenter.

Rt- 2008- 982 gjaldt krav om erstatning for brudd på regler om offentlige anskaffelser. I dommens avsnitt 48 la Høyesterett til grunn, med henvisning til forarbeidene, at manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fritar fra erstatningsansvar, jf. NOU 1997:21 side 85. Ut fra dette er det på det rene at unnskyldningsregler ikke har relevans i anskaffelsessaker.

3.1.6 Objektivt ansvar

⁴⁰ Publisering på internett. <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/20032004/stmeld-nr-44-2003-2004-/24/4.html?id=331215>. Om de viktigste generelle ansvarsgrunnlagene. (Lesedato:15.10.2012)

⁴¹ Kravet til kunnskap om situasjonen og sannsynligheten for hva som vil skje, må åpne for unnskyldningsregler. Vedkommende må fritas for ansvar når det ikke kan forventes at personen i den situasjonen han var i kunne handlet annerledes. Jf. Nygaard (2007) s. 209.

⁴² Se Nygaard (2007) s. 175

Objektivt ansvar består av flere undergrupper og oppstiller som hovedregel ikke krav om skyld. Et unntak fra dette er arbeidsgiveransvar, hvor arbeidstakers skyld under utførelse av arbeid eller tjeneste er en forutsetning for arbeidsgiverens objektive ansvar.⁴³

Rettspraksis viser at man avgjør ansvarsspørsmålet ut fra en helhetsvurdering med utgangspunkt i hva som er en rimelig risikoplassering. Etter rettspraksis vil objektivt ansvar slå inn når en skade er et utslag av en risiko som er skapt ved virksomhet, eksempelvis drift eller innretning, som den ansvarlige har sterk nok tilknytning til i egenskap av å være eier.

3.1.7 Årsakssammenheng

Kravet til årsakssammenheng forutsetter et minstekrav til faktisk sammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet, samt en rettslig avgrensning der tapet er for fjernt og avledet i forhold til den i utgangspunktet ansvarsutløsende handlingen.

I juridisk teori benyttes ofte betingelseslæren, som peker på et alminnelig krav til årsakssammenheng. Den innebærer at skadevolder er erstatningsrettslig ansvarlig hvis hendelsen som utløste ansvaret er en ikke uvesentlig betingelse for skaden. I denne læren er det krav om at årsaksfaktoren har vært så vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den. Det er ikke krav om at årsaksfaktoren har vært hovedårsaken til skaden.

Dersom kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt, vil det ikke kunne ilegges et erstatningsansvar, selv om det kan legges til grunn et ansvarsgrunnlag og et økonomisk tap⁴⁴

3.2 Ansvarsgrunnlag i henhold til anskaffelsesloven

3.2.1 «Brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven»

LOA regulerer erstatningsansvar. I § 11 fremgår følgende:

«Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.» (min utheving)

Spørsmålet er om «brudd» peker på et objektivt ansvar for oppdragsgiver eller om det peker hen mot culpaansvar.

⁴³ Lov om skadeserstatning av 13.06.2009 nr. 26, § 2-1.

⁴⁴ Se Nygaard(2007) s.6

Forarbeidene viser at man må legge til grunn ansvarsgrunnlaget «culpa in contrahendo» altså uaktsomhet ved kontraktsinngåelse» ved mislykket kontrahering. Det fremgår videre at det culpøse består i at man bryter normene som gjelder for gjennomføring av konkurransen. Eksempler på brudd vil belyses grundig senere i oppgaven.

3.2.2 «Tap han har lidt som følge av bruddet».

LOA § 11 viser at saksøker har krav på erstatning for det «tap han har lidt som følge av bruddet». (min uthevning)

Bestemmelsen fastslår at det under nærmere omstendigheter foreligger et erstatningsansvar. Den er imidlertid generelt utformet, og man kan ikke ut fra ordlyden fastslå hvorvidt det er tale om culpaansvar eller objektivt ansvar. Bestemmelsen er videre taus hva gjelder lovgivers syn om positiv kontraktsinteresse.

I forarbeidene til anskaffelsesloven, NOU 1997:21 side 85 står det at:

«EØS-regelverket lovfester rettigheter for leverandørene, noe som er nytt i anbudsrettslig sammenheng. Dette kan tilsi at leverandøren skal ha krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom oppdragsgivers brudd på regelverket gjør at leverandøren ikke får oppdraget».

Forarbeidene åpner altså for slik erstatning. Når forarbeidene benevner «regelverket», menes i denne sammenheng anskaffelsesloven sammenholdt anskaffelsesforskriften av 2006.

Formuleringen « dette kan tilsi at leverandøren skal ha krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse» overlater til rettspraksis å fastsette rammene for erstatningsansvar. Dette utgjør en stor del av oppgaven, og vil behandles utførlig senere.

3.3 Forskrifter

3.3.1 Veien videre

Etter LOA § 11, jf NOU 1997: 21 side 85 er det tydelig at oppdragsgiveren innenfor sitt ansvarsområde er ansvarlig for brudd på anskaffelsesreglene.

Da det er brudd på forskriftene som i størst grad danner grunnlag for erstatningsspørsmål, er det illustrerende å gi en kort fremstilling av den mest sentrale forskriften som regulerer

anskaffelsen. Dette vil danne utgangspunkt for vurderingen av erstatningsansvar ved slike feil konkret tilknyttet den positive kontraktsinteresse.

For å danne et bilde av dagens rettsstilstand må det skje en sammenligning av norsk rettspraksis fra Høyesterett, før det utledes slutninger fra nyere EU-praksis på området. Da den nyeste EU-praksis på området ikke er behandlet i Høyesterett ennå, er det nødvendig å se nærmere på lagmannsrettens nyeste dommer på området, supplert med juridiske artikler.

3.3.2. FOA

FOA inneholder detaljerte regler for gjennomføringen av anskaffelsen. Forskriftene må ses i sammenheng med de grunnleggende krav til konkurransen som følger av LOA § 5, hvor man skal sikre forutberegnelighet, gjennomsiktighet, objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Oppdragsgiver har plikt til å følge de grunnleggende kravene i anskaffelseslovens § 5 ved evaluering av tilbudene.⁴⁵

I det følgende skal det kort gjøres rede for inndelingene i FOA. Deretter skal det gis en beskrivelse av noen relevante brudd på anskaffelsesreglene, nemlig usaklig avlysning og urettmessig avvisning av tilbyder eller dennes tilbud. Begrunnelsen for dette er at spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse ofte kommer på spissen når det gjelder henholdsvis usaklig avlysning og urettmessig avvisning.

3.3.3 Noe om anskaffelsesforskriftens inndelinger.

FOA § 2-1 avsnitt (1) og (2) viser til forskriftens tre hovedinndelinger. Forskriftens del I gjelder for «alle anskaffelser som omfattes av denne forskrift, uavhengig av anskaffelsens art og verdi» jf. FOA § 2-1 (1) Denne delen gjelder dermed så godt som alltid. Er anskaffelsens verdi lavere enn kr 500 000, gjelder bare del I.

FOA § 2-1 avsnitt (2) viser at det er gjelder ulike regler for anskaffelser henholdsvis over og under EØS/WTO-terskelverdiene. Terskelverdiene angir en beløpsmessig grense der anskaffelsens verdi er bestemmende for hvilke deler av regelverket som gjelder. Etter FOA § 2-2 fastsettes terskelverdiene av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

⁴⁵ Se Klagenemda for offentlige anskaffelser, sak 2004/16 (Helsebygg Midt-Norge)

Formålet med terskelverdier er å skille mellom kontrakter der det er særskilt ønskelig med konkurranse over landegrensene og konkurranser som angivelig bare har nasjonale leverandørers interesse.⁴⁶ Det har også en side mot effektivitet og ressursbruk ved gjennomføring av konkurransen.

FOA del I og II gjelder hvis verdien er fra kr 500 000 og opp til EØS- terskelverdiene, jf. § 2-2. Hvis det skal anskaffes en tjeneste som er uprioritert, dvs. antatt ikke å være interessant for leverandører utenfor nasjonalstaten, gjelder del II og I selv om verdien er over EØS- terskelverdiene.

FOA § 2-2 viser at forskriftens del III gjelder for kontrakter hvor den anslåtte verdi vil overstige EØS- terskelverdiene som er «1,6 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter og 40 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter». For statlige myndigheter gjelder imidlertid forskriftens del III for vare- og tjenestekontrakter der den anslåtte verdi overstiger 1 million kroner ekskl. mva. FOA del I kommer for øvrig til anvendelse her.

3.3.4 Usaklig avlysning

Med avlysning av konkurransen menes at konkurransen avsluttes fordi det har oppstått forhold som gjør at oppdragsgiver ikke ønsker eller har mulighet til å fullføre konkurransen og inngå kontrakt. En avlysning kan skyldes forhold utenfor oppdragsgiverens rådighet, eksempelvis manglende konkurranse grunnet for få innkomne tilbud eller ufullstendige tilbud fra innbyderne. Den kan også skyldes forhold på oppdragsgiverens hånd, slik som undervurdering av anskaffelsens verdi, og derigjennom manglende budsjettmessig dekning, ulovlige tildelingskriterier eller andre betydelige brudd på anskaffelsesregelverket.

Avlysningsreglene følger av FOA §§ 13-1 og 22-1. Bestemmelsene kommer til anvendelse ved anbudskonkurranser henholdsvis over og under terskelverdiene, jf. ovenfor.

Bestemmelsene er i stor grad sammenfallende. Anskaffelsesforskriftene er detaljerte og det vil derfor kun fokuseres på hovedtrekkene.

Etter §§ 13-1(1) og 22-1(1) følger det at oppdragsgiver «kan» avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en «saklig grunn». Etter bestemmelsen avsnitt

⁴⁶ Amdal og Roll-Matthiesen (2004) s. 150

(2) oppstilles det samme vilkåret ved forkastelse av tilbudene. Sistnevnte vil ikke behandles nærmere.

Ordlyden «kan» peker på en skjønnsmessig vurdering. Forarbeidene⁴⁷ peker på at det ikke foreligger kontraheringsplikt.

Ordlyden «saklig grunn» peker på en tungtveiende grunn. Forarbeidene viser at en avlysning er usaklig dersom den ikke er forretningsmessig, altså dersom avlysningen bygger på forhold som oppdragsgiver kjente til eller burde tatt i betraktning ved planleggingen av anskaffelsesprosessen.

Forarbeidene viser under samme punkt at det er et alminnelig ansvarsprinsipp som er todelt. For det første må avlysningsgrunnen være saklig. For det andre må det innfortolkes et vilkår om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutsees. De samme forarbeidene viser at dersom det foreligger en saklig grunn, kan oppdragsgiveren avlyse en igangsatt konkurranse med øyeblikkelig virkning.

Forskriften må ses i lys av lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd, hvor man kan utlede at en avlysning lettere kan anses saklig dersom hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ikke ivaretas under anbudskonkurransen.

I det følgende skal det gjøres rede for to klagesaker behandlet av KOFA om avlysningsreglene. Dette for å illustrere noen rettslige sider av avlysningsreglene og senere relevans for erstatningsspørsmålet, siden klagesakene også omtaler spørsmål om erstatning for brudd på regelverket.

KOFA sak; 2010/221, Vestviken Kollektivtrafikk, gjaldt spørsmål om brudd på anskaffelsesforskriftens saklighetskrav ved avlysning. Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om spesialskyss med drosje/turvogn. KOFA besluttet at det ikke forelå brudd på regelverket i denne saken.

Konkret ble det anført at innklagede hadde brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Et av spørsmålene som ble drøftet var om avlysningen av den opprinnelige åpne anbudskonkurransen var rettmessig da det ble gjort på grunnlag av budsjettoverskridelse.

⁴⁷ NOU 1997:21 s. 139

I avsnitt 32 viser Klagenemnda at i vurderingen om det objektivt sett foreligger en «saklig grunn til avlysning» beror på en «konkret helhetsvurdering». Elementer i denne vurderingen er «hvilken omstendighet som utløste avlysningen» og «hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den».

Klagenemnda viser til Rt. 2001 side 473, hvor Høyesterett fastslår at økonomiske hensyn normalt må anses som en saklig grunn for avlysning. Det samme er også lagt til grunn i klagenemndas tidligere praksis, jf. blant annet sakene 2008/60, avsnitt 29 og 2008/78 avsnitt 60. Nemda viser imidlertid at budsjettet må være forsvarlig fastsatt, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/24 avsnitt 120.

De foreliggende budsjettoverskridelser ble ut fra dette ansett som en saklig grunn for avlysningen, jf. avsnitt 46.

Klagenemnda har i andre saker konstatert brudd på regelverket ved avlysning grunnet budsjettoverskridelser. I 2004/71; Helse Stavanger HF, gjennomførte innklagede en plan- og designkonkurranse der etterfølgende tjenestekontrakt skulle tildeles vinneren av konkurransen. Juryen kåret en vinner, men konkurransen ble avlyst da realisering av prosjektet ville medføre budsjettoverskridelser. Selv om saken gjaldt negativ kontraktsinteresse, er vurderingsmomentene relevante også for positiv kontraktsinteresse.

Klagenemnda besluttet at det var usaklig av innklagede å avlyse konkurransen før forhandlinger var gjennomført, jf. avsnitt 24. I begrunnelsen for avgjørelsen var det en klar forutsetning fra juryens side at vinnernes prosjekter måtte bearbeides til et nivå som var tilpasset innklagedes økonomi. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen før det var forsøkt å endre prosjektet til innklagedes økonomiske ramme. Ut fra sterke beviser fant klagenemnda at juryen var kjent med budsjetttrammen.

Videre fant klagenemnda at innklagede brøt kravet til forutberegnelighet, jf. avsnitt 28 og 29, ved at det ikke ble opplyst om prosjektets budsjettramme selv om denne var fastlagt før tilbudsfristen.

Sakene viser at saklighetsvilkåret må drøftes i lys av sakens konkrete omstendigheter og ut fra en helhetsvurdering. Brudd på avlysningsreglene åpner for erstatningsansvar.

3.3.5 Urettmessig avvisning.

Det foreligger flere hjemler i FOA for avvisning av en leverandør eller dennes tilbud grunnet forhold ved henholdsvis leverandøren eller tilbudet. Dersom tilbyderer bare har ett tilbud med i konkurransen, er leverandørens utfall i begge situasjoner at denne ikke lenger kan komme i posisjon til å bli tildelt kontrakten.

En leverandør må eksempelvis avvises fra konkurransen dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene som følger av anskaffelsesreglene å la ham delta, for eksempel fordi leverandøren vil ha et urimelig konkurransefortrinn ved å delta, gjerne ved å ha vært rådgiver for oppdragsgiver tidligere i anskaffelsen. Dette vil ofte medføre brudd på kravet til likebehandling.

Oppdragsgiver skal i nærmere oppregnede situasjoner avvise leverandører og deres tilbud, jf. FOA §§ 11-10 og 11-11. sml § 20-12 og 20-13. Bestemmelsene skriver seg henholdsvis fra del II og III i FOA, hvilket forklarer et stort antall hjemler.

Etter § 11-11 (1) jf. § 20-13 (1) har oppdragsgiveren plikt til å avvise et tilbud hvis det ikke er levert innen fastsatte frister jf. bokstav a.

Et eksempel på fristoversittelse og dets betydning følger av KOFAs, sak 2010/6, Troms fylkeskommune. Klagenemnda kom til at innklagede ikke brøt regelverket ved å avvise klagers tilbud som følge av at det ble mottatt etter tilbudsfristen, selv om innklagede hadde oppgitt en unøyaktig adresse i konkurransegrunnlaget.

Av avsnitt14 følger det uttrykkelig at når et tilbud er mottatt etter fristen, vil en avvisning som utgangspunkt være rettmessig.

Andre eksempler på at et tilbud skal avvises er når det inneholder et «vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene» eller inneholder « vesentlige avvik fra kravsspesifikasjonene» i henholdsvis « kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget», jf. § 11-11 bokstav d-f. Avvisning er da nødvendig for å sikre «mest mulig effektiv ressursbruk» jf. LOA § 1.

Dersom tilbudet kan medføre tvil om hvordan dette skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, vil det også skje en avvisning. Typisk at det foreligger «feil», «ufullstendigheter» eller «forbehold», jf. bokstav f. Også dette må ses i lys av formålsbestemmelsen i FOA § 1.

Etter § 11-11 (2) jf. § 20-13 (2) «kan» et tilbud avvises når nærmere vilkår er oppfylte. Ordlyden «kan» peker på at det må foretas en konkret skjønnsmessig vurdering for den

enkelte anbyders tilfelle. Dette gjelder når tilbudet inneholder «avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som ikke må anses ubetydelige».

Forarbeidene peker på at avvisningen ikke kan skje vilkårlig, men må ses i sammenheng med de generelle reglene for konkurransen i § 3-1. Etter FOA § 3-1 (1) fremheves konkurransehensynets betydning, uansett anskaffelsesprosedyre. Videre skal konkurransen gjennomføres forsvarlig, basert på likebehandling, god anbuds- og forretningskikk, samt ikke-diskriminering av leverandører, jf § 3-1-1(2) og (3).

FOA § 11-10 jf § 20-12 regulerer avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Etter § 11-10 1) « skal » oppdragsgivere avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt for leverandørens deltakelse i konkurransen. Det foreligger ut fra dette en plikt til å avvise leverandøren. Et eksempel kan være manglende innlevering av skatteattest eller HMS-egenerklæring.

Et eksempel på sistnevnte følger av KOFAs sak 2007/69, Målselv kommune. Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i forbindelse med bygging av en vannledning. Klagenemnda besluttet at klager skulle ha vært avvist fra konkurransen grunnet mangelfull HMS-egenerklæring.

Klagenemnda kom videre til at innklagede brøt kravene til likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet samt gjennomsiktighet i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å avvise klagers tilbud da det var klart at HMS-egenerklæringen ikke oppfylte lovens krav.

Etter (2) i bestemmelsene foreligger det fakultative regler, hvor oppdragsgiver kan velge om han skal avvise leverandører som ikke oppfyller definerte vilkår. Eksempler på dette er etter bestemmelsens bokstav a) ved konkurs, b) når leverandøren er begjært konkurs, etter bokstav c) ved rettskraftig dom er erklært skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel.

Samlet sett viser anskaffelsesreglene at det i gitte tilfelle foreligger plikt til å avvise et tilbud. Et eksempel på dette er at fristreglene ikke er overholdt. I andre tilfelle er det fakultative bestemmelser som åpner for en skjønnsmessig vurdering. Når avvisningen ikke bygger på et legitimt grunnlag fra oppdragsgivers side, vil det kunne bli tale om urettmessig avvisning.

Når det gjelder oppdragsgivers ansvar viser forarbeidene at dersom oppdragsgiver bryter reglene, vil det åpne for erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse.⁴⁸ Likevel er det verdt å merke i denne sammenhengen at oppdragsgiver har et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig i tilbudsevalueringen. Derfor er det vanskelig å vinne frem med krav om positiv kontraktsinteresse på bakgrunn av angivelige feil begått der hvor arbeidsgiver har et vidt skjønn, eksempelvis ved evalueringen av tilbudene.

4. Ulovfestet ansvarsgrunnlag. Erstatning for den positive kontraktsinteresse

4.1.1 Innledning.

Ifølge NOU 1997:21 s. 118 er erstatning for negativ kontraktsinteresse mest aktuelt i praksis, og spørsmålet om man også kan kreve positiv kontraktsinteresse er åpent. Man må derfor undersøke rettspraksis om positiv kontraktsinteresse.

I det følgende skal det gjøres rede for Nucleusdommen som lenge er oppfattet for å gi uttrykk for gjeldende rett. Deretter skal det vises til to nyere dommer, henholdsvis Reno-Vest og Rabattdommen. Dette er nødvendig for å vise hvordan Nucleusdommens vurderingsmomenter oppfattes i senere rettspraksis.

Videre vil det redegjøres for to nyere dommer på fra EU-domstolen, henholdsvis nevnte Strabag (C-314/09) og Combinatie Spijker (C-568/08). Gjennom en analyse av dommene, vil rettsreglene for erstatning for positiv kontraktsinteresse de lege lata bli forsøkt utpenslet. Som det vil fremgå nedenfor, innebar Strabag-dommen en helomvending i spørsmålet om valg av ansvarsgrunnlag. Det er derfor interessant å se hvordan den nyere saken, Combinatie Spijker, forholder seg til dette.

Det har så vidt meg bekjent ikke blitt avsagt dommer i Høyesterett om positiv kontraktsinteresse relatert til offentlige anskaffelser etter de nevnte EU-dommene. Noen dommer fra lagmannsretten belyser likevel dagens rettstilstand. Jeg har valgt å ta for meg tre dommer fra lagmannsretten, for å se om lagmannsretten holder fast ved Nucleusdommen eller om det gjøres endringer ut fra deres oppfatning av nyere EU-praksis.

4.1.2 Nucleusdommen

⁴⁸ NOU 1997:21 s 85

Nucleus-dommen»⁴⁹ avsagt 30.08.2001 var den første høyesterettsdommen om spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse relatert til anskaffelsesregelverket.

Saken gjaldt spørsmål om erstatning for den positive kontraktsinteresse, på bakgrunn av en begrenset fylkeskommunal anbudskonkurranse på arkitekttjenester ved utbygging av et psykiatrisk sykehus ved sentralsykehuset i Møre og Romsdal. Tre anbydere deltok i konkurransen, blant annet en gruppe på syv arkitekter under betegnelsen «Nucleus».

Høyesterett kom til at oppdragsgiver hadde brutt kravet til likebehandling ved at det ble lagt vekt på at valgte leverandør hadde vunnet den forutgående idékonkurransen for prosjektet og dermed kunne trekke med seg denne erfaringen videre.

På side 1072 anfører Nucleus at tilbudet til valgt leverandør skulle blitt avvist. Det anføres under første avsnitt i dommen at arkitektfellesskapet Nucleus mener seg forbigått. Dommen illustrerer et kjent typetilfelle i anbudsretten,- den valgte leverandør, eller dennes tilbud, skulle vært avvist og den forbigåtte tilbyderen (Nucleus) hevder denne ville fått kontrakten dersom oppdragsgiver hadde fulgt plikten til å avvise valgte leverandør, eller dennes tilbud.

Under samme avsnitt ble det presisert at anbudsretten i lys av EØS-retten har utviklet seg sterkere i retning mer formelle krav i anbudsprosessen. Dette vil etter ankemotpartens syn tale for en utvikling i erstatningsvernet og fremhever at forvaltnings-og rettspraksis i Høyesterett synes å støtte opp om dette.

Når det gjelder krav om erstatning anføres det at Nucleus har krav på erstatning for tapet ved ikke å få tildelt kontrakten. Det er skadelidte som må legge frem bevisene for at vedkommende skulle hatt kontrakten. Dette ble utførlig gjort i saken, hvor ankemotparten påberopte en rekke saksbehandlingsfeil. Hvis ikke dette blir gjort er man henfallen til å kreve negativ kontraktsinteresse. Konkret uttaler ankemotparten følgende i spørsmålet om erstatning:⁵⁰

«Omsynet til effektivitet tilseier også at det blir svarta meir enn den negative kontraktsinteressa, då tilkjenning av negativ kontraktsinteresse til ein forbigått anbydar verken er noko å strekkje seg etter for denne eller noko å frykte for oppdragsgivaren. Det kan ikkje ha vekt for omfanget av ansvaret i kva grad reglane blir prosesskapande. Subsidiært er det her tale om eit rettskrav på oppdraget, slik at ankemotpartane uansett vil ha krav på å bli tilkjent den positive kontraktsinteressa».

⁴⁹ Rt-2001 -1062

⁵⁰ Side 1072, Nucleus

I uttalelsen trekker ankemotparten frem hensynet til effektivitet, sett i sammenheng med EØS-retten. Videre synliggjør anførselen et behov for preventive regler slik at oppdragsgiveren bærer større risiko under utøvelsen av anskaffelsesreglene. Dette vil bidra til at regelverket blir fulgt korrekt.

4.1.3 Ansvarsgrunnlag i henhold til Nucleusdommen

Når det gjelder ansvarsgrunnlag tilknyttet erstatning for positiv kontraktsinteresse, uttaler Høyesterett følgende i Nucleusdommen:

«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbud, 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.⁵¹ (min utheving)

Dommen viser at forutsetningen for erstatningsansvar er at det foreligger «vesentlige feil» i forbindelse med konkurransegjennomføringen. Når Høyesterett stiller krav om «vesentlige feil» peker dette på en høy terskel for erstatningsansvar. De sentrale vurderingsmomentene som Høyesterett trekker opp i denne sammenhengen er feilens størrelse, feilens art og oppdragsgivers grad av skyld. Vurderingsmomentene må ses i sammenheng med at anskaffelsesreglene er komplekse.

Ikke enhver form for feil gir krav på erstatning. Det må foretas en helhetsvurdering av hvert konkret saksforhold. Et eksempel på dette er at feiltolkning av et komplisert og vanskelig regelverk, lettere kan fritta for ansvar enn brudd på sentrale prinsipper.⁵²

Når Høyesterett trekker frem « storleiken av feilen» peker dette på at bagatellmessige feil ikke vil medføre erstatningsansvar. Prosessøkonomiske hensyn er sentrale i denne sammenhengen. De grove bruddene på anskaffelsesreglene må prioriteres. Dette må også ses i sammenheng med at positiv kontraktsinteresse er en alvorlig sanksjon og det forutsetter at oppdragsgiver har begått et alvorlig brudd.

Når Høyesterett fremhever «typen av feil» som moment, viser dette at enkelte typer feil må slås hardere ned på enn andre. Dette har en sammenheng med lovgivningen generelt på nasjonalt og folkerettslig plan, herunder utøvelsen av denne.

⁵¹ Side 1079, Nucleus

⁵² Dragsten og Lindalen. (2005) s. 320

Det siste momentet er «kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last» noe som peker på skyldgrad. Det er naturleg å slutte at større aktører har bedre juridisk ekspertise enn de mindre. Det vil virke urimelig om mindre aktører skulle bære en større risiko enn de større fordi det kan være vanskeligere å orientere seg om regelverket. På anbudsrettens område er det et komplekst og detaljert regelverk, noe som gjør at man må trå varsomt for å unngå feil.

Likevel må det forutsettes at oppdragsgiver setter seg grundig inn i anbudsreglene da det gjelder store verdier. Dette støttes av forarbeidene som viser at rettsvillfarelse normalt ikke kan påberopes som unnskyldningsgrunn ved brudd på regelverket.⁵³

I Nucleusdommen ble det vektlagt at feilene ikke var et resultat av feiltolking, men brudd på sentrale prinsipper. I dommen var samtlige feil brudd på kravet til likebehandling. Klare brudd på de grunnleggende kravene som følger av anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 vil etter juridisk teori normalt anses som vesentlige feil.⁵⁴

Nucleusdommen oppstilte et konkret og presist vurderingstema for erstatningsspørsmålet. Dette gjør det interessant å se nærmere på rettsutviklingen på dette området.

4.1.4 Reno Vest-dommen.

Spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse kom igjen opp for Høyesterett i Reno Vest-dommen fra 2007.⁵⁵ Reno-Vest IKS er et interkommunalt selskap eid av seks kommuner i Vesterålen og Lødingen med ansvar for innsamling og håndtering av avfall i eierkommunene.

Reno-Vest utlyste en anbudskonkurranse for innsamling av husholdningsavfall i seks kommuner. Etter en prekvalifiseringsrunde innkam det tre tilbud. Ett av tilbudene var fra Reno-Vests eget datterselskap Miljøtransport Nord, som også fikk tildelt kontrakten. En av de øvrige tilbyderne, SB Transport, klagde på tildelingen og mente at SB-transport skulle vunnet anbudet.

⁵³ Se FOR: NOU 1997:21 s. 85. Rettsvillfarelse vil foreligge når en person ikke er klar over at handlingen han begår er ulovlig. Manglende kunnskap om anbudsreglene vil derfor ikke fritta fra erstatningsansvar.

⁵⁴ Dragsten og Lindalen (2005) side 32.

⁵⁵ Rt-2007-983

Det ble anført tre brudd på anskaffelsesregelverket.⁵⁶ Den første påstanden var at anbudet fra Miljøtransport skulle vært avvist på grunn av manglende garantistillelse. De andre påstandene relaterte seg til henholdsvis habilitetsmangler og feil ved deltagelse i anbudskonkurransen.

SB Transport mener at valgte leverandør, eller dennes tilbud, skulle vært avvist og at vedkommende selv ville fått kontrakten dersom oppdragsgiver hadde fulgt plikten til å avvise valgte leverandør.

KOFA, tingretten og lagmannsretten kom alle til at det forelå vesentlige feil ved saksbehandlingen. Likevel fant lagmannsretten at det ikke var godtgjort med tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt at SB Transport ville fått kontrakten. Først da saken kom for Høyesterett fikk SB Transport også medhold i at selskapet ville fått kontrakten og ble tilkjent erstatning for fortjenestetapet.

Mer konkret kom Høyesterett til at anbudet som vant frem skulle vært avvist fordi det ikke oppfylte krav om bankgaranti slik det fremgikk i konkurransegrunnlaget. Høyesterett drøftet så om summen av manglende avvisning grunnet garantimangelen, rolleblanding, manglende protokoll og mangelfull begrunnelse innebar at det forelå «vesentlige feil» i anskaffelseskonkurransen.⁵⁷

I vurderingen av om feilene er vesentlige, gjentok dommen at det må legges vekt på feilens størrelse, typen feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan klandres. Høyesterett la uten videre drøftelse til grunn Nucleusdommens vurderingsmomenter med hensyn til « vesentlige feil».

Høyesterett forankret vurderingene i anskaffelsesforskriftens og forvaltningslovens habilitetsbestemmelser, men også i de alminnelige anbudsrettslige prinsipper i anskaffelsesloven § 5. Høyesterett viste til viktigheten av at offentlige oppdragsgivere; ”opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte”. Ettersom Høyesteretts vurderingsmomenter som ble vektlagt ikke var oppfylt i denne saken, var det begått vesentlige feil i anskaffelsesprosedyren.

Oppsummeringsvis synes høyesterettsdommene å være på linje med hverandre når det gjelder ansvarsgrunnlag. Spørsmålet er så om standpunktet i Nucleusdommen og Reno-Vestdommen har blitt fullstendig opprettholdt i nyere praksis fra Høyesterett.

⁵⁶ Jf. avsnitt 23-28 i Rt- 2007-983

⁵⁷ Jf avsnitt 86 og 87 i Rt-2007-983

4.1.5 Rabattdommen

Rt-2008-1705, den såkalte «Rabattdommen» gjaldt en åpen anbudskonkurranse om funksjonskontrakt for drift og vedlikehold av E-18 gjennom Telemark.

Anskaffelsesspørsmålet i saken var om oppdragsgiver kunne ta hensyn til et rabatt-tilbud som var betinget av at tilbydereren i tillegg vant en annen anbudskonkurranse hos Statens Vegvesen. Høyesteretts flertall besvarte dette benektende, men var noe i tvil grunnet de strenge krav til likebehandling og forutberegnelighet som følger av anskaffelsesloven § 5.

Høyesterett viser i avsnitt 49 at brudd på regelverket om offentlige anskaffelser gir skadelidte krav på erstatning « for det tap han har lidt som følge av bruddet », jf. anskaffelsesloven § 10. Standpunktet bygget på behandlingen av vilkårene i henholdsvis Nucleus og Reno-Vest. Kravet om «vesentlige feil» ble lagt til grunn også i denne dommen. Nucleusdommen tillegges dermed vekt også i nyere rettspraksis.

Flertallet fant imidlertid ikke at saksbehandlingsfeilen hos Statens Vegvesen kunne gi grunnlag for kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Høyesterett viser i avsnitt 57 at selv om feilen innebar brudd på grunnleggende prinsipper innen anbuksretten, hensynet til likebehandling og forutberegnelighet, kan det ikke alene medføre erstatningsansvar.

Høyesterett begrunnet dette med at rabattspørsmålet var uklart. Derfor kunne ikke Statens Vegvesen klandres for sin håndtering. I samme avsnitt presiserer Høyesterett at til tross for at Statens Vegvesen er en stor aktør på området og følgelig skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse.

Dette underbygger Høyesterett ved å påpeke at spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt. Herunder poengteres at spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten ikke er i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Det ble derfor fritatt for erstatningsansvar. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av dommen, tyder Høyesteretts avgjørelse på at kravet til «vesentlige feil» etter Nucleusdommen ikke var oppfylt.

Oppdragsgiveren kunne ikke klandres for den feilen som ble gjort.

Det som videre er verdt å merke i dommen var Høyesteretts redegjørelse og vurdering av effektivitetsprinsippets betydning. Dette på bakgrunn av at ankeparten, Trafikk og Anlegg

uttrykte skepsis til den lave ansvarsterskelen oppstilt i Nucleusdommen, noe som indirekte peker på et objektivt ansvar.

Førstvoterende viser at man ikke kan slutte at EU-rettens generelle krav til effektiv gjennomføring tilsier at det foreligger et strengere ansvar for vegvesenets brudd på LOA i den foreliggende sak enn det som følger av Nucleus.

Førstvoterende underbygget begrunnelsen ved å gjengi EU-domstolens uttalelser om medlemsstatenes alminnelige erstatningsansvar ved brudd på EU-retten. Dette ble henvist til to forente saker, *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame*⁵⁸ og noen sentrale uttalelser fra disse: Det avgjørende kriterium for om det foreligger et erstatningsansvar er ifølge denne dommen:

«om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution *åbenbart og groft* har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser».

Momenter i denne vurderingen er etter dommen «hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om «overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forættligt eller uagtsomt», om en «eventuel retsvilddfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig», for å nevne noe.

Høyesterett fremhever i avsnitt 55 at EØS-retten viser til et strengt krav om effektiv gjennomføring av EØS-retten. Likevel vil staten kun ha et erstatningsansvar der det er begått «åpenbare eller grove feil», hvor spørsmålet om unnskyldelig rettsvillfarelse er et moment i spørsmålet om ansvar foreligger. Og i avsnitt 57 presiseres det at det må være en viss åpning for at rettsvillfarelse vil kunne fritta for erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Gjennom avsnitt 56 legger førstvoterende til grunn at kravet til effektiv gjennomføring i lys av EU-retten ikke tilsier et strengere krav for Statens Vegvesen sitt brudd på anskaffelsesloven i den foreliggende sak enn det som følger av Nucleusdommen.

Samlet sett er det tydelig at Høyesterett åpner for at unnskyldelig rettsvillfarelse vil fritta for erstatningsansvar. Likevel er det verdt å merke at rettsvillfarelse kun er et moment i helhetsvurdering i avgjørelsen om ansvar foreligger. Dette peker på at unnskyldelig rettsvillfarelse ikke automatisk medfører ansvarsfrihet, men må ses i sammenheng med størrelsen, arten og graden av den konkrete feilen som er begått.

⁵⁸ C-46/93 og C-48/93

Både Nucleus, Reno-Vest og Rabattdommen viser at det råder en oppfatning om «vesentlige feil» for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteresse. Nucleusdommen var den første til å antyde behovet for en helhetsvurdering, hvor vesentlighetskriteriet ble definert.

Reno Vest- holdt fast ved vesentlighetsvurderingen og trakk videre frem hensynene bak de alminnelige anbudsrettslige reglene i LOA § 5. Dommen holdt fast ved vurderingsmomentene som fremkom av Nucleus uten videre drøftelse.

I Rabattdommen blir kravet til «vesentlige feil» som nevnt vektlagt. Dommen skiller seg fra de to øvrige ved å ta for seg effektivitetsprinsippetets betydning i større grad, hvor det presiseres at prinsippet ikke vil medføre strengere ansvar for Statens Vegvesen sitt brudd på LOA enn det som følger av Nucleusdommen. Rabattdommen synes videre tillegge rettsvillfarelse større vekt enn tidligere. Rettsvillfarelse vil her inngå som vurderingsmoment i kravet til «vesentlige feil».

4.2 Ansvarsgrunnlag etter EU-retten

4.2.1 Innledning

Innenfor EU-retten har det generelle utgangspunktet lenge vært at medlemsstatene selv bestemmer bruk av sanksjoner ved overtredelser av EU/EØS-reglene. Dette følger uttrykkelig av Francovic-saken.⁵⁹ Forutsetningen etter Francovic-saken var likevel at likebehandlings- og effektivitetsprinsippet ble fulgt og at det ikke fantes EU-rettslige sanksjonsregler på det aktuelle området. Nyere praksis fra EU-domstolen setter imidlertid spørsmålsteget ved om Høyesteretts praksis er for streng i leverandørens disfavør. Dette skal belyses i det følgende.

4.2.2 Strabag

I Strabag-saken⁶⁰ av 2009 ble EU-domstolen forelagt spørsmålet om håndhevelsesdirektivet 89/665/EØF er til hinder for at krav om erstatning gjøres betinget av at oppdragsgiver har utvist uaktsomhet. Foranlediget for spørsmålet var hvorvidt en nasjonal forskrift som gav uttrykk for culpa med omvendt bevisbyrde var i overensstemmelse med EU-retten. Dette spørsmålet oppstod på bakgrunn av at erstatningsansvaret var tilnærmet objektivt etter den innklagedes nasjonale rett, østerriksk rett.

⁵⁹ Sak C-6/90.

⁶⁰ C-314/09 (Strabag)

Saken gjaldt den østerrikske byen Graz' tildeling av kontrakt om produksjon og leveranse av asfalt. Konkurransgrunnlaget viste at asfalten skulle leveres fra 1. mars til 20. desember 1999. Oppdragsgiver aksepterte likevel et tilbud fra Held & Frank Bau GmbH (HFB) selv om denne ikke hadde operativ fabrikk før 17. mai 1999. Den valgte leverandøren hadde således oppstart 17. mai mens kravet i konkurransegrunnlaget var 1. mars. Følgelig ble leveransen vesentlig forsinket. Overført til norske regler skulle dette medført avvisning av tilbudet etter FOA § 20-13(1) bokstav e.

EU-domstolen viste at det i utgangspunktet er overlatt til den enkelte stat å fastsette hvilke sanksjoner som skal benyttes ved brudd på innkjøpsreglene. Likevel fant EU-domstolen at hvorvidt skadelidte skulle tilkjennes erstatning for brudd på anskaffelsesreglene, ikke berodde på en nærmere bestemt og klanderverdig adferd hos oppdragsgiveren.

Mer konkret viste EU-domstolen i avsnitt 45 at direktiv 89/665 er til hinder for at statene kan gjøre et erstatningsansvar betinget av det foreligger skyld hos oppdragsgiver:

"Herefter skal første spørgsmål besvares med, at direktiv 89/665 skal fortolkes således, at det er til hinder for nationale retsfor skrifter, hvorefter krav på skadeserstatning som følge af, at en ordregivende myndighed har overtrådt bestemmelserne om offentlige kontrakter, er betinget af, at overtrædelsen er culpøs, herunder når anvendelsen af disse retsfor skrifter bygger på en formodning om, at nævnte myndighed har handlet culpøst, og når denne ikke kan påberåbe sig manglende individuelle færdigheder og dermed manglende subjektiv skyld for så vidt angår den påståede overtrædelse." (min utheving)

Avgjørelsen antyder at erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket er objektivt.

Dette innebærer at oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen nærmest uavhengig av om oppdragsgiver kan bebreides for de feil som er begått. En slik tolkning av dommen innebærer i så fall at de vilkårene som ble oppstilt i Nucleusdommen må modifieres betydelig. Strabag-dommen skapte derfor usikkerhet i norsk rett om vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse.

I denne sammenhengen må det imidlertid bemerkes at det ikke forelå noen innstilling fra Generaladvokaten i anledning saken. Dersom det hadde vært forelagt en slik innstilling, og domstolen fravek synspunktene i saken, ville dommens prejudikatsverdi blitt svekket. En manglende uttalelse fra Generaladvokaten setter likevel spørsmålsteget ved avgjørelsens rettslige tyngde. Dette må ses i lys av at dommen ikke inneholdt noen prinsipiell tolkning av

ansvarsspørsmålet. I tillegg var det ingen medlemsland som sendte inn innlegg i forbindelse med saken.⁶¹

4.2.3 Combinatie Spijker.

Omtrent to måneder etter Strabag-saken ble det imidlertid avsagt en ny dom i EU-domstolen som syntes å innta et motsatt standpunkt. I Combinatie Spijker-saken⁶² utlyste oppdragsgiver Provincie, en konkurranse om renovering av to broer i en kommune i Nederland.

Tildelingskriteriet var laveste pris.

Det kom inn fire tilbud, hvorav Machinefabriek Emmen BV (MFE) var tilbudet med lavest pris. Provincie Drenthe meddelte deltakerne sin intensjon om å tildele MFE kontrakten. En av leverandørene, Combinatie klaget over avgjørelsen ettersom firmaet mente at vinneren ikke oppfylte kriteriene for tildeling av kontrakten og skulle følgelig blitt avvist. Etter å ha gjennomgått prosedyren på nytt, informerte Provincie Drenthe leverandørene at den hadde besluttet å annullere konkurransen fordi det var gjort til dels alvorlige feil underveis.

På dette tidspunktet hadde allerede EU-domstolen blitt forelagt en anmodning om å avgi en prejudisiell avgjørelse hvor den forbigåtte anbyderen, Combinatie med flere, hadde påberopt krav om erstatning for brudd på regelverket. Foranlediget for spørsmålet var at oppdragsgiver lojalt hadde fulgt en midlertidig avgjørelse fra en nasjonal domstol, som av domstolen i hovedsaken ble ansett å være ulovlig i tillegg til å være i strid med direktiv 2004/18.

Et sentralt spørsmål i EU-domstolen var om EU-retten gir klare kriterier for fastsettelse og vurdering av oppdragsgiveres erstatningsplikt ved tilsidesettelse av anskaffelsesreglene. Hvis så, er spørsmålet hvilke kriterier som foreligger.

EU-domstolen viste til at artikkel 2, stk. 1, bokstav c) at direktiv 89/665⁶³ medfører en plikt for medlemsstatene til å fastsette muligheter for å tilkjenne erstatning i saker hvor de EU-rettslige anskaffelsesreglene er blitt overtrådt. Direktiv 89/665 inneholder likevel ingen regler om hvilke vilkår som skal oppstilles for erstatningsansvaret og hvilke tap forbigåtte leverandører kan kreve erstatning for. EU-domstolen uttalte deretter i avsnitt 87:

⁶¹ Erstatningsansvar: Strabag-og Combinatie-dommene. Powerpointpresentasjon av Fanny Amble, regjeringsadvokaten. NFBE/EBA-seminar. 1-2. september. Plansje 20

⁶² C-568/08

⁶³ Håndhevelsesdirektivet.

"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. I henhold til retspraksis utviklet efter vedtagelsen af direktiv 89/665, men nu fast, er dette princip knæsat i Unionens retsorden.

I samme avsnitt pekte EU-domstolen på erstatningsbetingelsene om skadelidte borgere har krav på erstatning under forutsetning av at tre vilkår er oppfylt. For det første må den EU-rettslige bestemmelsen som er tilsidesatt må ha til formål å tillegge borgerne rettigheter. Tilsidesettelsen av bestemmelsen må for det andre være «tilstrekkelig kvalifisert». For det tredje må det være en direkte årsaksforbindelse mellom tilsidesettelsen og borgernes tap.

I avsnitt 90 fremgår det mest sentrale:

«I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i sit retssystem 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». (min uthevning)

Den rettslige argumentasjonen viser at håndhevelsesdirektivet ikke presiserer betingelsene for erstatning. Avsnitt 87 viser videre at ansvaret for overtredelse av anskaffelsesreglene knyttes til medlemsstatenes alminnelige erstatningsansvar ved overtredelse av EU-retten. Dette i lys av ekvivalens-og effektivitetsprinsippets viktighet.

4.2.4. Bemerkninger til EU-dommene

4.2.5 Forskjeller i dommene innfallsvinkler

Det er tydelig at at henholdsvis Strabag og Combiatie Spijker har ulike synspunkter når det gjelder direktiv 89/665 og dets betydning for de nasjonale erstatningsreglene. Men EU-dommene har ulik innfallsvinkel til erstatningsspørsmålet. I det følgende skal disse forskjellene belyses. Deretter skal det gjøres forsøk på å harmonisere dommene.

Strabagdommen gjaldt spørsmålet om hvorvidt en nasjonal forskrift som gav uttrykk for culpa med omvendt bevisbyrde var i overenstemmelse med EU-retten. I Combinatie Spijker-saken gjaldt det konkret spørsmål om EU-retten fastsetter kriteriene for søksmål om erstatning. Likevel behandlet begge dommene spørsmålet om ansvarsgrunnlag rent EU-rettslig.

Når det gjelder fellestrekkene mellom Strabag og Combinatie Spijker viser begge dommene at det er overlatt til medlemsstatene selv å fastsette kriteriene for erstatning, siden håndhevelsesdirektivet ikke eksplisitt regulerer spørsmålet, jf Strabag, avsnitt 33 og 34 og Combinatie Spijker avsnitt 86.

Dommene er imidlertid ikke samsvarende på sentrale punkter, eksempelvis avsnitt 39 i Strabag. Her viser domstolen at man ikke i høyere grad enn for de øvrige sanksjonene kan kreve culpa som grunnlag for erstatning. Dommen tar avstand fra et nasjonalt system som bygger på et strengt profesjonsansvar med omvendt bevisbyrde. Lignende synspunkt følger av juridisk litteratur.⁶⁴

I Combinatie Spijker-dommen blir det derimot kun uttalt at de nasjonale ansvarsreglene må ligge innenfor EU-rettens alminnelige prinsipper for erstatningsplikt, jf avsnitt 87. Ut fra dette synes EU-domstolen ikke å legge like store føringer på utformingen av erstatningsreglene som i Strabag.

Etter Combinatie Spijker må overtredelsen være «tilstrekkelig kvalifisert» noe som peker på en høy terskel. Overført til norsk rett vil «tilstrækkelig kvalifisert» ha en klar sammenkobling til kravet om «vesentlige feil» som fremkommer av Nucleusdommen.

4.2.6 Harmonisering av dommene

Ser man spesifikt på EU-domstolens praksis rundt kriteriet «tilstrækkelig kvalifisert» bør man merke seg de forente saker «Brasserie du Pêcheur SA og Factortame mot Tyskland».⁶⁵ Her legges uaktsomhetsvurderingen til grunn som ett av flere momenter. En freidig tolkning av dommen gjør det mulig å foreta en harmonisering der Strabagdommens premisser begrenses til kun å gjelde spørsmålet om hvorvidt medlemsstatene kan benytte en ren culpanorm som konstruksjon og basis for ansvar. Etter dommen er svaret på dette nei. Lignende synspunkter følger av juridisk litteratur.⁶⁶

Det er elementer i henholdsvis Strabag og Combinatie Spijker som gjør en harmonisering mulig. I Combinatie Spijker er det en uttalelse om at prinsippene om ekvivalens og effektivitet må være tatt hensyn til ved vurderingen av erstatning for brudd på anbudsreglene. Det var nettopp innholdet i effektivitetsprinsippet som domstolen tok stilling til i Strabag. Dette kan tyde på at Combinatie Spijker ikke forstås som noe fravik fra domstolens tidligere uttalelser om et skjerpet ansvar i anbudssaker.

⁶⁴ «Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser». Lasse Simonsen.

⁶⁵ C-36/93 og C-48/93

⁶⁶ Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser». Lasse Simonsen.

I tillegg er det verdt å merke seg at EU-domstolen i *Combinatie Spijker* gir en henvisning til *Manfredi-saken*⁶⁷ hvor domstolen etablerte objektivt ansvar for brudd på konkurransereglene i EU. Videre blir det vist til *Strabag-saken* uten at det uttrykkelig blir tatt avstand fra de uttalelser som ble gitt i saken. Ut fra dette kan det synes at EU-domstolen ikke ønsker å fravike *Strabag*, men ville gå inn for en utvikling med et strengere ansvar for brudd på anbudsreglene.

Kanskje burde EU-domstolen i *Combinatie Spijker* tatt større avstand fra *Strabag*. *Strabag* ble avgjort i en ordinær avdeling med fem dommere, hvor det som nevnt ikke ble innhentet noe forslag til avgjørelse fra generaladvokaten i forkant. I *Combinatie Spijker* ble det derimot innhentet uttalelse fra generaladvokaten. *Strabag* synes å ha passert forbi uten nevneverdig innspill fra medlemsstatene, med unntak av den østerrikske stat som var berørt av saken.⁶⁸

4.2.7 Betydning for norsk rett

Combinatie Spijker uttrykker at det ikke gjelder særskilte vilkår for erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene. Den enkelte nasjonalstat kan utformene disse forutsatt at de alminnelige kravene til håndhevelse av brudd på EU-retten er ivaretatt.

Det er tydelig at *Combinatie Spijker* inntar tilsvarende synspunkter som i *Brasserie du Pêcheur SA* og *Factortame* hva gjelder ansvarsgrunnlag. Forholdet mellom EU-retten og norsk retts vilkår for å kreve den positive kontraktsinteressen, fremgår tydelig av *Rabattdommen*.

Gjennom avsnittene 53 til 57 i *Rabattdommen* rettfærdiggjøres vilkåret i *Nucleusdommen* om "vesentlig feil" med en henvisning til *Brasserie du Pêcheur SA* og *Factortame* mot Tyskland. I spørsmålet om EU-retten fastsetter kriterier for fastsettelse og vurdering av oppdragsgivers erstatningsplikt ved tilsidesettelse av anskaffelsesreglene, viser *Brasserie du Pêcheur SA* og *Factortame* mot Tyskland som nevnt at den EU-rettslige bestemmelsen som er tilsidesatt må ha til formål å tillegge borgerne rettigheter. I tillegg må tilsidesettelsen av bestemmelsen være «tilstrekkelig kvalifisert».

Ut fra dette viser *Combinatie Spijker* at et "tilstrekkelig kvalifisert" brudd på anbudsreglene utløser erstatningsansvar. Dersom den siste dommen legges til grunn, er det tilstrekkelig om

⁶⁷ De forente saker C-295/04 og C-298/04.

⁶⁸ «Objektivt ansvar for anbudsfeil» Haukeland Fredriksen.

vilkåret ”vesentlige feil” fra Nucleusdommen erstattes med den EU/EØS-rettslige ansvarsnormen ”tilstrekkelig kvalifisert brudd”, jf Lex Posterior- prinsippet.

Om det innebærer noen endring i terskelen ved å legge til grunn «tilstrekkelig kvalifisert brudd» er vanskelig å uttale før Høyesterett tar stilling til spørsmålet. Etter min mening vil det ikke innebære nevneverdige forskjeller.

4.2.8 Rettsbildet og rettvirkning dersom Strabagsaken hadde blitt stående

Det er interessant å se nærmere på på hvilken betydning Strabagsaken ville hatt for norsk rett, dersom synspunktene i dommen ble fulgt opp i nyere EU-praksis.

I Nucleusdommen er oppdragsgivers grad av skyld et moment i vurderingen tilknyttet «vesentlige feil». Strabag uttrykker at erstatning for brudd på anskaffelsesreglene ikke kan bero på en nærmere bestemt og klanderverdig adferd hos oppdragsgiveren. Tolker man Strabag i den retningen at skyld er fullstendig utelukket som vilkår for erstatning medfører dette at erstatningsansvaret blir tilnærmet objektivt.

Når det gjelder kravet til «vesentlige feil» i Nucleusdommen er skyldgraden kun et moment i vurderingen av om feilen er vesentlig. Forutsetter man at Strabagsaken ble stående som gjeldende rett, vil man kunne beholde kravet til «vesentlige feil», forutsatt at man fjerner vurderingsmomentet tilknyttet hvor mye oppdragsgiver kan klandres fra vesentlighetsvurderingen.

Legges det til grunn et objektivt ansvar kan det medføre uønskede virkninger. Det kan gjøre anskaffelsesprosessen vanskeligere da det ikke er rom for feil. Effektiviteten i anskaffelsessakene kan bli svekket, noe som er uheldig.

Et rent objektivt ansvar kan også medføre stor fallhøyde for flere oppdragsgivere. I mange tilfelle kan feil skyldes uklare rettsspørsmål eller hvor det har vært intensjonen å følge regelverkets krav, men resultatet likevel blir galt. Dette vil kunne gi skjev balanse, der store og etablerte oppdragsgivere ofte vil ha større muligheter til å gardere seg mot feil under anskaffelsesprosessen, og følger av feil, enn mindre oppdragsgivere.

4.3 Nyere tolkninger i lagmannsretten

4.3.1 Innledning

Spørsmålet er så hvordan norske domstoler har tolket regelverket på bakgrunn av henholdsvis Strabag og Combinatie Spijker. Det vil som nevnt tas utgangspunkt i tre dommer avsagt i lagmannsretten for å illustrere rettsutviklingen da spørsmålet ennå ikke har vært forelagt Høyesterett.

4.3.2 Lagmannsrettsdommene

I Eidsivating lagmannsrett ble det avsagt dom,⁶⁹ noen måneder etter avsigelsen av Strabag og Combinatie Spijker.⁷⁰ Helseforetakenes innkjøpsservice AS (HINAS) utlyste 27. oktober 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av plasmaderiverte legemidler samt salg og innsamling av plasma fra norske blodbanker. Før anbudsåpningen ble konkurransegrunnlaget endret. En tilbyder som ikke var kvalifisert ble tildelt oppdraget.

Leverandøren som mente seg forbigått, og følgelig skulle bli tildelt kontrakten, viste til sak C-314/09 (Strabag). Parten anførte at oppdragsgiveren har et objektivt ansvar for de feil som begås i anbudskonkurransen.

Oppdragsgiveren på sin side inntok motsatt standpunkt. Det ble henvist til EU-domstolens avgjørelse i saken mellom Kommisjonen og Portugal (C-275/03) og domstolens uttalelse i saken mot byen Graz (EU-domstolens sak C-314/09) Det anføres at det ikke konstateres annet enn at det ikke kan oppstilles et ubetinget krav om subjektiv skyld for at oppdragsgiver skal bli erstatningspliktig. Det innebærer ikke at oppdragsgiver har et ubetinget objektivt ansvar.

Lagmannsretten kom til at det var begått «vesentlige feil» ved at leverandøren som fikk kontrakten ikke ble avvist. Det legges til grunn at beslutninger som strider både mot kvalifikasjonskravene, i tillegg til forutberegnelighet og likebehandling må anses som vesentlige feil.

Parten som mente seg forbigått hadde likevel ikke krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse fordi vedkommende uansett ikke ville vunnet konkurransen. Kravet til årsakssammenheng var ikke oppfylt.

⁶⁹ LE-2010-086516

⁷⁰ Strabag ble avsagt 30. september, 2010. Combinatie Spijker ble avsagt den 9 desember, 2010. Lagmannsrettsdommen ble avsagt 1 februar, 2011.

Når det gjelder tolkningen av ansvarsgrunnlaget ble det kun vist til Nucleusdommens vurderingsmomenter. Da saksøker uansett ikke ville vunnet frem i denne saken, virker det som om Lagmannsretten velger den enkleste veien, ved kun å ta utgangspunkt i Nucleusdommen uten å ta seg bryet med å gå inn i vurderingsmomentene som følger av den nyeste praksisen i EU-domstolen.

I januar 2012⁷¹ ble det avsagt en ny dom i Borgarting lagmannsrett. Saken gjaldt offentlig anbudskonkurranse om kontrakter for veivedlikehold i Drammen. Det ble krevd erstatning for positiv kontraktsinteresse, hvilket førte frem. Lagmannsretten viste at det forelå både faktiske feil og usaklige samt uforsvarlige vurderinger til grunn ved evalueringen av tilbudene.

Når det gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag, viser lagmannsretten at Nucleusdommen er den «grunnleggende dommen vedrørende positiv kontraktsinteresse».

Lagmannsretten legger til grunn at vesentlighetskriteriet er oppfylt, uten synlig tvil. Det ble vektlagt at det forelå faktiske feil og manglende utslag av forskjellene i kapasitetsbegrensning som lå til grunn for vinterplanen. Det ble lagt til grunn at forbigått tilbyder ville vunnet konkurransen. Vilkårene etter Nucleusdommen var oppfylt.

Etter lagmannsrettens syn var det ut fra dette unødvendig å gå inn på Strabag-saken, som etter deres syn innebar en endring av vurderingsgrunnlaget tilknyttet «vesentlige feil». Det bemerkes videre at avsigelsen av Combinatie-Spikjer medførte at Strabagsaken ble fraveket slik at man er tilbake på «status quo».

Avslutningsvis viser lagmannsretten til juridisk litteratur som har kommentert de to avgjørelsene. Lagmannsrettens synspunkt er at dommene er så ulike at rettsanvenderen står overfor store utfordringer med å forstå sammenhengen mellom dem. Det fremheves videre at det er god harmoni mellom norsk erstatningsrett for brudd på anskaffelsesreglene og EU-retten. Avslutningsvis tolkes Strabagsaken i den retning det må utvises forsiktighet med å tillegge skyldspørsmålet for stor vekt. Ut fra dette slutter lagmannsretten at det ikke kan konstateres at Strabagsaken medfører noen vesentlig endring sammenlignet tidligere.

Den nyeste dommen på området følger av april 2012, og ble avsagt i Agder lagmannsrett.⁷² Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og bygging av en videregående

⁷¹ LB-2010-176631

⁷² LA-2011-100800

skole. Tilbyderen som mente seg forbigått gikk til sak mot fylkeskommunen med påstand om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Lagmannsretten kom til at det ikke var begått brudd på regelverket som kunne danne grunnlag for slik erstatning.

I saken viste oppdragsgiveren, Vestfold fylkeskommune til Nucleusdommens vurderingsmomenter, uten noen nærmere utdyping. Leverandøren, Arbeidsleverandøren WK OKK Entreprenør ANS, viste også til Nucleusdommen sammenholdt Strabag og Combinatie Spijker. Det ble anført at vilkåret om vesentlige feil må opprettholdes men at det må kreves at vurderingen tilpasses EØS-rettens effektivitetsprinsipp. Det anføres videre at uaktsomhet aldri oppstilles som vilkår for ansvar, men kan være et moment i en bredere vurdering.

Lagmannsretten viser til Nucleusdommen og presiserer vilkårene. Deretter legger den til grunn at Nucleusdommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett og er i god harmoni med praksis fra EU/EØS-retten, herunder Strabag (C314/09) og Combinatie (C-568/08).

Avslutningsvis viser lagmannsretten at culpa ikke vil være et vilkår for å statuere ansvaret, men vil inngå som et moment i en bredere vurdering. Høyesterett er som vist ovenfor tydelig på at det ikke kan oppstilles et skyldkrav for positiv kontraktsinteresse, jf Nucleus og Rabattdommen. Det kan virke som om lagmannsretten er noe ustødig i sitt resonnement tilknyttet vesentlighetsvurderingen.

4.3.3 Bemerkninger til lagmannsrettsdommene

I den første lagmannsrettsdommen er det tydelig at dommerne inntar Nucleusdommens synspunkt om det skjerpene beviskrav, uten å gå nærmere inn på Strabag til tross for at det ble anført fra oppdragsgiverens side. Dette kan tyde på at Nucleusdommen er veletablert i norsk rett og at nyere praksis i EU-domstolen ikke fikk umiddelbare konsekvenser for anvendelsen av norsk rett.

På den annen side kan årsaken være at lagmannsretten er skeptisk til å ta inn over seg nye dommer fra EU-domstolen som synes å bryte tvert med tidligere etablert rett. En annen grunn er at saksforholdet i EU-domstolen fremstod for uklart til å tillate de store drøftelsene i lagmannsretten.

I den andre lagmannsrettsdommen blir imidlertid både Strabag og Combinatie Spijker belyst. Lagmannsretten fremhever på bakgrunn av Strabag at må man utvise varsomhet med å tillegge skyldmomentet for stor vekt, men at Strabag ikke innebærer noen absolutt endring av

dagens rettstilstand. Vurderingene peker på at lagmannsretten åpner for at erstatningsansvar må bero på en helhetsvurdering, hvor skyldgraden er ett av flere momenter i vurderingen. Likevel fremstår det noe uklart hvordan lagmannsretten mener man bør gå frem i en vurdering av ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktsinteresse.

I den nyeste lagmannsrettsdommen foretar retten et kompromiss ved ikke å tillegge et ubetinget krav til verken et culpaansvar eller et objektivt ansvar. Det må vektlegges at lagmannsretten holder fast ved Nucleusdommen, og begrunner med at norsk praksis på området er i samsvar med nyere EU-praksis-Strabag og Combinatie Spijker.

Ved å vise at culpa er et moment i en bredere vurdering, synes imidlertid lagmannsretten å svekke de etablerte kriteriene som følger av Nucleusdommen. Dommen kan tyde på at man blir stående med en vag angivelse av ansvarsgrunnlag, som tilsynelatende består av flere diffuse momenter ved siden av Nucleusdommens vurderingselementer.

Gjennom å videre uttale at Nucleusdommen er i god harmoni med praksis fra EU/EØS-retten, herunder både Strabagsdommen og Combinatie Spijker, uten å konkret nevne hvorfor, virker det som om lagmannsretten ikke tar høyde for de sentrale forskjellene i de to sistnevnte sakene.

Det kan imidlertid også tolkes dit hen at lagmannsretten legger til grunn en av Simonsens tolkninger med hensyn til Strabagdommen. Nærmere bestemt at skyldkravet ikke gis så stor vekt at det i realiteten dreier seg om et vilkår for ansvar. Skyld hos oppdragsgiver er snarere ett av flere momenter som inngår i vurderingen av om bruddet er vesentlig.

Med tanke på prejudikatsverdien til Nucleusdommen, er det for tidlig å si konkret hvilken vekt den nyeste lagmannsrettsdommene har i dag. En tungtveiende rettslig avklaring forutsetter at Høyesterett får til behandling en sak hvor det anføres at vilkårene som ble oppstilt i Nucleusdommen er i strid med praksis fra EU-domstolen.

4.3.4 Sammenfatning

Med utgangspunkt i Nucleusdommen sammenholdt Combinatie Spijker og Strabag, blir man stående med at det fortsatt gjelder et krav om « vesentlige feil». Dette ser ut til å samsvare med nyere praksis i lagmannsretten, samt juridisk litteratur. Videre vil culpa/ uaktsomhet hos

oppdragsgiver kun være ett av flere momenter og ikke absolutte vilkår som inngår i vurderingen av om feilen er vesentlig.

4.4 Vesentlighetskriteriet. Forenlig med effektivitetsprinsippet? Noen EØS-rettslige synspunkter.

Effektivitetsprinsippet står som nevnt sterkt i EU-retten. Når nyere praksis i EU-domstolen synes å gi gjennomslag for et større ansvar for oppdragsgiver, er det relevant å spørre om Høyesteretts krav til «vesentlige feil» ved brudd på anbudsreglene, jf Nucleusdommen, Reno – Vest og Rabattdommen lar seg forene med effektivitetsprinsippet i EU-retten. Dette særlig på bakgrunn av Strabagsakens slutning om objektivt erstatningsansvar.

I juridisk litteratur⁷³ har spørsmålet blitt belyst, og i det følgende vil det trekkes frem noen relevante synspunkter fra artikkelen «Objektivt ansvar for anbudsfeil?» av Halvard Haukeland Fredriksen. Artikkelen ble skrevet før avsigelsen av Combinatie Spijker. Han trekker frem følgende på bakgrunn av Rabattdommens uttalelser med henvisning til Brasserie du Pêcheur og Factortame.⁷⁴

«En helt grunnleggende forutsetning for henvisningen til Brasserie du Pêcheur/Factortame og de alminnelige reglene om statenes erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten er Høyesteretts oppfatning av at anbudsdirektivene selv ikke legger noen nærmere føringer for det offentliges erstatningsansvar for anbudsfeil. I Trafikk og Anlegg (rabattdommen, min kommentar) viste førstvoterende til at Høyesterett i Nucleus hadde lagt til grunn at det i EØS-regelverket ikke var nærmere angitt hvordan erstatningsreglene skulle utformes, og tilføyde at hun ikke kunne se at rettstilstanden hadde endret seg i så måte i ettertid.

I (...)Strabag viser imidlertid at denne forutsetningen ikke lenger er holdbar. I dommen legger EU-domstolen tilsynelatende til grunn at det av det såkalte håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) artikkel 2 første ledd bokstav c følger et objektivt erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene."

Forfatteren viser ut fra dette at Strabagsaken vil gi effektivitetsprinsippet større vekt i EU-retten enn tidligere, noe som naturlig nok setter spørsmålstegn ved om vesentlighetsvurderingen i lys av Nucleusdommen kan opprettholdes. På side 610 i artikkelen gir imidlertid forfatteren noen kritiske bemerkninger til Strabagsaken. Forutsatt at Høyesterett fremstod som stødig i sin etablerte oppfatning om at nasjonal rett skal utforme erstatningsreglene, er det etter Haukeland Fredriksens synpunkt « paradoksalt at EU-domstolen ikke synes å ha vært nevneverdig i tvil om direktivets erstatningsrettslige betydning».

⁷³ «Objektivt ansvar for anbudsfeil?» Hallvard Haukeland Fredriksen.

⁷⁴ Se side 601 i artikkelen

I *Combinatie* inntok EU-domstolen imidlertid et annet standpunkt, som synes å bøyte på de kritiske bemerkningene med hensyn til tvil om direktivets erstatningsrettslige betydning. Det fremgår uttrykkelig av dommen under avsnitt 91 at det i fravær av EU-rettslige regler er opp til medlemslandene å fastsette konkrete vilkårene for erstatning:

"Det fremgår av fast retspraksis, at processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)⁷⁵

Dommen viser at det EU-rettslige effektivitetsprinsippet må hensyntas under utformingen av nasjonale erstatningsregler. Likevel vil ikke effektivitetsprinsippet fremmes i like stor grad som i *Strabag*, siden *Combinatie Spijker* beveger seg vekk fra oppfatningen om et objektivt erstatningsansvar.

Når det gjelder *Strabag*dommens forhold til effektivitetsprinsippet bør man rette fokus mot EU-domstolens uttalelse i *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, avsnitt 57. Her synliggjøres forholdet til etablert retspraksis tilknyttet EUs eget erstatningsansvar for brudd på erstatningsreglene. Dette presiseres gjennom at fellesskapens fulle virkning og den effektive beskyttelse av de anerkjente rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt dersom statene kan holdes ansvarlig for overtredelser som kan anses som «tilstrækkelig kvalifiseret».

I *Combinatie Spijker* ble det som nevnt uttalt at det i fravær av EU-rettslige regler er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning. I avsnitt 91 ble det som tidligere nevnt understreket at de nasjonale reglene må overholde effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

Etter min mening har forfatteren av artikkelen et godt poeng, når han gir uttrykk for at et objektivt erstatningsansvar vil gi bedre gjennomslag for effektivitetsprinsippet. Et objektivt erstatningsansvar vil forsvares ut fra prosessøkonomiske hensyn i tillegg til at borgerne får et mer effektivt erstatningsrettslig vern.

Når imidlertid *Combinatie Spijker* henviser til tidligere praksis i EU-domstolen, og videre peker på at effektivitetshensynet er ivaretatt gjennom å legge til grunn en terskel om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» kan det tyde på at kravet til «vesentlige feil» etter

⁷⁵ Premiss 91, C-568/08

Nucleusdommen samsvarer med oppfatningen i EU-domstolen. Følgelig må man legge til grunn at effektivitetsprinsippet er godt nok ivaretatt i norsk rett.

5. Årsakssammenheng

5.1.1 LOA

Etter anskaffelsesloven § 11 har saksøker krav på erstatning for det «tap han har lidt som følge av bruddet»

Spørsmålet er hvilke krav ordlyden stiller med hensyn til årsakssammenheng. Ordlyden «som følge av bruddet» peker på at det må foreligge en nær sammenheng mellom tapet og bruddet. Bruddet må etter ordlyden være en klar forutsetning for tapet.

5.1.2 Forarbeidene

Forarbeidene uttrykker et krav om relevant årsakssammenheng mellom feilen og deltakelsen i konkurransen. Spørsmålet blir da om anbyderen ville deltatt i konkurransen hvis vedkommende hadde visst om det fremtidige bruddet på anskaffelsesreglene. Forarbeidene viser at en annen mulighet er å se på de alminnelige regler om erstatning som følge av saksbehandlingsfeil.⁷⁶

5.1.3 Høyesterettspraksis.

Spørsmålet er hvordan Høyesterett har tolket kravet til årsakssammenheng. I Nucleusdommen fremgår følgende:

”Etter mitt syn bør det også skje ei tilstrømming av beviskravet for årsakssammenheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt (min utheving) viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.”

Leverandøren som krever erstatning må altså kunne påvise klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget skulle gått til vedkommende,- altså et skjerpet krav til årsakssammenheng.

Nucleusdommen stiller følgelig et strengere krav til årsakssammenheng sammenlignet det som følger av alminnelig erstatningsrett. I sistnevnte tilfelle er det et alminnelig krav til årsakssammenheng.

⁷⁶ NOU 1997:21 s. 85.

5.1.4 Praksis i lagmannsretten.

Et eksempel fra lagmannsretten, hvor kravet til årsakssammenheng ikke var oppfylt følger av den tidligere nevnte sak fra Eidsivating lagmannsrett:⁷⁷

«Under enhver omstendighet må det påvises en årsakssammenheng mellom feilen og det påståtte tap. For at det skal være aktuelt med erstatning for den positive kontraktsinteresse, kreves at det er bevist med klar sannsynlighetsovervekt at anbudet skulle vært vunnet av den som hevder å være forbigått ved tildeling av kontrakten(min utheving). Det vises igjen til Nucleusdommen».

Lagmannsretten viser gjennom sin uttalelse at kravet til «klar sannsynlighetsovervekt» er etablert i i norsk rett, med utgangspunkt i Nucleusdommen. I dommen var kravet til «klar sannsynlighetsovervekt» ikke oppfylt ettersom parten som mente seg forbigått hadde et vesentlig dyrere anbud. Lagmannsretten viser at vedkommende ikke ville blitt tildelt kontrakten på grunnlag av dette.

Lignende synspunkter med hensyn til skjerpet krav om årsakssammenheng følger av KOFA sin klagesak av 2005/84, Uni Pluss AS mot Trondheim kommune. Selv om KOFA ikke har så stor rettskildemessig vekt når det gjelder vilkårene for erstatning, illustrerer saken praktiseringen av vilkåret.

KOFA viser under avsnitt 30 at «det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått». Ut fra dette synes det å være enighet rundt det skjerpede kravet til årsakssammenheng.

5.1.5 Et skjerpet krav til årsakssammenheng- en sammenligning med EU-praksis.

Spørsmålet er om det skjerpede kravet til årsakssammenheng skiller seg ut fra EU-domstolens krav til årsakssammenheng.

Det er her verdt å se nærmere på synspunktene som fremgår av Strabag og Combinatie Spijker.

Strabag er taus hva gjelder dokumentert årsaksammenheng og bevis i de tilfelle klager hevder at kontrakten ville gått til vedkommende dersom det ikke var gjort feil under konkurransen. Isolert sett kan dette tale for at Høyesterett har lagt listen for høyt i sin tidligere praksis.

⁷⁷ LE-2010-086516

I avsnitt 92 i *Combinatie Spijker* legges det til grunn at det er en «direkte årsagsforbindelse mellom denne tilsidesættelse og borgernes tab».

Det følger ingen videre redegjørelse av årsakskravet enn dette. Uttalelsen peker på et alminnelig krav til årsakssammenheng, altså en direkte årsaksforbindelse.

I denne sammenhengen er det illustrerende å se hvordan den nyeste dommen fra Agder lagmannsrett har tolket kravet til årsakssammenheng.⁷⁸ Det vises til *Nucleus*dommens vurderingsmomenter. I kravet til årsakssammenheng utledes følgende:

«med hensyn til årsakssammenheng måtte det kreves at anbyderen med klar sannsynlighetsovervekt viste at oppdraget uten feilen ville gått til vedkommende». (min uthevning)

Sammenligningsvis er det uomtvistet at norsk rett har et strengere krav til årsakssammenheng enn det EU-domstolen har lagt til grunn. Når det gjelder harmonisering med EU-retten fremgår følgende av samme dom:

«Lagmannsretten tar som utgangspunkt at *Nucleus*dommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett og er i god harmoni med praksis fra EU/EØS-retten, herunder *Strabag*dommen (C314/09) og *Combinatie*dommen (C-568/08)».

Oppsummeringsvis synes lagmannsretten å opprettholde det skjerpede kravet til årsakssammenheng, slik det fremgår av *Nucleus*dommen. Det må dermed legges til grunn som dagens gjeldede oppfatning av årsakskravet.

6 Økonomisk tap

Etter anskaffelsesloven § 11 er erstatningskravet « det tap han har lidt». Ut fra dette må det foreligge et økonomisk tap, altså et fortjenestetap.

Ordlyden setter ingen begrensninger for når i anbudskonkurransen den forbigåtte leverandøren har gått med tap. Det eneste som kreves påvist etter ordlyden er et faktisk tap.

Juridisk teori viser at det ved fastsettelsen av fortjenestetapet må foretas en hypotetisk vurdering av hvordan kontraktsgjennomføringen ville vært samt hvilken fortjeneste leverandøren ville sittet igjen med om vedkommende ble tildelt oppdraget.⁷⁹ Leverandøren har ansvar for å godtgjøre hvilket tap han er påført ved å ikke bli tildelt kontrakten. Det tas

⁷⁸ LA-2011-100800

⁷⁹ Dragsten og Linsdalen (2005) side 330.

utgangspunkt i tilbudssummen hvor det gjøres fradrag for alle utgifter leverandøren ville hatt ved gjennomføringen av kontrakten.

Vurderingen er skjønnsmessig. For å trekke frem et eksempel er det i entreprisesaker lagt til grunn at fortjenesten normalt, men ikke alltid er ca 10 % av kontraktssum. Dette er i stor grad et bevisspørsmål.

6.1 Høyesterettspraksis

I Nucleusdommen viser Høyesterett prinsipielt at tapsvilkåret «byggjer på at anbydaren skal stillast som om han hadde fått oppdraget». Dette peker på at man får dekket fortjenestetapet.

Dommen viser videre at det er kontraktsforløpet slik det faktisk utviklet seg som skal legges til grunn for utmåling av erstatning. I tillegg fremgikk det av dommen at også opsjoner som senere blir benyttet, skal føres inn i beregningsgrunnlaget for erstatningsutmålingen.

Spørsmålet er hvordan Høyesterett konkret utmåler erstatningen. I det følgende skal spørsmålet belyses med noen eksempler.

I Nucleus utmålte lagmannsretten erstatning til 7 % av standardomsetningen. Høyesterett fant at det måtte ytes erstatning for hele kontraktssummen, på grunnlag av hvordan kontrakten utviklet seg med valgte leverandør. Erstatningen utgjorde ca kr 433 030 kroner.

Gate Gourmet-dommen av 2011⁸⁰ er også illustrerende. I saken vant et selskap en anbudskonkurranse om levering av flycateringstjenester til SAS. Striden gjaldt arbeidsrettslige regler om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven. Selv om saken gjaldt privat anbudskonkurranse, er grunnlaget for erstatningsutmålingen relevant også for offentlig anbudskonkurranse.

Høyesterett kom til at klager hadde krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. Kravet var kr 1,23 mill, som tilsvarte ca 10 % av opprinnelig anbudssum. Høyesterett kom til at erstatning må utmåles på bakgrunn av skjønn. Det faktum at skadelidte tidligere har gått med underskudd, var ikke i seg selv grunn til å si at skadelidte ikke ville ha fortjeneste på dette konkrete oppdraget.

⁸⁰ Rt-2011 -1755

Høyesterett viste at man ikke kun kan holde seg til valgte leverandørs fortjeneste og hvor mye denne har hatt i utgifter, siden det hefter en rekke usikkerhetsfaktorer rundt en slik sammenligning. Likevel mener Høyesterett at det må tillegges vekt ved skjønnsvurderingen.

Rt-1994 -1222 gjaldt et erstatningskrav i et entrepriseforhold. Hovedspørsmålene var om boligbyggelaget har bundet seg til et bestemt tilbud, og om entreprenøren som la inn tilbudet, kan kreve erstatning av byggherren, subsidiært arkitekten for positiv kontraktsinteresse.

Høyesterett kom til at oppdragsgiveren- et boligbyggelag, var bundet til valg av leverandør ved å be denne foreta massekontroll. Det at boligbyggelaget senere signerte kontrakt med en annen, gav grunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Kravet var kr 1,38 millioner, som tilsvarte ca 10 % av tilbudssummen. Det var fremlagt nærmere beregninger over kravet. Høyesterett påpekte at noen poster fremstod høyt priset, og vektla beregningen til skadelidtes revisor. Her fremgikk det at fortjeneste i andre oppdrag ofte var rundt 10 %. Erstatningen ble skjønnsmessig fastsatt til kr 1,2 millioner.

Torghatten-dommen⁸¹ ble avsagt før FOA trådte ikraft, men er likevel illustrerende. Saken gjaldt konsesjon og tildeling av offentlig tilskudd for hurtigbåtforbindelse og ble tildelt et fylkeskommunalt selskap. En annen anbyder hadde lavere tilbud og fikk medhold i at tildelingen var ugyldig og ble tilkjent erstatning.

På side 1412 fant mindretallet at erstatningen må baseres på det budsjettet som dannet grunnlag for skadelidtes tilbud, og man sammenlignet valgte leverandørs regnskaper. Ved skjønn fastsettes hvilke utgifter skadelidte ville hatt.

Flertallet mente at gevinst av fremtidig salg av fartøy som aldri ble bygget, ikke kunne medregnes. Erstatningen ble redusert til kr 1,75 mill.

Ut fra dette synes Høyesterett å legge seg på rundt 10 % av tilbudssummen. Selv om utmålingen er et bevissspørsmål, er vurderingene i stor grad skjønnsmessige. Dette fordi utgiftene under gjennomføringen kan fravike noe fra det budsjetterte, noe som påvirker den endelige fortjenesten. Utmålingen må skje i lys av de konkrete omstendighetene i saken.

⁸¹ Rt-1998-1398

Det vil inntre erstatning hvis det kan bevises at en leverandør ikke ble tildelt kontrakten som følge av oppdragsgiverens brudd.

7. Avslutning

Med utgangspunkt i *Combinatie Spijker*, hvor det uttrykkelig ble vist til statenes autonomi ved utforming av erstatningsvilkårene, vil det ikke foreligge et objektivt ansvar for erstatning ved brudd på anbudsreglene.

For å få erstattet den positive kontraktsinteresse synes kravet om «vesentlig feil» å ha godt rotfeste i norsk rett. Her må man vurdere «storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last». Dette fremgår klart av både *Nucleusdommen*, *Reno-Vest*, *Rabattdommen* og nyere praksis i lagmannsretten.

Rabattdommen er tydelig på at man må tillegge unnskyldelig rettsvillfarelse vekt ved denne vurderingen. Likevel er det verdt å merke at rettsvillfarelse kun er et moment i helhetsvurderingen i avgjørelsen om ansvar foreligger. Rettsvillfarelse vil ikke automatisk medføre ansvarsfrihet, men må ses i sammenheng med feilens størrelse, typen av feil samt oppdragsgivers grad av skyld.

I lys av praksis i EU-domstolen stilles det krav om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd», et vilkår som så langt samsvarer godt med vesentlighetsvurderingen. Om det foreligger noen endring i terskelen ved å legge til grunn «tilstrekkelig kvalifisert brudd» forutsetter at Høyesterett konkret tar stilling til spørsmålet. EU-praksis og norsk rettspraksis legger per i dag til grunn at effektivitetsprinsippet er godt nok ivaretatt.

Videre må det foreligge et skjerpet krav til årsakssammenheng etter norsk rett. Når det gjelder EU-rettens synspunkter viser *Combinatie Spijker* at det må foreligge en «direkte årsaksforbindelse mellom denne tilsidesettelse og borgernes tab». Dette viser at det ikke er et like strengt krav til årsakssammenheng som i norsk rett. Det norske kravet til årsakssammenheng er så langt gjeldende rett.

Videre viser *Nucleusdommen* og nyere norsk rettspraksis at man har krav på å få dekket fortjenestetapet, den positive kontraktsinteresse. Dette utmåles skjønnsmessig, men normalt tilsvarer det 10 prosent av kontraktssummen (anbudssummen). Bevisføringen er sentral i denne vurderingen.

8. Kilderegister og litteraturliste

Lover:

Lov om offentlige anskaffelser av 16.07.1999 nr. 69

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.11.1992 nr. 109

Lov om skadeserstatning av 13.06.2009 nr. 26

Forskrifter

Forskrift av 7. april 2006 om offentlige anskaffelser.

Forarbeider

NOU 2010:2 s 405 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Dommer avsagt av Høyesterett.

Rt-2011-1755

Rt-2008-1705 (Rabattdommen)

Rt-2007-983 (Reno Vest-dommen).

Rt-2005-597 (Allseas)

Rt-2001-473

Rt-2001-1062 (Nucleusdommen)

Rt-2000-1811 (Finanger I)

Rt-1998-1398 (Torghatten)

Rt-1994-1222

Dommer avsagt av lagmannsretten

LA-2011-100800

LB-2010-176631

LE-2010-086516

Rådgivende uttalelser av Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA

2010/221

2008/78

2008/60

2008/24

2007/69

2005/84

2004/71

2004/16

Internasjonale avtaler

EØS-avtalen:

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2.mai 1994, inntatt i EØS-loven av 27.november 1992

ODA-avtalen:

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, vedlegg til EØS-loven av 27.november 1992.

Direktiver

EU-direktiv 2004/18/EF. Samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge-og anleggskontrakter.

EU-direktiv 89/665. Håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor

Dommer avsagt av EU-domstolen

Sak C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pecheur og Factortame, avsagt 5.mars 1996

Sak C-6/90. Francovic, avsagt 19. november 1991

Sak C-314/09 Strabag, avsagt 30. september 2010

Sak C-568/08 Combinatie Spijker, avsagt 9. desember 2010

Sak C-295/4 og C-295/04 Manfredi, avsagt 13. juli 2006

Juridisk litteratur

Arnhild Dordi Gjønnnes. *Regelsamling for offentlige anskaffelser*. Fagbokforlaget, 2007.

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. Universitetsforlaget 2007

Marianne Dragsten og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser*. Kommentirutgave i 2 bind. Universitetsforlaget, 2005.

Gro Amdal og Inger Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser*, Kommentirutgave, 2. utgave. Kommuneforlaget, 2004

Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Stemshaug. *EØS-rett*, 2. utgave. Universitetsforlaget 2004.

Jo Hov. *Avtaleslutning og ugyldighet*. Papinian forlag 2002

Juridiske artikler

«Medlemsstatenes erstatningsansvar ved brudd på EU-retten». Lysbildefremvisning av Finn Arnesen. UIO. Senter for Europarett.

«Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser». Artikkel av Lasse Simonsen. Artikkelen finnes på rettsdata.no. I tillegg er den publisert på internett:

<http://home.hio.no/~ingun/offansk/dommer/om%20cobinatie.htm>

«Objektivt ansvar for anbudsfeil?» Halvard Haukeland Fredriksen. Lov og rett nr. 10/2010

Kilde: (www.idunn.no)

Erstatningsansvar: Strabag-og Combinatie-dommene. Powerpointpresentasjon av Fanny Amble, regjeringsadvokaten. NFBE/EBA-seminar. 1-2. september. Plansje 20

Publiseringer på internett

NOU 2000: 19

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/2000/nou-2000-19/5/1/2.html?id=117435>

(Lesedato 15.10.2012)

Om Nucleusdommen

<http://anbudsadvokaten.no/positiv-kontraktsinteresse-anbud-nucleusdommen>.

(Lesedato 09.10.2012).

St.meld. nr. 44 (2003-2004)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/20032004/stmeld-nr-44-2003-2004-/24/4.html?id=331215>. Om de viktigste generelle ansvarsgrunnlagene.

(Lesedato:15.10.2012)

Prop. 12 L (2011–2012)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/regpubl/prop/2011-2012/prop-12-l-20112012/6/5.html?id=662555>.

(Lesedato 10.10.2012)

Hva er KOFA?

www.kofa.no

(Lesedato 14.10.2012)

NOU 1995: 3

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/nouer/1995/nou-1995-3/8/4/1.html?id=335392>

(Lesedato 22.11.2012)

Ot.prp. nr. 31 (1998-99)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19981999/otprp-nr-31-1998-99-/3/2/3.html?id=306955>

(Lesedato 15.10.2012)