

Erstatning ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser

Kan uklare tildelingskriterier gi grunnlag for erstatning

Kandidatnr: 167811

Leveringsfrist: 01.06.10

Veileder: Kurt Weltzien

Til sammen 11437 ord

31.05.10

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>PRESENTASJON AV OPPGAVEN</u>	<u>1</u>
1.1	INNLEDNING	1
1.2	TEMA FOR OPPGAVEN	3
1.3	AVGRENSING AV OPPGAVEN	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>4</u>
2.1	INNLEDNING	4
2.2	ANBUDSREGLENE	4
2.3	TOLKINGSKRAV TIL LOV OG FORSKRIFT	5
2.3.1	EU-RETTLIGE TOLKINGSPRINSIPPER	6
2.3.2	TOLKINGSPRINSIPPENE ETTER ANSKAFFESESLOVEN	7
2.4	KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	8
<u>3</u>	<u>OPPDRAKSGIVERS ERSTATNINGSANSVAR SOM FØLGE AV UKLARE TILDELINGSKRITERIER</u>	<u>8</u>
3.1	DET RETTLIGE UTGANGSPUNKT – ANSKAFFESESLOVEN § 10	8
3.1.1	LITT HISTORIKK	8
3.1.2	VILKÅRENE FOR ERSTATNING	9
3.2	ØKONOMISK TAP	10
3.2.1	DET RETTLIGE UTGANGSPUNKT	10
3.2.2	ERSTATNING FOR LEVERANDØRENS UTGIFTER/OMKOSTNINGER – «NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE»	12
3.2.3	ERSTATNING FOR LEVERANDØRENS FORTJENESTETAP – «POSITIV KONTRAKTSINTERESSE»	13
3.3	ANSVARSGRUNNLAG	13
3.3.1	DET RETTLIGE UTGANGSPUNKT	13
3.3.2	TILDELINGSKRITERIENE	14
3.3.2.1	«[U]telukkende..den laveste prisen»	15
3.3.2.2	«[D]et økonomisk mest fordelaktige»	16
3.3.3	INNSNEVRING AV OPPDRAGSGIVERS SKJØNN	18
		II

3.3.4	DE GRUNNLEGGENDE KRAVENE SOM SKRANKER FOR SKJØNNET	19
3.3.5	KLARHETSKRAVET OG OPPLYSNINGSPLIKTEN	20
3.3.6	KONKLUDERING	23
3.4	YTTERLIGERE KRAV TIL ANSVARSGRUNNLAG	24
3.4.1	RT. 2001 s. 1062, «NUCLEUSDOMMEN»	24
3.4.1.1	Kravet om «vesentlige feil»	25
3.4.1.2	Nærmere om de enkelte vurderingsmomentene	26
3.4.1.3	Kan uklare tildelingskriterier utgjøre «vesentlige feil»?	27
3.5	ÅRSAKSSAMMENHENG	29
3.5.1	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT	29
3.5.2	ÅRSAKSKRAVET VED ERSTATNING FOR DEN NEGATIVE KONTRAKTSINTERESSE	30
3.5.2.1	Det hypotetiske spørsmålet	31
3.5.2.2	Nærmere om vurderingen av det hypotetiske spørsmålet	32
3.5.3	ÅRSAKSKRAVET VED ERSTATNING FOR DEN POSITIVE KONTRAKTSINTERESSE	34
3.5.3.1	«Klar sannsynlighetsovervekt»	35
3.5.3.2	Nærmere om bevisvurderingen	36
3.5.3.3	Bevisvurderingen ved bruk av uklare tildelingskriterier	37
4	<u>AVSLUTNING</u>	38
5	<u>KILDEREGISTER OG LITTERATUROVERSIKT</u>	39

1 Presentasjon av oppgaven

1.1 Innledning

Gjennom vårt medlemskap i EØS er Norge forpliktet til å følge særlige fremgangsmåter ved offentlige innkjøp av varer, tjenester, bygg og anlegg over visse terskelverdier gitt av EU.¹ Befinner verdien av anskaffelsen seg under disse terskelverdiene gjelder det formelt sett ingen EØS-forpliktelser for innkjøpsprosedyren. Hvilke innkjøpsordninger eller prosedyrer som skal gjelde for disse anskaffelsene har derfor vært opp til den enkelte medlemsstat å bestemme.

Forskrift av 7. april 2006 (heretter anskaffelsesforskriften), gitt med hjemmel i lov av 16. juli 1999 nr. 69 (heretter anskaffelsesloven) § 11, inndeler anskaffelser under- og over EØS-terskelverdiene i henholdsvis del 2 og del 3.² Mens del 3 gjennomfører våre EØS-rettslige forpliktelser til innkjøpsprosedyren, stilles det i del 2 lempeligere krav for anskaffelser under terskelverdiene. Anbudsreglene er slik sett tilpasset anskaffelsens verdi. I anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 er det imidlertid stilt visse grunnleggende krav som gjelder alle offentlige innkjøp, uavhengig av verdien på anskaffelsen. Det er også langt på vei gitt sammenfallende regler for de to regelsettene i forskriften. Lovgiver har dermed valgt å stille strengere nasjonale krav til innkjøpsprosedyren for offentlige innkjøp under terskelverdiene enn hva som følger av våre EØS-forpliktelser.

Herunder omfattes også reglene for valg av tildelingskriterier, som er kriterier en offentlig oppdragsgiver er pålagt å benytte til å velge mellom tilbud ved avslutningen av anbudskonkurransen, altså i den siste fase av innkjøpsprosedyren. Ifølge anskaffelsesforskriften §§ 13-2 og 22-2 skal tildelingskriteriene over og under terskelverdiene være basert på hvilket tilbud som er det «økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen». Valget av tilbud kan

¹Se Forskrift av 7. april 2006 § 2-2.

²Anskaffelsesloven er endret ved lov av 15. juni 2001 og trådte i kraft 1. juli 2001.

slik sett ikke tas på fritt grunnlag, men på bakgrunn av objektive kriterier som binder opp skjønnsmyndigheten til oppdragsgiveren.³ I tillegg skal alle kriteriene «oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget», hvor et viktig formål har vært å sikre etterprøvbarehet og motvirke korrupsjon.

Anskaffelsesforskriften gir klare føringer for *hvilke* lovlige kriterier som kan benyttes, men sier ingenting om hvor klart eller presist de skal utformes. De grunnleggende kravene til innkjøpsprosedyren kan likevel bli styrende for utformingen av tildelingskriteriene. Etter anskaffelsesloven § 5 skal konkurransen fremmes ved å sikre *likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet*.⁴ Dersom oppdragsgiver benytter seg av uklare tildelingskriterier kan valget av tilbud derimot fremstå som vilkårlig for leverandørene. Dette svekker, og kan i verste fall komme i strid med, de grunnleggende kravene i § 5.

Et vurderingstema blir da om denne uklarheten kan utgjøre et brudd på anbudsreglene, til skade for leverandørene. Ifølge effektivitetsprinsippet har private krav på effektive rettsmidler for nasjonale domstoler til vern for sine rettigheter etter EØS-avtalen.⁵ Prinsippet legger dermed føringer også for anbudsreglene, og for Norges del er brudd på reglene blitt møtt med erstatningsansvar for oppdragsgiveren, jf. anskaffelsesloven § 10. Det har blitt stilt kritiske spørsmål til om norsk erstatningsrett ivaretar EUs effektivitetskrav godt nok,⁶ men denne kritikken ble avvist av Høyesterett i 2008, med henvisning til at EU/EØS-retten ikke krevde et strengere ansvar ved brudd på anbudsreglene enn det som fulgte av norsk erstatningsrett.⁷ EU/EØS-rettens krav til

³Se også direktiv 2004/18/EF. I premiss 46 i fortalet fremgår det at tildelingen skal skje på grunnlag av objektive kriterier for å sikre at prinsipper som gjennomsiktighet og ikke-diskriminering overholdes, og at tilbudene vurderes på reelle konkurransevilkår.

⁴Se også anskaffelsesforskriften § 3-1.

⁵Se blant annet sak C-453/99, premiss 25 og 29.

⁶Se Bernt, Jan Fridthjof & Krüger, Kai, *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*.

⁷Rt. 2008 s.1705 premiss 56. Det kan bemerkes at resultatet ikke ble anket til EFTA-domstolen for «endelig» avgjørelse. Uttalelsen gir dermed uttrykk for gjeldende rett hva gjelder den eventuelle spenningen mellom kravet til effektiv gjennomføring og norsk erstatningsrett.

tildelingskriteriene blir likevel styrende for vurderingen av om erstatning skal tilkjennes, når disse er uklart formulert av oppdragsgiver.

1.2 Tema for oppgaven

Den overordnede problemstillingen er om oppdragsgiver kan holdes erstatningsansvarlig dersom han benytter seg av uklare tildelingskriterier ved valg av tilbud. Oppgaven tar derfor sikte på å avklare i hvilken grad denne uklarheten kan utgjøre et brudd på anbudsreglene, og i så fall hvilken betydning et slikt brudd får i vurderingen av om de øvrige erstatningsvilkårene er oppfylt.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Det er gitt to forskrifter i medhold av anskaffelsesloven som omfatter anskaffelser av varer, tjenester, bygg og anlegg. For forsyningssektoren gjelder Forskrift av 1. januar 2007, om innkjøp som foretas av oppdragsgivere innen vannforsyning, energi, telekommunikasjon og transport. For oppdragsgivere som ikke omfattes av denne sektoren gjelder anskaffelsesforskriften. Denne forskriften gjelder da for oppdragsgivere innen såkalt ”klassisk sektor”.

Oppgaven skal kun fokusere på anbudsreglene innenfor såkalt «klassisk sektor», og reglene som gjelder forsyningssektoren faller derfor utenfor problemstillingen.

Anskaffelsesloven § 10 om erstatning, samt de grunnleggende kravene i § 5, gjelder som nevnt uavhengig av terskelverdiene. Reglene for tildelingskriteriene er også like hva gjelder anskaffelsens verdi. Det skal derfor ikke gjøres noen forskjeller i oppgaven over hvilke anskaffelser innen den klassiske sektor det er tale om, eller hvorvidt disse er over eller under EØS-terskelverdiene.

Hvorvidt uklare tildelingskriterier kan gi grunnlag for erstatningsansvar skal i hovedsak vurderes under avslutningsfasen i innkjøpsprosedyren, ettersom det er her vurderingen basert på de oppgitte tildelingskriteriene foretas. Fokuset ligger som nevnt på *klarheten eller presisjonen* av tildelingskriteriene, og spørsmål om *hvilke* tildelingskriterier som lovlig kan benyttes vil bli mer overfladisk behandlet.

Under erstatningsvilkåret om økonomisk tap skal det vurderes hvilke (type) tap en leverandør kan kreve erstattet, og fokuset vil først og fremst ligge på erstatning for fortjenestetap, eller såkalt «positiv kontraktsinteresse». Den konkrete utmålingen av tapet, altså hvordan dette skal beregnes, vil ikke bli vurdert.

2 Rettskilder og metode

2.1 Innledning

Oppgaven reiser problemstillinger som må vurderes med utgangspunkt i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftens bestemmelser.

Jeg vil kort presentere disse rettkildene i lys av Norges internasjonale forpliktelser. Jeg vil også redegjøre for de nevnte tolkingsprinsippene/kravene, ettersom disse er sentrale i vurderingen av om uklare tildelingskriterier kan gi grunnlag for erstatning. Til slutt vil jeg kort presentere Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

2.2 Anbudsreglene

Det har vært viktig for EU å sikre at offentlige anskaffelser foretas på en mest mulig konkurransebettinget måte.⁸ Ved direktiv 2004/18/EF har EU nå samordnet fremgangsmåtene ved anskaffelser av offentlige bygge- og anleggskontrakter, og offentlig vare- og tjenestekontrakter.⁹ Etter EØS-avtalen, som er gjort til norsk rett ved EØS-loven av 27. november 1992, er Norge forpliktet til å følge direktivet.¹⁰

⁸ Se EØS-avtalen artikkel 1, hvor det overordnede mål er å oppnå et ensartet økonomisk samarbeid ved å sikre konkurranse på like vilkår mellom aktører innenfor EØS-området.

⁹ Direktivet har avløst direktivene 92/50/ECC, 93/36/ECC, 93/37/ECC.

¹⁰ Artikkel 7.

Det kan bemerkes at Norge også er bundet av den såkalte GPA-avtalen om offentlige innkjøp, gjennom sitt medlemskap i WTO.¹¹ Denne avtalen er for det meste sammenfallende med EØS-regelverkets reguleringer om anskaffelser, men opererer med lavere terskelverdier enn EØS-regelverket.

Forpliktelsene er gjennomført ved den nevnte anskaffelsesloven. Loven er utformet som en fullmaktslov, og de nærmere regler for selve innkjøpsprosedyren finner vi som nevnt i anskaffelsesforskriften. Både lov og forskrift, med relevante forarbeider, er sentrale rettskilder for oppgavens tema.

2.3 Tolgingskrav til lov og forskrift

I tråd med EØS-avtalens hovedmålsetning om å opprette et ensartet økonomisk samarbeidsområde er det fastlagt et grunnleggende rettskildeprinsipp i EF-retten om å sikre ensartede regler i hele EØS. Anvendelsen av regelverket baserer seg slik sett på en *homogenitetsmålsetning*.¹² For å oppnå homogenitet er det fastlagt virkemidler eller styringer for rettskildebruken i EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 (heretter art.).

Ifølge disse «skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i [EF-retten] fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som [EF-domstolen] har truffet før undertegningen av [EØS-avtalen]».

Selv om ordlyden gir grunnlag for tolkingsspørsmål er det klart at Norge har en folkerettslig plikt til å sørge for at EØS-reglene blir anvendt på lik måte som de tilsvarende EU-reglene, altså sikre homogenitet. Dette vil i praksis si at norske domstoler er pliktige til å legge vekt på relevant rettspraksis fra EF-domstolen, og slik sett tolke EØS-regler i overensstemmelse med hva denne rettsinstansen har lagt til grunn.

EØS-avtalen art. 6 og ODA-avtalen art. 3 oppstiller imidlertid et skjæringspunkt, ved bare å nevne rettsavgjørelser «før undertegningen». Poenget med formuleringen var at

¹¹Government procurement agreement. Inngått 1. april 1994, og trådte i kraft 1. januar 1996.

¹²Se Sejersted, *EØS-rett 2.utgave*, s. 202-203.

en ikke ønsket å legge den fulle rettsutviklingen kun i EF-domstolens hender. Selv om dette derfor tyder på at nasjonale domstoler ikke har en plikt til å legge vekt på senere (relevante) rettsavgjørelser fra EF-domstolen, gjelder homogenitetsmålsetningen like fullt.¹³ Dette følger for så vidt også av ODA-avtalen art. 3, hvor det fremgår at ESA og EFTA-domstolen likevel skal ta «tilbørlig hensyn» til prinsipper fastlagt av EF-domstolen også etter undertegningen. I tillegg viser både rettspraksis fra EFTA-domstolen og Høyesterett å legge liten vekt på skjæringstidspunktet i praksis. Tvert imot har Høyesterett i flere saker uttrykkelig lagt til grunn at dette skillet ikke har hatt noen betydning for den foreliggende sak.¹⁴

Slik sett har rettspraksis fra EF-domstolen både stor relevans og vekt ved tolkingen av anbudsrettslige problemstillinger i loven og forskriften over EØS-terskelverdiene. I praksis viser det seg også at det samme er tilfellet i forhold til anskaffelser av lavere verdi.

2.3.1 EU-rettslige tolkingsprinsipper

I fortalens 2. betraktning i direktiv 2004/18/EF fremgår det at medlemsstatene er underlagt «prinsipperne om likebehandling, ikke-forskelsbehandling, gjensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsiktighet». Når det gjelder spørsmålet om det har forekommet et brudd på regelverket, viser EF-domstolen særlig å vektlegge prinsippene om *forutberegenlighet, likebehandling, gennomsiktighet og etterprøvnbarhet*, og om oppdragsgiver lojalt har overholdt disse under innkjøpsprosedyren. Formålet med kravene er blant annet å hindre konkurransebegrensende virksomhet, ved å sikre at likeverdige leverandører gis de samme muligheter til å oppnå kontrakter med offentlige oppdragsgivere.

¹³Se EØS-avtalen § 1 og fortalens punkt 16.

¹⁴Se blant annet Rt.1997 s.1954, hvor det ble uttalt at «også senere avgjørelser vil være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet».

2.3.2 Tolgingsprinsippene etter anskaffelsesloven

Disse (noe overlappende) EU-prinsippene er som nevnt kommet til uttrykk i anskaffelsesloven § 5. For å sikre en effektiv konkurranse skal tildeling av kontrakter skje på grunnlag av «objektive og ikke-diskriminerende kriterier», jf. tredje ledd.

Kravet til likebehandling, eller *likebehandlingsprinsippet* forbyr forskjellsbehandling av leverandører uavhengig av nasjonalitet, og det har derfor vært viktig å anvende bestemmelsene på lik måte overfor samtlige leverandører i alle faser av innkjøpsprosedyren.¹⁵ EF-domstolen har lagt til grunn at dette også gjelder i fasen før tilbud er avgitt, og det verner derfor også leverandører som ikke deltar i konkurransen.¹⁶

Et virkemiddel for å sikre at likebehandlingsprinsippet følges er *kravet til gjennomsiktighet*. Kravet kommer til uttrykk i § 5 (3) og begrunnes ut fra hensynet til at leverandørene skal kunne se og vurdere om oppdragsgiver følger regelverket på alle trinn i innkjøpsprosedyren. Å ha en slik gjennomsiktig prosedyre henger nøye sammen med *kravet om etterprøvbarehet* i samme bestemmelse. Kravet skal sikre at det i ettertid kan foretas en effektiv prøving av om reglene er blitt fulgt, blant annet hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver har brukt ved valg av tilbud. Kravene legger et særlig ansvar på oppdragsgiver om å dokumentere det som er blitt gjort underveis i prosedyren.

Gjennomsiktighet og etterprøvbarehet har derfor også stor betydning for *kravet til forutberegnelighet*, jf. § 5 (3). Dette innebærer at leverandørene skal gis tilstrekkelig informasjon på alle stadier i innkjøpsprosedyren til å kunne ta forsvarlige vurderinger om innhold og fremleggelse av sine tilbud. Kravet gis stor vekt ved vurderingen av om tildelingskriteriene er klare nok, slik at tilbudet kan utformes i samsvar med disse kriteriene. Kravet har også en annen viktig side, ved å sikre at leverandørene får den nødvendige tillit til at det regelbaserte systemet fungerer som det skal.

¹⁵Dette kan sies å være et utslag av ikke-diskrimineringsprinsippet som vi finner i EF-traktaten artikkel 12, og tilsvarende EØS-loven artikkel 4.

¹⁶Sak C-16/98, premiss 104 til 109.

2.4 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I tillegg til høyesterettspraksis har Klagenemnda for offentlige anskaffelser (fork. KOFA) stor betydning i rettskildebildet som gjelder offentlige anskaffelser. Nemnda er opprettet ved egen forskrift, og skal være et «rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på [lov om offentlige anskaffelser] og forskrifter».¹⁷ Dens uttalelser eller avgjørelser er dermed ikke formelt bindende, noe som gjør dens rettskildemessige vekt begrenset.

I praksis har likevel domstolene gitt uttalelsene en sentral plass ved fortolkningen av anskaffelsesregelverket, og gitt disse stor rettskildemessig vekt ved sine avgjørelser. Dette kommer både av at nemnda besitter en høy kompetanse på dette rettsområdet, samt at den allerede har en svært omfattende praksis å vise til. Uttalelsene blir derfor reelt sett både en relevant og tungtveiende rettskilde ved anvendelsen av anbudsreglene.

3 Oppdragsgivers erstatningsansvar som følge av uklare tildelingskriterier

3.1 Det rettslige utgangspunkt – anskaffelsesloven § 10

3.1.1 Litt historikk

Det fremgår av direktiv 89/665/EØF at det er viktig for medlemslandene å innføre «passende procedurer» som gjør det mulig å «yde erstatning til personer, der har lidt skade paa grund af en overtrædelse» av anskaffelsesdirektivene. Medlemslandene er derfor i utgangspunktet forpliktet til å sanksjonere overtredelser, men det er opp til statene selv å fastsette de nærmere vilkår for tilkjenning av erstatning. Dette fremgår også av forarbeidene til anskaffelsesloven, hvor det uttales at «medlemslandene [er] gitt myndighet til å sanksjonere oppdragsgivere som bryter anskaffelsesreglene».¹⁸ Ved (nytt)

¹⁷Forskrift av 1. mars 2003, § 1.

¹⁸NOU 1997:21 s. 119.

håndhevelsesdirektiv, direktiv 2007/66/EC, er denne nasjonale skjønnsmyndigheten i stor grad videreført.¹⁹

Det rettslige utgangspunkt for å vurdere erstatning finner vi nå, som nevnt, i anskaffelsesloven § 10. Bestemmelsen avløste den tidligere erstatningsbestemmelsen § 6 i Lov av 27. november 1992, hvor § 6 ga grunnlag for erstatning innen forsyningssektoren for kostnader ved å utferdige et tilbud eller delta i en innkjøpsprosedyre. Direktiv 89/665/EØF fastsatte imidlertid særskilte krav til årsakssammenheng for erstatning for forsyningssektoren, og en så seg derfor nødt til å avløse bestemmelsen med en ny generell erstatningsbestemmelse. Paragraf 10 ble dermed vedtatt for å ivareta disse kravene.²⁰

3.1.2 Vilkårene for erstatning

Paragraf 10 er, som i loven ellers, en meget kortfattet og generelt utformet bestemmelse. Det følger av bestemmelsen at «[v]ed 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».

Ordlyden viser som et utgangspunkt at de tradisjonelle vilkårene i erstatningsretten må være oppfylt før erstatning kan kreves. Det må foreligge et økonomisk tap, jf. «det tap han har lidt», et ansvarsgrunnlag, jf. «brudd på..lov eller forskrifter», og en årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget, jf. «som følge av bruddet».

Regelen virker ved første øyekast uproblematisk å forholde seg til. Forarbeidene presiserer imidlertid at «*erstatningsplikten følger av alminnelig, ulovfestet erstatningsrett*», og at bestemmelsen «*ikke er ment å innebære noe nytt i forhold til gjeldende rett*».²¹ Høyesterettspraksis har spilt en stor rolle ved utviklingen av erstatningsretten, og fastsatt at denne må tilpasses særlige hensyn som gjør seg

¹⁹Direktiv 2007/66/EC har avløst Direktiv 89/665/EØF.

²⁰NOU 1997:21 s. 119 og Ot.prp.nr.97 (1991-1992) s. 27.

²¹Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 69.

gjeldende på det anbudsrettslige området.²² Uttalelsene i forarbeidene viser at rettstilstanden skal videreføres, og at en ved tolkingen av § 10 derfor må ta i betraktning disse særlige hensynene.

3.2 Økonomisk tap

Det første som er naturlig å vurdere ved et anbudsrettslig erstatningsspørsmål er om det foreligger et ansvarsgrunnlag. Denne vurderingen er imidlertid noe komplisert. Jeg har derfor valgt å gjøre rede for vilkåret om økonomisk tap først, altså hva en leverandør kan kreve erstattet, forutsatt at de øvrige erstatningsvilkårene er oppfylt.

3.2.1 Det rettslige utgangspunkt

Etter anskaffelsesloven § 10 kan erstatning kreves for «det tap han har lidt» som følge av bruddet. Ordlyden er meget vidt formulert. En naturlig forståelse tilsier at alt økonomisk tap som en leverandør har hatt, uavhengig om det er lidt i fasene før eller etter et tilbud er avgitt, kan kreves erstattet, så lenge tapet er en følge av oppdragsgivers brudd på regelverket. Ordlyden synes dermed ikke å gjøre noen begrensninger i dette henseende, så lenge det kan påvises *et faktisk tap*.

Inn under det tradisjonelle tapsbegrepet har det likevel vært vanlig, og særlig i den juridiske litteratur, å dele opp det økonomiske tapet i to ulike tapsposter for de deltakende leverandørene i konkurransen, kalt den «negative kontraktsinteresse» og den «positive kontraktsinteresse».²³ Ordlyden i § 10 foretar ikke en slik oppdeling, men med sin vide ordlyd kan begge tapspostene naturlig hjemles i bestemmelsen. Forarbeider til anskaffelsesloven viser også til denne terminologiske inndelingen, hvor det uttales at «*oppdragsgiver [kan] i prinsippet..bli ansvarlig både for den negative og den positive*

²²Se særlig Rt. 1997 s. 574, hvor det uttales at «[i] mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålene..., må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten».

²³For en nærmere redegjørelse se punkt 3.2.2 og 3.2.3.

kontraktsinteresse».²⁴ Uttalelsen presiserer i tillegg at tapspostene ikke er alternative, men at en leverandør kan kreve erstattet begge deler.

Med tanke på den utstrakte bruken av denne oppdelingen i rettskildebildet, kan det stilles spørsmål om et erstatningskrav kun kan omfatte det tap som «faller innenfor» den negative eller den positive kontraktsinteresse. Dette blir da et spørsmål om det bare er *deltakerne* i anbudskonkurransen som er erstatningsberettigede.

Ordlyden i § 10 markerer ingen slike begrensninger, da den som nevnt bare nevner «tap han har lidt». Dersom det kan tenkes andre typer tap enn rene utgifts- og fortjenestetap (som bare er påført deltakerne i konkurransen), må dette derfor rent ordlydsmessig kunne hjemles i bestemmelsen.

I den såkalte «Catch-saken», inntatt i Rt. 2008 s. 982, hadde selskapet Catch blant annet krevd erstatning for sine omkostninger ved å begjære midlertidig forføyning, med krav om at Oslo kommune skulle forbys å inngå anbudskontrakt, grunnet mangelfull kunngjøring. Catch hadde ikke innlevert tilbud, og var derfor ikke deltaker i konkurransen. Utgiftene kunne verken betegnes som erstatning for negativ eller positiv kontraktsinteresse, men flertallet uttalte likevel at «*[d]et at slike virksomheter ikke pådrar seg utgifter ved å delta i konkurransen - den negative kontraktsinteressen - eller at de ikke er i posisjon til å kunne kreve den positive kontraktsinteressen - kan ikke utelukke erstatningsansvar etter bestemmelsen*».²⁵ Erstatningen ble isteden vurdert under spørsmålet om utgiftene var «rimelige og nødvendige».

Både lov og rettspraksis gir derfor grunnlag for å si at negativ og positiv kontraktsinteresse reelt sett bare er «hjelpbegreper» i erstatningsretten, og som ikke avgrenser tolkingen av § 10. Også utgifter utenom den negative eller positive kontraktsinteresse må slik sett kunne kreves erstattet.

²⁴NOU 1997:21 s. 119.

²⁵Premiss 49.

Dette står i motsetning til den dissenterende dommer Tønder som uttalte at «[d]ette er kostnader som verken faller inn under den negative eller den positive kontraktsinteresse. Etter min mening er det ikke hjemmel for å tilkjenne erstatning for slike kostnader», jf. premiss 61. I lys av det ovennevnte må det være grunnlag for å si at dommer Tønder her trekker rettslige slutninger av juridiske hjelpebegreper, noe som etter norsk rett er en feilaktig rettsanvendelse.

Anskaffelsesloven § 10 kan i alle tilfeller ikke forstås på den måten at det kun er deltakere av konkurransen som kan gjøre erstatningskrav gjeldende, da også ikke-deltakende leverandører kan, som Catch-saken viser, ha lidt tap på grunn av oppdragsgiver brudd på regelverket.

Jeg har likevel valgt å benytte meg av begrepene i oppgaven, ettersom rettspraksis har stilt ulike krav til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng for hver av disse. Et hovedfokus i oppgaven ligger på ansvarsgrunnlaget ved erstatning for den positive kontraktsinteresse. Nedenfor vil jeg gi en nærmere redegjørelse for begge tapspostene, og underveis belyse de erstatningsrettslige forskjellene mellom disse.

3.2.2 Erstatning for leverandørens utgifter/omkostninger – «negativ kontraktsinteresse»

Det første som utgjør et naturlig økonomisk tap for en leverandør er de omkostninger og utgifter han har hatt ved deltakelsen i anbudskonkurransen, eksempelvis ved utformingen av tilbud, nødvendige utgifter i forbindelse med konsulenter og lignende. Dette er den delen av det økonomiske tapet som en etter norsk rett har betegnet som erstatning for den negative kontraktinteressen. De midlene en leverandør har investert i å delta i konkurransen, vil derfor utgjøre et økonomisk tap som kan gi grunnlag for erstatning.

Det er nevnt at likebehandlingsprinsippet også verner leverandører som ikke har inngitt tilbud. Leverandører som derimot har avstått fra å delta i konkurransen på grunn av uklare tildelingskriterier kan nok sjelden tenkes å ha lidt et økonomisk tap etter den negative kontraktinteressen.²⁶ Dette kan for så vidt også knyttes til vilkåret om årsakssammenheng, ettersom leverandører som uansett hadde deltatt på tross av oppdragsgivers brudd på regelverket (likebehandlingsprinsippet) ikke kan sies å ha lidt et tap «som følge av» dette bruddet. Den ovennevnte Catch-saken viser imidlertid at også ikke-deltakende leverandører kan bli tilkjent erstatning på bakgrunn av anskaffelsesloven § 10.

²⁶Se Myhre, Robert, *Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteressen*.

3.2.3 Erstatning for leverandørens fortjenestetap – «positiv kontraktsinteresse»

Erstatning for manglende oppfyllelse av kontrakt kaller vi den positive kontraktsinteresse. Som Høyesterett viser «byggjer [dette] på at anbydaren skal stillast som om han hadde fått anbodet».²⁷ Dersom det kan bevises at en leverandør ikke ble tildelt kontrakten som følge av oppdragsgivers brudd, kan kontraktens inntjeningsverdi i utgangspunktet kreves erstattet. Det er slik sett, og som nevnt, et erstatningskrav for tapt fortjeneste vi har med å gjøre. Det ble åpnet for å tilkjenne denne erstatningen på nærmere grunnlag i Rt. 2001 s.1062. Denne skal jeg komme tilbake til nedenfor.

3.3 Ansvarsgrunnlag

Den overordnede problemstillingen blir så om oppdragsgivers bruk av uklare tildelingskriterier i seg selv kan oppfylle vilkåret til ansvarsgrunnlag. Jeg vil først presentere hva som ligger i dette erstatningsvilkåret, og deretter ta for meg kravene til tildelingskriteriene.

3.3.1 Det rettslige utgangspunkt

Etter anskaffelsesloven § 10 kan en tapende leverandør kreve erstatning ved «brudd på denne lov eller forskrifter».

Da det kun nevnes «brudd» tilsier dette at erstatning kan kreves så lenge en bestemmelse i regelverket om offentlige anskaffelser ikke blir fulgt. Bestemmelsen nevner ikke eksplisitt et krav om skyld, altså at bruddet må være en følge av oppdragsgivers forsettelige eller uaktsomme opptreden. Ettersom § 10 skal forstås i lys av ulovfestet erstatningsrett, taler det for at det er læren om objektivt ansvar som her gjelder. Forarbeidene til anskaffelsesloven av 1992 antyder det samme, hvor det uttales at «*vesentlige saksbehandlingsfeil [kan] tenkes å gi grunnlag for å konstatere objektivt ansvar*».²⁸

²⁷Se Rt. 2001 s.1062, på s. 1080.

²⁸Ot.prp.nr. 97 (1991-1992) s. 18.

Forarbeidene til den nye anskaffelsesloven vinkler imidlertid dette annerledes. Her uttales det at ansvarsgrunnlaget er det som kalles «*culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering. Det culpøse består i at man bryter normene for gjennomføring av konkurransen*». ²⁹ Dette tilsier dermed at «bruddet» i seg selv automatisk vil medføre at ansvarsgrunnlaget er oppfylt, og at det i utgangspunktet er verken et rent objektive ansvar eller den rene culperegelen som skal anvendes.

Slik sett mister uttalelsen i de gamle forarbeidene om objektive ansvar ved «*vesentlige saksbehandlingsfeil*» mye av sin betydning, ettersom ansvarsgrunnlaget uansett vil anses oppfylt ved «*culpa in contrahendo*». Dette støttes også av Dragsten/Lindalen hvor de skriver at «*foreligger det vesentlige saksbehandlingsfeil, vil imidlertid dette i seg selv som oftest være uaktsomt, slik at det ikke utvider ansvarsgrunnlaget nevneverdig*». ³⁰

Med utgangspunkt i at det bare kreves et hvilket som helst brudd på regelverket før ansvarsgrunnlaget er oppfylt, tyder det på at det først og fremst er de to andre erstatningsvilkårene (økonomisk tap og årsakssammenheng) som vil avgrense et eventuelt erstatningskrav. Dette er imidlertid noe unyansert. Rettspraksis viser blant annet at oppdragsgivers klanderverdighet likevel vil få betydning som moment i vurderingen av om ansvarsgrunnlaget er oppfylt. Når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteresse stilles det blant annet strengere krav til ansvarsgrunnlaget enn det som følger av bestemmelsen ordlyd. ³¹ Dette er sentralt for vurderingen av om oppdragsgiver kan holdes erstatningsansvarlig på bakgrunn av uklare tildelingskriterier, og jeg vil komme tilbake til dette under punkt 3.4.

3.3.2 Tildelingskriteriene

Regler for tildelingskriteriene finner vi som nevnt i anskaffelsesforskriften §§ 13-2 og 22-2, hvor bestemmelsene henholdsvis gjelder for anskaffelser under- og over EØS-terskelverdiene. Med unntak av regler for vekting av kriteriene i bestemmelsenes annet

²⁹NOU 1997:21 s. 85.

³⁰Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser Kommentarutgave Bind 1*.

³¹Se Rt.2001 s. 1062.

ledd (se også tredje ledd i § 22-2) er bestemmelsene identiske. Som nevnt innledningsvis gjelder derfor (de samme) reglene uavhengig av anskaffelsens verdi.

De felles bestemmelsene for valg av tildelingskriterier er uttrykt som følger:

«(1) Tildelingen skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

(2) Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette kan for eksempel være kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, og tid for levering eller ferdigstillelse. Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget».

Som en ser har oppdragsgiver et visst skjønn ved valg av tildelingskriterier, og ved det etterfølgende valget av tilbud basert på disse kriteriene. Det er imidlertid et vilkår at han opplyser om sitt valg allerede i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Oppdragsgiver har slik sett en *opplysningsplikt*. Poenget er nettopp her at potensielle leverandører skal kunne vurdere fremleggelse av tilbud i lys av den informasjonen de blir gitt, slik at forutberegnlighet, åpenhet og gjennomsiktighet skal sikres på en tidlig fase i innkjøpsprosedyren, jf. anskaffelsesloven § 5. Ifølge hovedregelen skal en anskaffelse «så langt det er mulig være basert på konkurranse», og valget av tilbud må derfor foretas i samsvar med de grunnleggende kravene i samme bestemmelse.

Nedenfor vil jeg gi en nærmere redegjørelse for hvilke tildelingskriterier oppdragsgiver kan benytte. Jeg vil også belyse hvordan kriteriene selv, og de grunnleggende kravene i § 5 innsnevrer oppdragsgivers skjønn.

3.3.2.1 «[U]telukkende..den laveste prisen»

Ordlyden «utelukkende..den laveste prisen» er snevert formulert. Det kan vanskelig tenkes store rom for å vurdere hva som utgjør «den laveste prisen» basert på andre

momenter enn den pris leverandøren krever for gjennomføring av kontrakten. Slik sett gis oppdragsgiver en marginal skjønnsmargin ved utvelgelsen, dersom denne kun skal baseres på et slikt tildelingskriterium. En slik tolking har også sin støtte i regjeringens veiledning til anskaffelsesforskriften, hvor det sies at det er «*kun spørsmål om finne frem til tilbudet med lavest pris*». ³²

Spørsmålet om hvor klart et slikt tildelingskriterium må utformes vil derfor sjelden ha stor betydning her, ettersom utformingen av dette (i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget) i de fleste tilfeller vil ha den samme snevre ordlyd som i forskriften. Jeg vil derfor konsentrere meg om kriterier basert på det «økonomisk mest fordelaktige» tilbudet.

3.3.2.2 «[D]et økonomisk mest fordelaktige»

Ordlyden «økonomisk mest fordelaktig» er, i motsetning til «den laveste prisen», vidt formulert. Dette viser at flere momenter enn prisen alene vil kunne inngå i forståelsen av «mest fordelaktig». Uttrykket kan derimot forstås slik at valget uansett må falle innenfor rammene av hva som vil være økonomisk lønnsomt for oppdragsgiver. Slik sett kan det tale for at for eksempel kostnadskrevende miljøhensyn i utgangspunktet faller utenfor oppdragsgivers valg av kriterier da dette ikke nødvendigvis er lønnsomt. En slik tolking tilsier derfor at oppdragsgivers skjønn ved valg av kriterier innsnevres.

Andre ledd i bestemmelsene viser imidlertid at listen er lang for hva oppdragsgiver kan legge vekt på, såfremt kriteriene har tilknytning til kontraktsgjenstanden og fremkommer i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Uttrykket «for eksempel» viser at oppregningen heller ikke er ment å være uttømmende. Dette taler for at «økonomisk mest fordelaktig» ikke skal forstås snevert. At «økonomisk mest fordelaktig» kan omfatte flere kriterier enn hva som uttrykkelig fremgår av bestemmelsen er også i tråd med det som uttales i direktiv 2004/18/EF, hvor det fremgår at reglene for tildelingskriteriene er basert på EF-domstolens rettspraksis. ³³

³²Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, Fornyings- og administrasjonsdepartementet, 2006.

³³Premiss 1 i fortalen.

Dette kan belyses ved den såkalte «Concordia-dommen» fra EF-domstolen som omhandlet kjøp av lokal busstransport i Helsinki.³⁴ Her hadde Helsinki by brukt utslipp av nitrogendioksid og støynivå fra busser som tildelingskriterium. Dette var et rent miljøhensyn som ikke var nevnt som eksempel i det dagjeldende direktivet. Kriteriet bidro positivt for byens innbyggere, men kunne ikke anses som «the economically most advantageous tender» for oppdragsgiveren selv.³⁵ Ved spørsmålet om valg av kriterium viste EF-domstolen til at den eksemplifiserende bestemmelsen i direktivet ikke var uttømmende, og at den i seg selv ikke kunne stå i veien for bruk av andre vilkår enn de som var nevnt. Det ble imidlertid uttalt som et generelt utgangspunkt at alle kriterier «*must be objective, apply to all the tenders, be strictly linked to the subject-matter of the contract in question, and be of direct economic advantage to the contracting authority*».³⁶

Med henvisning til det sistnevnte kravet («*direct economic advantage*»), som øyensynlig fremstod som en klar begrensning på oppdragsgivers skjønnsmyndighet, godtok imidlertid EF-domstolen miljøhensynet som kriterium under henvisning til at hva som er økonomisk mest fordelaktig ikke «*necessarily [must] be of a purely economic nature*». Det ble argumentert for at miljøhensynet uansett kunne «*influence the value of a tender*», samt at det var «*supported by the wording of the provision, which expressly refers to the criterion of the aesthetic characteristics of a tender*».³⁷

EF-domstolen åpnet slik sett for en mer utstrakt bruk av kriterier enn hva ordlyden i direktivet direkte skulle tilsi. Dette taler isolert for at oppdragsgivers skjønn ved valg av tildelingskriterier er vidt. På den annen side må en her ikke glemme de ovennevnte kravene EF-domstolen nevnte innledningsvis. Når det gjaldt den mer spesifikke vurderingen knyttet til lovligheten av kommunens bruk av miljø som kriterium, ble de ovennevnte kravene i noen grad gjentatt i lys av at miljøhensyn må være «*linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the*

³⁴ Sak C-513/99.

³⁵ Artikkel 36 i det da gjeldende direktiv 92/50/ECC.

³⁶ Premiss 52.

³⁷ Premiss 55.

*authority, are expressly mentioned in the contract documents or the tender notice, and comply with all the fundamental principles of Community law».*³⁸

En ser derfor at EF-domstolen heller stilte krav til selve bruken eller anvendelsen av tildelingskriterier fremfor selve valget av disse. Strengt krav til bruken vil imidlertid også kunne utgjøre en begrensning på oppdragsgivers skjønn ved valget. Dette er innlysende når det gjelder mer ikke-økonomiske kriterier som ivaretar miljø, hvor det særlig kan trekkes frem at et slikt kriterium må være «*linked to the subject-matter of the contract*». Oppdragsgivers valg må derfor, som det også fremgår av §§ 13-2 og 22-2, tas på bakgrunn av hvilken anskaffelse det dreier seg om. Det må altså være en klar og relevant sammenheng med kriteriet og anskaffelsen, slik tilfellet var i Concordia-dommen, hvor det var sammenheng mellom anskaffelse av offentlig busstransport og et tildelingskriterium vedrørende utslipp av eksos fra disse bussene.

På bakgrunn av bestemmelsens ordlyd må det (likevel) kunne legges til grunn at oppdragsgiveren er gitt et forholdsvis vidt rom til å velge *hvilke* tildelingskriterier han vil bruke, men at dette valget innsnevres gjennom *kravene til bruken/anvendelsen* av de valgte kriterier. I tilknytning til dette blir det neste vurderingstemaet hvor stort oppdragsgivers skjønn kan sies å være ved selve utvelgelsen av tilbud basert på de valgte kriteriene.

3.3.3 Innsnevring av oppdragsgivers skjønn

Selv om tildelingskriteriene skal oppgis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, kan de likevel være så uklart formulert at det gir grunnlag for tolkingstvil blant leverandørene. Dette kan belyses med et eksempel.

Ved anskaffelse av noen lastebiler oppgir en kommune at det økonomisk mest fordelaktige tilbud vil bli valgt, og herunder vil bilenes driftsomkostninger tillegges 40 % vekt, og kvalitet og funksjonsmessige egenskaper vil tillegges 30 % vekt.

³⁸Premiss 64.

Spørsmålet blir da hva som skal forstås som «driftsomkostninger» og «kvalitet og funksjonsmessige egenskaper». Ved kjøp av en lastebil kan en kanskje tenke seg flere momenter ved bilen, slik som drivstofforbruk, størrelse, totalvekt og lignende som tilsynelatende vil falle inn under disse kriteriene. Dersom oppdragsgiveren for eksempel baserer sitt valg på en lastebiltype som har de minste kostnader til reparasjon per 100 000 km, må dette sies å være et kriterium som faller inn under «driftsomkostnader». Det kan imidlertid være flere leverandører som ikke hadde forventet at vedlikeholdskostnadene skulle få en slik betydning ved valg av tilbud, ettersom de kanskje hadde trodd at drivstofforbruk hadde stor betydning i vurderingen. Slik sett kan det sies at kriteriene er uklart formulert, ettersom de ikke gir noen klar forestilling om hva som spesifikt menes og vektlegges ved utvelgelsen.

3.3.4 De grunnleggende kravene som skranke for skjønnet

Anskaffelsesforskriften nevner som sagt ingenting om hvor klart tildelingskriteriene skal utformes. De grunnleggende kravene til anskaffelsesloven § 5 vil derimot miste noe av sin betydning dersom det benyttes slike uklare tildelingskriterier som i eksemplet ovenfor. Problemet oppstår når kriteriene blir så uklare at oppdragsgivers valg av tilbud fremstår for leverandørene som mer eller mindre vilkårlig. De mange tolkingsalternativene vil da tildele oppdragsgiver et vidt skjønn ved utvelgelsen av tilbud. Det vil det dermed være vanskelig for en leverandør å forutberegne hvilke kriterier som vektlegges, og vanskelig å vite om tilbudet er utformet med et innhold som oppdragsgiver ser etter. Selv om mange slike spørsmål kan avklares underveis, oppstår likevel problemet dersom en leverandør for eksempel tolker et tildelingskriterium annerledes enn oppdragsgiver, og utformer et tilbud basert på denne forståelsen. Slik sett kan det sies at verken kravene til forutberegnlighet, åpenhet eller gjennomsiktighet blir særlig godt ivaretatt. En vid skjønnsmargin for oppdragsgiver kan derfor også føre til at kravet om likebehandling krenkes, ved at valget baserer seg på kriterier som ikke alle leverandører i innkjøpsprosedyren har konkurrert om å oppnå. Konkurransen vil da forrykkes ved at noen leverandører, ved sitt tilbud, blir stilt dårlige enn andre.

EF-domstolen har i flere saker behandlet spørsmålet om klarhets- eller presisjonsnivået for tildelingskriteriene. I «SIAC Construction-dommen» gjaldt tvisten tildeling av en

offentlig kontrakt om nedleggelse av kloakksystemer, vannledninger og lignende innretninger.³⁹ Striden stod mellom den tapende leverandør, SIAC Construction, og oppdragsgiveren, County Council, om klarheten av tildelingskriteriene «price» og cost», i lys av det dagjeldende direktivets artikkel 29 (som svarer til anskaffelsesforskriftens §§ 13-2 og 22-2).⁴⁰

EF-domstolen påpekte at valget av tildelingskriterier var fritt, så lenge kriterienes formål var å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Valgte kriterier som imidlertid ga oppdragsgiver «*an unrestricted freedom of choice..would be incompatible with Article 29*», i lys av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

I tråd med SIAC Construction-dommen vil dermed det forhold at oppdragsgiver gir seg et ubegrenset fritt skjønn ved valget av tilbud føre til et brudd på regelverket. Oppdragsgivers skjønn kan her sies å være proporsjonalt med tildelingskriterienes vaghet. Med dette menes at til mer vagt eller uklart et kriterium er utformet, til større skjønnsmargin vil oppdragsgiver få ved utvelgelsen av tilbud. Uttalelsen i saken markerer slik sett en øvre grense, i den forstand at et tildelingskriterium ikke kan utformes så uklart at skjønnet må anses nærmest ubegrenset.

I forlengelsen av dette kan det spørres hvor den nedre grensen går, altså *hvor uklart* en oppdragsgiver kan tillate seg å utforme et kriterium før det foreligger et brudd på regelverket. Vurderingen tar dermed sikte på å finne ut hvor vidt skjønn oppdragsgiver kan tillate seg ved utvelgelsen.

3.3.5 Klarhetskravet og opplysningsplikten

Hvilke krav stilles så til kriterienes klarhet? I SIAC Construction-dommen uttales det at tildelingskriteriet «*must be formulated...in such a way as to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*».⁴¹

³⁹Sak C-19/00.

⁴⁰Direktiv 71/305/EØF artikkel 29.

⁴¹Sak C-19/00, premiss 42.

Dette «klarhetskravet» tilsier at kriteriene må være så klart eller presist utformet at det ut fra en objektiv tolking ikke kan levne rom for tolkingstvil mellom profesjonelle leverandører. Dommen tillegger derfor oppdragsgiver en minimal skjønnsmargin ved utvelgelsen, ettersom det stilles meget strenge krav til tildelingskriterienes presisjonsnivå. I denne sammenheng er det også viktig å merke seg at oppdragsgiver «*must interpret the award criteria in the same way throughout the entire procedure*». Underveis i innkjøpsprosedyren gis det dermed små muligheter for oppdragsgiver til å fravike en forutsatt forståelse av et tildelingskriterium til fordel for en annen. Et tildelingskriterium skal anvendes med en konsekvent forståelse. Det som er nevnt er også fulgt opp av KOFA i flere rådgivende uttalelser.⁴²

Det kan likevel spørres om benyttelse av uklare tildelingskriterier ubetinget vil føre til et brudd på anbudsreglene, altså om dette da blir «automatisk» ansvarsbetingede.

De ovennevnte uttalelsene i SIAC Construction-dommen kan ved første øyekast tyde på dette. EF-domstolens bruk av uttrykket «*well-informed*» taler imidlertid for at en kontekstuell tolking, i lys av at den informasjonen som er blitt gitt på forhånd i noen grad kan anvendes så lenge alle leverandørene har fått den samme informasjonen. Dette kan derfor sees som en videreføring av oppdragsgivers opplysningsplikt. En slik forståelse er også uttrykt av KOFA. I KOFA-2003/74 hadde Vestby kommune kunngjort en konkurranse med forhandling om bygging av et sykehjem. Ifølge konkurransegrunnlaget skulle tildelingen skje etter hva som var mest økonomisk fordelaktig, etter en helhetsvurdering «*der erfaring, kompetanse og pris vektlegges*». Spørsmålet som ble reist av KOFA var om tilleggsmomenter som «*oppgaveforståelse og brukermedvirkning*» falt inn under tildelingskriteriene «*kompetanse og pris*», og om plikten til å opplyse om tildelingskriteriene dermed var oppfylt.

Innledningsvis uttalte nemnda at «*enkelte av elementene i prinsippet kan gi indikasjoner på leverandørens kompetanse eller påvirke tilbudets pris*». I beste fall kunne det derfor sies at tilleggsmomentene falt innenfor de valgte kriterienes ordlydsforståelse. Men dette var opplagt ikke nok. Nemnda fremholdt at «*[d]et avgjørende må imidlertid være*

⁴²Se KOFA-2003/74, KOFA-2003/273, KOFA-2007/39 og KOFA-2007/86.

at deltakerne i konkurransen..ikke hadde tilstrekkelige forutsetninger for å forstå at innklagede ville legge vekt på disse elementene. Innklagedes egen tolking av innholdet i tildelingskriteriene fremstår som så vidt spesiell at det neppe kan legges til grunn at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører vil tolke kriteriene på samme måte.» Nemnda fant dermed at bestemmelsen om valg av kriterier var brutt.⁴³

Uttalelsen gir holdepunkter for å si at det er en viss adgang for oppdragsgiveren til å bruke uklare kriterier, eller en annen ordlydsforståelse enn den rent alminnelige. En eventuell slutning man kan trekke fra uttalelsen er at kommunens spesielle forståelse av kriteriene «*kompetanse og pris*» nok ville blitt godtatt, dersom alle leverandørene hadde «*tilstrekkelige forutsetninger*» for å vite at momenter som oppgaveforståelse og brukermedvirkning skulle vektlegges. Slik sett ville kriteriene «*kompetanse og pris*» oppnådd kravet til klarhet. Dette tyder på at det ikke nødvendigvis trenger være uklare kriterier i seg selv som gir grunnlag for brudd på regelverket, men manglende informasjon til (alle) leverandørene om hvordan disse skal forstås. I slike tilfeller har derfor ikke oppdragsgiver overholdt sin ovennevnte opplysningsplikt.

En slik slutning finner også sin støtte i den ovennevnte dommen, hvor EF-domstolen vurderer uklarheten av tildelingskriteriene i lys av de grunnleggende krav som åpenhet og likebehandling. Det er nettopp disse kravene som vil justere kravet til klarhet eller presisjon. Kravene medfører at oppdragsgiver har en opplysningsplikt overfor sine leverandører for å sikre konkurransen best mulig. Uklare kriterier vil først og fremst føre til at oppdragsgivers opplysningsplikt blir brutt når leverandørene ikke får en klar oppfatning av hvordan et tildelingskriterium skal forstås, og utvelgelsen fremstår deretter som vilkårlig for disse.

I en uttalelse fra 2008 gjør KOFA dette enda tydeligere.⁴⁴ I denne saken hadde Kirkerådet gjennomført en konkurranse for anskaffelse av et nytt elektronisk medlemsregister. Klager, NSA, hevdet at tildelingskriteriet «*oppfyllelse av behovene/kravene*» var for uklart i lys av uttalelsen i SIAC Construction-dommen, og at

⁴³Forskrift av 15.juni 2001 § 17-2, avløst av Forskrift 7.april 2006.

⁴⁴KOFA-2008/98.

det dermed var i strid med kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5. Kirkerådet avviste dette med henvisning til en særskilt behovsanalyse, samt annen skriftlig informasjon, som leverandørene hadde fått underveis og som viste hvilke krav som ville bli vurdert. KOFA kom til at det ikke forelå et brudd på regelverket på dette punktet. Det ble uttalt at «[n]år man...ser tildelingskriteriet i sammenheng med de opplysningene som fremgår av behovsanalysen, må kravet etter nemndas oppfatning anses presist nok».

Uttalelsen viser dermed at det grunnleggende kravet til forutberegnelighet likevel var ivaretatt fordi leverandørene var blitt tilstrekkelig informert om hvordan kriteriet skulle forstås. Slik sett kan det sies at det gis et visst rom for å bruke uklare tildelingskriterier, under forutsetning av at alle leverandørene er «*well-informed*» (SIAC Constructiondommen) om å tolke dette på samme måte gjennom hele innkjøpsprosedyren. Dette hindrer i så fall at utvelgelsen blir vilkårlig, og at krav som forutberegnelighet, likebehandling og åpenhet ivaretas. Så lenge oppdragsgiver overholder sin opplysningsplikt basert på de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 kan derfor et uklart kriterium alene vanskelig tenkes å utgjøre et brudd på regelverket. For å sikre kravet til etterprøvbarhet er det imidlertid viktig for oppdragsgiver at hans forståelse av et (uklart) tildelingskriterium kommer til uttrykk skriftlig. Slik sett kan en også si at kravet om etterprøvbarhet går «hånd i hånd» med klarhetskravet, ettersom opplysningsplikten nettopp vil bidra til å presisere tildelingskriterienes innhold.

3.3.6 Konkludering

Vurderingen ovenfor har vist at klarhetskravet har betydelig innsnevret oppdragsgivers skjønn ved valg av tilbud basert på tildelingskriteriene. Uklare tildelingskriterier som ikke er tilstrekkelig opplyst til leverandørene (eller bare til noen av dem) medfører at utvelgelsen av tilbud vil fremstå som vilkårlig. Vilkaarligheten vil stride mot grunnleggende krav i anskaffelsesloven § 5, særlig kravet til forutberegnelighet, åpenhet og likebehandling, og dermed utgjøre et «brudd» på reglene om utvelgelse, jf. anskaffelsesloven § 10, jf. anskaffelsesforskriften §§ 13-2 og 22-2.

Ifølge ordlyden i § 10 vil dermed vilkåret om ansvarsgrunnlag være oppfylt, jf. skyldkravet «culpa in contrahendo» ved mislykket kontrahering.

Forutsatt at det også foreligger årsakssammenheng, kan den tapende leverandør da (i det minste) kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, dvs. sine omkostninger ved forberedelse av tilbud.

3.4 Ytterligere krav til ansvarsgrunnlag

Rettspraksis har stilt strengere krav til ansvarsgrunnlag ved erstatning for den positive kontraktinteressen, dvs. fortjenestetap ved ikke tildelt kontrakt. I lys av rettspraksis blir da spørsmålet om oppdragsgivers brudd på klarhetskravet vil gi tapende leverandør grunnlag for å kreve erstatning for sitt påståtte fortjenestetap.

3.4.1 Rt. 2001 s. 1062, «Nucleusdommen»

For å besvare dette spørsmålet må en ta utgangspunkt i den såkalte «Nucleusdommen» fra 2001. Her ble ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteresse vurdert på prinsipielt grunnlag. Møre og Romsdal fylkeskommune hadde gjennomført en anbudskonkurranse om bygging av et psykiatrisk senter. Før byggeprosjektet ble sendt ut på anbud holdt fylkeskommunen en konkurranse om idéskisser til hoveddisposisjonsplan for anlegget. Tre arkitektkontorer ble invitert til å inngi forslag, og forslaget fra det seirende arkitektkontoret ble lagt til grunn for den videre planleggingen av anlegget. Under den påfølgende anbudskonkurransen ble tilbudet fra det samme arkitektkontoret valgt, under henvisning til den *«kompetansen firmaet har dokumentert gjennom vinnar-utkastet i idekonkurransen og føremunene med at denne erfaringa kan trekkjast med vidare i prosjekteringsarbeidet»*. I tillegg var geografisk plassering blitt vektlagt ved utvelgelsen. Bedriften Nucleus hevdet seg urettmessig forbigått og krevde erstatning, fastsatt etter hva bedriften ville ha tjent på kontrakten.

Under vurderingen av ansvarsgrunnlaget ble det først påpekt at fylkeskommunen hadde begått *«vesentlige feil»* ved gjennomføringen av anbudskonkurransen. Om dette skulle gi grunnlag for slik erstatning var derimot ikke klart. Det ble først uttalt at EØS-regelverket overlot til nasjonale styresmakter å utforme de nærmere reglene for erstatning. Med henvisning til forarbeidene og eldre høyesterettsdommer hevdet

førstvoterende at «*spørsmålet om skadebot for den positive kontraktsinteresse for eit tilfelle som i vår sak, er halde ope*».

Etter en mer inngående vurdering, særlig i lys av tysk og skandinavisk rettspraksis, uttalte førstvoterende at det bør «*stillast opp nærare vilkår for at ein anbydar skal kunne krevje dekt den positive kontraktsinteresse*». Med dette gjorde Høyesterett det først klart at det *kan* kreves slik erstatning, og dommen avklarte dermed den noe uklare rettstilstanden.

Når det gjaldt ansvarsgrunnlaget i saken nøyde imidlertid ikke Høyesterett seg med det ovennevnte «*culpa in contrahendo*». Tvert imot ble det lagt til grunn at «*[d] må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteresse*». Dette viser dermed at et hvilket som helst brudd på regelverket ikke gir grunnlag for ansvar for leverandørens fortjenestetap. Høyesterett ga derfor fylkeskommunen et visst medhold i at en byggherre står ovenfor vanskelige valg og går en stor risiko for søksmål i møte når slike valg skal tas.

3.4.1.1 Kravet om «vesentlige feil»

Basert på disse «*nærare vilkår*» for erstatning uttalte førstvoterende videre at «*utgangspunktet [bør] vere at det må vere vesentlege feil*» og at «*[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*».

Høyesterett viste med dette at feilene må være av en viss kvalitetsmessig styrke før slik erstatning kan tilkjennes. Ved spørsmålet om kravet er oppfylt tas det sikte på en konkret vurdering hvor de ovennevnte momenter gis betydning. Dette blir da stående i motsetning til erstatning for den negative kontraktsinteresse, hvor det etter rettspraksis ikke er oppstilt et krav om vesentlige feil.

Det ytterligere kravet til ansvarsgrunnlag ved erstatning for den positive kontraktsinteresse er også fulgt opp i senere rettspraksis, eksempelvis Rt. 2007 s. 983.

Her ble det uttalt at «*det [må] først tas stilling til om det i vår sak er begått feil, og eventuelt om feilene er vesentlige, det vil si om det foreligger ansvarsgrunnlag*».⁴⁵

3.4.1.2 Nærmere om de enkelte vurderingsmomentene

«*Storleiken på feilen*» og «*typen feil*» viser først og fremst at alvorligheten av oppdragsgivers brudd må tas i betraktning. Ved vurderingen i Nucleusdommen fremhevet Høyesterett at det er tale om brudd på «*sentrale og grunnleggjande prinsipp og føresegner i anbodsretten*». Dette tilsier at små formelle feil som ikke nødvendigvis forrykker konkurransen mellom leverandørene må gis mindre vekt, enn brudd som i stor grad går imot med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Som rettspraksis viser vil derfor en typisk målestokk være å vurdere bruddene i lys av denne bestemmelsen.

Det ble også lagt vekt på at fylkeskommunen hadde begått «*ikkje berre ein feil, men fleire feil*». Antall feil vil derfor ha betydning, eksempelvis ved at mindre alvorlige brudd kan tale for at vesentlighetskravet er oppfylt dersom det er mange av dem. Anbudskonkurransen kan slik sett få karakter av å være så mangelfull at tilliten til leverandørene svekkes, og at et viktig hensyn bak kravet om forutberegnlighet dermed tilsidesettes.

Et annet sentralt moment er hvor mye «*oppdragsgivaren er å leggje til last*». Dette viser dermed at oppdragsgivers skyld, eller klanderverdighet, også får betydning ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget. I saken påpekte Høyesterett blant annet at de grunnleggende prinsippene og forskriftene var noe «*fylkeskommunen som stor og profesjonell byggherre burde vere godt kjend med*». Dette viser i tillegg at det kan oppstilles særlige forventningskrav til oppdragsgivere av en viss størrelse eller profesjonalitet. Slik sett taler dette for at skyldmomentet kan variere etter hvem en har med å gjøre, og hvilke anbudsregler denne oppdragsgiveren stilles overfor. En liten kommune med begrenset anbudsrettslig kompetanse kan det eksempelvis forventes

⁴⁵Premiss 69.

mindre av enn et departement, særlig når det gjelder tolking av «*innfløkte reglar eller vurdering av vanskelege faktiske tilhøve*».

3.4.1.3 Kan uklare tildelingskriterier utgjøre «vesentlige feil»?

Hvordan bedømmes så et brudd på reglene om utvelgelse, når oppdragsgiver anvender så uklare tildelingskriterier at utvelgelsen blir vilkårlig? En målestokk for å vurdere om feilen er vesentlig er som nevnt anskaffelsesloven § 5. Til mer de grunnleggende kravene i bestemmelsen svekkes, til mer taler det for at vesentlighetskravet er oppfylt.

Et utgangspunkt blir derfor å vurdere *hvor* uklart tildelingskriteriene er utformet. Som nevnt kan denne uklarheten bøtes på med å gi leverandørene tilstrekkelig informasjon, jf. blant annet KOFA-2008/98. Er uklarheten tilstrekkelig avklart underveis kan det vanskelig tenkes at en står ovenfor et brudd, og i alle fall ikke et brudd som oppfyller vilkåret til vesentlighet. Problemet oppstår heller når oppdragsgiver ikke har overholdt opplysningsplikten, slik at utvelgelsen fremstår som vilkårlig basert på de uklare tildelingskriteriene. Da står vi som nevnt ovenfor et brudd som særlig gjør utvelgelsen uforutsigbar for tilbyderne, og som derfor raskt kommer i strid med kravet til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet, jf. anskaffelsesloven § 5. Slik sett taler dette for å betrakte uklarheten som en stor og alvorlig feil, ettersom det da blir snakk om brudd på «*sentrale og grunnleggjande prinsipp*» som forrykker forutsetningene for konkurransen, jf. Nucleusdommen.

Hvilken betydning oppdragsgivers skyld har må bero på forhold ved oppdragsgiver i den konkrete saken. I Rt. 2007 s. 983 ble det igjen vurdert om saksøker hadde krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse. Ved vurderingen om det var begått vesentlige feil ble det påpekt at oppdragsgiver, Reno-Vest, var en profesjonell bedrift. I tillegg uttalte førstvoterende at «*[d]et at det dreier seg om en mindre bedrift, kan ikke frita den fra å oppfylle de grunnleggende krav til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen*».⁴⁶ Ettersom størrelse og profesjonalitet i mange tilfeller er

⁴⁶Premiss 88. Det kan bemerkes at selv om førstvoterende var i mindretall var dissensen knyttet til om kravet til årsakssammenheng var oppfylt. Flertallet var også enig i at vesentlighetskravet var oppfylt.

proporsjonal, kan uttalelsen til en viss grad tas til inntekt for at subjektive momenter ikke er særlig unnskyldende når oppdragsgiver har begått grove overtramp.

I hvilken grad oppdragsgiver kan klandres er først og fremst av interesse når denne står overfor «*innfløyte reglar eller vurdering av vanskelege faktiske tilhøve*», jf. uttalelsen i Nucleusdommen. Det ble antydnet at slike forhold stod i en viss motsetning til «*brot på sentrale og grunnleggjande prinsipp*». Som nevnt må en overtredelse av klarhetskravet som gjør utvelgelsen vilkårlig betraktes som et slikt type brudd. Dette taler for å la alvorligheten av feilen telle mest, i den forstand at manglende profesjonalitet og regelverksforståelse ikke kommer oppdragsgiver i stor grad til gode. I lys av rettspraksis er det derfor min mening at små og uprofesjonelle oppdragsgivere ikke nødvendigvis har et større ansvarsvern mot erstatning for den positive kontraktsinteresse ved denne type brudd på opplysningsplikten. I slike saker vil nok isteden «*[s]torleiken på feilen..[og]..typen feil*» i seg selv bli et argument for å si at oppdragsgiveren har opptrådt klanderverdig.

Selv om oppdragsgiver ikke har overholdt opplysningsplikten, kan mye tale for at bruddet alene ikke er nok til å si at terskelen er oversteget, jf. det som er nevnt om «*antall feil*». I Rt. 2008 s. 1705 hadde Vegvesenet utlyst to anbudskontrakter på samme tid. En av leverandørene, NCC, innga tilbud på begge kontraktene, med en rabatt på 5 % dersom de ble tildelt begge. Ved vurderingen av hvem som hadde det laveste pristilbudet ble denne rabatten lagt til grunn. Tilbudet fra NCC ble dermed prismessing lavest og de vant konkurransen. Spørsmålet var om vektleggingen av rabatten var en feil som ga grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Høyesterett vurderte dette som et brudd på opplysningsplikten, ettersom muligheten for denne vektleggingen ikke kom klart frem i konkurransegrunnlaget. Ved tvil kom førstvoterende til at «*de strenge krav til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at det ikke kan være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbudet i en situasjon som i denne saken*». Dette viser igjen at oppdragsgivers ansvar for å gi tilstrekkelig informasjon til leverandørene skal bedømmes strengt. Ved vurderingen om vesentlighetskravet var oppfylt la imidlertid førstvoterende til grunn at selv om feilen «*innebar brudd på et*

grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke [dette] alene føre til et slikt ansvar».

Uttalelsen kan tas til inntekt for at ett enkelt og alvorlig brudd på opplysningsplikten ikke er nok til å si at vesentlighetskravet er oppfylt. Dette er imidlertid ikke opplagt, ettersom denne dommen omhandlet et noe sært tvilstilfelle. Hovedbegrunnelsent til frifinnelse ble nettopp begrunnet i at spørsmålet «*om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt - løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet*». På denne bakgrunnen fant en bruddet unnskyldelig, og Vegvesenet ble derfor frifunnet for erstatning.

Uttalelsen tilsier at brudd på et grunnleggende krav også kan være unnskyldende, såfremt det er snakk om vanskelige anbudsrettslige spørsmål som ikke befinner seg i kjerneområdet til det aktuelle kravet. Også en stor og profesjonell oppdragsgiver som Vegvesenet vil i slike tilfeller ha et vern. På den annen side er det som nevnt særlig viktig å se på graden av bruddet på opplysningsplikten, og om dette faller i kjernen av de grunnleggende krav konkurransen skal baseres på. Dersom oppdragsgiver benytter så uklare tildelingskriterier at utvelgelsen blir vilkårlig og dermed uforutsigbar, taler mye for at vi nettopp befinner oss i dette kjerneområdet. Her vil det nok igjen være selve graden av feilen som må gis mest vekt, og ikke nødvendigvis om det er snakk om én eller flere feil. I slike tilfeller er det derfor lite som tyder på at uttalelsen i dommen står i veien for at en slik enkelt feil kan oppfylle vilkåret til vesentlighet.

3.5 Årsakssammenheng

3.5.1 Det rettslige utgangspunkt

Etter anskaffelsesloven § 10 skal en leverandør tilkjennes erstatning for det tap han har lidt «som følge av» bruddet. Ordlyden uttrykker at det må foreligge årsakssammenheng mellom tapet og den feilen oppdragsgiver har begått, men stiller ikke noe krav utover dette. Bestemmelsen sier videre ingenting om hvordan en skal gå frem for å påvise denne årsakssammenhengen.

Forarbeidene utdyper dette til en viss grad. Det nevnes her at «[e]n mulighet er å stille krav om årsakssammenheng mellom feilen og deltakelsen i konkurransen. Spørsmålet blir da om anbyderen ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst om den fremtidige saksbehandlingsfeilen». En annen mulig innfallsvinkel som nevnes er hvor det «[a]vgjørende blir om feilen har virket inn på valg av anbud». Det gjøres derimot ikke klart i forarbeidene hvilken vurdering en skal legge til grunn, bare at mulighetene kan «[a]ntagelig..benyttes kumulativt».⁴⁷

Svaret på disse spørsmålene er langt på vei avklart av rettspraksis. Høyesterett stiller ulike krav til vurderingen og bevisskravet av om det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng, når det gjelder erstatning for den negative kontraktsinteressen og erstatning for den positive kontraktsinteressen. Ulikheten kan blant annet begrunnes med at spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng må oppstilles forskjellig for de to tapspostene. Hvordan dette skal vurderes finner vi særlig svar på i to høyesterettsdommer som jeg skal ta for meg nedenfor.

3.5.2 Årsakskravet ved erstatning for den negative kontraktsinteresse

I «Firesafedommen», inntatt i Rt. 1997 s. 574, ble årsakssammenhengen for den negative kontraktsinteressen vurdert. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om brannteknisk opprustning av to grupper eiendommer, hvor Bergen kommune stilte krav om at leverandørene måtte ha en lærlingordning. Kontrakten ble likevel tildelt bedriften Firesafe AS som ikke hadde en slik ordning, men som hadde lavest tilbud i begge gruppene. Kommunen hadde erkjent at Firesafe AS sitt tilbud skulle vært avvist, og hadde utbetalt erstatning for lidte omkostninger til de to leverandørene som hadde det laveste bud nest etter Firesafe i hver gruppe. Dette var altså de «nest beste» tilbudene i hver gruppe.

Spørsmålet som stod for Høyesterett var om også de resterende (deltakende) leverandørene, som uansett ville blitt utkonkurrert av de to øvrige, hadde krav på erstatning for sine omkostninger.

⁴⁷NOU 1997:21 s. 87.

Innledningsvis ble det bemerket av førstvoterende at «[p]reventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevistema i slike forhold reiser, tilsier etter min mening at det ikke bør stilles strenge krav til årsakssammenheng for å utløse erstatningsplikt ved klare feil». Det ble videre pekt på at erstatningsansvaret måtte vurderes ut fra alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, «men slik at disse tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten».

Til tross for dette tilsynelatende «milde» kravet til årsakssammenheng var det ikke gitt at ethvert brudd ville medføre erstatning. Det ble isteden uttalt at det «[i] en del tilfelle..ikke [vil] være særlig tvilsomt at samtlige anbydere vil kunne kreve erstattet den negative kontraktsinteresse». Dette kan tale for at det ble foretatt en viss avgrensning i årsakssammenheng, noe som forøvrig bruken av ordet «klare feil» også viser. Bernt/Krüger hevder at dommen ikke avklarer om anbudsfeil automatisk leder til erstatning for den negative kontraktsinteresse, «men at uttalelsen «nokså sterkt peker i retning av at denne praksis ikke vil bli opprettholdt».⁴⁸

3.5.2.1 Det hypotetiske spørsmålet

Når det gjaldt erstatningsspørsmålet for de resterende leverandørene uttalte Høyesterett at «[f]orutsetningen for at de kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, vil..i tilfelle måtte være at de overhodet ikke ville ha inngitt anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe». Det ble videre uttalt at «[g]ode grunner kan tale for at det ikke bør stilles strenge beviskrav for at anbyderne ikke ville ha deltatt».

Kravet til årsakssammenheng vil dermed være oppfylt hvis leverandøren hypotetisk sett hadde avstått fra deltakelse i konkurransen, dersom han hadde vært klar over feilen(e) oppdragsgiver ville begå. Som en ser kommer beviskravet saksøker til gode. Det skal lite til for å konkludere med at en leverandør ikke ville deltatt med denne kunnskapen. Dette er tilsynelatende begrunnet i de preventive hensyn Høyesterett nevnte innledningsvis.

⁴⁸Bernt, Jan Fridthjof & Krüger, Kai, *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*, s. 15.

Til tross for disse uttalelsene kom Høyesterett til at vilkåret om årsakssammenheng ikke var oppfylt i Firesafedommen. Med henvisningen til bevisførselen i lagmannsretten fant Høyesterett det «*lite tvilsomt*» at alle de innbudte ville ha deltatt også med Firesafe som konkurrent. De ble derfor ikke tilkjent erstatning for sine omkostninger.

I saksøkers anførsel er det en annen interessant subsidiær anførsel. Det ble påberopt at selv om leverandørene ville ha deltatt med Firesafe som konkurrent ville de likevel tilpasset sine tilbud til den nye konkurransesituasjonen som da ville ha oppstått. Slik sett ville dette gitt dem en sjanse på kontrakt, noe som ga grunnlag for erstatning. Høyesterett prøvde ikke denne anførsel på bakgrunn av «*utilstrekkelig faktisk grunnlag*». Det er likevel naturlig å tro at disse *ville* ha tilpasset sine tilbud i møte med den økende konkurransen fra Firesafe, for å delta på mest mulig like konkurransebetingede vilkår. Slik sett må det anses som en troverdig påstand som nok kunne blitt lagt til grunn i lys av det lave beviskravet. Det forhold at feilen også var «*klar*» trekker i retning av at preventive hensyn begrunner et videre erstatningsansvar. På den annen side kan hypotetiske betraktninger om hvordan leverandørene ville ha tilpasset sine tilbud, og hvordan anbudskonkurransen da ville utspilt seg, gjøre dette meget vanskelig å bedømme. Dette taler derfor mot å åpne for en slik vurdering. Hensynet til proporsjonalitet, som blant annet påpekes i fortalens 2. betraktning i direktiv 2004/18/EF, tilsier også at det samlede erstatningskravet må stå i et rimelig forhold til den feilen kommunen har gjort. Det samme synspunkt virker det som Høyesterett er inne på i Catch-saken, hvor det ble uttalt at bare de «*nødvendige og rimelige*» utgiftene kunne kreves erstattet (se punkt 3.2.1 ovenfor). Mye trekker derfor i retning av at grensen må gå ved det hypotetiske spørsmålet om deltakelse, og ikke omfatte eventuelle endringer av tilbud.

3.5.2.2 Nærmere om vurderingen av det hypotetiske spørsmålet

Som en ser av uttalelsen ovenfor legger Høyesterett til rette for en forholdsvis liten avgrensning av erstatningssøksmål, jf. det lave beviskravet. Dette kan derfor også gi utslag i de søksmål hvor oppdragsgiver har anvendt *så* uklare tildelingskriterier at utvelgelsen av tilbud blir vilkårlig. Det typiske klagepunktet i slike saker vil som nevnt være at oppdragsgiver skulle ha gitt mer informasjon om tildelingskriteriene på forhånd, og slik sett gjøre utvelgelsen forutberegnelig for leverandørene.

Her kan vi igjen benytte eksempelet ovenfor i punkt 3.3.3, hvor tildelingskriteriet «*driftsomkostninger*» ble benyttet ved innkjøp av lastebiler. Dersom oppdragsgiveren for eksempel baserer sitt valg på de laveste reparasjonskostnader per 100 000 km, uten

at et slikt kriterium var presisert på forhånd, kan dette gjøre utvelgelsen vilkårlig for leverandøren. Basert på Firesafedommen må det da stilles et hypotetisk spørsmål om leverandøren likevel ville ha inngitt tilbudet dersom han hadde visst at reparasjonskostnader ville bli vektlagt ved utvelgelsen. Problemstillingen blir så hvordan en skal gå frem for å finne ut om tilbudet ville blitt inngitt eller ikke.

Veiledning for denne vurderingen finner vi i KOFA-2003/86. Her hadde oppdragsgiver invitert noen bedrifter til å innlevere tilbud som omhandlet skjermbaserte aktiviteter. Ved gjennomføringen av konkurransen hadde oppdragsgiver benyttet seg av en teknisk konsulent som var ansatt i den bedriften som vant konkurransen. Den tapende leverandør krevde så erstatning for sine omkostninger. Ved vurderingen av det hypotetiske spørsmålet ble det fremholdt at det heftet *«alvorlig tvil ved om klager hadde reell mulighet til å bli tildelt kontrakten»*. Et moment vil derfor være å vurdere hvor store reelle muligheter leverandøren hadde for å vinne konkurransen. Dersom disse var små kan det nok enklere legges til grunn at leverandøren, med kunnskap om feilene, ikke ville ha deltatt.

Mot dette ble det uttalt at det *«ikke var nødvendig å foreta store endringer i tilbudet for å tilpasse det konkurransen»*. Hvor stort arbeid som må nedlegges for å delta i konkurransen blir derfor ytterligere et moment. Dette står i en naturlig sammenheng med leverandørens kostnadsnivå, og som nemnda fremholder mot erstatning hadde klageren *«lite å tape på å utarbeide og levere inn tilbud»*. Slik sett vil derfor mengden av arbeid og kostnader ved utarbeidelse og fremleggelse av et tilbud være viktige momenter i bedømmelsen av om leverandøren ville ha avstått fra å delta, dersom han hadde vært klar over feilen.

Det ble likevel konkludert med at de regelbrudd oppdragsgiveren hadde begått var av *«en slik art»* at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse var oppfylt. Dette trekker i retning av at feilens grovhet, altså ansvarsgrunnlaget, kan ha betydning for bedømmelsen av årsakskravet. En viss støtte for dette finner vi også hos Bernt/Krüger som nevner, under henvisning til Firesafedommen, at det *«synes som om*

*Høyesterett vil legge inn en skyldvurdering ved avgjørelsen av hvor vid kretsen av erstatningsberettigede skal være».*⁴⁹

Tenker vi tilbake på eksemplet vårt, må utvelgelsen som nevnt anses som et brudd på de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5, jf punkt 2.3.2. KOFA's uttalelse og konklusjon trekker derfor i retning av at brudd på klarhetskravet i seg selv er et viktig moment i vurderingen av om årsakskravet er oppfylt. Bruk av uklare tildelingskriterier, som medfører at utvelgelsen blir vilkårlig, svekker som nevnt kravet til forutberegnelighet. Dette kan også lett føre til at kravet til likebehandling blir brutt, noe som igjen vil svekke de enkelte leverandørenes tillit til oppdragsgivers håndtering av regelverket. Robert Myhre hevder i denne sammenheng at *«brudd på regler som skal gjøre det mulig for leverandørene å forsikre seg om at leverandørene faktisk ble likebehandlet, må etter min mening kunne oppfylle kravet til årsakssammenheng»*.⁵⁰

Mye taler derfor for at leverandøren med kunnskap om oppdragsgivers (lite tillitsvekkende) fremgangsmåte i vårt eksempel ville ha avstått fra deltakelse. I lys av det lave beviskravet skal det ikke mye til før en kan legge denne løsningen til grunn. Det må likevel bemerkes at spørsmålet om årsakssammenheng er underlagt en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle som det kan være vanskelig å gi et generelt svar på her.

3.5.3 Årsakskravet ved erstatning for den positive kontraktsinteresse

Når det gjelder vilkåret om årsakssammenheng er det særlig viktig å være oppmerksom på forskjellen mellom erstatning for den negative kontraktsinteresse og erstatning for den positive kontraktsinteresse. Vurderingen for førstnevnte erstatningspost stiller som vist krav om årsakssammenheng mellom feilen og leverandørens deltakelse. Årsakskravet for det sistnevnte stiller derimot, og som jeg i det følgende skal komme inn på, et krav mellom oppdragsgivers feil og resultatet av konkurransen. Spørsmålet her blir da *om den forbigåtte leverandør ville ha vunnet konkurransen, dersom feilen*

⁴⁹Bernt, Jan Fridthjof & Krüger, Kai, *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*, s. 15.

⁵⁰Myhre, Robert, *Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteressen*.

tenkes borte. Som en ser vil denne type erstatning få et helt annet vurderingstema, hvor det ovennevnte hypotetiske spørsmålet ikke har noen betydning.

I lys av dette ble det uttalt i Firesafedommen at *«de anbydere som skulle ha fått entreprisen om ikke feilen var skjedd, har krav på erstatning, antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse».*

Høyesterett sikter her til de to «nest beste» leverandørene i hver gruppe. Det antydes at disse hadde blitt påført et fortjenestetap som følge av at Firesafe AS ikke ble avvist, altså en årsakssammenheng. Det ble ikke sagt noe om beviskrav, og uttalelsen kan derfor tyde på at kravet til årsakssammenheng for denne type erstatning var det samme som erstatning for den negative kontraktsinteresse. Et visst forbehold lå det likevel i ordruken «antagelig». En nærmere avklaring fikk vi imidlertid ikke, ettersom leverandørene hadde akseptert dommen fra Bergen byrett, hvor de ikke fikk medhold i sitt krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse.

3.5.3.1 «Klar sannsynlighetsovervekt»

Nucleusdommen fra 2001 tok imidlertid stilling til dette. Innledningsvis uttalte Høyesterett at: *«[g]enerelt kan det nok seiast at eit slikt krav - som har utgangspunkt i forventning om eit oppdrag - naturleg kan ha eit meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter».* Altså vil leverandørens forventninger om å få kontrakten ha betydning for rekkevidden av erstatningen. Det ble særlig pekt på den risiko som forelå i en utbyggingssammenheng, og at dette taler mot at leverandøren kan ha høye forventninger til å få kontrakten.

Dette «svakere vernet» kom slik sett til uttrykk gjennom en oppjustering av kravet for ansvarsgrunnlag, hvor det som nevnt ble stilt krav om vesentlige feil. I denne sammenhengen uttalte også Høyesterett at *«[e]tter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssamanheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar».*

Med dette la Høyesterett til grunn en mye strengere vurdering av om årsakskravet for den positive kontraktsinteresse var oppfylt enn hva som før var antydnet. Dette skjedde gjennom en «tilstramming» fra det lave beviskravet i Firesafedommen til «klar sannsynlegovervekt», noe som tilsier at det må foreligge godt over 50 % sannsynlighet for at den forbigåtte leverandøren skulle fått kontrakten. Et slikt prosenttall kan likevel synes noe anstrengt å ta i bruk. Høyesterett har presisert at det ikke kreves tilnærmet visshet, men at den forbigåtte leverandøren påviser «klare holdepunkter» for at han ville fått kontrakten.⁵¹ Beviskravet for fortjenestetap er slik sett snudd på hodet, noe som gjør det opplagt vanskeligere å vinne frem med erstatning for den positive kontraktsinteresse, enn for den negative kontraktsinteresse.

Spørsmål blir da hvordan dette skal vurderes. Hvordan kommer en frem til klar sannsynlighetsovervekt for at den forbigåtte leverandøren skulle vært tildelt kontrakten?

3.5.3.2 Nærmere om bevisvurderingen

Det strenge kravet til bevis voldte ikke vanskeligheter i Nucleusdommen, hvor spørsmålet til årsakssammenheng ikke ble ansett tvilsomt. Fylkeskommunen hadde her benyttet vilkåret «økonomisk mest fordelaktig» i konkurransegrunnlaget. Problemet var at fylkeskommunen ved utvelgelsen hadde lagt vekt på at Tom Ottar arkitektkontor AS kunne bygge på erfaringen fra den forutgående talentkonkurransen, samt at denne bedriften var geografisk nærmere tilknyttet anleggsstedet. Dette var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget, og fylkeskommunen bygget derfor på to ulovlige hensyn ved utvelgelsen av tilbud.

Når en så tenkte seg disse to hensynene eller kriteriene borte, ble prisen for oppdraget det mest sentrale ved spørsmålet om hva som var «økonomisk mest fordelaktig» for fylkeskommunen. På denne bakgrunn ble det uttalt at Nucleus «hadde eit vesentleg lågare anbod enn Tom Ottar, og det var lagt til grunn av bygge- og vedlikehaldsavdelinga at dei to stod likt på andre punkt enn sjølve anbodssummen».

⁵¹Rt.2007 s. 983, premiss 89.

Høyesterett kom slik sett til at Nucleus «klart» hadde vunnet dersom en så bort fra de ovennevnte ulovlige hensynene.

Dette viser at en må vurdere hva som egentlig skulle ha blitt vektlagt, sett bort fra eventuelle ulovlige hensyn/tildelingskriterier. Det naturlige utgangspunkt i slike saker vil derfor være det aktuelle konkurransegrunnlaget, hvor det nærmere fremgår hva slags tildelingskriterier oppdragsgiver skal begrunne sitt valg ut fra. Er det angitt at «lavest pris» er det eneste eller det mest sentrale tildelingskriteriet, må det foretas en sammenligning av pris mellom den forbigåtte leverandøren og den som ble tildelt kontrakten. Hadde den forbigåtte leverandøren den laveste tilbudte prisen, vil det lett konkluderes med at årsakskravet er oppfylt.

3.5.3.3 Bevisvurderingen ved bruk av uklare tildelingskriterier

Det oppstår imidlertid et problem i de tilfeller kriteriene i seg selv er så uklart formulert at oppdragsgivers skjønn ved tildelingen fremstår som mer eller mindre ubegrenset. Det ovennevnte klarhetskravet vil i slike tilfeller være brutt. Spørsmålet blir da om en, på lik linje med et ulovlig kriterium, skal tenke seg dette borte.

Det er en viss forskjell på de tilfeller hvor et kriterium ikke er blitt opplyst på forhånd, som i Nucleusdommen, og de tilfeller hvor det er uklart formulert. I lys av rettspraksis skal det i sistnevnte tilfelle som nevnt foretas en tolking av kriteriet, sammenholdt med gitte opplysninger, for å vurdere hvordan en leverandør naturlig vil forstå dette.

Resultatet av denne tolkingen blir dermed styrende for hva oppdragsgiver hadde rett til å legge vekt på ved utvelgelsen av tilbud.

I KOFA-2003/74 kom nemnda som nevnt til at tildelingskriteriene «*kompetanse og pris*» var for upresise, og at klarhetskravet dermed var brutt. Til tross for dette var ikke beviskravet til årsakssammenheng oppfylt, blant annet fordi «*valg av tilbud ikke bare skulle baseres på pris, men også på kriteriene kompetanse og erfaring*».

I lys av fremgangsmåten i Nucleusdommen kan uttalelsene sies å være noe selvmotsigende. Kjennelsen tyder likevel på at selv om kriteriene er for uklart formulert,

kan en ikke tenke seg disse helt borte når en skal vurdere om den forbigåtte leverandøren skulle blitt tildelt kontrakten. Resultatet i kjennelsen kan forstås som at det var oppdragsgivers spesielle forståelse av som ikke kunne vektlegges, ikke nødvendigvis kriteriene i seg selv. Med en slik betraktning faller vi igjen tilbake på en naturlig fortolkning av disse, som avgjør hva oppdragsgiver kan legge vekt på og hans grad av skjønn ved utvelgelsen. Selv om klarhetskravet som sagt innsnevrer dette, vil det alltid være rom for et visst skjønn ved valg av tilnærmet likeverdige tilbud, når en bygger kriteriene på hva som er ”økonomisk mest fordelaktig”. Til større denne skjønnsmarginen er, til vanskeligere blir det å vurdere om den forbigåtte leverandøren skulle fått kontrakten.

Jeg kan ikke se at det i norsk rett har blitt tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse kun med grunnlag i oppdragsgivers brudd på klarhetskravet. Mye tyder på at det i slike tilfeller vil være vanskelig å komme til at beviskravet er oppfylt, særlig hvor det er benyttet andre kriterier enn lavest pris. I slike saker vil nok det høye beviskravet derfor fremstå som den største hindringen for leverandørens krav på erstatning.

4 Avslutning

Oppgaven har redegjort for det erstatningsansvar som oppstår for en oppdragsgiver når han benytter seg av så uklare tildelingskriterier at utvelgelsen av tilbud blir vilkårlig for leverandørene. Som vi har sett kan en leverandør kreve både erstattet sine utgifter i forbindelse med tilbudet, den negativ kontraktsinteresse, og sitt fortjenestetap, den positiv kontraktsinteresse. Erstatningsvilkårene for disse tapspostene bedømmes likevel ganske forskjellig, og Nucleusdommen viser at det er vanskeligere å vinne frem med et krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Det er uansett viktig å merke seg at oppdragsgiver reelt sett er pålagt en streng opplysningsplikt etter de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Når det gjelder utformingen av tildelingskriteriene har EF-domstolen lagt til grunn at det gjelder et *klarhetskrav* for disse. Dette tilsier at oppdragsgiveren i utgangspunktet skal benytte seg

av så klare tildelingskriterier som mulig. Uklarhet vil imidlertid ikke ubetinget medføre et brudd på regelverket. Dersom oppdragsgiver har skriftlig informert leverandørene hvordan disse kriteriene skal forstås kan dette tilsi at de grunnleggende kravene i § 5 er overholdt.

Har ikke oppdragsgiver overholdt sin opplysningsplikt vil utvelgelsen lett bli vilkårlig for leverandørene. Slik sett står vi da ovenfor et alvorlig brudd på kravene i § 5, spesielt kravene til å gjennomføre en forutberegnelig og gjennomsiktig anbudskonkurranse. Dette kan i seg selv være nok til å si at ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteresse, og vilkåret om «vesentlige feil», er oppfylt. Imidlertid kan det i slike tilfeller være vanskelig å fastslå at det foreligger årsakssammenheng, fordi Høyesterett har stilt høye beviskrav til om den forbigåtte leverandør ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke var begått. Dette vil særlig gjelde hvor andre og mer skjønnsmessige kriterier enn pris har betydning for utvelgelsen mellom tilnærmet likeverdige tilbud.

5 Kilderegister og litteraturoversikt

Lover

Lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser

Lov av 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Forskrifter

Forskrift av 7. mars 2006 om offentlige anskaffelser

Forskrift av 1.mars 2003 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Forarbeider

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) Lov om offentlige anskaffelser

Ot.prp.nr.97 (1991-1992) Lov om offentlige anskaffelser - opphevet

Dommer avsagt av Høyesterett

Rt.1997 s. 574 - «Firesafedommen»

Rt. 2001 s. 1062 - «Nucleusdommen»

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2008 s. 1705

Rt. 2008 s. 982 - «Catch-saken»

Rådgivende uttalelser av Klagenemnda for offentlige anskaffelser

2003/74

2003/86

2008/98

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 Overvåkingsorgan og en Domstol, vedlegg til EØS-loven av 27. november 1992

EU-direktiver (norsk oversettelse)

Direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter

Direktiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige innkjøps- og bygge- og anleggskontrakter

Dommer avsagt av EF-domstolen

Sak C-16/98, avsagt 22. januar 1998, *Commission of the European Communities v French Republic*

Sak C-513/99, avsagt 17.september 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*

Sak C-19/00, avsagt 18. oktober 2001, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*

Juridisk litteratur

Fredrik Sejersted; Finn Arnesen; Ole-Andreas Rognstad, Stein Foyn og Helge Stemshaug, *EØS-rett 2.utgave*, Universitetsforlaget
1995 ISBN 82-15-00127-0

Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser Kommentartutgave Bind 1*, Universitetsforlaget
2005 ISBN 82-15-00577-2

Bernt, Jan Fridthjof & Krüger, Kai, *Hvor mye EØS-rett tåler norske kommuner? Om erstatningsansvar ved anbudsfeil i kommunal sektor*, i: Bull, Hagstrøm & Tjomstad (red.), *Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002 s. 121-156

Myhre, Robert, *Offentlige anskaffelser og erstatning for den negative kontraktsinteressen*. I: Lov og rett 2005 nr. 09

Veiledere

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, Fornyings- og administrasjonsdepartementet, 2006