



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Erstatningsvilkårene for brudd på reglene om offentlige anskaffelser –
en komparativ analyse av norsk og dansk rett**

Kristian A. Kleve

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902 mai 2023

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensinger	3
1.3	Rettskildebilde	4
1.4	Juridisk metode.....	4
1.5	Den videre fremstilling.....	5
1.6	Terminologi	6
2	Kort om erstatning.....	6
2.1	Hensynene som gjør seg gjeldene	8
2.2	Bakenforliggende prinsipper	9
3	Medlemstatenes forpliktelser etter EU/EØS-retten.....	11
3.1	EU/EØS rettslige krav til ansvarsgrunnlaget for erstatning innenfor anskaffelsesretten	13
3.2	EU/EØS-rettslige krav til årsakssammenheng	15
3.3	Kort oppsummert.....	16
4	Den norske tilnærmingen	17
4.1	Rettskildebildet.....	19
4.2	Ansvarsgrunnlaget	21
4.2.1	Fosen Linjen	22
4.2.2	Særlig om betydningen av feilens art.....	26
4.3	Årsakssammenheng ved den positiv kontraktsinteresse.....	28
4.4	Årsakssammenheng ved negativ kontraktsinteresse.....	29
4.5	Kort oppsummert.....	31
5	Den danske tilnærmingen.....	31
5.1	Rettskildebilde	33
5.2	Rettslig grunnlag.....	33

5.3	Ansvarsgrunnlag	34
5.4	Årsakssammenheng	35
5.4.1	Årsakssammenheng ved den positive kontraktsinteresse.....	36
5.4.2	Årsakssammenheng ved den negative kontraktsinteressen.....	39
6	Komparativ analyse.....	41
6.1	Ansvarsgrunnlag.....	42
6.2	Årsakssammenheng	44
6.2.1	Positiv kontraktsinteresse	44
6.2.2	Negativ kontraktsinteresse	45
7	Er terskelen for høy for å søke erstatning i Norge?.....	45
	Referanseliste	50

1 Innledning

1.1 Tema

Hvert år kjøper offentlig sektor inn varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeid for rundt 600 milliarder kroner. Norge har en lang tradisjon for å regulere offentlig innkjøp, den første forskriften kom allerede i 1899. Hensikten var opprinnelig et ønske om å sikre konkurranse, men var da utformet for også å føre en proteksjonistisk linje ovenfor utenlandske aktører. I ettertid har målsetningen skiftet til primært å sikre at offentlige penger utnyttes mest mulig effektivt, og at innkjøpene bidrar til et konkurransedyktig næringsliv.¹ Tanken er at ved å regulere offentlige innkjøp effektiv og helhetlig, kan man bekjempe svinn og korrupsjon.²

På sin side fokuserte den Europeiske Unionen (heretter EU) tidlig på å regulere offentlige anskaffelser blant medlemstatene, som et virkemiddel for å utvikle et felles marked med reell og effektiv grenseoverskridende samhandel. Det var nødvendig å utvikle detaljerte regler og krav på tvers av grensene for å legge til rette for et reelt samarbeid på tvers av medlemstatene.

Den 16. oktober 1992 ga Stortinget med flertall etter Grunnloven § 93 samtykke til å ratifisere EØS-avtalen. Dette medførte at Norge ble medlem et fullverdig medlem av det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområdet (heretter EØS) 1. januar 1994. Da EØS avtalen ble utformet på 1990-tallet, forelå det et omfattende og detaljert EU-regelverk om offentlige anskaffelser. Disse ble i sin helhet tatt inn i EØS avtalen, og Norge ble dermed forpliktet til å innføre og gjennomføre anskaffelsesdirektivene som fulgte med. Etter EØS avtalen er Norge bundet til å følge EU og EFTA domstolens uttalelser og rettspraksis.³

Danmark ble på sin side et fullverdig medlem av EU i 1973. Denne tidlige tilknytningen og dansk retts særlige posisjon i forhold til norsk rett, medfører at dansk rettspraksis er av særlig interesse for forståelsen av EUs regler, også i norsk kontekst.⁴

Det følger av anskaffelsesloven § 10 at tilbyder i et offentlig anbud gis rett til erstatning. Men paragrafen sier ingenting om hva som skal erstattes og hvilke vilkår som må være oppfylt for

¹ *Offentlige anskaffelser*, fra regjeringens nettsider.

² Goller (2020) s. 15.

³ Haukeland Fredriksen (2018) s. 32,

⁴ Skoghøy (2018), s. 130, 131 og 228.

at erstatningsplikten skal inntre. Det beror derfor i utgangspunktet på de alminnelige vilkårene om erstatning: ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet. Hvordan disse vilkårene skal tilpasses de særlige spørsmålene innen anskaffelsesretten, har lovgiver overlatt til rettspraksis.

Det er kun tilbyder som har adgang til å kreve erstatning dersom det foreligger brudd på regelverket. Dette er da en form for *privat håndhevelse*, som gir private en mulighet til å beskytte sine interesser og sørge for at Norge opprettholder sine internasjonale forpliktelser overfor EU/EØS. Den preventive effekten av erstatning er derfor en sentral del av anskaffelsesretten. Det må da være åpent for, og praktisk mulig for tilbyder å bli tilkjent erstatning dersom deres rettigheter er brutt. Rettspraksisen på området er derfor særlig viktig.⁵

Det er to hovedformer for erstatning innenfor anskaffelsesretten som denne avhandlingen skal behandle, den positive og den negative kontraktsinteressen. Forskjellene mellom erstatningsformene er derfor viktige og vil bli behandlet i denne avhandlingen.

Vilkårene for erstatning er etter norsk og dansk rett det samme som ved alminnelig erstatningsrett, nemlig at det foreligger: ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap.⁶

Hovedformålet med denne avhandlingen er å gjennomføre en komparativ analyse av erstatningsvilkårene *ansvarsgrunnlag* og *årsakssammenheng* ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser i norsk og dansk rett. Hensikten er å sette lys på innholdet i reglene og hvordan de forstås i sammenligning med et av Norges nærmeste naboer. Videre søker avhandlingen å vurdere hvorvidt Norge opprettholder hennes internasjonale forpliktelser til EU/EØS i relasjon til dette.

⁵ NOU:2010:2 s. 52.

⁶ Goller (2020) s. 83.

1.2 Avgrensinger

Regelverket rundt offentlige anskaffelser er stort og vanskelig å sammenfatte i liten masteroppgave. Det følgende gjengis derfor de sentrale avgrensingene for den videre drøftelsen.

Avhandlingen avgrenses til å omhandle anskaffelser av bygge- og anleggsarbeid, varer og tjenester, også kalt «klassisk sektor». Forsyningssektoren, regulert i norsk rett i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren (forsyningsforskriften), og forsvarssektoren, regulert i norsk rett i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) faller derfor utenfor. Samtidig bemerkes det at det ikke er vesensforskjell mellom sektorene når det gjelder erstatning, da reglene omfatter samtlige sektorer. Det må derfor antas at rettskildene og metodene som anvendes på klassisk sektor svarer tilsvarende på andre sektorer.

For anskaffelser underlagt forskrift om offentlige anskaffelser (klassisk sektor) har anskaffelsens anslåtte verdi betydning for hvilke deler av regelverket som må følges.⁷ Regelverket skiller mellom nasjonale terskelverdier og EØS-terskelverdier, som angir bl.a. når det er plikt til å kunngjøre nasjonalt eller når det er plikt til å kunngjøre til hele EØS området. EØS-terskelverdiene justeres annet hvert år av Europakommisjonen som følge av endringer i valutakursene. Anskaffelser under terskelverdiene er ikke regulert i samme grad som anskaffelser over terskelverdiene.⁸ Denne avhandlingen skal kun berøre erstatningsvilkår for anskaffelser over terskelverdiene hvor EØS kravene gjøres gjeldene.

Vilkåret *Økonomisk tap* skal ikke særskilt vurderes i avhandlingen, da det anses for omfattende for avhandlingen og hvor det heller ikke rår særlig usikkerhet.

Avhandlingen vil heller ikke direkte berøre vurderinger knyttet til saklig avlysning. Det legges uansett til grunn at praksis fra EU/EØS har begrenset vekt ved vurderingen av om avlysningen er saklig, ettersom terskelen for avlysning etter EØS-retten er lavere enn etter norsk rett.⁹

⁷ *Terskelverdier offentlige anskaffelser*, Verdinor.

⁸ *Nye EØS-terskelverdier for 2022-2024*, publisert av Nærings og fiskeridepartementet, 23.03.2022.

⁹ Benkow (2019).

Erstatningsformer utenom positiv og negativ kontraktsinteresse vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

1.3 Rettskildebilde

Rettskildebildet for offentlige anskaffelser er komplisert. Dette kommer av omfattende regulering, både på nasjonale plan og på EU/EØS plan. Regelverket har nært sammenheng med rettsområdets sentrale plassering i EUs fire friheter. Videre sikter regelverket til å sikre sentrale hensyn både i Norge, Danmark og i EU/EØS. I Norge og Danmark er det utpekte hensynet bak regelverket å sikre at samfunnets midler anvendes på den mest hensiktsmessige måten, ved dyptgående regulering med sikte på å fremme konkurranse og innovasjon, samt å bekjempe korrupsjon og kameraderi. Tanken har også vært at gjennom regelverket for offentlige anskaffelser kan særlige mål og hensyn fremmes, som klimamål, arbeidslivskriminalitet og menneskerettighetene.¹⁰ Fra EU sin side har målet vært å realisere det felles marked, og har vært et sentralt virkemiddel for å fremme fri flyt av kapital, mennesker og tjenester spesielt. Dette fragmenterte regelverket medfører at reglene kan være kompliserte, og erstatningsvilkårene primært utviklet gjennom domstoler og klageorganer.

De aktuelle lovhjemlene til EU/EØS, Norge og Danmark vil bli konkret behandlet i sine respektive kapitler.

1.4 Juridisk metode.

Oppgavens problemstilling omhandler innholdet i de respektive landenes gjeldene rett. Fremstillingen er derfor rettsdogmatisk. For å besvare problemstillingen brukes alminnelig EU-rettslig og norsk juridisk metode.

Selv om danske regler skal utredes for, skal det forstås fra et norsk perspektiv etter norsk juridisk metode. Etersom begge landene bygger på en felles nordisk rettstradisjon, der særlig norsk og dansk tilnærming ligger nært, samt at mye av rettspraksisen innenfor

¹⁰ Meld. St. 22 (2018–2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s.12

anskaffelsesretten bygger på EU/EØS retten, legges det til grunn at eventuelle metodiske forskjeller mellom norsk og dansk juridisk metode ikke gjør seg særlig gjeldene ved denne avhandlingen.

Etter norsk juridisk metode er utgangspunktet for lovtolkningen den alminnelige språklige forståelsen av lovteksten. Dette innebærer at knappe lovtekster utdypes i forarbeider og at forarbeidene har særlig verdi ved vurderingen. Domstolpraksis tillegges også vekt, spesielt Høyesterettspraksis. Rettspraksis står særlig sentralt på rettsområder hvor lovgiver i utstrakt grad har overlatt rettsutviklingen til domstolene, slik det er gjort på erstatningsrettens område. Med rettsdogmatisk menes fremstillinger av gjeldene rett, dvs. utredninger om innholdet av gjeldene rett.¹¹

1.5 Den videre fremstilling.

Som nevnt ovenfor er hensikten med denne avhandlingen å sammenligne erstatningsvilkårene for offentlige anskaffelser i Norge og i Danmark. Avhandlingen vil derfor ha følgende struktur:

Det skal først vurderes hvilke krav EU/EØS retten stiller til erstatning innenfor anskaffelsesretten, samt hvilke krav som tillegges til de konkrete vilkårene.

Så skal det redegjøres for den norske praksisen for erstatninger innenfor anskaffelsesretten, spesielt med tanke på den nylig avgitte *Fosen-Linjen* saken, som medfører at det nå foreligger endringer ved spesielt vurderingen om ansvarsgrunnlag.

Det skal så redegjøres for innholdet etter dansk rett, og hvordan retten anvendes der.

Avslutningsvis skal vilkårene og erstatningstiltakingene sammenlignes og særlige spørsmål som oppstår drøftes.

¹¹ Skoghøy (2018) s. 25.

1.6 Terminologi

I avhandlingen anvendes en rekke begreper som ikke nødvendigvis er selvforklarende. Det fremkommer ofte synonymer for ordvalgene, men avhandlingen vil for ordenhetsskyld tilstrebe å være konsis med anvendelsen. I det følgende listes det opp de mest sentrale terminologivalgene.

Når avhandlingen referer til danske organer, lover, dommer eller institusjoner vil det danske navnet bruke. Dette er for å lett kunne skille på den norske og danske.

Med tilbyder menes den aktøren som har avlagt et tilbud i en anskaffelseskonkurranse.

Med oppdragsgiver menes den statelige myndighet, fylkeskommunale, kommunale eller offentlige organ som avholder konkurransen som fastsatt i LOA § 2 og FOA § 1-2.

Med kontrakt menes den varen eller tjenesten som tilbyderne konkurrerer om å levere.

Med den positive kontraktsinteresse menes fortjenestetap, også kalt oppfyllelsesinteressen.

Den negative kontraktsinteresse, også kalt tillitsinteressen eller tilbudsomkostninger, refererer til en tilbyders interesse i å gjenopprette sin stilling som om tilbudet aldri fant sted.

2 Kort om erstatning

Brudd på anskaffelsesreglene kan gjøre oppdragsgiver erstatningsansvarlig. Det er to hovedformer for erstatning innenfor anskaffelsesretten som skadelidte kan bli tilkjent: den positive og den negative kontraktsinteressen. Den positive kontraktsinteressen sikter til fortjenestetap, og referer til fortjenesten tilbyder ville tjent på kontrakten. Motstykket er den negative kontraktsinteressen som sikter til tilbudskostnaden, som er kostnadene ved å inngi tilbudet.

EU/EØS-lovgivningen gir begrenset veiledning på innholdet av erstatningsretten, og dette er i utgangspunktet overlatt til nasjonal rett. Likeså gjelder det alminnelige EØS-rettslige effektivitetsprinsippet, og det er også rettspraksis fra EU-domstolen som setter krav til vilkårene for erstatning under nasjonal rett. Etter forarbeidene er det ellers de alminnelige

erstatningsrettslige prinsippene som gjelder.¹² Det må da foreligge et tap, ansvarsgrunnlag og en adekvat årsakssammenheng. De nærmere tilpasningene er overlatt til rettspraksis.

Etter Høyesterettsdommen HR-2019-1801-A, ofte kalt *Fosen-Linjen* saken, foreligger det nå nytt ansvarsgrunnlag for å tilkjenne erstatning. Dette bekrefter underrettspraksis, samtidig som vilkårene blir nyansert. Dette vil bli behandlet senere i avhandlingen.

Dersom saksøker får medhold i sine krav om positiv kontraktsinteresse, medfører det at de blir erstattet en skjønnsmessig andel av tapt fortjeneste. Dette vil ikke si at saksøker får tilkjent hele kontraktsverdien, men en andel av profitten de ville kunne ha forventet å ha hatt til overs. Etter dansk praksis er dette normalt rundt 8-22%, etter norsk praksis er dette noe lignende – rundt 11% - men opp til domstolen å vurdere.¹³ Disse summene kan være relativt store, opptil flere hundre millioner NOK i et enkelt tilfelle¹⁴. Det var lenge omdiskutert i juridisk teori om det skulle åpnes for søksmål for den positive kontraktsinteressen, men Høyesterett åpnet for dette i *Nucleus* dommen. Vilårene var da presisert slik at det må foreligge «vesentlige» feil og det må foreligge «klar» sannsynlighetsovervekt for at saksøker skulle blitt tildelt kontrakten, dersom feilen tenkes bort. Dette ble vurderingstemaet i etterfølgende rettspraksis.

Den negative kontraktsinteressen innebærer kostnaden med utformingen av tilbudet. Det kan være deler av lønnen til ansatte som utformet arbeidet, og som ikke kunne arbeide på andre prosjekter og andre kostnader assosiert med tilbudet. Det inkluderer også omkostninger med å føre saken for domstolene, som advokatsalær, klageforberedelsen o.l. I *Fosen-Linjen* saken var en stor del av kostnadene et basseng som var konstruert for å simulere miljøutslippene til et fergeleie.¹⁵ Disse summene er normalt relativt beskjedne, vanligvis noen millioner NOK.

Når det gjelder negativ kontraktsinteresse er det klare utgangspunktet er at leverandøren selv bærer utgiftene i forbindelse med deltakelse i konkurranse. Etter *Firesafe* dommen,¹⁶ ble det

¹² Prop. 51 L 2015-2015 A s. 85 jf. Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68.

¹³ Rt. 2001 s.1062 *Nucleus*.

¹⁴ LB-2017-94201

¹⁵ HR-2019-1801-A

¹⁶ Rt. 1997 s. 574

åpnet for erstatning for den negative kontraktsinteresse dersom det var begått feil og feilen utgjorde en sviktende forutsetning for leverandørens deltakelse i konkurransen.¹⁷

De forskjellige erstatningsformene kommer av den bakenforliggende tanken som rettfærdiggjør dem. Den negative kontraktsinteressen verner tap lidt som følge av oppdragsgivers mangelfulle oppfyllelse av reglene. Der det anses som en rimelig profesjonell risiko for tilbyder å ta tapet selv ved rimelige og rettfærdige konkurranser, blir det derimot urimelig dersom tapet er forgyves. Positiv kontraktsinteresse er noe mer usikkert, tanken var at i motsetning til vanlig kontraktsbrudd - hvor tilbyder har inngått en kontrakt, og dermed forventer å levere en tjeneste eller vare imot et vederlag – så foreligger det ingen slik berettiget forventning innen anskaffelsesretten. Der konkurrerer en tilbyder blant mange om å få gå inn i kontrakt. Dersom de ikke vinner kontrakten, uavhengig om konkurransens var gjort i henhold til reglene, hadde de aldri en forventning om å hverken levere eller å tjene noe. Med andre ord var det usikkert hvorvidt den positive kontraktsinteressen var nøy erstatningsrettslig vern.

Det har derimot blitt bekreftet gjennom rettspraksis i både Norge og Danmark at det kan tilkjennes positiv kontraktsinteresse.

2.1 Hensynene som gjør seg gjeldene

Det er to grunnleggende hensyn innenfor erstatningsretten som gjør seg gjeldende, reparasjon og prevensjon.¹⁸

Prevensjonshensynet sikter til ønsket om å forebygge fremtidig skadevoldende handlinger gjennom trusselen erstatningsansvaret utgjør. Reparasjonshensynet omhandler at skadelidtes tap skal dekkes. Etter norsk rett er det særlige reparasjonshensynet som motiverer erstatning, ettersom det stilles usikkerhet rundt allmennprevensjonens virkning.¹⁹

Hensynene gjelder likeså innen anskaffelsesretten. Et særpreg ved anskaffelsesretten er effektivitetsprinsippets sentrale rolle, det kommer av EU/EØS retten som anser denne særlig

¹⁷ Fjetland (2016) s. 15.

¹⁸ Hagstrøm (2019) s. 21.

¹⁹ Haukeland Fredriksen (2017), s. 69.

viktig. Effektivitetshensynet taler sammen med prevensjonshensynet for en streng ansvarsnorm, slik at oppdragsgivere gis insentiver til å gjennomføre anskaffelser i henhold til reglene.

Samtidig kan det tale mot en streng ansvarsnorm for brudd på anskaffelsesretten at reglene er kompliserte. Det kan også sies at betydelige erstatningsutbetalinger kan stride med formålet om effektiv ressursbruk. Dette kan medføre en motvilje hos oppdragsgivere til å gjennomføre anskaffelser, pga. frykt for å gjøre feil og store erstatningskrav. I forlengelsen kan det medføre at oppdragsgivere begir seg ut på kostelige og unødvendig rettsliggjøringer, som også er i strid med hensikten til effektiv ressursbruk.

2.2 Bakenforliggende prinsipper

I det følgende listes det opp de mest sentrale prinsippene innenfor erstatning i anskaffelsesretten.

Homogenitetsprinsippet

EØS-avtalens overordnede målsetning er å integrere EFTA-statene i EUs indre marked, på lik linje med EUs egne medlemsstater. Det forutsetter at reglene og bestemmelsene i avtalen er hentet fra EU-retten, som utgangspunkt og hovedregel fortolkes på samme måte som de EU-rettslige originale. EØS-bestemmelser som har EU-rettslig opphav må tolkes og anvendes slik at rettstilstanden i EØS gjenspeiler rettstilstanden i EU.^{20 21}

Forutberegnelighet

Forutberegnelighet betyr at leverandørene på hvert stadium i en konkurranse skal ha kunnskap om hvordan anskaffelsesprosessen skal gjennomføres, herunder hvilke forhold som blir vektlagt av oppdragsgiveren. I praksis stiller dette krav til klarhet og struktur i informasjonen som kommuniseres til leverandøren.²²

²⁰ Se bl.a. fortalet til EØS konvensjonen og EØS konvensjonen artikkel 1 punkt 1, artikkel 6, artikkel 105 og artikkel 106.

²¹ Goller (2017) s. 70.

²² Goller (2017) s. 51.

Effektivitetsprinsippet

Prinsippet sikter til at det kreves effektiv beskyttelse i nasjonal rett for de rettigheter EU/EØS-retten gir individer og foretak, som EU-domstolen har utviklet. Det innebærer at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EU/EØS-retten gir. Prinsippet er dermed en modifikasjon i utgangspunktet om at i fravær av EU-rettslige bestemmelser på området, er det opp til den enkelte medlemstat å angi hvilke domstoler som skal være kompetente og hvilke prosessuelle regler som skal gjelder for saker som anlegges til sikring av de rettigheter EU/EØS-retten medfører for individer og foretak. Det spiller en viktig rolle som minimumskrav til nasjonal prosesslovgivning.²³

I praksis har effektivitetsprinsippet størst betydning innenfor anskaffelsesretten. Det følger av dette prinsippet at erstatningsvilkårene ikke må gjøre det umulig eller urimelig vanskelig å oppnå erstatning for brudd på EUs anskaffelsesregler. Det skal bemerkes at effektivitetsprinsippet har vært anvendt i flere EU/EØS stater som et redskap til å skape ny rett i en rekke tilfeller, hvor nasjonale domstoler og klagenemder har fraveket de tradisjonelle inngangsvinklene i nasjonal erstatningsrett.²⁴

Likebehandlingsprinsippet

Likebehandling innebærer at like situasjoner skal behandles likt, med mindre det er saklige og lovlige grunner for å ikke gjøre det. Prinsippet innebærer at det skal stilles objektive og ikke-diskriminerende kriterier til konkurransen. Kravet om ikke-diskriminering er en del av likebehandlingsprinsippet, men skal mer konkret forhindre nasjonal og lokal favorisering.²⁵

Etterprøvrhet

Prinsippet skal bidra til at leverandører og andre interesserte til enhver tid kan være sikre på at anskaffelsesprosessen er håndtert i overenstemmelse med reglene som gjelder for

²³ Sejersted (2011) s. 82.

²⁴ Treumer (2011) s. 162.

²⁵ Goller (2017) s. 51.

anskaffelsen, herunder om det er fortatt ansvarlig saksbehandling. Det skal samtidig sikre muligheten for en effektiv håndhevelse av eventuelle brudd på reglene.²⁶

3 Medlemstatenes forpliktelser etter EU/EØS-retten

Hovedformålet med EUs anskaffelsesregler er å sikre at det indre markedet også realiseres for markedet om offentlige kontrakter. Det innebærer at oppdragsgiver pålegges en rekke komplekse handleplikter med henblikk på å sikre likebehandling og gjennomsiktighet når motparten er ekstern og typisk en privat leverandør.²⁷

Håndhevelse av den materielle EU retten og prosessretten er i utgangspunktet overlatt til medlemstatene. Her siktes det til den nasjonal lovgiver, domstolene og klageorganene.²⁸ Det samme gjelder ved erstatningsansvaret, som bl.a. inkluderer beviskrav knyttet til årsakssammenheng, erstatningsutmålingen og vurderingen av om skadelidte må tåle at erstatningen avkortes som følge av medvirkningen eller brudd på tapsberegningsplikten.²⁹ Her er den nasjonale autonomien noe begrenset. Bl.a. følger det av EU rettenes alminnelige prinsipper, effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet. Implementeringen av kontrolldirektivene har derfor særlig betydning.

Direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp EU (heretter omtalt som kontrolldirektivet) omhandler da det som kan betegnes som «klassisk sektor», mens direktiv 2014/25/EU omhandler forsyningssektoren.³⁰ Erstatning for overtredelse av EUs anskaffelsesregler har en spilt stadig større rolle, både i EU, men også for Norge. For å sikre effektiv håndhevelse av EUs anskaffelsesregler vedtok EU kommisjonen direktiv 2007/66/EF (heretter omtalt som håndhevelsesdirektivet),³¹ som gjelder gjennomføring av klagebehandling med tildeling av

²⁶ Goller (2017) s. 53.

²⁷ Goller (2017) s. 11.

²⁸ Haukeland Fredriksen (2022), s. 620.

²⁹ Haukeland Fredriksen (2022), s. 476.

³⁰ Sejersted (2011), s. 620.

³¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007.

offentlige kontrakter. Denne ble innlemmet i norsk rett gjennom LOA med tilhørende forskrifter.

Det følger av håndhevelsesdirektivets artikkel 2 punkt 1 bokstav C at medlemstatene skal sørge for at statene er kompetente til «At tilkende skadelidte personer erstatning.» Det fremkommer av artikkel 2 punkt 6 at dersom kontrakten var tildelt i strid med reglene, skal oppdragsgiver sanksjoneres etter nasjonal rett.

Slik det fremgår er ikke vilkårene for å yte erstatning nærmere regulert i håndhevelsesdirektivet. Det sentrale er derfor å vurdere hvilke krav som er oppstilt gjennom EU- og EFTA rettspraksis på dette området.

Det fremgår av sikker rettspraksis at prosessuelle regler som har til hensikt å beskytte rettighetene tilkjent av EU/EØS-retten til borgeren at det ikke kan være mindre gunstige regler etter nasjonal rett. Det må heller ikke i praksis gjøres umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettighetene som tilkjennes borgerne. Hensikten er å sikre borgernes rettigheter og samtidig avskrekke staten fra å bryte disse rettighetene. Dette vil diskuteres nærmere i slutten av avhandlingen.

Det tilføyes også at det heller ikke klart etter håndhevelsesdirektivet om medlemstatene har plikt til å sikre at det kan tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen.³² Dette spørsmålet er i praksis av avgjørende betydning, ettersom de fleste tilbydere ikke finner det verdt å anlegge erstatningssøksmål kun for den negative kontraktsinteressen. Unntaksvis kan det være så store utgifter forbundet med deltakelsen i konkurransen at også den negative kontraktsinteressen kan være verdt å forfølge. Det er imidlertid normalt antatt i den juridiske litteraturen³³ og fastslått i rettspraksis i de fleste medlemstater, at tilbyder på visse betingelser også kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Erstatningssøksmål på grunnlag av brudd på EUs anskaffelsesregler har kun unntaksvis vært behandlet av EU-domstolen, det medfører at de dommene som foreligger er sentrale for å stadfeste innholdet i kravene. EU-domstolen har også uttalt seg om erstatning i sakene som gjelder EU institusjoners brudd på anskaffelsesreglene.

³² Steen Treumer (2017) s. 319.

³³ Se f.eks.: Sue Arrowsmith (2005) s. 1422 og Sejersted (2014). s. 209.

3.1 EU/EØS rettslige krav til ansvarsgrunnlaget for erstatning innenfor anskaffelsesretten

Som redegjort ovenfor må det legges til grunn at med unntak av særtilfellene hvor skadelidtes tap skyldes fravær av et EØS-rettslig prinsipp om direkte virkning, må det kunne legges til grunn at ansvarsvilkårene er de samme i EU-rettslige og i EØS-rettslige sammenheng, jf. Homogenitetsprinsippet.³⁴

Det fremgår ikke av ordlyden i håndhevelsesdirektivet om enhver overtredelse av EUs anskaffelsesregler er tilstrekkelig ansvarsgrunnlag eller om kravene til ansvarsgrunnlag er et annet, f.eks. krav om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

Spørsmålet om ansvarsgrunnlag i saker om brudd på reglene etter EUs anskaffelsesdirektiver har vært behandlet i flere saker, bl.a. C-314/09 *Strabag* og C-568-08 *Spijker*. Disse sakene har vært mye diskutert i juridisk teori, og det er usikkert hvor avklarende de egentlig var.³⁵ I C-314/09 *Strabag* konstaterte EU-Domstolen at kontrolldirektiv 89/665 medfører at nasjonale lovgivere ikke kan basere sitt ansvarsgrunnlag på at det foreligger skyld. Altså dersom tilnærmingen etter nasjonal rett bygger på en formodning om at oppdragsgiver har handlet culpøst, er dette ikke forenelig med kontrolldirektivet. Dette resultatet er noe underlig, ettersom spørsmålet i utgangspunktet faller under medlemstatenes autonomi. Spesielt med tanke på at den nasjonale lovgivningen i *Strabag*-saken var basert på en regel om omvendt bevisbyrde, som medførte at det var lettere for saksøker. EU-domstolen baserte sin avgjørelse i saken på en dynamisk og vidtrekkende fortolkning som lente seg på det EU-rettslige effektivitetsprinsippet og en formålsfortolkning av kontrolldirektivet. Tilgangsvinkelen i saken synes å indirekte utelukke at medlemstatene kan stille krav om at overtredelsen skal være «tilstrekkelig kvalifisert» eller ha et vesentlighetskrav som vilkår. Det synes å følge av avgjørelsen at enhver overtredelse av EU anskaffelsesregler i prinsippet er tilstrekkelig ansvarsgrunnlag.³⁶

³⁴ Haukeland Fredriksen (2022) s. 476.

³⁵ Treumer (2011) s. 38.

³⁶ Treumer (2017) s. 321.

Steen Treumer mener at dommen ikke er «*hævet over kritik[sic]*». Som støtte tar han opp at den konkrete lovgivningen i saken innebar at oppdragsgiveren løp en særlig risiko for «*langsommelig tilkendelse af skadeerstatning*», jf. Fortolkningen til domstolen av premiss 42. Saksøkeren i EU medlemsland må forvente at erstatningssøksmål tar lengere tid enn ved domstolene, som er et alminnelig grunnvilkår ved erstatningssøksmål uansett rettsområde. Treumer mener også at et sentralt moment var at den østerrikske domstolen hadde usedvanlig lang saksbehandlingstid i denne konkrete saken.

Etterfølgende kom sak C-568/08 *Spijker* for EU-Domstolen. Den ble avsagt kort tid etter *Strabag* saken av en annen avdeling, og anla en annen tilgangsvinkel for ansvarsgrunnlag. I denne saken understreket EU-domstolen den nasjonale autonomien i relasjon til sanksjoner og prosessuelle spørsmål. Domstolen fastslo at i fravær av EU rettslige bestemmelser på området tilkom det den enkelte medlemstats rettssystem å fastsette vilkår for erstatning brudd på EUs anskaffelsesregler, forutsatt at ekvivalens- og effektivitetsprinsippet var opprettholdt. Treumer nevner at umiddelbart kan det synes at denne dommen ikke er i overenstemmelse med *Strabag* saken og at *Spijker* saken underkjenner tilgangsvinkelen i *Strabag* saken. Treumer bemerker at *Spijker* saken refererer kun til avsnitt 33 i *Strabag* saken og unnlater å henvise til resten av dommen, hvor den vidtrekkende formålstolkningen fant sted. Som følge av dette hersker det fortsatt usikkerhet om rettstilstanden. Det må derfor antas at medlemstatene vil opprettholde forskjellige tilgangsvinkler til ansvarsgrunnlag, inntil EU domstolen kommer med ytterligere begrensninger.

Om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert, må da avgjøres ved en konkret vurdering basert på det rettskildebildet som forelå på tidspunktet skadelidtes tap oppsto. For denne vurderingen har imidlertid EU-Domstolen og EFTA -domstolen gitt anvisning på følgende momenter: A) hvor klar og presis den tilsidesatte EU/EØS-regelen er, B) hvor vidt skjøn de nasjonale myndighetene råder over, C) om overtredelsen er begått ellet tapet forvoldt forsettlig, D) Om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller uunnskyldelig, D) om en EU- eller EØS-institusjon har medvirket til bruddet, og E) om det forelå avklarende rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen.³⁷

³⁷ Haukeland Fredriksen (2022) s. 480.

Sammenfattet kan det derfor sies at det foreligger en viss usikkerhet om det følger av EU retten at ethvert brudd på EUs anskaffelsesregler medfører et tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, men at medlemstatene har adgang til å stille krav om at overtredelsen skal være grov, vesentlig eller tilstrekkelig kvalifisert.

3.2 EU/EØS-rettslige krav til årsakssammenheng

Det foreligger usikkerhet om EU/EØS-retten har et autonomt EU-rettslig årsakskrav eller om det er overlatt til medlemstatenes nasjonale rett. Sak C-94/10 *Danfoss* peker i retning av at det er regulert av nasjonal rett, mens den følgende sak C-420/11 *Leth* peker på et autonomt årsakskrav.³⁸ Haukland Fredriksen og Strandberg påpeker at disse dommene kan forenes «Dersom man utlegger *Danfoss* slik at effektivitetsprinsippet legger føringer på nasjonal erstatningsrett som i praksis leder til *akkurat samme resultat som årsakskravet betraktes som en autonom EU/EØS rettslig størrelse*»³⁹

Fosen-Linjen⁴⁰ saken skal redegjøres for nedenfor, men i Fosen I la EFTA domstolen til grunn at det ikke gjelder «Spesifikke EØS rettslige bestemmelser om kravet til årsakssammenheng». Dette medfører at det er opp til nasjonal rett, innenfor rammeverket til prinsippene om ekvivalens og effektivitet⁴¹. EFTA domstolen drøfter ikke hvilke krav som kan utledes av det generelle EU/EØS-ansvaret, som kan være naturlig ettersom EFTA-domstolen ikke forankret erstatningsreglene i statsansvaret, men direkte i håndhevelsesdirektivet. EFTA-domstolen drøftet kort og konkluderte i avsnitt 92 med at krav om sannsynlighetsovervekt ikke strider mot effektivitetsprinsippet.⁴²

³⁸ Goller (2020) s. 106.

³⁹ Haukeland Fredriksen (2013) s. 427.

⁴⁰ HR-2019-1801-A.

⁴¹ Goller (2020) s. 106.

⁴² Følger av fortalen til håndhevelsesdirektivet (89/665) hvor formålet med reglene er å garantere «effektive and rapid remedies», for å sikre det felles markedet og etterlevelse av reglene. Etter artikkel 1 tredje avsnitt er medlemstatene forpliktet å sikre at oppdragsgiver kan bli overprøvd «effectivly». Etter juridisk teori er det noe annet enn det tradisjonelle effektivitetsprinsippet etter EU/EØS retten. Morten Goller og Oda H. Ekre omtaler det som et «Spesielt effektivitetsprinsipp» i deres artikkel Goller

I *Fosen-linjen II* ble ikke årsakskravet drøftet, ettersom det ikke var forelagt noe spørsmål om dette for domstolen å vurdere.

Det er imidlertid antatt at årsakskravet i norsk erstatningsrett ikke er strengere enn det som følger av EØS-retten,⁴³ som medfører at man kan ta utgangspunkt i årsakskravet slik det kommer til uttrykk i norsk erstatningsrett.

3.3 Kort oppsummert.

EU/EØS retten oppstiller krav om at skadelidte kan tilkjennes erstatning, og at nasjonale regler ikke kan gjøre det umulig eller urimelig vanskelig å oppnå det. Det er klart utifra håndhevelsesdirektivet at det skal kunne tilkjennes erstatning for den negative kontraktsinteressen, og utifra medlemstatenes rettspraksis kan det legges til grunn at EU/EØS reglene i alle tilfelle ikke setter en stopper for at det skal kunne tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Det fremkommer lite konkrete krav utifra håndhevelsesdirektivets ordlyd, men det er klart utifra EU-domstolens praksis at vurderingen skal gjøres etter nasjonale regler og at det ikke kan stilles krav om skyld i vurderingen om ansvarsgrunnlag. Det synes etter EU-retten at i prinsippet kan enhver feil medføre brudd som er erstatningsrettslig vernet. Imidlertid stopper ikke det EU-retten fra å stille krav om at feilen skal være «tilstrekkelig kvalifisert».

Vurderingen vil da kunne baseres bl.a. på hvor klare de overtrådte reglene var og hvor mye skjønn vurderingen overlater til oppdragsgiveren.

EU/EØS retten stiller ikke konkrete krav til vurderingen om årsakssammenheng, men det legges til grunn at tilnærmingen etter norsk nasjonal rett er i overenstemmelse med EU/EØS-retten.

(2020). De påpeker at EU domstolens forståelse i sak C-314/09 *Strabag* peker på et eget «principle of effectiveness» som følger av håndhevelsesdirektivets formål, og av de konkrete krav som medlemslandenes rettsleger oppstiller.

⁴³ Haukland Fredriksen (2017) punkt 4.2 jf. Sak C-253-04, *CAEC* og sak T-452/05, *Belgian Sewing Thread*.

4 Den norske tilnærmingen

Etter LOA § 10 fremkommer det at «*Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.*»

LOA § 4 oppstiller krav om at en oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet under hele prosessen.

Etter LOA § 10 skal tilbyder ha krav på erstatning dersom han har lidt tap som følge av brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Høyesterett har uttalt at oppdragsgiver ikke kan fritas erstatningsansvar ved å påberope manglende kompetanse om anskaffelsesreglene.⁴⁴ Vilkårene for å tilkjenne erstatning fremgår ikke direkte av loven, men er utviklet gjennom rettspraksis fra nasjonale og EU domstoler.

I *Fosen-Linjen* saken vises det i avsnitt 76 til EFTA-domstolens vurdering om hva formålet med erstatningsreglene er. Der fremstilles det ett tredelt formål: Kompensere tap som er lidt, gjenopprette tillitten til effektiviteten av regelverket, samt å avskrekke oppdragsgivere fra å «*Opptre på denne måte*».

Kompensere tap som er lidt er selvsinnlysende, dersom saksøker kan bevise at de har lidt et urimelig tap på grunn av at deres rettigheter er brutt, skal de tilkjennes erstatning. Det er en rimelig hensikt i loven og er opphavet til erstatningsreglene.⁴⁵ Gjenoprettelse av tillit til effektiviteten av regelverket sikter trolig til den svekkete tilliten dårlig eller vilkårlig anvendelse av reglene vil føre til. Det er en særinteresse for det offentlige at private aktører anser dem for å være pålitelige, sterke og sikre. Dersom private aktører ikke ønsker offentlige kontrakter, eksempelvis grunnet vilkårlig eller dårlig anvendelse av regelverk, vil det kunne føre til at aktørene som tilbyr sine tjenester i anbudskonkurranser er aktører med dårlige eller svært kostbare tilbud. Det offentlige ønsker at seriøse aktører skal konkurrere mot hverandre for å fremme innovasjon og spare samfunnet unødvendige kostnader.

Høyesterett påpeker i *Nucleus*-dommen viktigheten av erstatning for å sikre hensynene til både Norge og EU. Altså effektiv bruk av samfunnets ressurser for Norge og for EU å sikre

⁴⁴ HR-2019-1801-A avsnitt 124.

⁴⁵ Hagstrøm (2015) s.19.

bevegelse og rettferdige konkurranser. Felles for disse hensynene er at de kun kan realiseres gjennom konsekvent etterlevelse over tid. Håndhevelsen er helt overlatt til private, og det er da avgjørende å tilkjenne erstatning for å gi private reelle insentiver. For å oppnå formålet må det derfor være reell mulighet for den private å bli tilkjent erstatning, både negativ men spesielt positiv, og terskelen kan heller ikke være for høy.⁴⁶ Dette vil være et tema senere i avhandlingen.

I juridisk teori er erstatning for brudd på reglene om offentlige anskaffelser delt i to typer, den negative – og den positive kontraktsinteresse.

Vilkårene for erstatning ble satt på spissen av EFTA-domstolen i sak E-16/16 *Fosen Linje I*. EFTA-domstolen kom frem til at tilnærmet enhver feil kan gi grunnlag for positiv kontraktsinteresse. Domstolen kom frem til at det ikke kunne kreves at det var begått «vesentlig feil» eller at overtredelsen måtte være av «en viss type eller alvorlighetsgrad». Når saken returnerte til lagmannsretten, valgte retten å fastholde *Nucleus*-dommen.⁴⁷ Saken ble derfor anket igjen til Høyesterett, som forela spørsmålet om ansvarsgrunnlag på ny til EFTA-domstolen. I sak E-7/18 *Fosen-Linjen II*, gikk EFTA-domstolen vekk fra sin tidligere avgjørelse, og kom frem til at ansvarsgrunnlaget var at det måtte være begått et «Tilstrekkelig kvalifisert brudd»⁴⁸. I *Fosen-linjen* saken kom Høyesterett frem til at denne normen gjelder for både positiv og negativ kontraktsinteresse.

Med dette som bakgrunn er et av avhandlingens hovedspørsmål hva som er innholdet i «Tilstrekkelig kvalifisert brudd»?

Det er i lys av EU-domstolens praksis klart at culpa ikke er et vilkår for erstatning, men inngår i en helhetsvurdering. Dette betyr også at rettsvillfarelse ikke i seg selv kan frita

⁴⁶ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive 2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area of Public Procurement (SWD(2017)13) side 1: «The experience with the Procurement Directives showed that to fully meet their objectives, economic operators had to be able to enforce the rights conferred by these Directives everywhere in the EU.»

⁴⁷ LF-2015-187242

⁴⁸ Morten Goller (2017) s. 84.

ansvar.⁴⁹ Det medfører også at feilen art vil være av stor betydning, og brudd på klare regler som etter sin art vil påvirke konkurransen kan anses som tilstrekkelig kvalifisert.

Når det gjelder det skjerpede kravet til årsakssammenheng som er utledet av Nucleus dommen, kom EFTA-domstolen frem til at det ikke er i strid med EØS retten.

Kravet om årsakssammenheng er i utgangspunktet et spørsmål om kausal årsakssammenheng, og usikkerheten etter *Fosen-Linjen* saken må løses med dette som utgangspunkt. Dette betyr at det er irrelevant om konkurransen skulle vært avlyst som følge av andre feil oppdragsgiveren har begått, så lenge kontrakten faktisk ble inngått.

Avhandlingen skal i det følgende gjennomgå erstatningsvilkårenes brudd på reglene om offentlige anskaffelser. De formelle kravene for å få tilkjent erstatning er at det foreligger: økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Avhandlingen vil ikke behandle kravet om økonomisk tap.

4.1 Rettskildebildet

Det primære rettsgrunnlaget for å vurdere anskaffelsesrettslige spørsmål vil være Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA) og Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). FOA inneholder preseptoriske og fakultative avvisningsregler som knytter seg både til forhold ved tilbydere og forhold ved tilbudene (så vel formelle som materielle forhold). Loven og forskriften gjennomfører kontrolldirektivet⁵⁰, og de må tolkes i samsvar med rettsavgjørelser knyttet til dette direktivet og det forløper, direktiv 2004/18/EF. Også rettsavgjørelser vedrørende EU-organenes egne anbudskonkurranser, som skal respektere de samme grunnleggende prinsippene som direktivene bygger på, er relevante.⁵¹

Etter Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser ble det oppdrettet en ny nemd med ansvar for å være et rådgivende organ samt å behandle klager om brudd på anskaffelsesloven og gitte forskrifter.⁵² Klagenemda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) skal bidra til at

⁴⁹ Se redegjørelse ovenfor og sak C-314/09 *Strabag*.

⁵⁰ Direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp EU (heretter omtalt som kontrolldirektivet).

⁵¹ HR-2022-1964-A avsnitt 34.

⁵² Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser § 1.

tvister løses effektiv, uhildet og på grundig måte. KOFA kan gi overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser, og avgjørelsene i slike saker er rettslig bindene. Ved uaktsomhet har KOFA adgang til å ilegge gebyr. Andre typer brudd på regelverket er kun rådgivende. Dersom en tilbyder ønsker erstatning, må slike saker opp for domstolen for vurdering.⁵³

Normalt er den rettavklarende og rettsutviklende myndigheten som domstolene har etter Grunnloven og prosesslovgivningen begrenset til *norske* domstoler. Ved EØS-loven, som trådte i kraft 1. januar 1994, ble det imidlertid fastsatt at «bestemmelsene i hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde skal gjelde som norsk lov», og «gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.», jf. EØS-loven § 1. jf. § 2 første punktum.⁵⁴ Spørsmål om brudd på EØS-avtalen avgjøres av EFTA domstolen, og dersom det i en sak for norsk domstol oppstår spørsmål om hvordan EØS-retten skal forstås, kan dette forelegges for EFTA-domstolen til uttalelse,⁵⁵ se domstoloven § 51 A.⁵⁶ Ved løsningen av EØS-rettslige spørsmål norske domstoler også forholde seg til EU-domstolen. Imidlertid må det påpekes at beslutninger fra EU-domstolen tillegges mer vekt enn EFTA-domstolen. Høyesterett har i visse tilfeller valgt å se bort fra EFTA-domstolens uttalelser,⁵⁷ det gjør Høyesterett ikke med uttalelser fra EU-domstolen, de oppfattes som praktisk talt bindende.⁵⁸

Kontrolldirektivet, i likhet med loven, skiller mellom anskaffelser over og under EUs terskelverdi. Terskelverdien er en beløpsgrense som bestemmer hvor omfattende regler offentlige oppdragsgivere skal følge når de gjør anskaffelser. Under den såkalte EØS-terskelverdien har offentligheten større handlingsrom til å utforme regler som ikke er bundet av EU/EØS-retten i samme grad. Bl.a. kan oppdragsgivere for anskaffelser under terskelverdien velge å kun be om tilbud fra én leverandør. Generelt omhandler anskaffelser under beløpsgrensen mindre former for anskaffelser hvor det antas at det ikke er hensiktsmessig å holde mer omfattende prosesser.⁵⁹

⁵³ KOFAs egne nettsider, fra 29.04.2023

⁵⁴ Skoghøy (2018) s. 128.

⁵⁵ Skoghøy (2018) s. 117.

⁵⁶ Skoghøy (2017) s. 145.

⁵⁷ Haukeland Fredriksen (2018) s. 261. Se også Rt. 2010 s. 1500, *Eikrem*.

⁵⁸ Skoghøy (2018) s.118. Se også Rt. 2010 s. 202 A.

⁵⁹ Marcussen (2021) s. 1.

4.2 Ansvarsgrunnlaget

Det historiske utgangspunktet for erstatning for brudd på reglene om offentlige anskaffelser er at det ikke er grunnlag for positiv kontraktsinteresse i den prekontraktuelle fase, med unntak der tilbyder har hatt rettskrav på kontrakten.⁶⁰ Det var usikkert om dette synspunktet kunne opprettholdes, og spørsmålet ble reist i forarbeidene til anskaffelsesloven, og siktet da spesielt til det EU/EØS rettslige effektivitetsprinsippet.

Gjennom *Nucleus*-dommen fravek Høyesterett den tidligere rettstilstanden. Den tidligere normen stilte svært små krav til ansvarsgrunnlag, men veldig strenge krav til årsakssammenheng. Enhver feil kunne som kunne medført at saksøker ikke fikk tildelt kontrakten, kunne i prinsippet være relevant, så lenge det var «helt sikkert» (rettskrav) at vedkommende skulle hatt kontrakten. Gjennom *Nucleus*-dommen skjerpet Høyesterett kravet til ansvarsgrunnlag og senket kravet til årsakssammenheng. Høyesterett lempet på kravet om rettskrav på kontrakten, men kom frem til at ikke enhver feil ga grunnlag for ansvar.

I *Nucleus*-dommen konkluderte Høyesterett med at det måtte være begått «en vesentlig feil, der størrelsen på feilen, typen feil og hvorvidt oppdragsgiver kan lastes, skulle hensyntas i vurderingen.»⁶¹

Da Høyesterett avsa dommen i *Fosen-Linjen* saken, bekreftet de i avsnitt 77 at ansvarsgrunnlaget nå er «Tilstrekkelig kvalifisert brudd». Høyesterett fant at dette gjelder både for positiv og negativ kontraktsinteresse.

Høyesterett endrer da terminologien i forhold til *Nucleus*-dommen om hva som gjelder ansvarsgrunnlag – fra «vesentlige feil» til «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Høyesterett uttaler seg derimot ikke om innholdet i normen som grunnlag, og de behandler heller ikke uttrykkelig forholdet til *Nucleus*-dommen. Siden Høyesterett konstaterte at ansvarsnormen er den samme for de to erstatningstypene (negativ og positiv), må den nærmere utlegningen av

⁶⁰ Ot.prp. nr. 97 (1991-1992) s. 18.

⁶¹ Morten Goller (2017) s. 88.

normen som grunnlag for negativ kontraktsinteresse ha direkte relevans også for ansvarsnormen for positiv kontaktinteresse.

4.2.1 Fosen-Linjen

Redegjørelsen av saken vil primært bygge på den dyktige og grundige fremstillingen presentert av Morten Goller og Oda H. Ekre i deres artikkel *Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene*, Tidsskrift for forretningsjus, 2020, Vol. 26.

Saken oppsto etter en anbudskonkurranse i Trøndelag om drift av et fergesamband, arrangert av det fylkeskommunale foretaket AtB. I etterkant av konkurransen var over og kontrakt var tildelt ble det kommet frem til at tildelingskriteriet miljø var i strid med reglene, primært fordi kriteriet ikke var etterprøvbart. Konkurransen ble derfor avlyst. *Fosen-Linjen*, som var innstilt som nummer to, gikk deretter til sak med krav om erstatning, prinsipalt for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) og subsidiært for kostnadene ved å delta i konkurransen (negativ kontraktsinteresse).

I første runde søkte Lagmannsretten til EFTA-domstolen om deres forsåtelse av EU/EØS-rettens krav til ansvarsgrunnlag. Denne uttalelsen kalles for *Fosen-Linjen I*. Lagmannsretten valgte å se bort fra *Fosen-Linjen I* i deres dom, og saken ble anket til Høyesterett. Høyesterett sendte da spørsmålet på ny til EFTA-domstolen, som uttalte i *Fosen-Linjen II* en ny ansvarsnorm for vurdering.

Disse uttalelsene har vært mye diskutert, og har fått mye oppmerksomhet etter at EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* kom med uttalelser som kunne tolkes som at ethvert brudd på anskaffelsesreglene måtte gi grunnlag for erstatning for tapt fortjeneste, og at lagmannsrett valgte å se bort fra uttalelsen.⁶²

Høyesterett kommer frem til at ansvarsgrunnlaget er «tilstrekkelig kvalifisert brudd», med bakgrunn i *Fosen-Linjen II*. Høyesterett knyttet ansvarsnormen direkte til statsansvaret og uttalte at «kravene som gjelder for statens ansvar ved brudd på fellesskapsreglene generelt,

⁶² BAHR (2019).

også gjelder for statenes ansvar ved brudd på anskaffelsesreglene». Det blir påpekt i juridisk teori, at dette tvilsomt er helt i tråd med EFTA-domstolens avgjørelse i *Fosen-Linjen II*, hvor det kun ble konstatert at en *tilsvarende* norm må være *tilstrekkelig*.

Høyesterett endrer med det terminologien fra *Nucleus*-dommen, fra «vesentlig feil» til «tilstrekkelig kvalifisert» brudd. Høyesterett behandler ingen uttalelser som angir det nærmere innholdet i terminologiskiftet, de behandler heller ikke forholdet til *Nucleus*-dommen. Høyesterett konstaterer at ansvarsnormen er de samme for både positiv og negativ kontraktsinteresse. Ifølge Goller og Ekre medfører dette at normen som ga grunnlag for negativ kontraktsinteresse vil ha direkte relevans for ansvarsnormen for positiv kontraktsinteresse – og vice versa.⁶³

Det kan argumenteres for at terskelen for negativ kontraktsinteresse er hevet i forhold til den vanlige forståelsen av Firesafe-normen, men det er omtvistet. Oppdragsgivere har ofte anført at det gjelder et tradisjonelt skyldansvar, og anførte også dette for Høyesterett. Dersom dette legges til grunn, er terskelen klart senket. På den andre siden i underrettspraksis er det ofte lagt til grunn at det ikke er noe krav om «vesentlige feil», men at enhver feil er tilstrekkelig. I forhold til dette er terskelen hevet.

Det blir også diskutert om ansvarsgrunnlaget for negativ kontraktsinteresse er i tråd med EFTA domstolens avgjørelser i *Fosen-Linjen I og II*. I *Fosen-Linjen I* fant EFTA-domstolen at «enhver feil» ga grunnlag for erstatning. I *Fosen-Linjen II* går ikke EFTA-domstolen eksplisitt fra denne tilnærmingen, men presiserte at deres avgjørelse kun gjaldt positiv kontraktsinteresse. Etter avsnitt 109 fremgår det at EFTA-domstolen stilt spørsmål ved ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse, og at spørsmålet gjelder harmonisering med håndhevelsesdirektivet, «og reglene for å tilkjenne erstatning for tapt fortjeneste». EFTA-domstolens domsslutning knytter seg direkte til erstatning for tapt fortjeneste. Goller og Ekre mener det er vanskelig å tolke dette på annen måte enn at *Fosen-Linje I* fremdeles er gjeldende for negativ kontraktsinteresse, slik at enhver feil kan gi grunnlag for erstatning, men at terskelen nå er høyere for positiv kontraktsinteresse. Dersom denne forståelsen kan legges til grunn, har Høyesterett tilsidesatt *Fosen-Linjen I* uten å vurdere vilkårene for dette.

⁶³ Goller (2020) s. 93.

Høyesterett begrunnet sin forståelse for at *Fosen-Linjen II* også gjelder negativ kontraktsinteresse i sin uttalelse i avsnitt 113 hvor de sier at dommen «synes ikke [...] å skille mellom de to tapsformene». Dette er en upresis gjengivelse, det blir flere ganger i *Fosen-Linjen II* presisert at avgjørelsen bare gjelder positiv kontraktsinteresse. Høyesterett forsvarer sin forståelse ved å henvise til rettspraksisen *Fosen-Linjen II* bygger på (*Strabag og Combinatie*), hvor EU-domstolen synes å ikke skille mellom tapskategoriene. Ettersom dette ikke er tema for avhandlingen, skal dette ikke vurderes ytterligere.

I Fosen-Linje saken var hovedspørsmålet om oppdragsgiver hadde urettmessig avlyst konkurransen, og i forlengelsen om dette kunne hjemle erstatning for den positive kontraktsinteressen. Imidlertid fant Høyesterett at konkurransen var rettmessig avlyst, og saksøker var derfor avskåret fra erstatning for tapt fortjeneste. Derfor ble ikke spørsmålet satt på spissen. På den andre siden drøftet Høyesterett terskelen for tilstrekkelig kvalifisert brudd for den negative kontraktsinteressen. Som presisert ovenfor uttalte høyesterett at etter deres forståelse er ansvarsnormen den samme for begge erstatningsformene, så uttalelsene vil være relevant ved vurdering for både positiv og negativ kontraktsinteresse.

Høyesterett påpeker at ansvarsgrunnlaget synes å være i tråd med Nucleus tilnærmingen. Dette har også vært underrettspraksis forut for dommen.

I avsnitt 115 i dommen bekrefter Høyesterett det EU/EØS rettslige kravet om at ansvarsgrunnlaget ikke kan være betinget av skyld, det er et objektivt ansvar. Likeså vil klanderverdig opptreden hos oppdragsgiver være et moment i favør for at det foreligger ansvarsgrunnlag. Videre fastslår Høyesterett i avsnitt 124 at en oppdragsgiver ikke kan påberope seg manglende kompetanse om anskaffelsesretten som et argument mot erstatningsansvar, jf. EU/EØS rettspraksis.⁶⁴ Goller og Ekre oppsummerer dette slik: «Det er ikke rom for subjektive elementer i spørsmålet om det foreligger rettsvillfarelse». I tråd med EU-domstolens praksis blir vurderingen om rettsvillfarelse en objektiv vurdering av om den aktuelle regelen er tilstrekkelig klar.⁶⁵ Selv om reglen er uklar, kan i det i selg selv være et argument som medfører ansvarsfritak.⁶⁶ Videre i avsnitt 118 presiser Høyesterett at terskelen

⁶⁴ Se C-424/07 *Haim* avsnitt 28.

⁶⁵ Halvard Haukland Fredriksen (2013) avsnitt 7.7.3.8.

⁶⁶ Jf. C-314/09 *Strabag* avsnitt 41.

for å konstatere ansvar vil i stor grad være basert på hvor klar og entydig den aktuelle overtrådte regelen er, og hvor stort rom den forlater til oppdragsgiveren. Høyesterett refererte til Haukland Fredriksen,⁶⁷ hvor de uttaler at det reelle innholdet i ansvarsnormen påvirkes av det offentlige «handlingsrom i en konkret sak på en ‘sliding scale’ fra vidt til intet skjønn». I avsnitt 123 understreker Høyesterett at det ikke foreligger et skarpt skille mellom regler med rom for skjønn og rettsregler med uklare grenser, det er derfor av særlig betydning om «den overtrådte reglen var klar og presis».⁶⁸ I slike tilfeller blir det lettere å konstatere ansvar.

Goller og Ekre oppsummerer det slik: «Hva som skal til for å komme i ansvar, må vurderes konkret for den regel som er overtrådt. Hvis den overtrådte regel er uklar, skal det mer til for å komme i ansvar enn hvis den overtrådte regel er klar og presis.» og henviser videre til *Fosen-Linjen I* avsnitt 57 som lyder slik:

«På spørsmål fra dommerne under rettsmøtet om statlig erstatningsansvar etablerer en høy terskel for krav om erstatning, særlig med henblikk på dommene i Brasserie du Pêcheur, som omtalt over, eller Dr Jürgen Tschannett, sak E-6/00, Sml. 2000–2001 s. 203, anførte ESA at vilkåret om et ‘tilstrekkelig kvalifisert brudd’ ikke alltid innebærer en høy terskel. Dersom kriteriet anvendes korrekt, regelen i seg selv er klar, og der den ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør kriteriet om ‘tilstrekkelig kvalifisert brudd’ anses som oppfylt.»

I avsnitt 120 presiserer Høyesterett at den normen oppdragsgiver gjorde gjeldende i saken – at det må foreligge åpenbar og grov overtredelse for at det skal inntre ansvar – bare anvendes av EU-domstolen der «Det foreligger et vidt skjønn, og særlig når skjønnet gjelder det politiske handlingsrommet». Et slikt skjønn vil oppdragsgiver sjeldent ha innenfor anskaffelsesretten, ettersom reglene er detaljerte og finmaskede nettopp med den hensikt å begrense oppdragsgivers skjønnsfrihet.⁶⁹

⁶⁷ Haukeland Fredriksen (2013) s. 242.

⁶⁸ *Fosen-Linjen*, avsnitt 125.

⁶⁹ Goller (2020) s. 99

Det må modifiseres noe, ettersom det er noe områder der oppdragsgiver må foreta egne vurderinger i henhold til regelverket som i stor grad er skjønnsmessige. Spesielt da om kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og evalueringsmodell.⁷⁰

I Høyesteretts konkrete vurdering av ansvarsgrunlaget i Fosen-Linjen saken ble det lagt vekt på at reglene oppdragsgiver brøt «i utgangspunktet var klar».⁷¹ Videre påpekes det at regelen ikke fremkommer av norske regelverk eller EUs anskaffelsesdirektiv. Dette skal diskuteres kort i slutten av avhandlingen, men det påpekes her at Høyesterett synes å blande sammen spørsmålet om regelen var kjent og om reglen var klar.

I alle tilfelle kan det legges til grunn at brudd på bestemmelser som fremgår direkte av anskaffelsesregelverket, både det nasjonale og EU/EØS rettslige, normalt vil forstås som brudd på klare og presise regler.⁷²

4.2.2 Særlig om betydningen av feilens art

Høyesterett har uttalt i Nucleus-dommen at typen feil er relevant. Høyesterett ga derimot ingen klar veiledning om hva som ligger i dette. En tolkning er at det peker på at feilen etter sin art var egnet til å påvirke konkurransen utfall. Dette vil i så fall harmonisere med den alminnelige erstatningsretten, hvor den generelle sannsynligheten for at en handling har en skadefølge, påvirker ansvarsnormen. Borgarting lagmannsrett anvendelse i LB-2019-135192 støtter opp mot denne tolkningen, de uttaler «når prinsippet om likebehandling av tilbyderer er brutt, er dette en så vesentlig svakhet ved anskaffelsesprosessen i dette tilfellet at lagmannsretten finner at bruddet på anskaffelsesreglene er tilstrekkelig kvalifisert». Det er lagmannsretten som i praksis har måtte utforme og anvende praksisen fra EU- og EFTA-domstolen, ettersom det foreligger relativt lite Høyesterettspraksis på området.⁷³

Det påpekes av Goller og Ekre at de fleste saker om positiv kontraktsinteresse som er tilkjent av underdomstoler omhandler situasjoner der tilbud er uriktig avvist eller der vinneren skulle

⁷⁰ Goller (2020) s. 100

⁷¹ *Fosen-Linjen*, Avsnitt 124.

⁷² Goller (2020) s. 101.

⁷³ Goller (2020) s. 101

ha vært avvist. Videre er det et kjennetegn i flere av disse sakene at retten har vektlagt regelbruddet av en karakter som etter sin art vil påvirke utfallet av konkurransen og derfor lett anses vesentlig.

Spørsmålet er ikke drøftet av Høyesterett i Fosen-Linje saken, og må derfor vurderes utifra EU-domstolens praksis og Nucleus-dommen.⁷⁴

EU domstolen og EFTA domstolen har praksis på området. I saken *Brasserie du Pêcheur* påpekes det at visse regelbrudd i seg selv anses som tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret «Tilstrekkelig kvalifisert», uten vurdering av øvrige momenter.⁷⁵ Dette uttaler EFTA-domstolen i sak E-02/12 *HOB-vin*, avsnitt 130:

«If, however, the EFTA State was not called upon to make any legislative choices and it had only limited or even no discretion, the mere infringement of EEA law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach»⁷⁶

Det følger derfor at ved brudd på obligatoriske regler, som ikke overlater mer enn begrenset skjønn til oppdragsgiveren, vil regelbruddet i seg selv kunne være «tilstrekkelig kvalifisert» og etablere ansvarsgrunnlag. Lagmannsrettens praksis er i tråd med dette: Ved vesentlige avvik eller forbehold *skal* tilbudet avvises.⁷⁷ Dette er også i forenlig med Nucleus-dommen.⁷⁸

Noen typer feil anses altså som tilstrekkelig i seg selv til å etablere ansvarsgrunnlag. Eksempelvis vil brudd på avvisningsreglene i utgangspunktet være tilstrekkelig til å konstatere ansvarsgrunnlag, slike typer store feil medfører at oppdragsgiveren kan bebreides slik at det også av den grunn er en presumsjon for at det foreligger ansvarsgrunnlag.⁷⁹

Spesielt skadeevnen til feilen blir ansett som særlig relevant etter praksis fra lagmannsretten, dette ble også fulgt opp av Høyesterett i *Fosen-Linjen*, hvor førstvoterende la vekt på «feilens

⁷⁴ Goller (2020) s. 102.

⁷⁵ Sak C-5/94 *Hedley Lomas*, avsnitt 28.

⁷⁶ Sak C-46/93 *Brasserie du Pêcheur SA v Germany* avsnitt 56-57

⁷⁷ Jf. FOA § 24-8 første ledd bokstav b.

⁷⁸ Høyesterett i *Nucleus* dommen, ved vurderingen av om feil er vesentlige, skal «takast omsyn både til storleiken av feilen, typen av fei og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last».

⁷⁹ Goller (2020) s. 101.

konsekvens for konkurransen». Goller og Ekre oppsummerer det hele slik «[det] må legges til grunn at et brudd på klare forskriftsbestemmelser som ikke gir oppdragsgiveren noen skjønnsfrihet, typisk de obligatoriske avvisningsreglene, i utgangspunktet må anses som et tilstrekkelig kvalifisert brudd». ⁸⁰

4.3 Årsakssammenheng ved den positiv kontraktsinteresse

Bakgrunnen til de nasjonale erstatningsrettslige vilkåret for årsakssammenheng er at

«Ingen skal svare for andre skader enn dem han har forårsaket selv, eller som er forårsaket av noe eller noen som han svarer for.» ⁸¹

I praksis er det snakk om et spørsmål om «faktisk» årsakssammenheng, det må være tilstrekkelig nær sammenheng mellom handlingen og tapet. Vilkåret er normalt oppfylt hvis den aktuelle hendelse var en nødvendig betingelse for skaden (f.eks. forbigåelsen ved tildelingen). ⁸²

I forhold til anskaffelsesretten blir derfor det sentrale spørsmålet: dersom den påståtte feilen tenkes bort, ville saksøker ha fått kontrakten? ⁸³ Dette må vurderes etter alminnelig bevisvurdering. ⁸⁴

Det er ikke tilstrekkelig med «faktisk» årsakssammenheng, det kreves at skadefølgen ikke er for fjern eller avledet, også kalt adekvans. Hensikten er å beskytte skadevolder fra å måtte utbetale for skadefølger som det er *urimelig* å pålegge vedkommende ansvar for.

Goller og Ekre nevner at de typiske argumentene i tvister om årsakssammenheng i anskaffelsessaker går normalt langs to akser, enten A) at kontrakten ikke *ville* blitt inngått med saksøker (som hadde for høye kostnader, dårlig produkt etc.) eller B) at kontrakten ikke lovlig *kunne* ha vært inngått med saksøker eller noen andre (typisk fordi konkurransen

⁸⁰ Goller (2020) s. 103.

⁸¹ Hagstrøm (2015) s. 438.

⁸² Goller (2020) s. 105.

⁸³ Goller (2020) s. 104.

⁸⁴ Haukeland Fredriksen (2018) punkt 5.2.

egentlig skulle vært avvist). Den første innsigelsen gjelder den faktiske årsakssammenhengen, mens den andre anses som et spørsmål om adekvans og erstatningsrettslig vern

Etter Nucleus-dommen ble det oppstilt krav om at det må foreligge «klar» sannsynlighetsovervekt for at saksøker ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen tenkes bort. I praksis har dette ledet til at først og fremst er tilbyder som ville vunnet konkurransen dersom de ikke hadde blitt avvist, og at tilbydere som ble innstilt som nummer to (der vinner skulle vært avvist), som klarer å oppfylle kravet. Erstatning har også vært tilkjent der det er gjort klare feil ved evalueringen, men det er mer uvanlig.

Oppdragsgivere anfører ofte at kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt. Normale innsigelser blir da også at saksøker egentlig skulle vært avvist, og at konkurransen hadde blitt avlyst dersom det forutsettes at saksøker fikk tildelt kontrakten

I den nylig avgitte saken fra Høyesterett HR-2023-206-A fremkommer det at dersom konkurransen skulle vært avlyst, er saksøker avskåret fra den positive kontraktsinteressen. Dette er tilfelle selv om den aktuelle feilen som skulle medført avlysning før ble kjent etter konkurransen var ferdig, denne saken skal drøftes mer senere i oppgaven.

4.4 Årsakssammenheng ved negativ kontraktsinteresse

I forarbeidene til LOA beskrives det to former for årsakssammenheng for den negative kontraktsinteressen, Høyesterett henviser til de i Fosen-Linjen saken i avsnitt 130.

Årsakstypene formuleres slik:⁸⁵

«Ikke ethvert brudd på anbudsreglene kan utløse erstatningsansvar. Det må oppstilles et krav om relevant årsakssammenheng. En 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 mulighet er å se på *de alminnelige regler om erstatning som følge av saksbehandlingsfeil*. De har blant annet kommet til uttrykk i forvaltningsloven § 41 og tvistemålsloven § 384.

⁸⁵ NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser punkt 11.4.3.

Avgjørende blir om feilen har virket inn på valg av anbud. Antagelig kan prinsippene benyttes kumulativt» (min kursivering).

Etter rettspraksis omtales ofte det første alternativet som forutsetningslæren, og er det årsaksgrunnlaget anvendt av Høyesterett i *Firesafe*-saken. Feilen representerer en sviktende forutsetning for leverandørens deltakelse i konkurransen.⁸⁶ Den andre omtales tidvis som innvirkningslæren, og går ut på om det foreligger en feil som kan tenkes å ha innvirket tilbyders mulighet til å bli tildelt kontrakten.

I Fosen-Linjen saken anvender Høyesterett det første alternativet, altså en hypotetisk vurdering om tilbyder ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst om feilen oppdragsgiver ville begå. Det påpekes at feilen i saken var kjent for tilbyder under konkurransen, og det ble meldt til oppdragsgiver. Det påpekes at etter dansk og svensk praksis vil dette normalt bryte årsaksrekken. Høyesterett formulerer dette slik at «Også etter norsk rett må det være slik at hvis tilbyder velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at der er feil i konkurransegrunnlaget, kan det normalt ikke være årsakssammenheng.». Likevel ble saksøker tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen. Det ble lagt vekt på at oppdragsgiver var gjort kjent med feilen, men valgte uansett å fortsette med konkurransen, og mente at konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig. Dersom dette ville stoppet årsaksrekken ville det kunne medføre en rekke uheldige konsekvenser, primært med å insentiver tilbydere til å tie om feil i konkurransegrunnlaget, for så å gå til sak om erstatning dersom tilbyder ikke vinner. Det preventive hensynet ble derfor avgjørende, som mindretallet i Fosen-Linjen saken uttaler «Det skal ikke lønne seg å tie om uregelmessigheter, for så å gjøre krav gjeldene etter at konkurransen er avsluttet.»⁸⁷

⁸⁶ Fjetland (2016) s. 20.

⁸⁷ *Fosen-Linjen saken*, avsnitt 157..

4.5 Kort oppsummert.

For å vurdere spørsmålet om det foreligger «klar» sannsynlighetsovervekt for at saksøker ville ha blitt tildelt kontrakt dersom feilen tenkes bort, blir en vurdering av det alternative faktiske hendelsesforløpet, hvor den skadevoldende handling tenkes vekk.⁸⁸

Årsaksrekken brytes dersom saksøker skulle ha vært avvist etter avvisningsplikten eller dersom konkurransen ble lovlig avlyst. Spørsmålet om saksøker egentlig skulle vært avvist, er et rent rettslig spørsmål, hvor det ikke gjelder spesielle beviskrav foruten alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁹

Hvorvidt oppdragsgiveren hadde avvisningsplikt, kan i utgangspunktet ikke gjøres gjeldene mot erstatningskrav, dersom det ikke allerede var påberopt før tildelingen.

Årsaksrekken kan brytes dersom kontrakten ikke ville ha blitt inngått med den forbigåtte,

Dersom oppdragsgiver kan bevise at kontrakten ikke ville blitt inngått med en forbigåtte i alle tilfelle, kan årsaksrekken brytes. Dette kan f.eks. være på grunn av høy pris, leveringstid etc. Bevisbyrden foreligger oppdragsgiveren, og det må kunne påvises konkrete holdepunkter som sannsynliggjøre et slikt hendelsesforløp.⁹⁰

At kontrakten ikke lovlig kunne vært inngått med tilbydereren, tilsier ikke at erstatning er avskåret, med mindre feilen er i tilbyderens tilbud, som medfører avvisningsplikt. Det vil bryte den faktiske årsakssammenhengen mellom feilen og tapet av kontrakten, og kan ikke forankres i læren om erstatningsrettslig vern.

5 Den danske tilnærmingen

Blant de skandinaviske landene er Danmark det som ligner mest på Norge, bl.a. fordi begge landene har en klagenemnd. I Sverige og Finland foreligger det en domstolsmodell, der regelbrudd kun håndheves i domstolene. I Danmark har klagenævnet for udbud (heretter omtalt som klagenævnet) de samme sanksjonsmulighetene som domstolene, inkludert

⁸⁸ Goller (2020) s. 120.

⁸⁹ Goller (2020) s. 120.

⁹⁰ Goller (2020) s. 121.

muligheten til å tilkjenne erstatning. Domstolene benyttes derfor sjeldent i forhold til norsk rett.⁹¹

Hovedregelen i klagenemda er at det skjer muntlige forhandlinger med mulighet til vitneavhør. Den tapende part risikerer å måtte dekke motpartens sakskostnader. Klagegebyret i Danmark er på rundt 26 000 norske kroner for kontrakter over EØS terskelverdiene og ca. 13 000 norske kroner for kontrakter under EØS-terskelverdiene. I Danmark klages det på rundt 4,3 prosent av konkurransene som utlyses.⁹²

Danmark har i lengere tid arbeidet med å sentralisere statlige og kommunale anskaffelser, blant annet gjennom Statens og Kommunernes Indkøbs Service (SKI) og Statens Inkøbsprogram. Det er en tendens som man ser i de fleste andre nordiske land foruten om Norge, det virker som det nesten er standard å statelige innkjøpssentraler. Erfaringene fra disse viser at det gjennom samarbeid er mulig å øke konkurransen om offentlige kontrakter og sikre bedre priser. Det viser også at etableringer av innkjøpsfelleskap har medført en reduksjon av de administrative kostnadene knyttet til gjennomføringen av anskaffelser.⁹³

I 2017 fremla den danske regjeringen publikasjonen «Et klogere innkjøp, mere velferd». I dokumentet understreker regjeringen at offentlige anskaffelser er en viktig brikke i fornyelsen av offentlig sektor. Blant hoved initiativene er felles mål for offentlige innkjøp og styrking av fellesavtaler, flere tverrgående innkjøp mellom kommuner og regioner, og mer bruk av digitale verktøy.⁹⁴

I likhet med Norge er det relativt sjeldent søksmål med grunnlag i negative kontraktsinteresse. I stor grad på grunn av de forholdsvis små summene det er mulig å få tilkjent. Tilbyder anser det ofte som mest økonomisk å ta tapet selv. Slike søksmål blir derfor mest aktuelle i de tilfeller der omkostningene er svært høye.⁹⁵

⁹¹ Meld. St. .22 (2018-2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s. 16.

⁹² Meld. St. .22 (2018-2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s. 157.

⁹³ Meld. St. .22 (2018-2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s. 16.

⁹⁴ Meld. St. .22 (2018-2019) Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser s. 17.

⁹⁵ Treumer (2017) s. 319.

5.1 Rettskildebilde

Loven som regulerer offentlige anskaffelser i Danmark, er Lov nr. 884 af 21/06/2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhenting af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Denne er den nærmeste ekvivalenten til LOA i norsk rett.

Klagenævnsløven § 14 omhandler klagenævnets kompetanse til å tildele erstatning for tap som tilbyder har lidt som følge av oppdragsgivers overtredelse av regelverket. I likhet med de norske reglene fremgår ikke vilkårene eksplisitt av loven, og er i stedet utviklet gjennom rettspraksis og klagenævnets praksis, med bakgrunn i EU-domstolens praksis.

5.2 Rettslig grunnlag

Ifølge Steen Treumer kan Dansk retts alminnelige erstatningsbetingelser innenfor offentlige anskaffelser sammenfattes til følgende:⁹⁶

1. Det må foreligge ansvarsgrunnlag.
2. Det må foreligge økonomisk tap.
3. Det må foreligge årsakssammenheng.
4. Adekvans. dvs. at tapet er en påregnelig følge av oppdragsgivers ansvarspådragende handling. I forhold til dansk erstatningsrett eller, har ikke adekvans spilt noen stor rolle i dansk anskaffelsesrett.

Det bemerkes også at forhold som egen skyld, passivitet og aksept av risiko kan være relevante momenter.⁹⁷

Som det fremgår ovenfor, er det altså store likheter i ordlyden til de norske reglene. Dette har bakgrunn i at de, i likhet med de norske reglene, har bakgrunn i EU-reglene.

⁹⁶ Treumer (2017) s. 317.

⁹⁷ Hamer (2020) s. 400.

5.3 Ansvarsgrunnlag

I likhet med norsk rett, må oppdragsgiveren ha overtrådt en anskaffelsesrettslig regel. Uten en overtredelse vil erstatning aldri gjøre seg gjeldene. Det virker som om det også rår noe usikkerhet om i hvilken grad en regel må være overtrådt. Det er imidlertid klart at ikke enhver feil vil utløse erstatningsansvar.⁹⁸ Spørsmålet har blitt satt på spissen for klagenævnet, der spørsmålet var om ethvert brudd på EU-anskaffelsesreglene ville medføre erstatningsansvar. Da ble det uttalt at det «*indebærer ikke, at udbyderen derved automatisk pådrar sig erstatningsansvar over for tilbudsgiveren under udbudet*».⁹⁹ Det skal altså mer enn en enkel feil til for å utløse erstatningsansvar.

Danmark er også i likhet med Norge bundet av EU-domstolens beslutning i *Strabag*-saken, hvor domstolen fant at det ikke kunne oppstilles krav om culpa. Samtidig virker det som at dersom det foreligger culpa vil det kunne være en viktig faktor for å tilkjenne erstatning, ettersom klagenævnet uttalte i 2016 at «*Som fastslået er kravet om «culpa» opfyldt*».¹⁰⁰ Skyld kan også gjøre seg gjeldene dersom tilbyder var kjent med at det var gjort en overtredelse, men valgte å avgi tilbud likevel. Et illustrerende eksempel er *Konica Minolta Business Solutions Denmark mod Erhvervsskolen Nordsjælland*,¹⁰¹ hvor klagenævnet kom frem til at tilbyder ikke var berettiget til erstatning, ettersom klager var kjent med rammeavtalens valgfrihet for oppdragsgiveren, men likevel valgte å delta i konkurransen.

Egen skyld kan også gjøre seg gjeldene dersom tilbyder ikke handler på profesjonelt vis, som ved å kun stille muntlige spørsmål til oppdragsgiveren. En profesjonell tilbyder burde anvende skriftlige henvendelser til oppdragsgiver.

Claus Berg i boken «*udbudsrett i byggeriet*» uttaler at det i utgangspunktet burde være en culpabedømmelse, men etter rettspraksis fra EU-domstolen og Høyesteret har vurderingen i

⁹⁸ Berg (2012) s.749.

⁹⁹ Se kendelse af 8. mars 2005 *Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S*

¹⁰⁰ Kendelse af 15 september 2016 *SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark*.

¹⁰¹ Kendelse af 16. februar 2012, *Konica Minolta Business Solutions Denmark mod Erhvervsskolen Nordsjælland*.

stedet blitt objektiv. Berg uttaler at det er snakk om «*En så streng ansvarsnorm, at grundlaget nærmere sig objektivt ansvar*». ¹⁰²

Det må likevel tillegges at skyld i praksis spiller en svært stor rolle i bedømmelsen. Bl.a. uttaler H.P. Rosenmeier i sin kommentar Høyesteretsdommen *Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S* at det «synes under alle omstendigheter mere teoretisk end praktisk. Den praktiske hovedregel er, at en overtrædelse af udbudsreglerne automatisk udløser principiell erstatningspligt for udbyderen. Det eneste eksempel fra dansk praksis på frifindelse af en udbyder for erstatningsansvar med (reel) begrundelse, at udbyderen ikke havde udvist »culpa«, synes at være dommen i Ugeskrift for Retsvæsen 2009 s. 1331 Ø. Denne dom angik imidlertid et helt særegent tilfælde».

Helhetlig må det derfor sies, at etter dansk rett foreligger det ikke lenger et *krav* om culpa, men culpa vil være et sentralt moment ved vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag.

Klagenævnets tolker ansvarsnormen generelt strengt, men det er mulig for klagenævnet å foreta en lempeligere vurdering av ansvarsgrunnlaget ved overtredelser som skyldes avtalepartens feilaktige utøvelse av en skjønn, og kanskje også der det er berettiget tvil om riktigheten av anskaffelsesreglene tolkning. ¹⁰³

5.4 Årsakssammenheng

I praksis henger kravet om årsakssammenheng tett sammen med ansvarsgrunnlaget. Klager må kunne dokumentere ett tap.

Etter dansk rett kan ikke tilbyder både få erstattet den positive og den negative kontraktsinteresse. Tilbyder må derfor velge hvilket krav de vil gjøre gjeldene. Det er derfor i praksis vanlig å prinsipalt begjære den positive kontraktsinteressen, og dersom tilbyder ikke får medhold i sine krav, subsidiært kreve den negative. Dette minner nært om den norske ordningen, og er samme krav som ble fremsatt i Fosen-Linje saken. ¹⁰⁴

¹⁰² Berg (2012) s. 892.

¹⁰³ Treumer (2017) s. 319.

¹⁰⁴ Hamer (2020) s. 389.

En tilbyder som oppfyller kravene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen, vil således også alltid oppfylle betingelsene for å få erstattet den negative kontraktsinteressen, jf. C-243/89 (*Storebælt*-sagen). En tilbyder som er berettiget til erstatning for den positive kontraktsinteressen, og har kalkulert at de ville mottatt ingen eller svært lav fortjeneste, kan derfor velge å kun kreve erstatning for den negative kontrakt interessen.

Dersom tilbyder ikke kan bevise at kontrakten skulle vært tildelt dem, kan utelukkende kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen. Ansvarsgrunnlaget er den samme i begge tilfeller.

5.4.1 Årsakssammenheng ved den positive kontraktsinteresse

Ved tildeling av erstatning for den positive kontraktsinteressen, skal tilbyder stilles som at kontrakten hadde blitt tildelt dem. Bevisbyrden for omfanget av tapet tilfaller klageren.

Dersom tilbyderen kan påvise at de ville vunnet og fått tildelt kontrakten dersom bruddet ikke hadde skjedd, kan de oppnå erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Det er derfor ikke mulig for to tilbydere at begge blir tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det skal kun være én virksomhet som skal kunne utpekes som den riktige vinneren. Se, dom af 5 marts 2009 *JH. Schultz Information A/S mod Skat og Skat mod Magnus Informatik A/S*, hvor to tilbydere søkte erstatning for den positive kontraktsinteressen, som ingen av dem fikk tildelt. De ble i stedet begge tildelt den negative kontraktsinteressen.¹⁰⁵

Etter dansk rett legges det til grunn at kravet om årsakssammenheng vil være oppfylt dersom:

¹⁰⁶

1. Erstatningssøkende tilbyder kunne lovlig bli tildelt kontrakten på grunnlag av det avgitte tilbyd.
2. Tilbyderen kan bevise at kontrakten, dersom det offentlige feil tenkes bort, skulle ha vært tildelt erstatningsøkende tilbyder

¹⁰⁵ Hamer (2020) s. 412.

¹⁰⁶ Hamer (2020) s. 412.

3. Oppdragsgiver kan ikke bevise at oppdragsgiver konkret og av lovlige grunner ikke ville ha tildelt erstatningssøkende tilbyder kontrakten.

Det legges til grunn at i særlige tilfeller vil grovheten av oppdragsgivers overtredelse kunne spille inn på bevisbyrden.

Vilkår 1: Tilbyder kunne lovlig bli tildelt kontrakten. Dette omhandler at tilbyder rent faktisk kunne blitt tildelt kontrakten. Det innebærer at tilbudet ikke kan: inneholde betingelsesløse forbehold, bli levert for sent eller ikke opprettholder formkravene.¹⁰⁷ F.eks. i kendelse af 18. oktober 2011 *Jytas A/S mod Universitets- og bygningsstyrelsen* fant klagenævnet at saksøker tok forbehold for tidsplanen, noe som medførte at det ikke forelå årsakssammenheng. Oppdragsgiver må på sin side, bevise at de ikke lovlig kunne akseptere tilbudet.¹⁰⁸

Det er «fast praksis» at dersom tilbudet ikke kan danne grunnlag for lovlig tildeling, foreligger det ikke årsakssammenheng og tilbyder er ikke berettiget til erstatning. Det betyr også at dersom oppdragsgivers feil medfører at de ikke lovlig kan tildele kontrakten til noen, at tilbyder(e) ikke kan motta erstatning for den positive kontraktsinteressen i noen sammenheng.¹⁰⁹ I kendelse af 15. september 2016, *SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark* uttaler klagenævnet: «*Hvis uoverensstemmelsen mellem udbudsbetingelserne og udbudsreglerne medfører, at der ikke lovligt vil kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, er tilbudsgiveren imidlertid på den anden side afskåret fra efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser om årsagsforbindelse at opnå erstatning. Samme resultat følger af betragtninger om tilbudsgiverens egen skyld ved på trods af den ulovlige betingelse at have afgivet tilbud.*»¹¹⁰

2. Tilbyder kan bevise at de ville fått kontrakten. For å kunne få erstattet den positive kontraktsinteressen må tilbyder kunne bevise at de, dersom feilen ikke hadde skjedd, skulle vunnet konkurransen. Dersom tildelingskriteriet er pris, er vurderingen forholdsvis enkel. Dersom den er det mest økonomisk gunstige, er vurderingen mer kompleks, ettersom oppdragsgiver kan ha dokumentert at etter deres vurdering den klagende tilbyder ikke var det

¹⁰⁷ Se kendelse af 24. marts 2004, *MJ Eriksson A/S mod Fuglebjerg Kommune*

¹⁰⁸ Hamer s. 413.

¹⁰⁹ Se kendelse af 31. oktober 2016, *Motus A/S mod Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen*.

¹¹⁰ Hamer s. 414.

beste tilbudet som forelå. I så fall må tilbyder bevise at vurderingene er gjort på ulovlig underkriterier eller feilaktig vurdert vilkårene, eller fordi vurderingene ikke var saklige og objektive. Bevisbyrden ligger hos tilbyder, som medfører at det kan være store utfordringer i praksis.¹¹¹

Etter rettspraksis må det være sannsynlighetsovervekt for at tilbyder skulle ha vunnet kontrakten, det må ikke være helt sikkert. Dette blir bl.a. uttalt i kendelse af 27. september, *Rent A/S mod Køge Kommune* hvor det blir uttalt av klagenævnet at det kreves «Med en til vished grænsende sandsynlighed, at klageren, hvis bedømmelsen havde været korrekt, ville have fået tildelt kontrakten».

Man kan da komme i en situasjon hvor oppdragsgiver skreddersyr konkurransegrunnlaget for å favorisere en tilbyder. I så fall vil ikke klagende tilbyder kunne bevise at de – med sannsynlighetsovervekt – skulle fått tildelt kontrakten. Dette var situasjonen i sak U 2012.3232 V,¹¹² hvor oppdragsgiver hadde favorisert en tilbyder og satt opp konkurransen slik at det var stort sammenfall mellom tilbyders varekatalog og konkurransegrunnlaget. I en slik situasjon er de øvrige tilbyderne avskåret fra positiv kontraktsinteresse, men det kan argumenteres for at konkurransegrunnlaget er utformet ulovlig.¹¹³

3. Oppdragsgiver kan ikke bevise, at tilbyder ikke ville blitt tildelt kontrakten. Selv om tilbyder kan bevise at de skulle blitt tildelt kontrakten, dersom feilen tenkes bort, kan de fortsatt være avskåret fra erstatning.¹¹⁴

Dette vil være tilfelle hvis oppdragsgiver lovlig avlyser konkurransen. I kendelse af 4. august 2009, *Mölnlycke Healthcare ApS mod Region Hovedstad*, hvor Klagenævnet uttalte «der vil som udgangspunkt ikke være grundlag for at pålægge en ordregiver, der med den anførte saglige grund annullerer et udbud, at betale tilbudsgivere erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse».¹¹⁵

¹¹¹ Hamer (2020) s. 415.

¹¹² Dom af 3. Juli 2012 *Indkøbscentral mod AV Form A/S*.

¹¹³ Hamer (2020) s. 416.

¹¹⁴ Hamer (2020) s. 417.

¹¹⁵ Hamer (2020) s. 418.

Oppdragsgivere har bred adgang til å avlyse konkurranser. Tilbyder må i så fall bevise at det er i strid med likebehandlingsprinsippet eller er av usaklige grunner. Men det er ikke tilstrekkelig for oppdragsgiver å angi en generell adgang til å avlyse konkurransen. I kendelse af 7. juli 2005, *Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab* hvor Klagenævnet utalte «Der kan ikke lægges vægt på hypotetiske indsigelser af denne karakter, idet der i så fald reelt aldrig ville kunne tillægges en forbigået tilbudsgiver erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse».

Det er i alle tilfelle oppdragsgiver som har bevisbyrden i denne for at konkurransen var lovlig avlyst, som er bekreftet av den danske Højesteret i deres avgjørelse i *Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet*.¹¹⁶

Dersom oppdragsgiver kan bevise at klager ikke ville ha vunnet konkurransen fordi tilbyder var for dyr, er de likeså avskåret fra erstatning for den positive kontraktsinteressen.¹¹⁷

5.4.2 Årsakssammenheng ved den negative kontraktsinteressen

Det synes å være to tilnærminger til årsakssammenheng ved negativ kontraktsinteresse. Den første kan oppsummeres slik: Dersom tilbyder kan bevise at de ikke ville kommet med tilbud dersom de hadde visst at oppdragsgiver ville brutt reglene for offentlige anskaffelser.

Det innebærer at kravet ikke er identisk for alle tilbydere, men avhenger av den enkelte tilbyder konkrete kunnskap. I forlengelse av dette medfører det at man kan stå i en situasjon der noen tilbydere for samme kontrakt kan være berettiget til erstatning, mens andre tilbydere med mer erfaring og kunnskap vil være avskåret.¹¹⁸

Den andre er: Dersom tilbyder kan bevise at anskaffelsesreglene har blitt brutt, og har innvirket på valget av tilbyder.¹¹⁹

¹¹⁶ Hamer (2020) s. 422.

¹¹⁷ Se kendelse af 28. februar 2019 *Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune*.

¹¹⁸ Hamer (2020) s. 422.

¹¹⁹ Hamer (2020) s. 422.

I motsetning til den norske Høyesterett tilnærming i *Fosen-Linjen* saken, fremstår det slik at i dansk rett kan ikke tilbyder bli tilkjent erstatning dersom feilen var oppdaget av tilbyder før tilbudet ble sendt.¹²⁰ ¹²¹ Derimot hvis en feil skjer etter tilbudet er avgitt, er det fortsatt adgang til å bli tilkjent erstatning. Det er av gjeldene oppfatning at bruddet da må ha innvirket på valget av tilbyder.

Denne forståelsen ser ut til å være i overensstemmelse med § 14 annet ledd, hvor det fremkommer at tilbyder må bevise at det foreligger «En reel mulighed for få ordre, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået». Dette vil være tilfellet dersom oppdragsgiver ikke gjennomfører en objektiv og «fair» vurdering.¹²²

Dette har vært tema i en rekke saker for klagenævnet for udbud, i bl.a. kendelse af 20. maj 2014, *Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland*, og kendelse af 4. november 2014 *HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen*. Det synes at i slike tilfeller er vurderingen om tilbyder *hadde eller burde ha skjønt* at det var oppdragsgiver som hadde gjort feil.

I disse tilfellene synes det at retten legger spesielt vekt på at tilbyder selv påpeker bruddet i sitt tilbud, og derfor burde skjønt at konkurransen burde avlyses.¹²³

Det blir uttalt av domstolen i kendelse af 15. september 2016, *SIM Lægekørsel mod Region Syddanmark*: «Derimod vil overtrædelser, der vedrører evalueringen, som udgangspunkt kunne danne grundlag for tilkendelse af erstatning, hvis de øvrige betingelser herfor er opfyldt. Sådanne overtrædelser ville det typisk ikke være mulig for tilbudsgiveren at identificere før underretningen om tildelingsbeslutningen», i den konkrete saken var oppdragsgivers feil at det var et vilkår om forrang for tilbydere med taxibevilling. Vilkåret var kjent i konkurransegrunnlaget før tilbudet ble innsendt og vilkåret var i strid med gjeldene rett, dette var noe en profesjonell aktør burde visst eller skjønt. Det forelå derfor ikke årsakssammenheng mellom tapet og feilen.

¹²⁰ Se kendelse af 20. maj 2014, *Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland*. Se også kendelse af 4. november 2014, *HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen*

¹²¹ HR-2023-206-A (Perpetuum).

¹²² Treumer (2017) s. 423.

¹²³ Se kendelse af 10. december 2012, *Marius Pedersen mod Aalborg Kommune*.

Tanken synes å være at dersom tilbyder visste at konkurransen var i strid med reglene, foreligger det heller ingen reell forvetning om at feilen skal medføre erstatningsansvar.

6 Komparativ analyse

Det danske regelverket og det norske har flere likheter, men arter seg noe annerledes på flere punkter. I likhet med Norge foreligger det de samme grunnleggende kravene for å tilkjenne erstatning etter dansk rett, nemlig at det må foreligge ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap.

Videre er det også lagt til grunn at etter dansk rett er det også normalt et krav om culpa assosiert med ansvarsgrunnlaget, men etter EU/EØS praksis er dette kravet modifisert. Etter norsk rett er det nå klart, med bakgrunn i Fosen-Linje saken, at det ikke foreligger krav om culpa, mens etter dansk rett er kravet noe mer komplisert. Det fremstår slik at culpa spiller en noe større rolle i dansk rettspraksis enn den norske. Etter norsk rett synes det å være et av flere momenter i vurderingen, men etter danske rett er spørsmålet mer sentralt.

Blant annet er hvem som er kompetente til å tilkjenne erstatning forskjellig mellom landene. I Norge er det kun domstolen som kan pålegge erstatningskrav, mens KOFA kan kun pålegge overtredelsesgebyr eller gi rådgivende uttalelser. Etter dansk praksis er Klagenævnet kompetent til å pålegge erstatning. Dette medfører trolig at terskelen er høyere i Norge enn i Danmark før en skadelidt tilbyder velger å gå til sak. Dette skal drøftes videre nedenfor.

Den danske praksis stiller ikke krav om at overtredelsen skal være tilstrekkelig kvalifisert, men at den skal «*være væsentlige og konkret have haft betydning for valget af tilbudsgiver*»¹²⁴

Etter både norsk og dansk rettspraksis blir tilbyder avskåret fra den positive kontraktsinteressen dersom konkurransen skulle vært avlyst på grunn av feil i konkurransegrunnlaget. Etter norsk rett kan det fortsatt oppnås erstatning for den negative kontraktsinteressen, men etter dansk rett er tilbyder avskåret dersom tilbyder hadde eller

¹²⁴ Hamer (2020) s. 396.

burde skjønt at det var gjort en feil.¹²⁵ Retten til erstatning kan derimot gjenopprettes dersom feilen skjedde *etter* at tilbudet var levert etter dansk rett.

6.1 Ansvarsgrunnlag

Ansvarsgrunnlaget etter dansk rett er noe annerledes enn det norske. Der det i Norge foreligger krav om at en feil må være «tilstrekkelig kvalifisert», finnes det ikke en tilsvarende formulering etter dansk rett. Selv om formuleringen er noe annerledes etter dansk rett, fremstår det som at det begge landene i realiteten anvender er vurdering av vesentligheten i bruddet, hvor mange av de samme momentene vil gjøre seg gjeldene.

Ved vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag vil i begge landene være basert på bl.a. hvor klar den overtrådte regelen var, hvor mye skjønn oppdragsgiver hadde, til hvilken grad EU/EØS-rettslige prinsipper gjør seg gjeldene og om det foreligger culpa. Det fremstår slik at dansk rettspraksis til større grad enn den norske vektlegger skyld. Selv om det i utgangspunktet ikke skal være relevant, går dansk rettspraksis så langt at det nesten foreligger krav om skyld.

Det må her bemerkes at Danmark og Norge, når det gjelder ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteressen, anvender en noe annen ansvarsnorm enn hva som er normen i øvrige EU-land. Særlig Frankrike,¹²⁶ Tyskland¹²⁷ og (da de fortsatt var EU-medlem) Storbritannia¹²⁸ anvender her en helt annen terskel, hvor enhver overtredelse av regelverket anses tilstrekkelig for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen.

¹²⁵ Se HR-2023-206-A (Perpetuum) og kendelse af 20. maj 2014, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland.

¹²⁶ Jf. Francois Lichère: *Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France*, Public Law Review, 2006, s. 171 med henvisning til C. Bréchon-Moulènes: *Droit des marchés publics*, Editions du momiteur, III.630, s. 1-35.

¹²⁷ Treumer (2017) s. 325 med henvisning til Martin Burgi, Duncan Fairgrieve og François Lichère (red.): *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy*, 2011, s. 19 og avsnitt 2 i Anne Rubach-Larsen: *Damages under German Law for Infringements of EU Procurement Law*, Public Procurement Law Review 2006, s. 179.

¹²⁸ Harmon CFEM *Facades v Corporate Officer of the House of Commons* (1999) 67 ConLR 1.

Med tanke på den øvrige drøftingen av EFTA-domstolens uttalelser i *Fosen-Linjen 1* angående ansvarsnormen for den negative kontraktsinteressen fremstår det her slik at de nevnte landene har en terskel betraktelig lavere enn Danmark og Norge, og nærmere terskelen EFTA-domstolen oppsatte i *Fosen-Linjen 1*. Hvorvidt dette er en indikasjon på hvilken vei den felles EU/EØS-rettslige normen kommer til å utvikle seg er fortsatt usikkert.

Det kan virke som vesentlighetsvurderingen etter norsk og dansk rett kan være i konflikt med tilnærmingen til de store landene i EU, og ettersom EU/EØS-retten legger til grunn at enhver overtredelse i prinsippet er tilstrekkelig, at det kan være en pekepinn på utviklingen generelt i EU/EØS.

I forlengelsen av dette og drøftelsen angående de forskjellige ansvarsnormene redegjort for i *Fosen-Linjen 1* og *Fosen-Linjen 2* må det også vurderes om denne tolkningen gjort av den norske Høyesterett som likestilte ansvarsgrunnlaget for negativ og positiv kontraktsinteresse er holdbart. Dersom spørsmålet om ansvarsgrunnlaget for negativ kontraktsinteresse på ny blir stilt for EFTA-domstolen eller EU-domstolen kan det hende normen fastsatt i *Fosen-linjen 1* blir opprettholdt, og konklusjonen fra Høyesterettsdommen *Fosen-Linjen* vil bli tilsidesatt. I så fall kan utfallet av saken få for anskaffelsesretten i begge land.

Hvorvidt denne ansvarsnormen kommer til å gjøres gjeldene ved den positive kontraktsinteressen kan det også spekuleres i. EFTA-domstolen ga ingen indikasjon om at å stille vesentlighetskrav i vurderingen er i strid med EU/EØS-retten, tvert imot. Det nærmere innholdet i ansvarsgrunnlaget i de nevnte lands rett er utenfor rekkevidden til denne oppgaven. Samtidig vil normene og terskelen anvendt i spesielt Tyskland og Frankrike kunne ha innflytelse på hvordan kravet om ansvarsgrunnlag vil bli vurdert i den langsiktige fremtid. Det kan tenkes at etter hvert som den felles europeiske retten sakte blir nærmere, at også positiv kontraktsinteresse vil vurderes nærmere de store på kontinentet.

Helhetlig kan det derfor sies at vurderingen om ansvarsgrunnlag etter norsk og dansk rett er svært sammenfallende, og kun skiller seg i begrenset omfang og ved vektleggingen av visse momenter. Dette kommer av lik rettstradisjon og likt opphav til reglene, primært da fra EU/EØS-retten.

6.2 Årsakssammenheng

Både Norge og Danmark skiller i vurderingen av årsakssammenheng mellom positiv og negativ kontraktsinteresse. Dette skillet har muligens opphav i samme grunnen til at positiv kontraktsinteresse først ble gjort gjeldene senere enn den negative. Det kommer av at siden håndhevelsesdirektivet ble vedtatt var det tatt utgangspunkt i at den i alle tilfelle siktet til den negative kontraktsinteressen, og at tilbyder skulle i det minste få erstattet deres kostnader ved brudd. Ved den positive var det derimot lenge usikkert som redegjort for i punkt 2.

I etterkant har det derimot blitt bekreftet gjennom rettspraksis i både Norge og Danmark at det skal tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteressen. Dette har blitt fulgt opp og landene har tidvis tatt inspirasjon fra hverandre, resultatet har blitt svært sammenfallende vurderingsmomenter.

6.2.1 Positiv kontraktsinteresse

Både Norge og Danmark bygger på en tanke om *faktisk* årsakssammenheng. Tilbyder må bevise at deres rettigheter er brutt, og at feilen har medført at tilbyder ikke vant konkurransen.

Dersom klager/tilbyder var kjent med at konkurransen burde eller skulle vært avlyst på grunn av feil fra oppdragsgivers side, vil det normalt bryte årsaksrekken. Etter norsk rett har Høyesterett likevel funnet at det er mulig å bli tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen, men det er noe usikkert hvor åpen denne adgangen er, eller om det er begrenset til situasjoner der oppdragsgiver velger å se bort ifra feilen og fortsetter konkurransen.

Vurderingsmomentene er i stor grad sammenfallende. Det legges b.la. vekt på om kontrakten lovlig kunne blitt tildelt til tilbyderen som begjærer erstatning, hvorvidt tilbyder var den som ville blitt valgt dersom reglene var fulgt og om det foreligger holdepunkter som tilsier at noen andre var å foretrekke.

Dersom konkurransen blir avlyst vil det bryte årsaksrekken, og saksøker/klager vil bli avskåret fra erstatning. Det er oppdragsgiver som må bevise at konkurransen var lovlig avlyst. Etter dansk rett vil ansvaret ligge ved oppdragsgiver dersom feil blir oppdaget etter tilbud er mottatt, mens etter den nylig avgitte *Perpetuum* dommen vil det etter norsk rett avskjære

saksøker fra erstatning for den positive kontraktsinteressen, dette vil drøftes ytterligere i kapittel 7.¹²⁹

6.2.2 Negativ kontraktsinteresse

Når det gjelder den negative kontraktsinteressen oppstiller både norsk og dansk rett to alternative ruter for at det skal foreligge årsakssammenheng. Om tilbyder ville deltatt i konkurransen dersom de visste om feilen, og om feilen har virket inn på valget av tilbyder. Det synes slik at det første alternativet er det som oftest kommer på spissen i rettspraksis.

Det største forskjellene i rettspraksis fremkommer av *Fosen-Linjen* dommen, hvor det fremkommer at dersom konkurransen skulle vært avlyst vil oppdragsgiver ikke bli avskåret fra erstatning for den negative kontraktsinteressen. Etter dansk rett vil det bryte årsaksrekken.

Den tydeligste forskjellen mellom landenes rettspraksis er følgene av en konkurranse som blir lovlig avlyst når feilen var eller burde være kjent for tilbyder. Etter dansk rett vil dette bryte årsaksretten. Etter norsk rett, med bakgrunn i *Fosen-Linjen* saken, vil ikke saksøker bli avskåret. I Danmark synes det til at dersom tilbyder påpeker feilen, men velger å fortsatt delta vil være bevis *mot* tilbyderen, mens etter norsk vekt tillegges dette relativ liten vekt. Det kan synes at det derimot kan anvendes som bevis mot oppdragsgiver, som burde ha handlet på kritikken.

7 Er terskelen for høy for å søke erstatning i Norge?

Et spørsmål som følger, er om det er for høy terskel for å søke erstatning i Norge.

Som nevnt i punkt 2.1. et det et krav i EU/EØS-retten at nasjonal rett ikke kan gjøre det umulig eller urimelig vanskelig å oppnå erstatning. For å etterleve kravene etter EU/EØS retten foreligger det en tanke om *privat håndhevelse* av reglene. Det finnes i norsk rett også, hvor det primært sikter til håndhevelse av bestemmelser som skal vareta forbrukerhensyn,

¹²⁹ HR-2023-206-A.

hensynet til folkehelsen, hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet osv.¹³⁰ Innenfor EU/EØS-retten går denne rettigheten noe lengere. Det er på det rene at de eneste som kan håndheve og utfordre oppdragsgivere innenfor anskaffelsesretten er tilbyderne.¹³¹ Det må derfor foreligge tilstrekkelig insentiver slik at tilbyderen anser det verdt sin tid og sine ressurser å forelegge saker for domstolen. Dersom terskelen blir for høy og/eller gevinsten er for lav, vil det sjeldnere bringes saker for domstolen. I praksis er det egentlig kun saker om positiv kontraktsinteresse som tilkjenner erstatning høy nok til at tilbyder anser det verdt det å gå til sak, ellers nøyer tilbyder normalt sett med å avlegge klage til KOFA. Spørsmålet er om dette gjør det urimelig vanskelig for tilbyder å få tilkjent erstatning for brudd på deres rettigheter?

Det er tendenser som peker mot at Norge har for høy terskel for å søke erstatning. Siden Nucleus-dommen ble avsagt, blir det ikke tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse for mer enn 1 sak i året (i snitt). Beløpene er heller ikke store. Utenom Bane NOR-saken,¹³² er ikke gjennomsnittlig erstatningsbeløp mer enn rundt NOK 10 millioner per år.¹³³ Ettersom det er over 16 000 anskaffelser årlig, med en samlet kontraktsverdi på over NOK 600 milliarder kan det tyde på at den preventive effekten til erstatningsreglene er liten.¹³⁴

Det foreligger ingen komplett oversikt over antallet anskaffelsesaker for norske domstoler. Lovdata i perioden 1. januar 2016 til 1. januar 2019 viser at det årlig blir fremlagt rundt 20-25 saker for domstolen. Lovdata inneholder imidlertid ikke alle saker fremlagt for tingsretten og lagmannsretten innenfor anskaffelsesrettens område, men et utvalg. Det dreier seg som regel om midlertidige forføynings- og erstatningssaker. KOFA får årlig inn rundt 200 klager til behandling.¹³⁵

Det danske klagenævnet for udbud kommer jevnlig ut med sin årsberetning. I perioden 2010-2021 blir det forelagt rundt 120-125 saker årlig, hvorav det ble tilkjent erstatning for rundt 5

¹³⁰ Hagstrøm (2015) s. 40.

¹³¹ Goller (2020) s. 52.

¹³² LB-2015-72805.

¹³³ Meld. St. 22 (2018-2019).

¹³⁴ Goller (2020) s. 87.

¹³⁵ Klagenemdssekretariatets årsmelding 2010-2020.

per år.¹³⁶ Det er ikke helt sikkert om noen av disse sakene kun omhandler negativ kontraktsinteresse, men som redegjort for tidligere er det normalt kun den positive tilbyder anser det som verdt å søke etter.

Med forbehold kan der derfor sies at både det danske Klagenævnet og norske domstoler tilkjenner erstatning for positiv kontraktsinteresse i rundt 4% av sakene som blir vurdert.¹³⁷ Der tallene skiller seg mer er saksmengden. Den Danske klagenævnet behandler 500% flere saker i året enn den norske domstolen hvor det *kan* tilkjennes erstatning.

Ettersom det er store likheter - både i totale antall klager på anskaffelser, hvor mye som brukes på anskaffelser og hvor stor andel av saker som blir tilkjent erstatning når de vurderes – er det noe oppsiktsvekkende at det tilkjennes så få erstatninger i Norge. Det er liten grunn til å tro at offentligheten i Norge begår færre feil enn sin danske motpart.

Grunnen til dette gapet er trolig at for å få erstatning i Norge må partene møtes foran domstolen. Dette medfører kostbare og ressurskrevende prosesser som kan ta flere år å gjennomføre i praksis. Et illustrerende eksempel er *Fosen-Linjen* saken, hvor det fra det hele begynte i 2013 tok over 6 år før erstatning ble tilkjent i 2019. I motsetning er behandlingstiden i KOFA og Klagenævnet betraktelig kortere, normalt rundt 6 måneder. For mange næringsdrivende er det antakeligvis for ressurskrevende å føre saken for domstolen, enn det er å bare absorbere tapet.

Som nevnt avslutningsvis i punkt 4.3 er saksøker nå avskåret fra erstatning for den positive kontraktsinteressen dersom det blir oppdaget feil som skulle medføre avisning, også etter at konkurransen er avsluttet. I den konkrete saken ble ikke den aktuelle feilen oppdaget før i lagmannsretten. Nå kan tilbyder bli avskåret fra erstatning for en feil hverken dem selv, oppdragsgiver eller oppdragsgiver advokater oppdager før lenge etter konkurransen var over. Når da oppdragsgiveren kan gå fri for ansvar for én feil, ved å påberope seg feil som ikke var kjent ved avgjørelsestidspunktet, vil adgangen til erstatning begrenses ytterligere. Morten Goller at «Dette er etter vår vurdering problematisk i forhold til effektivitetsprinsippets krav

¹³⁶ Klagenævnet for udbud årsberetning 2021 punkt 56.

¹³⁷ Statistikken som anvendes for Norge omhandler kun saker om positiv kontraktsinteresse, mens den Danske statistikken skiller ikke mellom typene. Det er derfor vanskelig å gi et komplett bilde av tilstanden.

om virksomme og avskrekkende sanksjoner, og også i strid med håndhevelsesdirektivets formål. Høyesterett har imidlertid ikke funnet disse hensyn tilstrekkelig tungtveiende.»¹³⁸

Dette problemet blir større med tanke på at dersom oppdragsgiver får medhold blir kun erstatningsspørsmålet behandlet i én instans, mens dersom tilbyder får medhold kan saken ankes hele veien til Høyesterett. Det blir da spesielt vanskelig for tilbyder å kunne gå til sak med noen forutberegnelighet. I motsetning til Svensk eller Tysk rett der spørsmålet kan avgjøres før kontraktsinngåelse.¹³⁹

Det er tvilsomt om dagens ordning er i overenstemmelse med det EU/EØS rettslige effektivitetsprinsippet, siden det da er en større byrde for næringsdrivende å søke erstatning i Norge enn i Danmark. Videre kan det ha konsekvenser for tillitten til anskaffelsesreglene i Norge, dersom det foreligger mindre risiko å bruke tid og ressurser på danske konkurranser vil det kunne utarte negativ for Norge på lang sikt.

Danmarks relative lave terskel for erstatning medbringer antakeligvis lavere risiko for potensielle tilbydere, som vil ha lavere risiko ved å tilby sine tjenester til den danske offentligheten. De vil ha større sikkerhet ved feil i Danmark enn Norge, og det kan være uheldig for konkurransedyktigheten for offentligheten i Norge og norske aktører.

Det kan også tyde på en mer utbredt tradisjon for å være mer åpen til erstatning, muligens på grunn av at Danmark historisk har vært et handelssamfunn i større grad enn Norge. Man kan se slike tendenser også i helt andre rettsområder, blant annet Asbjørn Kjønstad argumenterer langs disse linjene i sin artikkel om feilslått familieplanlegging. Hvor ved feilslått frivillig sterilisering som medfører graviditet, er det erstatningsrettslig vernet etter dansk rett, men ikke etter norsk.¹⁴⁰

Særlig med tanke på den *private håndhevelsen*, sentralt etter EU/EØS-retten, er det problematisk at terskelen er så høy i Norge. Innen andre rettsområder kan flere enn den private håndhevere rettigheter, som konkurranseretten. Terskelen burde derfor være lavere for

¹³⁸ Goller (2023).

¹³⁹ Goller (2023).

¹⁴⁰ Kjønstad (1991).

å sikre privates rettigheter. Hvor lav eller høy tersklene burde være er usikkert, men det å foretrekke at terskelen er for lav, enn for høy.

Det er vanskelig å si med sikkerhet uten avgjørelse fra EU- eller EFTA-domstolen, men ettersom terskelen er høyere i Norge enn i Danmark kan det være i strid med de nasjonale forpliktelsene at kun domstolen kan tilkjenne erstatning. Kravet som følger av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet kan være brutt med dagens rettstilstand. Det er mulig det burde komme modifikasjoner som enten gjør det enklere å føre anskaffelsessaker for domstolen, eller at KOFAs kompetanse må utvides. Dersom ikke lovgiver eller domstolene gjør dette, kan det hende EU- eller EFTA-domstolen endrer tilstanden selv.

Referanseliste

Lover og forskrifter

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

Lov nr. 884 af 21/06/2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Forarbeider og stortingsmeldinger

Ot.prp. nr. 71 (1997-98) Om lov om offentlige anskaffelser

Prop. 51 L 2015-2015 A om offentlige anskaffelser

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

NOU:2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Direktiver, traktater, vedtekter

Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps samt bygge og anleggskontrakter. (Tidligere direktiv).

Direktiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av EF-reglene for fremgangsmåten ved anskaffelser innenfor vann- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon. (Tidligere direktiv),

Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive

2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area of Public Procurement (SWD(2017)13).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF vedrørende forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter. (Gjeldene direktiv).

Direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige anskaffelser. (Gjeldene direktiv).

Direktiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester. (Gjeldene direktiv).

Rettspraksis fra Høyesterett, Lagmannsrett, Klagenævnet for udbud, Queen's Bench Divison (Administrative Court), EU-domstolen og EFTA-domstolen

Høyesterett

Rt. 1997 s. 574 *Firesafe*

Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*

HR-2019-1801-A *Fosen Linjen*

HR-2022-1964-A

HR-2023-206-A *Perpetuum*

Lagmannsrett

LF-2015-187242

LB-2015-72805

LB-2017-94201

Højesterett

Dom af 5. marts 2009 i sag BS B-1649/08 og B-1650-08 i *JH. Schultz Information A/S mod Skat og Skat mod Magnus Informatik A/S*.

Dom af 5. april 2011 i sag BS 67/2008 i *Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S*.

Dom af 15. juni 2012 i sag BS 88/2010 i *Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet*.

Dom af 3. juli 2012 i sag BS 2010-0023065 i *12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S*.

Klagenævnet

Kendelse af 24. marts 2004, *MJ Eriksson A/S mod Fuglebjerg Kommune*.

Kendelse af 8. marts 2005 *Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S*.

Kendelse af 7. juli 2005, *Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab*.

Kendelse af 4. august 2009, *Mölnlycke Healthcare ApS mod Region Hovedstad*.

Kendelse af 5. december 2011, *Konica Minolta Business Solutions Denmark mod Erhvervsskolen Nordsjælland*.

Kendelse af 18. oktober 2011 *Jytas A/S mod Universitets- og bygningsstyrelsen*.

Kendelse af 10. december 2012, *Marius Pedersen mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhedere, Renovationsvæsenet*.

Kendelse af 27. september 2013, *Rent A/S mod Køge Kommune*.

Kendelse af 20. maj 2014, *Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland*.

Kendelse af 4. november 2014, *HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen*.

Kendelse af 31. oktober 2016, *Motus A/S mod Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen*.

Kendelse af 28. februar 2019 *Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune*, sag.

EU-domstolen

Dom av 19. november 1991, *Francovich*, C-6/90 og C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428.

Dom av 22. juni 1993, *Storebælt*, C-243/89, ECLI:EU:C:1993:257.

Dom av 5. mars 1996, *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 og C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79.

Dom av 4. juli 2000, *Haim*, C-327/00, ECLI:EU:C:2000:357.

Dom av 28. april 2010 *Belgian Sewing Thread*, T-452/05, ECLI:EU:T:2010:167.

Dom av 9. desember 2010, *Combinatie*, C-568/0, ECLI:EU:C:2010:751.

Dom av 30. september 2019, *Strabag*, C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567.

Dom av 17. november 2022 *CAEC*, C-253-04, ECLI:EU:C:2022:894.

EFTA-domstolen

Sak av 14. juni 2014, E-6/00, *EFTA Court - Advisory Opinion of the Court of 14 June 2001 in Case E-6/00 (Request for an Advisory Opinion from the Administrative Court for the Principality of Liechtenstein): Dr Jürgen Tschannett (Right of establishment — Single practice rule — Justification by overriding reasons of general interest) (Pursuant to Article 27(5) of the Rules of Procedure only the English and German texts are authentic)*.

Sak av 31. oktober 2017, E-16/16, *Fosen-Linjen I*, anmodning til EFTA-domstolen fra Frostating lagmannsrett i en sak mellom Fosen-Linjen AS og AtB AS.

Sak av 1. august 2019, E-7/18, *Fosen-Linjen II*, anmodning til EFTA-domstolen fra Norges Høyesterett i en sak mellom Fosen-Linjen AS, støttet av Næringslivets Hovedorganisasjon, og AtB AS.

Queen's Bench Division (Administrative Court)

Harmon Cfem Facades (Uk) Ltd (Plaintiff) v The Corporate Officer of The House of Commons, Case No: 1996 ORB No 1151, 28 oktober 1999.

Juridisk Litteratur

Asbjørn Kjønstad, *Erstatning ved «feilslått» familieplanlegging – særlig om utgifter til underhold av velskapt barn som fødes etter «mislykket» sterilisering eller abort*, Lov og Rett, 1991.

Francois Lichère, *Damages for Violation of the EC Public Procurement Rules in France*, Public Law Review, 2006.

Anne Rubach-Larsen, *Damages under German Law for Infringements of EU Procurement Law*, Public Procurement Law Review, 2006.

Steen Treumer og Francois Lichère, *Enforcement of te EU Public Procurement Rules*, 2011.

Martin Burgi, Duncan Fairgrieve og François Lichère (red.), *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy*, 2011.

Claus Berg, *Udbudsret i Byggeriet*, Djøf forlag, 2012.

Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettsligerstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget, 2013.

Espen Bakke og Thomas Nordby, *Offentlige anskaffelser*, Fagbokforlaget, 2013.

Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget, 2013.

Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities*, Procurement Volume I, 3. utg., Thomson Reuters 2014.

Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave, 2. opplag, Universitetsforlaget, 2014.

- Viggo Hagstrøm og Are Stensvik, Are, Erstatningsrett, Universitetsforlaget, 2015.
- Isabell A. Fjetland, *Erstatning ved brudd på anbudsreglene*, Kluge, 2016.
- Morten Goller, mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Gyldendal Juridisk, 2017.
- Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger, *Offentlige myndigheters erstatningsansvar*, 1. utgave, Djøf forlag, 2017.
- Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave., Universitetsforlaget, 2017.
- Steen Treumer, Claus Rohde, Helle Bødker Madsen, Henning Fuglsang Sørensen, Jens møller, Jonas Christoffersen, Niels Fenger, Peter Pagh, Rasmus Grønved Nielsen, Søren Højgaard Mørup, Sune Fugleholm og Vibe Uflbeck, *Offentlige myndigheters erstatningsansvar*, Kapittel 11 av Steen Treumer, Djøf Forlag, 2017.
- Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget, 2018.
- Halvard Haukeland Fredriksen og Strandberg, *Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2018.
- Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018.
- Mari Benkow og Inger Roll-Mathisen, *Erstatning ved brudd på anskaffelsesreglverket i lys av Fosen-linjen*, Berngaard, 2019.
- Carina Risvig Hamer, *Lov om klagenævnet for Udbud*, 2. utgave, Djøf forlag, 2020.
- Morten Goller og Oda H. Ekre, *Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene*, vitenskapelig publikasjon, 2020.
- Christine Marcussen, *Den nasjonale terskelverdien i offentlige anskaffelser – et nødvendig onde?*, Stat & Styring, 2021.
- Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Oslo, 2022.
- Morten Goller, *Prinsipiell avklaring fra Høyesterett om offentlige anskaffelser*, Wiersholm, 01.02.2023

Internett

Nye EØS-terskelverdier for 2022-2024, publisert av Nærings og fiskeridepartementet, Lesedato: 23.04.2022. - <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/justerer-opp-terskelverdier/id2905378/>

Klagenævnet for udbuds årsrapport fra 2021. Lesedato: 23.03.2022-
<https://naevneneshus.dk/media/10389/aarsberetning-2021.pdf>

Klagenemdssekretariatets årsmelding 2010-2020. Lesedato 01.05.2023 -
www.klagenemdssekretariatet.no/klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa.

BAHR, Høyesterett etablerer nytt ansvarsgrunnlag for erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene. Lesedato 01.05.2023 - <https://bahr.no/newsletter/hoyesterett-etablerer-nytt-ansvarsgrunnlag-for-erstatning-ved-brudd-pa-anskaffelsesreglene>

Verdinator, *Terskelverdier offentlige anskaffelser*. Lesedato 01.05.2023 -
<https://www.verdinator.no/terskelverdier-offentlige-anskaffelser/>

