



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Avlysning av konkurranse basert på at oppdragsgiver har utført anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen.

Mats Øverås

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, vår 2022

Innhold

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Hvorfor er avhandlingens tema aktuelt og viktig?	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Metode og rettskilder	4
1.4.1	EU-rettslig metode	4
1.5	Fremstillingen videre	6
2	Avlysning og anskaffelsesrettslige feil.	6
2.1	Hva er avlysning	6
2.2	Eksempler på feil ved gjennomføring av konkurransen	7
2.2.1	Uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget	7
2.2.2	Feil ved gjennomføringen av konkurransen	8
3	EU/EØS-rettslige begrensninger	8
3.1	Innledning	8
3.2	Begrenser EU-retten oppdragsgivers mulighet til å avlyse grunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen?	10
4	Grunnleggende prinsipper og formål	12
4.1	Prinsipper	12
4.2	Likebehandling	12
4.3	Gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvbarehet	13
4.4	Forholdsmessighet	14
4.5	Konkurransen	14
4.6	Regelverkets formål	14
5	Avlysningsretten – Kravet til saklig grunn	16
5.1	Innledning	16
5.2	«Saklig grunn» - Ordlyd	17
5.3	Fosen-linjen	18
5.3.1	Innledning - Saksforholdet	18
5.3.2	Ingen kontraheringsplikt	20
5.3.3	Saklig grunn - Totalvurdering	21
6.	Objektive omstendigheter	24
6.1	Innledning	24
6.2	Avlysning basert på oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil	25
6.3	Full objektiv prøving	26

6.4 Innvirkningskrav	32
6.4.1 Innvirkningskravets innhold	34
6.4.1.1 Innvirkningskravet ved avlysningsplikten	34
6.4.2.2 Innvirkning ved avlysningsrett	37
6.4.3 Oppsummering	39
6.5 Krav om at feilen ikke kan rettes opp på en annen måte	39
6.6 Oppsummering	40
6.7 Rettslig usikkerhet	41
6.7.1 Innledning	41
6.7.2 Objektiv prøving	42
6.7.3 Tilknytning til avlysningsplikt	42
6.7.4 Betydningen av skille mellom rettslig og faktisk usikkerhet	43
6.7.5 Beviskrav - «Reell usikkerhet»	45
6.7.6 Krav om at usikkerheten har manifestert seg	45
6.7.7 EU/EØS rettslige begrensinger	46
6.8 Tidspunktet for avlysningen	47
7 Subjektive omstendigheter	48
7.1 Motivasjon på avlysningstidspunktet	51
8. Avsluttende bemerkninger	53
9 Kildeliste	56

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Denne avhandlingen handler om oppdragsgivers avlysningsrett. Hovedproblemstillingen omhandler tilfeller der grunnlaget for avlysningen er at oppdragsgiver har utført anskaffelsesrettslige feil i løpet av anskaffelsesprosessen.

Utgangspunktet i anskaffelsesretten er at oppdragsgiveren normalt ikke har kontraheringsplikt, tilbyderne kan ikke gå til domstolene å kreve naturaloppfyllelse. Hvis oppdragsgiver avlyser uten å ha støtte i regelverket kan det medføre erstatningsplikt og være ansvarsgrunnlag for både den for den positive og negative kontraktsinteressen etter anskaffelsesloven (LOA) § 10.¹ For anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften Del II eller Del III er oppdragsgivers mulighet til å avlyse enten styrt av anskaffelsesforskriften (FOA) §§ 10-4 eller 25-4.² For at det skal foreligge en avlysningsrett må det foreligge en «saklig grunn». Hovedproblemstillingen som skal undersøkes og redegjøres for er om det foreligger saklig grunn til å avlyse dersom oppdragsgiver har utført en anskaffelsesrettslig feil ved gjennomføringen av konkurransen.

Hvordan vilkåret «saklig grunn» skal fortolkes har skapt problemer i praksis. Avhandlingen vil berøre spørsmål og problemstillinger tilknyttet saklighetsvurderingen og prøve å få klarhet i hvordan disse vil påvirke muligheten til å avlyse. Eksempler på denne type problemstillinger er om det skal innfortolkes, på lik linje som ved avlysningsplikten, et «innvirkningskrav» og et krav om at feilen ikke kan rettes for at det skal være saklig grunn for å avlyse. Et spørsmål er hvilken betydning «rettslig usikkerhet» har i denne sammenheng. Andre sentrale problemstillinger er hvordan «subjektive omstendigheter» vil påvirke avlysningsretten. Hvilke subjektive omstendigheter er del av den anskaffelsesrettslige vurderingen av saklig grunn og hvilke er del av den erstatningsrettslige vurderingen om det foreligger ansvarsbetingende feil.

Hovedproblemstillingen er nært knyttet til spørsmålet om avlysningsplikt. Generelt vil de omstendigheter som kan føre til at oppdragsgiver har avlysningsplikt innebære forhold der oppdragsgiver har gjort anskaffelsesrettslige feil i løpet av anskaffelsesprosessen. For at det

¹ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven, LOA)

² FOR-2016-08-12-974 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften, FOA)

skal foreligge avlysningsplikt vil det første kravet etter EU-domstolens praksis være at det er begått en feil som ikke kan rettes opp på en annen måte enn ved avlysning, med henvisning til sak C-448/01 premiss 95. For det andre må ett av to følgende forhold foreligge; konkurransen kunne fått et annet utfall for en tilbyder om feilen ikke var begått jf. sak T-345/03 premiss 147, eller feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen jf. sak T-50/05 premiss 61 flg. Goller mfl. har innfortolket at oppdragsgivers avlysningsrett er styrt av de samme vilkår som for avlysningsplikt.³ Avhandlingen vil berøre spørsmålet om dette er gjeldene rett.

1.2 Hvorfor er avhandlingens tema aktuelt og viktig?

Oppdragsgivers avlysningsrett er viktig og vil ha betydning både for oppdragsgivere og tilbydere. Oppdragsgiver er avhengig av å ha en inngående forståelse av anskaffelsesregelverket for å kunne ha oversikt over hvilke muligheter som er å tråd med regelverket. For å forstå hvilken handling som er mest aktuelt og rasjonelt er det grunnleggende å ha innsikt i hvilke konsekvenser handlingen vil medføre. Foreligger det usikkerhet rundt regelverket og manglende forutberegnelighet kan det medføre økte kostnader for oppdragsgiver. Hvis terskelen for å avlyse blir for høy er det risiko for at oppdragsgiver vil bruke uforholdsmessig store kostnader på selve gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, for å sikre seg mot at anskaffelsen gjennomføres i strid med regelverket. Dette for å redusere sannsynligheten for eventuelle erstatningskrav. Oppdragsgiveren kan se seg tvunget til å bruke uforholdsmessige store kostnader på juridisk rådgivning som ikke vil være i samsvar med regelverkets formål, med henvisning til at lovverket skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser etter anskaffelsesloven § 1. En for overdreven kontroll av om regelverket har blitt fulgt vil skape unødvendig byråkrati og gå på bekostning av oppdragsgivers produktivitet.⁴ Rett24 viser til at oppdragsgivere har frykt for at selv små feil kan føre til skyhøye erstatninger.⁵ En for snever avlysningsrett kan også medføre at oppdragsgiveren viser tilbakeholdenhet med å handle selv om det vurderes til at det foreligger avlysningsplikt, på grunn av risikoen for å bli møtt med erstatningskrav for fortjenestetapet.

Samtidig er avhandlingens tema viktig for tilbyderne. Avlyser oppdragsgiver konkurransen uten «saklig grunn» vil det være et brudd på regelverket som kan gi grunnlag for erstatning.

³ Goller mfl. (2020) side 233, 234 og fotnote 339.

⁴ NOU 2014:4 side 273.

⁵ <https://rett24.no/articles/avskaff-de-absurde-erstatningene-for-offentliges-innkjopsfeil> (sett 30. mars 2022)

Anskaffelsesprosessen er avhengig av tillit. En for vid avlysningsadgang kan gå på bekostning av effektiv konkurranse i markedet. Risikoen forbundet med å delta i anskaffelseskonkurranser kan bli for stor i forhold til den mulige gevinsten. Hvis dette blir et utbredt syn blant tilbydere vil det kunne medføre at oppdragsgiver ikke får utnyttet mulige gevinster i markedet. Anskaffelsesprosessen krever som regel større ressurser av tilbyderne enn fra oppdragsgiver. I forbindelse med forenklingsutvalgets arbeid vises det til at tilbyderne i gjennomsnitt bærer 75 prosent av kostnadene i en anskaffelsesprosess.⁶ Risikoen for at oppdragsgiver kan bli økonomisk ansvarlig for avlysningen fordrer oppdragsgiver til å gjennomføre en presis analyse av sine egne behov og foreta en grundig planleggingsfase før konkurransen utlyses. Dette for å unngå at tilbydernes ressursbruk er til ingen nytte. Tilbyderne er avhengig av forutberegnelighet i forbindelse med hvordan oppdragsgiverne vil praktisere regelverket.

Temaet for avhandling fikk stor oppmerksomhet i forbindelse med Fosen-linjen-saken HR-2019-1801-A. Dommen er svært relevant for flere problemstillinger som skal belyses i denne avhandlingen. Blant annet var det knyttet stor forventning til at Høyesterett ville klargjøre kravet til «saklig grunn». Saken gjaldt Fosen-linjens krav på erstatning for sitt fortjenestetap (den positive kontraktsinteressen) etter at konkurransen hadde blitt avlyst. Fosen-linjen påkrevde at de ville ha blitt tildelt kontrakten, hvis det ikke hadde vært for oppdragsgiver AtB sin avlysning. Subsidiært ble det krevd erstatning for tilbudskostnadene (den negative kontraktsinteressen).

1.3 Avgrensninger

Avhandling vil primært omhandle oppdragsgivers avlysningsrett, når har oppdragsgiver mulighet til å avlyse på grunnlag av at oppdragsgiveren har utført anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. En større analyse av avlysningsretten grunnet andre omstendigheter vil ikke være en del av avhandlingen. Avhandlingen vil ikke inneholde en dyptgående analyse av erstatningsretten. Erstatningsspørsmålet er styrt av andre vilkår og har andre virkninger. For at en brudd på anskaffelsesloven skal gi grunnlag erstatning og være ansvarsgrunnlag må det være «tilstrekkelig kvalifisert».⁷ Spørsmål knyttet til erstatning vil bare bli kommentert i den grad det er relevant for spørsmålet om «saklig grunn».

⁶ NOU 2014:4 side 273.

⁷ HR-2019-1801-A premiss 77.

Avhandlingen forutsetter at avlysningsretten vil stort sett være lik uavhengig av om anskaffelsen er regulert av regelverkets Del II eller Del III, vilkårene for å avlyse er utformet likt. Avlysningsretten vil relatere seg til reglene for den klassiske sektoren regulert av anskaffelsesforskriften, men det antas at avlysningsretten for forsyningssektoren og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ikke er vesentlig forskjellig.

1.4 Metode og rettskilder

Avlysningsretten vil være utledet av en tolkning av anskaffelsesforskriften §§ 10-4 første ledd og 25-4 første ledd. Det metodiske utgangspunkt er alminnelig juridisk metode. Basert på prejudikatslæren og Høyesteretts rolle til å avklare og utvikle retten,⁸ vil det rettes stor oppmerksomhet til hva som kan utledes fra HR-2019-1801-A *Fosen-linjen* for å avklare gjeldene rett. Videre er rettskildebildet preget av omfattende underretts- og nemdspraksis. Avgjørelsene vil etter alminnelig metode ikke ha egen rettsnormerende kraft, vekten på uttalelser i underretts- og nemdspraksis vil ikke være større enn kvaliteten på argumentasjonen tilsier.⁹ Danner avgjørelsene grunnlag for fast og entydig praksis kan de få større betydning.¹⁰ Grunnleggende prinsipper og formål vil være tolkningsmomenter i vurderingen.

Det er viktig å være oppmerksom på at avlysningsretten bygger på EU-direktiver. Det nasjonale anskaffelsesregelverket gjennomfører anskaffelsesdirektivet 2014/24/EU.¹¹ Konsekvensen er at EØS-retten har både materiell og metodisk innvirkning på hvordan avlysningsreglene skal tolkes. Den rettslige tolkningen skal være i tråd med EØS-rettslige rettskildelæren og avgjørelser fra EU-domstolen vil være relevante for å tolke anskaffelsesretten.

1.4.1 EU-rettslig metode

Ved tolkning av regler som har grunnlag i EU-retten bygger Høyesterett på presumsjonsprinsippet.¹² Det betyr at nasjonale regler skal tolkes i samsvar med EØS-retten så lenge ordlyden i bestemmelsene ikke stenger muligheten for en slik tolkning. Prinsippet er

⁸ Skoghøy (2018) side 105.

⁹ Skoghøy (2018) side 227.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

¹² Rt. 2000 s. 1811 side 1826.

bygget på EØS-avtalens målsetning om ensartede regler i hele EØS, fastsatt i EØS-avtalens fortale avsnitt 16 og EØS-loven § 1. Det har i teorien blitt omtalt som homogenitetsmålsetningen.¹³

Virkemidler for å sikre homogenitet finner vi i EØS-avtalens art. 6 og i ODA-avtalen art. 3 første ledd. Regler som har grunnlag i EØS-avtalen, skal fortolkes i samsvar med relevante rettsavgjørelser som EU-domstolen har truffet før undertegningen av EØS-avtalen. EFTA domstolen fastslår i sak E-2/94 at praksis fra Førsteinstansretten vil også omfattes. Homogenitetsprinsippet vil tilsi at senere rettspraksis fra EU-domstolen vil få betydning for tolkningen av EØS-rettslige regler.¹⁴ Høyesterett har i sine avgjørelser lagt vekt på etterfølgende praksis fra EU-domstolen.¹⁵

Siden reglene i anskaffelsesbestemmelsene er bygget på EØS-rettslige forpliktelser er reglene knyttet til et annet rettssystem, med sin egen tolkningslære.¹⁶ Tolkningsmomenter som kontekst, formål og dynamisk utvikling har fått en mer fremtredende rolle.¹⁷ Kontekstuell tolkning innebærer at andre bestemmelser og grunnleggende prinsipper er relevante for tolkningen. Formålstolkning betyr at bestemmelser skal tolkes slik at formålet med dem best mulig oppnås.

Av ODA-avtalen¹⁸ artikkel 32 fikk EFTA-domstolen kompetanse til å avgjøre saker som gjelder forpliktelser etter EØS-avtalen. Norge er etter ODA art. 33 forpliktet til å treffe tiltak som er nødvendige for å oppfylle EFTA-domstolens avgjørelser. Etter ODA artikkel 34 og gjennom den internrettslige prosessuelle regelen i domstolsloven § 51a kan de norske domstolene anmode EFTA-domstolen om å gi en rådgivende uttalelse om fortolkning av en EØS-regel. EFTA-domstolens uttalelser er veiledende og er derfor ikke bindende for norske domstoler. Samtidig uttaler Høyesterett at rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen må tillegges stor rettskildemessig vekt.¹⁹

¹³ Sejerstedt mfl. (2014) s. 223

¹⁴ Sejerstedt mfl. (2014) s. 224.

¹⁵ Se HR-2016-2554-P avsnitt 97, Rt. 2005 s. 1609.

¹⁶ Serstedt mfl. (2014) s. 44.

¹⁷ C-283/81 premiss 18-20.

¹⁸ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

¹⁹ Rt. 2000 s. 1811, side 1820. HR-2016-2554-P premiss 76-77.

1.5 Fremstillingen videre

Under punkt 2 vil det bli redegjort for definisjonen av avlysning og eksempler på feil ved gjennomføring av konkurransen som kan skape et avlysningsbehov. Dette for å få en oversikt over hvilke situasjoner avhandlingen retter seg mot.

I punkt 3 vil det redegjøres for hvilke rammer EU-retten setter for avlysningsretten og i hvilken grad EU-retten begrenser oppdragsgivers mulighet til å avlyse grunnet anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. Dette for å få en helhetlig forståelse av hvordan det samlede rettskildet bilde begrenser avlysningsretten.

Under punkt 4 vil det gis en oversikt over grunnleggende prinsipper og formål.

Grunnleggende prinsipper og formål vil være sentrale tolkningsmomenter for den videre drøftelsen.

Punkt 5, 6, og 7 utgjør hoveddelen av avhandlingen der det vil redegjøres for oppdragsgiverens avlysningsrett. I punkt 5 vil omhandle kravet til saklig grunn og inneholde drøftelser til hvordan Høyesterett har tatt stilling til avlysningsretten. Punkt 6 inneholder drøftelser for hvordan håndtere objektive omstendigheter og hva som er den objektive saklighetsstandarder tilknyttet avhandlingens hovedproblemstilling. Betydningen av subjektive omstendigheter vil redegjøres for i punkt 7.

Avsluttende bemerkninger til oppgavens hovedproblemstilling vil belyses i punkt 8.

2 Avlysning og anskaffelsesrettslige feil.

2.1 Hva er avlysning

En konkurranse kan avsluttes på to måter. Det første alternativet er at anskaffelsesprosessen fører til at oppdragsgiver velger en leverandør det inngås kontrakt med, signering av kontrakt symboliserer avslutningen av konkurransen. Det andre alternativet er avlysning, konkurransen avsluttes uten at det inngås kontrakt med en tilbyder.

Tidligere skilte regelverket mellom avlysning og totalforkastelse.²⁰ Begrepet totalforkastelse betyr at oppdragsgiver velger å forkaste alle tilbudene. Lovgiver valgte å gå vekk fra skillet mellom avlysning og totalforkastelse på grunn av at både vilkårsiden og virkningssiden er den

²⁰ Se anskaffelsesforskriften (2006) §§ 13-1 og 22-1.

samme.²¹ Begge forhold er avlysning og avhenger av at det må foreligge «saklig grunn» for å være rettmessig.

2.2 Eksempler på feil ved gjennomføring av konkurransen

For å få en større forståelse over hvilke situasjoner avhandlingen retter seg mot vil det gis en kort oversikt over anskaffelsesrettslige feil som kan skape et avlysningsbehov. Listen er ikke uttømmende. Siden spørsmålet er om oppdragsgiver har gjennomført konkurransen i samsvar med anskaffelsesregelverket vil i prinsippet ethvert brudd på regelverket være en anskaffelsesrettslig feil. Umiddelbart kan det virke urimelig at enhver feil vil kunne gi grunnlag for avlysning. Om feilen vil danne grunnlag for en avlysningsrett må vurderes i lys av de problemstillinger avhandlingen behandler.

2.2.1 Uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget

Omfattede nemdspraksis kan vise til at avlysningsbehovet kan være skapt av uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget.²² Konkurransegrunnlaget skal tolkes objektivt ut fra potensielle tilbyderes synsvinkel.²³ Det foreligger et krav om at oppdragsgiver må utforme konkurransegrunnlaget tilstrekkelig klart og utvetydig, slik at alle aktsomme tilbydere forstår nøyaktige innholdet av dokumentene og fortolker dem på samme måte.²⁴ Hvis det foreligger uklarheter må det i utgangspunktet gå ut over oppdragsgiveren.²⁵ Dersom kravene til klarhet ikke er oppfylt har oppdragsgiveren mulighet til å rette feilen etter anskaffelsesforskriften §§ 8-4 fjerde ledd og 14-2 første ledd. Oppdragsgiveren kan etter begge bestemmelser foreta endringer som ikke er «vesentlige». Men fristen for å kunne foreta endringer er forskjellig. For anskaffelser etter Del II er endringsadgangen «frem til signering av kontrakten» jf. § 8-4 fjerde ledd, for Del III er fristen «før tilbudsfristens utløp» jf. § 14-2 første ledd. Uklarheter i konkurransegrunnlaget vil medføre manglende forutberegnelighet og etterprøvbarhet for alle tilbydere. Det vil for det første kunne skape usikkerhet om tilbyderne får konkurrert på like premisser og om det foreligger reell likebehandling. For det andre kan feilen ha påvirket deltakerinteressen, tilbyderne vet ikke omfanget av kontrakten og velger derfor å avstå fra å

²¹ NOU 2014:4 side 246.

²² Se bl.a. KOFA 2021/350, KOFA 2021/541, KOFA 2021/424, KOFA 2020/364, KOFA 2018/350.

²³ C-368/10 premiss 52, Rt. 2012 s. 1729 premiss 58.

²⁴ C-19/00 premiss 42.

²⁵ Rt. 2012 s. 1729 premiss 58.

delta i konkurransen. Hvis feilen ikke kan eller det foreligger usikkerhet om feilen kan rettes, vil det være behov for å avlyse konkurransen.

2.2.2 Feil ved gjennomføringen av konkurransen

Avlysningsbehovet kan være skapt av ulike feil ved gjennomføringen av konkurransen. Eksempler kan være om det er satt for kort tilbudsfrist,²⁶ en tilbyder kan ha blitt urettmessig avvist,²⁷ det kan ha blitt gitt feil informasjon til tilbyderne,²⁸ eller tilbyderne har kunnet fått ulik informasjon ved forhandlingene i strid med prinsippet om likebehandling. Dersom gjennomføringen og tildelingen av konkurransen er i strid med anskaffelsesregelverket kan tildelingsbeslutningen omgjøres frem til kontrakt er inngått etter anskaffelsesforskriften §§ 10-1 tredje ledd og 25-1 fjerde ledd. Rekkevidden av denne endringsadgangen vil ikke være tema for denne avhandlingen, men den gir grunnlag for en rekke spørsmål. Et spørsmål er om oppdragsgiver i utgangspunktet pliktig til å rette feil før en benytter seg av en avlysningsadgang og hvordan muligheten til å rette feil vil påvirke avlysningsretten. Avhandlingen vil gå nærmere inn på denne type problemstillinger i punkt 6.5

3 EU/EØS-rettslige begrensninger

3.1 Innledning

For å fastsette rekkevidden av oppdragsgivers avlysningsrett er det nødvendig å få oversikt over hvilke begrensninger og krav EU/EØS-retten stiller til avlysningsretten.

Presumsjonsprinsippet tilsier at interne norske avlysningsregler må være i samsvar med EU/EØS-rettslige avlysningsregler. Det må vurderes hvordan EU-rettslige begrensninger vil ha betydning for oppdragsgiver mulighet til å avlyse grunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen.

Avlysningsspørsmålet har vært til vurdering i flere saker som har vært oppe for EU-domstolen. Gjennom utviklingen av det europeiske anskaffelsesregelverket har ikke direktivene inneholdt materielle eller formelle vilkår for avlysningsbeslutningen. Det som er lovfestet er at oppdragsgiverne har plikt til å gi begrunnelse til tilbyderne om beslutninger som er fattet angående tildelingen av kontrakt, inkludert en avlysningsbeslutning etter

²⁶ KOFA 2019/140,

²⁷ LB-2005-1515

²⁸ KOFA 2008/44

anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 1. Kravet kommer frem i norsk lovgivning gjennom anskaffelsesforskriften § 25-4 andre ledd.

Det som kan utledes fra EU-domstolspraksis er at det ikke foreligger noen kontraheringsplikt i EU-retten. Oppdragsgiver er ikke pliktig til å fullføre tildelingsprosedyren.²⁹

Førsteinstansdomstolen legger til grunn at oppdragsgiver i utgangspunktet har et vidt skjønn når det gjelder hvilke faktorer som kan tas i betraktning tilknyttet avgjørelsen om å tildele en kontrakt, jf. sak T-203/96 premiss 56. EU-domstolen sier senere i sak C-27/98 premiss 23 og 25 at avlysning ikke er begrenset til unntakstilfeller eller må være basert på tungtveiende grunner. Uttalelsene følges opp i sak C-440/13 premiss 31. Caranta, Sanchez-Graells forstår dette til at oppdragsgiver har et vidt skjønn til å forlate en anskaffelsesprosedyre, men det er en begrensning i at oppdragsgiver bare kan avlyse eller gjenoppta en anskaffelsesprosedyre dersom det er grunnlag som begrunner en slik avgjørelse, det vil si avgjørelsen kan ikke være vilkårlig.³⁰ Domstolen har henvist til at grunnlaget for en avlysningsbeslutning kan være om det er formålstjenlig ut fra et offentlig perspektiv, med hensyn til endringer i behov eller endringer i økonomiske og faktiske forhold.³¹ Ut fra en kontekstuell tolkning av regelverket oppstiller domstolen et krav om at avlysning må være i overensstemmelse med de grunnleggende regler og prinsipper i EU-retten.³² Den nasjonale lovgiver kan innføre egne avlysningsregler.³³ Nasjonale begrensninger i avlysningsadgangen er i henhold til EU-retten så lenge de følger grunnleggende regler og prinsipper i EU-retten. Den rettslige prøvingen må ikke begrenses kun til å være en undersøkelse av om avgjørelsen var vilkårlig jf. sak C-440/13 premiss 43. Domstolen sier videre i C-440/13 premiss 44 at det må være en prøving av lovmessighet, ikke kun en vurdering av hensiktsmessighet. Caranta, Sanchez-Graells uttaler med dette utgangspunkt at medlemslandene kan pålegge «*contracting authorities special duties not to depart from their own previous acts unless they can justify such decisions on particularly well-founded grounds.*»³⁴

EFTA-domstolen har i forbindelse med saksforholdet i Fosen-linjen, sak E-16/16, uttalt at beslutningen om å avlyse må kunne prøves rettslig og overholde EØS-retten (premiss 109).

²⁹ Se T-203/95 premiss 54, C-92/00 premiss 42 og C-440/13 premiss 32 og 36. E-16/16 premiss 105.

³⁰ Caranta, Sanchez-Graells (2021) side 556.

³¹ C-440/13 premiss 35.

³² C-244/02 premiss 36, C-92/00 premiss 42.

³³ C-440/13 premiss 35.

³⁴ Caranta, Sanchez-Graells (2021) side 557.

3.2 Begrenser EU-retten oppdragsgivers mulighet til å avlyse grunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen?

Samlet sett fremstår avlysningsadgangen i EU-retten som vid. Men den tillater den nasjonale lovgiver til å begrense avlysningsadgangen i forhold til EU-rettslige utgangspunktet dersom lovgiveren ønsker det, såfremt lovgiver følger grunnleggende EU-rettslige prinsipper og regler. Dette betyr at selv om det kan konstateres at oppdragsgivers anskaffelsesrettslige feil kan begrunne avlysning i EU-retten, kan det ikke automatisk legges til grunn at nasjonal lovgivning gir like vid avlysningsadgang. Nærmere hvordan den norske lovgiveren har utformet avlysningsretten begrunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen vil være omhandlet i punkt 5.

Gjennomgående har de saker som har vært til prøving for EU-domstolen omhandlet oppdragsgivers ønske til å avlyse basert på økonomiske forhold eller endrede behov. Den saken som ser ut til å berøre forholdet anskaffelsesrettslige feil nærmest er sak C-244/02 *Kauppatalo Hansel Oy*. Situasjonen var at byen Imatara i Finland inviterte 20 strømselskaper til konkurranse om en strømforsyningskontakt for visse områder i byen. Byen hadde valgt tildelingskriteriet lavest pris. Tilbudet fra Leverandøren Hansel var sterkest under dette kriteriet. Senere i anskaffelsesprosessen innså oppdragsgiver at det å endre strømforsyner ville medføre tilleggskostnader som tidligere ikke hadde blitt hensyntatt. Basert på kostandene ble tilbudet til daværende leverandør, Imatran Seudun Sähkö Oy, ansett til å være det økonomisk mest fordelaktige. Spørsmålet domstolen skulle svare på var om oppdragsgiver kunne avlyse konkurransen på det grunnlag av at oppdragsgiver hadde begått en egen feil i anskaffelsesprosessen, ved å velge kriteriet lavest pris, som gjorde det umulig å velge det mest økonomisk fordelaktige tilbudet.

Retten konkluderte med at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med den begrunnelse at egne feil i konkurransegrunnlaget, fører til at det ikke er mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, forutsatt at avgjørelsen følger de grunnleggende regler i EU-retten for offentlige anskaffelser, som prinsippet om likebehandling.³⁵

³⁵ C-244/02 premiss 36.

Dommen viser at egne feil kan begrunne en avlysningsbeslutning. Feilen oppdragsgiver utførte var ikke et direkte brudd på anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å velge om konkurransen skal baseres på lavest kostnad eller lavest pris etter europeisk rett og anskaffelsesforskriften § 18-1 første ledd. Det at oppdragsgiver ikke har fulgt anskaffelsesrettslige regler vil i utgangspunktet være et mer graverende forhold enn at tildelingskriteriene ikke er direkte hensiktsmessige. Anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen kan innebære brudd på grunnleggende regler og prinsipper i EU-retten. Siden feilen kan representere et brudd på regelverkets sentrale målsetninger, vil avlysningsbehovet bli desto større. Det bør være anledning for oppdragsgiveren å avlyse konkurransen, for å så gjennomføre den på nytt i henhold til regelverket. Det ser ikke ut til at EU-regelverket stenger for denne muligheten og EU-domstolen har åpnet for at oppdragsgiver har mulighet til å avlyse basert på mindre tungtveiende hensyn.

I forbindelse med behandlingen av saksforholdet i Fosen-linjen HR-2019-1801-A ba lagmannsretten om rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen tilknyttet avlysningsretten. I sak E-16/16 uttales det klart at det kan være situasjoner der prosessuelle feil bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved å at konkurransen avlyses og gjennomføres på nytt for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse (premiss 106). Prosessuelle feil vil ha samme meningsinnhold som begrepet anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. EU/EØS-retten hindret ikke at oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for den positive kontraktsinteressen dersom konkurransen avlyses på grunn av feil oppdragsgiver har begått, så lenge avlysningen er i samsvar med EØS-regelverket (premiss 110).

Det ser dermed ut til at EU/EØS-retten i utgangspunktet tillater oppdragsgiver å avlyse grunnet anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. Kravet er at oppdragsgiveren må godtgjøre at avlysningsbeslutningen overholder EØS-retten.³⁶

³⁶ E-16/16 premiss 109.

4 Grunnleggende prinsipper og formål

4.1 Prinsipper

Siden EU/EØS-retten legger til grunn at avlysningen må følge grunnleggende EU-rettslige regler og prinsipper er det nødvendig å få en klarhet over hvilke regel og prinsipper dette omhandler og hva som er deres innhold.

Grunnleggende prinsipper utgjør selve kjernen i det norske anskaffelsesregelverket og er selve fundamentet for regelverkets øvrige prosedyreregler.³⁷ Lovgiver har fastsatt prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Bestemmelsen bygger både på EU-rettslig og egne angitte prinsipper. Prinsippene vil ha anvendelse for alle anskaffelser omfattet av loven. Prinsippenes funksjon er todelt, for det første danner de selvstendig grunnlag for rettigheter og plikter, og for det andre fungerer det som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i lovverket.³⁸ Dette fører til at dersom det er tvil i hvordan en bestemmelse skal forstås, må det i utgangspunktet legges til grunn den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene. Relatert til avlysningsretten vil grunnleggende prinsipper være tolkningsmomenter som kan gi støtte for eller svekke enkelte tolkningsløsninger.

Avhandlingens mål og begrensinger vil ikke gjøre det mulig å uttømmende gjengi innholdet og rekkevidden av reglene og prinsippene. Samt vil EU-retten og anskaffelsesrettens dynamiske karakter medføre problematikk. Hvordan lovverket har valgt å fremvise prinsippene har endret seg over tid. Reglene og prinsippene vil i stor grad bygge på og overlape hverandre. Det er mulig at vi vil se nye anskaffelsesprinsipper i fremtiden.³⁹

4.2 Likebehandling

Likebehandling betyr at oppdragsgiveren skal behandle markedsdeltakere likt og uten forskjellsbehandling. Prinsippet om ikke-diskriminering er et spesifikt uttrykk for det generelle prinsippet om likebehandling.⁴⁰ Oppdragsgivere kan ikke stille krav som favoriserer nasjonale tilbydere, både direkte og indirekte forskjellsbehandling er forbudt.⁴¹ Sammenlignbare situasjoner må behandles likt og ulike situasjoner må ikke behandles på samme måte, med

³⁷ Prop.51 L (2015-2016) side 41 og 45.

³⁸ NOU 2014:4 side 73.

³⁹ Caranta, Sanchez-Graells (2021) side 189.

⁴⁰ C-115/08 premiss 89.

⁴¹ Prop.51 L (2015-2016) side 82.

mindre slik behandling er objektivt og saklig begrunnet.⁴² Oppdragsgiverne må behandle både dem som deltar i konkurransen og potensielle tilbydere likt.⁴³ Tilbyderne må få like muligheter og lik informasjon, og dette må gjelde gjennom hele konkurransen, fra utarbeidelse av kunngjøring til tildelingen av kontrakt. Likebehandling skal bidra til å forhindre at en tilbyder får en uberettiget konkurransefordel, samt sikre reell konkurranse. Likebehandling vil sikre rettsikkerheten til leverandørene. Praktiske årsaker gir likevel rom for å utvise en viss forskjellsbehandling mellom leverandører. Særlig vil formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser etter anskaffelsesloven § 1 utgjøre en motvekt mot for stort fokus på likebehandling.

4.3 Gjennomsiktighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet

Etter anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr, 1 skal oppdragsgivere «... *act in a transparent (...) manner*». Oppdragsgivere må opptre med åpenhet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen. Prinsippet om gjennomsiktighet er avledet fra og for å forsikre likebehandling.⁴⁴ Anskaffelsesprosessen må gjennomføres på en måte som gjør det mulig for tilbyderne å vite hvilke krav de må oppfylle for å kunne konkurrere om kontrakten, samt at det finnes tiltak som garanterer at oppdragsgiver har fulgt reglene. Prinsippet består av å sikre tilstrekkelig informasjon til fordel for potensielle tilbydere, som muliggjør at anskaffelsen blir åpnet opp for konkurranse, og kontroll at oppdragsgiveren har handlet upartisk.⁴⁵ Gjennomsiktighet er ment for å utelukke enhver risiko for urettmessig favorisering eller vilkårlighet fra oppdragsgivers side.

Når norsk lovgiver velger å henvise seg til prinsippet om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er det en presisering av det EU/EØS-rettslige gjennomsiktighetsprinsipp.⁴⁶ Grunnlaget for å sløyfe henvisningen til gjennomsiktighetsprinsippet var for å forenkle regelverket, samt gjøre det språklig sett lettere for brukerne av regelverket å forstå betydningen av prinsippene.

⁴² Samlede saker C-21/03 og C-34/03 premiss 27.

⁴³ C-27/15 premiss 36 og C-298/15 premiss 68.

⁴⁴ C-19/00 premiss 41.

⁴⁵ C-324/98 premiss 62.

⁴⁶ Prop.51 L (2015-2016) side 46.

4.4 Forholdsmessighet

Prinsippet om forholdsmessighet skal sikre at tiltakene oppdragsgiver utfører i anskaffelsesprosessen er hensiktsmessig for å nå målene som følger av anskaffelsesregelverket, samt at tiltakene ikke er for omfattende og strekker seg utover det som er nødvendig for å nå målene.⁴⁷ Hensikten er å minske den administrative byrden, og at krav til prosessen står i forhold til gjenstanden av kontrakten.⁴⁸ Prinsippet har stor betydning for å nå formålet om effektiv ressursbruk ved anskaffelser. Domstoler og klageorgan bør bruke prinsippet aktivt når de tar stilling til hvilke krav som kan utledes fra de grunnleggende prinsippene i den konkrete anskaffelsen.⁴⁹ Gjennomslagskraften til andre prinsipper vil dermed tilpasses den enkelte anskaffelsens art, kompleksitet og verdi.⁵⁰ Oppdragsgiver sine plikter ved anskaffelsesprosessen må stå i forhold til det som skal anskaffes. Pliktene vil være økende for større og mer kompleks anskaffelser, men være mindre ved små og enkle anskaffelser. På samme måte vil prinsippet sette grenser i hvor strenge krav oppdragsgiver kan stille til leverandørene. Det kan ikke stilles strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere målet med anskaffelsen.⁵¹

4.5 Konkurransen

Prinsippet om konkurranse skal ivareta lovverkets formål om mest mulig effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1. En reell og effektiv konkurranse er nødvendig for at oppdragsgiveren skal få mulighet til å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Samt vil reell konkurranse stimulere til effektive og konkurransedyktige markeder og bidra til positive samfunnsøkonomiske ringvirkninger.

4.6 Regelverkets formål

Ved tolkningen av anskaffelsesreglene og avlysningsretten vil lovverkets formål være et relevant tolkningsmoment.⁵² Det er derfor nødvendig å ha oversikt over de formål regelverket har ment å ivareta.

⁴⁷ Caranta, Sanchez-Graells (2021) side 195.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ NOU 2014:4 side 84.

⁵⁰ Ibid. side 79.

⁵¹ Prop.51 L (2015-2016) side 82.

⁵² Skoghøy (2018) side 244. C-480/10 premiss 33, C-73/07 premiss 51. LA-2011-100800.

Etter det europeiske regelverket er hovedformålet å styrke de fire friheter.⁵³ Det europeiske regelverket sammen med det norske har henvist til at regelverket skal sikre at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte.⁵⁴ Anskaffelsesprosessen skal søke best kost-nytte effekt (best value for money) og bidra til økt verdiskapning.

Effektiv bruk av samfunnets ressurser har to dimensjoner.⁵⁵ For det første er det et spørsmål om *kostnadseffektivitet*. Spørsmålet er om en har effektiv produksjon og har organisert produksjonen på billigst mulig måte. Her er ikke spørsmålet om hvorfor en gjør noe, men på hvilken måte en gjør det. For det andre innebærer uttrykket et spørsmål om *formålseffektivitet*. Det vil si om man har målrettet produksjon. Det er ikke effektivt å produsere noe til lave kostnader dersom det ikke er interesse for produktet, og produksjonen ikke realiserer de mål man har. Effektiv bruk av samfunnets ressurser må vurderes på grunnlag av både kostnadseffektivitet og formålseffektivitet.

Regelverket skal bidra til at allmennheten har tillit til anskaffelsesprosessen etter anskaffelsesloven § 1. Forventningen er at det offentlige skal opptre med høy integritet og etisk adferd og ikke la seg påvirke av andre hensyn enn det rent forretningsmessige.⁵⁶ Målsetningen er for å hindre korrupsjon og kameraderi, og bidra til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte.⁵⁷ Offentlige tjenestemenn skal ikke la seg affisere av personlige sympatier, antipatier eller være opportunistiske med tanke på egen personlig vinning.⁵⁸ Uetisk opptreden kan ha store økonomiske konsekvenser og vanskeliggjør samarbeid med leverandører. Konsekvensen vil være mindre effektive markeder og at allmennhetens tillit til anskaffelsesprosessen reduseres.

I den tidligere teorien ble det gitt betydelig oppmerksomhet rundt lojalitetsproblematikk tilknyttet den prekontraktuelle fasen i anbudsprosessen.⁵⁹ Ved offentlige anskaffelser er det en forventning at oppdragsgiver har seriøse intensjoner ved invitasjon til en konkurranse. Hvis

⁵³ Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 1, C-336/12 premiss 28, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, GREEN PAPER, PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION: EXPLORING THE WAY FORWARD 1996 side 3.

⁵⁴ LOA § 1. Anskaffelsesdirektivets fortale punkt 2. EUROPEAN COMMISSION, GREEN PAPER, on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market 2011 side 3.

⁵⁵ NOU 2014:4 side 69.

⁵⁶ Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 19. NOU 2014:4 Side 68.

⁵⁷ NOU 2014:4. Side 68 og 72. Prop.51 L (2015-2016) side 38.

⁵⁸ NOU 1997:21 side 33.

⁵⁹ Se Simonsen (1997)

oppdragsgiver uforutsett velger å avlyse vil ressursbruken til tilbyderne være til ingen nytte og avgjørelsen kan oppleves som et tillitsbrudd for tilbyderne. Forventnings- og tillitsinteressen til tilbyderne kan tale for at oppdragsgivers avlysningsadgang ikke bør være for stor. Simonsen uttaler at hvis atferdsnormene ikke er nærmere fastsatt i primærkildene eller sikker oppfatning av «god anbudsskikk», er det nødvendig å falle tilbake på betraktninger om hva lojal opptreden tilsier.⁶⁰

5 Avlysningsretten – Kravet til saklig grunn

5.1 Innledning

For å vurdere i hvilken grad oppdragsgiver kan avlyse begrunnet at oppdragsgiveren har utført anskaffelsesrettslig feil ved gjennomføringen av konkurransen er man nødt til å ta tak i hovedvilkåret for å kunne avlyse rettmessig. Kravet er at det må foreligge «saklig grunn» etter anskaffelsesforskriften §§ 10-4 første ledd og 25-4 første ledd. Avhandlingens avgrensninger vil medføre at det som skal vurderes er hvordan saklighetsvurderingen vil relatere seg til der grunnlaget for avlysningen er at oppdragsgiveren har gjort feil i gjennomføringen av konkurransen som bryter med anskaffelsesregelverket. Avhandlingen vil gå inn på forhold som er relevante ved alle anskaffelser, men det er viktig å være oppmerksom på at enkelte temaer som har større relevans for andre avlysningssituasjoner enten ikke vil omhandles, eller bli gjennomgått i mindre grad.

Saklighetskravet relaterer seg til om oppdragsgiver kan avlyse uten å komme i erstatningsansvar, ikke om oppdragsgiver i det hele tatt kan avlyse. Forarbeidene uttaler at det ikke er noen kontraheringsplikt etter norsk rett.⁶¹ Oppdragsgiver kan i utgangspunktet avlyse med øyeblikkelig virkning uten saklig grunn. Avlyser oppdragsgiver uten saklig grunn vil det først og fremst ha betydning for spørsmålet om erstatning. Det er et brudd på regelverket som kan gi grunnlag for erstatning etter anskaffelsesloven § 10. Med dette som bakgrunn har regelverket skapt klarhet ved at det følger av forarbeidene at saklighetsvurderingen må baseres på to vilkår. For det første kreves det at årsaken til avlysningen må være saklig (det objektive vilkåret), for det andre må ikke oppdragsgiver kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken til avlysningen (det subjektive vilkåret).⁶² Hvis ingen av

⁶⁰ Simonsen (1997) side 555.

⁶¹ NOU 2014:4 punkt 26.1 side 245.

⁶² NOU 2014:4 punkt 26.1 side 245.

vilkårene er oppfylt vil oppdragsgiver kunne komme til ansvar for både den negative og den positive kontraktsinteressen. Dersom bare det objektive, men ikke det subjektive vilkåret er oppfylt, vil oppdragsgiver fortsatt kunne komme i ansvar, men da bare for den negative kontraktsinteressen.

Forarbeidet gir grunnlag for flere spørsmål. For det første vil det at vurderingen må baseres på to vilkår være problematisk hvis det samtidig skal gjøres en konkret helhetsvurdering, se punkt 6.2. For det andre er todelingen uheldig hvis utgangspunktet er at saklighetskravet først og fremst gjelder spørsmålet om oppdragsgiver ansvarsfritt kan avlyse. Avhandlingen vil berøre spørsmål om oppdragsgiver kan bli erstatningsansvarlig selv om det objektivt sett foreligger saklig grunn. I denne sammenheng, om andre potensielt ansvarsbetingende feil skal inngå i saklighetsvurderingen, eller skal de vurderes som en selvstendig potensielt ansvarsbetingende feil. Hvordan andre potensielt ansvarsbetingende feil og subjektive momenter vil påvirke saklighetsvurderingen vil behandles i punkt 7.

Når det gjelder spørsmålet om bevisbyrde, er det oppdragsgiver som har bevisrisikoen for at det foreligger saklig grunn til å avlyse.⁶³ EU/EØS-retten legger til grunn tilsvarende regel jf. E-16/16 premiss 109.

5.2 «Saklig grunn» - Ordlyd

Det er ikke åpenbart at norsk lovgiver har ment å begrense avlysningsretten sammenlignet med EU/EØS-retten. Det kan antas at de grunner som kan rettfærdiggjøre en avlysning i EU/EØS-retten i utgangspunktet må vurderes til å være «saklige». Ved at forarbeidene henviser til at avlysningsretten bygger i hovedsak på intern norsk rett,⁶⁴ foreligger det usikkerhet i hvilken grad lovgiver har ment å begrense avlysningsretten i forhold til EU/EØS-rettslige regler.

Den lite presise ordlyden fører til at man i utgangspunktet nødt til å avgrense avlysningsretten og vurdere sakligheten etter grunnleggende prinsipper og regler. Ordlyden peker til at det må foretas en konkret helhetsvurdering.

Et generelt synspunkt er at avlysningen må antas til å være saklig dersom den beskytter både oppdragsgiverens og tilbydernes interesser. Videre er det grunn til å anta at avlysningen er

⁶³ KOFA 2008/60 premiss 28 og KOFA 2009/203 premiss 45 flg.

⁶⁴ NOU 2014:4 punkt 26.1 side 245

saklig hvis den er i tråd med regelverkets formål. Den svært generelle ordlyden gjør det nødvendig å henvise seg til ytterligere rettskilder for å få klarhet over hvordan vilkåret «saklig grunn» skal fortolkes.

5.3 Fosen-linjen

5.3.1 Innledning - Saksforholdet

Fosen-linjen HR-2019-1801-A er siste gang Høyesterett har behandlet vilkåret «saklig grunn». Saken fikk stor oppmerksomhet, ikke bare på grunn av de viktige anskaffelsesrettslige spørsmål Høyesterett skulle ta stilling til, men også på grunn av den meget spesielle prosesshistorien. For det første inneholdt den rettslige prosessen rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen som var i strid med etablert Høyesterettspraksis. For det andre avviste lagmannsretten EFTA-domstolens syn. Senere ba Høyesterett EFTA-domstolen om å gi en ny rådgivende uttalelse, der EFTA-domstolen måtte revurderte sitt opprinnelige standpunkt.

Dommen ble avsagt med dissens 4-1. Dissensen omhandlet vilkårene for årsakssammenheng som i utgangspunktet ligger utenfor avhandlingens avgrensinger. Retten var enstemmig i forbindelse med behandlingen av vilkåret «saklig grunn» og ansvarsgrunnlag.

Saksforholdet bygget på en konkurranse for anskaffelse av fergetjenester. Fergetjenesten skulle operere mellom strekningen Brekstad-Valset i Trøndelag fylke. Oppdragsgiver var AtB AS, et heleid selskap av Sør-Trøndelag fylkeskommune. Kontraktens ramme var på verdi av om lag en halv milliard kroner og avtaletid på 10 år, inkludert en ensidig opsjon for AtB til å forlenge kontrakten med inntil to år. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling.

Oppdragsgiver oppsatte tre tildelingskriterier; pris, kvalitet og miljø. Pris skulle vektes 50 prosent, mens miljø og kvalitet skulle vektes 25 prosent hver. I sammenheng med tildelingskriteriet miljø var det opplyst at drivoljeforbruket ville inngå i vurderingen, men det ble ikke satt dokumentasjonskrav.

Før tilbudsfristens utløp spurte en av interessentene om oppdragsgiver ikke skulle stille dokumentasjonskrav til estimert drivoljeforbruk. AtB valgte å ikke stille noen krav, men tok inn en bestemmelse om at drivoljeforbruket vil bli kontrollert og at overskridelser ville bli sanksjonert.

Etter at AtB hadde tildelt kontrakten til Nordled AS, begjærte Fosen-linjen midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen. Grunnlaget var at AtB ikke hadde foretatt etterprøving av drivoljeforbruket. Tingretten konkluderte med at AtB ikke hadde tilstrekkelig grunnlag for å evaluere drivoljeforbruket som Nordled hadde inngitt. Anken ble forkastet av lagmannsretten. AtB valgte på grunn av feilen å avlyse konkurransen.

Fosen-linjen hevdet at ved bruk av sakkyndig bistand var det mulig å evaluere tildelingskriteriet miljø med på bakgrunn av de tekniske tegningene av fergene konkurransgrunnlaget etterspurte. Om Nordled ikke hadde gitt nødvendige opplysninger i sitt tilbud måtte dette føre til avvisning, ikke avlysning av konkurransen. Fosen-linjen anførte at dersom konkurransen hadde blitt gjennomført riktig ville de ha vunnet konkurransen: Det ble fremmet et krav på rundt 80 millioner kroner for den positive kontraktsinteressen.

Subsidiært ble det krevd 2 millioner for kostnadene ved å delta i konkurransen. Tingretten frifant AtB for erstatningsansvar. Fosen-linjen anket videre til lagmannsretten.

Lagmannsretten valgte å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser angående hvilke krav EØS-retten stiller til erstatningsrettslig vern ved brudd på EU/EØS-rettens anskaffelsesregler. Resultatet fra lagmannsretten var at AtB måtte erstatte den negative kontraktsinteressen.

Begge parter anken dommen videre til Høyesterett.

Spørsmålet Høyesterett skulle besvare var om det forelå ansvarsgrunnlag for å tilkjenne Fosen-linjen erstatning for tapt fortjeneste (den positive kontraktsinteressen). Spørsmålet om årsakssammenheng og tapsutmåling i sammenheng med den positive kontraktsinteressen ble ikke behandlet. Hvis resultatet ble at det ikke var ansvarsgrunnlag for fortjenestetapet måtte Høyesterett svare på om det var grunnlag for å tilkjenne Fosen-linjen for den negative kontraktsinteressen. Her ville Høyesterett vurdere alle vilkår for erstatning, både ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Fosen-linjen bygget sitt krav for den positive kontraktsinteressen på at det ansvarsbetingende forhold var at AtB hadde avlyst konkurransen urettmessig. Hvis kravet hadde blitt bygd på de forutgående feilene ville det vært meget vanskelig å argumentere for at Fosen-linjen ville ha blitt tildelt kontrakten. Det var i Fosen-linjens interesse få Høyesterett til å konkludere med at feil påpekt i forføyningssaken ikke ga avlysningsplikt og at denne typen anskaffelsesrettslige feil ikke kan rettfærdiggjøre en avlysning, spesielt der feilen ikke var påpekt i den opprinnelige begrunnelsen for avlysningen. For å vurdere om det forelå ansvarsgrunnlag var det derfor nødvendig å se på om AtB brøt regelverket da de avlyste konkurransen. Høyesterett måtte ta stilling til om det forelå saklig grunn.

Avlysningsspørsmålet i saken var styrt av daggjeldene anskaffelsesforskrift (2006) § 13-1 første ledd, som gjaldt for anskaffelser under EØS-terskelverdi på grunn av at anskaffelsen ble sett på som en «uprioritert tjeneste». Betydningen og bestemmelsene tilknyttet uprioriterte tjenester har blitt endret etter den tid. Hvis en lignende sak hadde kommet opp i dag ville avlysningsspørsmålet blitt løst av anskaffelsesforskriften § 25-4 første ledd.

5.3.2 Ingen kontraheringsplikt

Høyesterett går først inn på ordlyden til daværende anskaffelsesforskrift § 13-1 første ledd, oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse dersom det forelå «saklig grunn» (premiss 82). Basert på forarbeidet NOU 1997:21 side 139 fastsettes det først at det «normalt» ikke foreligger noen kontraheringsplikt. Konsekvensen av en avlysning uten saklig grunn kan normalt bare bli erstatningsansvar.

Fra EU/EØS-retten har vi sett at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å fullføre konkurransen, det er ingen kontraheringsplikt,⁶⁵ se punkt 3.1.

At både forarbeidene og Høyesterett sier at det «normalt» ikke foreligger kontraheringsplikt gir et visst rom til å innfortolke at det finnes unntak. Således at det finnes «unormale» tilfeller der det er kontraheringsplikt. Om Høyesterett har bevisst legger til grunn strengere regler i norsk rett enn det som kan utledes fra EU/EØS-retten er vanskelig å si. Høyesterett har i Fosen-linjen vært svært sparsommelig ved besvarelsen av spørsmålet. Det problematiseres ikke hva som er «unormale» tilfeller. Høyesterett sitt syn (premiss 83) om at avlysningsretten i EØS-retten fremstår som videre enn intern norsk rett kan gi grunnlag for at Høyesterett ser det som mulig at ved visse tilfeller vil det foreligge kontraheringsplikt.

At det finnes unormale tilfeller, der det er kontraheringsplikt, vil være i strid med hvordan forståelsen har vært i teorien. Goller mfl. viser til at det utvilsomt ikke foreligger noen kontraheringsplikt for oppdragsgiver,⁶⁶ og Dragsten uttaler at i realiteten kan oppdragsgiver alltid avlyse konkurransen.⁶⁷

⁶⁵ C-440/13 premiss 32.

⁶⁶ Goller mfl. (2020) side 231.

⁶⁷ Dragsten (2020) side 876.

Siden Høyesterett i Fosen-linjen ikke har problematisert spørsmålet i større grad ser det ut til at Høyesterett har ment å videreføre forståelsen slik det har blitt praktisert og slik den fremkommer av teorien.

Konsekvensen av dette er at en avlysning uten saklig grunn bare fører til erstatningsansvar.

5.3.3 Saklig grunn - Totalvurdering

For å fastsette innholdet av kravet «saklig grunn» viser Høyesterett til forståelsen i NOU 2014:4 punkt 26.2.1, at kravet inneholder to vilkår (premiss 84). For det første må årsaken til avlysningen være saklig (det objektive vilkåret), for det andre må oppdragsgiveren ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken (det subjektive vilkåret). Hvis vilkårene er oppfylt kan oppdragsgiver avlyse uten å komme i erstatningsansvar.

Høyesterett velger å gå bort fra denne forståelsen og sier at det må være et skille mellom avlysningsretten etter forskriften § 13-1 første ledd og plikten til å betale erstatning (premiss 85). Det presiseres at selv om oppdragsgiverne har gjort en feil, kan det være situasjoner hvor avlysning fremstår som eneste forsvarlig løsning, med videre henvisninger til EFTA-domstolens første rådgivende uttalelse i *Fosen I* E-16/16 premiss 106.

Basert på tidligere rettspraksis, *Concord II* Rt. 2001 s. 473 og *SB transport* Rt. 2007 s. 983 premiss 91 uttaler Høyesterett at det sentrale er om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet (premiss 86). En totalvurdering vil etter Høyesterett sitt syn gi rom for betraktninger av både subjektive og objektive omstendigheter, forutsetningen er at de er saklige. Høyesterett påpeker at illojale hensikter, for eksempel ved å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha hensikt å inngå en kontrakt vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.

Om det foreligger «saklig grunn» til å avlyse må derfor etter Fosen-linjen basere seg på en «totalvurdering». Det at NOU 2014:4 punkt 26.2.1 nevner at det må innfortolkes to vilkår, ser ut til å bygge på tidligere teori. På grunn av manglende regulering og med hensyn til alminnelige lojalitetsbetraktninger, oppstilte teorien to vilkår for at det kunne avlyses erstatningsfritt.⁶⁸ Først et krav om uforutsigbarhet, innholdet i kravet ser i all hovedsak til å være likt som det subjektive kravet fremstilt i forarbeidet.⁶⁹ For det andre et krav om

⁶⁸ Simonsen (1997) side 574 og 575.

⁶⁹ Simonsen (1997) på side 575 til 578.

saklighet, kravet ser ut til å inneholde momenter av både objektiv og subjektiv karakter.⁷⁰ Simonsen sier at saklighetsproblemstillingen kommer på spissen når det er mistanke om at oppdragsgiver avlyser for å komme unna atferdsbegrensninger som gjelder for anbudskonkurransen. Avlysningen må ikke tjene rettstridige eller utenforliggende formål eller være basert på rent bagatellmessige forhold.⁷¹

Det er særlig grunn til å være oppmerksom på at denne oppdelingen av spørsmålet var tilknyttet erstatningsspørsmålet.⁷² Når høyesterett viser til at spørsmålet om avlysningsretten og erstatningsspørsmålet må skilles i premiss 85, vil det kunne tale for at subjektive forhold og feil ikke skal vurderes i saklighetsvurderingen, men vil være en del av erstatningsspørsmålet. Dette kan bekreftes ytterligere ved at Høyesterett sier at i tilfellet der avlysningen er saklig, betyr ikke at feilene som førte til avlysningen ikke kan gi grunnlag for erstatningsansvar i premiss 103. Likevel blir denne forståelsen problematisk når Høyesterett sier videre at totalvurderingen har rom for betraktninger av subjektive omstendigheter (premiss 86). Spørsmålet om hvordan subjektive vilkår og omstendigheter vil påvirke saklighetsvurderingen vil omtales nærmere i punkt 7.

Hvis vi kommer tilbake til at vurderingen av om avlysningen er saklig skal baseres på en «totalvurdering», vil det etter en alminnelig språklig forståelse implisere at det skal foretas en vurdering som er fullstendig og komplett. At vurderingen skal være «total» gir fortsatt lite veiledning i tilknytning til spørsmålet om hvilke momenter og argumenter som er relevante. For å løse dette problemet sier Høyesterett at det er rom for å ta i betraktning både objektive og subjektive omstendigheter, forutsatt at de er saklige (premiss 86). Men når Høyesterett ikke velger å utdype dette nærmere foreligger det begrenset med veiledning. For å få en større forståelse av hva totalvurderingen innebærer er det nødvendig å se på hvordan Høyesterett har valgt å systematisere behandlingen.

Det ene Høyesterett vurderer i Fosen-linjen er om feilen at tildelingskriteriet miljø ikke var ledsaget av tilstrekkelige dokumentasjonskrav var en saklig grunn til å avlyse konkurransen (premiss 89 flg til 102). Høyesterett var enige i at dette ga saklig grunn. Det vises til at et tildelingskriterium uten tilstrekkelige dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta effektiv kontroll, er i strid med EØS-retten (premiss 90). Det var ikke tvilsomt at

⁷⁰ Simonsen (1997) på side 578 til 580.

⁷¹ Ibid.

⁷² Simonsen (1997) side 574.

tildelingskriteriet «miljø» ikke oppfylte de EØS-rettslige kravene (premiss 92), og det var ikke etterspurt tilstrekkelig opplysninger for å gjøre en objektiv og etterrettelig etterprøving av tilbudene (premiss 95). Misligholdsbeføyelsen AtB innlemmet i konkurransegrunnlaget var ikke tilstrekkelig for å avbøte feilen (premiss 98). Retten så det som vanskelig at AtB hadde andre muligheter for å rette opp feilen enn å avlyse. Avlysningen ga mulighet for å starte prosessen på nytt og på den måten til en viss grad avbøte feilen. Det var tilstrekkelig for å konstatere at det åpenbart var saklig grunn (premiss 100).

Det er vanskelig å argumentere for at dette ikke skal kunne gi saklig grunn. Etter Høyesteretts behandling foreligger det fortsatt uavklarte spørsmål. For det første svarer ikke Høyesterett uttrykkelig på hva som skal inngå i saklig grunn vurderingen og klargjør ikke uttrykkelig hvilke momenter som er relevante. Relatert til avhandlingens tema gir ikke Høyesterett klare vurderingslinjer for hvordan oppdragsgivers feil i gjennomføringen av konkurransen skal håndteres.

For det andre var manglende dokumentasjonskrav ikke en del av AtB sin begrunnelse for avlysningen på avlysningstidspunktet. Spørsmålet om vurderingen av saklighet skal begrenses til begrunnelsen på avlysningstidspunktet eller om det skal foretas en større objektiv vurdering, er nærmere omhandlet i punkt 6.3.

For det tredje, Høyesterett legger vekt på at det som gjør avlysningen saklig er at det forelå rettslig usikkerhet (premiss 88). Den forutgående forføyningssaken som påpekte to feil i konkurransen, skapte en rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen. En slik rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, må i seg selv kunne gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse. Hva dette innebærer, og betydningen av rettslig usikkerhet vil avhandlingen komme tilbake til i punkt 6.7.

Det grunnleggende som kan utledes fra dommen er at vurderingen av om det foreligger saklig grunn må vurderes etter en totalvurdering. Sentralt for avhandlingens tema er hvordan vurderingen av saklig grunn og totalvurderingen skal foretas i sammenheng med at oppdragsgiveren har utført anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av anskaffelsesprosessen.

6. Objektive omstendigheter

6.1 Innledning

For å avgjøre om det foreligger saklig grunn til å avlyse kan det først stadfestes at totalvurderingen må inneholde vurderinger av objektiv karakter, med andre ord om det objektivt sett foreligger saklig grunn til å avlyse. En avlysning kan vanskelig vurderes til å være «saklig» dersom det ikke foreligger faktiske forhold som kan begrunne at det er behov for å avlyse konkurransen. Forarbeidene henviser til at selve årsaken til avlysningen må være saklig og at det er relevant å se på hvilke omstendigheter som utløste avlysningen.⁷³

Eksempler som det vises til er at de kan foreligge saklig grunn hvis oppdragsgivers behov endrer seg underveis i konkurransen, hvis oppdragsgivers budsjett overskrides, eller hvis det foreligger bare ett tilbud i konkurransen. EU-domstolen har uttalt at det kan tas hensyn til om avlysningen er formålstjenlig ut fra et offentlig perspektiv, og at endrede økonomiske eller faktiske omstendigheter, samt endringer i oppdragsgivers faktiske behov er relevant.⁷⁴ Det ser ut til at forholdene EU-domstolen har pekt på har fått gjennomslag i norsk rett, blant annet ved at Høyesterett i Rt. 2001 s. 473 *Concord II* på side 482 viser til at økonomiske hensyn er legitime. Dragsten viser blant annet til at svakheter i konkurransegrunnlaget, mangelfull planlegging og forfeilet konkurranse kan gi grunnlag for å avlyse.⁷⁵ Terskelen for å avlyse har fremstått som lav på grunn av at det fra et samfunnsøkonomisk perspektiv vil være uheldig om oppdragsgiveren tvinges til å gjennomføre et prosjekt som ikke lenger er ønskelig.⁷⁶

En måte å systematisere vurderingstemaet på er å etableres en objektiv standard for hva som er saklig grunn til å avlyse, deretter må man vurdere grunnlaget for den konkrete avlysningen opp mot denne standarden. Avhandlingens avgrensninger fører til at det ikke vil undersøkes hva som er den generelle saklighetsstandard for enhver avlysningssituasjon. Spørsmålet er hva som er saklighetsstandard i tilfellene der avlysningen er grunnet i at oppdragsgiver har gjort feil i gjennomføringen av konkurransen som bryter med anskaffelsesregelverket.

⁷³ NOU 2014:4 punkt 26.2.1 side 245.

⁷⁴ C-440/13 premiss 35.

⁷⁵ Dragsten (2020) side 880 til 882.

⁷⁶ Dragsten (2020) side 877.

6.2 Avlysning basert på oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil

Feil i gjennomføringen av konkurransen som bryter med anskaffelsesregelverket kan føre til at det er behov for å avlyse konkurransen. Feilen kan for eksempel være at oppdragsgiver har formulert seg uklart i konkurransegrunnlaget, kravet til gjennomsiktighet fører til at det er et brudd med regelverket hvis konkurransegrunnlaget ikke gir de opplysninger som er nødvendige for at tilbyderne skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Et annet tilfelle er om oppdragsgiver har forskjellsbehandlet tilbydere i forbindelse med hvilken informasjon som ble gitt under forhandlingene. Kan det ha påvirket konkurransen vil det kunne gi behov for å avlyse konkurransen.

Goller mfl. viser til at to krav må være oppfylt for at det skal være saklig å avlyse begrunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil. For det første er det et krav om at feilen ikke kan rettes på en annen måte enn ved avlysning, for det andre et krav om at feilen kan ha virket inn på konkurransens utfall (innvirkningskrav).⁷⁷

Med tanke på at Høyesterett sier at saklighetsvurderingen skal baseres på en totalvurdering vil det være problematisk å innfortolke konkrete undervilkår. Hvis man går ut fra en slik forståelse, vil saklighetsvurderingen kun snevres til å være en vurdering av om feilen kan ha innvirket på konkurransen og om feilen kunne rettes. En totalvurdering – altså en konkret helhetsvurdering – vil ikke her være nødvendig. En totalvurdering antyder at det skal ta tak i alle relevante momenter, og at vurderingen ikke skal snevres til å kun være en vurdering av om konkrete undervilkår er oppfylt.

I Fosen-linjen konkluderte Høyesterett med at oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil, som i dette tilfellet var at tildelingskriteriet miljø ikke var ledsaget av tilstrekkelige dokumentasjonskrav, ga saklig grunn til å avlyse. Høyesterett nevner på ingen måte at saklighetsvurderingen er bundet av et innvirkningskrav, eller en vurdering av om feilen kan rettes. Forklaringen på dette kan være at det var helt åpenbart at feilen påvirket konkurransen og at feilen ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning, det var derfor ikke nødvendig for Høyesterett å gå inn på spørsmålet. Med tanke på Høyesterettsdommers prejudikatsvirkning var Høyesterett fornøyd med å påpeke de generelle vilkårene for avlysning. Uansett skapte dommen betydelig usikkerhet i hvordan saklighetsnormen skal

⁷⁷ Goller (2020) mfl. side 233 og 234.

fastsettes i tilfeller avlysningen er begrunnet i oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen.

6.3 Full objektiv prøving

Ved den rettslige prøvingen av om avlysningen er saklig er det et spørsmål om domstolen kun er begrenset til å prøve den begrunnelse oppdragsgiver ga på avlysningstidspunktet, eller om domstolen kan foreta full objektiv prøving av om avlysningen er saklig.

I utgangspunktet ser det ut til at Høyesterett legger til grunn en full objektiv prøving.

Høyesterett uttaler i Fosen-linjen HR-2019-1801-A at vurderingen av saklig grunn ikke bare kan bygge på den begrunnelsen oppdragsgiveren ga på avvisningstidspunktet (premiss 102).

Høyesterett foretar vurderinger av rene objektive omstendigheter. Om tildelingskriteriet miljø hadde tilstrekkelige dokumentasjonskrav var ikke påberopt av oppdragsgiver på avlysningstidspunktet.⁷⁸ Hvis vi ser uttalelsen og dommen isolert, fremstår regelen som klar.

Det skal foretas en full objektiv prøving av om det var saklig grunn til å avlyse på avlysningstidspunktet, uavhengig av oppdragsgivers begrunnelse. Rettsanvender må se på alle forhold som oppdragsgiver kunne begrunnet avlysningen i. Likevel har spørsmålet skapt uenighet i praksis.

Det som har skapt problematikk er at Høyesterett ikke har gitt en særlig begrunnelse på hvorfor denne regelen legges til grunn. Høyesterett henviser til at feilene som ble påpekt i forføyningssaken og manglende dokumentasjonskrav var nært tilknyttet til hverandre. Fredriksen sier at uten en slik tilknytning vil Høyesteretts uttalelser være til liten hjelp.⁷⁹

Fra et erstatningsrettslig perspektiv er en mulig forklaring for at Høyesterett valgte denne løsningen at spørsmålet om årsakssammenheng ikke ble behandlet. Fredriksen viser til utfordringen at avlysningsbeslutningen kan vurderes som et potensielt ansvarsbetingende forhold og som et mulig brudd på årsakssammenheng mellom tidligere ansvarsbetingende feil og tilbyderens fortjenestetap.⁸⁰ Ved å gå ut fra en ren vurdering av ansvarsgrunnlag vil det

⁷⁸ Se oppdragsgivers avlysningsbegrunnelse, HR-2019-1801-A premiss 18.

⁷⁹ Fredriksen (2020) Side 10.

⁸⁰ Ibid. Side 11.

ikke være rom for vise betydningen av årsaksspørsmålet. Fosen-linjens krav på positiv kontraktsinteresse strandet i realiteten på et vilkår som var utenfor Høyesteretts behandling.⁸¹

Dersom man legger til grunn viktigheten av å skille mellom avlysningsretten og plikten til å betale erstatning, kan retten gå ut fra at bedømmelsen av saklighet ved avlysningen må vurderes ut fra de grunner som faktisk ble vist til på avlysningstidspunktet, men samtidig uttale at det ikke er avgjørende for kravet om erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁸² Fra et erstatningsrettslig perspektiv kan man tenke at forutgående feil ikke må trekkes inn i vurderingen av om en etterfølgende avlysning i seg selv er ansvarsbetingende. Erstatning vil uansett avskjæres på grunnlag av at det ikke foreligger årsakssammenheng, med henvisning til at EFTA-domstolen uttalelser i Fosen I E-16/16 premiss 107. Hvis det foreligger anskaffelsesrettslig feil som fører til avlysningsplikt vil det innebære et brudd på anskaffelsesregelverket å inngå kontrakt med den forbigåtte tilbyder, under slike omstendigheter er det følgelig ikke noen direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen som er begått og den oppståtte skade på den positive kontraktsinteresse.⁸³ Men når Høyesterett uttaler at en saklig avlysning vil medføre at ingen av tilbyderne kan kreve erstatning for tapt fortjeneste (premiss 103) aktualiserer det at spørsmål tilknyttet årsakssammenheng må allerede behandles ved spørsmålet om avlysningen er saklig og tilknyttes spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

Hvis vi går ut fra Høyesteretts løsning vil oppdragsgiver kunne anføre tidligere feil i prosessen som grunnlag for å avlyse. Dette for å avskjære årsakssammenhengen mellom feilene og fortjenestetapet. Fredriksen peker på det bør gjøres et unntak for tilfeller hvor en oppdragsgiver forsettlig begår brudd på anskaffelsesregelverket for å muliggjøre avlysning.⁸⁴ I så måte blir den subjektive hensikten og motivasjonen ved på avlysningstidspunktet relevant, se punkt 7.

I lagmannsretten saknr. 21-141669ASD-HALO tas det stilling til om oppdragsgiver kan påberope andre årsaker for avlysningen etter avlysningstidspunktet. Dommen ble avgjort med dissens 2-1 og er påanket til Høyesterett. Saken gjaldt krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det ble anført at oppdragsgiver hadde avlyst konkurransen uten saklig

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid. Side 10.

⁸³ E-16/16 premiss 107.

⁸⁴ Fredriksen (2020) Side 11 fotnote 62.

grunn. Oppdragsgiver viste til to ulike forhold som ga saklig grunn til å avlyse. For det første feil vedrørende konkurranseform, som var oppgitt på avlysningstidspunktet. For det andre feil tilknyttet uklarheter i prisskjema, som først ble vist til ved behandlingen i lagmannsretten.

Lagmannsretten var enige i at Høyesterett uttalelser fremstår som generell, men at spørsmålet må ses i sammenheng med tilknytning mellom feilene (side 17). For flertallet var ikke tilknytning mellom feilene, uklarheter i prisskjema og uklarhet om konkurranseform, tilstrekkelig nær for å kunne ta de senere påberopte feilene i betraktning. Feilene gjaldt to ulike forhold som etter flertallets syn ikke hadde samvirket.

På den ene siden er det forståelig og tilknytningen var på langt nær så stor som i Fosen-linjen. Men på den andre siden ved at Høyesterett bruker uttrykket «uansett» fremstår uttalelsen om tilknytning bare som en fortsettelse av tidligere resonnement. Mindretallet understreker at det var en viss sammenheng mellom feilene; de hadde begge betydning for identifikasjon av riktig vinner ved korrekt gjennomføring av anbudsprosessen (side 32). Begge begrunnelser for avlysningen i lagmannsrettssaken var knyttet til anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen. Indirekte vil også motivasjonen ved avlysningen være den samme. Hovedsakelig er det grunn til å anta at motivasjonen for avlysningene var å gjennomføre konkurransen i henhold til regelverket. Oppdager oppdragsgiveren feil ved gjennomføringen av konkurransen som oppdragsgiver vurderer kan føre til avlysning, er det fare for at oppdragsgiver bruker mindre ressurser til å oppdage andre anskaffelsesrettslige feil. Konsentrasjonen rettes til at de vil avslutte konkurransen. Hvis den opprinnelige feil tenkes borte, kan det være større grunn til å anta at oppdragsgiveren ville hatt større årvåkenhet og avlyst på grunnlag av de andre feil som forelå på avlysningstidspunktet. Det er vanskelig å forestille seg grunner til at en oppdragsgiver vil velge å skjule enkelte egne anskaffelsesrettslige feil hvis man først velge å avlyse på dette grunnlag. De andre anskaffelsesrettslige feil vil stryke argumentet for at konkurransen må avlyses. Et mulig unntak vil være dersom oppdragsgiver ser til at enkelte feil kan være et eget ansvarsbetingende forhold som kan gi grunnlag for erstatning. Her kan oppdragsgiver gjøre seg tjent med å bare henviser til feil som på eget grunnlag ikke vil kunne gi grunnlag for erstatning. Mindretallet kunne ikke se hensyn som taler mot at oppdragsgiver skal kunne påberope uoppdagede feil som forelå på avlysningstidspunktet (side 32).

Flertallet viser til at subjektive omstendigheter ikke vil ha særlig betydning dersom det er adgang til å trekke inn andre begrunnelser (side 18). Lagmannsretten viser til forståelsen i

forarbeidet med henvisning til Fosen-linjen premiss 84 (side 18). Basert på argumentasjonen nedenfor, se punkt 7, er det først og fremst oppdragsgivers motivasjon og hensikt med avlysningen som er relevant, og ikke den forståelse som fortolkes ut av forarbeidet.

Flertallet legger så vekt på at hvis det tillates at senere anførte begrunnelser kan gi saklig grunnlag for avlysning vil ikke tilbyderne vite hvilken prosessrisiko søksmål innebærer (side 18). Det vil være i strid med gjennomsiktighetsprinsippet og prinsippet om likebehandling etter anskaffelsesloven § 4.

På den ene siden fremstår dette som fornuftig, tilbyderne må i utgangspunktet ta stilling til den begrunnelse oppdragsgiveren gir på avlysningstidspunktet for å vurdere om avlysningen er saklig.

På den andre siden, ved å tillate at tilknyttede feil er en del av saklighetsvurderingen må tilbyderne likevel foreta vurderinger av om det foreligger tilknyttete feil for å vite sin rettsstilling. Det er ikke gitt at det vil bedre forutberegneligheten i stor grad.

Det kan være forhold ved konkurransen som gjør avlysningen saklig, selv om oppdragsgiveren i utgangspunktet ikke har oppdaget forholdet. Særlig aktuelt er det dersom det foreligger en avlysningsplikt. Det hadde vært uheldig om tilbyderne kan bygge rett på urett, og tilkjennes den positive kontraktsinteressen selv om oppdragsgiveren måtte avlyse.

Med hensyn til forutberegnelighet kan man gå ut fra at feilen vil kunne være synlig for tilbyderne på avlysningstidspunktet. Hvis prøvingen av saklighet ikke er begrenset til oppdragsgivers begrunnelse, må tilbyderne se anskaffelsesprosessen som en helhet for å avgjøre om avlysningen er saklig. Dette kan bidra til større årvåkenhet fra tilbyderens side, som kan føre til feil påvises tidligere i prosessen. Manglende begrunnelse kan i seg selv gi grunnlag for erstatning og være ansvarsbetingende hvis oppdragsgiver er å bebreide, men da ikke for den positive kontraktsinteressen, med henvisning til punkt 7. Det er ikke grunn til å anta at det ikke kan stilles krav til saksbehandlingen. Er oppdragsgiver å bebreide for ikke å ha vært årvåken nok eller for å for sent tatt tak i avlysningsspørsmålet vil det kunne være et eget ansvarsbetingende forhold som kan gi grunnlag for erstatning. Kravene til oppdragsgivers saksbehandling blir ikke borte, selv om avlysningen i seg selv er saklig. Hvis uoppdagete feil på avlysningstidspunktet ikke har betydning for erstatningsspørsmålet vil tilbyderne kunne bli fristet til å ikke varsle om mulige brudd på regelverket, eller utsette

varsling, i håp av at en urettmessig avlysning vil kunne lede til erstatningsansvar for den positive kontraktsinteressen.

At oppdragsgiver oppnår økonomiske gevinster ved avlysningen, som flertallet viser til på side 19, må antas til å ikke ha betydning dersom oppdragsgiver hadde henvist til alle foreliggende feil på avlysningstidspunktet. Her vil det kunne fastsettes avlysningsplikt, som det vises til i punkt 6. Avlysningsretten vil i første omgang avhenge av om det foreligger avlysningsplikt. Det at oppdragsgiver oppnår en mulig økonomisk gevinst vil være irrelevant så lenge avlysningens mål er i henhold til regelverkets målsetninger. Men forholdet blir noe annet dersom oppdragsgiver forsettlig har utført feil i konkurransen for å oppnå en avlysningsrett. Her vil oppdragsgiver være motivert av illojale hensikter og avlysningen vil ikke være basert på et saklig grunnlag, se punkt 7.

KOFA praksis har lagt til grunn Høyesteretts generelle uttalelse, det skal foretas en samlet vurdering som inkluderer oppdragsgiverens etterfølgende begrunnelser med henvisning til KOFA 2019/329 premiss 33 og KOFA 2018/350 premiss 37. Det må tas forbehold for tilfeller der det er holdepunkter for at avlysningen på avlysningstidspunktet var motivert av illojale hensikter.⁸⁵

En annen innfallsvinkel for å løse spørsmålet er om man ser det fra et rent anskaffelsesrettslig synspunkt, og ikke lar seg forlede av erstatningsrettslige betraktninger. Det som skal besvares er ikke om avlysningen er ansvarsbetingende, spørsmålet er om avlysningen rent anskaffelsesrettslig fremstår som saklig og ikke bryter med regelverket med grunnlag i de omstendigheter som foreligger på avlysningstidspunktet.

Flertallet viser til at i forvaltningsretten er utgangspunktet for prøvingen den begrunnelse som ble gitt på vedtakstidspunktet for å vurdere gyldigheten av vedtaket (side 17). Sett lagmannsrettens forståelse isolert ser det ut til at forvaltningsretten stenger muligheten for å legge vekt på senere begrunnelser. De støtter resonnementet med at ved avlysning har oppdragsgiver en begrunnelsesplikt etter anskaffelsesloven § 25-4 andre ledd, og at EU-rettslige krav forplikter oppdragsgiver til å gi begrunnelse for å sikre gjennomsiktighet og likebehandling.

⁸⁵ KOFA 2019/329 premiss 33.

Offentlige anskaffelser er ikke direkte styrt av forvaltningsrettslige regler. Høyesterett har uttalt i forbindelse med prøving av forvaltningsvedtak at det er vedtakstidspunktet som er avgjørende for prøvingen, men at det er likevel adgang til å komme med nye bevis som kaster lys over den faktiske situasjonen på vedtakstidspunktet.⁸⁶

En ny begrunnelse for avlysningen vil i utgangspunktet være nye bevis som kan kaste lys over hvorfor avlysningen var saklig på avlysningstidspunktet. Det ser ut til at det vil kunne være adgang til en slik etterfølgende begrunnelse med henvisning til den rettslige prøvingen i forvaltningsretten.

Fra et objektivt standpunkt kan det foreligge saklig grunn, selv om oppdragsgiveren ikke har nevnt dette i begrunnelsen. Hvis saklighetsvurderingen i all hovedsak består av en objektiv vurdering av om det forelå saklig grunn må det være adgang til å ta tak i omstendigheter som oppdragsgiveren nødvendigvis ikke har lagt vekt på. Høyesterett fant at rettslig usikkerhet og manglende dokumentasjonskrav tilknyttet tildelingskriteriet «miljø» ga saklig grunn til å avlyse selv om det ikke var en del av oppdragsgiverens opprinnelige begrunnelse.⁸⁷

Subjektive omstendigheter vil være relevante i den forstand at har oppdragsgiveren forsettlig utført feil for å tilegne seg en avlysningsrett vil det avskjære avlysningsretten. Samt er avlysningen i all hovedsak basert på illojale hensikter, og det kan sannsynliggjøres at oppdragsgiver baserer avlysningen på dette grunnlag vil ikke avlysningen være «saklig begrunnet». Sammenhengen mellom motivasjonen som kan rettferdiggjøre avlysningen etter regelverket og faktiske motivasjon er ikke nær. Det vil være illojalt å gi oppdragsgiveren en avlysningsrett i en slik situasjon. Rent erstatningsrettslig vil det kunne være problematisk å fastsette hvordan utviklingen i konkurransen ville vært dersom feilen tenkes bort, med hensyn til påvisning av årsakssammenheng for fortjenestetap. De årsaksmessige problemstillinger som foreligger ved usaklige avlysninger ligger utenfor avhandlingen å besvare.

Til slutt vil prejudikatsvirkningen indikere at man må være forsiktig med å avvike fra Høyesteretts standpunkt. Høyesteretts foretar en full objektiv prøving av om avlysningen er saklig. Hvis Høyesterett hadde som mening å innfortolke et krav om tilknytning bør retten nevne dette uttrykkelig. Er motivasjonen for avlysningen lik ved den opprinnelige og den senere begrunnelsen, er det få holdepunkter som kan forklare at det ikke skal legges vekt på

⁸⁶ HR-2015-2524-P premiss 132, HR-2012-2398-P premiss 81.

⁸⁷ Se HR-2019-1801-A premiss 18, 88 og 89.

andre anskaffelsesrettslige feil som forelå på avlysningstidspunktet. Det er grunn til å anta at risikoen for misbruk av avlysningsretten er liten dersom begge forklaringer er tilknyttet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen på avlysningstidspunktet. Spørsmålet kan stå seg annerledes dersom motivasjonen for avlysningen endres mellom opprinnelig og senere begrunnelse. Her er det grunn for større bekymring rundt oppdragsgivers faktiske motivasjon på avlysningstidspunktet, og om det faktisk foreligger fare for misbruk av avlysningsretten.

6.4 Innvirkningskrav

For å avklare avlysningsnormen er det nødvendig å undersøke hvordan kravet til innvirkning skal behandles. Skal det innfortolkes ett innvirkningskrav?

Etter underrett- og klagenemdspraksis er det innfortolket et innvirkningskrav for at avlysningen skal være saklig der avlysningen er basert på oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen.⁸⁸ Nemda sier at hvis det foreligger feil, må det være en ytterligere forutsetning at de kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen i KOFA 2021/1335 premiss 30. Kravet er utformet likt som ved avlysningsplikten.

Høyesterett har ikke gjennomført vurderinger av om at feilen må ha kunnet påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen for at det skal foreligge saklig grunn til å avlyse. Noe som kan forklare hvor dette ikke har vært et tema er saksforholdet. I *Concord II* Rt. 2001 s. 473 og *SB-transport* Rt. 2007 s. 983 var ikke avlysningen begrunnet i oppdragsgivers anskaffelsesrettslige feil, men ønsket om egenregi og forretningsmessige gevinster. I Fosenlinjen var vurderingstemaet om manglende dokumentasjonskrav tilknyttet tildelingskriteriet miljø ga saklig grunn til å avlyse. Det må antas at det ikke forelå noen usikkerhet tilknyttet til om feilen kunne påvirket konkurranseutfallet. Mangel på forsvarlig grunnlag for tildelingsevalueringen, samt ulovlig utforming av tildelingskriteriet påvirket klart konkurransen.⁸⁹

Lagmannsretten i LG-2016-133934 ser ut til å ha tatt kravet direkte fra avlysningsplikten. Det er ikke foretatt noen vurdering om samme vilkår bør foreligge ved vurderingen av

⁸⁸ Se LG-2016-133934, KOFA 2021/1335 premiss 30, KOFA 2020/116 premiss 23.

⁸⁹ HR-2019-1801-A premiss 102.

avlysningsrett. Lagmannsretten henviser til teori og en KOFA-avgjørelse for å underbygge at det foreligger et slikt krav. KOFA-avgjørelsen omhandler avlysningsplikt og ikke avlysningsrett. Det kan stilles spørsmål rundt hvor bevisst lagmannsretten var med hensyn til denne problemstillingen. Partene var enige i at det forelå et innvirkningskrav, som førte til at det ikke var noen kontradiksjon rundt spørsmålet.

Begrunnelsen for å innfortolke et innvirkningskrav i forbindelse med avlysningsplikten er at det ikke er noen saklig grunn som tilsier at en konkurranse skal avlyses, så lenge det ikke kan påvises en mulig sammenheng mellom feilen og konkurransens utfall, eller deltakelsen i konkurransen med hensyn til anskaffelsesloven § 1 og formålet om effektiv ressursbruk.⁹⁰ Er feilen ikke av en slik karakter at den har hatt betydning for tilbyderne foreligger det ikke noen brudd på likebehandling og forutberegnelighet.⁹¹

Lovens formål og grunnleggende prinsipper vil påvirke både avlysningsretten og avlysningsplikten, og kunne tale for at det skal innfortolkes et innvirkningskrav i avlysningsretten.

Nemda har begrunnet kravet i forbindelse med avlysningsretten i sak 2020/116 premiss 23, at uten en slik regel vil oppdragsgiver kunne peke på enhver feil i konkurransen som grunnlag for å avlyse. Det vil harmonere dårlig med hensynet til effektiv ressursbruk og hensynet til de andre berørte aktører og de legitime interesser i saken, slik de kommer i uttrykk etter anskaffelsesloven § 1 og NOU 2010:2 side 53.

Det er vanskelig å se argumenter som kan begrunne at det ikke skal legges vekt på om feilen kan ha påvirket konkurranseutfallet eller deltakerinteressen. Det vil innebære unødig bruk av ressurser dersom oppdragsgiver avlyser på grunn av bagatellmessige eller ubetydelige feil, og det vil kunne oppleves som illojalt ovenfor tilbyderne. Det kan se ut til at Høyesterett har gitt oppmerksomhet til at bagatellmessige omstendigheter ikke bør tillegges vekt i saklighetsvurderingen.⁹² I forbindelse med avlysningsplikten har lovgiver uttalt at mindre, bagatellmessige overtredelser som ikke har fått innvirkning på utfallet av konkurransen, ikke bør gi grunnlag for ny anbudsrunde.⁹³ Med hensyn til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, vil et innvirkningskrav være en forsikring mot at oppdragsgiver avlyser på bakgrunn av

⁹⁰ Dragsten (2020) side 886.

⁹¹ LE-2011-40623

⁹² HR-2019-1801-A premiss 88.

⁹³ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Til § 7 side 67.

utenforliggende eller vilkårlige hensyn, samt at oppdragsgiver opptrer med lojalitet overfor tilbyderne med hensyn til anskaffelsesregelverkets målsetninger.

Hvis feilen ikke kan ha påvirket konkurranseutfallet og deltakerinteressen i noen grad, vil det være problematisk å omtale avlysningen som «saklig». Det er utfordrende å finne argumenter som kan underbygge at det foreligger et avlysningsbehov ved slike tilfeller. Unntaket må bli dersom det foreligger «reell rettslig usikkerhet» om feilen kan ha innvirket på konkurransen. For å få en større forståelse av betydningen av rettslig usikkerhet, se punkt 6.7. Uavhengig om temaet om innvirkning behandles som et krav eller som et moment i totalvurderingen, for at avlysningen skal bedømmes som saklig, vil et av de avgjørende vurderingstemaer være om feilen kan ha påvirket konkurranseutfallet eller deltakerinteressen. At Høyesteretts uttaler at saklighetsvurderingen skal baseres på en «totalvurdering» impliserer at spørsmålet om innvirkning må behandles som et meget tungtveiende moment.

6.4.1 Innvirkningskravets innhold

Under dette kapitlet skal det undersøkes hva som er innholdet i innvirkningskravet ved avlysningsretten. Først blir spørsmålet hvordan innvirkningskravet er utformet ved avlysningsplikten. Deretter vil det undersøkes om legges til grunn samme regel ved avlysningsretten.

6.4.1.1 Innvirkningskravet ved avlysningsplikten

Utleddet fra EU/EØS-retten med tilknytning til innvirkningskravet ved avlysningsplikt uttaler førsteinstansdomstolen at en feil vil bare bryte med prinsippet om likebehandling dersom det påvises, «*in a plausible and sufficiently detailed manner*», at konkurransen «*could have had*» et annet utfall.⁹⁴ Oversatt uttrykkene til norsk tolkes det til at det må påvises «på en sannsynlig og tilstrekkelig detaljert måte» at konkurransen «kunne ha hatt» et annet utfall. Domstolen presiserer ikke ytterligere hvordan kravet til påvisning skal tolkes.

At domstolen nevner at innvirkning må påvises på en «sannsynlig og tilstrekkelig detaljert måte» kan antyde at vurderingen må tilknytte seg den konkrete konkurransen. Rettsanvender må sannsynliggjøre og detaljere hvordan konkurransen «kan ha hatt» et annet utfall ved den

⁹⁴ T-345/03 premiss 149 og T-50/05 premiss 62.

konkrete anskaffelsesprosessen. Det er ikke nok å vise til at feilen generelt sett eller etter sin art kan innvirke på konkurranser, det må foreligge en nærmere tilknytning.

Det neste spørsmålet er hva som ilegges i kravet at konkurransen «kunne ha hatt» et annet utfall hvis feilen tenkes borte. Hvor strengt er kravet til påvisning av feilens betydning?

Generelt er bevisvurderinger så lite eksakt at det er lite hensiktsmessig å angi sannsynliggraden i prosent.⁹⁵ Ordlyden taler for at terskelen ikke skal være særlig høy for å tillegge feilen avgjørende betydning. Etter alminnelig språklig ordlydsfortolkning vil meningsinnholdet tolkes til at det som skal vurderes er om «det er en mulighet for» at feilen har påvirket konkurransen. Rent språklig vil ikke uttrykket innebære at det må bevises med sannsynlighetsovervekt at feilen har påvirket. Det er nok med en viss mulighet.

Utgangspunktet tolkes til noe mindre grad av sannsynlighet enn sannsynlighetsovervekt. Et annet generelt utgangspunkt er at sannsynligheten må være så stor at enhver aktsom oppdragsgiver ikke kan se bort ifra at, og må ta stilling til om feilen har påvirket konkurransen. Det er først her avlysningsbehovet vil gjøre seg gjeldene.

I norsk rett finnes det få tungtveiende kilder som omhandler avlysningsplikt. Lagmannsretten tar stilling til spørsmålet i LE-2011-40623. Basert på rettskildevekten av lagmannsrettens avgjørelser og at de uttaler at de finner spørsmålet tvilsomt vil uttalelsene ha begrenset rettskildemessig vekt.

Saken gjaldt en åpen tilbudskonkurranse om levering av tekniske gasser til sykehus/institusjoner. På grunn av feil i evaluering av tildelingskriteriet pris endret oppdragsgiver, Helse Sør-Øst Rhf, sin opprinnelige tildeling som var gitt til Air Liquide Norway AS. Air Liquide Norway AS fremmet begjæring om midlertidig forføyning, påstanden var at oppdragsgiver måtte forbys å inngå kontrakt inntil spørsmålet om anskaffelsesreglene var brutt var endelig avgjort.

Lagmannsretten var ikke i tvil om at feilen i saken var av en slik karakter at den etter sin art hadde betydning for utfallet av konkurransen. Likevel tok retten stilling til om det var et krav at det må sannsynliggjøres at feilen har påvirket det konkrete tilbudet tilbyderen innga, og hvor strengt dette kravet til sannsynliggjøring var. Lagmannsretten så ingen saklig grunn som tilsa at en konkurranse skal avlyses kun fordi det er begått en feil som etter sin art er av en slik

⁹⁵ Pedersen, Skoghøy (2020) side 288.

karakter at den kan ha hatt betydning. Så lenge det ikke kunne påvises en mulig sammenheng mellom feilen og det tilbudet som ble inngitt, var det vanskelig å se reelle grunner for at en konkurranse likevel må avlyses.

Det er grunn til å være skeptisk til at det skal bare foretas en vurdering tilknyttet til det tilbudet som er inngått. KOFA praksis viser til at det skal vurderes om feilen er av en slik karakter at den kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen.⁹⁶

Vurderingen må dermed ikke avgrenses til å kun være en vurdering av om feilen kan ha påvirket de innkommende tilbud. Fra EU-retten har vi sett at kravet til likebehandling fører til at oppdragsgiver må ta hensyn til både de som deltar i konkurransen og potensielle tilbydere.⁹⁷ Vurderingen må inneholde betraktninger om feilen kan ha innvirket på deltakelsen i konkurransen jf. T-50/05 premiss 61 flg.

Det neste spørsmålet lagmannsretten tar stilling til er hvor strengt kravet er til påvisning av feilens betydning. Lagmannsretten viser til Førsteinstansrettens avgjørelse T-345/03 premiss 149, men kunne ikke se at det aktuelle premiss eller dommen klargjør hvilket krav det er til påvisning av mulig årsakssammenheng mellom feilen og tilbudet.

Lagmannsretten kom frem til under tvil at reelle grunner tilsier at det er tilstrekkelig at det må foreligge en «nærliggende faktisk mulighet» for at feilen «kan ha» hatt betydning. Det vektlegger at de strenge og formelle reglene innenfor anskaffelsesretten tilsier at det ikke skal mye til for at en feil må føre til ny konkurranse, særlig når feilen begås av oppdragsgiveren. I mangel av rettslig avklaring bør saksbehandlingsfeil behandles på samme måte som saksbehandlingsfeil i sivilprosessen. Hovedregelen er at saksbehandlingsfeil bare vil kunne føre til opphevelse av en dom dersom det er en «nærliggende mulighet» for at feilen «kan ha hatt» betydning jf. tvisteloven § 29-21.

Først rettes det oppmerksomhet til at lagmannsretten velger å bruke uttrykket «nærliggende faktisk mulighet» fra sivilprosessen istedenfor EU-domstolens uttrykk «på en sannsynlig og tilstrekkelig detaljert måte». Det som kan utledes fra uttrykket «nærliggende faktisk mulighet» er at det må være «klart sannsynlig» at feilen «kan ha hatt» betydning. Utover det gir det ikke ytterligere med veiledning. Det er mer heldig å vise til at det må påvises «på en sannsynlig og tilstrekkelig detaljert måte» at feilen «kan ha hatt» betydning for utfallet av konkurransen.

⁹⁶ KOFA 2017/142 premiss 40, KOFA 2011/171 premiss 61.

⁹⁷ C-27/15 premiss 36 og C-298/15 premiss 68.

Utrykket gir veiledning i den forstand at vurderingen av innvirkning må knytte seg og vise detaljert hvordan feilen kan ha påvirket den konkrete konkurransen.

Når det gjelder uttrykket «kan ha» uttaler lagmannsretten til at det lett ville kunne bli i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet dersom det var for strenge beviskrav til påvisning av feilens mulige betydning. I forbindelse med bestemmelsen i tvisteloven tolkes regelen til at kravet er relativt, det er lettere å si at feilen kan ha innvirket på avgjørelsens innhold ved grovere feil, enn ved mindre grove feil.⁹⁸ Forvaltningsloven har en bestemmelse som inneholder et innvirkningskrav utformet på nesten tilsvarende måte. Etter forvaltningsloven § 41 skal ikke saksbehandlingsfeil ha avgjørende betydning dersom det er grunn til å regne med at feilen «ikke kan ha» virket bestemmende på vedtakets innhold. Det kreves ikke at det kan *påvises* noen sammenheng mellom vedtakets innhold og feilen.⁹⁹ Det er tilstrekkelig med en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at feilen har fått betydning.¹⁰⁰ Goller mfl. uttaler at i forbindelse med beviskravet at domstolene som klar hovedregel ikke skal sette seg i oppdragsgiverens sted og på den måten forskuttere oppdragsgiverens skjønnsutøvelse, og at rettens hypotetiske vurderinger av hvordan konkurransen ville utviklet seg dersom reglene hadde blitt fulgt, derfor ikke bør være særlig inngående.¹⁰¹ Uttalelsene i dette avsnitt gir ikke grunn til å gå bort fra ordlydsforståelsen vist til tidligere i dette kapitlet. Terskelen for innvirkning bør derfor ikke være for høy.

6.4.2.2 Innvirkning ved avlysningsrett

Med dette utgangspunkt blir spørsmålet om kravet om innvirkning skal modereres i tilknytning til avlysningsretten.

Innledende betraktninger taler for at terskelen ikke bør være strengere ved vurdering av avlysningsplikt. Gjennomgående stiller regelverket mildere krav der det foreligger rett til å foreta en handling, enn der det foreligger en plikt.

I LG-2016-133934 bygger lagmannsretten innvirkningskravet direkte på forståelsen ved avlysningsplikt. Klagenemdas avgjørelse det henvises til (KOFA sak 2014/63) omhandler avlysningsplikt, ikke avlysningsrett. Senere avgjørelser fra klagenemda fremstiller

⁹⁸ NOU 2001:32 B side 785.

⁹⁹ Bernt, Rasmussen (2017) side 104.

¹⁰⁰ Rt. 2009 s. 661 premiss 71.

¹⁰¹ Goller mfl. side 240,

vurderingstemaet ved avlysningsrett likt som ved avlysningsplikt, det avgjørende er om det er en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha virket inn på utfallet av konkurransen eller på deltakerinteressen.¹⁰² Lagmannsretten henviser til juridisk teori fra Goller for å underbygge kravet. Hva som nøyaktig uttales i denne kilden har ikke avhandlingen hatt mulighet til å ta stilling til. Nyere teori, Goller mfl. forstår kravet på lik linje som for avlysningspliktens vedkommende.¹⁰³ Lagmannsretten ser ut til å ha lagt til grunn denne forståelsen.

Vurderingstemaet lagmannsretten legger til grunn i LG-2016-133934 er om det foreligger en «reell mulighet» for at feilen «kan ha» virket inn på konkurransen. Spørsmålet er formulert annerledes enn i klagenemdssaken det henvises til, sak 2014/63. Nemda formulerer spørsmålet til om det foreligger en «nærliggende faktisk mulighet» for at feilen «kan ha hatt» innvirkning.¹⁰⁴ Fra en ren ordlydsfortolkning er det ikke grunn til å anta at meningsinnholdet endrer seg. Om det foreligger en «reell mulighet» eller en «nærliggende faktisk mulighet» vil i hovedsak ha samme mening. Ut fra sammenhengen ser det ikke heller ut til lagmannsretten har ment å endre kravet.

Det fremstår ikke at underretts- og nemdspraksis har tatt stilling til om innvirkningskravet eventuelt må utformes mildere ved avlysningsretten. Det er vanskelig å finne klare reelle hensyn som vil tale for at det må legges til grunn en mildere regel. I denne sammenheng er det viktig å være oppmerksom på at terskel for innvirkning etter ordlyden og praksis ikke fremstår som særlig høy. Som det er vist til tidligere vil det lett kunne bli strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet dersom det var for strenge beviskrav til påvisning av feilens mulige betydning.¹⁰⁵ Terskelen har fremstått som lav for at det skal foreligge saklig grunn for å avlyse.¹⁰⁶

¹⁰² KOFA 2021/1998 premiss 22, KOFA 2021/1335 premiss 30. Se sammenligning for vurderingstema ved avlysningsplikt KOFA 2017/142 premiss 40, KOFA 2011/171 premiss 61.

¹⁰³ Goller mfl. (2020) side 234 fotnote 339.

¹⁰⁴ KOFA 2014/63 premiss 41.

¹⁰⁵ LE-2011-40623, Dragsten (2020) side 886.

¹⁰⁶ LG-2016-133934

6.4.3 Oppsummering

Det at Høyesterett legger vekt på at det skal foretas en totalvurdering,¹⁰⁷ taler for at innvirkning må behandles som et meget tungtveiende moment. Hvis vi legger til grunn at avlysningsretten kan bygge på rettslig usikkerhet vil det kunne foreligge avlysningsrett selv om det senere viser seg at det ikke er sannsynlig at feilen kan ha innvirket på konkurransen. Se nærmere om rettslig usikkerhet, punkt 6.7. Det er dermed grunn til å tolke det til at det ikke foreligger et absolutt vilkår om innvirkning for at det skal foreligge en avlysningsrett. Avlysningsretten må avklares etter en konkret helhetsvurdering. For øvrig ser det ut til at vurderingstemaet knyttet til innvirkning vil være det samme ved vurderingen av avlysningsplikt og avlysningsrett.

6.5 Krav om at feilen ikke kan rettes opp på en annen måte

Et spørsmål er om det skal innfortolkes et krav om at feilen ikke kan rettes opp på en annen måte for at avlysningen skal være saklig.

Dette legges til grunn i omfattende underrettspraksis og i klagenemda og har fått gjennomslag i teorien.¹⁰⁸ Høyesterett har i Fosen-linjen HR-2019-1801-A ikke direkte oppstilt et krav om at feilen ikke kan rettes på en annen måte enn ved avlysning for at det skal foreligge «saklig grunn». De nærmeste bemerkningene som kan antyde at det foreligger et slikt krav er Høyesteretts henvisning til EFTA-domstolen uttalelser. Avlysningsretten ved anskaffelsesrettslige feil begrunnes med at det kan være situasjoner der en prosessuell feil «bare kan rettes opp på forsvarlig vis» ved at anbudskonkurransen avlyses og konkurransen gjennomføres på nytt (premiss 85). I denne sammenheng så Høyesterett det som vanskelig at oppdragsgiver hadde andre muligheter for å rette opp feilen enn å avlyse (premiss 100). Uttalelsene fører til at man ikke kan med sikkerhet innfortolke et krav om at feilen ikke kan rettes opp på en annen måte enn ved avlysning. En forklaring for at Høyesterett ikke har innfortolket et slikt krav er, på samme måte som ved vurderingen av innvirkningskravet, at det ikke var nødvendig å gjennomføre en nærmere vurdering. Det var klart at den anskaffelsesrettslige feilen, manglende dokumentasjonskrav tilknyttet tildelingskriteriet miljø, ikke kunne rettes uten at konkurransen avlyses. En annen forklaring kan være at Høyesterett

¹⁰⁷ HR-2019-1801-A premiss 86.

¹⁰⁸ Se Se LB-2005-1515, KOFA 2009/93 premiss 23. KOFA 2009/59 premiss 74. Dragsten (2020) side 882. Goller mfl. side 233.

hadde allerede henvist til at rettslig usikkerhet ga saklig grunn til å avlyse, det var dermed ikke nødvendig å gå inn i en dypere vurdering av kravet.

Lagmannsretten har begrunnet kravet med hensynet til forutberegnelighet jf. LB-2005-1515. Prinsippet tilsier at oppdragsgiver har ansvar til å tilrettelegge og gjennomføre konkurransen slik at feil unngås. Hvis det skjer en feil er utgangspunktet at oppdragsgiver må så langt som mulig rette opp disse uten avlysning. Men kan ikke feilen rettes opp på annen måte enn ved avlysning bør det etter omstendighetene kunne gi saklig grunn til å avlyse. Kravet er formulert likt som ved avlysningsplikten.¹⁰⁹

Alminnelig krav til lojalitet og at loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser etter anskaffelsesloven § 1 vil gi uttrykk for at det ikke vil være saklig å avlyse dersom feilen lett kan rettes. Hensynet til tilbydernes ressursbruk vil klart tale for at oppdragsgiver må undersøke om han har en mulighet til å rette feilen. Prinsippet om gjennomsiktighet og forutberegnelighet antyder, som det har blitt lagt vekt på i LB-2005-1515, at oppdragsgiveren i utgangspunktet har plikt til å rette feil hvis det er en mulighet. Lar feilen seg lett korrigere foreligger det svært få holdepunkter som kan argumentere for at en avlysning vil være saklig. Avlysning vil her fremstå som et for sterkt virkemiddel, feilen kan avbøtes med langt mindre inngrepene tiltak. På lik linje som vurderingen av innvirkningskravet vil vurderingen av om feilen kan rettes være et svært tungtveiende moment for å avgjøre om det foreligger avlysningsrett.

6.6 Oppsummering

Hvis vi legger til grunn at avlysningsretten og den tilhørende saklighetsnormen ved oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil avhenger av om feilen har innvirket på konkurransen og av om feilen kan rettes, vil muligheten til å avlyse i realiteten være styrt av en vurdering av om det foreligger avlysningsplikt. Vilåårene og vurderingene av om det foreligger en avlysningsrett og en avlysningsplikt vil være identisk. Fra dette utgangspunkt vil det være overflødig at avlysningsretten må vurderes etter en totalvurdering, jf. HR-2019-1801-A Fosen-linjen premiss 86. Spørsmålet avhandlingen skal ta tak i punkt 6.7 er om

¹⁰⁹ Se C-448/01 premiss 95. Dragsten (2020) side 885.

Høyesterett har lagt til grunn denne saklighetsnormen ved oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil, eller om avlysningsadgangen er større.

Hvis avlysningsretten avhenger av om det foreligger avlysningsplikt, er det viktig å påpeke hvilken situasjon og risiko dette skaper for oppdragsgiver. Oppdragsgiver må treffe riktig beslutning i hvert tilfelle for å unngå erstatningsansvar. Tar oppdragsgiver feil beslutning kan det enten medføre at oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse der det foreligger avlysningsplikt, eller at det blir gjennomført en avlysning som ikke er saklig. Spørsmålet om det foreligger en plikt til å avlyse kan være krevende og komplekst for oppdragsgiver. Oppdragsgiveren kan se seg tvunget til å bruke omfattende ressurser på rettslig avklaring. Det er ikke nødvendigvis i samsvar med målsetningen om mest effektiv bruk av samfunnets ressurser etter anskaffelsesloven § 1. Samt kan prosessen være tidkrevende, skape unødvendig byråkrati og gå utover oppdragsgivers produktivitet.¹¹⁰

6.7 Rettslig usikkerhet

6.7.1 Innledning

Rettslig usikkerhet ga saklig grunn til å avlyse i Fosen-linjen HR-2019-1801-A jf. premiss 88 og 102. Spørsmålet er hva Høyesterett mener med rettslig usikkerhet og hvordan rettslig usikkerhet vil påvirke den objektive saklighetsnormen og oppdragsgivers mulighet til å avlyse konkurransen. Kan usikkerhet rundt et hvert mulig brudd på regelverket gi grunnlag for avlysningsrett, eller må usikkerhet være knyttet til om det foreligger avlysningsplikt?

Ved at vurderingen av saklighet må baseres på en totalvurdering (premiss 86), blir rettslig usikkerhet et av momentene som må betraktes.

Fredriksen viser til at begrunnelsen for at «rettslig usikkerhet» kan gi «saklig grunn» til å avlyse har vært forankret i standpunktet at det vil være i godt samsvar med formålet om effektiv bruk av ressurser. Rettslig usikkerhet skaper risiko for et tid- og arbeidskrevende søksmål med usikkert utfall. I en slik situasjon bør oppdragsgiveren kunne velge å avlyse og begynne på nytt.¹¹¹

¹¹⁰ NOU 2014:4 side 273.

¹¹¹ Fredriksen (2020) Side 10.

Høyesterett påpeker at det forelå rettslig usikkerhet skapt i forbindelse med lagmannsrettens avgjørelse i forføyningssaken tidligere i prosessen (premiss 88 og 102). Den rettslige usikkerheten var knyttet til holdbarheten av prosessen. Resultatet i forføyningssaken LF-2014-32160 var at forelå betydelig usikkerhet om tildelingsvedtaket var bygget på en tilstrekkelig forsvarlig vurdering i samsvar med prinsippet om forsvarlig saksbehandling. Det var manglende reell etterprøving av drivoljeforbruket. Høyesterett konkluderte i premiss 88 at *«en slik reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, må i seg selv kunne gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse»*.

6.7.2 Objektiv prøving

Det verdt å merke at Høyesterett foretar en vurdering fra et objektivt ståsted ved overveielser av om det foreligger «rettslig usikkerhet». Rettslig usikkerhet var ikke noe AtB påberopte i Fosen-linjen jf. HR-2019-1801-A premiss 18. AtB var ikke enige i lagmannsrettens avgjørelse om at tilbudsevalueringen inneholdt feil (premiss 88) og Høyesterett påpeker at vurderingen av saklig grunn ikke bare er bundet av den begrunnelse oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet (premiss 102). Høyesteretts foretar ikke vurderinger av hvordan oppdragsgiver opplever situasjonen på avlysningstidspunktet. Hvorvidt oppdragsgiver faktisk opplevde rettslig usikkerhet på avlysningstidspunktet ser dermed ut til å være irrelevant. Klagenemda gir uttrykk for samme forståelse, de uttaler at oppdragsgiver må kunne avlyse selv om man selv mener at det ikke foreligger avlysningsplikt.¹¹² Vurderingstemaet er derfor om det fra et objektivt ståsted foreligger reell rettslig usikkerhet på et punkt som ikke er av bagatellmessig art. Den rettslige usikkerheten må foreligge på avlysningstidspunktet, med henvisning til punkt 6.3. Hvordan subjektive omstendigheter vil påvirke saklighetsvurderingen vurderes nærmere i punkt 7.

6.7.3 Tilknytning til avlysningsplikt

Ved at Høyesterett knytter den rettslige usikkerheten til *«holdbarheten av prosessen»* (premiss 88) vil vurderingstemaet være om det foreligger usikkerhet om den konkrete anskaffelsesprosessen er i henhold til anskaffelsesregelverket. Gjelder det da usikkerhet relatert til et hvert mulig brudd på regelverket, eller må usikkerheten knytte seg til brudd av

¹¹² KOFA 2020/525 premiss 32.

mer kvalifisert art – altså relatere seg til potensielle regelbrudd som kan medføre avlysningsplikt?

For det første viser Høyesterett til at den rettslige usikkerheten må relatere seg til et punkt som ikke er av «*bagatellmessig art*» (premiss 88). Utrykket antyder at usikkerheten knyttet til mindre og ubetydelige feil ikke gir saklig grunnlag for avlysning. Samt vil oppdragsgiveres plikt til å rette feil, se punkt 6.5, tydeliggjøre at usikkerheten må knytte seg til potensielle feil som ikke kan repareres uten at konkurransen avlyses. For eksempel, oppdragsgiver bør ikke ha en mulighet til å avlyse dersom usikkerheten lett kan fjernes ved at foretas lovlige endringer konkurransegrunnlaget. Samtidig, er usikkerheten tilknyttet brudd på regelverket som ikke har betydning for verken konkurranseutfallet eller deltakerinteressen, vil det være i strid med grunnleggende prinsipper og innebære et spill med ressurser å gi feilen avgjørende betydning, med henvisning til argumentasjonen ovenfor, punkt 6.4. Klagenemda har tolket «rettslig usikkerhet» til å være om det foreligger en reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt.¹¹³ Det fremstår i utgangspunktet som en fornuftig regel. Usikkerheten må derfor knytte seg til om det foreligger avlysningsplikt.

Ut fra sammenhengen ser det ut til at Høyesterett legger til grunn at usikkerheten kan relatere seg til alle deler ved den rettslige vurderingen av om vilkårene for avlysningsplikt er oppfylt. For det første om oppdragsgiver har utført en anskaffelsesrettslig feil ved gjennomføringen av konkurransen som ikke kan rettes opp,¹¹⁴ og for det andre om feilen har innvirket på konkurransen.¹¹⁵

6.7.4 Betydningen av skille mellom rettslig og faktisk usikkerhet

Klagenemda har tolket «rettslig usikkerhet» til å være om det foreligger en reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt,¹¹⁶ hvis det foreligger at oppdragsgiver har avlysningsrett. Ved at usikkerheten relateres til den rettslige prøvingen kan det se ut til at usikkerhet rundt et hvert punkt ved den rettslige prøvingen kan gi saklig grunn for å avlyse, fra fastleggelsen av faktum til den konkrete

¹¹³ Se KOFA 2021/350 premiss 31, KOFA 2020/525 premiss 32, KOFA 2020/663 premiss 26.

¹¹⁴ C-448/01 premiss 95

¹¹⁵ T-345/03 premiss 147 og T-50/05 premiss 61 flg.

¹¹⁶ Se KOFA 2021/350 premiss 31, KOFA 2020/525 premiss 32, KOFA 2020/663 premiss 26.

subsumsjonen. Et spørsmål er om man skal forstå rettslig usikkerhet på denne måten eller om man eventuelt må foreta et skille mellom det rettslige og det faktiske.

Selve uttrykket «rettslig usikkerhet» peker i første omgang på at usikkerheten må knytte seg til det rettslige, altså om det foreligger usikkerhet rundt rettsanvendelsen. I så måte blir ikke usikkerhet tilknyttet faktum en del av denne vurderingen. Usikkerheten må relaterer seg til selve anvendelsen av rettsregler knyttet til den konkrete anskaffelsen. Det var forholdet i Fosen-linjen, usikkerheten var knyttet til om tildelingsvedtaket bygget på en tilstrekkelig forsvarlig vurdering og om det var reell etterprøving av drivoljeforbruket,¹¹⁷ og om dette i seg selv medførte avlysningsplikt.

På den andre siden kan en annen forståelse være at usikkerheten kan relatere seg til hele rettsanvendelsesprosessen, fra fastleggelse av faktum til subsumsjon. Hvis det foreligger klare forhold som gjør at det å fastlegge hva som faktisk har skjedd er problematisk, kan det tilsi at oppdragsgiveren bør ha en avlysningsrett i de tilfeller det ikke er mulig å foreta endringer som fjerner usikkerheten. Dette kan være i samsvar med formålet om effektiv bruk av ressurser. Poenget Høyesterett ser ut til å legge til grunn er at oppdragsgiveren bør ha en rett til å avlyse hvis holdbarheten av prosessen er usikker. Utgangspunktet må likevel være, med hensyn til tilbydernes ressursbruk, at oppdragsgiver er pliktig til å undersøke faktiske forhold ut ifra beste evne.

Omfanget av avlysningsretten kan lett bli for stor dersom oppdragsgiveren kan vise til usikkerhet relatert til ethvert faktisk forhold. I realiteten vil det alltid foreligge usikkerhet om hva som faktisk har skjedd - om det har blitt utført feil som kan føre til avlysningsplikt. Eksemplifisert ved at man viser til at man ikke vet om tilbyderne er behandlet ulikt. Reelle hensyn taler for at det må vises til noe mer konkret. Usikkerhet rundt faktum må i utgangspunktet være et snevert unntak som kan gi avlysningsrett.

Siden Høyesterett ikke har uttrykkelig vist til at faktisk usikkerhet kan gi grunnlag for avlysningsrett er spørsmålet uavklart. Det kan legges til grunn ut fra Høyesteretts behandling av spørsmålet er at usikkerhet rundt selve rettsanvendelsen med tilknytning til «holdbarheten av prosessen», altså om det foreligger avlysningsplikt, vil kunne gi saklig grunn til å avlyse.

¹¹⁷ HR-2019-1801-A premiss 102.

6.7.5 Beviskrav - «Reell usikkerhet»

Spørsmålet er hva som er beviskravet i at det må foreligge «reell rettslig usikkerhet» jf. Fosen-linjen premiss 88.

At usikkerheten må være «reell» tydeliggjør at det må foreligge en «faktisk risiko» for at prosessen ikke er holdbar – at det foreligger en avlysningsplikt. «Faktisk risiko» gir ikke grunn til at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at en eventuell rettslig prosess vil lede til at det konstateres avlysningsplikt. Det er nok med en viss mulighet. Hensynet til effektive anskaffelser taler for, på samme måte som ved beviskravet for innvirkning – se punkt 6.4.2.1, at terskelen er forholdsvis lav. Er det svært lite sannsynlig at en mulig rettslig prøving vil lede til avlysningsplikt, bør ikke usikkerheten ha avgjørende betydning.

Usikkerheten må være så stor at en aktsom oppdragsgiver må faktisk ta stilling til og ikke kan se bort fra at det foreligger et brudd på regelverket som kan gi grunnlag for avlysningsplikt. Det er i disse tilfellene at oppdragsgiver bør kunne forenkle prosessen ved å avlyse, for å så gjennomføre den på nytt. Dette for å minske risikoen for at anskaffelsesprosessen blir gjenstand for en lengre rettslig prosess.

6.7.6 Krav om at usikkerheten har manifestert seg

Siden Høyesterett uttaler Fosen-linjen at den rettslige usikkerheten i var skapt av den tidligere forføyningssaken er det et spørsmål om det er et krav om at usikkerheten må være forårsaket av en tidligere rettsavgjørelse. Er det et krav om at usikkerheten må ha manifestert seg?

Hensynet til effektive anskaffelser vil tale mot en slik fortolkning. Muligheten til å avlyse basert på rettslig usikkerhet er begrunnet i at det vil være kostnadsbesparende dersom oppdragsgiver har mulighet til å rette opp feil som kan føre til avlysningsplikt. Med hensyn til kostnader bør det ikke være nødvendig at prosessen må ha gått så langt at foreligger en konkret rettsavgjørelse. I underrettspraksis har det ikke vært et krav,¹¹⁸ og det har heller ikke

¹¹⁸ LE-2021-185098

vært et krav i klagenemdspraksis.¹¹⁹ Fredriksen støtter heller ikke at de bør innfortolkes et slikt krav.¹²⁰

6.7.7 EU/EØS rettslige begrensinger

Frem til nå har avhandlingen bare omhandlet norske rettskilder for å avklare adgangen til å avlyse grunnet rettslig usikkerhet. Et spørsmål er om EU/EØS-retten setter begrensinger for å kunne avlyse på dette grunnlag.

På den ene siden vil avlysning grunnet rettslig usikkerhet være basert på oppdragsgiverens behov. Oppdragsgiveren har behov for å kunne rette opp potensielle feil, for å forsikre seg mot mulige erstatningskrav og sikre at anskaffelsen gjennomføres i henhold til regelverket. I EU-retten er ikke avlysning begrenset til unntakstilfeller eller må være basert på alvorlige grunner.¹²¹ I sak C-440/13 premiss 35 vektlegger EU-domstolen at grunnlaget for en avlysningsbeslutning kan være om det er formålstjenlig ut fra et offentlig perspektiv. At oppdragsgiver har mulighet for å avlyse grunnet rettslig usikkerhet vil kunne bidra til at han ikke blir tvunget til å måtte treffe riktig beslutning hver eneste gang ved spørsmålet av om det foreligger avlysningsplikt. For det første, er tilfellet at oppdragsgiver treffer feil og det legges til grunn at det ikke foreligger avlysningsplikt, vil anskaffelsesprosessen fortsette - samtidig som partene fortsetter sin ressursbruk. Hvis det senere viser seg at det likevel forelå en avlysningsplikt kan ressursbruken være forgyves. Er oppdragsgiveren å bebreide for sin handlemåte kan det på eget grunnlag føre til erstatningsansvar, se punkt 7. Oppdragsgiver bør ha en mulighet til kunne avlyse, for å forhindre at det blir brukt uforholdsmessige store ressurser på juridiske problemstillinger og rettslig avklaring. I utgangspunktet ser det ikke ut til at EU-domstolen praksis vil hindre en avlysning basert på rettslig usikkerhet.

På den andre siden uttaler EFTA-domstolen i Fosen I E-16/16 premiss 109 at oppdragsgiver må bevise at den aktuelle feil foreligger hvis han påberoper at en feil førte til avlysning av konkurransen. Hvis vi tar uttalelsene på ordet er det dermed ikke nok at det foreligger usikkerhet om en feil foreligger, oppdragsgiveren må faktisk bevise at feilen er til stede. Det er dermed strid mellom hvordan Høyesterett har utformet avlysningsretten og EFTA-

¹¹⁹ Se Se KOFA 2021/424, premiss 32, KOFA 2021/350 premiss 33, KOFA 2020/525 premiss 33, KOFA 2020/663 premiss 27.

¹²⁰ Fredriksen (2020) Side 10.

¹²¹ C-27/98 premiss 23 og 25.

domstolens bevisregler. I utgangspunktet må uttalelsene fra EFTA-tillegges stor rettskildemessig vekt, men de er ikke direkte bindende for norske domstoler. Forholdet at EFTA-domstolen måtte revurdere sine opprinnelige uttalelser gjennom saksprosessen i Fosen-linjen, jf. *Fosen I* E-16/16 og *Fosen II* E-7/18, kan indikere at de rådgivende uttalelsene må behandles med en grad av varsomhet. Men uansett skaper EFTA-domstolen betydelig usikkerhet om rettslig usikkerhet kan begrunne en avlysningsbeslutning etter EU-retten. Norske avlysningsregler må være i samsvar med EU-rettslige avlysningsregler med hensyn til homogenitetsmålsetningen, se punkt 1.4.1. Så lenge EU-domstolen ikke har behandlet spørsmålet vil forholdet være uavklart.

6.8 Tidspunktet for avlysningen

Et spørsmål er hvordan tidspunktet for avlysningen (tidsmomentet) vil påvirke avlysningsadgangen. Med andre ord hvordan tidsmomentet vil påvirke saklighetsnormen der avlysningen er grunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil.

Underretts- og nemdspraksis har lagt vekt på betydningen av tidspunktet for når avlysningen skjer.¹²² Jo senere i anbudsprosessen avlysningen skjer, desto større krav stilles det til at begrunnelsen og formålet er saklig.¹²³ Nemda legger til grunn at terskelen for å avlyse er lavere før tilbudsfristens utløp.¹²⁴ Har kontrakt blitt tildelt, høyner terskelen ytterligere¹²⁵ og det stilles strengere krav til oppdragsgivers saksbehandling for at avlysningen skal kunne anses som forsvarlig.¹²⁶

Høyesterett har ikke i deres praksis lagt vekt på tidsmomentet ved vurderingen av om det foreligger «saklig grunn». En mulig forklaring på at det ikke var relevant i Fosen-linjen var at vurderingstemaet var tilknyttet til om oppdragsgiveren hadde en avlysningsplikt. Det må antas, med hensyn til grunnleggende prinsipper, at plikten til å avlyse ikke endres jo senere i anskaffelsesprosessen man befinner seg.

I saksforholdet i *Concord II* Rt, 2007 s. 473 ble avlysningsbeslutningen foretatt etter tilbudsfristens utløp, men retten fant ikke at konkurransen uansett måtte settes til side dersom

¹²² LG-2016-133934, LB-2016-75149.

¹²³ LB-2016-75149.

¹²⁴ KOFA 2007/103 premiss 21. KOFA 2008/60 premiss 29.

¹²⁵ KOFA 2009/154 premiss 34.

¹²⁶ KOFA 2014/94 premiss 41.

begrunnelsen er at oppdragsgiver først i ettertid finner å ville gjøre anskaffelsen i egen regi. Det sentrale var om avlysningen etter en «totalvurdering» var saklig begrunnet.¹²⁷ Uttalelsen kan gi uttrykk for at terskelen for å avlyse ikke vil endre seg i løpet av anskaffelsesprosessen. Det sentrale er om avlysningen etter en «totalvurdering» er saklig, uavhengig av hvilket tidspunkt avlysningen skjer.

I lagmannsrettskjennelsen tilknyttet Concord II-kjennelsen LB-2000-3269 uttales det at om avlysningen er skjedd på en måte eller på et tidspunkt som illojalt eller unødig har påført anbyderne tap, vil dette ikke gi disse krav på tilsidesettelse, bare på erstatning.

Lagmannsretten la til grunn at forutsetningen må være at avlysningen ikke *på noe tidspunkt* (min kursivering) vil være rettmessig. Høyesterett hadde ikke noen innvendinger mot lagmannsrettens lovforståelse.¹²⁸ Det ser ut til at tidsmomentet ikke hadde betydning for terskelen om det forelå saklig grunn.

Om oppdragsgiver er å bebreide for å ha foretatt en sen avlysning kan det være et eget ansvarsbetingende forhold som kan ha betydning for om tilbyderer kan kreve erstatning, se punkt 7. Men forholdet ligger utenfor vurderingen av om det objektivt sett foreligger saklig grunn til å avlyse, og vil derfor ikke påvirke den objektive saklighetsnormen. Når avlysningen er grunnet oppdragsgiverens anskaffelsesrettslige feil vil saklighetsvurderingen være knyttet til vurderinger av om det foreligger en avlysningsplikt. Med tanke på at avlysningsplikten er utledet fra grunnleggende prinsipper og hensyn er det lite tenkelig at terskelen vil endre seg avhengig av hvor i anskaffelsesprosessen man befinner seg. I forbindelse med anskaffelsesrettslige feil uttaler EFTA-domstolen i Fosen I E-16/16 i premiss 107 at det har ingen betydning om feilen ble påberopt av oppdragsgiver tidlig i prosedyren eller på et senere stadium. Det er heller ikke grunn til å anta at tidsmomentet vil påvirke saklighetsnormen ved avlysning basert på oppdragsgivers anskaffelsesrettslige feil i norsk rett.

7 Subjektive omstendigheter

Når Høyesterett nevner at saklighetsvurderingen inneholder vurderinger av både objektive og subjektive omstendigheter blir den overordnede problemstillingen hvordan subjektive omstendigheter vil påvirke oppdragsgivers adgang til å avlyse begrunnet oppdragsgiverens

¹²⁷ Rt. 2001 s. 473 side 481 og 482.

¹²⁸ Rt. 2001 s. 473 side 482 og 483.

anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. I dette ligger det to spørsmål, for det første; hva er subjektive omstendigheter, og for det andre; hvilke subjektive omstendigheter er relevante for saklighetsvurderingen.

Etter forarbeidene er det for det første en subjektiv omstendighet om oppdragsgiver kan bebreides for å ikke ha forutsett den aktuelle årsaken til avlysningen.¹²⁹ For det andre kan man omtale hva oppdragsgiver ønsker å oppnå med avlysningen som en subjektiv omstendighet.¹³⁰ Hovedsakelig kan subjektive omstendigheter defineres til å være forhold som sier noe om oppdragsgivers handlemåte og motivasjon i forbindelse med avlysningen.

Klagenemda viser sprikende praktisering til hvilken betydning subjektive omstendigheter har i totalvurderingen. Tidligere sa nemda at om det foreligger saklig grunn fordrer på en objektiv vurdering, som er av en annen karakter enn spørsmålet om hvorvidt avlysningen vil utløse erstatningsansvar.¹³¹ Subjektive omstendigheter lå dermed utenfor totalvurderingen. I senere tid har nemda uttalt at forhold som oppdragsgiver kunne og burde tatt stilling til før konkurransen ble kunngjort, eller før tildelingen av kontrakt, ikke gir saklig grunn til å avlyse.¹³²

I forbindelse med arbeidet til ny anskaffelseslov av 1999 nevner forarbeidet NOU 1997:21 på side 139 at det må innfortolkes et vilkår om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutses for at det skal foreligge saklig grunn. Gjennomgående var ikke avlysningen forretningsmessig dersom den skyldes forhold som oppdragsgiver kjente til eller burde tatt i betraktning ved planleggingen av anskaffelsesprosessen.¹³³

Når Høyesterett først tar stilling til spørsmålet i Rt. 2007 s. 473 Concord II på side 481, tar de først avstand at fra at det må innfortolkes et vilkår om at avlysningsgrunnen ikke kunne forutses. Om tilbyderer først i ettertid finner å ville gjennomføre anskaffelsen i egen regi, må ikke avlysning uansett settes til side (side 482). I utgangspunktet ser det ut til at oppdragsgiveren har et visst rom for å avlyse på grunnlag som de har tatt eller burde tatt stilling til tidligere i prosessen. Høyesterettskjennelsen gir ikke grunnlag for å se helt bort fra subjektive omstendigheter ved saklighetsvurderingen. De uttaler at kravet til

¹²⁹ NOU 2014:4 side 245.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ KOFA 2016/166 premiss 16 flg, KOFA 2008/60 premiss 33 flg.

¹³² KOFA 2021/347 premiss 26 og 29.

¹³³ NOU 1997:21 side 114.

forutberegnelighet vil ramme tilbudskonkurranser som ikke fullt ut er reelle, men som eksempelvis bare har til hensikt å «teste markedet» (side 481). Det sentrale var om avlysningen etter en «totalvurdering» var saklig begrunnet (side 482). Lagmannsrettens vurdering i saken, som Høyesterett viser til på side 480, var at spørsmålet om selve avlysningen er saklig stiller seg annerledes enn spørsmålet om anbyderne har krav på erstatning, for eksempel hvis avlysningsgrunnen kunne forutses. Lagmannsrettens forståelse kan være et hint til at man må skille mellom de ulike typer ansvarsbetingende forhold. Det er det som blir temaet videre.

I Fosen-linjen HR-2019-1801-A legges det vekt på at må foretas et skille mellom avlysningsretten og plikten til å betale erstatning, det kan være saklig grunn til å avlyse selv om oppdragsgiverne har gjort en feil (premiss 85). Selv om avlysningen er saklig, betyr det imidlertid ikke at feilene som førte til avlysningen, ikke kan gi grunnlag for erstatningsansvar (premiss 103).

Uttalelsene gir grunnlag for at det må foretas et skille mellom ulike typer ansvarsbetingende feil. Er avlysningen i seg selv saklig betyr ikke det at selve grunnlaget for avlysningen, altså en tidligere anskaffelsesrettslig feil, ikke vil gi muligheter for erstatning og være ansvarsbetingende. Dette kan eksemplifiseres ved at oppdragsgiver utlyser en konkurranse som ikke er reell. Fra et rent behovsmessig og formåls effektivt synspunkt (se punkt 4.7) vil det være saklig å avlyse konkurransen. Konkurransen vil ikke ha noen sammenheng med oppdragsgivers reelle behov. Å utlyse en fiktiv konkurranse vil i seg selv være et brudd på regelverket som kan gi grunnlag for erstatning etter anskaffelsesloven § 10.

Fredriksen ser det til at Høyesterett i realiteten flytter mesteparten spørsmålet om oppdragsgiveren kunne og burde forutsett den aktuelle årsaken til avlysningen ut fra den anskaffelsesrettslige vurderingen av om en avlysning er saklig eller ikke, og henviser det til erstatningsretten, i hvert fall for oppdragsgivers anskaffelsesrettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen.¹³⁴ Saklighetsvurderingen må vurderes med utgangspunkt i situasjonen den fremsto på avlysningstidspunktet, uten hensyn til om oppdragsgiveren kan bebreides for å havnet i denne situasjonen.¹³⁵ Fredriksen peker på at det hadde vært underlig om etterlevelse av avlysningsplikt ikke gir saklig grunnlag for å avlyse. Konsekvensen blir

¹³⁴ Fredriksen (2020) Side 9.

¹³⁵ Ibid.

dermed at dersom oppdragsgiver kan bebreides for de tidligere feilene, vil det i seg selv kunne utgjøre et ansvarsgrunnlag.¹³⁶ Spørsmålet avhenger av om bruddet er «tilstrekkelig kvalifisert» jf. Fosen-linjen HR-2019-1801-A premiss 110, noe som ligger utenfor oppgaven å besvare.

Ved å legge til grunn denne forståelsen vil det løse problemet med at forarbeidene viser til at det vurderingen skal baseres på to kumulative vilkår, og at Høyesterett viser til at det skal foretas en «totalvurdering». Oppdragsgiver går ikke nødvendigvis fri fra erstatningsansvar selv om han har saklig grunn til å avlyse.

7.1 Motivasjon på avlysningstidspunktet

Siden Høyesterett sier at det er rom for at subjektive omstendigheter er en del av totalvurderingen jf. Fosen-linjen HR-2019-1801-A premiss 86 kan vi ikke helt se bort fra subjektive omstendigheter. Spørsmålet er hvilke subjektive omstendigheter Høyesterett viser til og som fortsatt er en del av saklighetsvurderingen.

For det første er det verdt å nevne at det å legge vekt på subjektive omstendigheter er vanskelig å forene med andre deler av avgjørelsen i Fosen-linjen. Når Høyesterett viser til at rettmessigheten av vurderingen av om det foreligger saklig grunn ikke bare kan bygge på den begrunnelse oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet (premiss 102), antyder det at oppdragsgiver subjektive hensikter og motivasjoner ikke er relevant for å avgjøre om avlysningen er saklig. Hva som var hensikten med avlysningen vil som regel ikke være tilknyttet den senere begrunnelsen. Det Høyesterett gjennomfører i Fosen-linjen fremstår som en vurdering av rene objektive omstendigheter.

Høyesteretts eksempel for hva som er relevante subjektive omstendigheter er «illojale hensikter» (premiss 86). At det skal legges vekt på hensikten til avlysningen, peker på at oppdragsgivers motivasjon for avlysningen vil være av betydning. Fredriksen forstår dette til at det er relevant å legge vekt på subjektive omstendigheter som har betydning for vurderingen av oppdragsgivers avlysningsbeslutning på avlysningstidspunktet.¹³⁷

Eksemplifisert ved om det utslagsgivende for avlysningen var oppdragsgiverens antipatier

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

mot en leverandør som så ut til å vinne kontrakten.¹³⁸ Det er oppdragsgiverens motivasjon og hensikter på avlysningstidspunktet som det henvises til.

Det er grunn til å anta at oppdragsgiver motivasjon og hensikt vil først og fremst ha betydning hvis det foreligger tvil om det objektivt sett foreligger saklig grunn til å avlyse. Rent faktisk kan det være vanskelig å påvise oppdragsgiverens illojale hensikter, særlig der oppdragsgiveren kan støtte seg på klare og lett konstaterbare objektive omstendigheter. En annen måte å se det på er at dersom oppdragsgiveren avlyser på grunn av illojale hensikter, og overhodet ikke har tatt stilling til om det faktisk foreligger en objektiv konstaterbar grunn, vil jo ikke avlysningen i ordets rette forstand være «saklig begrunnet», jf. Fosen-linjen premiss 86. Avlysningen vil i utgangspunktet ikke være basert på mål som regelverket anser som «saklige».

Med hensyn til det som nevnes ovenfor i punkt 7.1, og som Fredriksen peker på¹³⁹, er det uheldig at Høyesterett bruker eksempelet at «å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse» (premiss 86). Her må man skille mellom de ulike ansvarsbetingende forhold. En fiktiv konkurranse er i seg selv et ansvarsbetingende forhold. Det er en feil tidligere i prosessen. Men det må ikke kunne forhindre at en fiktiv konkurranse avlyses. Det ansvarsbetingende forhold er ikke selve avlysningen. Objektivt sett vil avlysningen fremstå som saklig, konkurransen vil ikke ha sammenheng med oppdragsgivers reelle behov.

Men det kan stilles spørsmål om man skal skille mellom ansvarsbetingende forhold ved alle tilfeller, særlig dersom den anskaffelsesrettslige feil er gjennomført med forsett for å skape en avlysningsrett. Motivasjonen for avlysningen vil ikke fremstå som saklig dersom avlysningsbegrunnelsen er forårsaket med forsett for å få en avlysningsrett. Her vil hensikten med avlysningen være illojal og vil bryte helt med målsetningen om at oppdragsgivere skal opptre med integritet etter anskaffelsesloven § 1. Forholdet er annerledes enn vanlige avlysningssituasjoner fordi oppdragsgivers avlysningsmotivasjon vanligvis er grunnet i å overholde regelverket. Bryter oppdragsgiveren regler med forsett for å få en avlysningsrett, er det klart at oppdragsgiver tar avstand fra regelverkets målsetninger.

¹³⁸ Ibid. Side 9. Fotnote 48.

¹³⁹ Ibid. Side 9.

8. Avsluttende bemerkninger

En av de mest sentrale observasjoner i forbindelse med gjennomføringen av denne avhandlinger er at rettsområdet er preget av usikkerhet - det er behov for rettslig avklaring. Dette kan delvis forklares ved at forarbeid og Høyesterett har vist til ulike vurderingstemaer ved vurderingen av saklig grunn.¹⁴⁰ Det er uklart hvilke spørsmål som skal vurderes ved den anskaffelsesrettslige vurderingen av saklig grunn og hvilke spørsmål som er relevant ved den erstatningsrettslige vurderingen av om det foreligger ansvarsbetingende feil. Et annet punkt er at rettsområdet er preget av omfattende underretts- og nemdspraksis, og at denne praksisen ikke nødvendigvis er enslydende. Det er behov for at Høyesterett klargjør hvilke spørsmål som skal besvares ved vurderingen av saklig grunn og hva som er omfanget av vurderingen. Til slutt kan det nevnes at selv om Høyesterett har tatt stilling til relevante spørsmål så har ikke det bidratt til å fullstendig avklaring. Høyesterett har vært sparsomme med å gi begrunnelser for hvorfor de har kommet til den løsning det vises til. Forklaringen på hvorfor rettslig usikkerhet gir saklig grunn til å avlyse, og at vurderingen av saklig grunn ikke bare bygger på den begrunnelse oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet, er særdeles kort.¹⁴¹

Siktemålet med avhandlingen har vært å undersøke og redegjøre for oppdragsgivers avlysningsrett der grunnlaget for avlysningen er at oppdragsgiver har utført anskaffelsesrettslige feil i løpet av anskaffelsesprosessen. Høyesterett har vist til at vurderingen av avlysningsretten og saklig grunn må vurderes etter en totalvurdering.¹⁴² Totalvurderingen er ikke bundet av den begrunnelse oppdragsgiver ga på avlysningstidspunktet, det antas at Høyesterett legger til grunn en full objektiv prøving.¹⁴³ Det må etableres en objektiv standard (objektiv saklighetsnorm) for hva som er saklig grunn til å avlyse. Saklighetsnormen der grunnlaget for avlysningen er at oppdragsgiveren har utført feil ved gjennomføring av konkurransen vil i første omgang avhenge av og vurderes etter vilkårene for avlysningsplikt. For det første må det vurderes om feilen kan ha påvirket konkurranseutfallet eller deltakerinteressen. For det andre må det vurderes om feilen ikke kan rettes uten å avlyse. Kan feilen ha påvirket konkurransen, og det kan fastlegges at feilen ikke kan rettes uten avlysning, er det klare momenter som kan vektlegge at avlysningen er saklig.

¹⁴⁰ Se NOU 1997:21 side 139, NOU 2014:4 side 245, Rt. 2001 s. 473 side 482, HR-2019-1801-A premiss 84 og 86.

¹⁴¹ HR-2019-1801-A premiss 88 og 102.

¹⁴² HR-2019-1801-A premiss 86.

¹⁴³ HR-2019-1801-A premiss 102.

Foreligger det reell rettslig usikkerhet om vilkårene for avlysningsplikt er oppfylt er det et moment som kan vektlegge at avlysningen er saklig. Avhandlingen viser til at subjektive omstendigheter i stor grad ikke er relevant for saklighetsvurderingen. Unntaket er for subjektive omstendigheter som kan si noe om oppdragsgivers motivasjon og hensikt på avlysningstidspunktet. Er det klart at hensikten med avlysningen og oppdragsgivers motivasjon på avlysningstidspunktet er illojal vil avlysningen ikke være saklig. Høyesterett legger opp til at det må foretas et skille mellom ulike ansvarsbetingende feil. Avlysningen kan være saklig selv om grunnlaget for avlysningen er ansvarsbetingende.

9 Kildeliste

Juridisk litteratur

Bøker

- Bernt og Rasmussen (2017) Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen. *Frihagens forvaltningsrett, Bind 1*, 2. utg. Bergen, Fagbokforlaget 2017.
- Caranta, Sanchez-Graells (2021) Cartana, Roberto og Albert Sanchez-Graells. *European public procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*. Edward Elgar Publishing 2021.
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne. *Anskaffelsesloven: Med forskrift: Kommentaarutgave*. Oslo, Universitetsforlaget, 2020.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 11 utg. Oslo, Universitetsforlaget 2018.
- Goller mfl. (2020) Goller, Morten, Kine Bjelke Christophersen, Oda Hellenes Ekre, Alf Amund Gulsvik, Karoline Kreyberg, Kine Østbye Neslein, Kaspar Nygaard Thommessen og Line Camilla Werner. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg. Oslo, Gyldendal 2020.
- Pedersen og Skoghøy (2020) Pedersen, Jussi Erik og Jens Edvin A. Skoghøy. *Grunnleggende sivilprosess*. Oslo, Universitetsforlaget 2020.
- Sejersted mfl. (2014) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*, 3 utg. Oslo, Universitetsforlaget 2014.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*. Oslo, Universitetsforlaget 2018.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse. *Prekontraktuell ansvar: Det alminnelige prekontraktuelle ansvar, Ansvar ved gjennomføring av anbudskonkurranser*. Oslo, Universitetsforlaget 1997.
- Trygstad (2019) Trygstad, Kristian Jåtog. *Tildeling av offentlige kontrakter: Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige*

anskaffelser,
2 utg. Oslo, Gyldendal 2019.

Artikler

Fredriksen (2020)

Fredriksen, Halvard Haukeland. *Høyesteretts dom i Fosen-Linjen: Stor ståhei om status quo?*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2020/2-3, Årgang 154, side 306-336.

<https://bora.uib.no/bora-xmloi/bitstream/handle/11250/2757204/Fosen-Linjen%2BFredriksen.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

(sett 30. april 2022)

Lover og forskrifter

Norske lover

Anskaffelsesloven (2016)	Lov 17. juni 2016 nr.73 om offentlige anskaffelser.
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Norske forskrifter

Anskaffelsesforskriften (2016)	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.
Anskaffelsesforskriften (2006)	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

Internasjonale traktater, direktiver og forordninger

Direktiv 2014/24/EU	Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1 – 7. Oporto, 2. mai 1992.

EU-kommisjonen

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, GREEN PAPER, PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION: EXPLORING THE WAY FORWARD
1996

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f49ef575-c032-44de-a7ff-4c21c0b0da28/language-en> (sitert 22. mars 2022)

EUROPEAN COMMISSION, GREEN PAPER, on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market 2011

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/04a30c4a-e533-41ec-a039-231f1aa39645/language-en> (sitert 22. mars 2022)

Forarbeider

NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser
Ot.prp.nr.71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser
NOU 2001:32 B	Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
Ot.prp.nr.62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser
NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.
Prop.51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

Rettspraksis

EU-domstolen

C-298/15	Dom av 5. april 2017, <i>Borta</i> , EU:C:2017:266
C-27/15	Dom av 2. juni 2016, <i>Pizzo</i> , EU:C:2016:404
C-440/13	Dom av 11. desember 2014, <i>Croce Amica One Italia</i> , EU:C:2014:2435
C-336/12	Dom av 10. oktober 2013, <i>Manova</i> , EU:C:2013:647
C-480/10	Dom av 25. april 2013, <i>Commission v Sweden</i> , EU:C:2013:263
C-368/10	Dom av 10. mai 2012, <i>Commission v Netherlands</i> , EU:C:2012:284

C-115/08	Dom av 27. oktober 2009, <i>ČEZ</i> , EU:C:2009:660
C-73/07	Dom av 16. desember 2008, <i>Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia</i> , EU:C:2008:727
Samlede saker C-21/03 og C-34/03	Dom av 3. mars 2005, <i>Fabricom</i> , EU:C:2005:127
C-244/02	Dom av 16. oktober 2003, <i>Kauppatalo Hansel</i> , EU:C:2003:560
C-448/01	Dom av 4. desember 2003, <i>EVN and Wienstrom</i> , EU:C:2003:651
C-92/00	Dom av 18. juni 2002, <i>HI</i> , EU:C:2002:379
C-19/00	Dom av 18. oktober 2001, <i>SIAC Construction</i> , EU:C:2001:553
C-324/98	Dom av 7. desember 2000, <i>Telaustria and Telefonadress</i> , EU:C:2000:669
C-27/98	Dom av 16. september 1999, <i>Fracasso and Leitschutz</i> , EU:C:1999:420
C-283/81	Dom av 5. oktober 1982, <i>CILFIT v Ministero della Sanità</i> , EU:C:1982:335
T-50/05	Dom av 19. mars 2010, <i>Evropaïki Dynamiki v Commission</i> , EU:T:2010:101.
T-345/03	Dom av 12. mars 2008, <i>Evropaïki Dynamiki v Commission</i> , EU:T:2008:67.
T-203/96	Dom av 17. desember 1998, <i>Embassy Limousines & Services v European Parliament</i> , EU:T:1998:302

EFTA-domstolen

E-7/18 *Fosen II*

Fosen-Linjen AS v AtB AS

E-16/16 *Fosen I*

Fosen-Linjen AS v AtB AS

E-2/94

*Scottish Salmon Growers Association Limited, v
EFTA Surveillance Authority*

Høyesterett

HR-2019-1801-A «*Fosen-linjen*»

HR-2016-2554-P

HR-2015-2524-P

HR-2012-2398-P

Rt. 2012 s. 1729

Rt. 2009 s. 661

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2005 s. 1609

Rt. 2001 s. 473

Rt. 2000 s. 1811

Lagmannsrett

Hålogaland lagmannsrett dom 11. mars 2022

Saknr. 21-141669ASD-HALO

LE-2021-185098

LG-2016-133934

LB-2016-75149

LF-2014-32160

LE-2011-40623

LB-2008-135286

LB-2005-1515

LB-2000-3269

Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)

KOFA 2021/1998

KOFA 2021/1335

KOFA 2021/541

KOFA 2021/424

KOFA 2021/350

KOFA 2021/347

KOFA 2020/663

KOFA 2020/525

KOFA 2020/364

KOFA 2020/116

KOFA 2019/329

KOFA 2018/350

KOFA 2017/142

KOFA 2016/166

KOFA 2014/94

KOFA 2014/63

KOFA 2011/171

KOFA 2009/203

KOFA 2009/154

KOFA 2008/60

KOFA 2008/44

KOFA 2007/103

Andre kilder: Nettsider

Stokvold, Bjørn, «Avskaff de absurde erstatningene for offentliges innkjøpsfeil» Lest 30. mars 2020. <https://rett24.no/articles/avskaff-de-absurde-erstatningene-for-offentliges-innkjopsfeil>

