

Tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver

Sveinung Aas



Marlus nr. 507
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2018

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne artikkelen er identisk med min masteroppgave som ble levert ved Universitetet i Oslo den 1. juni 2018. Oppgaven ble skrevet over to semestre mens jeg var tilsatt som vitenskapelig assistent ved Senter for europarett ved Nordisk institutt for sjørett. Flere har ytt uvurderlige bidrag til oppgaven og et innholdsrikt år ved NIFS.

Først og fremst vil jeg takke Finn Arnesen for hans fremdragende veiledning og tålmodighet. Til tross for at jeg til tider har fryktet at hans veiledning til valg av tema dro prosjektet i en overkant ambisiøs retning, har professor Arnesens glimrende veiledning gjort det mulig å gjennomføre prosjektet.

Hilde Ellingsen og Tarjei Bekkedal har begge tatt seg særlig god tid til faglige diskusjoner gjennom hele skriveperioden, og de fortjener en særlig takk. Jeg vil også takke Ole Andreas Rognstad, Lasse Simonsen, Erling Hjelmeng, Are Stenvik og Halvard Haukeland Fredriksen for faglige innspill. Videre fortjener Ola Mestad og Thomas Naalsund takk for innspill og tilbakemeldinger under sensuren. Ettersom oppgaven publiseres uredigert, har bidragene dessverre ikke funnet veien til denne artikkelen.

Under arbeidet med avhandlingen, har jeg hatt gleden av å presentere temaet for to forskermiljøer. Først for forskergruppen for Marked, innovasjon og konkurranse, og deretter under Leiden-Liverpool-Oslo Colloquium. Jeg vil takke henholdsvis Ole Andreas Rognstad og Hilde Ellingsen som tok initiativ til presentasjonene, samt alle fremmøtte for deres deltakelse og bidrag.

Gjennom skrivetiden ble det satt av rikelig med tid til kollokvier, lunsjer og kaffepauser. Jeg har vært så heldig å få dele både tid og kontor med Marie Natland Wabakken, Hanna Furusest og Simon Torp. Bedre kollegaer i skriveperioden kunne jeg ikke fått. Sofie Høgestøl utjorde et verdifullt tilskudd til den sosiale kretsen fra tidlig vår 2018.

Takk til Hanna Furusest, min mor Åsne Midtbø Aas, og Maja Eika Davidsen for bidrag med korrektur og gjennomlesning gjennom ulike

stadier av skrivingen. Bibliotekar Inger Hamre har ytt verdifull hjelp med å oppdrive kilder og organisere litteraturlisten.

Takk til venner og familie for tålmodigheten. For åndelig veiledning vil jeg takke Stein Torleif Bjella som, antakelig uten hensikt, satte ord på et av de sentrale spørsmålene ved oppgaven i sangen «Idiotisk einvegslove»:

*«Koss kan eg føle meg snytt
Du va alder i livet mitt
Koss kan eg miste gong på gong
Ein som alder kom»*

Oslo, desember 2018

Sveinung Aas

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING	9
1.1 Tema.....	9
1.2 Rettskildebildet	11
1.3 Hensynene bak erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket ...	16
1.3.1 Hensyn bak håndhevelsesreglene	16
1.3.2 Hensyn til kontroll	17
1.3.3 Erstatningsrettslige hensyn.....	19
1.4 Fremstillingen videre	20
2 OM SJANSER OG SJANSETAP	22
2.1 Sjansetap	22
2.2 Om kompensasjon av rene sjanser i Underretten	23
2.2.1 Skadebegrepet	23
2.2.2 Avgjørende bevis for skadens eksistens og omfang	30
2.2.3 Evalueringstidspunktet	33
2.3 Om kompensasjon for tap av sjanser i norsk rett.....	34
2.3.1 Skadebegrepet	34
2.3.2 Bevisreglene.....	34
2.3.3 Særregel i forsyningssektoren.....	36
2.3.4 Klassisk sektor.....	37
2.4 Sammenfatning.....	40
3 ERSTATNINGSRETTLIG RELEVANT SKADE	41
3.1 Skadevilkårets innhold og betydning.....	41
3.2 Skadebegrep etter direktivene	45
3.2.1 Erstatningshjemmelen i håndhevelsesdirektivene.....	45
3.2.2 Anskaffelsesrettens system	47
3.2.3 Regulering av sjanser i forsyningssektoren.....	51
3.2.4 Harmoniseringsforsøk.....	54
3.3 Sjansetap etter prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse	56
3.3.1 Utgangspunktet for vurderingen	56
3.3.2 Faktisk og effektiv beskyttelse.....	60
3.3.3 Avskrekkende virkning	62
3.3.4 Kompensasjon i rimelig forhold til tapet.....	63

	3.3.5 Sjansetapets stilling etter prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse	65
	3.4 Sammenfatning.....	66
4	ANSVARSGRUNNLAG	67
	4.1 Rent regelbruddsansvar	67
	4.2 Forholdet mellom tilstrekkelig kvalifisert brudd og tapet som gjøres gjeldende	73
	4.3 Om norske krav til ansvarsgrunnlag oppfyller EØS-rettens krav.....	75
	4.4 Sammenfatning.....	77
	4.5 Et tankeeksperiment om ansvarsgrunnlag for sjansetap i norsk rett	77
5	ÅRSAKSSAMMENHENG OG KOMPENSASJON I TYPETILFELLER	81
	5.1 Spørsmål og forutsetninger	81
	5.2 Generelt om årsakssammenheng.....	81
	5.3 Ulike typer feil.....	85
	5.3.1 Ulovlig direkte anskaffelser	85
	5.3.2 Feilaktig avvisning i prekvalifiseringsrunden.....	86
	5.3.3 Feil ved avvisning etter at tilbud er inngitt.....	88
	5.3.4 Feil ved tilbudsevalueringen.....	100
	5.4 Sammenfatning.....	107
	5.5 Et tankeeksperiment om tilstramming i krav til positiv kontraktsinteresse.....	108
6	UTMÅLING	111
	6.1 Spørsmålet og utgangspunktet	111
	6.2 Underrettens sjekklister	112
	6.3 Leverandørens inntekter med skaden	112
	6.4 Leverandørens formuesstilling uten skaden.....	113
	6.4.1 Verdien av kontrakten	113
	6.4.2 Evalueringen av sjansen.....	114
	6.5 Bevis for tapets størrelse	117
7	AVSLUTNING	118
8	SITERTE KILDER.....	121
	8.1 Konvensjoner	121
	8.2 Lovgivning	121

8.2.1	Direktiver og forordninger	121
8.2.2	Norske lover og forskrifter	123
8.2.3	Forskrifter og budsjettreguleringer	124
8.3	Forarbeider.....	124
8.4	Rettspraksis.....	125
8.4.1	EU-domstolen og Underretten.....	125
8.4.2	Generaladvokatens forslag til avgjørelse	130
8.4.3	EFTA-domstolen	130
8.4.4	Norske domstoler.....	131
8.4.5	Utenlandske domstoler.....	132
8.5	Dokumenter fra EU-institusjoner	132
8.6	Litteratur	134

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er EØS-rettens krav til norske regler om leverandørens adgang til økonomisk kompensasjon for tapt sjanse til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver der sjansetapet skyldes oppdragsgivers forhold.

Reglene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når det offentlige skal kjøpe varer eller tjenester i markedet. Regelverket er komplisert, og det brytes. Brudd på anskaffelsesreglene kan få flere følger. Frem til kontrakt er inngått, kan leverandører blant annet begjære midlertidig forføyning eller satt side beslutninger anbudskonkurransen til side ved søksmål. Etter at kontrakt er inngått vil en leverandør som anser seg forbigått i anbudskonkurransen ha mest nytte av å få kontrakten kjent uten virkning eller kreve erstatning fra oppdragsgiveren.

Gjennom erstatningsreglene kan leverandører få kompensert utgifter de har pådratt seg under deltakelsen i konkurransen (negativ kontraktsinteresse), og tap av fortjenesten de ville fått dersom de fikk kontrakten (positiv kontraktsinteresse).¹ Spørsmålet er om brudd på anskaffelsesreglene kan resultere i erstatning for tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Dette er i så fall en skadekategori som faller utenfor de to tradisjonelle skadeformene som er tilgjengelige i norsk rett per i dag. Populært omtales en slik erstatningsform som sjansetapserstatning. Kompensasjonen er da en forholdsmessig del av den positive kontraktsinteressen, basert på hvor stor sjanse leverandøren hadde til å vinne konkurransen. Om leverandøren kan bevise at han hadde 50 % sjanse til å vinne den konkrete konkurransen, vil han få erstattet halvparten av fortjenestetapet.

Opgavens tema reiser flere problemstillinger. Den overordnede problemstillingen er om norsk rett oppfyller EØS-rettens krav til kom-

¹ Erstatning for kostnader leverandører har pådratt seg for å påberope brudd på anskaffelsesreglene holdes utenfor denne oppgaven.

pensasjon for tap av muligheten til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver der tapet skuldes oppdragsgivers forhold. Det grunnleggende spørsmålet i den sammenheng er om EØS-retten oppstiller et krav om at skadebegrepet i norsk rett skal omfatte tap av reelle sjanser i en anbudskonkurranse. Om svaret er ja, er oppfølgingsspørsmålet hvilke forutsetninger som må være til stede for at leverandøren kan få tapet av den reelle sjansen til å inngå kontrakt erstattet. Om svaret er nei, er det norske skadebegrepet i seg selv i overensstemmelse med våre EØS-rettslige forpliktelser. Konsekvensene av at skadebegrepet er i overensstemmelse med EØS-retten er ikke nødvendigvis at norsk rett yter tilstrekkelig kompensasjon av reelle sjanser i alle tilfeller. Oppfølgingsspørsmålet er da om EØS-retten oppstiller krav til sjanserekompensasjon som ikke oppfylles gjennom norsk praktisering av reglene om erstatning for negativ eller positiv kontraktsinteresse. Problemstillingene reiser flere problemkomplekser.

Et første problemkompleks knytter seg til håndhevelse av materiell EØS-rett i nasjonale domstoler. Direktivreguleringene som kommer til anvendelse på spørsmålene, gir ingen klare holdepunkter for at rene sjanser skal nyte et erstatningsrettslig vern. Det kan likevel hevdes at både anskaffelses- og håndhevelsesreglene bygger på en forutsetning om at rene sjanser til å nå opp i en anbudskonkurranse skal være et beskyttet rettsgode. Et holdepunkt for en slik antakelse er at EUs egne institusjoner kan bli erstatningsansvarlige for tap av rene sjanser som skyldes brudd på anskaffelsesreglene. Anskaffelsesretten er et av få områder hvor institusjonene kan hefte for ren sjansetapserstatning, og dette kan ytterligere aktualisere spørsmålet om det foreligger en tilsvarende plikt for medlemsstatene.

Et annet problemkompleks knytter seg til erstatningsretten. Reglene om offentlige anskaffelser regulerer veien frem til kontrakt. Ansvaret den offentlige oppdragsgiveren hefter for er en særvariant av det prekontraktuelle ansvaret. Utgangspunktet er at forhandlingsparter ikke kan kreve erstatning for manglende oppfyllelse av en kontrakt før den foreligger, med mindre de på andre måter har krav på kontrakt. Det er på det rene at Høyesterett har foretatt særlige tilpasninger i det prekontraktuelle

ansvaret innenfor anbudsretten. En slik tilpasning har vært å åpne for erstatning for tap av kontrakten i de tilfellene leverandører viser at de ville fått kontrakten etter en lovlig gjennomføringen av anbudsprosessen. Domstolene må i slike tilfeller undersøke hva et hypotetisk hendelsesforløp ville ledet til. Oppdragsgivers skjønnsfrihet knyttet til flere av vurderingene i anskaffelsesprosessen skaper vanskeligheter for å bevise faktisk årsakssammenheng. En måte å takle leverandørens bevisproblematikk på kan være å operere med et skadebegrep som i større grad er rettet inn mot konkurransesituasjonen fremfor inngåelse av kontrakt.

Et tredje problemkompleks knytter seg til sivilprosessuelle spørsmål. Både vurderingen av om medlemsstatene oppfyller EØS-rettens krav til kompensasjon av rene sjanser, og hvordan en sjansetapserstatning vil fungere, må bero på hvilke muligheter leverandører har til å påvise et slikt tap i domstolene. Spørsmål om leverandører kan oppnå en forholdsmessig kompensasjon seg imellom, ved å overdra krav eller forene søksmål, holdes likevel utenfor oppgaven her. Oppgaven vil heller ikke ta for seg spørsmål knyttet til rettskraft.

Kombinasjonen av erstatnings- og bevisreglene åpner klart nok for at det ikke kan tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse til mer enn én leverandør per anbudssak. De spørsmål som behandles i denne fremstillingen har potensial til å rokke ved forutsetningen om at kun én leverandør kan få erstatningen kalkulert ut fra en forutsetning om at en kontrakt ville blitt inngått.

1.2 Rettskildebildet

Reglene om offentlige anskaffelser er regulert i norsk rett gjennom anskaffelsesloven (LOA)² og de to sektorspesifikke anskaffelsesforskriftene.³ LOA gir uttrykk for de grunnleggende prinsippene som gjelder for offentlige anskaffelser, og gir hjemmel for ulike reaksjoner etter brudd på anskaf-

² Lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2017 nr. 73.

³ Forsyningsforskriften 12. august 2016 nr. 975 som implementerer direktiv 2014/25/EU og anskaffelsesforskriften 12. august 2016 nr. 974 som implementerer direktiv 2014/24/EU.

felsesregelverket. Leverandører kan kreve erstatning for brudd på lov eller forskrift i medhold av LOA § 10. Både LOA og forskriftene implementerer gjeldende EØS-rett på området.

Den EØS-rettslige reguleringen av reaksjoner på brudd på anskaffelsesdirektivene følger av håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren.⁴ Anvendelsesområdet til håndhevelsesdirektivene er direkte knyttet til anskaffelsesdirektivenes anvendelsesområder innenfor deres respektive sektorer.⁵ Erstatningsreglene er i hovedsak regulert på samme måte i de to direktivene, og de har ikke gjennomgått annet enn redaksjonelle endringer etter vedtakelse.⁶ Rettskildebildet er klart preget av de EØS-rettslige forpliktelsene på området.

Den nasjonale erstatningshjemmelen i LOA § 10 må tolkes i overenstemmelse med håndhevelsesdirektivenes minstekrav.⁷ Det følger av presumsjonsprinsippet at tolkning av norsk rett som hovedregel skal samsvare med Norges folkerettslige forpliktelser.⁸ De folkerettslige forpliktelsene på området er primært nedfelt i håndhevelsesdirektivene som er inntatt i EØS-avtalen. Homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen innebærer at avtalepartene skal opprettholde en «en lik fortolkning og anvendelse» av EØS-avtalen og de EU-rettslige bestemmelsene den gjengir.⁹

⁴ Direktiv 89/665/EØF for klassisk sektor og 92/13/EØF for forsyningssektoren. Begge er endret ved direktiv 2007/66/EØF. Med «håndhevelsesdirektivet» menes det konsoliderte direktiv 89/665/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EØF, med «håndhevelsesdirektivet i forsyningssektoren» menes det konsoliderte direktiv 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EØF. Direktivene blir omtalt samlet som «håndhevelsesdirektivene».

⁵ Se håndhevelsesdirektivet artikkel 1 første ledd og håndhevelsesdirektivet i forsyningssektoren artikkel 1 første ledd.

⁶ Treumer (2011) s. 151.

⁷ Håndhevelsesdirektivene har ikke hatt til formål å være totalharmoniserende jf. Krüger (2001) s. 270.

⁸ Etter EØS-avtalen art. 104 plikter Norge å ta «nødvendige skritt» for å sikre EØS-komiteens beslutninger blir gjennomført. Se Arnesen/Stenvik (2015) for mer om presumsjonsprinsippet.

⁹ Hvilket blant annet har kommet til uttrykk i EØS-avtalens fortale nest siste betraktning. Se nærmere om homogenitetsmålsettingen og betydningen for å klarlegge medlemsstatenes erstatningsansvar etter brudd på EØS-avtalen i Haukeland Fredriksen (2013) s. 22.

I tråd med sikker EU-rettslig metode må EU-domstolens tilnærming og forståelse vil derfor være av avgjørende betydning for å avklare direktivets minstekrav.

I oppgaven vil jeg bruke praksis fra Underretten om EUs institusjoners erstatningsansvar for anbudsfeil for å avklare rekkevidden av medlemsstatenes erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivene og de bakenforliggende prinsippene i EØS-retten. EUs institusjoner kjøper varer og tjenester fra det private markedet på lik linje med medlemsstatenes offentlige organer. EU-institusjonenes plikter som oppdragsgivere fremgår av budsjettreguleringene.¹⁰ Budsjettreguleringene er ingen kopi av direktivene, og har ingen generell henvisning til at anskaffelsesdirektivet skal gjelde tilsvarende for EUs institusjoner. Hensikten bak reguleringene er likevel å synkronisere innkjøpsreglene for EUs institusjoner med anskaffelsesdirektivene. Det fremgår klart av fortalen: «[a]s regards contracts awarded by the institutions of the Communities on their own account, provision should be made for the rules contained in the Directives ... to apply».¹¹ Hensikten bak budsjettreguleringene er tydelig nok at anskaffelsesprosesser for EUs institusjoner i hovedsak skal gjennomføres ved samme fremgangsmåte som direktivene krever av medlemsstaten.

Ved eventuelle brudd på anskaffelsesreglene, må EU-institusjonen erstatte tilbyderens lidte tap i overensstemmelse med de prinsippene som er felles for medlemsstatene. Det er ingen særskilte erstatningsregler for EUs egne institusjoner etter brudd på anskaffelsesregelverket, og håndhevelsesdirektivene kommer ikke til anvendelse for EUs egne institusjoner.¹² Det rettslige grunnlaget for institusjonenes erstatningsansvar følger av TEUV artikkel 340 annet ledd:

« For så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold, skal Unionen i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt

¹⁰ Reguleringene fremgår nå av: Forordning (EU) No 966/2012 og forordning (EU) No 1268/2012. Se også Caranta (2013).

¹¹ Forordning (EF) nr. 1605/2002 betraktning nummer 24.

¹² Med EUs egne institusjoner menes alle institusjoner som er underlagt EUs budsjettreguleringer. De vil kun omtales som «institusjonene» videre i oppgaven.

af dets institutioner eller af dets ansatte under udøvelsen af deres hverv.» (mine understreknings)»¹³

Ordlyden gir direkte anvisning på at EUs institusjoner skal erstatte skader i samsvar med de prinsippene som er felles for medlemsstatene.¹⁴ Det er vanskelig å fastslå slike «alminnelige prinsipper» på generelt grunnlag.¹⁵ Til tross for at det er forsøkt å gi uttrykk for felleseuropeiske erstatningsregler,¹⁶ kan man neppe hevde at det finnes en felleseuropeisk erstatningsrett.

Praksis viser at institusjonsansvaret har betydning for fastleggelsen av medlemsstatenes erstatningsansvar etter brudd på EU-retten.¹⁷ I *Franco-vich* gjorde EU-domstolen det klart at medlemsstatens erstatningsansvar er et grunnleggende prinsipp i fællesskapsretten.¹⁸ Da EU-domstolen senere skulle formulere de nærmere kriteriene for ansvar i *Brasserie du Pêcheur*, bygget den på institusjonsansvaret og uttalte:

«På den anden side må betingelserne for statens ansvar for tab, der er forvoldt borgerne som følge af overtrædelsen af fællesskabsretten ikke — medmindre der er en særlig grund hertil — afvige fra betingelserne for Fællesskabets ansvar under lignende omstændigheder. Beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til fællesskabsretten kan nemlig ikke variere, alt efter om den myndighed, der har forårsaget skaden, er en national myndighed eller en fællesskabsmyndighed.»¹⁹

Hovedregelen er altså at erstatningsreglene for medlemsstatene ikke skal være strengere, eller lempeligere, enn reglene som gjelder for EUs

¹³ EU-rettslige kilder blir sitert på dansk. De kildene som ikke er tilgjengelige på dansk vil bli sitert på engelsk.

¹⁴ Vil bli omtalt som institusjonsansvaret videre i oppgaven.

¹⁵ Caranta (2013) s. 239 og Haukeland Fredriksen (2013) s. 100.

¹⁶ PETL (2005).

¹⁷ Vil bli omtalt som statsansvaret videre i oppgaven.

¹⁸ Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Franco-vich* avsnitt 37.

¹⁹ Forente saker C-46/93 og C48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 42. Se også avsnitt 27–28 og 44–47. For en nærmere redegjørelse av bakgrunnen for uttalelsene, og dens berettigelse, se Haukeland Fredriksen (2013) s. 100 flg.

institusjoner. Om begrunnelsen og rekkevidden for overføringsverdien av Underrettens avgjørelser, har Haukeland Fredriksen uttalt:

«For de sider ved EØS-statenes erstatningsansvar som i utgangspunktet er overlatt til nasjonal rett, vil nemlig effektivitetsprinsippet representere en skranke som sikrer et erstatningsrettslig minimumsvern. Med utgangspunkt i uttalelsene om sammenfall mellom institusjonenes og statenes erstatningsansvar synes det nokså klart at EU-domstolen ikke kan anvende effektivitetsprinsippet for å slå ned på nasjonale vilkår for det offentliges erstatningsansvar som ikke er strengere enn dem EU-domstolen selv utleder av TEUV artikkel 340 annet ledd.»²⁰

Forutsetningen for at medlemsstatenes erstatningsansvar er det samme som institusjonsansvaret, er at det foreligger «lignende omstendigheter». Det må være tilfellet for erstatningsansvar etter brudd på anskaffelsesreglene. For det første anvender oppdragsgiverne et anskaffelsesregelverk som skal være innholdsmessig likt. For det andre blir de skadelidte leverandørene rammet på samme måte uavhengig av om det er medlemsstatene eller EU-institusjonene som påfører dem skade. For det tredje innebærer ikke anskaffelsesprosessen bruk av offentlig myndighet fra medlemsstatene eller EUs institusjoner. Oppdragsgiver opptrer i privat egenskap når den anskaffer varer og tjenester fra markedet.²¹ Innenfor dette spesifikke rettsområdet må vi derfor legge til grunn at det foreligger «lignende omstendigheter» for oppdragsgivere fra medlemsstater og EUs egne institusjoner.²² Det er en pågående debatt om forutsetningene i *Brasserie du Pêcheur* også kommer til anvendelse dersom medlemsstatens ansvar utledes av direktiver, og det hersker derfor en grunnleggende

²⁰ Haukeland Fredriksen (2013) s. 104.

²¹ E-16/16 *Fosen-Linjen* avsnitt 53. Samtidig kan det tenkes at håndhevelsesdirektivene gir uttrykk for felles prinsipper i medlemsstatene som indirekte kommer til anvendelse for institusjonene gjennom traktaten etter analogi fra sak C-555/07 *Kücükdevenci* avsnitt 20 og 21.

²² Støtte i Haukeland Fredriksen (2013) s. 100 flg. og Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 7.

usikkerhet rundt forutsetningen.²³ Ettersom EU-domstolen ikke har utledet de konkrete kravene til medlemsstatene direkte fra direktivteksten, men fra de bakenforliggende prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse, synes det særlig nærliggende å unnlate å legge avgjørende vekt på at det offentliges erstatningsansvar innenfor denne sektoren er hjemlet i direktivtekst.

Det er i første rekke Underretten som dømmer i erstatningssaker mot institusjonene. Underrettens praksis må holdes adskilt fra EU-domstolens. Skillet følger av at domstolene har ulike funksjoner, ettersom «[t]he General Court acts as a court of law and as a court of fact».²⁴ Underretten kan ikke overlate spørsmål til medlemsstatenes autonomi eller vurderinger av fakta og subsumsjon til nasjonale domstoler. Underretten må, i likhet med nasjonale domstoler, komme frem til en bindende dom som tar stilling til partenes påstand. Prøvingen er altså ikke mer inngripende, men den gjelder flere spørsmål enn dem EU-domstolen behandler. Praksis fra Underretten må dermed anses for å være et uttrykk for løsninger medlemsstatene kan adoptere, men kan ikke uten videre anses som bestemmende for medlemstatenes forpliktelser.

1.3 Hensynene bak erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket

1.3.1 Hensyn bak håndhevelsesreglene

Håndhevelsesdirektivene skal sikre effektiv etterlevelse av anskaffelsesdirektivene.²⁵ Anskaffelsesreglene bygger på et overordnet hensyn om å

²³ Se Arrowsmith (2005) s. 1421 som mener at institusjonsansvaret kun har direkte overføringsverdi for forpliktelser etter statsansvaret, ikke når medlemsstatenes ansvar er hjemlet i direktiv.

²⁴ Schebesta (2016) s. 4.

²⁵ Første betraktning i både direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EF.

fremme offentlig ressursbruk,²⁶ og åpne det indre markedet.²⁷ I tillegg er det en dreining mot å anse miljø- og sosiale hensyn, såkalte horisontale hensyn, som hensyn som skal ivaretas gjennom offentlige anskaffelser.²⁸ Det er med dette relativt klart at man ikke kan hevde at leverandøren og hans interesser er de rådende bak anskaffelsesdirektivene. Snarere tvert imot viser direktivet at hensyn til leverandøren er bare ett av flere hensyn som skal ivaretas.²⁹

Hensynene som knytter seg til forbigått leverandører kan deles inn i to hovedgrupper. En første gruppe hensyn favner over leverandør som skadelidt. En annen gruppe hensyn er knyttet til at det utøves en kontroll med det offentlige og bruk av fellesskapets ressurser.

1.3.2 Hensyn til kontroll

Hensyn til kontroll med det offentlige reiser et grunnleggende spørsmål om etterlevelse av EØS-rett på nasjonalt nivå.

Kontroll av offentlige oppdragsgivere forutsetter klage eller søksmål fra tilbydere i anbudskonkurransen. Det er ikke opprettet noe sektorspesifikt organ som driver kontroll med gjennomføringen av offentlige anskaffelser av eget tiltak, og store deler av håndhevelsen av anskaffelsesdirektivene løses på rent nasjonalt nivå. Motsatte løsninger finner vi innenfor konkurranseretten og i finanssektoren. Behandling i KOFA eller domstolene forutsetter klage eller stevning fra en med interesse i saken. Ut over dette kan kontroll skje gjennom ESA, høyere forvaltningsmyndighet eller Riksrevisjonen.³⁰ Utgangspunktet er derfor privat håndhevelse, som også ser ut til å ha vært en forutsetning bak lovgivningen:

²⁶ LOA § 1, Prop. 51 L (2015–2016) s. 29 og 80, NOU 1997:21 pkt. 4.2 og Arrowsmith (2014) s. 8.

²⁷ EØS-avtalen art. 1 og 4. Om hensynet bak se Poulsen m.fl. s. 29 flg, direktiv 2004/18/EF betraktning 1, direktiv 2004/17/EF betraktning 9 til 11, og en rekke avgjørelser fra EU-domstolen herunder C-454/06 *pressetext* avsnitt 31.

²⁸ COM (2010) 571 final, særlig side 10 og 15, direktiv 24/2014/EF betraktning 2, direktiv 25/2014/EF betraktning 4 og LOA § 5.

²⁹ Arrowsmith (2014).

³⁰ Krüger (2012) s. 157. ESAs kontrollmulighet har ikke hatt særlig betydning jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 35.

«For det offentlige vil det at leverandører faktisk har en mulighet til å påberope seg feil bety at leverandørene får en funksjon som kan stimulere statlige innkjøpere til å øke sin kompetanse innenfor regelverket. Det antas at denne «kontroll»-funksjonen totalt sett vil være gunstig for staten.»³¹

Lignende synspunkt er lagt til grunn innenfor EU. Private aktører kan fungere som medhjelpere til Kommisjonen i arbeidet med å håndheve EU-retten. Det finnes «vast potential resources of the general European population enlisted to supplement the Commission in its efforts to secure the uniform and effective application of [EU] law».³² Private parter kan ta initiativ til håndhevelse av EU-retten ved å bringe saker inn for nasjonale domstoler og dermed bistå Kommisjonen i dens arbeid med å være traktatens beskytter etter TEU artikkel 17 første ledd.³³ Kommisjonens kapasitet til å forfølge rettsbrudd er begrenset, hvilket tilsier at det er behov for et privat supplement.³⁴ Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende for ESA.

En forutsetning for at modellen med privat håndhevelse skal fungere, er at tilbydere har et insentiv til å bringe oppdragsgivere inn for domstolene eller KOFA etter brudd på anskaffelsesreglene. Det kan tenkes at leverandørene motiveres alene ut fra en tanke om at det er fordelaktig å skjerpe oppdragsgivere for fremtidige anskaffelser. Mer aktuelt er det kanskje at leverandøren ser på kostnadene ved å påpeke det konkrete brudd og veier det opp mot sannsynlig utfall av klagesaken. Erstatning for negativ kontraktsinteresse kan i mange tilfeller være en lang og usikker prosess for å få tilkjent en relativt beskjeden kompensasjon.³⁵ Det må derfor være samsvar mellom ressursene som kreves for å gjennomføre en klagesak, bruddets alvorlighet og de kravene leverandøren kan nå

³¹ Ot.prp.nr. 71 (1997–1998) s. 35.

³² Dougan (2004) s. 76.

³³ En slik håndhevelsesmodell er i stor grad muliggjort gjennom prinsippet om direkte effekt i EU-retten etter C 26/62 *Van Gend en Loos* og EU rettens forrang. Se Wilman (2015) s. 4 og s. 6.

³⁴ Wilman (2015) s. 6.

³⁵ Rt-1997-574 *Firesafe* på s. 578.

frem med. Ettersom det overordnede formålet med kontrollhensynet er å forvalte offentlige midler på en måte som kommer allmennheten til gode, vil kontrollhensynet tale imot å tilgodese leverandører med erstatningssummer som går ut over det som er nødvendig for at de får et incentiv til å klage på brudd. Et relativt opplagt resultat av denne foreningen av hensyn må være at erstatningsreglene skal være balanserte og rettferdige. Mindre opplagt er det om sjansetapserstatning kan utgjøre en slik balansert og rettferdig erstatningsform.

1.3.3 Erstatningsrettslige hensyn

Spørsmål om aksept av sjansetapserstatning reiser flere spørsmål av rent erstatningsrettslig karakter. I denne sammenheng har den forbigåtte leverandør rollen som skadelidt, og oppdragsgiver rollen som skadevolder. De to grunnleggende hensynene bak erstatning er prevensjonshensynet og reparasjonshensynet.

Med prevensjonshensynet forstås hensynet til at potensielle skadevoldere avskrekkes, og dermed avstår, fra å gjennomføre en skadevoldende handling. I norsk erstatningsrett har prevensjonshensynet generelt spilt en beskjeden rolle, ettersom psykiske og sosiale mekanismer i større grad avverger uønsket oppførsel, særlig innenfor deliktsansvaret³⁶ Hagstrøm og Stenvik fremhever likevel anbudsreglene som et område hvor erstatningsreglene lett kan få en mer preventiv funksjon ettersom aktørene er bevisste på risikoen for erstatningsansvar. I slike tilfeller «må erstatningsreglene utformes slik at prevensjonseffekten bidrar til å effektivisere de materielle reglene».³⁷ Prevensjonshensynet har særlig gjort seg gjeldende i spørsmål om hvilke handlinger som utløser ansvar for oppdragsgiver. Dette vil bli drøftet nærmere senere i oppgaven.³⁸ Simonsen trekker frem spørsmålet om forholdet mellom den vernede personkrets og erstatningens størrelse, og anfører at erstatningsrettens

³⁶ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 19.

³⁷ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 19 i petit.

³⁸ E-16/16 *Fosen-Linjen*. Nærmere behandlet i kapittel 3.3.3.

preventive funksjon blir best ivaretatt ved akkumulering av erstatningen hos én leverandør.³⁹

Spørsmålet om oppdragsgiver får et økt incentiv til å gjennomføre en anskaffelsesprosess uten feil, må etter mitt syn også vurderes ut fra hvilket handlingsrom oppdragsgiver har. Det er åpenbart at en høy grad av profesjonalitet er svært viktig ved gjennomføringen av anskaffelsesprosesser, og dette er også nedfelt i LOA § 1 annet punktum. Realiteten er likevel den at oppdragsgiver må håndtere svært komplekse situasjoner hvor både tolkning av regelverk og håndtering av faktiske forhold innbyr til vanskelige vurderinger. Et slikt hensyn til leverandørens begrensede handlingsrom og vanskelige situasjon ser ut til å være bakgrunnen for de relativt strenge vilkårene som ble formulert i *Nucleus*.⁴⁰ Prevensjonshensynet vil nødvendigvis komme til kort der hvor oppdragsgiver selv etter samvittighetsfulle overveielser trår feil i en vurdering. Av denne grunn kan man stille seg spørrende til om tendenser fra lagmansrettspraksis, hvor det kan se ut til at feil i avvisningsvurderinger nærmest automatisk er å anse som «vesentlig feil», er i tråd med både doktrinen i *Nucleus* og hensynene bak erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁴¹

Med reparasjonshensynet forstås hensynet til at skadelidte blir stilt i en situasjon som om skaden ikke hadde inntruffet.⁴² Denne oppgaven reiser det grunnleggende spørsmålet om hvilken skade som skal repareres, og dermed om det er noe tap å reparere.

1.4 Fremstillingen videre

Kapittel 2 er et studie av kompensasjon av rene sjanser i Underretten og norske domstoler. Fremstillingen vil vise at rene sjanser til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver kan kompenseres i både norsk rett og Underretten. Undersøkelsen bygger på en forutsetning om at

³⁹ Simonsen (1997) s. 470.

⁴⁰ Rt-2001-1062 *Nucleus* s. 1078 og 1079.

⁴¹ Røstum (2017).

⁴² Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 19.

skadebegrep og bevisregler må sees i sammenheng for å avklare hvilke sjanser som kan kompenseres i domstolene.

I kapittel 3 undersøker jeg om skader på en «reell sjanse» til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver er erstatningsrettslig relevant på bakgrunn av Norges EØS-rettslige forpliktelser. Analysen vil også tjene som en grunnleggende redegjørelse for medlemsstatenes forpliktelser etter håndhevelsesdirektivene og EØS-rettens bakenforliggende prinsipper, som de påfølgende kapitlene så vil bygge videre på.

I kapittel 4 er spørsmålet om kravet til ansvarsgrunnlag i norsk rett er til hinder for at leverandøren får tilkjent erstatning i tilfeller hvor han etter EØS-retten har krav på erstatning for sine tapte muligheter til å inngå kontrakt med oppdragsgiver.

Kapittel 5 inneholder en nærmere analyse av årsaks- og bevissspørsmål. Spørsmålet er om erstatning for positiv kontraktsinteresse i norsk rett kan kreves i de tilfellene Underretten tilkjenner sjansetapserstatning etter TEUV art. 340. Om svaret er ja, må norsk rett oppfylle de grunnleggende effektivitetskravene etter EØS-retten. Analysen gjøres konkret med utgangspunkt i ulike typetilfeller og undersøkelser av rettspraksis. Om svaret er nei, kan ikke norske erstatningsregler for anskaffelsesbrudd forsvares alene ut at leverandører får minst tilsvarende beskyttelse som etter brudd fra EUs institusjoner. Om norsk rett oppfyller EØS-rettens krav vil da bli vurdert i de enkelte tilfellene.

I kapittel 6 forlater jeg problemstillingen om norsk rett oppfyller EØS-rettens krav. Dette fordi norsk rett ikke oppstiller utmålingsregler som tar høyde for tap av rene sjanser. Kapittelet vil heller vise hvordan en utmålingsregel som går ut på å tilkjenne en forholdsmessig del av oppfyllelsesinteressen kan tas inn i norsk rett.

Opgaven tar til tider for seg vurderinger knyttet til innføring av sjansetapserstatning i norsk rett på punkter der EØS-retten ikke krever det. Disse vil bli betegnet som «tankeeksperimenter» for å markere vurderingenes hypotetiske karakter.

2 Om sjanser og sjansetap

2.1 Sjansetap

Sjansetap kan forstås i både snever og vid forstand. Vi kan betegne en erstatningsregel hvor rene sjanser er omfattet i enten årsakskravet eller utmålingsregelen som sjansetap i vid forstand.⁴³ Sjansetap i snever forstand er når tap av rene sjanser faller inn under skadebegrepet. Spørsmålet om faktisk årsakssammenheng må besvares ut fra om tilbyderen har mistet en reell sjanse på grunn av oppdragsgivers ansvarsbetingende handling eller unnlattelse. Om årsakssammenheng foreligger, må tapet av den reelle sjansen kompenseres gjennom utmålingsreglene. Nedenfor gis en kort komparativ oversikt som vil vise det ikke alltid er den snevre forståelsen av sjansetap som anvendes.⁴⁴

I fransk rett er sjansetapserstatning ved myndighetsoverskridelser av det offentlige er det tradisjon velkjent. For det offentliges erstatningsansvar generelt, anvendes sjansetapet i snever forstand, og sjansen er omfattet av skadebegrepet. Sjansetapsregelen har blitt tilpasset for erstatning etter brudd på anskaffelsesreglene. Systemet oppstiller tre terskler med hver sin tilhørende erstatningsutmålingsregel: ingen sjanse = ingen erstatning, reell sjanse = erstatning for negativ kontraktsinteresse og sterk reell sjanse = erstatning for positiv kontraktsinteresse. Systemet bærer, etter mitt syn, først og fremst preg av at sjansetapet fungerer som en nyansering av kravet til faktisk årsakssammenheng. Det franske systemet illustrerer at sjanse kan tas i betraktning i årsaksvurderingen, uten at det vernede tap eller tapsutmålingen innehar et sjanseelement.

Sverige er et eksempel på at sjansetapet kun tas i betraktning som en utmålingsregel.⁴⁵ For å få erstattet oppfyllelsesinteressen, må leverandøren må bevise at han ville fått kontrakten. Ved utmålingen kan domstolene ta hensyn til hvilken sjanse leverandøren hadde for å få kontrakten, og

⁴³ Schebesta (2016) s. 206 og 207.

⁴⁴ Bygger på Schebesta (2016) s. 208 flg. og Fairgrieve og Lichere (2011) s. 5 til 7.

⁴⁵ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 14.

utmålingen kan bli redusert på bakgrunn av sannsynligheten. I kontrast til det franske systemet, ser vi at sjanseelementet i svensk rett er inntatt i utmålingen, uten at det er fremtredende sjanseelementer ved det vernede tap eller i kravet til årsakssammenheng.

I denne oppgaven legger jeg den snevre forståelsen av sjansetapet til grunn, i overenstemmelse med Underrettens praksis. Valget er motivert av flere forhold. For det første står Underretten i en særstilling hva gjelder fastsettelsen av et tilstrekkelig effektivt håndhevelsessystem. Som nevnt må utgangspunktet være at EØS-retten ikke stiller strengere krav til medlemsstatene enn de krav som stilles til institusjonene selv. For det andre er det ikke generelt akseptert at sjansetapet nyter vern i Underretten.⁴⁶ Sjansetapet er foreløpig en særregel innenfor anskaffelsesretten,⁴⁷ hvilket også vil være tilfelle i norsk rett. For det tredje praktiserer Underretten en relativt «ren» form for sjansetapsersättning, hvor sjansetapet både kan sees på som et autonomt tap, en relativisert årsaksregel og en forholdsmessig utmålingsregel.

2.2 Om kompensasjon av rene sjanser i Underretten

2.2.1 Skadebegrepet

Tre kumulative vilkår må være oppfylt for at EUs institusjoner kan holdes ansvarlige utenfor kontrakt jf. TEUV art. 340 annet ledd.⁴⁸ For det første må institusjonen må ha overtrådt en norm som har til formål å gi individet en rettighet. For det andre må individet ha lidt et «virkelig» tap. Leverandøren må bevise at tapet er reelt, og ikke hypotetisk.⁴⁹ For det tredje må det være årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handlingen og skaden. Vi skal nå se nærmere på skadebegrepet.

⁴⁶ Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i sak C-611/12P avsnitt 48.

⁴⁷ Og visse andre områder, som fks. ansettelsessaker jf. C-348/06 P *Girardot*.

⁴⁸ Se T-199/14 *Vandbreda* avsnitt 179 med henvisninger til praksis hvor vilkårene i påfølgende avsnitt fremgår.

⁴⁹ T-271/04 *Citymo* avsnitt 159.

Underretten har i lengre tid uttrykt at «reelle sjanser» kan kompenseres,⁵⁰ og i noen saker funnet vilkårene for å tilkjenne sjansetapserstatning oppfylt.⁵¹ Det er mindre klart hvilket meningsinnhold som ligger bak uttrykket «reelle sjanser».

Underretten har aldri gitt noen nærmere definisjon eller redegjørelse for hvilke kriterier som må være oppfylt for at en sjanse skal anses for å være «reell» og dermed omfattet av skadebegrepet som har erstatningsrettslig vern. I tidlig praksis ble kravet formulert svært strengt:

«Desuden kan den mistede chance for at få tildelt følgekontrakten alene anses for et faktisk og sikkert tab, hvis det uden nogen tvivl kan fastslås, at sagsøgeren ville have fået tildelt den første kontrakt, såfremt Kommissionen ikke havde udvist den påståede ulovlige adfærd. Det må understreges, at inden for en ordning med offentlige licitationer som den, der er tale om i den foreliggende sag, har den ordregivende myndighed et vidt skøn med hensyn til beslutningen om at tildele en kontrakt. Sagsøgeren kunne derfor ikke være sikker på, at selskabet ville have fået tildelt den første kontrakt, hvis det var blevet udvalgt og havde fået mulighed for at deltage i anden fase af udbudsproceduren.» (mine understreknings)⁵²

Uttalelsene i *Echon* må tolkes på bakgrunn av at erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket er et prekontraktuelt ansvar. Som utgangspunkt må saksøker bevise at kontrakten foreligger for å få erstatning for oppfyllelsesinteressen.⁵³ Ansvarsbetingende handlinger i forhandlingsfasen kan tradisjonelt ikke lede til erstatning for oppfyllelsesinteressen. I tråd med dette utgangspunktet har Underretten oppstilt et vilkår om at leverandører må vise at de har rettskrav på kontrakt for å få erstattet oppfyllelsesinteressen.⁵⁴ Noe krav på kontrakten følger ikke

⁵⁰ T-271/04 *Citymo* avsnitt 176, forente saker T-91/12 og T-280/12 *Flying*, T-299/11 *OHIM* avsnitt 146 og 147, T-461/08 *EIB* avsnitt 182 sammenholdt med 210 og T-556/11 *EDL*.

⁵¹ T-199/14 *Vandbreda*, T-299/11 *OHIM*, og T-556/11 (de to siste avgjørelsene er anket og opphevet uten at tapsformen er tema i ankene.)

⁵² T-140/04 *Echon* avsnitt 77.

⁵³ Hagerup (1919) s. 142 sitert i kapittel 2.3.1.

⁵⁴ Om Underretten faktisk operer med et vilkår om rettskrav for kontrakt fremstår som uklart. For en oversikt over den sprikende praksisen fra Underrettens se Haukeland

av anskaffelsesreglene i seg selv.⁵⁵ At det stilles krav om kontrakt eller rettskrav på kontrakt bringer spørsmålet inn under avtalerettens område. På bakgrunn av dette kan vi se at Underretten har uttalt at spørsmålet om oppfyllelesesinteresse ikke hører inn under den kontraktsrettslige sfære, men den erstatningsrettslige. I stedet for å vise at leverandøren *måtte* fått kontrakten, må han bevise med sikkerhet at han *ville* fått den.⁵⁶ Ettersom det må være tvilløst at leverandøren ville fått kontrakten, er det ikke tilstrekkelig å vise at han hadde en sjanse alene. Innholdet i skadebegrepet, at saksøker «ville have fået [...] kontrakt» tilsvarer det vi operer med i norsk rett etter *Nucleus*. Kombinert med beviskravet etter TEUV art. 340 annet ledd, kan det videre spørres om kravet Underretten ga uttrykk for i *Echon* er strengere enn det som oppstilles i norsk rett.

I *Vandbreda* fra 2015 fant Underretten for første gang vilkårene for å tilkjenne erstatning for sjansetap oppfylt. Underretten tallfestet sjansen så høyt som 90 %, etter at kontrakt ble inngått med en leverandør som ikke oppfylte kvalifikasjonskriteriene og den forbigåtte leverandør var den eneste kvalifiserte tilbyderer.⁵⁷ En såpass høy grad av sannsynlighet gir liten veiledning for å fastlegge de «reelle sjansers» nedre grense. Det må likevel fremholdes at flere erstatningssaker ble reist mot ulike EU-institusjoner før *Vandbreda*. Til tross for at det ble konstatert brudd i flere av disse,⁵⁸ ble det likevel først tilkjent erstatning for tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt i en såpass klar sak som *Vandbreda*. Til sammenlikning

Fredriksen og Strandberg (2018) s. 5 og 6 note 25 og 30. Jeg behandler spørsmålet videre i pkt. 5.5.

⁵⁵ Ved siden av at terskelen for lovlig avlysning etter FOA § 25-4 (1) er lav jf. C-440/13 *Croce Amica One Italia* avsnitt 35 og 36 kan det stilles spørsmål om en ulovlig avlysning må sidestilles med krav på kontrakten for den eventuelle vinneren av konkurransen.

⁵⁶ Om forskjellen ville/måtte/skulle fått kontrakt: se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 20 flg.

⁵⁷ T-199/14 *Vandbreda* avsnitt 277 som også gir anvisning på at erstatningen skal beløpe seg til 90 % av kontraktsverdien.

⁵⁸ Caranta (2013) som behandler kravet til ansvarsgrunnlag etter TEUV art. 340 annet ledd.

ville tilsvarende tilfelle antakelig ledet til positiv kontraktsinteresse i norsk rett.⁵⁹

To saker, som begge er reist av IT-selskapet European Dynamics mot Kontoret for harmonisering av det indre marked, har reist betydelig tvil omkring både beviskravet og rekkevidden de «reelle» sjansene. Uttalelser i sakene *OHIM* og *EUIPO* tyder på at Underretten har beveget seg i en lempeligere retning hva gjelder bevis for reelle sjanser, og nærmest oppstilt en presumsjon for årsakssammenheng ved vurderingsfeil. Begge sakene omhandler ulovligheter ved tildelingsevalueringen. I vurderingen av om leverandøren hadde lidt et tap av en tilstrekkelig stor sjanse for å kunne få erstatning uttaler Underretten i *OHIM*:

«the mere fact that the first applicant was ranked third in the cascade mechanism and was thus accepted as a potential contractor, renders the premiss that the contracting authority could not be in a position to award it the contract in question implausible.»⁶⁰
(min understrekning)

Konkurransene ble utført med en såkalt «cascade mechanism» som kan ha virket inn på vurderingen.⁶¹ Oppdragsgiver skulle inngå rammeavtaler med to og tre leverandører i hver av sakene, og den høyest rangerte leverandøren skulle få førsteprioritet ved utføring av arbeider innenfor rammeavtalen. Kontrakt skulle dermed tildeles flere enn vinneren av anbudskonkurransen. Uansett gir «potential contractor» uttrykk for en langt lavere terskel enn hva vi ser fra tidligere avgjørelser. Det konkrete innholdet i Underrettens forståelse av «reell sjanse» i de to nevnte avgjørelsene er svært krevende å avdekke. Det er imidlertid av mindre betydning ettersom EU-domstolen har opphevet begge avgjørelsene. I den første ankesaken ble avgjørelsen opphevet på grunnlag av sakens faktum,

⁵⁹ Se LB-2012-36777 *Skanska* hvor valgte leverandør skulle vært avvist og forbigått leverandør får tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.

⁶⁰ T-299/11 *OHIM* avsnitt 144 og tilsvarende i T-556/11 *EUIPO* avsnitt 416. Finnes kun på engelsk og fransk.

⁶¹ Se note 14 til direktiv 89/665/EU på EU-Karnov online.

ettersom EU-domstolen fant færre feil bevisst.⁶² I den andre saken uttalte EU-domstolen i tillegg at kravet til årsakssammenheng ikke var oppfylt:

«Retten godtgjorde imidlertid ikke i den appellerte dom i tilstrækkelig grad, at der forelå en sådan årsagsforbindelse. Retten fastslog bl.a. ikke, om og i hvilket omfang European Dynamics Luxembourg på baggrund af sagens faktiske omstændigheder, og ettersom EUIPO ikke havde begået nogen fejl, ville være blevet placeret bedre under kaskadeproceduren.»⁶³

EU-domstolens synspunkt er med dette at en «potential contractor» ikke har en tilstrekkelig reell og sikker sjanse. At leverandøren «ville være blitt placeret bedre» ville i denne konkurransen bety at leverandøren ville fått kontakt. Slutningen vi kan trekke fra anskaffelsessakene er med dette at leverandøren må ha gode muligheter for å vinne anbudskonkurransen, og at det ikke er tilstrekkelig med en rent teoretisk sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver.

Praksis knyttet til EU-institusjoners brudd på likestillingsregelverket kan bidra til nærmere forståelse av størrelsen «reelle sjanser» og når den kan være «actual and certain». Den mest betydningsfulle avgjørelsen er *Girardot*,⁶⁴ som omhandler en midlertidig ansatt hos Kommisjonen. Mot slutten av sin ansettelsesperiode søkte hun på ni interne jobbutlysninger hos Kommisjonen, men ble urettmessig ekskludert. Spørsmålet var om hun kunne bevise at hun faktisk ville ha fått en av jobbene dersom feilen ikke hadde blitt begått. Underretten fant det ikke bevisst at hun med sikkerhet *ville ha* fått en av jobbene, men «Det må dog legges til grunn, at Marie-Claude Girardot i hvert fald hadde en realistisk mulighet herfor, som hun ble berøvet som følge af, at hendes ansøgninger blev afslået af Kommissionen».⁶⁵ Girardot fikk tilkjent erstatning for 50 % av inntektene hun ville ha oppnådd som lønnstaker, basert på hennes sjanse til å få

⁶² C-677/15 P *OHIM*.

⁶³ C-376/16 P *EUIPO* avsnitt 81.

⁶⁴ Underrettens avgjørelse i T-10/02 *Girardot* finnes kun på fransk. Den er imidlertid til dels gjengitt i ankesaken C-348/06 P og Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i sak C-611/12 P *Giordano* avsnitt 50 til 54.

⁶⁵ Sitat fra Villalóns uttalelse i sak C-611/12 P *Giordano* avsnitt 53.

jobben. Kommisjonen anførte at tapet verken var reelt eller sikkert, men EU-domstolen gir uttrykkelig aksept til Underrettens tilnærming:

«Et sådant kriterium, der er anvendt – efter en metode, der ligeledes anvendes i flere nationale lovgivninger – for, som generaladvokaten har anført i punkt 55 i forslaget til afgørelse, at vægte løntabskriteriet, er imidlertid egnet til at fremskaffe en relevant angivelse med henblik på at fastslå, i hvilket omfang den skade, Marie-Claude Girardot har lidt som følge af den fortabte mulighed, skal erstattes, da den gør det muligt ved denne fastsættelse at tage hensyn til sandsynligheden for, at hun ville oppebære det vederlag, hun utporetligt havde mistet.»⁶⁶

Fra dette kan vi slutte at rene sjanser om profitt helt ned til 50 % kan kreves erstattet av EUs institusjoner. I saken tok EU-domstolen samtidig uttrykkelig forbehold om at det foreligger en grad av skjønn hos Underretten, slik at EU-domstolen vil akseptere utmålingen av tapet så lenge metoden for evaluering ikke er «uegnet til at fastsette» tapets størrelse. Om Underretten og EU-domstolen er villige til å trekke analogier fra *Giradot* er usikkert. Jeg drøfter dette spørsmålet videre under kapittel 5.3.3.

Fra fremmede rettssystemer ser vi at sjanser ned til 25 % kan bli kompensert. Et kjent eksempel finner vi i den britiske saken *Chaplin v. Hicks* som omhandlet et erstatningskrav fra en modell som ikke fikk mulighet til å delta i en modellkonkurranse hun i utgangspunktet hadde kvalifisert seg til. Konkurransen var delt opp i innledende runder hvor skadelidte kvalifiserte seg som best i sin klasse. Med utgangspunkt i at det var fire klasser, ble hennes sjanse til å vinne hele konkurransen evaluert til 25 % og tapet tilsvarte 25 % av premien. Også av *Arrowsmith* fremstår det som om det engelske vilkåret om «real» eller «substantial» sjanser i første rekke er en avgrensning mot de marginale eller ubetydelige sjansene:

«The loss of chance principle will only permit recovery of damages, however, where there is a «real» or «substantial» chance of obtaining the benefit. Thus damage often may not be recoverable when

⁶⁶ C-348/06 P *Giradot* avsnitt 73.

no tender has been submitted and, in particular, when the provider has not participated in the procedure at all—for example, because the contract was not advertised—since it will be too difficult to demonstrate such a chance.»⁶⁷

Forarbeidene til gjennomføringen av den særegne sjansetapsregelen for forsyningssektoren i norsk rett overlater spørsmålet om sjansene var «reelle» til en konkret vurdering.⁶⁸ Et slikt utgangspunkt har gode grunner for seg. For det første kan sannsynligheten for at det enkelte bud når opp i konkurransen aldri evalueres helt sikkert, fordi oppdragsgiver har en viss skjønnsmargin ved flere evalueringer i prosessen.⁶⁹ For det andre kan det tenkes at den tallfestede sannsynligheten for at det konkrete tilbudet når fram ikke gir en like sterk konkurranseposisjon i alle sammenhenger. Uten noe nærmere matematisk belegg er det lett å tenke at et bud med 33 % sannsynlighet for å vinne er relativt sett sterkere i møte med to andre bud med 33 % sannsynlighet enn med ett bud med 66 % sannsynlighet.⁷⁰ For begge punkter vil jeg mene at matematikk er et godt hjelpemiddel ved vurderingen av sjanse, men at beregninger i disse sakene neppe er presise nok til at de kan legges til grunn som grenser for det rettslige vilkåret om «reelle sjanser». Simonsen legger også til grunn at det må foretas en konkret vurdering:

«Det må følgelig dreie seg om en konkret gevinstmulighet som saksøker har gått glipp av. Var ikke anbudet tilstrekkelig gunstig, forelå intet vinnerpotensial som kunne tapes. Anbyderen må med andre ord ha hatt en reell mulighet til å få tildelt kontrakten i konkurranse med de øvrige. Og det må ikke være en avvisningsgrunn knyttet til anbudet. Vilkåret avgjør i realiteten *hvem* som kan kreve erstatning. Mer enn én kan ha hatt en reell tildelingsmulighet.

⁶⁷ Arrowsmith (2005) s. 1382.

⁶⁸ Ot. Prp. Nr. 97 (1991–1992) s. 27.

⁶⁹ Oppdragsgivers skjønn blir presentert og behandlet i kapittel 5.

⁷⁰ Men man møter den utfordring at denne styrkede konkurranseposisjonen burde ha ledet til en økt evaluering av tilbudets sjanse i første tilfelle. Simonsen oppstiller et lignende eksempel på s. 893.

Hvor omfattende kretsen av skadelidende er, må avgjøres på bakgrunn av resultatet i konkurransen.»⁷¹

Den gjennomgåtte praksis åpner for å diskutere sjansetapserstatning etter TEUV art. 340 annet ledd etter tre ulike modeller. En første modell er en marginal lemping i kravet til at leverandøren må vise at han hadde krav på kontrakten. Som et alternativ til å vise at han måtte fått kontrakten, må han vise at han helt sikkert ville fått kontrahert med oppdragsgiver. En slik modell er i så fall svært lik den vi har i norsk rett etter *Nucleus*. En annen modell er at alle gode muligheter for å få kontrakten nyter vern etter en konkret vurdering, og at det etter omstendighetene er åpning for å kompensere sjanser ned til 50 %. En tredje modell er at alle sjanser er «reelle» såfremt de det ikke er klare holdepunkter for at sjansene ikke ville realisert seg. Her kan muligens tilfeller som det i *Chaplin v. Hicks* være illustrerende. Praksis knyttet til TEUV art. 340 annet ledd gir ikke et helt entydig bilde av hvilken modell som blir anvendt, men utviklingen i praksis varierer ganske klart mellom de to førstnevnte modellene.

Konklusjonen i den enkelte sak må altså overlates etter en konkret vurdering, men Underretten synes tilbøyelig til å tilkjenne erstatning for en forholdsmessig andel av oppfyllelsesinteressen i saker med omtrent 50 % sannsynlighet for et gunstig utfall.

2.2.2 Avgjørende bevis for skadens eksistens og omfang

Det er lite formålstjenlig å vurdere kompensasjon av rene sjanser uten å ta høyde for bevisreglene. Skadebegrepet gir anvisning på hvilken posisjon leverandøren må være i etter et hypotetisk hendelsesforløp for å kunne få tilkjent erstatning. For sjansetapet er posisjonen angitt som en sjanse, og den må være reell og sikker.⁷² Det kreves med det en sannsynlighet av en viss størrelse, etter en vurdering av det hypotetiske hendelsesforløpet, for at det skal foreligge en skade. Sannsynligheten knytter seg til det endelige utfallet av konkurransen, og om leverandøren ville fått kontrakten. Det

⁷¹ Simonsen (1997) s. 822.

⁷² Haukeland Fredriksen (2013) s. 168.

endelige utfallet av konkurransen er også bevistema for faktisk årsakssammenheng mellom feilen og tapet av den reelle sjansen til å inngå kontrakt. Begge operasjoner handler om en tallfesting av sannsynligheten for at leverandørens muligheter i konkurransen ville realisert seg.

For illustrasjonens skyld kan vi se på noen tenkte eksempler. I system A opereres det med et beviskrav om absolutt visshet om skadens eksistens, men ikke dens omfang, og reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver kan etter forholdene være på 50 %. Her er usikkerheten knyttet til om leverandøren ville ha fått kontrakten håndtert i skadebegrepet. I system B opereres skadebegrep som omfatter tapet av kontrakten, altså leverandøren «ville inngått kontrakt med oppdragsgiver». Beviskravet for faktisk årsakssammenheng for at skaden har inntruffet er det vi i norsk rett kjenner som alminnelig sannsynlighetsovervekt. Her er usikkerheten knyttet til om leverandøren ville fått kontrakten håndtert gjennom bevisreglene. Bevisteamene er unektelig forskjellige, men realiteten vil langt på vei være lik. Er det en overvekt av sannsynlighet for at leverandøren ville fått kontrakten dersom feilen ses borte, åpner begge systemer for erstatning. Ettersom det er ulike krav i de to systemene, vil det være en forskjell i tapsutmålingen.

Det følger av TEUV art. 340 (2) at institusjonene skal holdes ansvarlige i overenstemmelse med «felles rettstradisjoner» blant medlemsstatene. Beviskravet i sivile saker varierer mellom EUs medlemsland, og «felles rettstradisjoner» gir ingen holdepunkter for å fastslå hvor strengt beviskravet er.⁷³ Overvektsprinsippet vi anvender i norsk rett tilsvarer beviskravet som anvendes i Danmark og Storbritannia, men vi finner strengere beviskrav i flere andre medlemsland, herunder Tyskland og Frankrike.⁷⁴ Traktaten gir ikke anvisning på at institusjonene skal hefte etter de strengeste tradisjonene blant medlemslandene, men de som er «felles». Vi kan derfor ikke legge til grunn av overvektsprinsippet kommer til anvendelse for erstatningskrav mot EUs institusjoner.

I den grad Underretten berører spørsmålet, uttaler den som oftest at «it is for the party seeking to establish the European Union's non-contractual

⁷³ PETL (2005) s. 40.

⁷⁴ Se Haukeland Fredriksen (2013) s. 171 og 172.

liability to adduce conclusive proof as to the existence and extent of the damage it alleges». ⁷⁵ At bevisene må være «conclusive», eller «avgjørende», innebærer at de fremlagte bevisene må være avgjørende for å oppfylle det beviskravet som kommer til anvendelse i saken, men oppstiller etter mitt syn ikke noe krav i seg selv. ⁷⁶

Når beviskravet først har blitt formulert, er det tydelig at Underretten krever en høy grad av sikkerhet for å anse tapet som faktisk og sikkert. ⁷⁷ Som sitert ovenfor sa Underretten at skaden må bevises «uden nogen tvivl» for at den skal anses for å være et faktisk og sikkert tap. ⁷⁸ Videre har Generaladvokat Trabucchi uttalt at «[t]o claim compensation for injury it is not enough to show that it was likely; it is also necessary to demonstrate that it was actually sustained» (min understrekning). ⁷⁹ Her tar Generaladvokaten klart avstand fra overvektsprinsippet og oppstiller et krav som nærmer seg visshet. Generaladvokat Cruz Villaón beskriver beviskravet for å oppnå positiv kontraktsinteresse etter brudd på anskaffelsesregelverket i *Combinaitie Spijker*. Leverandøren må bevise med «en til vished grænsende sandsynlighed at kunne fastslå, at den udelukkede bydende ville have fået tilslag, hvis kontraktbestemmelse var blevet overholdt». ⁸⁰

Tapet av den reelle sjansen til å inngå kontrakt med en av EUs institusjoner må altså være reelt og sikkert, og det må bevises med et beviskrav som nærmer seg visshet. Det samme beviskravet kommer til anvendelse for kravet til faktisk årsakssammenheng. Ettersom leverandøren må bevise både skadens eksistens, dens omfang og at tapet står i årsakssammenheng med feilen, er beviskravet tilsynelatende et effektivt hinder mot leverandørers erstatningskrav. De ulike vilkårene for erstatning som alle knytter seg til en vurdering av det endelige utfallet av konkurransen

⁷⁵ C-45/15 *Safa Nicu* avsnitt 62 vist til i C-677/15 P *EUIPO* avsnitt 100 og i en rekke andre avgjørelser.

⁷⁶ Noe avvikende fra Haukeland Fredriksen (2013) s. 171 og Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 5 og 6.

⁷⁷ Om vilkåret «reell og sikker» i Underretten se Haukeland Fredriksen (2013) s. 170 flg. T-140/04 *Echon* avsnitt 77.

⁷⁸ Generaladvokat Trabucchi i sak C-26/74 *Roquette Frères*. Se også Toth (1997) s. 184.

⁸⁰ Generaladvokat Cruz Villaón i sak C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86.

gjør at den rettslige situasjonen etter TEUV art. 340 annet ledd fremstår som relativt kompleks. Ettersom Underretten sjeldent kommer med oppklaringer omkring innholdet i hvert enkelt vilkår, hersker det en generell usikkerhet knyttet til Underrettens praksis.

2.2.3 Evalueringstidspunktet

Et moment av stor betydning for den praktiske anvendelsen av sjansetapserstatning etter TEUV art. 340 er tidfesting av leverandørens sjanser for å inngå kontrakt med oppdragsgiver.

Et første alternativ er at leverandøren kun trenger å vise at han hadde en reell sjanse til å inngå kontrakt med leverandøren på tidspunktet hvor oppdragsgivers feil ble begått. I så fall er det en ren evaluering av leverandørens konkurranseposisjon i lys av de andre tilbyderne i konkurransen. Et andre alternativ er at leverandøren må bevise at han ville hatt en «reell» sjanse til å få kontrakten *etter* at konkurransen var ferdig. I sistnevnte tilfelle vil leverandøren måtte føre bevis for konkurransens videre forløp. Til tross for at leverandørens sjanse da feilen ble begått vil være et moment av stor betydning i vurderingen av hvordan konkurransen ville forløpt, kan det potensielt ha stor betydning at også det videre forløpet av konkurransen må bevises med det strenge beviskravet som ligger nedfelt i TEUV art. 340 annet ledd.

Verken Underretten eller EU-domstolen har problematisert spørsmålet uttrykkelig, men i argumentasjonen fremstår det som helt gjennomgående at leverandøren også må bevise det videre hendelsesforløpet. Et eksempel er i saken *European Dynamic mot Kommisjonen* hvor leverandøren ble avvist i prekvalifiseringen. Leverandøren hadde ikke inngitt tilbud, og var en av åtte leverandører som hadde meldt interesse. Underretten uttalte at «since the tender was excluded at the technical evaluation stage, no causal link can be established between the various heads of damage [...] and the decision to award the contract to the successful tenderer» (min understrekning).⁸¹ Om det var tilstrekkelig å vise hvilken sjanse leverandøren hadde på det tidspunktet feilen ble begått, ville ikke Under-

⁸¹ T-498/11 *European Dynamic mot Kommisjonen* (2) avsnitt 267.

retten knyttet kravet til utfallet av konkurransen. Det er med dette ikke tilstrekkelig å vise at leverandøren hadde en relativt sett god posisjon i konkurransen. Han må vise at han ville hatt en «reell» sjanse til å inngå kontrakt etter at konkurransen var ferdig.

2.3 Om kompensasjon for tap av sjanser i norsk rett

2.3.1 Skadebegrepet

De tre grunnleggende vilkårene for erstatningsansvar i norsk rett er 1) tilstedeværelsen av en erstatningsrettslig relevant skade, 2) en ansvarsbetingende handling eller unnlattelse og 3) årsakssammenheng mellom handlingen eller unnlattelsen og skaden.

Tap av rene sjanser til å vinne en anbudskonkurranse er ikke omfattet av skadebegrepet i norsk rett.⁸² Erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket må behandles som spørsmål om prekontraktuelt ansvar.⁸³ Innenfor det prekontraktuelle ansvaret var det lenge en fast oppfatning at erstatning for tap av kontrakten ikke kan kompenseres.⁸⁴ I *Nucleus* åpner Høyesterett for å kompensere tapet av kontrakten dersom en leverandør med «klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar».⁸⁵ Altså vil han kompenseres som om han fikk kontrakten. Det må være helt tydelig ut fra både det tradisjonelle utgangspunktet og etter nyanseringen i *Nucleus* at den vernede og reelle skaden er selve kontrakten.

2.3.2 Bevisreglene

Spørsmålet er om Høyesteretts formulering av årsaks- og beviskravet åpner for at en leverandør som *kun* har mistet en sjanse av en viss størrelse kan kompenseres.

⁸² Skadebegrepet blir redegjort for i større detalj i kapittel 3.

⁸³ Simonsen (1997) s. 457.

⁸⁴ Hagerup (1919) s. 142 og Rt-2007-425 *Rikstoto*.

⁸⁵ Rt-2001-1062 *Nucleus* på s. 1079.

Så lenge beviskravet ikke er absolutt sikkerhet, må det være åpning for at også tap av rene sjanser kan lede til kompensasjon. Det må dermed avgjøres hvor lave sjanser som kan lede til at vilkåret «klar sannsynlighetsovervekt» etter *Nucleus* er oppfylt. Et mindretall i Høyesterett forklarte beviskravet nærmere i *SB Transport*:

«Som jeg allerede har vært inne på, følger det av *Nucleus*-dommen at *SB Transport* for å oppfylle kravet om årsakssammenheng med klar sannsynlighetsovervekt må vise at oppdraget skulle gått til selskapet. I dette ligger etter det jeg kan se ikke noe krav om tilnærmet visshet, men et krav om at *SB Transport* påviser klare holdpunkter for at selskapet ville fått kontrakten.»⁸⁶

Klar sannsynlighetsovervekt er mer enn sannsynlighetsovervekt, men mindre enn tilnærmet sikkerhet.⁸⁷ Ettersom selv tilnærmet sikkerhet åpner for at sannsynlighetsgrader under 100 % kan være tilstrekkelig, må det i alle fall være en del lavere enn dette når det kun kreves «klar sannsynlighetsovervekt». Jerkø bruker 75 % som eksempel, og jeg antar at kravet ligger et sted i det sjiktet.⁸⁸

Med dette er det mulig å kompensere tap av klare og reelle sjanser med positiv kontraktsinteresse. Til tross for at sjansen ikke er vernet som en skade i seg selv, er det åpenbart mulig å få kompensasjon for rene sjanser gjennom erstatning for positiv kontraktsinteresse. De rene sjansene som er omfattet av bevisreglene i norsk rett blir dermed overkompensert sammenliknet med tapsbegrepet i Underretten.

⁸⁶ Rt-2007-983 *SB Transport* avsnitt 89. Flertallet tilsluttet seg mindretallets votum.

⁸⁷ Rt-1999-14 s. 22. For en sammenlikning av ulike formuleringer av beviskrav se Skoghøy (2014) s. 876.

⁸⁸ Jerkø (2018) s. 277 flg.

2.3.3 Særregel i forsyningssektoren

Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren gir en særregulering for negativ kontraktsinteresse som operer med sjanse som et tema for bevis og årsakssammenheng.⁸⁹ Bestemmelsen lyder:

«Når en person fremsætter et krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, skal vedkommende alene bevise, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen.»⁹⁰(min understrekning)

En tilsvarende regel fantes i den nå opphevede LOA (1992) § 6:

«Innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon kan en saksøker kreve erstatning for kostnader ved å forberede et tilbud eller ved å delta i en anskaffelsesprosedyre når avtalene nevnt i § 1 slik de er gjennomført i norsk rett er overtrådt under anskaffelsesprosedyren. Saksøkeren har likevel bare krav på erstatning dersom han ville hatt en reell mulighet, som er blitt redusert som følge av overtredelsen, til å bli tildelt kontrakten.»

Den særegne bestemmelsen om bevis for faktisk årsakssammenheng i norsk lov ble ansett for å være «overflødig», og bestemmelsen ble fjernet da den generelle erstatningshjemmelen ble lovfestet.⁹¹ Ettersom det er bestemmelsen og ikke regelen som anses som overflødig, antar jeg at regelen ble videreført i den generelle erstatningshjemmelen som nå er

⁸⁹ For betydningen for erstatning for negativ kontraktsinteresse se Krüger (2001) s. 297 og Bernt og Krüger (2002) s. 134–136. Innvirkningslæren etter direktivet fremstår som et supplement til forutsetningslæren som er lagt til grunn i Rt-1997-574 *Firesafe*.

⁹⁰ Direktiv 92/13/EØF artikkel 2 syvende ledd.

⁹¹ Ot.prp. nr.71(1997–1998) s.68 som fulgte utvalgets forslag i NOU: 1997:21 kap. 21 merknader til § 10. Direktivets krav ble imidlertid ikke ansett som oppfylt av generelle erstatningsregler før vedtakelsen av LOA (1992) jf. Ot. Prp. Nr. 97 (1991 -1992) s. 27 merknad til § 5.

LOA § 10. Selv om praksis viser at sjansetapsreguleringer i direktivet ikke har hatt særlig praktisk betydning i nordisk sammenheng,⁹² må LOA § 10 tolkes i tråd med presumsjonsprinsippet og en lojal tolkning av direktivet. For vurderinger av hvor stor en sjanse må være for å være reell, viser jeg til redegjørelsen av Underrettens praksis over, og forarbeidenes henvisning til at det skal avgjøres etter en konkret vurdering.⁹³

Vi kan dermed se at tapet av en reell sjanse for å vinne en konkurranse om en offentlig anskaffelse kan kompenseres med negativ kontraktsinteresse.

2.3.4 Klassisk sektor

Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren gjelder etter sitt virkeområde kun for tilbud som faller inn under forsyningsdirektivets anvendelsesområde.⁹⁴ Disse kontraktene utgjør bare en brøkdel av alle offentlige anskaffelser.

Det har blitt antydnet at direktivet kan anvendes analogisk også for klassisk sektor.⁹⁵ Samtidig uttrykte Kommisjonen i direktivforslaget at den tok høyde for særtrekk innenfor forsyningssektoren som ikke gjør seg gjeldende i klassisk sektor, særlig med tanke på den industrielle karakteren til aktørene innenfor forsyningssektoren.⁹⁶ Forhistorien taler dermed imot en analogisk anvendelse. Videre har EU-lovgiver åpenbart utelatt å gi tilsvarende bestemmelse for klassisk sektor ved vedtakelsen av endringsdirektivet.⁹⁷ Lovgiverviljen må derfor også være et moment som taler imot en analogisk anvendelse.⁹⁸ Etter mitt syn må vi da legge

⁹² Krüger (2001) pkt. 7 som viser til at det ikke er anvendt i noen publiserte saker i nordisk praksis. Bestemmelsen er heller ikke vist til ved noen saker om negativ kontraktsinteresse på lovdata.no (søkt 11.04.2018).

⁹³ Kap. 2.2.1.

⁹⁴ Etter direktiv 92/13/EØF art. 1 a) gjelder anvendelsesområdet forsyningssektoren som nå er angitt i direktiv 2014/25/EU art. 1 2).

⁹⁵ Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse til i sak C-568/08 *Combianatie Spijker* avsnitt 97 og Caranta i Fairgrieve og Lichere (2011) s. 171.

⁹⁶ COM (90) 297 final side 6.

⁹⁷ Direktiv 2007/66/EØF.

⁹⁸ Som Generaladvokat Cruz Villalón i sak C-568/08 avsnitt 95.

avgjørende vekt på at sjansetapsregelen i forsyningssektoren er et utslag av særlige behov. Sjanseregelen for forsyningssektoren kan derfor ikke anvendes tilsvarende for klassisk sektor.

Det fremstår likevel som noe paradoksalt om oppdragsgivere i forsyningssektoren skal holdes ansvarlig etter en strengere norm enn den som gjelder for oppdragsgivere i klassisk sektor. Dette spørsmålet behandles videre i punkt 3.1.2 hvor jeg reiser spørsmålet om reguleringen for forsyningssektoren må anses for å være en tilstrekkelig minimumserstatning for leverandører som har lidt et tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver i forsyningssektoren.

Høyesterett har imidlertid implisitt åpnet for at rene sjanser kan kompenseres med negativ kontraktsinteresse i *Firesafe*. Saken gjaldt erstatningskrav fra flere leverandører etter at Bergen kommune feilaktig hadde inngått kontrakt med en leverandør som ikke oppfylte kvalifikasjonskriteriene. Kommunen erkjente at de to leverandørene som hadde best pris i hver gruppe hadde krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse. Spørsmålet for Høyesterett var om også de øvrige deltakerne i konkurransen måtte tilkjennes erstatning for negativ kontraktsinteresse. Etter å ha funnet det klart at leverandørene ikke kunne fått kontrakten, og at erstatning må søkes på annet grunnlag, uttalte Høyesterett:

«Forutsetningen for at de kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse, vil derfor i tilfelle måtte være at de overhodet ikke ville ha inngitt anbud, dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med *Firesafe*.»

Leverandøren må etter dette bevise at forutsetningene for hans inngivelse av tilbud er endret på grunn av oppdragsgivers feil. Samtidig uttrykte Høyesterett at det ikke kan stilles strenge krav til bevis for en slik forutsetningsbrist. Det må være rimelig klart at leverandører som har mistet en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiveren vil kunne få erstatning for negativ kontraktsinteresse i klassisk sektor. *Firesafe* dreide seg om spørsmålet om også de som *ikke* hadde en reell sjanse til

å få kontrakten kunne tilkjennes erstatning. Det må være en naturlig konsekvens av at leverandører neppe ville inngitt tilbud dersom de visste at konkurransen var/ville bli beheftet med feil som medførte at de mistet en reell sjanse til å vinne konkurransen

En interessant uttalelse fra Høyesterett, er at «[d]et som er klart er at de anbydere som skulle ha fått entreprisen om ikke feilen var skjedd, har krav på erstatning, antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse». Høyesterett omtaler tilbydere i flertall, og kontrakten i entall, hvilket indikerer at to leverandører kan få erstatning «med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse» i en og samme sak. Det kan spørres om ikke dette er en tilkjenning av et prinsipp om sjansetapserstatning. Av lagmannsrettens dom fremgår det imidlertid at det er to anbudssaker, hvilket endrer forutsetningene for premisset.⁹⁹ Ettersom de konkurrerte om to separate kontrakter, er det klart at hver anbyder ville blitt valgt for sin separate kontrakt. I ettertid kan en tolkning om at to leverandører kan tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse uansett neppe opprettholdes, ettersom årsakskravet i *Nucleus* ikke åpner for at to leverandører kan tilkjennes erstatning i en og samme sak.¹⁰⁰

Rettspraksis tyder også på at årsaksregelen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren art. 2 syvende ledd blir konsumert av forutsetningstilnærmingen i *Firesafe*. Søk på lovdata viser at det er totalt fravær av rettspraksis som knytter seg til håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren art. 2 7).¹⁰¹

Bestemmelsen for forsyningssektoren kan med dette ikke anvendes analogisk for klassisk sektor. Slike tilfeller vil imidlertid bli fanget opp av hovedregelen for bevis av årsakssammenheng for negativ kontraktsinteresse som Høyesterett oppstilte i *Firesafe*.

⁹⁹ Gulating lagmannsretts dom av 20. februar 1996 (ikke publisert på lovdata) s. 2.

¹⁰⁰ Rt-2001-1079 *Nucleus*.

¹⁰¹ Ingen publiserte avgjørelser i norske domstoler per 14. april 2018.

2.4 Sammenfatning

Vi har nå sett at ulike grader av sjanse kan kompenseres økonomisk gjennom reglene om positiv og negativ kontraktsinteresse.

	Mindre enn reell sjanse	Reell sjanse		Kvalifisert sannsynlighetsovervekt for kontrakt	Ville blitt tildelt kontrakten
Positiv kontraktsinteresse				Kompenseres	Kompenseres
Negativ kontraktsinteresse		Klassisk sektor: Kompenseres gjennom <i>Firesafe</i>	Forsyningssektor: kompenseres etter direktivet		Kompenseres
Ytterligere kompensasjon av sjanse?	Neppe et problem	Klassisk: kompenseres med mer enn negativ kontraktsinteresse?	Forsyningssektor: Kompenseres med mer enn negativ kontraktsinteresse?		

De sterke reelle sjansene, som jeg mener blir kompensert med positiv kontraktsinteresse, kan ikke kompenseres ytterligere. Her er det allerede en overkompensasjon sammenliknet med Underrettens praksis. De reelle sjansene for øvrig kan kompenseres med negativ kontraktsinteresse. Her kan det oppstå underkompensasjon sammenliknet med Underrettens praksis, som antakelig åpner for å kompensere skader på sjanser ned i en størrelsesorden på 50 %, men her hefter det en betydelig grad av usikkerhet. For at slike sjanser oppfyller kravet til en reell og sikker skade, må skaden ha oppstått under omstendigheter hvor det ikke er særlig tvil om det videre hendelsesforløpet i konkurransen. Jeg behandler dette spørsmålet videre i kapittel 5 og særlig kapittel 5.5.3.

Spørsmålet er om de reelle sjansene som ikke er sterke nok til å bli kompensert med positiv kontraktsinteresse må kompenseres ytterligere gjennom en forholdsmessig utmåling av oppfyllelsesinteressen basert på hvor stor sjanse leverandøren hadde til å få kontrakten. For å kunne anvende en slik forholdsmessig tapsutmålingsregel, er den mest aktuelle løsningen å definere den reelle sjansen som en skade som nyter erstatningsrettslig vern.

3 Erstatningsrettslig relevant skade

3.1 Skadevilkårets innhold og betydning

Tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver etter en anbudskonkurranse er hittil ikke anerkjent som en skade i norsk rett. Det kom klart til uttrykk i *Fosen-linjen* hvor lagmannsretten uttrykte at det:

«Ikke [er] grunnlag for erstatning til Fosen-Linjen for tap av «reell mulighet». Instituttet er ukjent i Norge, og synes å ha beskjedent utbredelse i Europa, jf. imidlertid General Court's dom av 27. april 2016 [...]. En eventuell innføring av rettsinstituttet i Norge synes å være en lovgiveroppgave.»¹⁰²

Om en bestemt skade er erstatningsrettslig relevant må vurderes ut fra tre kriterier. Tilstedeværelse av et økonomisk tap, om skaden som har rammet en vernet interesse, og om den skadelidte kan utlede beskyttelse fra den vernede interessen.¹⁰³ Som Høyesterett ga uttrykk for i *Leiebil* vil erstatning for ikke-økonomiske interesser «ikke [kunne] kreves med mindre det foreligger en særskilt hjemmel for det».¹⁰⁴

¹⁰² LF-2015-187242 *Fosen-linjen*.

¹⁰³ Hagland og Wilhelmsen (2017) kap. 4 og Hagstrøm og Stenvik (2015) kap. 3 og Lødrup (2006) s. 34.

¹⁰⁴ Rt-1992-1469 *Leiebil*.

Skillet mellom økonomiske og ikke-økonomiske skader er uklart, og det vært gjenstand for mye teoretisk debatt.¹⁰⁵ Som et utgangspunkt kan vi legge til grunn at det med «økonomisk skade» menes en «reduksjon i skadelidtes formuesstilling».¹⁰⁶ Også skader på muligheter til å tilegne seg en formue, eller unngå formuestap, kan omfattes.¹⁰⁷

For tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver kan vi i alle fall slå fast at tilbudet i seg selv ikke innehar noe egen verdi. I motsetning til erstatning for negativ kontraktsinteresse er det ingen utgifter å dekke. I motsetning til krav om positiv kontraktsinteresse er det ingen kontrakt å oppfylle. Tilbudet får først en faktisk verdi for leverandøren dersom tilbudet blir antatt av oppdragsgiver, hvilket leverandøren ikke har maktet å bevise dersom erstatning for tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt blir aktuelt.

Videre finner jeg det relativt klart at leverandøren heller ikke har noen mulighet til å «konvertere» tapet av en reell mulighet til en økonomisk verdi.¹⁰⁸ Leverandøren kan ikke sies å ha en relevant skade ved at han kan sikre seg mot, eller reparere, tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver. Det finnes dermed ingen praktiske løsninger for tilbydere i en anbudskonkurranse til å forsikre seg mot, eller gjenopprette følgene av, leverandørens feil. Om slike løsninger likevel skulle eksistert, vil de fremstå som problematiske i lys av forbudet mot veddemålsforsikring, som kan lede til ugyldighet.¹⁰⁹

Tapet av sjansen til å inngå kontrakt med oppdragsgiver utgjør imidlertid en verdi som kan *evalueres*. Ut fra teoretiske konsepter av hva en «verdi» er, har det i internasjonal litteratur blitt fremholdt at muligheter for gevinst kan være en erstatningsrettslig relevant skade i seg selv.¹¹⁰ En forutsetning må være at skaden er mulig å konstatere og evaluere relativt

¹⁰⁵ For oversikt over skadebegrepet i juridisk litteratur se Koch (2010) kap. 4 og Stavang (2007) s. 45 flg.

¹⁰⁶ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 47.

¹⁰⁷ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 47 og Nygaard (2007) s. 787 til 799.

¹⁰⁸ At en slik «konvertering» vil fjerne skillet mellom økonomiske og ikke-økonomiske skader se: Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 495 og Stavang (2007) s. 33 flg.

¹⁰⁹ Bull og Wilhelmson s.142 med henvisninger til strl. Ikrl. § 12.

¹¹⁰ Schebesta (2016) s. 207 med henvisninger til Müller-Stoy og Möller.

presist. Det finnes økonomiske modeller som tar høyde for verdsetting av muligheter for fremtidig avkastning, og muliggjør en slik presis evaluering av sjanser i flere tilfeller. En slik mulighet for økonomisk evaluering kan være tilstrekkelig for at det foreligger et økonomisk tap.¹¹¹ Her må det imidlertid være bevissthet rundt hvilket tidspunkt evalueringen knytter seg til. Som vist tidligere i oppgaven, er det ikke en evaluering av sjansen på tidspunktet da feilen ble begått som er relevant innenfor det EØS-rettslige skadebegrepet. Det er derimot sjansen leverandøren ville hatt etter konkurransen hadde blitt gjennomført uten feil.¹¹² En slik evaluering vil forutsette en vurdering av psykologisk kausalitet, som ikke kan fastslås presist etter rent økonomiske beregninger. Om en slik evaluering er tilstrekkelig for å anse en skade som erstatningsrettslig relevant i norsk rett, er høyst uklart.

Høyesterett har ikke behandlet spørsmålet direkte, men berørt tilgrensende spørsmål som kan illustrere den erstatningsrettslige relevansen av rene sjanser i en anbudskonkurranse. I *Leiebil*, nevnt ovenfor, var spørsmålet om en bileier kunne få erstattet kostnadene knyttet til leie av en bil til ferieformål. Ferieformålet var åpenbart en ikke-økonomisk interesse. Høyesterett kom likevel til at leiebilen kunne anses for å dekke utgiftene skadelidte pådro seg ved å opprettholde de transportmulighetene eierskapet til en bil medfører. En mulig analogi til erstatning for tapte muligheter i en anbudskonkurranse kan være at leverandører pådrar seg kostnader for å skaffe seg en sjanse til å vinne anbudskonkurransen. En slik analogi er likevel ikke treffende ettersom dommen hviler på en forutsetning om at bilen kan utnyttes av skadelidte, og gir faktiske muligheter. Sjansene i en anbudskonkurranse kan ikke utnyttes av skadelidte selv, og mulighetene er langt mer hypotetiske. Også de to tippedommene kan være betydning. I *Tippedommen*,¹¹³ tilkjente Høyesterett erstatning for gevinster fra tipping på et travløp etter at tippekupongen ble

¹¹¹ Økonomiske betraktninger vært rådende for den juridiske oppfatningen av «økonomisk tap», se Stavang (2016) s. 45 flg.

¹¹² Se kap. 2.2.3.

¹¹³ Rt-1955-1132 *Tippedommen*.

levert til kommisjonær for tippeselskapet. I *Rikstoto*¹¹⁴ løste Høyesterett spørsmålet om gevinster fra veddeløp nyter erstatningsrettslige vern etter en interessevernsvurdering, i et tilfelle hvor spilleren var forhindret fra å inngå veddemålet. Begge fremgangsmåter forutsetter at gevinster er økonomiske skader i rettslig forstand. Forutsetningen må likevel sees i lys av at Høyesterett i begge tilfeller vurderte tapet av gevinster som definitivt ville tilfalt skadelidte. En analogi fra disse avgjørelsene vil dermed være mer treffende for leverandørens tap av kontrakten som åpenbart nyter et erstatningsrettslig vern i norsk rett.¹¹⁵ Praksis fra Høyesterett kan med dette ikke tas til inntekt for et synspunkt om at rene sjanser til å vinne en anbudskonkurranse er en erstatningsrettslig relevant skade. Lagmannsretten la tilsynelatende et slikt synspunkt til grunn i *Fosen-linjen*, hvor den uttalte at det:

«Ikke [er] grunnlag for erstatning til Fosen-Linjen for tap av «reell mulighet». Instituttet er ukjent i Norge, og synes å ha beskjeden utbredelse i Europa, jf. imidlertid General Court's dom av 27. april 2016 [...]. En eventuell innføring av rettsinstituttet i Norge synes å være en lovgiveroppgive.»¹¹⁶

Uttalen kan tolkes i lys av at ikke-økonomiske skader krever hjemmel for å kunne kreves erstattet, og at lagmannsretten henviser til hjemmelskravet når den overlater spørsmålet til lovgiver.

Videre kan det nevnes at Underretten har uttalt at tap av sjanser på økonomisk gevinst er en form for ikke-økonomiske skader. Det fremgår uttrykkelig av *Farrugia mot Kommisjonen* som omhandlet en medisinstudent som søkte Kommisjonen om et forskningsstipend i forbindelse med et studieopphold i Storbritannia.¹¹⁷ Ettersom uttalelsene er knyttet til EU-rettens egne skadebegrep, og at skaden er en annen interesse enn

¹¹⁴ Rt-2007-425 *Rikstoto*.

¹¹⁵ En analogi som ble forsøkt presentert i Rt-2007-425 *Rikstoto*. Se Hjelmeng (2007) for en nærmere vurdering av dommen.

¹¹⁶ LF-2015-187242 *Fosen-linjen*.

¹¹⁷ T-230/94 *Farrugia mot Kommisjonen* avsnitt 44.

sjansen til å nå frem i en anbudskonkurranse, tillegges ikke uttalelsene nevneverdig vekt.

Konklusjonen er at en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver i en anbudskonkurranse er en ikke-økonomisk skade. Det kreves dermed hjemmel for at et slikt tap kan kreves dekket. Hjemmelen må i så fall følge av LOA § 10 som implementerer håndhevelsesdirektivene. I tråd med presumsjonsprinsippet må det være mulig å få erstattet sjanser til å nå opp i en anbudskonkurranse dersom håndhevelsesdirektivene krever at en slik erstatningsform skal være tilgjengelig.¹¹⁸

Ettersom det er noe usikkerhet knyttet jeg en kort kommentar til den rettslige situasjonen forutsatt at tapet av en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiveren er en ikke-økonomisk skade. Sjanse-tapet vil i så fall være en ren formueskade som må underlegges en interessevernsvurdering for å kunne erstattes. Også denne vurderingen må foretas i lys av håndhevelsesdirektivets krav.¹¹⁹ Det er kun dersom tapet er økonomisk, men ikke må innføres for å opprettholde forpliktelsene etter håndhevelsesdirektivene, at det kan tenkes at norsk rett går lengre etter en interessevernsvurdering.¹²⁰

3.2 Skadebegrep etter direktivene

3.2.1 Erstatningshjemmelen i håndhevelsesdirektivene

Håndhevelsesdirektivene krever at det skal være mulig å oppnå erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene jf. Direktiv 1989/665/EØF art. 2 (1):

«Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til: c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.»¹²¹

¹¹⁸ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 495 og Monsen (2010) siste kapittel for betydningen av EØS-retten på norsk erstatningsrett.

¹¹⁹ En tredje variant kan være å tolke grensen mellom økonomiske eller ikke-økonomiske tap i lys av EØS-rettslige forpliktelser.

¹²⁰ For en redegjørelse for interessevern se Hjelmeng (2007).

¹²¹ Direktiv 1989/665/EØF art. 2 (1) og nærmest identisk i direktiv 1992/13/EØF art. 2 d).

Ordlyden i spesifiserer verken hvilke krav som stilles til den aktuelle skadeserstatning, eller hva som skal utgjøre et tap. EU-domstolen fikk forelagt spørsmålet om hvilke skader håndhevelsesdirektivet verner i *Combinatie Spijker* og uttalte:

«Artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 angiver klart, at medlemsstatene skal fastsætte muligheden for at tilkende skadeserstatning i tilfælde af tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser, men indeholder ingen præcisering hverken hvad angår betingelserne for at anse en ordregivende myndighed for ansvarlig, eller for så vidt angår fastsættelsen af størrelsen af den erstatning, som kan pålægges.»¹²²(min understreking)

Vi kan dermed legge til grunn at direktivet heller ikke implisitt krever annet enn at erstatning skal være en tilgjengelig beføyelse. At ordlyden er åpen er likevel ikke ensbetydende med at medlemsstatene står fritt til å regulere. Medlemsstatene må sikre leverandøren en effektiv rettighetsbeskyttelse, og ivareta prinsippene om effektivitet og ekvivalens. EU-domstolen konkretiserte hva som ligger i de grunnleggende forpliktelsene når den slo fast at offentlige oppdragsgivere er ansvarlige etter samme prinsipper som medlemsstatene er etter prinsippet om medlemsstatenes erstatningsansvar etter brudd på EU-retten.¹²³

«Bestemmelsen udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten. I henhold til retspraksis udviklet efter vedtagelsen af direktiv 89/665, men nu fast, er dette princip knæsat i Unionens retsorden.»¹²⁴ (mine understrekinger).

¹²² C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86.

¹²³ Se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s. 174 som viser at henvisningen til medlemsstatenes erstatningsansvar etter brudd på EU-retten er en konkretisering av føringene som ligger i effektivitetsprinsippet.

¹²⁴ C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 87.

Til tross for at andre avgjørelser fra EU/EFTA-domstolen vurderer ansvarsgrunnlag etter en tilnærming som kan så noe tvil om statsansvarets anvendelse for vurdering av ansvarsgrunnlag,¹²⁵ kan det ikke være tvil om at skadebegrepet må vurderes med utgangspunkt i statsansvaret.¹²⁶

3.2.2 Anskaffelsesrettens system

Som vi har sett gir ikke en isolert ordlydsfortolkning av «skadeserstatning» holdepunkter for at direktivet oppstiller et særskilt erstatningsrettslig vern for leverandørens reelle sjanser til å nå opp i en anbudskonkurranse. I fravær av nærmere regulering er det opp til medlemsstatene selv å finne tilstrekkelige effektive erstatningsordninger. Før den vurderingen foretas generelt, skal jeg avklare om systembetraktninger tilsier at erstatning for rene sjanser må kunne kreves erstattet etter håndhevelsesdirektivet.

Anskaffelsesdirektivenes reguleringer av fremgangsmåten for gjennomføringen av en anskaffelseskonkurranse berører naturlig nok leverandørers sjanser til å nå opp i den enkelte anbudskonkurransen. Regler om kunngjøring bidrar til at alle aktuelle leverandører skal få en sjanse til å delta.¹²⁷ De grunnleggende kravene til oppdragsgivers gjennomføring, kravet til transparens, likbehandling og proporsjonalitet,¹²⁸ kan sees som utslag av en tanke om at leverandørers sjanser ikke skal forspilles på grunn av ulovlige beslutninger. I tillegg vil flere konkrete regler åpenbart fungere som et vern av leverandørers sjanser i konkurransen. Et eksempel er kravet om at tildelingskriterier må «gøre det muligst at foretage en sammenlignende vurdering af de enkelte tilbud».¹²⁹ Med dette kan anskaffelsesdirektivene sies å bygge på en forutsetning om at

¹²⁵ Se C-314/09 *Strabag* omtalt av Fredriksen (2010) og E-16/16 *Fosen-Linjen* som begge blir gjennomgått i kapittel 5. De problematiske aspektene omhandlet ansvarsgrunnlag.

¹²⁶ Som også må være løsningen for vurdering av ansvarsgrunnlag. Se Arnesen/Haukeland (2018), Sanchez-Graells (2018) og LF-2015-187242 *Fosen-Linjen*. Alle omtalt nærmere i kapittel 4.

¹²⁷ Direktiv 2014/24/EU art. 48 til 55.

¹²⁸ Direktiv 2014/24/EU art. 18.

¹²⁹ Direktiv 2014/24/EU fortalens betraktning nr. 92. Vilkåret fremgår av art. 67 (2).

leverandørene skal få en rettferdig og forutberegnelighet behandling, som sørger for at deres sjanser i konkurransen blir ivaretatt.

Rene sjanser i anbudskonkurranser er uttrykkelig nevnt i håndhevelsesdirektivene. I forsyningssektoren er det som nevnt en minimumserstatning på negativ kontraktsinteresse dersom en reell sjanse til å inngå kontrakt blir forminsket som følge av oppdragsgivers feil.¹³⁰ Samtidig er det i begge sektorer et alternativt grunnlag for å kjenne kontrakten uten virkning dersom (1) anskaffelsesreglene er brutt (2) kravene om oppsettende virkning eller kravet til karenperiode er brutt,¹³¹ (3) leverandøren har mistet muligheten til å foreta rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse som følge av at kravet til karenperiode eller oppsettende virkning ikke er overholdt og (4) «denne overtrædelse har påvirket mulighetene for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager» (min understrekning).¹³² På den ene siden vil anvendelse av sjanse som et vilkår for en beføyelse kunne tas til inntekt for at rene sjanser nyter et særegent vern i håndhevelsesdirektivene. På den andre siden er vilkåret om at leverandørens sjanser må forminskes kun ett av flere kumulative vilkår i begge sammenhenger. Vernet av leverandørens sjanser i anbudskonkurransen er dermed ikke absolutt.

Et annet aspekt av håndhevelsesreglene er at de rent faktisk vil beskytte leverandørens sjanser i anbudskonkurransen ved å gjenopprette konkurransesituasjonen.¹³³ Leverandøren kan konkurrere videre i samme konkurranse, og dermed langt på vei anses for å ha bevart sjansene sine, dersom oppdragsgiver eller et klageorgan retter feilen underveis i konkurransen.

At rene sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver nyter en form for beskyttelse gjennom anskaffelsesdirektivene og håndhevelsesdirektivene fremstår etter dette som relativt klart. Mer usikkert er det

¹³⁰ Direktiv 1992/13/EF art. 2 nr. 7 omtalt i kap. 2.3.3 og vil bli behandlet videre i kap. 3.2.3.

¹³¹ Artikkel 1(5), 2 (3) eller 2a (2) i begge håndhevelsesdirektivene jf. Endringsdirektiv 2007/66/EØF

¹³² Direktiv 1989/665/EØF art. 2d (1) b) og direktiv 1992/13/EØF art. 2d (1) b).

¹³³ Det var påpekt som en av motivasjonene bak direktiv 2007/66/EF å sikre bedre inngrepsmuligheter før kontrakten inngås jf. fortalens betraktning nr. 3.

om tilsvarende sjanser nyter erstatningsrettslig vern etter en tolkning av erstatningshjemmelen i konteksten av anskaffelsessystemet som en helhet.¹³⁴

Et mulig synspunkt er at erstatningsreglene nødvendigvis må verne leverandørers rene sjanser dersom erstatning skal kunne utgjøre et praktisk alternativ til håndhevelsesdirektivenes øvrige beføyelser. Erstatning er en nødvendig beføyelse når det ikke er mulig å rette feilen. Når skadelidte da skal stilles som om feilen ikke inntraff, kan det være nærliggende å se hen til at leverandøren rent faktisk ikke hadde noe annet enn en sjanse til å vinne konkurransen, fremfor negativ eller positiv kontraktsinteresse. Både i *Strabag* og *Fosen-linjen* argumenter henholdsvis EU- og EFTA-domstolen med at leverandørens muligheter til å oppnå erstatning skal samsvare med vilkårene for de øvrige beføelsene i håndhevelsesdirektivene.¹³⁵

En slik systemfortolkning må likevel sees i lys av at erstatningsretten også utgjør et system. I erstatningssystemet, som i motsetning til håndhevelsessystemet for brudd på anskaffelsesregelverket, har lange tradisjoner, finnes systembetraktninger som ikke uten videre åpner for anvendelse av sjanser som en vernet interesse.¹³⁶ For det første står anvendelsen av sjansetapserstatning i et problematisk forhold til det grunnleggende kravet til kausalitet, som langt på vei vil miste sitt innhold dersom rene sjanser nyter et erstatningsrettslig vern. For det andre fremstår det som problematisk i lys av det grunnleggende kravet til full reparasjon. For det tredje vil en slik forholdsmessig tapsutmåling skape problemer knyttet til oppfatninger av hva et riktig resultat er, og hvordan det kan bevises for domstolene. For illustrasjon kan vi se at systemer som bygger på overvektsprinsippet er tanken at domstolene over tid skal treffe flest mulige materielt sett riktige avgjørelser. Erstatning basert på at sjanser er en vernet interesse vil derimot kunne skape en mer nyansert, og

¹³⁴ Se Arrowsmith (2013/2) s. 5 som anser spørsmålet som uavklart.

¹³⁵ C-319/09 *Strabag* avsnitt 39 og E-16/16 *Fosen-Linjen* avsnitt 75.

¹³⁶ Se Schebesta (2016) s. 218 for en presentasjon av de tradisjonelle innvendingene mot sjansetapserstatning som dette avsnittet bygger på.

muligens mer rimelig, erstatning i den enkelte sak.¹³⁷ For å komme unna systemkonflikten med erstatningsretten kan det anføres at skadebegrepet er normerende for de erstatningsrettslige vurderingene av kausalitet og tapsutmåling, samt spørsmålet om hva som skal bevises. Ettersom sjansetapserstatning uansett bygger på den endelige kontraktsverdien, fremstår ikke en omdefinering av skadebegrepet som noen reell avhjelp mot de systematiske problemene som oppstår.¹³⁸

Først kan det stilles spørsmål ved om det i det hele tatt er en «konflikt» mellom systemene. Det er åpenbart at anskaffelsesretten beskytter leverandørenes sjanser både i konkurransen og gjennom håndhevelsesreglene. Men om dette er et eget mål i seg selv, eller bare en konsekvens av at leverandørene skal bli møtt av rettferdige prosesser med likebehandling og etterprøvarhet, er ikke klart. Av den grunn er det mindre nærliggende å legge til grunn et synspunkt om at anskaffelsesretten har et særegent sjansevern, når det vel så mye kan være utslag av at relativt generelle prinsipper anvendt i en konkurransesituasjon medfører at leverandørens sjanser i konkurransen nyter et faktisk vern.

Uansett må en eventuell konflikt antakelig løses ved at erstatningsreglene kjerneinnhold er uberørte av anskaffelsessystemet. Dersom det vernet av sjanser som anskaffelsesreglene bygger på skulle fått direkte betydning for erstatningsreglene etter håndhevelsesdirektivene må det være nærliggende å forvente at en slik regulering hadde blitt formulert i erstatningshjemmelen i direktivet. Dette blir berørt nærmere i de to neste delkapitlene.

Systembetraktninger kan etter dette ikke medføre at leverandørens tap av muligheten til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver der tapet skuldes oppdragsgivers forhold er en erstatningsrettslig relevant skade etter direktivet. Dette må gjelde uavhengig av om man vurderer det som et spørsmål om kontekstuell fortolkning av direktivteksten, eller som et spørsmål om virkningen av kravet til effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse.

¹³⁷ Simonsen (1997) s. 828 og 829.

¹³⁸ Som Simonsen (1997) s. 830 om overvektsprinsippet sammenliknet med den bevismessige sannsynlighetsvurderingen som oppstår ved anvendelsen av sjansetapserstatning.

3.2.3 Regulering av sjanser i forsyningssektoren¹³⁹

Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren gir leverandører krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse dersom de har tapt en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver.¹⁴⁰ Spørsmålet er om bestemmelsen er en uttømmende regulering av hvilken økonomisk kompensasjon en leverandør kan få dersom han har tapt en reell sjanse til å inngå kontrakt i en anbudskonkurranse. I så fall tjener bestemmelsen som et hinder mot at disse sjansene kompenseres på andre måter enn gjennom erstatning for tapte utgifter.¹⁴¹ Bestemmelsen lyder:

«Når en person fremsætter et krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, skal vedkommende alene bevise, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen»¹⁴²(mine understreknings).

Etter direktivets ordlyd skal tilbydere kunne få erstattet tapte utgifter dersom de kan bevise at de hadde en reell sjanse til å få tildelt kontrakten og at sjansen ble redusert som følge av oppdragsgivers feil. Bestemmelsen er en særregel om årsakssammenheng mellom oppdragsgivers feil og tapte utgifter.¹⁴³ Den gir åpenbart en hjemmel for kompensasjon av reelle sjanser til å bli tildelt kontrakt. Mindre klart er det om den utelukker at

¹³⁹ Som allerede vist i pkt. 3.2.4 kan bestemmelsen ikke anvendes analogisk for klassisk sektor.

¹⁴⁰ For en generell fremstilling av bestemmelsen se Schebesta (2016) s. 53.

¹⁴¹ Spørsmålsstillingen har en parallell i spørsmålet Krüger (2001) stiller i pkt. 7: «Skal den særlig bevisregel om "sjansetap" i Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren Art. 2.7. leses som en sui generis uttømmende og dermed indirekte ekskluderende kompromissregel om bevistema ved slikt tap – eller gjelder det et tilbygg til en underforstått felles hovedregel som i klassisk sektor og på forsyningsområdet er sammenfallende» som forstås som et spørsmål om direktivteksten er til hinder for å verne tapet av de omfattede utgiftene på andre måter. Han anser spørsmålet som «uavklart».

¹⁴² Direktiv 1992/13/EØF art. 2 7).

¹⁴³ Bernt og Krüger (2002) og behandler bestemmelsen på s. 134 og 135.

reelle muligheter til å inngå kontrakt kompenseres gjennom enn høyere erstatningsutmåling.

Om bestemmelsen er til hinder for at reelle sjanser til å bli tildelt kontrakt kan kompenseres på andre måter, må besvares ut fra bestemmelsens formål. Fra andre sektorer ser vi eksempler på at det er oppstilt uttrykkelige forbud mot overkompensasjon.¹⁴⁴ Ordlyden i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren gir klart nok ikke uttrykk for et slikt forbud.¹⁴⁵ I direktivets fortale blir det tvert om trukket frem at tilbyderer *ikke* skal trenge å bevise at han ville fått kontrakten for å få kompensert utgiftene som har påløpt ved utformingen av tilbudet, hvilket klart tyder på at hensikten har vært å etablere en minimumserstatning.¹⁴⁶ Av direktivets forhistorie kan vi se at Kommisjonen foreslo en minstesum på 5 % av kontraktsverdien,¹⁴⁷ som ikke ble inntatt i direktivteksten. Harmoniseringsforslaget kan likevel ses som et uttrykk for et behov for å oppstille en minimumserstatning som ikke utelukker en høyere kompensasjon.

En annen grunn til at bestemmelsen ikke uttømmende regulerer de sjansene som er aktuelle å verne gjennom sjansetapsregelen kan være at årsakskravene er ulike. For erstatning for tap av reell sjanse til å inngå kontrakt etter en ren sjansetapsregel, er det klart at leverandøren må ha mistet en reell sjanse til å inngå kontrakt. Etter direktivteksten i forsyningssektoren er det mindre klart. Utrykket «forspildt», som blir anvendt i den danske språkversjonen, indikerer at hele sjansen må ha gått tapt. Motsatt fra engelsk språkversjon, som oppstiller et vilkår om at sjansen blir «adversely affected», hvilket tyder på at enhver negativ innvirkning er tilstrekkelig. Samme meningsinnhold kommer til uttrykk i den tyske språkversjonen hvor det fremgår at sjansen må ha blitt «beeinträchtigt» («nedsatt»). Spørsmålet er uklart, men direktivteksten ser ut til å gi uttrykk

¹⁴⁴ Eksempelvis i direktiv 2014/104/EU art. 3 3) behandlet i Hjelmeng/Ørstavik/Østerud (2014).

¹⁴⁵ I motsetning til direktiv 2014/104/EU art. 3 3) hvor det fremgår at «this Directive shall not lead to overcompensation». Grensen for overkompensasjon må antakeligvis bedømmes ut fra reglene om statsstøtte jf. EØS-avtalen art. 61 nr. 1, som denne oppgaven er avgrenset mot.

¹⁴⁶ Unummerert betraktning nr. 12.

¹⁴⁷ Som kom særlig tydelig frem i forslaget COM (90) 297 final hvor det ble forslått at erstatningen minst skulle tilsvare 5 % av kontraktssummen jf. art 2 (2) 7) siste setning.

for at leverandøren ikke trenger å bevise tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt, men kun at han hadde en reell sjanse og at denne ble redusert.¹⁴⁸

Håndhevelsesregelen gir dermed ingen uttømmende regulering av kompensasjon for tapte sjanser til å inngå kontrakt.¹⁴⁹ Det grunnleggende utgangspunktet om at medlemsstatene regulerer selv i innenfor rammene av effektivitetsprinsippet, må dermed komme til anvendelse til tross for regelen i håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor.¹⁵⁰ Når spørsmålet siden blir om en ytterligere kompensasjon kan kreves i medhold av effektivitetsprinsippet og kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse, må det ses i lys av at EU-lovgiver har satt et minstenivå av kompensasjon for tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver. Når de reelle sjansene må kompenseres med sjansetapserstatning må lovgiverviljen ha vært at tap av reelle sjanser ikke *må* kompenseres ytterligere.

Slutningen at erstatning for negativ kontraktsinteresse ved tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt er en minimumskompensasjon som gir utrykk for et tilstrekkelig effektivt erstatningsregel etter EØS-retten gjelder kun for forsyningssektoren. Som vi så i kapittel 2.3.3 har det neppe vært EU-lovgivers vilje å gi samme regulering i klassisk sektor. I forsyningssektoren er prosedyrereglene mindre omfattende, og det er en større grad av fleksibilitet for oppdragsgivere.¹⁵¹ Anskaffelsesdirektivet for forsyningssektoren gjelder en videre krets private aktører som opptrer med konsesjon,¹⁵² og terskelverdiene er noe høyere.¹⁵³ Særpreget for forsyningssektoren er tilsynelatende at aktivitetene til oppdragsgiver er mer konkurranseorientert sammenliknet med alminnelig virksomhet i stat og kommune.¹⁵⁴ At oppdragsgivere i forsyningssektoren skal holdes ansvarlig etter strengere krav gir altså lite mening. Det er med dette i overenstemmelse med sektorinndelingen at den negative kontraktsinteressen

¹⁴⁸ For samme se Simonsen (1997) s. 859.

¹⁴⁹ For samme konklusjon vedrørende spørsmål om utgiftene kan kompenseres på annen måte se Krüger (2001) pkt. 7.

¹⁵⁰ Se C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 90 og C 314/09 *Strabag* avsnitt 33.

¹⁵¹ NOU 1997:21 pkt. 16.4.

¹⁵² Sammenlikn direktiv 2014/24/EU art. 2 (1) med direktiv 2014/25/EU art. 4.

¹⁵³ Sammenlikn direktiv 2014/24/EU art. 4 med direktiv 2014/25/EU art. 15.

¹⁵⁴ Se aktiviteten i direktiv 2014/25/EU art. 8 til 14.

kan være en tilstrekkelig minimumskompensasjon i forsyningssektoren samtidig som det kan kreves en høyere kompensasjon for feil i klassisk sektor.

Konklusjonen er med dette at EØS-retten ikke stiller krav om at anbudsfeil i forsyningssektoren kompenseres med mer enn negativ kontraktsinteresse der leverandøren har tapt en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver som følge av hans feil. For anskaffelser i klassisk sektor kan det ikke utelukkes at EØS-retten stiller krav om at tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver må kompenseres med mer enn erstatning for negativ kontraktsinteresse. De videre drøftelsene knytter seg kun til klassisk sektor.

3.2.4 Harmoniseringsforsøk

Det andre forholdet ved direktivet som kan påvirke vernet av tap av sjanser til å bli innstilt som vinner i en anbudskonkurranse, finner vi Kommisjonens forsøk på å harmonisere ulike skadetyper leverandøren kan få erstattet etter oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene:

«Den kompetente administrative myndighed eller domstol kan bl.a. træffe følgende afgørelser: ...annullere ulovlige afgørelser og tilkende den krænkede virksomhed skadeserstatning for omkostningerne ved overflødige undersøgelser, tabt vinding eller spildte muligheder.» (min understreking)¹⁵⁵

Om forslaget hadde blitt vedtatt hadde oppdragsgiverne hatt en plikt til å erstatte leverandørens tap av sjanser til å bli innstilt i anbudskonkurranser.

Den uttrykkelige reguleringen av sjansetapserstatning ble ikke videreført i senere forslag fra Kommisjonen. Bakgrunnen for at reguleringen av skadeformene ble fjernet fra direktivforslaget, ser ut til å være uttalelser fra den økonomiske og sosiale komitéen som mente at

¹⁵⁵ COM (87) forslag til artikkel 1 tredje ledd tredje strekpunkt sammenholdt med første ledd.

sjansetapet var for vagt og generelt for å hjemle erstatning.¹⁵⁶ Til tross for at Kommisjonen i forbindelse med håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor fremholdt at det er et behov for å harmonisere reglene for tap ut over negativ kontraktsinteresse,¹⁵⁷ har det ikke blitt gjort nye forsøk på å regulere sjansetap som en egen skadeform siden 1987. Dette må sees i sammenheng med at endringsdirektivets formål var å øke graden av tvisteløsning før kontraktsinngåelse og å innføre nye sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser.¹⁵⁸ Endringene har altså gått i retning av å styrke de sanksjonene som kan få kontrakten tilbake på markedet, ikke å styrke leverandørenes mulighet til å få erstatning.

I tråd med EU-domstolens praksis knyttet til bruk av forarbeider, må vi slutte at EU-lovgiver ikke har hatt til hensikt å etablere et særskilt vern av ulike skadekategorier eksplisitt i direktivet.¹⁵⁹ Verken særreglene i forsyningssektoren eller Kommisjonens harmoniseringsforsøk er til direkte til hinder, eller krever, at medlemsstatene har en plikt kompensere tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med en sjansetapsersstatning. Begge kilder synes å peke på et behov for sjansetapsvern etter brudd på anskaffelsesregelverket. Spørsmålet er dermed om effektivitets- og ekvivalensprinsippet eller kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse krever at nasjonal rett skal anerkjenne sjansetapet som en erstatningsrettslig relevant skade ved brudd på anskaffelsesreglene.

¹⁵⁶ JOIN (87) 347/23 pkt. 3.1.1.

¹⁵⁷ COM (90) 297 final side 8 pkt. 16 og side 14 pkt. 31. Hvor Kommisjonen også la inn et forslag om et minstebeløp på 1 % av kontraktssummen dersom erstatning for tapte kostnader ikke ga høyere beløp i artikkel 2 syvende ledd i COM (90) 297 final side 29. Kommisjonen videreførte ikke forslaget av ukjente grunner jf. COM (91) 158 SYN artikkel 2 syvende ledd.

¹⁵⁸ Direktiv 2007/66/EØF betraktning 3. Se også Prop. 51 L (2015–2016) s. 16.

¹⁵⁹ EU-domstolen i storkammer i de forente sakene C-360/15 og C-31/16 *Visser* avsnitt 108. Lignende i sak C-628/13 *Lafonta* avsnitt 37.

3.3 Sjansetap etter prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse

3.3.1 Utgangspunktet for vurderingen

Som vist i *Combinatie Spijker* har både EU-lovgiver og EU-domstolen overlatt spørsmålet om hvilke skader som skal nyte erstatningsrettslig vern til medlemsstatenes prosessuelle autonomi.¹⁶⁰ «Prosess» i denne sammenheng må ikke forveksles med den nasjonale forståelsen av prosessrett som forstås langt snevrere enn begrepet i EU-retten.¹⁶¹ Den prosessuelle autonomien omfatter ganske klart de materielle vilkårene for å kunne tilkjennes erstatning dersom det ikke foreligger nærmere EU-rettslig regulering. At spørsmålet i utgangspunktet er overlatt til medlemsstatenes prosessautonomi kan neppe forstås som at medlemsstatene har eksklusiv kompetanse til å regulere spørsmålet.¹⁶² Utrykket prosessuell autonomi må snarere forstås som en merkelapp på et resultat hvor EU/EØS-retten ikke griper inn i de nasjonale reguleringene.

Leverandører kan vise til flere grunnleggende prinsipper som kan medføre at medlemsstaten må anerkjenne tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt som en erstatningsrettslig relevant skade.¹⁶³ Ekvivalensprinsippet medfører at prosessreglene må behandle tvister med om materiell EØS-rett minst like gunstig som tvister om rent nasjonale reguleringer. Effektivitetsprinsippet medfører at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gjøre EØS-rettslige krav gjeldende i nasjonale domstoler.

¹⁶⁰ C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86 og 87.

¹⁶¹ Om forståelsen av det prosessuelle område i norsk rett se Skoghøy (2017) s. 6. Definisjonen av rettsområde er åpenbart snevrere enn i EU/EØS-retten se Wilman (2015) s. 26 note 4.

¹⁶² Diskusjonen er tatt opp av Kakouris (1997), Prechal (1998). I anskaffelsesrettslig sammenheng se Schebesta (2016) s.40 til 43 hvor hun oppsummerer prinsippets bakgrunn og status i juridisk teori.

¹⁶³ Se Junge (2017) s. 2 og 3 og Ellingsen (2018) kap. 3.

Leverandøren har en grunnleggende til effektiv rettighetsbeskyttelse.¹⁶⁴ Rettigheten gir borgere en tilgang til kompetente domstoler,¹⁶⁵ hvor prosessen er effektiv og betryggende,¹⁶⁶ og reaksjonene ved brudd er tilstrekkelige.¹⁶⁷ Om reaksjonen på bruddet er tilstrekkelig må vurderes ut fra en funksjonell tilnærming,¹⁶⁸ og det er virkningen av de nasjonale reguleringsreguleringene som må underlegges kontroll.

I *Brasserie du Pêcheur* slo EU-domstolen fast at kompensasjon i form av positiv kontraktsinteresse må være en mulig erstatningsform i nasjonale domstoler for brudd på EU-retten.¹⁶⁹ EU-domstolen begrunnet i at skadelidte må sikres en effektiv beskyttelse av sine rettigheter.¹⁷⁰ EU-domstolen har uttrykt at skadelidtes erstatning for brudd på EU-retten må stå i et «passende forhold» til tapet.¹⁷¹ Det kan reises spørsmål om uttalelsene oppstiller noen ytterligere forpliktelser for medlemsstatene, enn å ikke avkorte erstatning når den først finner at vilkårene for erstatning er oppfylt. Det må i så fall være fordi EU-domstolens krav om «passende» erstatning henviser til et EU-rettslig skadebegrep.

Spørsmålet er hvilket referansepunkt EU-domstolen har når den undersøker om skadelidte er sikret en adekvat erstatning for sitt lidte tap. Haukeland Fredriksen skriver at det ikke kan være medlemsstatenes egne skadebegrep som er utgangspunktet for vurderingen av om skaden blir tilstrekkelig kompensert:

¹⁶⁴ Prinsippet er nedfelt i charteret art. 47. For anvendelsen i norsk rett se Monsen (2006) pkt. 3.3 og Haukeland Fredriksen (2013/2). For en redegjørelse av prinsippets innhold og rekkevidde se Ellingsen (2018) s. 59 med videre henvisninger, Póltorak (2015) s. 323 flg. og Schebesta (2016) s. 40.

¹⁶⁵ C-222/84 *Johnston* avsnitt avsnitt 19.

¹⁶⁶ Eks. C-222/84 *Johnston* avsnitt 19 og C-276/01 *Steffensen*.

¹⁶⁷ Eks. C-14/83 *Von Colson*.

¹⁶⁸ Ellingsen (2018) s. 57 med henvisning til C-14/83 *Von Colson* avsnitt 28.

¹⁶⁹ Forete saker C-46/93 og 48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 90.

¹⁷⁰ Forete saker C-46/93 og 48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 83.

¹⁷¹ Forete saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 82 og C-261/95 *Palmisani* avsnitt 35. I engelsk språkdrakt blir uttrykkene «adequate» «commensurate» eller «full» anvendt. For en redegjørelse av forståelsen av de ulike formuleringene se Havu (2018).

«Under EU-domstolens vurdering av om den nasjonale forståelsen av vilkåret er i overenstemmelse med effektivitetsprinsippet, ligger derfor forutsetningsvis et autonomt EU-rettslig skadebegrep: Det er skade som anerkjennes som erstatningsrettslig relevant av EU-retten, som effektivitetsprinsippet krever at nasjonal erstatningsrett ikke gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å få erstattet. Etter min oppfatning må EU-domstolen derfor i realiteten forstås dit hen at det som overlates til nasjonal rett, bare er kriteriene for erstatningsutmålingen, ikke det underliggende spørsmål om hva som utgjør erstatningsrettslig relevant skade.»¹⁷²

Dette er jeg enig i. Den EØS-rettslige forpliktelsen til å kompensere leverandørens reelle sjanser til å bli innstilt i en anbudskonkurranse må bestemmes ut fra det EØS-rettslige skadebegrepet. Det er ikke inngå i noen nærmere diskutere det generelle innholdet i EØS-rettens skadebegrep i denne fremstillingen. Underretten operer åpenbart med reelle sjanser til å bli innstilt i en anbudskonkurranse som en form for skade, og den må følgelig være omfattet av skadebegrepet.¹⁷³

De oppstilte utgangspunktene er vanskelige å forene. Et systematisk problem oppstår ettersom EU/EØS-retten opererer med et autonomt tapsbegrep som danner utgangspunktet for vurderingen av om en skadelidt får en passende erstatning. Tilsynelatende vil medlemsstatene måtte operere med et tilsvarende skadebegrep som Underretten for å gi skadelidte tilstrekkelig kompensasjon. En slik løsning kan ikke være forenelig med forutsetningene bak TEUV art. 340, hvor det fremgår at EUs institusjoner skal holdes ansvarlig etter de prinsippene som er «felles» for medlemsstatene. I så fall ville det ledet til at Underretten først utledet

¹⁷² Haukeland Fredriksen (2013) s. 155.

¹⁷³ Som nevnt har Underretten har akseptert sjansetap i blant annet T-271/04 *Citymo* avsnitt 176, forente saker T-91/12 og T-280/12 *Flying*, T-299/11 *OHIM* avsnitt 146 og 147, T-461/08 *EIB* avsnitt 182 sammenholdt med 210 og T-556/11 *EDL*. Se også Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i sak. C-611/12P *Giordano* avsnitt 56. Spørsmålet må i utgangspunktet avgjøres ut fra en vurdering om EU-retten har til formål å sikre individet mot denne type skade jf. C-420/11 *Leth* premiss 36 og C-222/02 *Peter Paul*, se nærmere i Póltorak (2015) s. 327. Deretter kan den avgrenses dersom skaden ikke er «actual and certain» jf. T-570/13 *Agriconsulting Europe* avsnitt 92 og flere avgjørelser fra Underretten. Se Haukeland Fredriksen (2013) s. 183 for grundigere behandling.

et skadebegrep fra medlemsstatenes «felles» rettstradisjoner, for så å indirekte pålegge medlemsstatene som ikke opererte med det skadevilkåret som er «felles» for medlemsstater å adoptere tilsvarende løsning. Et annet problem oppstår på det mer praktiske plan. En forutsetning for at det kreves at det gis full erstatning etter det EØS-rettslige skadebegrepet må være at de øvrige vilkårene for erstatning etter EØS-retten er oppfylt. Slike vurderinger reiser svært komplekse spørsmål om årsakssammenheng og vilkåret om at tapet er tilstrekkelig sikkert.¹⁷⁴

En mulig løsning, som jeg vil ta utgangspunkt i for den videre drøftelsen, er at EU-domstolens vurdering av nasjonale skadebegrep ikke alene foretas ut fra en vurdering av om kompensasjonen var tilstrekkelig stor, men etter en bredere vurdering av det nasjonale erstatningssystemet. Hjemmelsgrunnlaget for retten til en effektiv rettighetsbeskyttelse i charteret art. 47 er ikke til hinder for en slik fremgangsmåte, ettersom rettigheten uansett ikke er absolutt jf. art. 52. Det fremgår av bestemmelsen at det kan gjøres unntak fra bestemmelsene i charteret dersom de er hjemlet i lov, søker å ivareta et legitimt formål og går ut over det som er nødvendig for å sikre det formålet. Når jeg mener at en helhetsvurdering av systemet kan anlegges for å finne ut om retten i art. 47 i det hele tatt er krenket, vil momentene alternativt tas i betraktning under proporsjonalitetsvurderingen.¹⁷⁵

EU-domstolen har gitt holdepunkter for kriteriene av hva som utgjør en tilstrekkelig effektiv rettighetsbeskyttelse i diskriminerings-sakene *Von Colson*. I *Von Colson* utledet EU-domstolen klare kriterier for erstatningsutmåling etter Tysklands mangelfulle gjennomføring av et likestillingsdirektiv.¹⁷⁶ Etter en ansettelsesprosess som beviselig var kjønnsdiskriminerende fikk saksøker erstatning for den negative kontraktsinteressen. Tysk rett ga ikke hjemmel for erstatningsrettslige interesser ut over negativ kontraktsinteresse, og spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om andre sanksjoner enn realoppfyllelse kunne kreves

¹⁷⁴ Mer om problemet se Havu (2018) s. 43 flg.

¹⁷⁵ At prøvingen av sanksjonssystemet skal prøves som et hele er tilsynelatende lagt til grunn av Póltorak (2015) s.91, Simonsen (1997) s. 880 og Ellingsen (2018) s. 112.

¹⁷⁶ Direktiv 76/207/EØF som ikke ga noen uttømmende regulering av sanksjoner.

etter likestillingsdirektivet. EU-domstolen fremhever at reaksjonene må innebære «faktisk og effektiv beskyttelse» av arbeidstakeren, og ha en «reelt afskrækkende virkning» overfor arbeidsgiver.¹⁷⁷ Dersom medlemsstatene har valgt å sanksjonere brudd på direktivet gjennom erstatning, skal utmålingen stå i et «rimeligt forhold» til det oppståtte tap. Erstatning for den negative kontraktsinteressen var etter dette ikke tilstrekkelig, da dette kun utgjorde en «rent symbols godtgørelse».¹⁷⁸

3.3.2 Faktisk og effektiv beskyttelse

Det nasjonale reaksjonssystemet etter brudd på anskaffelsesregelverket må sikre «faktisk og effektiv beskyttelse». Reaksjonen er «effektiv» i den grad den kan ivareta formålene reaksjonen søker å ivareta.¹⁷⁹ Som vist tidligere er formålet bak erstatningsreglene etter brudd på anskaffelsesregelverket både knyttet til leverandøren som skadelidt, og til bredere samfunnsmessige hensyn, som for eksempel hensynet til konkurranse og kontroll av offentlig pengebruk.¹⁸⁰ Det sentrale poenget med den effektive beskyttelsen må være at leverandørene har en mulighet til å få konstatert at det har blitt begått et brudd på anskaffelsesregelverket.¹⁸¹

Leverandører har en rekke ikke-økonomiske beføyelser tilgjengelig som kan rette opp i konkurransesituasjonen, og få feil frem i lyset. For begge sektorer er det innført karenstidperioder som hindrer oppdragsgiver i å inngå kontrakt i en periode etter valgte leverandør er innstilt som vinner av konkurransen.¹⁸² Karenstidperioden gir tilbyderne en mulighet til å vurdere om de vil klage til KOFA, klage til oppdragsgiver, eller

¹⁷⁷ C-14/83 *Von Colson* avsnitt 24 og gjentatt i avsnitt 28 lignende formuleringer har blitt gjentatt av EU og EFTA-domstolen ved flere anledninger. Se E-2/10 *Kolbeinsson* avsnitt 47 med henvisning til EU-domstolens praksis.

¹⁷⁸ C-14/83 *Von Colson* avsnitt 28.

¹⁷⁹ Ellingsen (2017) s. 57.

¹⁸⁰ Se kap. 1.4.2.

¹⁸¹ C-432/05 *Unibet* avsnitt 35 hvor EU-domstolen implisitt legger til grunn at EU-retten i visse tilfeller må åpne for rene fastsettelsessøksmål. Se Ellingsen (2018) s. 115.

¹⁸² Se direktiv 2007/66/EF artikkel 2a, LOA § 9, forsyningsforskriften § 21-2 og anskaffelsesforskriften § 25-2 jf § 25-3.

begjære en midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen.¹⁸³ Klager og begjæringer om midlertidig forføyning kan også fremsettes underveis i prosessen. Uten at det retter opp i en påbegynt konkurranse har domstolene videre en plikt til å kjenne ulovlige direkte anskaffelser «uten virkning».¹⁸⁴

Erstatning er likevel en nødvendig beføyelse i flere tilfeller. For det første vil ikke en ny utlysning av konkurransen, eller en annen oppretting av feilen, være det samme som om feilen ikke ble begått. Det er ingen garanti for at leverandøren vil ha like gode sjanser til å vinne konkurransen dersom den blir utlyst på nytt. For det andre kan det tenkes at de konkrete feilene først kom frem i lyset etter karensperioden, og at kontrakten allerede blir utført av valgte leverandør. I *OHIM*, hvor kontrakten allerede hatt blitt tildelt valgte leverandør, uttaler Underretten:

«there is a significant risk that the contract at issue has already been performed in full, the very failure by the EU judicature to acknowledge the loss of such an opportunity and the need to grant compensation in that regard would be contrary to the principle of effective judicial protection enshrined in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.»¹⁸⁵

Uttalelsene må ses i sammenheng med at ett av de sentrale aspektene ved kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse er at skadelidte har mulighet til å få konstatert at han har blitt utsatt for et brudd på EU/EØS-retten. Potensielt vil han kun kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse i slike tilfeller. Ettersom leverandøren gjennom krav om negativ kontraktsinteresse i det minste har en mulighet til å konstatere et brudd for domstolene, må minstekravet om en tilgang til å få saken prøvd.¹⁸⁶ Den økte effektive beskyttelsen ved å innføre en sjansetapserstatning må være at leverandørene i større grad ser seg tjent med å bringe saken til retten

¹⁸³ LOA § 9.

¹⁸⁴ LOA § 13.

¹⁸⁵ T-299/11 *OHIM* avsnitt 145.

¹⁸⁶ Ellingsen (2018) s. 115 om C-432/05 *Unibet* avsnitt 35.

gjennom å kreve erstatning, og dermed i større grad beskytte de øvrige interessene som skal vernes gjennom håndhevelsesregelen.

Ut fra dette vil jeg slutte at det er visst rom for en mer effektiv beskyttelse gjennom å håndtere tap av reelle sjanser til å bli innstilt i en anbudskonkurranse. Situasjonen per i dag er likevel at leverandører nyter et tilfredsstillende minstenivå av beskyttelse gjennom øvrige beføyelser og erstatning for negativ kontraktsinteresse.

3.3.3 Avskrekkende virkning

Med erstatningens preventive virkning siktes det til at risikoen for erstatningsansvar påvirker skadevolders adferd slik at regelbrudd unngås. Selv i norsk rett, hvor det preventive hensynet i erstatningsretten har hatt beskjeden rolle, har det blitt anført at anskaffelsesretten er et område hvor preventive hensyn kan komme til sin rett.¹⁸⁷ Samtidig må vi ta hensyn til oppdragsgiverens krevende avveininger underveis i prosessen, han «balanserer på en knivsegg og [kan] like gjerne [...] bli utsatt for søksmål fra den tilbyder hvis anbud blir avvist»,¹⁸⁸ som fra tilbydere som mener valgte leverandør skulle blitt avvist. Den avskrekkende effekten av erstatningsregelen må derfor avveies med forsiktighet.

EFTA-domstolen la tilsynelatende stor vekt på den avskrekkende virkningen når den oppstilte et rent regelbruddsvar for brudd på anskaffelsesregelverket i *Fosen-Linjen*.¹⁸⁹ Den uttalte der at «en begrensning av mulighetene til å kreve erstatning kunne innebære at oppdragsgivere ville bli mindre villige til å overholde de relevante vilkår i EØS regelverket for offentlige kontrakter, eller gjøre dem mindre aktsomme i gjennomføringen av en anbudskonkurranse.»¹⁹⁰ EFTA-domstolens uttalelser

¹⁸⁷ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 19.

¹⁸⁸ LB-2012-36777 *Skanska*.

¹⁸⁹ Se E-16/16 *Fosen-Linjen*. For en kritisk analyse av avgjørelsen se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018). For et redegjørelse for det offentliges erstatningsansvar generelt vises det til Hagstrøm (1987). Se særlig s. 108 hvor han påpeker at et rent regelbruddsansvar neppe har noen preventiv effekt sammenliknet med culpaansvaret, ettersom culpa forutsetter at det skulle og burde vært handlet annerledes.

¹⁹⁰ E-16/16 *Fosen-Linjen* avsnitt 78.

kom i forbindelse med drøftelsen av ansvarsgrunnlag. Det er uklart hvordan et krav at nasjonale skadekategorier skal omfatte tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver, vil ha noen avskrekkende effekt. Sett i lys av eksisterende erstatningsregler kan oppdragsgivere allerede bli ansvarlige for relativt store beløp gjennom krav om positiv kontraktsinteresse, og relativt mange erstatningsutbetalinger ved krav om negativ kontraktsinteresse.

Etter mitt syn kan ikke den preventive virkningen gi særlig vekt som argument for aksept av sjansetap som erstatningsrettslig relevant skade. Synspunktet må i så fall være dagens regelverk åpner for at oppdragsgivere kan spekulere i om vilkårene for å tilkjenne positiv kontraktsinteresse er oppfylt når de foretar kritiske vurderinger som eksponerer dem for ansvar.

3.3.4 Kompensasjon i rimelig forhold til tapet

For det tredje må kompensasjonen stå i «rimelig forhold» til tapet. Det er under dette momentet spriket mellom det EU-rettslige og nasjonale skadebegrepet oppstår. Dersom skadene er definert ulikt og erstatningen utmålt ulikt som en følge av manglende samsvar, kan det medføre en underkompensasjon som ikke er «rimelig». En konsekvens av at det norske systemet ikke anerkjenner tap sjanse som en skade, er at en del av sjansene ikke blir kompensert med erstatning ut over den negative kontraktsinteressen.

Monsen peker på det krevende forholdet mellom effektiv rettighetsbeskyttelse og graden av kompensasjon i sin omtale av *von Colson* og *Marshall II* hvor han poengterer: «*Kravet om adekvat beskyttelse* peker hen på gjenoppretting. En regel som ikke gjenoppretter økonomisk tap, står i utgangspunktet i et vanskelig forhold til kravet om adekvat beskyttelse».¹⁹¹ Som vist i kapittel 3.2.1 tar jeg utgangspunkt i at «adekvat» må vurderes ut fra EØS-rettens egne skadebegrep som omfatter reelle sjanser til å inngå kontrakt i en anbudskonkurranse.

¹⁹¹ Monsen (2006) s. 246.

Et første moment som til en viss grad tetter spriket mellom det EØS-rettslige og det norske skadebegrepet er de norske reglene for bevis av faktisk årsakssammenheng. Som vist i kapittel 2.4 medfører beviskravet i norsk rett at det er et stort overlapp med sjansetapsregelen etter TEUV art. 340.

Et andre moment som etter mitt syn må kunne ha betydning for prøvingen er at de norske erstatningsreglene åpner for å tilkjenne leverandører positiv kontraktsinteresse i flere tilfeller enn det EØS-retten tilsynelatende krever.¹⁹² Ettersom dette ikke kommer den enkelte leverandør som *ikke* får tilkjent positiv kontraktsinteresse etter norsk rett, men som *ville* fått tilkjent erstatning for sjansetapserstatning til gode, kan det likevel ikke tillegges særlig vekt ettersom det overordnede vurderingstemaet her knytter seg til kompensasjon av den enkelte leverandør.

Et tredje moment er at tapet av en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver er en form for ikke-økonomisk tap i EU-retten. Dersom spørsmålet kommer opp for EU-domstolen, kan det tenkes at den vil være tilbakeholden med å prøve om skadelidte får tilstrekkelig kompensasjon sammenliknet med sitt eget skadebegrep, dersom det er en ikke-økonomisk skade.¹⁹³ Vi kan se at alle de nevnte sakene hvor EU-domstolen uttrykkelig slår ned på begrensninger som følger av nasjonale skadebegrep, er det for økonomisk tap.¹⁹⁴ Det kan hevdes at kriteriene for utmåling av ikke-økonomisk tap er såpass uklare at skadebegrepet overhodet ikke er egnet til å sammenlikning med nasjonal rett,¹⁹⁵ men for sjansetapet må det være rimelig klart at det er oppstilt relativt klare kriterier for utmåling.¹⁹⁶

I tillegg har vi observert tidligere i oppgaven at sjansetapserstatningens innhold etter TEUV art. 340 annet ledd er usikker, og i utvikling.¹⁹⁷ Det

¹⁹² Kap 2.4.

¹⁹³ Sjansetap er åpenbart en ikke-økonomisk skade i Underretten jf. T-230/94 *Farrugia mot Kommisjonen* avsnitt 44.

¹⁹⁴ C-46/93 *Brasserie du Pêcheur* og C-14/83 *Von Colson*.

¹⁹⁵ Haukeland Fredriksen (2013) s.512 om kriteriene for utmåling.

¹⁹⁶ Kap. 6.

¹⁹⁷ Særlig kap. 2.2.1.

gjør det krevende å vurdere hvilke tilfeller som kan kompenseres etter det EØS-rettslige skadebegrepet.

Vi kan med dette slutte at det er en potensiell konflikt mellom den kompensasjonen som blir ytt i norsk rett per i dag, og kompensasjon av det fulle tap i tråd med det EØS-rettslige skadebegrepet. Noen klar krone-for-krone vurdering sammenlikning med det EØS-rettslige skadebegrepet kan likevel ikke finne sted. Her er det uansett såpass mye uklarhet knyttet til evalueringen av skaden i den enkelte sak, at en slik sammenlikning ville vært praktisk umulig.¹⁹⁸ Konflikten vil nok først materialisere seg i klare forpliktelser i de tilfellene hvor det er et klart sprik mellom det norske og EØS-rettslige skadebegrepet. Eksempelvis kan det tenkes at det er lidt et sjansetap med 50 % etter det EØS-rettslige skadebegrepet som kun kompenseres med negativ kontraktsinteresse etter norsk rett. Disse tilfellene vil vurderes nærmere i kapittel 5. Det betydningsfulle for denne delen av drøftelsen er at de skadebegrepene vi allerede har i norsk rett åpner for å yte tilstrekkelig kompensasjon i de fleste tilfeller.

3.3.5 Sjansetapets stilling etter prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse

Det vi nå har sett er at den EØS-rettslige prøvingen av medlemsstatenes erstatningssystemer i lys av kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse danner et kjerneområde og en randsoner. En metafor som kan illustrere dette forholdet er bildet av et speilegg.

Eggeplommen er kjernen, og minimumskravene til medlemsstatenes erstatningssystemer. Alle medlemsstatene må oppfylle disse forpliktelsene uavhengig av hvilke øvrige beføyelser som er tilgjengelige. Eksempelvis kan det ikke oppstilles krav om at skadelidte påviser culpa hos myndighetene etter brudd på EU/EØS-retten.¹⁹⁹ Et annet eksempel er at skadelidte

¹⁹⁸ Se EU-domstolens uttalelser om skjønn ved evalueringsmodellen i Underretten i C-348/06 P *Girardot* avsnitt 66 vist til i kapittel 2.3.2.

¹⁹⁹ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* premiss 78 og 79 og C-314/09 *Strabag* avsnitt 39. Eller at rene formuestap kun kan kreves dekket dersom de oppstår som følge av kriminelle overtredelser, myndighetsutvøelse eller krever andre særlige grunner jf. C-470/03 *COS. MET* avsnitt 91–93.

må kunne få erstatning for positiv kontraktsinteresse, som EU-domstolen uttrykkelig slo fast at måtte være en tilgjengelig skadeform i *Brasserie du pêcheur*.²⁰⁰ Ut fra drøftelsene over ser det ut til å være lite sannsynlig at vi får en tilsvarende uttalelse knyttet til vern av de reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver.

Utenfor eggeplommen ligger eggehviten, en nødvendig del av speileget, men ikke en del som er lik for alle speilegg. Eggehviten kan illustrere medlemsstatenes spillerom. Her er det tilstrekkelig at medlemsstatene må holde seg innenfor visse rammer, og EØS-retten griper først inn dersom det er klare avvik. Eggehviten må ha en viss størrelse, og muligens en viss form, for at vi skal gjenkjenne det som et speilegg. Her vil ikke EU/EØS-retten kunne oppstille positive forpliktelser som er felles for alle medlemsstater, men luke ut ineffektive ordninger i det enkelte retts-system. Et slikt tilfelle kom antakelig implisitt til uttrykk i *Unibet*.²⁰¹ Hvor EU-domstolen kan tolkes dithen at den ikke oppstiller en generell plikt til å slippe inn rene fastsettelsessøksmål for at en fremtidig handling er lovlig (eggeplomme), men dersom systemet ikke åpner for at borgeren kan fastslå et brudd på EØS-retten uten å selv bryte den, må det muligens skapes i kraft av EØS-retten i det konkrete tilfellet (eggehvite).

3.4 Sammenfatning

Ut fra drøftelsene må konklusjonen være at det ikke kan oppstilles noen generell plikt til å erkjenne tap av sjanse som en erstatningsrettslig relevant skade, og utmåle en forholdsmessig andel av oppfyllelsesinteressen. For dette mangler krav om sjansetap nødvendig hjemmelsgrunnlag. Etersom grensen mellom økonomiske og ikke-økonomiske tap er noe uklar for denne typen skade, kan det tenkes at domstolene har en mulighet til å anse skaden som økonomisk og verne tapet gjennom en interessevern-vurdering, en mulighet domstolene i så fall ikke har benyttet seg av.²⁰²

²⁰⁰ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* premiss 87.

²⁰¹ Se Ellingsen (2018) s. 115 om C-432/05 *Unibet* avsnitt 35.

²⁰² LF-2015-187242. En slik vurdering ble gjort i lys av *Nucleus* i Rt-2007-425 *Rikstoto* se Hjelmeng (2007) for en nærmere analyse.

Verken direktivteksten, eller plikten til å yte tilstrekkelig kompensasjon til individer som har blitt offer for et brudd på EØS-retten, oppstiller noen positiv forpliktelse til å anerkjenne tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt som en del av skadebegrepet. Vurderingen viser imidlertid at medlemsstatenes forpliktelser vil bli vurdert i lys av det EØS-rettslige skadebegrepet som klart nok omfatter den typen skader. Oppgavens videre gang er dermed å vurdere om vilkårene for å tilkjenne erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse oppfyller EØS-rettens krav til å kompensere tilbydere i en anbudskonkurranse i de tilfellene EØS-retten krever det, og vurdere om den erstatningen som ytes er tilstrekkelig.

4 Ansvarsgrunnlag

4.1 Rent regelbruddsansvar

Det må foreligge ansvarsgrunnlag for å kunne knytte erstatningsansvar til oppdragsgivers feil. Det felleseuropeiske utgangspunktet er at skadevolder må ha opptrådt uaktsomt.²⁰³ Utvikling i norsk rettspraksis har ledet til at det praktiseres ulike ansvarsgrunnlag for ulike typer skader ved brudd på anskaffelsesregelverket.²⁰⁴ Om leverandøren krever positiv kontrakt-sinteresse må han påvise at oppdragsgiver har begått et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».²⁰⁵ Nyere praksis fra EFTA-domstolen gir uttrykk for at enhver overtredelse av anskaffelsesregelverket er tilstrekkelig for å utløse

²⁰³ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 68 flg. og PECL (2013) 64 flg. Selv om det offentlige ikke selv kan opptre uaktsomt, er det offentlige i utgangspunktet objektivt ansvarlig for ansattes feil i tjenesten jf. Skl § 2-1. Se også NOU 1997:21 pkt. 11.4.3 som beskriver «culpa in contrahendo» som ansvarsgrunnlaget for anbudsfeil.

²⁰⁴ Se kap. 4.3.

²⁰⁵ Rt-2001-1069 *Nucleus*.

ansvar (heretter omtalt som et rent regelbruddsansvar).²⁰⁶ Spørsmålet er om håndhevelsesdirektivene oppstiller et rent regelbruddsansvar.

Spørsmålet har betydning for oppgavens problemstilling fordi det skal avklares om norsk rett utelukker erstatning i tilfeller hvor EØS-retten krever at det blir ytt økonomisk kompensasjon. Som vist i kapittel 3 blir den EØS-rettslige plikten til å verne tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med en oppdragsgiver oppfylt gjennom de norske erstatningsreglene om erstatning for negativ- og positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet er om ansvarsgrunnlaget norsk rett oppstiller er i overenstemmelse med EØS-rettens krav. Om ikke vil ikke norsk rett åpne for kompensasjon av reelle sjanser i tilstrekkelig mange tilfeller.

Håndhevelsesdirektivene krever at det nasjonale klageorganet eller domstolen skal ha kompetanse til «å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse.»²⁰⁷ Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsen ikke eksplisitt regulerer ansvarsgrunnlaget, og at det i fravær av nærmere regulering i utgangspunktet er opp til medlemsstatene selv å fastsette kriterier for å tilkjenne erstatning etter brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.²⁰⁸ Etter domstolenes tilnærming må ansvarsgrunnlaget

²⁰⁶ Tilsvaret «strict liability» som tidvis blir brukt på engelsk. Jeg fraviker fra terminologien for å unngå sammenblanding med «objektivt» ansvar kan beskrives som en et ansvar som kan gjøres gjeldende uten bevis for subjektive innslag (skyld) (Wilhelmsen og Hagland (2018) s. 531). I tillegg er det sentrale aspektet ved objektivt ansvar i sin alminnelighet at det ikke forutsetter konkrete regelbrudd, men er et utslag av risikobetraktninger på det enkelte området (Rt-1905-715). Objektivt ansvar beskriver derfor ikke det sentrale punktet i vår sammenheng – nettopp at det ikke kan kreves at feilen må være av en viss størrelse. Ansvarsterskelen kunne eventuelt blitt omtalt som et rent objektivt ansvar uten vesentlighetsterskel.

²⁰⁷ Direktiv 1989/665/EØF art. 2 1) c) som på dansk lyder: «at tilkende skadelidte personer skadeserstatning» og nærmest tilsvarende i direktiv 1992/13/EØF art. 2 1) d). Etter direktivets vedtakelse var også flere tolkningsalternativer aktuelle, som grundig redegjort for i Krüger (2012) s. 163 til 165. For en grundig redegjørelse av praksis og dens forhold til direktivteksten, medlemsstatenes prosessautonomi og statsansvaret se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s.4–8.

²⁰⁸ Se C-314/09 Strabag avsnitt 33 og 34, C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86 og E-16/16 *Fosen-linjen* avsnitt 70.

avklares ut fra en vurdering av hvilke krav som følger av prinsippene om effektivitet og ekvivalens, og kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse.²⁰⁹

Det kan imidlertid påpekes at en ren ordlydsfortolkning av direktivet *kan* tas til inntekt for at ansvarsgrunnlaget er uttrykkelig regulert.²¹⁰ Særlig etter den engelske språkversjonen hvor det fremgår at klageorganet må ha kompetanse «to award damages to persons injured by the infringement»(min understrekning). Mindre støtte for en slik tolkning finner vi i de danske språkversjonene hvor det simpelthen er gitt at klageorganet skal ha kompetanse til «at tilkennede skadelidte personer skadeserstatning.»²¹¹

Med forankring i kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse la EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen* til grunn at det foreligger et rent regelbruddsansvar. Etter å uttalt at håndhevelsesdirektivet ikke gir grunnlag for at det regelbruddet som utløser rett til erstatning må ha visse «særtrekk»,²¹² at skadelidte må ha mulighet til å oppnå dom for at det har funnet sted et brudd,²¹³ og at erstatning må utgjøre et prosessuelt alternativ til de øvrige sanksjonene i håndhevelsesdirektivet, kom den frem til at det må oppstilles et rent regelbruddsansvar.²¹⁴ EFTA-domstolens konklusjon innebærer at ansvarsgrunnlaget Høyesterett oppstilte i *Nucleus*, at feilen må være «vesentlig», ikke er i overenstemmelse med EØS-retten.²¹⁵ Lagmannsretten valgte å ikke legge den rådgivende uttalelsen til grunn ettersom den «ikke fremstår som klart riktig».²¹⁶ Uttalelsen samsvarer

²⁰⁹ For mer om prinsippene se tidligere kapittel 3.1.

²¹⁰ Se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s. 174.

²¹¹ Direktiv 1989/665/EØF art. 2 1) c) og nærmest tilsvarende i direktiv 1992/13/EØF art. 2 1) d). Etter direktivets vedtakelse var også flere tolkningsalternativer aktuelle, som grundig redegjort for i Krüger (2012) s. 163 til 165. For en grundig redegjørelse av praksis og dens forhold til direktivteksten, medlemsstatenes prosessautonomi og statsansvaret se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s.4 til 8.

²¹² E-16/16 *Fosen-Linjen* Avsnitt 71.

²¹³ Avsnitt 74.

²¹⁴ E-16/16 *Fosen Linjen* avsnitt 82 og del 1 av konklusjonen.

²¹⁵ Rt-2001-1069 *Nucleus*.

²¹⁶ LF-2015-187242 *Fosen-Linjen*. For øvrig har avgjørelsen fra EFTA-domstolen fått blandet mottakelse. For kritikk se Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018), Hauke-

dårlig med Høyesteretts anvisning til at nasjonale domstoler normalt må følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, og ikke kan fravike en tolkingsuttalelse av EFTA-domstolen med mindre det foreligger «særlige grunner».²¹⁷

Saken har blitt anket av begge parter, og det hersker åpenbart usikkerhet rundt hvorvidt håndhevelsesdirektivene oppstiller et rent regelbruddsansvar. Usikkerheten skapes av to forhold. For det første er det usikkert hvordan EU-retten skulle tolkes i forkant av EFTA-domstolens uttalelse. For den andre er det nå en usikkerhet knyttet til hvilken betydning det har at EFTA-domstolen avgir en rådgivende uttalelse som muligens ikke er i samsvar med EU-retten slik den *hittil* har blitt tolket av EU-domstolen.²¹⁸ Jeg skal derfor begrense meg til gjøre rede for EU-retten slik den har blitt tolket av EU-domstolen. Disse vurderingene er gjort av flere før meg, og jeg finner ikke grunn til å gå gjennom mer enn hovedpunktene i sakens bakgrunn, og kritikken jeg i det alt vesentlige stiller meg bak.²¹⁹

EU-domstolens praksis har vært utfordrende å harmonisere. I en første sak, *Kommisjonen mot Portugal*, fant EU-domstolen at skyld ikke kan være et vilkår for erstatning.²²⁰ Skyldkravet kan heller ikke oppstilles dersom det er en presumsjon for at skyld foreligger ved regelbrudd jf. *Strabag*.²²¹ *Strabag* inneholder også uttalelser som klart kan tas til inntekt for at det foreligger et rent regelbruddsansvar.²²² I den foreløpig siste avgjørelsen fra EU-domstolen, *Combinatie Spijker*, la EU-domstolen derimot

land Fredriksen (2018/2) og Sanchez-Graells (2018). For støtte til EFTA-domstolens avgjørelse se Arrowsmith (2018).

²¹⁷ Se HR-2016-2554-P *Holship* avsnitt 77 som tiltredes av mindretallet i avsnitt 142, med henvisninger til Rt-2013-258 *STX* avsnitt 93–94 og Rt-2000-1811 *Finanger I* på s. 1820.

²¹⁸ Spørsmålet berører det grunnleggende spørsmålet om hvem som har «rett» i EØS-avtalen. Spørsmålet ble debattert i Haukeland Fredriksen (2010,2012) og Rognstad (2011). I denne sammenheng vil det dreie seg om homogenitetsmålsetningens innhold og rekkevidde.

²¹⁹ Både Arnesen/Haukeland Fredriksen (2018) og Sanchez-Graells (2018) som jeg opplever som enige i de fleste vesentlige punkter.

²²⁰ C-275/03 *Kommisjonen mot Portugal*.

²²¹ C-314/09 *Strabag*.

²²² Treumer (2011) s. 160, Haukeland Fredriksen (2010) s. 600–615 som ble skrevet før *Combinatie Spijker*, Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s. 9. Simonsen (2010), skrevet før *Combinatie Spijker*, mente at *Strabag* oppstilte en strengere forståelse av

til grunn at direktivet gir: «Bestemmelsen udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten.»²²³ Altså at oppdragsgiver må ha begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd.²²⁴ Treumer mener at rettstilstanden er uklar og at EU-domstolen bør behandle saken i storkammer neste gang den kom opp. Britisk høyesterett kunne ikke se at spørsmålet var såpass uklart som Treumer uttrykte det, og valgte å ikke forelegge spørsmålet for EU-domstolen i *Energy Solutions*.²²⁵ Før EU-domstolen har fått anledning til å avklare spørsmålet ble det forelagt EFTA-domstolen i *Fosen-linjen*.

Den rådende tilnærmingen til klarheten er å harmonisere avgjørelsene ved å tolke premissene i *Strabag* innskrenkende med utgangspunkt i statsansvaret.²²⁶ Tilnærmingen er forklart av Arnesen og Haukeland Fredriksen:

«Selv om det i utgangspunktet er opp til nasjonal rett å fastlegge ansvarsgrunnlaget, vil et krav om culpa være i strid med effektivitetsprinsippets krav til at nasjonal rett ikke gjør det «urimelig vanskelig» å oppnå erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Klar støtte for en slik forståelse av effektivitetsprinsippet finnes i parallellen til det offentliges generelle erstatningsansvar ved brudd på EU/EØS-retten, som EU-domstolen trakk i *Combinatie*. Det er sikker rett at det generelle statsansvaret ikke kan gjøres betinget av culpa.»²²⁷

effektivitetsprinsippet enn det som hadde vært antatt i norsk rett, men ser ikke ut til å mene at enhver feil er tilstrekkelig.

²²³ C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 87

²²⁴ Se de forente sakene C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 55–57 og E-8/07 *Nguyen* avsnitt 33–34.

²²⁵ Treumer (2011) s. 160. Uklarheten Treumer adresserer blir tatt og avfeid av Lord Mance og britisk høyesterett i *Energy Solutions*. De fant det ikke fant det nødvendig å forelegge spørsmålet til EU-domstolen, og kom til at *Combinatie Spijker* ga uttrykk for dagens rettstilstand (avsnitt 26 og 26).

²²⁶ *Energy Solutions* og Högsta domstolen i NJA 2016 s. 358 som begge vist til i Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s. 10 flg. Simonsen (2011) pkt. 4 stipulerte løsningen som en potensiell innfallsvinkel i en kommentar til *Combinatie Spijker*. Resultatet er lagt til grunn i Dragsten (2013) s. 823.

²²⁷ Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) s. 10.

Konklusjonen er dermed at medlemsstater *kan* gjøre ansvar betinget av feilen er tilstrekkelig kvalifisert. Det norske vilkåret om tilstrekkelig kvalifisert brudd er i samsvar med håndhevelsesdirektivene med EØS-rettens krav.

Konklusjonen fordrer to korte kommentarer:

For det første vil jeg kort poengtere at selv om det kan stilles krav om at feilen må være tilstrekkelig kvalifisert, kan denne vurderingen medføre en streng ansvarsnorm når man anvender den på anskaffelsessaker. Vurderingen må blant annet bero på den overtrådte regelens klarhet og presisjon. For mange reguleringer i anskaffelsesdirektivet må det være tilfellet at de er relativt klare og presise, slik at offentlige oppdragsgivere uansett har et svært lite rom for feilvurderinger.²²⁸

For det andre vil jeg kort adressere sjansetapets stilling forutsatt at det følger et rent regelbruddsansvar etter direktivet. Den åpenbare konsekvensen er at ansvarsgrunnlaget ikke medfører noen reell begrensning i oppdragsgivers erstatningsplikt. Det er skadevilkåret og kravet til årsakssammenheng som i så fall vil danne skrankene for erstatningsansvaret. Hvor store praktiske konsekvenser dette ville medført er uklart. Allerede i dag er det hevdet at kravet til årsakssammenheng er det største praktiske hinderet for leverandører,²²⁹ og det kan være et overlapp mellom årsakskravet og kravet om vesentlig feil for positiv kontraktsinteresse.²³⁰ Ettersom sjansetapet medfører en lemping av kravene til bevis- og årsakssammenheng, må det være klart at et rent regelbruddsansvar kombinert med sjansetap vil kunne føre til langt flere erstatningsutbetalinger fra det offentlige. Omfanget må imidlertid bero hvor store de «reelle sjansene» er, og hvilke beviskrav som kreves for å bevise disse. Jeg er av den oppfatning (se pkt. 2.1) at leverandører fortsatt må bevise med en relativt stor grad av

²²⁸ Se nærmere Haukeland Fredriksen (2015) s. 254 flg, Schebesta (2016) s.61 til 62 og Arrowsmith (2005) s. 1421 til 1422.

²²⁹ Haukeland Fredriksen/Strandberg (2018) s.2.

²³⁰ Simonsen (2010) pkt. 5.3 om «vesentlig feil»: «[h]va som ligger i dette vilkåret, er imidlertid uklart. Regler hvis feilanvendelse typisk vil kunne påvirke valg av leverandør, er avvisningsreglene og reglene om tildeling av kontrakten. Det er vanskelig å tenke seg at ikke brudd på disse reglene skal kvalifisere for erstatning av den positive kontraktinteressen.»

sannsynlighet at de ville fått kontrakten slik at det ikke ville blitt noen automatikk mellom feil og sjansetapserstatning.

4.2 Forholdet mellom tilstrekkelig kvalifisert brudd og tapet som gjøres gjeldende

En offentlig oppdragsgiver må med dette gjøre seg skyldig i et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» for å kunne holdes erstatningsansvarlig etter brudd på anskaffelsesreglene. Spørsmålet er om det EØS-rettslige ansvarsvilkåret påvirkes av hvilket tap som gjøres gjeldende. Om terskelen for ansvar er lavere for erstatning av rene sjanser sammenliknet med det kravet som gjelder for positiv kontraktsinteresse, kan det tenkes at et krav om «vesentlig feil» utelukker erstatningskrav for tapte sjanser etter anbudsfeil, som EØS-retten krever at blir kompensert økonomisk.

Haukeland Fredriksen finner holdepunkter for at ansvaret «avviker noe i tilfeller hvor det er spørsmål om erstatning for ikke-økonomisk skade» innenfor EU-retten, men fastholder utgangspunktet om at ansvarsgrunnlaget er det samme.²³¹ Skillet er ikke helt ukjent i norsk rett. Det kan for eksempel vises til at ansvarsnormen skjerpes når skadelidte krever oppreisning,²³² og at ansvar for indirekte tap i kjøpsretten.²³³ Noen øvrige holdepunkter for at ansvarsterskelen varierer avhengig av om det er krav om negativ-/positiv kontraktsinteresse eller sjansetap som gjøres gjeldende, kan jeg ikke se eksisterer.

Det er få holdepunkter for en påstand om at tapet er normerende for ansvarsterskelen ut fra det grunnleggende vurderingstemaet i *Brasserie du Pêcheur*:

«Som eksempler på de momenter, den kompetente rettsinstans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet

²³¹ Haukeland Fredriksen (2013) s. 392.

²³² Skl. § 3-5.

²³³ Kjl. §§ 27 (4) og 40 (1) jf. § 67 (2).

er forvoldt forsætlig eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten..»²³⁴

To trekk ved uttalelsen til EU-domstolen kan likevel trekkes frem. For det første er rimelig klart at de oppstilte momentene er faktorer som kan tas i betraktning. Listen er dermed ikke uttømmende. For det andre kan det reises spørsmål om «tabet er forvoldt forsætlig eller uagtsomt» påvirkes av at det er en annen «tab» som gjøres gjeldende. Sitatet må nok forstås slik at det dreier seg om graden av forsett hos den skadevoldende myndighet. Om dette forsettet knytter seg til et sjansetap eller til tap av hele kontrakten, kan neppe prege problemstillingen om tapet generelt påvirker ansvarsterskelen.

Heller ikke Underrettens praksis ser ut til å gi holdepunkter for at ansvarsterskelen praktiseres ulikt for ulike tapsformer. Det finnes eksempler på at ansvarsgrunnlaget avgjøres samlet før de konkrete tapene drøftes, hvilket i alle fall indikerer at det er en og samme terskel for samtlige tapsformer. Ett eksempel finner vi i *Citymo* hvor Underretten kom frem til at Kommisjonen hadde, på et tilstrekkelig kvalifisert vis, brutt tilbyders legitime forventninger i en forhandling om leie av bygninger.²³⁵ Deretter ble det reist spørsmål om den ansvarsbetingende handling stod i årsakssammenheng med et vernet tap. Årsakssammenheng kunne ikke bevises for verken tap av kontrakten eller for sjansetapet,²³⁶ og spørsmålet var om den negative kontraktsinteressen kunne kreves dekket. Den negative kontraktsinteressen nyter et meget begrenset vern etter brudd begått av EUs institusjoner, men den kan oppnås dersom feilen enten har påvirket tilbyderens sjanser til å nå opp i konkurransen, eller påført ham uberettigede utgifter. Vilkår som var oppfylt i denne sak.²³⁷ *Citymo* viser at ansvarsgrunnlaget vurderes uavhengig av hvilket tap som

²³⁴ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du pêcheur* avsnitt 56.

²³⁵ T-271/04 *Citymo* avsnitt 155 og 156.

²³⁶ T-271/04 *Citymo* avsnitt 161.

²³⁷ T-271/04 *Citymo* avsnitt 165, 169 og 170.

gjøres gjeldende. Systematikken ser ut til å være at hensyn til hvilket tap som gjøres gjeldende ivaretas gjennom krav til årsakssammenheng og spørsmålet om skaden er erstatningsrettslig relevant.

De EØS-rettslige kravene til ansvarsgrunnlag påvirkes med dette ikke av hvilket tap som gjøres gjeldende.

4.3 Om norske krav til ansvarsgrunnlag oppfyller EØS-rettens krav

Som vi så i kapittel 3.4 må tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver må kunne kreves erstattet etter EØS-retten. I norsk rett er det løst gjennom reglene for positiv og negativ kontraktsinteresse ved anbudsfeil. Spørsmålet om ansvarsgrunnlaget er til hinder for at kompensasjon for tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt kan oppnås i et tilstrekkelig antall tilfeller i norsk rett, må derfor avgjøres ut fra en vurdering av om ansvarsvilkåret for positiv og negativ kontraktsinteresse er i overensstemmelse med EØS-rettens krav forutsatt at EØS-retten krever erstatning dersom oppdragsgiver har begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket.

For positiv kontraktsinteresse oppstilte Høyesterett et krav om «vesentlig feil» som vilkår for erstatning for positiv kontraktsinteresse i *Nucleus*. Om feilen er tilstrekkelig stor må blant annet vurderes ut fra feilens art, størrelse og grad av skyld kan tillegges vekt. Jeg vil ikke utelukke at anvisningen isolert sett kan gi uttrykk for en helhetsvurdering som potensielt kan anvendes på en EØS-stridig måte. Eksempelvis ved at grad av skyld blir tillagt mye vekt, og at rettsanvenderen tar mindre hensyn til regelens klarhet og presisjon.²³⁸ Presumsjonsprinsippet pålegger likevel enhver rettsanvender å tolke norsk rett i overensstemmelse med EØS-retten. I denne kontekst påhviler det da særlig en plikt til å ta hensyn til både skjønnsfrihet og skyld.²³⁹ Slik er det også naturlig å tolke Høyesterett når de senere har slått fast at kravet om «vesentlig

²³⁸ C-314/09 *Strabag*.

²³⁹ Om disse momentene i en EØS-rettslig kontekst se Haukeland Fredriksen (2013) s. 243 til 246 og 254 til 273.

feil» er i overenstemmelse med EØS-retten.²⁴⁰ Norsk rett er dermed innenfor EØS-rettens krav når det gjelder ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.

For sjansene som kompenseres gjennom krav om negativ kontraktsinteresse må det være desto klarere at ansvarsgrunnlaget ikke er EØS-stridig. I departementets bemerkninger til tidligere LOA fremgår det at «det må antas at man etter gjeldende rett ikke kan få erstatning ved helt bagatellmessige brudd på regelverket, men at det kreves vesentlige feil». Sitatet gir tilsynelatende uttrykk for et krav om vesentlighet uavhengig av tapsform. Merknadene til bestemmelsen tolket under ett, hvor departementet senere uttaler at «[s]pørsmålet om positiv kontraktsinteresse har relevans på en rekke områder», gir likevel inntrykk av at det har vært den positive kontraktsinteressen som har vært tema for diskusjonen.²⁴¹ Dragsten ser ut til å legge til grunn at ansvarsgrunnlaget må være objektivt bestemt, men at det muligens kan oppstilles et krav om vesentlighet.²⁴² Lagmannsretten har uttalt at «[n]oe skjerpet skyldkrav kan ikke gjelde for slik erstatning» i forbindelse med negativ kontraktsinteresse.²⁴³ Ansvarsgrunnlaget må etter dette være et rent regelbruddsansvar, eller i det minste et objektivt ansvar med en langt lavere vesentlighetsterskel enn hva som gjelder for positiv kontraktsinteresse. Praktiseringen av ansvarsgrunnlaget for den negative kontraktsinteresse må dermed være i overenstemmelse med EØS-retten krav.

Lagmannsretten formulering i *Fosen-linjen* om at «den vanlige culpanormen for det offentlige skal legges til grunn» er problematisk. Det følger klart av *Strabag* at culpa ikke kan være et vilkår for ansvar, uavhengig av om skyldkravet presumtivt er oppfylt ved

²⁴⁰ Se Rt-2008-1705 *Trafikk og Anlegg* avsnitt 52 til 56. Se likevel Haukeland Fredriksen og Arnesen (2018) s. 186 for en kritisk kommentar til Høyesteretts anvendelse av formuleringene i forente saker C-46/93 og C48/93 *Brasserie du pêcheur*.

²⁴¹ Alt fra Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 68 som det blir vist til i Prop.51 L (2015–2016) i forbindelse med ny lov om offentlige anskaffelser.

²⁴² Dragsten (2013) s. 826.

²⁴³ LB-2010-201985 *Norconsult*, i LB-2008-74693 ble det lagt til grunn at spørsmålet er uavklart.

normbrudd. At skyld ikke kan være et vilkår for erstatning ser også ut til å være akseptert i teorien.²⁴⁴

Konklusjonen er dermed at den norske praktiseringen av ansvarsgrunnlaget er i overensstemmelse med EØS-rettens krav.

4.4 Sammenfatning

EØS-rettens krav til ansvarsgrunnlag er i alle hovedsak det samme uavhengig av tapsform. I norsk rett per i dag kan tap av reelle sjanser dekkes både gjennom erstatning for positiv- og negativ kontraktsinteresse. Etersom ansvarsgrunnlagene som oppstilles for positiv- og negativ kontraktsinteresse er i overensstemmelse med EØS-rettens krav, vil ikke tilbydere miste noen mulighet til å få kompensert sine tapte reelle sjanser til å inngå kontrakt på grunn av ansvarsgrunnlaget i norsk rett. Norsk rett er dermed i overensstemmelse med EØS-rettens krav på området. Det kan likevel reises spørsmål om man i norsk rett burde kreve et annet ansvarsgrunnlag dersom man innfører en adgang til å kreve «ren» sjansetapsersatning.

4.5 Et tankeeksperiment om ansvarsgrunnlag for sjansetap i norsk rett

Krav om tilstrekkelig kvalifiserte feil er den lempeligste ansvarsnormen EØS-retten tillater på området. I dette kapittelet forlater jeg spørsmålet om EØS-rettens krav, og stiller spørsmål om det i norsk rett burde opereres med et annet ansvarsgrunnlag for sjansetapsersatning, dersom slik erstatningsregel skulle bli innført i Norge.

Svaret beror etter min mening på en vurdering av systematikken og hensynet for det prekontraktuelle ansvaret innenfor anbudsretten. Som jeg skal illustrere i det følgende bygger kravet om «vesentlig feil» på en mellomløsning som ble ansett som nødvendig for å håndtere spen-

²⁴⁴ Haukeland Fredriksen (2013) s. 415 med henvisning til Rt.2008 s.982 *Ventelo* avsnitt 48 og LB-2010-201985.

ningen mellom avtalerett og erstatningsrett i anskaffelsesretten.²⁴⁵ Etter det erstatningsrettslige utgangspunktet skal leverandøren ha erstattet sitt fulle tap som kan ledes tilbake til oppdragsgivers feil. Ut fra en avtalerettslig synsvinkel har ikke leverandøren noen avtale eller annet krav på kontrakten. Et tap kan derfor ikke omfatte tapt fortjeneste. Ut fra en erstatningsrettslig synsvinkel kan det likevel anføres at det kan stille seg litt annerledes der leverandøren kan sannsynliggjøre at han ville fått kontrakten dersom konkurransen ble riktig utført. Et tap kan derfor tenkes å omfatte fortjenesten. Det tradisjonelle utgangspunktet er at det kreves rettskrav på kontrakten for å få erstattet den positive kontraktsinteressen.²⁴⁶

Om erstatning for positiv kontraktsinteresse i det hele tatt kunne tilkjennes for brudd på anskaffelsesregelverket fremstod lenge som et åpent spørsmål, som verken er tatt stilling til i lov eller forarbeidene.²⁴⁷ I *Firesafe* uttalte Høyesterett i et obiter dictum at leverandøren antakeligvis hadde krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. I *Torghatten* (3-2) ble leverandørene tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse i en konsesjonstildelingssak som ikke direkte omhandlet anskaffelsesregelverket. I *Faber*²⁴⁸ avviste Høyesterett både at anbudsinnbydelser er å anse som tilbud, og at oppdragsgiver i den konkrete saken hadde bundet seg til å inngå kontrakt med vinner av konkurransen. Det forelå ikke ansvarsgrunnlag i den konkrete saken.

I *Nucleus*, som gjaldt krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse fra en forbigått leverandører, behandlet Høyesterett ansvarsgrunnlag etter brudd på anskaffelsesregelverket. Møre og Romsdal fylkeskommune skulle anskaffe arkitekttjenester til oppføring av et psykiatrisk senter. Tre arkitektkontor ble invitert til å delta i en begrenset anbudskonkurranse. I anbudsprosessen ble det gjort en rekke feil, blant annet ved at valgte leverandør hadde fått anledning til å endre sitt tilbud uten at dette var

²⁴⁵ Som utførlig redegjort for i Simonsen (97) s. 353 til 360.

²⁴⁶ Som for så vidt kommer til uttrykk i Rt-2001-1062 *Nucleus* men særlig klart i Rt-2007-425 *Rikstoto* avsnitt 32.

²⁴⁷ Se særlig NOU 1997:21 s. 118, Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) merknader til § 10 på s. 68.

²⁴⁸ Rt-2000-1076 *Faber*.

kjent for de øvrige leverandørene, og ved at oppdragsgiver delvis begrunnet valget av leverandør med utfallet av en idékonkurranse som ikke var en del av den konkrete anbudskonkurransen. Høyesterett foretok en lengre drøftelse av oppfyllelsesinteressens vern etter anskaffelsesfeil. Den fant, særlig på bakgrunn av regelverkets karakter, og det EØS-rettslige aspektet, at det er «for enkelt å svare ut frå om det ligg føre eit rettskrav eller ikkje.» Høyesterett tok med dette steget bort fra det formelle vilkåret om «rettskrav», eller avtale for krav om oppfyllelsesinteressen i den prekontraktuelle fasen. De formelle avtalerettslige kriteriene erstattes med erstatningsrettslige vilkår. Disse vilkårene om «vesentlig feil» og «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» er skjerpede krav sammenliknet med de alminnelige erstatningsvilkårene, men en klar lemping sammenliknet med de formelle kriteriene om krav på kontrakt.

Høyesterett bygde i stor grad på Simonsens alternative mellomløsninger for å håndtere systemkonflikten mellom det kontraktuelle og det prekontraktuelle ansvaret.²⁴⁹ Simonsen oppstilte tre alternativer til mellomløsninger: det kan stilles som vilkår at situasjonen har en kontraktslignende karakter, kravet til sannsynlighet kan økes, eller det kan stilles krav til et «kvalifiserte rettsbrudd».²⁵⁰ Høyesterett benyttet seg åpent av både justeringen av sannsynlighetsterskelen, og av justeringen av sannsynlighetskravet gjennom bevisregelen. Ut fra dette er «vesentlig feil» – vilkåret en særregel innenfor det prekontraktuelle ansvaret for anbudsfeil, og bygger på en mellomløsning mellom avtale- og erstatningsrett.

Ut fra en rent rettssystematisk synsvinkel kan det hevdes at sjansetapserstatning er en mellomløsning i seg selv, og at behovet for å operere med et vesentlighetskrav forsvinner. Som Simonsen påpekte finnes det flere mellomløsninger, og skjerping av ansvarsgrunnlaget er kun en av disse. Høyesterett føyer seg som nevnt etter Simonsens forslag, og tar i bruk en kombinasjon av flere mellomløsninger hvor det blir gjort tilpasninger i både krav til årsakssammenheng og ansvarsgrunnlag. For

²⁴⁹ Simonsen (1997). For det alminnelige prekontraktuelle ansvar se. 359, for anskaffelsessaker se s. 839.

²⁵⁰ Simonsen (1997) s. 360.

det første er det (potensielt) vernede sjansetapet begrenset til å omfatte tap av «reelle» sjanser.²⁵¹ Selv om det her er forskjell på feil og virkning, liten tue kan velte stort lass, vil formuleringen av det vernede tap medføre at leverandører er avskåret fra erstatning for bagatellmessige feil. Videre vil utmålingsregelen medføre at den eventuelle erstatningssummen blir lavere. Bakgrunnen for etableringen av vesentlighetskravet gjør seg med andre ord ikke gjeldende i like stor grad overfor sjansetapet.

Nucleus må imidlertid forstås ut fra den grunnleggende avveiningen Høyesterett gjør av regelverkets kompleksitet og preventive hensyn. Som Høyesterett uttaler i forbindelse med anførselen om at krav om positiv kontraktsinteresse kan medføre erstatningssummer som ikke står i et rimelig forhold til feilen: «Innvendingane har vekt, nettopp fordi anbudsretten er særleg med ofte tungt faktum og med omfattande og dels vanskelege reglar.» Regelverket oppdragsgivere forholder seg til er utvilsomt det samme uavhengig av om det er sjansetap eller krav om positiv kontraktsinteresse som gjøres gjeldende. Videre vil det etter begge utmålingsprinsipper være åpning for svært høye erstatningsutbetalinger. I samme retning trekker det at preventive hensyn i liten grad taler for en slik skjerping i ansvarsgrunnlaget.²⁵²

Jeg stiller meg med dette tvilende til at vi *burde* operere med et rent regelbruddsansvar for anbudsfeil. Observasjonen er likevel den at systematikken bak etableringen av vesentlighetsterskelen til en viss grad forsvinner dersom man tar i bruk en ren sjansetapserstatning for anbudsfeil.

²⁵¹ Se kapittel 2.4.

²⁵² Se kap. 3.3.1.2.

5 Årsakssammenheng og kompensasjon i typetilfeller

5.1 Spørsmål og forutsetninger

Formålet med dette kapittelet er å avklare om EØS-retten krever at tapte reelle sjanser til å inngå kontrakt med en offentlig oppdragsgiver, må kompenseres med høyere beløp enn det norsk rett åpner for i dag.

Vurderingene hviler på følgende forutsetninger:²⁵³ Den positive kontraktsinteressen kompenserer de sterke reelle sjansene til å inngå kontrakt. Norsk rett overoppfyller EØS-rettens krav til kompensasjon der positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes. Den negative kontraktsinteressen kompenserer de reelle sjansene som ikke er tilstrekkelig store for å oppnå positiv kontraktsinteresse. Innenfor klassisk sektor er det ingen klar presumsjon for at det er tilstrekkelig å kompensere reelle sjanser med negativ kontraktsinteresse.

Problemstillingen er om EØS-retten krever erstatning ut over negativ kontraktsinteresse i de tilfellene leverandører ikke kan oppnå positiv kontraktsinteresse etter norsk rett. Dette er i første rekke et spørsmål om leverandøren kan tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, i de tilfellene EØS-retten krever at leverandøren får tilkjent sjansetaperstatning. Om ikke, er spørsmålet om erstatning for negativ kontraktsinteresse medfører en tilstrekkelig grad av kompensasjon for å sikre leverandøren en effektiv rettighetsbeskyttelse.

5.2 Generelt om årsakssammenheng

Kravet til årsakssammenheng har en faktisk og en rettslig side. Kravet til faktisk årsakssammenheng er tilsynelatende felles i Europa; spørsmålet er om den ansvarsbetingende handlingen, eller unnlåtelsen, var en

²⁵³ Se kap. 2.4.

nødvendig betingelse for at skaden inntraff.²⁵⁴ Etter den rent faktiske vurderingen av om skaden var betinget den ansvarsbetingende handling, må det foretas en normativ begrensning ut fra kravet til rettslig årsakssammenheng. Den rettslige avgrensningen bygger på adekvanslæren. Herunder oppstiller norsk rett krav til at årsaksfaktoren skadevolder er ansvarlig for ikke er uvesentlig, at tapet ligger innenfor det påregnelige, og nærhet mellom feil og årsak.²⁵⁵ Ved anbudsfeil er det åpenbart at det er kravet til faktisk årsakssammenheng som er mest sentralt,²⁵⁶ og det er dette kravet som skal undersøkes i kapittelet videre.

Det er krevende å vurdere EØS-rettens krav til faktisk årsakssammenheng på det generelle plan. Fenger har gått så langt som å si: «De EU-rettlige krav til, hvor strenge krav til kausalitet og adækvans national ret lovligt må oppstille, er endnu så uklare, at det ikke er muligt at foretage en nærmere sammenligning med dansk rets egne regler.»²⁵⁷ For erstatning etter brudd på anskaffelsesregelverket kan vi likevel finne noen føringer.²⁵⁸ Et første krav er knyttet til hvordan domstolen kan formulere kravet til faktisk årsakssammenheng, og særlig om det kan oppstilles et krav om at leverandøren må påvise rettskrav på kontrakt for å få tilkjent positiv kontraktsinteresse. Et andre krav er knyttet til hvilke beviskrav som oppstilles for bevis av faktisk årsakssammenheng. EFTA-domstolen aksepterte årsaks- og beviskravet fra *Nucleus* hvor det kreves at leverandøren må vise med kvalifisert sannsynlighetsovervekt at han ville fått kontrakten. I tillegg til å uttale at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for et slikt krav konkluderer EFTA-domstolen:

«håndhevelsesdirektivet [er] ikke er til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sann-

²⁵⁴ Se også PETL art. 3:101 og Haukeland Fredriksen (2015) s. 427, Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 19. Formulert i norsk rett i Rt-1992-64 *P-Pille II* på s. 69.

²⁵⁵ Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 352 flg. og hele kap. 9 om adekvanslæren og Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 19 og 20.

²⁵⁶ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 20.

²⁵⁷ Fenger (2011) s. 100.

²⁵⁸ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 20 flg. og 24 flg. Hvor de oppstiller og vurderer punktene under.

synlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.»²⁵⁹

Vilkårene for positiv kontraktsinteresse etter *Nucleus* er dermed ikke i uoverensstemmelse med de føringene EØS-retten stiller til bevis for positiv kontraktsinteresse.²⁶⁰ Det er derimot ikke gitt at vilkårene i *Nucleus* i tilstrekkelig grad åpner for at reelle sjanser til å inngå kontrakt nyter et tilstrekkelig vern i det enkelte tilfelle EØS-retten krever at reelle sjanser til å inngå kontrakt blir kompensert.

Det grunnleggende problemet leverandøren står overfor når han skal bevise faktisk årsakssammenheng, er å påvise hva utfallet av konkurransen *ville* vært dersom feilen ses borte. Problemet oppstår ettersom flere vurderinger er underlagt oppdragsgivers skjønn.²⁶¹ Som uttrykt av Regjeringsadvokaten, med tilslutning fra departementet, må ikke domstolene «sette seg i anskafferens sted og spørre hva domstolene ville ha valgt» dersom den selv var anskaffer.»²⁶² Tilsvarende må gjelde når domstolene skal undersøke om faktisk årsakssammenheng foreligger. Det er ikke et spørsmål om hvordan oppdragsgiver ideelt sett burde foretatt de skjønsmessige vurderingene, men hvordan oppdragsgiveren faktisk ville utøvd skjønnet innenfor lovlige rammer.²⁶³ Underretten ser ut til å anlegge samme synspunkt når den ved flere anledninger har lagt til

²⁵⁹ E-16/16 *Fosen-Linjen* avsnitt 94.

²⁶⁰ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 4 til 7.

²⁶¹ For en grundig redegjørelse for det hypotetiske hendelsesforløp i anskaffelsessaker se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 28 flg. og Simonsen (1997) s. 805 flg. og s. 815.

²⁶² Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) s. 67. Caranta (2013) s. 240 beskriver tilsvarende posisjon for EUs institusjoner.

²⁶³ Spørsmålet om det offentlige kan unngå ansvar ved å vise til at de kunne påført skadelidte tilsvarende tap med lovlige midler er drøftet av Haukeland Fredriksen (2013) s. 499 flg. og Rognstad og Stenvik (2002) s. 539–540. Jeg bygger her Haukeland Fredriksen (2013) s.503 som henviser til Rt-1997-343 *Svarstad Hansen* som «må være gangbar» EØS-rettslig. Rammene for skjønnsfriheten vil tilsvare domstolenes kontroll med forvaltning. Altså et spørsmål om den skjønsmessige vurderingen bygger på korrekt faktum, er vilkårlig, grovt urimelig eller tar utenforliggende hensyn. Se Goller m.fl. (2014) s. 225.

grunn at oppdragsgivers skjønnsfrihet til å avlyse konkurransen, ikke i seg selv avskjærer faktisk årsakssammenheng.²⁶⁴

Årsakskravet for positiv kontraktsinteresse er at leverandøren «ville» fått kontrakten dersom feilen ses borte.²⁶⁵ Vilkåret fordrer bevis for hvordan oppdragsgiver ville håndtert den videre konkurransen under andre forutsetninger. To problemer knyttet til oppdragsgivers skjønn oppstår.²⁶⁶ Det første problemet gjelder avlysning. Oppdragsgiver har vid adgang til å avlyse konkurransen når som helst i prosessen.²⁶⁷ Leverandøren må bevise at oppdragsgiver ikke ville benyttet friheten til å avlyse. Om oppdragsgiver hadde avlyst konkurransen kunne ingen av tilbyderne fått kontrakten, og ingen av de har lidt noe tap. Deretter må leverandøren vise at nettopp han ville fått kontrakten. Skjønnspregede tildelingskriterier er tillatt såfremt de ikke gir oppdragsgiver en «ubegrenset valgfrihet»,²⁶⁸ og evalueringen av tilbudene kan være preget av en vidtgående skjønnsfrihet. Leverandøren må vise at oppdragsgiver ville evaluert hans tilbud som bedre enn de øvrige tilbudene for at han *ville* fått kontrakten. Disse to adskilte problemene knyttet til oppdragsgivers skjønn vil påvirke vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp ulikt, avhengig av hva som er feilvurdert, og i hvilket stadium av konkurransen feilen oppstod.

I det følgende skal det forsøkes å illustrere hvordan skadevilkåret og bevisreglene i Underretten slår ut i konkrete vurderinger. Drøftelsene bygger på funnene fra kapittel 3, hvor det ble vist at leverandøren må bevise med et beviskrav som nærmer seg visshet at han ville hatt, etter et hypotetisk hendelsesforløp, en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver.

²⁶⁴ Eks. T-199/14 *Vanbreda* avsnitt 199.

²⁶⁵ Rt-2001-1062 *Nucleus*.

²⁶⁶ Bygger på Simonsens (1997) s. 833–834 hvor forfatteren redegjøre for de ulike bevis-temaene.

²⁶⁷ FOA § 10-4. Terskelen for lovlig avlysning er lav jf. Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 4 med henvisning til C-440/13 *Croce Amica One* avsnitt 35–36. Dersom det foreligger en plikt til å avlyse konkurransen må leverandøren i hovedsak være avskåret fra å bevise at han ville fått kontrakten. Se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 30 flg. som foreslår at slike tilfeller må avgrenses i medhold av kravet til erstatningsrettslig vern.

²⁶⁸ FOA § 8-11 og § 18-1 (5).

5.3 Ulike typer feil

5.3.1 Ulovlig direkte anskaffelser

Oppdragsgiver «skal» kunngjøre konkurranser med alminnelig kunngjøring, eller, i noen tilfeller, forhåndskunngjøring.²⁶⁹ Dersom kunngjøringen er mangelfull, eller fraværende, foreligger det en «ulovlig direkte anskaffelse».²⁷⁰ En ulovlig direkte anskaffelse regnes som et «særlig grovt brudd på regelverket.»²⁷¹

Erstatning er neppe en praktisk beføyelse mot ulovlige direkte anskaffelser. Leverandører har ikke pådratt seg kostnader til å inngi tilbud, og erstatning for negativ kontraktsinteresse er dermed utelukket. Dersom feilen ikke hadde blitt begått, oppstår det en rekke uklarheter rundt hva det hypotetiske hendelsesforløpet ville vært. Det er både uklart om oppdragsgiver ville anskaffet varen eller tjenesten fra det private markedet, hvilken konkurranseform som ville blitt brukt, og hvilke kriterier som ville blitt anvendt i konkurransen. Slike vurderinger må være totalt overlatt til oppdragsgivers skjønn og nærmest umulig å bevise utfallet av.²⁷²

Bevis for faktisk årsakssammenheng er mest nærliggende i situasjoner hvor oppdragsgiver anskaffer en nærmere bestemt vare eller tjeneste fra et begrenset marked, hvor det kun er et fåtall identifiserbare leverandører som kunne levert. Konkurransesituasjonen i *Fosen-linjen* kan være et eksempel. Der skulle oppdragsgiver gå til anskaffelse av fergetjenester på en bestemt strekning hvor det kun var tre etablerte fergeoperatører som var aktuelle for å levere tjenesten. I et slikt marked kan det tenkes at en av de ville gått til søksmål mot oppdragsgiver og krevd en forholdsmessig erstatning beregnet av kontraktssummen og antall mulige leverandører. Kombinert med at kravet til bevis for årsakssammenheng kan lempes

²⁶⁹ Anskaffelsesforskriften § 21-2 første og annet ledd, og forsyningsforskriften § 17-2 første og annet ledd.

²⁷⁰ Dragsten (2013) s. 796–797 og LOA § 13 a).

²⁷¹ Prop.51 L (2015-2016 s. 16.

²⁷² Caranta (2011) s. 168 og Arrowsmith (1993) s. 72.

noe ved grove feil,²⁷³ kan det nok være et prosedabelt spørsmål. Om man kan strekke årsakskravet såpass langt på grunnlag av klare feil, stiller jeg meg tvilende til. Leverandøren må fortsatt vise at han har lidt et tap som følge av feilen.²⁷⁴

Jeg kan ikke se at slike tilfeller har blitt prøvd for verken norske domstoler eller for Underretten. Etter mitt syn vil tilkjennelse av erstatning i et slikt tilfelle medføre en langt lempeligere vurdering av Underrettens krav til at skaden må være reelt og sikker, enn det den hittil har brukt.²⁷⁵

Det kan derfor vanskelig tenkes tilfeller hvor mangelfull kunngjøring gir krav på erstatning for sjansetap i Underretten.²⁷⁶ Fravær av økonomisk kompensasjon i norsk rett må derfor være uproblematisk.

5.3.2 Feilaktig avvisning i prekvalifiseringsrunden

5.3.2.1 Situasjonen

Selv om konkurransen har blitt kunngjort på korrekt måte, kan en interessert leverandør bli utelukket fra konkurransen allerede før han leverer tilbud.

I noen konkurranser kan, eller må, oppdragsgiveren foreta en utvelgelse av leverandører som i utgangspunktet oppfyller kvalifikasjonskravene.²⁷⁷ Formålet med en slik utvelgelse er å redusere antallet tilbud, hvilket kan virke ressursbesparende for både leverandører og oppdragsgivere. En urettmessig forbigåelse kan skje på to måter. For det første kan oppdragsgiver avvise leverandøren i strid med regelverket. For det andre kan leverandøren bli ansett som kvalifisert, men utelukket fra konkurransen i en utvelgelsesvurdering. Feil ved utvelgelse kan oppstå

²⁷³ von Bar (2009) s. 477.

²⁷⁴ Som tydelig illustrert i LH-2014-189202 og T-461/08 *EIB* som Caranta (2013) s. 245 beskriver som «[a] case study on how to fully and completely screw up a procurement procedure» hvor det ikke ble tilkjent erstatning på grunn av manglende årsakssammenheng mellom feil i evalueringen og tap av kontrakten.

²⁷⁵ Se for eksempel T-461/08 *EIB* avsnitt 211.

²⁷⁶ Overtredelsesgebyr eller søksmål om å kjenne kontrakten uten virkning jf. LOA §§ 12 og 13 fremstår som mer aktuelle beføyelser enn erstatning for slike feil.

²⁷⁷ FOA § 16-12 som oppstiller konkurranseformene: begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandlinger.

ved at oppdragsgiver ikke har anvendt forutberegnelige, objektive og ikke-diskriminerende kriterier,²⁷⁸ eller har foretatt utvelgelsen i strid med disse.

Den faktiske situasjonen er at konkurransegrunnlaget er kunngjort,²⁷⁹ men leverandøren har kun bedt om å få delta i konkurransen.²⁸⁰ Tilbudene er foreløpig ikke levert. Leverandørens «reelle sjanse» til å vinne konkurransen forutsetter tre ting i slike tilfeller. For det første må leverandøren oppfylle kvalifikasjonskriteriene. For det andre må han bli utvalgt til videre deltakelse. En slik vurdering forutsetter at han, etter en vurdering opp mot de øvrige kvalifiserte leverandørene, ville blitt utvalgt til videre deltakelse.²⁸¹ En tredje forutsetning er at leverandøren hadde et tilbud som hadde reell sjanse til å bli valgt fremfor de øvrige tilbudene. Det vil være nærmest umulig å bevise det hypotetiske hendelsesforløpet av konkurransen når ingen av tilbudene er inngitt. Det er både usikkerhet knyttet til hvordan tilbudene ville se ut, og hvordan oppdragsgiver ville vurdert disse.²⁸² Som Caranta fremholder vil det kun være praktisk mulig for leverandøren å vise at han «should have been offered the opportunity to submit»²⁸³ et tilbud.

5.3.2.2 Ansvar etter TEUV art. 340

Spørsmålet er om leverandøren kan vise at han har tapt en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver dersom oppdragsgiver har begått feil i prekvalifiseringen.

I *European Dynamics mot Kommisjonen (2)*²⁸⁴ tok Underretten stilling til faktisk årsakssammenheng mellom urettmessig avvisning i prekvali-

²⁷⁸ LOA § 4 og FOA §§ 16-12 og 8-9.

²⁷⁹ FOA § 14-1 (3) d) 4).

²⁸⁰ FOA §§ 20-3 (2), 20-4 (2).

²⁸¹ Goeller (2010) s. 69.

²⁸² Spesielt i konkurranser som forutsetter en stor grad av innkjøpsfaglig skjønn. Enten ved at tildelingskriteriene åpner for skjønnsfrihet jf. FOA §18-1 (5), eller at det blir gjennomført konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartner-skap og konkurransepreget dialog, som alle åpner for ulik grad av påvirkning fra oppdragsgiver underveis.

²⁸³ Caranta (2010) s. 168.

²⁸⁴ T-498/11 *European Dynamics mot Kommisjonen (2)*.

fiseringsrunden, og tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt. European Dynamics mente at Kommisjonen hadde feilvurdert deres tekniske og faglige kvalifikasjoner, og anså seg urettmessig avvist fra deltakelse i en konkurranse om IT- og publikasjonsarbeider. Underretten finner det ikke påvist at Kommisjonen har gjort «manifest error in assesment», men tar likevel stilling til årsakskravet i et obiter dictum:

«In that regard, as it follows from the examination of the legality of the decision rejecting the applicant's tender that the applicant could not claim that the contract should have been awarded to it, since its tender was excluded at the technical evaluation stage, no causal link can be established between the various heads of damage alleged by the applicant and the decision to award the contract to the successful tenderer. »²⁸⁵ (min utheving)

European Dynamics hadde påstått erstatning for tap av kontrakten, og subsidiært for tap av en sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiveren. Underretten behandlet årsaksspørsmålene samlet. Sitatet må klart indikere at leverandøren generelt sett ikke kan bevise faktisk årsakssammenheng mellom en feil i prekvalifiseringen og tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt. Dette må være likt for sjansetapet slik det er praktiserte i Underretten, og krav om positiv kontraktsinteresse i norsk rett. Særtilfeller hvor det stiller seg ulikt kan nok likevel tenkes, men det drøftes ikke videre her.

5.3.3 Feil ved avvisning etter at tilbud er inngitt

Jeg vil nå se på leverandørens mulighet til å påvise årsakssammenheng mellom en feilaktig avvisning og tapet av en reell sjanse til å inngå kontrakt.²⁸⁶

²⁸⁵ T-498/11 *European Dynamics mot Kommisjonen* (2) avsnitt 267.

²⁸⁶ Se FOA kap 24 og §§ 9-4 til 9-7 for reglene om avvisning. Se Røstum (2017) for en grundig analyse og kritikk av norske domstolers håndtering erstatningssaker etter feilaktig avvisning.

Avvisning medfører at tilbyderens tilbud ikke blir vurdert videre, og at han er avskåret fra å få kontrakten uavhengig av hvor godt tilbudet er. En avvisning vil ha stor innvirkning på en anbudskonkurranse dersom den retter seg mot tilbyderen som ligger an til å vinne konkurransen. Videre har avvisningsreglene vist seg å være vanskelige å anvende i praksis, og er opphav til en rekke tvister for domstolene og KOFA.²⁸⁷

For bevis på årsakssammenheng mellom avvisningsfeil og tapt sjanse, er de mest praktiske situasjonene at (1) valgte leverandør skulle vært avvist og (2) at en urettmessig avvist leverandør hadde et tilbud som kunne vunnet konkurransen. Omtalen her tar utgangspunkt i at valgte leverandør skulle vært avvist, men der kun en leverandør kunne utført oppdraget vil jeg mene at bevissituasjonen er relativt lik for de to tilfellene.

Som ellers kan oppdragsgivers skjønnsfrihet gjøre det vanskelig å bevise et hypotetisk hendelsesforløp som forutsetter at feilen ikke hadde blitt gjort.²⁸⁸ Problemet leverandøren har ved å bevise hvordan oppdragsgiver ville benyttet skjønnsfriheten kan likevel være en del mindre ved avvisningsfeil, sammenliknet med feilene over. For den følgende drøftelsen forutsetter jeg at avvisningen enten skjer såpass sent i konkurransen at oppdragsgiver har evaluert tilbudene,²⁸⁹ eller at tilbudsevalueringen skjer etter kvantitative kriterier som åpner for at domstolene kan evaluere på samme måte som oppdragsgiver måtte ha gjort. Evalueringen av tilbudene er dermed ikke et hypotetisk element i årsaksvurderingen. Videre kan vi forutsette at leverandøren har inngått kontrakt med en tilbyder som skulle vært avvist, og gjennom sine handlinger vist at han ikke ville benytte seg av den eventuelle avlysningsadgangen. Det kan dermed forutsettes at et hypotetisk hendelsesforløpet som ender i avlysning, må begrunnes av oppdragsgiver.

²⁸⁷ NOU 2014:4 s. 24.

²⁸⁸ For en grundig redegjørelse for det hypotetiske hendelsesforløp i anskaffelsessaker se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 28 flg og Simonsen (1997) s. 805 flg. og s. 815.

²⁸⁹ Avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen jf. § 24-10 (1) annet punktum.

Videre forutsettes det at avvisningen materielt sett er feil.²⁹⁰ Dersom oppdragsgiver ikke har meddelt avvisningen,²⁹¹ eller unnlatt å forhøre seg med en leverandør som hadde et unormalt lavt tilbud,²⁹² vil ikke det ha betydning i relasjon til sjansetapet så lenge leverandøren etter en korrekt fremgangsmåte uansett ville blitt avvist.

Utfallet av erstatningssaken vil da kunne variere ut fra hvor mange tilbydere kvalifiserte tilbydere som kunne blitt valgt i den konkrete anbudskonkurransen. Om det kun er én leverandør vil det være sikkert at oppdragsgiver velger denne dersom kontrakt skal inngås. Om det er to så vil det være omtrent 50 % sannsynlighet for at hver av de får oppdraget. Om det er tre vil det være omtrent 33 % sannsynlighet for at hver av de får oppdraget.

5.3.3.1 Kun én leverandør kunne utført oppdraget

5.3.3.1.1 Ansvar etter TEUV art. 340

Underretten har åpnet opp for at det kan påvises årsakssammenheng i tilfeller med urettmessig avvisning hvor kun én leverandør kunne blitt valgt. I saken *Vandbreda*²⁹³ skulle Kommisjonen avvist leverandøren som ble tildelt kontrakten. Ett av kravene i konkurransegrunnlaget var at forsikringsinstitusjoner som innga samlet tilbud måtte hefte solidarisk for all forsikringsdekning. Valgte leverandør opptrådte som mekler, og Kommisjonen kunne ikke få dekning hos de enkelte forsikringsinstitusjonene som stod ansvarlig overfor meglere som innga tilbudet. Dersom Kommisjonen hadde avvist leverandøren, slik de pliktet å gjøre, ville *Vandbreda* vært den eneste tilbyderen som oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget. Underretten fant det klart at det forelå ansvarsgrunnlag og spørsmålet var om den manglende avvisningen stod i årsakssammenheng med leverandørens tap av sjanse til å inngå kontrakt.

²⁹⁰ Se også Caranta (2010) s. 168.

²⁹¹ Jf. § 24-10 (3).

²⁹² Jf. § 24-9 (1).

²⁹³ T-199/14 *Vandbreda*.

Årsakskravet formuleres som: «existence of a causal link between that conduct and the damage complained of.»²⁹⁴ Om den faktiske situasjonen uttalte Underretten:

«as regards the loss of the opportunity to be awarded the contract, it must be pointed out that the applicant's tender had been declared to be in order by the Commission, that it was the only tender besides Marsh's, and that it was rejected in favour of Marsh's tender because the latter offered the lowest price.»²⁹⁵

Underretten la til grunn at Vandbreda «would have been extremely well placed to secure the contract».²⁹⁶ Kommisjonen påstod at den ville avlyst konkurransen og utlyst den på nytt dersom den hadde avvist valgte leverandør. Underretten kom til at faktisk årsakssammenheng var påvist uavhengig av om Kommisjonens *kunne* avlyst konkurransen:

«it must be observed that although the contracting authority may, before the contract is signed, either abandon the procurement or cancel the award procedure without the candidates or tenderers being entitled to claim any compensation (Article 114 of the financial regulation), the fact remains that these situations of abandonment of the procurement or cancellation of the procedure did not actually materialise and that, in the circumstances of the present case, the chances of the applicant being awarded the contract were very high, had it not been for the irregularities committed by the Commission»²⁹⁷

Vi kan merke oss at Underretten vektla at avlysning «did not actually materialise». Spørsmålet er ikke hva som har skjedd i konkurransen, men hva som ville skjedd dersom feilen tenkes borte. Oppdragsgivers faktiske handlinger er et moment i bevisvurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp, og tilsynelatende tilla Underretten dette stor vekt. Under-

²⁹⁴ Avsnitt 179.

²⁹⁵ Avsnitt 196.

²⁹⁶ Avsnitt 197.

²⁹⁷ Avsnitt 199.

retten konkluderte uansett med at Vandbreda hadde 90 % sjanse til å få kontrakten, dersom Kommisjonen ikke hadde begått feilen,²⁹⁸ og tilkjente erstatning for tap av en reel sjanse til å inngå kontrakt. Utmålingen ble overlatt til partene etter nærmere angitte kriterier.²⁹⁹

Underretten har med dette vist at det kan påvises faktisk årsaksammenheng mellom sjansetap og feil ved avvisning. Til dags dato er dette den eneste rettskraftige avgjørelsen hvor sjansetap blir tilkjent av Underretten.

Det kan spørres om tilfelle hvor oppdragsgiveren uriktig har avvist/unnlatt å avvise åpner for tilkjennelse av den (fulle) positive kontraktsinteressen. Underretten har foreløpig ikke tilkjent erstatning for tap av kontrakt, selv om det har vært påstått i en rekke saker vedrørende avlysning.³⁰⁰ En årsak kan være at Underretten muligens operer med et krav om at tilbyderen må påvise krav på kontrakten for å få erstatning for positiv kontraktsinteresse. Dette problemet blir behandlet i kap. 5.5.

5.3.3.1.2 *Praksis fra norske domstoler*

Spørsmålet er om norsk praksis åpner for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse i tilsvarende situasjoner.

I *Norsk Gjenvinning*³⁰¹ skulle valgte leverandør vært avvist i en åpen anbudskonkurranse hvor tildelingskriteriet var laveste pris. I underspørsmålet om faktisk årsakssammenheng forelå, konstaterte lagmannsretten simpelthen at valgte leverandør skulle «vært avvist fra konkurransen. Følgelig skulle ankende part blitt tildelt kontrakten».

I *Skanska*³⁰² ble det gjennomført en åpen anbudskonkurranse for utførelsen av en veientreprise. Det var ubestridt at Skanska hadde det beste tilbudet om Statens Vegvesen hadde overholdt avvisningsplikten. Statens Vegvesen hadde imidlertid anført at de hadde en avlysningsplikt, og at

²⁹⁸ Avsnitt 200.

²⁹⁹ Avsnitt 205 flg.

³⁰⁰ Bla. T-40/01 *Scan Office Design*, T-495/04 *Belfasso* og T-570/13 *Agriconsulting Europe* som stadfestet i C-198/16 P.

³⁰¹ LG-2016-133934 *Norsk Gjenvinning*.

³⁰² LB-2012-36777 *Skanska*.

kontrakten ikke lovlig kunne inngås med saksøker. Etter å ha antydnet at feilene ikke hadde ledet til avvisningsplikt, uttalte lagmannsretten at den «uansett må legge det faktiske sannsynlige alternative hendelsesforløp til grunn», hvilket tyder på at avvisningsplikt ikke er noe absolutt hinder mot faktisk årsakssammenheng.³⁰³

Til slutt kan det vises til *Boger Bygg*³⁰⁴ hvor lagmannsrettens flertall fant at kravet til årsakssammenheng var oppfylt etter en konkurranse om oppføring av en barnehage i Rakkestad. Valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende skatteattest.³⁰⁵ Kommunen ble ikke hørt med at valgte leverandør ville fått en tilleggsfrist til å levere skatteattest ettersom kommunen ble gjort oppmerksom på forholdet. Kommunen ble heller ikke hørt med at konkurransen ville blitt avlyst ettersom «[t]ilbudet fra Boger bygg lå godt innenfor rammene i konkurransegrunnlaget, og det ville neppe vært i tråd med kravene til forutberegnelighet om konkurransen var blitt avlyst. Kommunen har ikke godtgjort at den ikke kunne finansiert barnehageutbyggingen».

Det vi kan slutte fra denne oversikten er at tapte sjanser ved feil avvisning tilsynelatende har gitt opphav til en rekke erstatningssaker i norsk rettspraksis. En sammenlikning med praksis fra Underretten gir ingen indikasjoner på at norsk rett ikke oppfyller EØS-rettens krav, men kildematerialet fra Underretten er tynt. Ettersom Underrettspraksis fra andre områder åpner for kompensasjon til sjanser så lave som 50 %, vil jeg ikke tro at *Vandbreda* gir uttrykk for den nedre grensen av sannsynlighet i slike tilfeller.³⁰⁶

Konklusjonen er at plikten til å kompensere en leverandørs tapte sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver når leverandøren er eneste som kunne blitt valgt, er oppfylt gjennom erstatning for positiv kontraktsinteresse.

³⁰³ Se mer om oppdragsgivers feil og avvisningsplikt, samt en omtale av dommen i Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 34.

³⁰⁴ LB-2015-29544-1.

³⁰⁵ Obligatorisk avvisningsgrunn jf. (daværende) FOA § 11-10 (1) b).

³⁰⁶ Se pkt. 2.2.2.

5.3.3.2 To relativt like tilbud kunne blitt valgt

5.3.3.2.1 Situasjonen

Tilfellet vi nå ser for oss er at oppdragsgiver har valgt en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskriteriene i en konkurranse med minst to andre leverandører.

For å oppnå positiv kontraktsinteresse etter norsk rett, er det ikke tilstrekkelig å vise at oppdragsgiver ville tildelt kontrakten til en av de øvrige leverandørene. Hver av leverandørene må vise, med kvalifisert sannsynlighetsovervekt, at nettopp deres tilbud ville blitt valgt.

I slike situasjoner kan vi tenke oss eksempler hvor oppdragsgivers skjønn ikke utgjør et særlig hinder mot bevis for faktisk årsakssammenheng. Ettersom oppdragsgiver har valgt en leverandør, kan vi legge til grunn for dette eksempelet at oppdragsgiver ikke ville nådd frem med å anføre at hele konkurransen ville blitt avlyst.

Videre kan det være lite skjønn knyttet til den gjenstående evalueringen. Faktum i *Firesfe* kan tjene som utgangspunkt for et eksempel. Bergen kommune inngikk avtale med en tilbyder som ikke oppfyller det kravet til lærlingeordning som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Av de åtte øvrige tilbyderne i konkurransen var det to som utpekte seg som aktuelle konkurrenter, de scoret nest best (etter Firesafe) i hver sin kategori.³⁰⁷ Tilbudene hadde derfor tilnærmet like stor sjanse til å vinne konkurransen. Det hypotetiske hendelsesforløpet måtte derfor ledes til at kontrakten ville blitt inngått. Usikkerheten er knyttet til hvem av de to leverandørene, med tilnærmet like tilbud, som *ville* blitt valgt.³⁰⁸

I vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp er valget av leverandør gjensidig utelukkende. Dersom A velges, vil ikke B få kontrakten. Ettersom beviskravet er kvalifisert sannsynlighetsovervekt, og tilbudene er relativt like må utfallet være at ingen av dem får erstatning for positiv kontraktsinteresse.

³⁰⁷ Som kort behandlet i pkt. 2.3.4 kunne konkurransen antakelig ledes til at tildelingen av to kontrakter, så spørsmålet ville ikke kommet på spissen i den saken. Eksempelet videre forutsetter at det kun kunne tildeles en kontrakt.

³⁰⁸ Se Simonsen (1997) s. 834 som presenterer problemet og diskuterer sjansetapserstatning som en mulig løsning.

Det kan spørres om *Firesafe*-tilfellet viser en mangel ved det norsk systemet for positiv kontraktsinteresse. Selv om det er tvilløst at leverandøren har påført en av leverandørene en skade, kan ingen av dem beviset at de er offer for skaden med det beviskravet som gjelder for positiv kontraktsinteresse.

Spørsmålet er om to tilbydere kan fordele oppfyllelsesinteressen seg imellom, dersom de sammen kan vise med kvalifisert sannsynlighetsovervekt at kontrakten ville blitt tildelt, og hver av de viser at et er tilnærmet lik sannsynlighet for at hver av de ville fått den.

5.3.3.2.2 *Ansvar etter TEUV art. 340*

Ut fra forutsetningene i *Girardot*³⁰⁹ kan det virke som at Underretten vil kunne åpne for erstatning til begge tilbyderne i et slikt tilfelle. I den saken åpnet Underretten for at en forbigått arbeidssøker kunne kreve erstatning for sin tapte sjanse til å få en arbeidsavtale, beregnet til 50 % av arbeidsinntektene for en periode. Diskrimineringsaken kan ha en betydelig overføringsverdi til anskaffelsessammenheng. I begge tilfeller opptrer offentlige institusjoner i privat kapasitet og har til formål å velge en av flere potensielle kandidater. Prosessene har også likhetstrekk ved at begge forutsetter vurderinger av både skjønnsmessige og objektive kriterier. I tillegg ser det ut til at Generaladvokat Cruz Villalón bygger på både diskrimineringsaken og anskaffelsessakene, når han anbefaler å ta sjansetapserstatning i bruk i en sak hvor Kommisjonen kunne bli ansvarlig etter at en ugyldig regulering hindret fiskere fra å benytte seg av fiskekvotene sine.³¹⁰

Domstolen hadde ikke mulighet til å tre inn i arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger, men det var tilstrekkelige objektive kriterier til at de kunne beregne en skjønnsmessig sjanse for et positivt utfall for *Girardot*. Dette kan tilsvare et tilfelle der en offentlig oppdragsgiver enten har vist hvordan han ville evaluere tilbudene, eller at det rent kvantitative

³⁰⁹ Underrettens avgjørelse i T-10/02 *Girardot* finnes kun på fransk. Den er imidlertid delvis gjengitt i ankesaken C-348/06 P og Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i sak C-611/12 P avsnitt 50 til 54. Omtalt nærmere i kapittel 2.3.2.

³¹⁰ Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i sak C-611/12 P *Giordano* avsnitt 50 til 54.

vurderinger som må foretas. Analogier fra *Giradot* bør være særlig nærliggende når det, i likhet med ansettelsessaken, er mulig å fastslå en sjanse på bakgrunn av objektive kriterier.

På overflaten kan det også synes som et logisk motstykke til at en leverandør kan få tilkjent 50 % av tapt fortjeneste etter en anbudskonkurranse, er at to kan få 50 % av oppfyllelsesinteressen hver, dersom det er klart at det er tapet de har lidt til sammen. Her må det likevel tas hensyn til at Underretten har vist i *Vandbreda* at også en rent teoretisk sjanse for at konkurransen blir avlyst, vil prege evalueringen av tilbyders sjanser. Der fikk leverandøren som vist kun 90 % av oppfyllelsesinteressen selv om han var eneste som kunne ha oppfylt. Med to relativt like tilbud vil evalueringen dermed ikke være 50/50, men snarere 45/45/10. Det kan likevel tenkes at sjansen for avlysning er enda mindre, eksempelvis i tilfeller der det er veldig liten forskjell på vinnertilbudet og de to påfølgende tilbud. Med dette kan det reises spørsmål om en analogi fra *Girardot* i det hele tatt åpner for å tilkjenne erstatning for tap av reelle sjanser til to tilbydere.

Rettstilstanden for EUs institusjoner etter TEUV art. 340 er med dette høyst uklar. Uklarheten til tross vil jeg mene at Underrettspraksis åpner for å kompensere de rene sjansene i disse særtilfellene.

5.3.3.2.3 *Praksis fra norske domstoler*

Spørsmålet er da om det er muligheter for å kompensere tap av tilsvarende store til å inngå kontrakt med oppdragsgiver med erstatning ut over negativ kontraktsinteresse i norsk rett.

Formuleringene i *Nucleus*³¹¹ åpner klart nok ikke for erstatning til mer enn én leverandør i en og samme konkurranse. To leverandører kan ikke på en og samme tid vise med «kvalifisert sannsynlighetsovervekt» at de «ville» fått kontrakten. Selv dersom man opererte med et alminnelig krav til sannsynlighetsovervekt, vil erstatning være utelukket ettersom ingen av de kan bevise en overvekt av sannsynlighet for at de ville fått kontrakten. Det må være helt klart at norsk rett hittil ikke har åpnet for kompensasjon i slike tilfeller. Ettersom det ville vært et svært klart brudd

³¹¹ Rt-2001-1069.

med årsakskravet i *Nucleus* mener jeg det må foreligge enten en utvikling fra Høyesterett, eller lovgivning for å kunne erstatte disse tilfellene med mer enn positiv kontraktsinteresse.

Unntak fra dette kan muligens tenkes dersom oppdragsgiver opptrer sterkt klanderverdig. Det er likevel ikke naturlig å ta hensyn til slike særtilpasninger i årsakskravet når siktemålet er å avklare overenstemmelsen med EØS-retten. Jeg vil også bemerke at det med styrke er fremholdt at norsk rett *burde* åpne for erstatning i slike tilfeller:

«Meget sterke hensyn taler i disse tilfellene for å tilkjenne erstatning basert på proposjonalitetsprinsippet. Noen rettssikkerhetsbetenkeligheter foreligger ikke. Det ville vært et ikke så rent lite paradoks om en annen anbyder som også hadde blitt krenket, skulle bli redningsplanken for innbyder. Ansvarsspørsmålet bør betraktes som et rent fordelingsspørsmål. Står to pretendenter tilnærmedesvis likt, vil det være naturlig å dele fortjenestetapet mellom dem.»³¹²

Situasjonen er dermed at det EØS-rettslige skadebegrepet åpner for å erstatte halvparten av leverandørens oppfyllelesinteresse, mens leverandøren kun kan få erstattet med den negative kontraktsinteressen. Spørsmålet er da om det er i overenstemmelse med retten til effektiv rettighetsbeskyttelse å ikke kompensere leverandøren med erstatning ut over negativ kontraktsinteresse.

5.3.3.2.4 *Er norsk rett i overenstemmelse med EØS-retten*

Som tidligere vist må det vurderes om erstatningen står i et rimelig forhold til leverandørens skade.³¹³ Vi kan for denne vurderingen forutsette at erstatning er eneste tilgjengelige beføyelse, slik at også den faktiske og effektive beskyttelsen i denne konkrete saken avhenger av erstatningsreglene.³¹⁴ I slike tilfeller vil også hensynet til at feil kommer

³¹² Simonsen (1997) s. 834.

³¹³ Utgangspunktet for vurderingen er redegjort for i detalj i pkt. 3.2 og særlig pkt. 3.2.4.

³¹⁴ For mer om dette vurderingstema se pkt. 3.2.2.

frem i lyset, og at EØS-retten i seg selv blir effektivt håndhevet, momenter som kan få vekt.

Erstatningsbeløpet for leverandørens tapte sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver kan bli svært høyt. Det illustreres av norsk rettspraksis hvor leverandøren for å tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, hvor leverandører har fått erstatning for fortjenestetap på flere millioner kroner.³¹⁵ Selv om erstatningen reduseres forholdsmessig med sjansen, vil erstatningssummene for en forholdsmessig del av oppfyllelsesinteressen kunne beløpe seg til flere titalls millioner kroner.

Erstatningsbeløpet for negativ kontraktsinteresse er langt lavere. Det må være temmelig åpenbart at leverandørene ikke er interessert i å bruke i nærheten av så mye penger på å inngi tilbud, som de potensielt kan tjene på å utføre kontrakten. Som i en loddtrekning er man villig til å gi noe for å kunne oppnå mye. Det viser også rettspraksis at er tilfelle. I *Nipas*³¹⁶ fikk leverandøren tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse med 200 000 kroner i en konkurranse hvor prisgrunnlaget i tilbudet var omtrent 40 millioner kroner.³¹⁷ I *Mester Yrkesbygg*³¹⁸ fikk leverandøren tilkjent 550 000 kroner i negativ kontraktsinteresse i konkurranse om totalentreprise med et pristak på 20 millioner kroner. Nå er det selvsagt ingen fullstendig sammenheng mellom kostnader som pådras for å delta i en konkurransen og kontraktsverdien, men erstatning for negativ kontraktsinteresse må som regel være langt lavere. Det illustreres også av partenes påstander i sakene hvor de har fått tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, men nedlagt subsidiær påstand om negativ kontraktsinteresse. I *AF Gruppen* ble det tilkjent erstatning for 40 millioner, og subsidiær påstand var begrenset til omtrent 2,5 millioner. Selv

³¹⁵ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) lister opp følgende eksempler (s. 2 note 1): «LB-2010-176631 *Isachsen Entreprenør* (8 millioner); LB-2012-36777 *Skanska* (56 millioner); LB-2015-29544-1 *Boger Bygg* (1,3 millioner); LE-2015-102226 *Seby* (knapt 20 millioner); LB-2015-72805 *Bt Signal* (25 millioner); TOSLO-2014-184164 *Af Gruppen* (40 millioner); LE-2015-149169 *Bentzen Transport* (2 millioner); TOSLO-2016-67346 *Skanska* (305 millioner!) (dommen er påanket); LG-2016-133934 *NordRen* (5,5 millioner) og LA-2015-189076-2 *Sunde Renovasjon & Gjenvinning* (5,25 millioner)».

³¹⁶ RG-2009-1529 *Nipas*.

³¹⁷ Om forholdet mellom kontraktssum og erstatningsbeløp se kap. 6.4.

³¹⁸ LB-2008-74693 *Mester Yrkesbygg*.

om erstatning for en reell sjanse til å inngå kontrakt med oppdragsgiver kun vil være halvparten av erstatningen i disse tilfellene, kan det åpenbart oppstå et svært stort sprik mellom erstatning for negativ kontraktsinteresse og sjansetapserstatning.

Det store spriket mellom utmåling av negativ kontraktsinteresse og sjansetapserstatning må kunne lede til at det, i alle fall i visse tilfeller, ikke er tilstrekkelig stor kompensasjon sammenliknet med det som ville fulgt av det EØS-rettslige skadebegrep. Vi står da overfor et analogt tilfelle til *Von Colson*, hvor den diskriminerte arbeidssøkeren kun fikk erstattet kostnadene hun hadde pådratt seg i forbindelse med jobbintervjuene og EU-domstolen uttalte at erstatning ikke må begrense seg til rent symbolske summer.³¹⁹

Konklusjonen er at norsk rett ikke åpner for tilstrekkelig stor kompensasjon når valgte leverandør skulle vært avvist, og det er klart at oppdragsgiver ville valgt ett av to relativt like tilbud. Her er det imidlertid mye usikkerhet knyttet til skadebegrepets status i EØS-retten, og anvendelsen av sjansetapserstatning for såpass lave sannsynligheter etter TEUV art. 340 annet ledd.

Konsekvensen av den potensielle underkompensasjon i norsk rett er at skadelidte må få en høyere kompensasjon. Om det målet nås ved å lempe på beviskravene for å oppnå positiv kontraktsinteresse i visse helt spesielle tilfeller, eller om det løses ved å operere med et annet skadebegrep, er opp til nasjonal rett å avgjøre.

5.3.3.3 Tre relativt like tilbud kunne blitt valgt

Vi kan se for oss samme tilfelle som over. Oppdragsgiver velger en tilbyder som skulle vært avvist. For denne delen kan vi se for oss at tre leverandører hadde tilnærmet like gode tilbud. Spørsmålet er om alle disse har bevist tap av en reell sjanse slik at de kan tilkjennes erstatning for en forholdsmessig del av oppfyllelsesinteressen.

Den grunnleggende problematikken fra *Nucleus* oppstår også her. Oppdragsgiver har gjort en feil i en anbudskonkurranse som kunne

³¹⁹ Se kap. 3.3.4 for en grunnleggende vurdering av samsvaret mellom det EØS-rettslige skadebegrepet og tilstrekkelig kompensasjon i nasjonale domstoler.

ledet til ansvar overfor en leverandør, men blir «reddet» av at ingen leverandører kan bevise faktisk årsakssammenheng i konkurranse med hverandre.

Her aktualiseres spørsmålet om hvor stor en sjanse må være for å være «reell». Som nevnt under kapittel 2.3.1 må dette bero på en konkret vurdering hvor også konkurransesituasjonen hensyntas. Spørsmålet er ikke løst av Underretten. Fra Engelsk rett ser vi at en sjanse på 25 % har medført erstatning for sjansetap i den berømte saken *Chaplin v. Hicks*, uten at den kan tjene som annet enn illustrasjon for vårt spørsmål. Med den generelt sett strenge tendensen i Underretten stiller jeg meg tvilende til at slike tilfeller oppfyller kravet til en reell og sikker skade. Videre må det anses for å være mindre praktisk at tre tilbydere ikke kan skillles.

EØS-retten oppstiller neppe noen plikt til å kompensere slike tilfeller med erstatning ut over negativ kontraktsinteresse i slike tilfeller.

5.3.4 Feil ved tilbudsevalueringen

5.3.4.1 Situasjonen

Spørsmålet er hvilke muligheter leverandører har til å bevise at de har tappt en reell sjanse som følge av oppdragsgivers feil i tilbudsevalueringen. Situasjonen er at oppdragsgiver har evaluert tilbudene, men evalueringen ble ikke gjennomført korrekt.

Det er ikke tilstrekkelig å påvise at oppdragsgiver har vurdert et kriterium på en mangelfull eller feilaktig måte. I tillegg må det bevises at leverandøren ville hatt en reell sjanse til å inngå kontrakt etter en lovlig evaluering.³²⁰

Når domstolene skal vurdere det hypotetiske hendelsesforløpet, basert på at feilen i evalueringen ikke inntraff, må de se hvordan oppdragsgiver ville vurdert tilbudene innenfor de rammene som er satt i anskaffelsesre-

³²⁰ En utfordring som viste seg i LF-2015-187242 *Fosen-Linjen* hvor det var umulig for å Fosen-Linjen å vise at de ville fått kontrakten når miljøkriteriet var umulig å etterprøve og oppdragsgiver hadde en avvisningsplikt. Se også Caranta (2011) s. 169.

gelverket.³²¹ Valg av tildelingskriteriene vil åpenbart ha stor betydning.³²² En domstol vil kunne overprøve klare kriterier, som «pris», men å finne det beste forholdet mellom pris og kvalitet er mer krevende.³²³ Ved særlige skjønnspregede kriterier, som «estetiske og funksjonelle egenskaper», eller «sosiale og innovative egenskaper»,³²⁴ må domstolene antakeligvis begrense seg til å prøve mer åpenbare feilvurderinger i lys av konkurransegrunnlaget eller grunnleggende krav i LOA § 4. I flere anskaffelsessaker må det antas å være et betydelig hinder for å vise hvordan konkurransen ville blitt gjennomført dersom det ikke var feil.³²⁵

5.3.4.2 Ansvar etter TEUV art. 340

For erstatning for tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt med en av EUs institusjonene, har nyere praksis fra Underretten oppstilt det jeg vil omtale som en presumsjon for årsakssammenheng. Begge sakene er anket og opphevet. En gjennomgang av Underrettens praksis vil dermed vise hvilken begrunnelse som ikke er tilstrekkelig for å påvise årsakssammenheng mellom feil i evalueringsfasen og tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt.

Sakene har flere likehetstrekk. EUs harmoniseringskontor for intellektuelle rettigheter (EUIPO) var oppdragsgiver og saksøkt i begge saker,³²⁶ og IT-selskapet European Dynamics var saksøker i begge sakene. Både i *OHIM*³²⁷ og *EUIPO*³²⁸ konkluderer Underretten med at leverandøren har lidt tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt ved å bli feilevaluert i konkurranser. Årsakssammenheng var bevist ut fra at leverandørene var rangert på plassen under den som åpnet for kontraktstildeling av en ram-

³²¹ Om skjønn etter anskaffelsesregelverket se Sanchez-Graells (2018) s. 4 og 5, Schebesta (2016) s. 62, Caranta (2011) s. 169 og Caranta (2013) s. 246.

³²² Caranta (2011) s. 169.

³²³ FOA § 18-1 (1).

³²⁴ FOA § 18-1 (3).

³²⁵ Igjen vises det til Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 28 flg for en redegjørelse av vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp i anskaffelsessaker.

³²⁶ Byttet navn fra OHIM i 2016.

³²⁷ T-299/11 *OHIM* Avgjørelsene er omtalt Dr. Albert Sanches-Graells' blog howtocrackanut.com 7. oktober 2015 under tittelen: «A very expensive slip of the pen?».

³²⁸ T-556/11 *EUIOP*.

meavtalene, og at det var «usannsynlig»³²⁹ at de *ikke* var i en posisjon hvor de kunne få kontrakten.³³⁰ Begge konkurransene ble gjennomført med såkalt «cascade mechanism» som åpnet for at også andre- og tredjeplass i konkurransen kunne utføre oppdrag som vinner av konkurransen ikke kunne utføre.

Først om *OHIM*. European Dynamics ble innstilt som nummer tre i konkurransen om IT-tjenester til harmoniseringskontoret. Hovedproblemet i evalueringen var at harmoniseringskontoret i realiteten hadde innført nye kriterier for vekting av underkriterier under tildelingskriteriet om erfaring, hvor to av underkriteriene i ettetid ble ansett for å være «the two most essential tasks».³³¹ Vilkåret om «substantive unlawful conduct» for feilaktig skjønnsutøvelse var oppfylt,³³² og spørsmålet var om tapet av sjansen til å få kontrakten i konkurransen stod i årsakssammenheng med feilene.

Om årsakssammenheng foretar Underretten en relativt konkret vurdering av konkurransesituasjonen:

«In the present case, it must be held that the substantive unlawful conduct committed by the contracting authority as part of individual and comparative assessments of the bids of the successful tenderers were likely to affect the first applicant's opportunity to be ranked in first or second position in the cascade mechanism. This is particularly true given the comparative assessment of those tenders under the first award criterion under which OHIM was guided by a manifestly erroneous reading of the tender specifications and by virtue of which the first applicant's bid received only 22.81 points out of a total of 40 points. It results from this moreover that, even taking into account the broad discretion of the contracting authority to award the contract at issue, the loss of opportunity suffered in the present case by the first applicant constitutes an actual and certain harm within the meaning of the case-law»³³³ (min understrekning)

³²⁹ «implausible» i engelsk språkversjon.

³³⁰ T-299/11 *OHIM* avsnitt 144 og tilsvarende i T-556/11 *EUJOP* avsnitt 416.

³³¹ Avsnitt 23, 41 og 42. Se for øvrig C-532/06 *Lianakis* avsnitt 38 om ny vekting av underkriterier.

³³² Avsnitt 141.

³³³ Avsnitt 144.

Uttalelsen gir klart uttrykk for at det var tilstrekkelig at en annen vurdering av det konkrete tildelingskriteriet *kunne* gitt European Dynamics kontrakten. Underretten går ikke inn på vurderingen av hvordan leverandørens tilbud ville/kunne blitt vurdert, dersom den feilen ikke hadde blitt begått. Ut fra dette må det sluttet at spørsmål om hvordan leverandørens tilbud hadde blitt vurdert, og hvilke sjanser som dermed skal erstattes, er et utmålings spørsmål. Underretten avviste samtidig at det, i alle fall for slike feil som ble begått her, er tilstrekkelig for oppdragsgiver å vise til at han kunne avlyst.³³⁴

«the mere fact that the first applicant was ranked third in the cascade mechanism and was thus accepted as a potential contractor, renders the premiss that the contracting authority could not be in a position to award it the contract in question implausible»³³⁵

I *EUJOP* fant Underretten en rekke feil ved tildelingsevalueringen, og kravet til ansvarsgrunnlag var oppfylt.³³⁶ Underretten viste ikke til *OHIM*, men det kan spores flere likehetstrekk ved vurdering av årsakssammenheng. For det første kan ikke oppdragsgiver motbevise årsakssammenheng ved å simpelthen si at konkurransen kunne blitt avlyst.³³⁷ For det andre ser Underretten ut til å legge til grunn at en lovlig vurdering kunne gitt leverandøren kontrakten. Det fremgår både av at feilen: «necessarily affected the latter's chance of being ranked higher in the cascade procedure and of becoming, at least, the third successful tenderer»³³⁸ og:

«In the present case, the fact that the first applicant was awarded the highest score for the technical quality of its tender, although that tender was ranked fourth, renders implausible the premiss

³³⁴ Avsnitt 144 første setning.

³³⁵ Avsnitt 144.

³³⁶ T-556/11 avsnitt 265. Feil inkluderer vurderingsfeil (avsnitt 104), flere feil ved tolkning av tilbud (avsnitt 114, 115, 134, 158, 166, 186), saksbehandlingsfeil (avsnitt 137-138) og flere begrunnelsesfeil (avsnitt 145, 254 til 256).

³³⁷ Avsnitt 268.

³³⁸ Avsnitt 269.

that the contracting authority could have been led not to award it the contract at issue but to offer it a framework contract with EUIPO.»³³⁹(min understrekning)

For det tredje bygger begge avgjørelsene på at kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse medfører at leverandøren må kunne tilkjennes sjansetapserstatning i saker hvor annullering ikke er en effektiv reaksjon.³⁴⁰ En fjerde likhet er at ingen av avgjørelsene tar stilling til hvordan tilbudene ville blitt vurdert.³⁴¹

Presumsjonen, som oppstilles i de to sakene for Underretten, har ikke fått tilslutning fra EU-domstolen. Begge sakene har blitt anket og opphevet av EU-domstolen. I den etterfølgende ankesaken av *OHIM* sluttet EU-domstolen seg til harmoniseringskontorets påstand om at Underretten «did not demonstrate or give reasons to support the contention that there was a causal link between the manifest errors of assessment found by the General Court».³⁴² Uttalelsene må sees i lys av at flere av feilene Underretten kom frem til, ikke er tilstrekkelig begrunnet.³⁴³ Langt klarere oppgjør med Underrettens avgjørelse finner vi i ankesaken etter *EUIPO* hvor EU-domstolen uttalte at tilfellet «åpenbart ikke oppfyller de krav» rettspraksis stiller til erstatning jf. TEUV art. 340 annet ledd.³⁴⁴ EU-domstolen følger opp med å uttale:

«Det skal bemærkes, at selv om European Dynamics Luxembourg m.fl. ganske vist har hævdet, at en korrekt anvendelse af udbudsproceduren ville have ført til en bedre placering af European Dynamics Luxembourgs tilbud, og at denne part således ville være blevet tildelt en af rammeaftalerne, har de imidlertid ikke godtgjort, at og i hvilket omfang, European Dynamics Luxembourg på baggrund af sagens faktiske omstændigheder, og eftersom EUIPO ikke havde

³³⁹ Avsnitt 270.

³⁴⁰ Avsnitt 271.

³⁴¹ Dette må i så fall kalkuleres inn i sannsynligheten for suksess som et ledd i utmålingen.

³⁴² Sak C-677/15 P *OHIM* Avsnitt 83 og 84.

³⁴³ Avsnitt 85 til 87.

³⁴⁴ C-376/16 P avsnitt 93.

begået nogen fejl, ville være blevet placeret bedre og have fået tildelt den omhandlede kontrakt.»³⁴⁵(min understrekning)

Her tar EU-domstolen klar avstand fra den lempelige terskelen Underretten la til grunn, og oppstiller svært strenge kriterier for å pålegge oppdragsgiver ansvar. Premisset åpner i utgangspunktet ikke for at leverandørens sjanser til å få en bedre plassering er tilstrekkelig, leverandøren må bevise at det hypotetiske hendelsesforløpet «ville» gitt en bedre plassering og dermed at han hadde fått en av kontraktene. Formuleringen er svært lik den Høyesterett oppstilte i *Nucleus* for krav om positiv kontraktsinteresse.

Etter dette må det anses som klart at presumsjonen ikke kan opprettholdes og at leverandøren må bevise at det hypotetiske hendelsesforløpet ville ledet til at leverandøren i alle fall ville hatt en reell sjanse til å inngå kontrakt.

5.3.4.3 **Praksis fra norske domstoler**

Lagmannsretten tok stilling til spørsmålet om det var årsakssammenheng mellom bruken av et ikke-etterprøvbart tildelingskriterium og leverandørens tap av kontrakten med oppdragsgiver i *Fosen-Linjen*. Tildelingskriteriet «miljø» kunne ikke etterprøves tilstrekkelig effektivt, og det inneholdt ikke krav til dokumentasjon. Feilen ga oppdragsgiver både en rett og plikt til å avlyse konkurransen. Leverandøren hadde også anført at valgte leverandør skulle vært avvist, men den anførselen nådde ikke frem. Spørsmålet om faktisk årsakssammenheng knytter seg derfor kun til feilen det utgjorde å innta et ugyldig tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget.

«Det forhold at kriteriet «miljø» var ulovlig, at det ikke lot seg dokumentere eller etterprøve, at selskapets opplyste drivstofforbruk i likhet med Norleds var usikkert, og at AtB hadde rett og plikt til å avlyse konkurransen, er tilstrekkelig til å konstatere at Fosen-Linjen ikke hadde krav på å bli tildelt kontrakten.»³⁴⁶

³⁴⁵ C-376/16 P avsnitt 94.

³⁴⁶ LF-2015-1872452 *Fosen-Linjen*.

Her trekker lagmannsretten frem en rekke momenter som forstås som kartlegging av det hypotetiske hendelsesforløp, forutsatt at feilen ikke hadde blitt begått. Her vil både avvisningsplikten i seg selv ha avgjørende betydning, og tilfelle er ikke særlig egnet til å belyse problemstillingen.³⁴⁷

Et tilfelle som i langt større grad illustrer en tilbøyelighet til å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse, finner vi i *ROAF*.³⁴⁸ Romerike Avfallsfordeling utlyste en anbudskonkurranse for avfallshenting. Tildelingen skulle skje etter det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. «Pris» skulle telle 60%, «kjøretøy» 19%, mens «operativ kvalitetssikring», «bemanning» og «miljø» skulle telle 7% hver. Tre tilbud ble inngitt, og det var små marginer mellom leverandørene Reno og Bentzen. Reno, som var eksisterende leverandør, ble evaluert best på både kriteriene «pris» og «kjøretøy». Lagmannsretten mente at oppdragsgiver la feil faktum til grunn, og brøt kravet til forutberegnelighet og likebehandling i evalueringsprosessen. Det ble for eksempel påvist at konkurransegrunnlaget etterspurte ulike typer kjøretøy, men at Reno som bare tilbød én type kjøretøy fikk høyest score på det tildelingskriteriet. På bakgrunn av tildelingskriteriene og den konkrete konkurransesituasjonen foretar lagmannsretten en konkret prøving av om Bentzen *ville* fått kontrakten etter en korrekt evaluering:

«Slik saken ligger an, var det bare marginale forskjeller i poengvurdering mellom partenes tilbud. Bentzens anbud ville likevel blitt poengsatt som best for begge kontraktsområder dersom Bentzens anbud hadde blitt som best på tildelingskriteriet «kjøretøy». Det er intet i saken som tyder på annet enn at kontrakten ville bli tildelt den som oppnådde den høyeste poengsummen, selv med marginale forskjeller til nest beste anbyder. Lagmannsretten er således kommet til at det er «klar sannsynlighetsovervekt», jf. kriteriet i Nucleus-dommen, for at kontrakten ville blitt tildelt Bentzen dersom deres kjøretøy hadde blitt vurdert som best.»³⁴⁹

³⁴⁷ Se Strandberg og Haukeland Fredriksen (2018) s. 30 flg. som drøfter spørsmålet om erstatningsrettslig vern som vilkår ved konkurranser som ikke lovlig kunne gjennomføres.

³⁴⁸ LE-2015-149169 *ROAF*.

³⁴⁹ LE-2015-149169 *ROAF* punkt 3 i dommen.

Avgjørelsen viser at norsk rett klart åpner for at erstatning for at positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes etter oppdragsgivers feilevaluering. Ut fra de strenge kravene EU-domstolen oppstilte i *EUIPO* synes det som at det er minst like vanskelig å nå frem med tilsvarende krav mot EUs institusjoner etter brudd på anskaffelsesreglene.

5.4 Sammenfatning

Gjennomgangen ovenfor viser at årsaks- og beviskravet som følger med sjansetapet etter TEUV art 340 annet ledd neppe gir grunnlag for å hevde at norsk rett underkompenserer leverandørers tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt. Snarere tvert imot viser gjennomgangen at norsk rett i stor utstrekning åpner for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse i de tilfellene det er mest aktuelt å kompensere tilsvarende tap av sjanse med sjansetapserstatning i Underretten.

Hittil ser det ut til at sannsynlighetskravet er høyt, og det er bare innvilget sjansetap i *Vandbreda* hvor det var 90 % sannsynlighet for at tilbyderer ville vunnet konkurransen.³⁵⁰ Norsk rett åpner for erstatning for positiv kontraktsinteresse i tilsvarende situasjon.

Et særtilfelle hvor EØS-retten muligens kan oppstille et krav til ytterligere kompensasjon i norsk rett er i tilfeller hvor det er klart at en av to leverandører ville blitt valgt, men uklart hvem. Her hefter det imidlertid betydelig usikkerhet knyttet til institusjonenes ansvar etter TEUV art. 340 og hvilke krav som følger av EØS-avtalen.

Feil ved tilbudsevaluering er den type feil som i størst grad har belyst rekkevidden av sjansetapserstatning etter EUs institusjoners brudd på anskaffelsesregelverket. For slike feil har EU-domstolen ikke godtatt Underrettens praksis som nærmest har oppstilt en presumsjon for at årsakssammenheng foreligger for visse typer feil.

Totalt sett er sjansetapets status og rekkevidde etter TEUV art. 340 høyst usikker. Konklusjonen er at norsk rett utvilsomt oppfyller EØS-rettens krav ved å overkompensere leverandører i de fleste tilfeller. Om

³⁵⁰ T-199/14 *Vandbreda* avsnitt 200 hvor de beregnet sannsynligheten til 90 %.

det er ytterligere krav til kompensasjon i norsk rett tror jeg det må oppstå i situasjoner hvor valgte leverandør skulle vært avvist, og to relativt like tilbydere kun får erstattet sin negative kontraktsinteresse.

5.5 Et tankeeksperiment om tilstramming i krav til positiv kontraktsinteresse

Ut fra drøftelsene over ser det ut til at det er et betydelig overlapp mellom kravene til årsakssammenheng for sjansetap og positiv kontraktsinteresse.³⁵¹ Spørsmålet i dette kapittelet er om innføring av sjansetap i norsk rett gir åpning for at det kreves «rettskrav» på kontrakt for positiv kontraktsinteresse.

For det generelle prekontraktuelle ansvaret sier Høyesterett at «[o]ppfyllelsesinteressen i en prekontraktuell fase har tradisjonelt ikke blitt ansett å ha erstatningsrettslig vern»³⁵². Positiv kontraktsinteresse forutsetter i alminnelighet avtale eller rettskrav. Dette utgangspunktet ble forlatt i *Nucleus* for å ta hensyn til særpregene ved anskaffelsesreglene.³⁵³

Skillet mellom «rettskrav» og «klar sannsynlighetsovervekt» for at leverandøren «ville» fått kontrakt, har betydning for leverandørens mulighet til å nå frem med krav om positiv kontraktsinteresse:

«Det er en potensielt viktig forskjell mellom «ville» på den ene side og «skulle» eller «måtte» på den andre – førstnevnte antyder en rent faktisk vurdering av om leverandøren ville fått kontrakten, mens sistnevnte kan tolkes slik at årsakskravet først er oppfylt dersom leverandøren hadde et rettskrav på å få tildelt kontrakten.»³⁵⁴

Leverandøren vil bare i helt særegne tilfeller ha et «rettskrav» på kontrakt ettersom «terskelen for lovlig avlysning av en konkurranse er lav».³⁵⁵ Til illustrasjon har verken Høyesterett eller Underretten kommet frem til

³⁵¹ Sml. T-199/14 avsnitt og Rt-2001-1062.

³⁵² Rt-2007-425 avsnitt 32 *Rikstotodommen*.

³⁵³ Rt-2001-1062 *Nucleus* s. 1075 og 1076.

³⁵⁴ Se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 25.

³⁵⁵ Haukeland Fredriksen og Strandberg s. 5. Se FOA § 25-4 første ledd.

at det foreligger «rettskrav» på en kontrakt som ikke har blitt inngått.³⁵⁶ Kontrasten er sterk mot den faktiske vurderingen om leverandøren «ville» fått kontrakten, som leverandører har nådd frem med i en lang rekke saker i norsk rett.³⁵⁷

Spørsmålet er om EØS-retten tillater å operere med et vilkår om «rettskrav» på kontrakten for å få tilkjent positiv kontraktsinteresse.

Ordlyden i direktivet, som simpelthen fastsetter at klageorganer skal ha kompetanse til «å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse», løser ikke spørsmålet. Utgangspunktet må da være at spørsmålet er overlatt til medlemsstatenes prosessautonomi. Vurderingen av om et rettskrav er forenlig med EØS-retten, er da et spørsmål om det er i strid med effektivitetsprinsippet eller kravet til effektiv rettighetsbeskyttelse. I *Fosen-Linjen* uttaler EFTA-domstolen:

«Det er en forutsetning for oppfyllelse av kravet om direkte årsakssammenheng at den forbigåtte tilbyder har lidd et faktisk tap av fortjeneste. Et slikt tap kan ikke foreligge i en situasjon der den forbigåtte tilbyder ikke har hatt noe gyldig krav på kontrakten.»³⁵⁸

Tilsynelatende er det ikke et absolutt forbud mot å operere med vilkår om rettskrav på kontrakten for å tilkjenne positiv kontraktsinteresse. Men likevel slik at: «[e]ffektivitetsprinsippet er til hinder for en nasjonal regel som gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning for tapt fortjeneste».³⁵⁹

Til tross for EFTA-domstolens tilsynelatende aksept for et vilkår om rettskrav konkludere Strandberg og Haukeland: «Etter vårt syn må det derfor kunne legges til grunn at EU/EØS-retten er til hinder for en nasjonal rettstilstand som gjør krav på tapt fortjeneste betinget av at det

³⁵⁶ Se likevel Rt-1998-1398 *Torghatten* hvor positiv kontraktsinteresse ble tildelt i sak om konsesjonstildeling gjennom anbudskonkurranse.

³⁵⁷ Se Røstum (2017) og hans gjennomgang av praksis.

³⁵⁸ Avsnitt 91.

³⁵⁹ Avsnitt 92.

foreligger et rettskrav på kontrakten.»³⁶⁰ Samtidig har Underretten i en rekke saker uttalt at det kreves rettskrav på kontrakt for å få erstatning for positiv kontraktsinteresse.³⁶¹ Jeg er enig med Haukeland og Strandberg så langt det gjelder effektivitetsprinsippets skranke i norsk rett etter dagens tilstand, hvor leverandører kan få tilkjent positiv kontraktsinteresse ved å bevise med kvalifisert sannsynlighetsovervekt at de ville fått kontrakten.³⁶² I motsetning til hva tilfelle ville vært dersom det var oppstilt et vilkår om rettskrav på kontrakt, har leverandøren en praktisk mulighet til å nå frem med et krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet er om effektivitetsprinsippet setter tilsvarende skranke i norsk rett dersom sjansetapserstatning innføres.

Om prøvingen av nasjonale reglers overenstemmelse med de grunnleggende prinsippet i EØS-retten, viser jeg til kapittel 3.3 og sammenfatningen i kapittel 3.3.5 hvor jeg benyttet speilegg som en metafor for våre EØS-rettslige forpliktelser. Det sentrale poenget er at nasjonale beføyelser må sees i sammenheng. Derfor vil jeg mene at effektivitetsprinsippet kan være til hinder for et vilkår om «rettskrav» for å få positiv kontraktsinteresse i et system som kun operer med positiv og negativ kontraktsinteresse, samtidig som det er tilstrekkelig effektivt i et system som også opererer en forholdsmessig utmåling for tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver. En slik fremgangsmåte kan også harmonisere observasjonen av at Underretten tilsynelatende oppstiller et krav om rettskrav på kontrakt med synspunktet at et krav om rettskrav på kontrakt vil være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.³⁶³

Konklusjonen ser dermed ut til å være at vilkår om «rettskrav» er forenlig med EØS-retten dersom sjansetapserstatning innføres.

³⁶⁰ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 6.

³⁶¹ For en oversikt over den sprikende praksisen fra Underretten se Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) s. 5 og 6 note 25 og 30.

³⁶² Rt-2001-1069 *Nucleus*.

³⁶³ Se Strandberg og Haukeland Fredriksen (2018) som kommer frem til at det ikke kan oppstilles et krav om rettskrav på kontrakt innenfor rammene av effektivitetsprinsippet.

6 Utmåling

6.1 Spørsmålet og utgangspunktet

De foregående kapitlene har vist hvilke forutsetninger som må være til stede for erstatningskravet i det hele tatt eksisterer. Vi skal nå se på hvordan skaden – sjansetapet – kan kvantifiseres i penger. Som poengtert i kapittel 1.5 skiller dette kapittelet seg noe fra de øvrige. Ettersom det ikke er noe utmålingsprinsipp i norsk rett som åpner for en forholdsmessig kompensasjon av tap av reelle sjanser til å oppnå en gevinst, kan det ikke foretas noen vurdering av om en utmålingsregel som bygger på sjansetapserstatning i norsk rett er i overenstemmelse med EØS-rettens krav. I stedet for å vurdere om norske utmålingsregler er i overenstemmelse med EØS-rettens krav, vil jeg behandle spørsmålet om hvordan norske utmålingsregler *kan* utformes dersom de skal basere seg på en forholdsmessig tapsutmåling. Institusjonenes ansvar etter TEUV art. 340 blir i denne sammenheng benyttet som en inspirasjonskilde som presumtvt gir uttrykk for et regelsett som er i overenstemmelse med EØS-retten.

Det grunnleggende erstatningsrettslige utgangspunktet er at skadelidte skal ha erstattet sitt fulle økonomiske tap.³⁶⁴ Formålet er å gjenopprette skadelidtes økonomiske posisjon slik den ville vært om den ansvarsbe-
tingende handlingen ikke hadde funnet sted. Som uttrykt i *Ølberg* må «[u]tgangspunktet for beregningen av tapet ... være at tunnelselskapet skal stilles som om Fearnleys informasjon og rådgivning hadde vært aktsom».³⁶⁵ *Ølberg* gir uttrykk for en tilnærming basert på differanse. Erstatningen er differansen mellom formuesstillingen etter at skaden har inntruffet og formuesstillingen slik den ville vært uten skaden.

³⁶⁴ Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 491, Wilhelmsen og Hagland s. 316. Skl. §§ 4-1, 3-1 og 3-4

³⁶⁵ Rt-1993-1524 *Ølberg* avsnitt 49

6.2 Underrettens sjekkliste

På grunn av usikkerhet knyttet til bevis av skadens omfang har ikke Underretten kunnet utmåle erstatning i sakene hvor den har tilkjent sjansetapserstatning. Underretten i første omgang overlatt utmålingen til partene, men gitt kriterier for utmålingen.³⁶⁶

For det første må verdien på kontrakten fastsettes. For det andre må sjansen for suksess kalkuleres ut fra tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget. For det tredje må man i de konkrete sakene ta hensyn til muligheten til fornyelse av kontrakten dersom konkurransegrunnlaget åpnet for det. For det fjerde må leverandørens fortjenestemargin fastslås. For det femte må leverandørens inntekter og besparelser ved å ikke gjennomføre kontrakten trekkes fra for å unngå overkompensasjon. For det sjette må det netto inntektstapet multipliseres med sjansen.

Fremgangsmåten til Underretten passer godt som en spesifisert fremgangsmåte for å fastslå differansen av leverandørens formuesstilling med og uten skade som er det klare utgangspunktet i norsk rett. De to hovedspørsmålene som må besvares er hvilken inntekt leverandøren har med skaden, og hvilken inntekt leverandøren ville hatt foruten skaden.

6.3 Leverandørens inntekter med skaden

Hva leverandørene tjener med skaden, som i dette tilfelle er leverandørens formuesstilling etter å ikke ha inngått den konkrete kontrakten med oppdragsgiver, må vurderes likt for sjansetap som for tap av positiv kontraktsinteresse.

Hovedregelen er at leverandørens inntekter med skaden går i fradrag fra kontraktssummen. Det følger direkte av differanseprinsippet erstatningsutmålingen bygger på. Forutsetningen må være at inntektene stammer fra kontrakter som leverandøren ikke kunne gjennomført dersom han fikk den aktuelle kontrakten. Videre må den alminnelige

³⁶⁶ T-299/11 *OHIM* avsnitt 149 flg og nesten identisk i T-556/11 *EUIPO* avsnitt 275 flg. I T-199/14 *Vandbreda* overlot Underretten spørsmålet til partene uten nærmere anvisning på hvordan tapet skulle kvantifiseres.

tapsbegrensningsplikten medføre fradrag for eventuelle inntekter man med rimelighet må kunne forvente at leverandøren kunne oppnådd i perioden.³⁶⁷

Ettersom leverandørens inntekt med skaden ikke reiser spørsmål som særlig knytter seg til sjansetap avstår jeg fra å foreta videre drøftelser. Det mer aktuelle spørsmålet i vår sammenheng er hvordan leverandørens formuesstilling uten skaden skal bedømmes. Altså, hvordan vi skal verdsette den tapte sjansen

6.4 Leverandørens formuesstilling uten skaden

6.4.1 Verdien av kontrakten

Ett grunnleggende problem er å fastslå hva leverandøren ville tjent uten skaden gitt at kontrakten ville tilfalt han. Først må selve kontrakten evalueres, hvilket reiser kompliserte vurderinger i seg selv:

«This might be straightforward for a short term contract for the supply of an off-the-shelf product, but much more difficult, in relation to, for example, a complex long-term construction contract, where many unknown factors may affect the cost of performance.»³⁶⁸

Problemet knyttet til bevis på verdien av en utført kontrakt har ledet til utmålingen til tider baseres på skjønsmessige kriterier. I *Gate Gourmet* uttaler Høyesterett:

Jeg bemerker at bruken av gjennomsnittsbetraktninger i rettspraksis har sammenheng med at det ikke har vært stilt særlig strenge krav til bevis for det tap anbyderen har lidt. Er det først på det rene at det er grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse, vil domstolen i stor utstrekning måtte basere erstatningsutmålingen på rent skjønsmessige betraktninger. Dette forhindrer imidlertid ikke at domstolene må vurdere de innvendinger som i den

³⁶⁷ Som Rt-1998-1398 *Torghatten*.

³⁶⁸ Arrowsmith (1993) s. 72.

enkelte sak blir gjort gjeldende mot å anvende gjennomsnittsbetraktninger ved erstatningsutmålingen.³⁶⁹

I anskaffelsesretten er det særlig to alternativer som fremstår som aktuelle ved verdsettelse av oppfyllelsesinteressen.

Et første alternativ er å ta utgangspunkt i leverandørens egne budsjetter.³⁷⁰ I mange tilfeller vil leverandøren selv ha planlagt hvilke inntekter og utgifter han ville fått ved gjennomføringen av kontrakten. I så fall må domstolene ta høyde for at budsjettet gir uttrykk for avkastning gitt at kontrakten skulle gjennomføres. Når leverandøren ikke trenger å gjennomføre arbeidet sparer han seg også for risiko som typisk er kalkulert inn. Samtidig må domstolene stille spørsmålet om ressursene kunne blitt omdisponert jf. tapsbegrensningsplikten.

Et annet alternativ er å legge forventet avkastning i bransjen til grunn.³⁷¹ Kontraktssummen er kjent gjennom leverandørens tilbud. Hvor store deler av summen leverandøren sitter igjen med, vil variere fra bransje til bransje. Når gjennomsnittlig avkastning er lagt til grunn kan domstolen beregne avkastningen ut fra denne.

Fremgangsmåtene er to ulike veier til ett og samme mål: å bevise hvor mye penger leverandøren har tapt ved å ikke kunne gjennomføre kontrakten. For erstatning for positiv kontraktsinteresse tilsvare erstatningen denne summen. For sjansetapet må vi også avklare hvordan summen reduseres forholdsmessig med sjansen.

6.4.2 Evalueringen av sjansen

I kapittel 3 forutsatte vi at sjansetapet kan bli ansett for å være en relevant skade i norsk rett, men at et slikt vern antakelig krever lovhjemmel. Dersom sjansene blir vernet oppstår spørsmålet om hvordan de kan evalueres.

³⁶⁹ Rt-2001-1288 på s. 1301 *Gate Gourmet* som gjaldt ansvar i kontrakt uten at jeg kan se at det har betydning for utmålingen.

³⁷⁰ RG-2007-1390 hvor lagmannsretten unngikk å ta utgangspunkt i forventet avkastning i bransjen, men heller la leverandørens budsjetter til grunn.

³⁷¹ Se Rt-2001-1062 *Nucleus* nederst på s. 1079 hvor Høyesterett legger til grunn en margin på 7 %.

Som tidligere vist kan ikke sjansetapet omsettes for penger. Sjansetapet kan heller ikke konverteres til penger ved å se på mulighetene for å reparere skaden.

Utmålingen forutsetter en metode for å vurdere den økonomiske verdien på selvstendig grunnlag. Jeg kan ikke se at lignende behov reiser seg for andre tapstyper, ettersom det enten vil være mulig å omsette eller reparere verdien. Et alternativ kan være synspunktene som ligger til grunn for mènensatning, men ettersom mènensatning forutsetter integritetskrenkelse fremstår at overføringsverdien som liten.³⁷²

Underretten går ikke i detalj på hvordan de evaluerer tilbyderens sjanser, og jeg vil ikke sikte høyere enn å gi et forslag til en fremgangsmåte for å evaluere sjansen en leverandør har til nå opp i en anbudskonkurransen.

En første del av evalueringen må være å vurdere tilbudene opp mot tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.³⁷³ Avhengig av hvilke valg oppdragsgiver har gjort ved utformingen av konkurransen, oppstår det en varierende grad av skjønn. Likevel kan ikke kriteriene gi oppdragsgiver «en ubegrenset skjønnsfrihet» eller stride mot de grunnleggende kravene i LOA § 4. Utgangspunktet for vurderingen av leverandørens sjanse må etter mitt syn være å ta utgangspunkt i de skjønnsfrie kriteriene domstolene kan overprøve uten videre. Om oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av lavest pris, og pris er eneste tildelingskriterium, er det en ukomplisert oppgave. Dersom det i tillegg er skjønnspregede kriterier som det typisk er ved utvelgelse på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, må domstolene gå ett steg videre og forsøksvis fastslå hvordan tilbudet ville blitt evaluert innenfor lovlige rammer. Problemet er at domstolene ikke kan sette seg i oppdragsgivers sted og utøve oppdragsgiverskjønnet selv.³⁷⁴ Domstolen må heller vurdere hvordan oppdragsgiver sannsynligvis ville utøvd skjønnsfriheten. At en slik tallfesting vil være krevende for domstolene, fremstår som åpenbart.

³⁷² Skl. § 3-1.

³⁷³ FOA § 8-11 setter krav for tildelingskriterier under EØS-terskelverdi §§ 18-1 og 18-2 regulerer tildelingskriterier for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien.

³⁷⁴ Se kap 5.2

I en konkurranse med flere tilbydere, og det er usikkert hvem av de som ville fått kontrakten, er det mulig å anvende en minimalistisk sjansetapsberegning ved å dele erstatningen likt mellom de som hadde en sjanse til å få kontrakten. For det første vil det spare domstolen fra å foreta en fullstendig undersøkelse av oppdragsgivers hypotetiske evalueringer. Det er i så fall en retts teknisk enkel løsning. For det andre har en slik løsning en viss støtte fra fremmed rett. Et eksempel er *Chaplin v. Hicks* hvor den britiske ankedomstolen unnlot å prøve den eksakte sjansen modellen hadde til å nå opp i konkurransen, men i stedet ga erstatning for 25 % basert på at modellen var en av fire klassevinnere i kvalifikasjonsrunden. Domstolen unngikk med dette å se på modellens mulighet opp mot de øvrige deltakerne i skjønnhetskonkurransen. En slik løsning fremstår som mest retts teknisk heldig, og må antakeligvis også legges til grunn i situasjonene hvor det er flere relativt like tilbud.

I en konkurranse hvor leverandøren var eneste som kunne fått oppdraget, men oppdragsgiver anfører at han ville avlyst konkurransen, kan vi få en viss veiledning fra *Vandbreda*. Som tidligere nevnt var leverandøren den eneste som lovlig kunne blitt valgt. Problemet i den saken var å avgjøre hvilken betydning det hadde at leverandøren kunne avlyst konkurransen. Leverandører vil anføre at en korrekt hypotetisk evaluering ville ledet til at kontrakten tilfalt dem. Oppdragsgivere vil på sin side anføre flere alternative hendelsesforløp som ville kommet i veien for kontraktsinngåelsen. Eksempelvis at deres behov endret seg, at de ville utført i egen regi eller at anskaffelsen ble dyrere enn forventet. Her må domstolen skjønnsmessig sette en grad av sannsynlighet på hvert alternativ, og trekke fra sannsynligheten på bakgrunn av hvert av de alternative hendelsesforløpene som ville ledet til at kontrakt ikke ville blitt inngått. Denne vurderingen vil aldri bli helt presis og bør etter mitt syn settes til et rundt tall, slik vi også så i *Vandbreda*.

Vi har nå sett hvilke spørsmål domstolene må stille og hvilke poster som inngår i tapsutmålingen. Både evalueringen av kontrakten og sjansen kan reise krevende faktiske spørsmål for domstolene, og det vil lett oppstå situasjonene hvor domstolene vil være i tvil om hvilke faktiske forhold

som skal legges til grunn. Det reiser spørsmål om hvilke regler for bevis som gjelder for utmålingen.

6.5 Bevis for tapets størrelse

Spørsmålet er hvilket beviskrav som kommer til anvendelse for fastsettelsen av tapets størrelse.

Et første spørsmål er om det skjerpede beviskravet fra *Nucleus* kommer til anvendelse. Høyesterett uttalte at «[d]et må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.»³⁷⁵ Her ser vi imidlertid at Høyesterett knytter beviskravet direkte opp mot bevis for årsakssammenheng. I tillegg er det klart fra påfølgende avsnitt i *Nucleus* at Høyesterett ikke anvender et skjerpet beviskrav for utmålingen. Det er derfor ikke holdepunkter i *Nucleus* for at beviskravet skal anvendes i tapsutmålingen.

At et lavere beviskrav gjelder for utmålingen er også i overenstemmelse med det tradisjonelle utgangspunktet som redegjort for av Simonsen:

«et anerkjent prinsipp i norsk erstatningsrett at det ikke er påkrevet for skadelidte å bevise tapets størrelse dersom det er på det rene at skade faktisk har inntrådt. I slike situasjoner vil domstolene fastsette erstatningen skjønnsmessig.»³⁷⁶

En slik fremgangsmåte må åpenbart være i overenstemmelse med EØS-rettslige forpliktelser. EU-domstolene selv anvender i utgangspunktet det samme strenge kravet både for erstatningskravets eksistens og omfang.³⁷⁷

Konklusjonen må altså være den at det ikke gjelder et skjerpet beviskrav for utmålingen av erstatning, og at utmålingen kan bero på en grad av skjønn. Dette er klar i overenstemmelse med EØS-rettslige forpliktelser som ser ut til å åpne for å anvende et strengere krav til bevis av skadens omfang enn norsk rett gjør per i dag.

³⁷⁵ Rt-2001-1062 s. 1079.

³⁷⁶ Simonsen (1997) s. 823 med henvisning til Rt-1982-394 *Sterling International* på s. 403. Se også Rt-1991-395 *Lisemette*.

³⁷⁷ Se Haukeland Fredriksen (2013) s. 511.

7 Avslutning

Drøftelsene har vist at det norske skadebegrepet er i overenstemmelse med EØS-rettens krav. Skadebegrepene er ikke harmonisert i direktivteksten, og det er da i utgangspunktet opp til medlemsstatene selv å avgjøre om sjansetap kan utgjøre erstatningsrettslig relevante skader. Medlemsstatenes valgfrihet er likevel begrenset. De generelle EØS-rettslige kravene til effektivitet, ekvivalens og effektiv rettighetsbeskyttelse medfører at medlemsland som, på grunn av sitt skadebegrep, ikke i tilstrekkelig grad kompenserer tap av reelle sjanser til å inngå kontrakt med oppdragsgiver er i traktatbrudd. Prøvingen av det nasjonale erstatningssystemet vil særlig knytte seg til spørsmålet om erstatningsreglene åpner for tilstrekkelig kompensasjon. Ettersom vurderingen knytter seg til et EØS-rettslig skadebegrep som anerkjenner tap av reelle sjanser til i en anbudskonkurransen, vil det norske systemet være noe mer utsatt for å være i uoverensstemmelse med EØS-retten i enkelte tilfeller. Analysen av de ulike typetilfellene viser at erstatning for positiv kontraktsinteresse i norsk rett stort sett kan tilkjennes i de tilfellene som svarer til dem der leverandører etter Underrettens praksis kan få erstatning for tap av en reell sjanse til å inngå kontrakt. Her har det imidlertid vært krevende å analysere randsonene. Ett særtilfelle, som kan trekkes frem som potensielt EØS-stridig, er der hvor valgte leverandør skulle vært avvist og kontrakten klart skulle gått til én av to tilbydere. Analysen har også vist at norsk rett overoppfyller kravene til kompensasjon i flere tilfeller.

Det har vært det tradisjonelle utgangspunktet i både norsk rett, og i de rettstradisjonene som er felles for medlemsstatene etter TEUV art. 340, at erstatning for tap av kontrakten ikke kan tilkjennes på grunnlag av regelbrudd foretatt i en prekontraktuell fase. Et slikt utgangspunkt kan ikke gjelde uten nyanseringer der det kreves erstatning for tap voldt ved brudd på anskaffelsesregelverket. Leverandører må på en eller annen måte kunne bli kompensert med erstatning som bygger på en forutsetning om oppfyllelse av kontrakten. For EUs institusjoner har utgangspunktet blitt nyansert ved at skadebegrepet åpner for kompensasjon av rene sjanser til å nå opp

i en anbudskonkurranse. I norsk rett ble det løst gjennom en nyansering i årsaks- og beviskravet for positiv kontraktsinteresse. Leverandørene kan åpenbart bli stilt i en krevende bevisituasjon når de skal bevise faktisk årsakssammenheng mellom oppdragsgivers feil og deres tap av kontrakten. Gjennomgangen av de ulike typetilfellene viser at en slik bevisproblematikk også er til stede i erstatningssaker mot EUs institusjoner. Som det har blitt observert er det krevende å holde institusjonene ansvarlige for brudd på anskaffelsesretten etter TEUV art. 340. Om EU-domstolen går i retning av å utvikle erstatningsansvaret etter brudd på anskaffelsesregelverket, kan det spørres om forutsetningen om at medlemstatene ikke skal holdes ansvarlige etter strengere normer enn institusjonene jf. *Brasserie du Pêcheur* vil bryte. Det ble illustrert i *Fosen-Linjen* hvor EFTA-domstolen oppstilte et rent regelbruddsansvar, hvilket utgjorde en strengere norm enn den institusjonene selv svarer for. Her kan det oppstå spørsmål om det er i overensstemmelse med EU-domstolens føringer at medlemsstatenes ansvar strammes inn først, for så å kreve at institusjonsansvaret følger etter. Dersom EU-domstolen går i retning av å stramme inn medlemsstatenes ansvar uten å følge opp ovenfor EUs institusjoner vil det være et klart holdepunkt for at forutsetningene i *Brasserie du Pêcheur* ikke kommer til anvendelse dersom medlemsstatenes ansvar er hjemlet i direktiv. Et spørsmål som inntil videre fremstår er uavklart.

Et hovedpoeng i oppgaven har vært å se de materielle erstatningsreglene i sammenheng med de prosessuelle bevisreglene. Bevisreglene fremstår som en av årsakene til at det mer åpne skadebegrepet Underretten opererer med, sammenliknet med norsk rett, ikke resulterer i at leverandører får medhold i flere typetilfeller. Dersom norsk lovgiver skulle finne grunn til å innføre sjansetapserstatning må det tas høyde for sammenhengen mellom de materielle og de prosessuelle reglene. Oppgaven har ikke gått nærmere inn på problemstillinger av prosessuell art. Det er ikke utenkelig at ulike prosessuelle konstellasjoner kan ha innvirkning på noen av de materielle årsaks- og bevisspørsmålene som oppstår. Hittil har det ikke vært prøvd om leverandører kan gå sammen i tilfeller hvor det er klart at oppdragsgiver har begått en ansvarsbetingende feil, og det er klart at kontrakten ville tilfalt en av saksøkerne. Det kan

tenkes at et leverandørfellesskap forsøker å slå sammen sjansene sine ved å gå til felles søksmål,³⁷⁸ eller at leverandørene overdrar kravene til én leverandør. Til tross for at det fremstår som lite naturlig at de kan undergrave de materielle reglene ved å forene det som rent prosessuelt må være ulike «krav», har det heller ikke blitt utelukket av domstolene. Analogier fra andre områder hvor det er klart at skadevolder har påført noen en skade, men umulig å fastslå hvem, er krevende å finne.

Et annet sett med problemer som ikke har blitt berørt er anvendelsen av sjansetapserstatning på andre rettsområder. Som vist er sjansetapserstatning en løsning på en bevisutfordring ved kartlegging av det hypotetiske hendelsesforløpet. Særlig der framtidsutsiktene er påvirket av muligheter, eller risiko, kan sjansetapserstatning muligens komme til sin rett. Eksempelvis erstatning etter feiloperasjoner på pasienter som allerede på operasjonstidspunktet kun hadde en viss sjanse for overlevelse. Et aspekt som kan komme inn i vurderingen er om det er et særlig behov for å sanksjonere et rettsbrudd med erstatning i saker hvor det hypotetiske hendelsesforløpet er av særlig usikker karakter. En idé kan være å anvende erstatning for sjansetap etter brudd på likestillingslovverket i ansettelsessaker som et alternativ til oppreisning i de sakene skadelidte ikke kan påvise årsakssammenheng.³⁷⁹

Analysen i oppgaven har illustrert viktigheten av innsikt og kunnskap i EØS-rettens krav til nasjonale erstatningsregler innenfor anskaffelsesretten. Hovedregelen er at de nasjonale erstatningsreglene må tolkes i overenstemmelse med EØS-rettens krav. EØS-retten får dermed en direkte betydning for tolkningen av nasjonale erstatningsregler. Videre har EØS-retten en indirekte betydning ved å kartlegge når ansvar må begrunnes ut fra rent nasjonale hensyn. I den grad EØS-retten ikke oppstiller krav til erstatning fra nasjonale domstoler, vil EØS-retten naturlig nok heller ikke begrunne et erstatningsansvar overfor den offentlige oppdragsgiveren. Nasjonale erstatningsregler kan åpenbart favne over slike tilfeller også, men ansvaret må i så fall ha grunnlag i andre kilder enn de rent EØS-rettslige. Analyser som den som er gjennomført i oppgaven her vil med dette ikke bare bidra til økt forståelse av EØS-rett, men også av norsk rett.

³⁷⁸ Tvl. § 15-1 jf. § 15-2

³⁷⁹ Likestillingsloven § 38.

8 Siterte kilder

8.1 Konvensjoner

Charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter. Konsolidert versjon 2016.	(EUT 2016/C 202/01) sitert fra Eur-Lex-databasen
EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992	Sitert fra lovdata
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007. Konsolidert versjon 2016.	(EUT 2016/C 202/01) sitert fra Eur-Lex-databasen

8.2 Lovgivning

8.2.1 Direktiver og forordninger

Sitert fra Eur-Lex-databasen eller lovdata

År	Tittel
Direktiv 76/207/EØF	Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår
Direktiv 89/665/EØF	Rådsdirektiv av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter [Klagedirektiv 1] [Håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor]

- Direktiv 92/13/EØF Rådskonferanse av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon [Klagedirektiv 2] [Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektoren]
- Direktiv 2004/18/EF Europaparlaments- og rådskonferanse 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [Anskaffelsesdirektiv] [Innkjøpsdirektivet]
- Direktiv 2004/17/EF Europaparlaments- og rådskonferanse 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av kontrakter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester [Forsyningsvirksomhetsdirektivet]
- Direktiv 2007/66/EF Europaparlaments- og rådskonferanse 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådskonferanse 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter
- Direktiv 2014/24/EU Europaparlaments- og rådskonferanse 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF
- Direktiv 2014/25/EU Europaparlaments- og rådskonferanse 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF

- Direktiv Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 2014/104/EU 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret EØS-relevant tekst
- Forordning Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af (EF) nr. 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De 1605/2002 Europæiske Fællesskabers almindelige budget (oppehvet)

8.2.2 Norske lover og forskrifter

Sitert fra lovdata

- 1969 Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
- 2016 Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)
- 2016 Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften)

8.2.3 Forskrifter og budsjettreguleringer

Sitert fra Eur-Lex-databasen

Budsjett- Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 of the European
regulering Parliament and of the Council of 25 October 2012 on
966/2012 the financial rules applicable to the general budget of the
Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom)
No 1605/2002

Budsjett- Commission Delegated Regulation (EU) No 1268/2012
regulering of 29 October 2012 on the rules of application of
1268/2012 Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 of the European
Parliament and of the Council on the financial rules
applicable to the general budget of the Union

8.3 Forarbeider

Sitert fra lovdata

Ot.prp.nr. 11 om lov om endring i lov 27 november 1992 nr 116 om
(1995–1996) offentlige anskaffelser mv

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

Ot. prp. nr. 71 Om lov om offentlige anskaffelser
(1997–1998)

NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser
Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

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

8.4 Rettspraksis

8.4.1 EU-domstolen og Underretten

Sitert fra Curia-databasen

Saksnummer	Parter	Publisert
C-14/83 <i>Von Colson</i>	Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen	ECLI:EU:C:1984:153
C-222/84 <i>Johnston</i>	Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary	ECLI:EU:C:1986:206
Forente saker C-6/90 og C-9/90 <i>Francovich</i>	Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italia	ECLI:EU:C:1991:428
Forente saker C-46/93 og C-48/93 <i>Brasserie du Pêcheur</i>	Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others.	ECLI:EU:C:1996:79
Forente saker C-430/93 og C-431/93 <i>Van Schijndel</i>	Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten	ECLI:EU:C:1995:441
C-261/95 <i>Palmisani</i>	Rosalba Palmisani v Istituto nazionale della previdenza sociale	ECLI:EU:C:1997:351

C-276/01 <i>Steffensen</i>	Joachim Steffensen	ECLI:EU:C:2003:228
C-222/02 <i>Peter Paul</i>	Peter Paul, Cornelia Sonnen-Lütte and Christel Mörkens v Bundesrepublik Deutschland.	ECLI:EU:C:2004:606
C-275/03 <i>Kommisjonen mot Portugal</i>	Commission v Portugal	ECLI:EU:C:2004:632
C-470/03 <i>COS. ME</i>	A.G.M.-COS.MET Srl v Suomen valtio and Tarmo Lehtinen.	ECLI:EU:C:2007:213
C-432/05 <i>Unibet</i>	Unibet (London) Ltd and Unibet (International)Ltd v Justitiekanslern	ECLI:EU:C:2007:163
C-348/06 <i>P Girardot</i>	Commission of the European Communities v Marie-Claude Girardot	ECLI:EU:C:2008:107
C-454/06 <i>Presstext</i>	presstext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.	ECLI:EU:C:2008:351
C-532/06 <i>Lianakis</i>	Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos v Dimos Alexandroupolis and Others.	ECLI:EU:C:2008:40

C-555/07 <i>Küçükdevenci</i>	Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG.	ECLI:EU:C:2010:21
C-568/08 <i>Combinatie Spijker</i>	Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie and Others v Provincie Drenthe.	ECLI:EU:C:2010:751
C-314/09 <i>Strabag</i>	Stadt Graz v Strabag AG and Others.	ECLI:EU:C:2010:567
C-420/11 <i>Leth</i>	Jutta Leth v Republik Österreich, Land Niederösterreich	ECLI:EU:C:2013:166
C-611/12 P <i>Giordano</i>	Jean-François Giordano v European Commission	ECLI:EU:C:2014:2282
C-440/13 <i>Croce Amica One</i>	Croce Amica One Italia Srl v Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)	ECLI:EU:C:2014:2435
C-628/13 <i>Lafonta</i>	Jean-Bernard Lafonta v Autorité des marchés financiers	ECLI:EU:C:2015:162
C-45/15 <i>Safa Nicu</i>	Safa Nicu Sepahan Co. v Council of the European Union	ECLI:EU:C:2017:402
Forente saker C-360/15 og C-31/16 <i>Visser</i>	College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort v X BV and Visser Vastgoed Beleggingen BV v Raad van de gemeente Appingedam	ECLI:EU:C:2018:44
C-677/15 P <i>OHIM</i>	European Union Intellectual Property Office v European Dynamics Luxembourg SA and Others	ECLI:EU:C:2017:998

C-198/16 P <i>Agriconsulting Europe</i>	Agriconsulting Europe SA v European Commission	ECLI:EU:C:2017:784
C-376/16 P <i>EUIPO</i>	European Union Intellectual Property Office v European Dynamics Belgium SA and Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE	ECLI:EU:C:2018:299
T-230/94 <i>Farrugia</i>	Frederick Farrugia v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:1996:40
T-10/02 <i>Girardot</i>	Marie-Claude Girardot v European Commission	ECLI:EU:T:2006:148
T-40/01 <i>Scan Office Design</i>	Scan Office Design SA v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:2002:288
T-140/04 <i>Echon</i>	Adviesbureau Ehcon BV v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:2005:321
T-271/04 <i>Citymo</i>	Citymo SA v Commission of the European Communities.	ECLI:EU:T:2007:128
T-495/04 <i>Belfass</i>	Belfass v Council	ECLI:EU:T:2008:160
T-461/08 <i>Evropaïki Dynamiki mot EIB</i>	Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Investment Bank	ECLI:EU:T:2011:494

T-299/11 <i>European Dynamics Luxembourg mot OHIM</i>	European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE and European Dynamics Belgium SA v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM).	ECLI:EU:T:2015:757
T-498/11 <i>Evropean Dynamics mot Kommisjonen</i>	Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission	ECLI:EU:T:2014:831
T-556/11 <i>EUIPO</i>	European Dynamics Luxembourg SA and Others v European Union Intellectual Property Office.	ECLI:EU:T:2016:248
Forente saker T-91/12 og T-280/12 <i>Flying</i>	Flying Holding NV and Others v European Commission	ECLI:EU:T:2014:832
T-570/13 <i>Agriconsulting Europe</i>	Agriconsulting Europe SA v European Commission	ECLI:EU:T:2016:40
T-199/14 <i>Vanbreda Risk & Benefits</i>	Vanbreda Risk & Benefits v European Commission	ECLI:EU:T:2016:532

8.4.2 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

Sitert fra Curia-databasen

Forfatter	Sak	Publisert
Trabucchi	<i>C-26/74 Roquette v Commission</i>	ECLI:EU:C:1976:47
Villalón, Cruz (2014)	<i>C-611/12 P Jean-François Giordano v European Commission</i>	ECLI:EU:C:2014:195
Villalón, Cruz (2014)	<i>C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie van Spijker Infrabouw BV de Jonge Konstruktie BV v Provincie Drenthe</i>	ECLI:EU:C:2010:515

8.4.3 EFTA-domstolen

E-8/07 <i>Nguyen</i>	Celina Nguyen og Staten v/Justis- og politidepartementet.	Lovdata
E-2/10 <i>Kolbeinsson</i>	Þór Kolbeinsson and The Icelandic State.	Lovdata
E-16/16 <i>Fosen-Linjen</i>	Frostating lagmannsrett i saken Fosen-Linjen AS mot AtB AS	Lovdata

8.4.4 Norske domstoler

Sitert fra lovdata

Rt-1905-715	
Rt-1955-1132	<i>Tippedommen</i>
Rt-1973-1268	<i>Flymanøver</i>
Rt-1991-395	
Rt-1992-64	<i>P-Pilledom II</i>
Rt-1993-1524	<i>Ølberg</i>
Rt-1997-343	<i>Svarstad Hansen</i>
Rt-1997-574	<i>Firesafe</i>
Rt-1998-1398	<i>Torghatten</i>
Rt-2000-1811	<i>Finanger I</i>
Rt-2001-1062	<i>Nucleus</i>
Rt-2001-1288	<i>Gate Gourmet</i>
Rt-2007-425	<i>Rikstoto</i>
Rt-2008-982	<i>Catch Ventelo</i>
Rt-2008-1705	<i>Trafikk og Anlegg</i>
Rt-2013-258	<i>STX</i>
HR-2016-2554-P	<i>Holship</i>
RG-2007-1390	
RG-2009-1529	<i>Nipas</i>
LB-2008-74693	<i>Mester Yrkesbygg</i>
LB-2010-201985	<i>Norconsult</i>
LB-2012-36777	<i>Skanska</i>
LH-2014-189202	
LE-2015-149169	
LF-2015-187242	<i>Fosen-Linjen</i>
LB-2015-29544-1	
LG-2016-133934	<i>Norsk Gjenvinning</i>

8.4.5 Utenlandske domstoler

- Energy Solutions v EnergySolutions EU Ltd v Nuclear Decommissioning Authority [2017] UKSC 34, [2017] 1 W.L.R. 1373. 11 april 2017. Hentet fra Westlaw.co.uk.
- NJA 2016 s. 358 Högsta domstolen i NJA 2016 s. 358. Hentet fra pro.karnovgroup.se.
- Chaplin v. Hicks Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786 Court of Appeal. 16 mai 1911. Hentet fra Westlaw.co.uk.

8.5 Dokumenter fra EU-institusjoner

Sitert fra Eur-Lex-databasen

År	Korttittel	Tittel	CLEX
1987	COM (87) 134 final	Proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of community rules on procedures for the award of public supply and public works contracts	51987PC0134
1987	JOIN (87) 347/23	Opinion of the economic and social committee on proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of community rules on procedures for the award of public supply and public works contracts	51987AC0933

- 1991 COM (91) 158 SYN Amended proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors [51991PC0158](#)
- 1990 COM (90) 297 final side Proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors [51990PC0297](#)
- 1996 COM (96) 583 final Green Paper, Public procurement in the European Union: Exploring the way forward, Communication adopted by the Commission on the 27 th November 1996 on the proposal of Mr. MONTI. [51996DC0583](#)
- 2006 COM(2006) 195 Commission staff working document – Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts {COM(2006) 195} – Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement /* SEC/2006/0557 */ [52006PC0195](#)

- 2006 SEC (2006) 557 Commission staff working document – Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts {COM(2006) 195} – Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement [52006SC0557](#)
- 2010) COM (2010) 571 final *GREEN PAPER on expanding the use of e-Procurement in the EU* [52010DC0571](#)

8.6 Litteratur

- Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018) Arnesen, Finn og Halvard Haukeland Fredriksen, «Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen», *Tidsskrift for forretningsjus*, Årg. 23 nr. 3-4 (2017) s. 169 – 195.
Idunn.no
- Arnesen og Haukeland Fredriksen (2018/2) Arnesen, Finn og Halvard Haukeland Fredriksen, «EFTA-domstolens uttalelse om erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene – hvor står vi nå?» www.anbud365.no, 16. november 2017.
- Arnesen og Stenvik (2009) Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
<https://www.anbud365.no/efta-domstolens-uttalelse-erstatningsansvar-brudd-pa-anskaffelsesreglene-star-na/>

- Arrowsmith (1993) Arrowsmith, Sue (red.) *Remedies for enforcing the public procurement rules*, Willingham: Earlsgate press (Public Procurement in the European Community vol. 4).
- Arrowsmith (1993/2) Arrowsmith Sue, «The Implications of the ECJ Decisions in Marshall for Damages in the Field of Public Procurement», *Public Procurement Law Review* nr. 2 (1993), s 164–172.
Westlaw.co.uk
- Arrowsmith (2005) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2.utg. London: Sweet & Maxwell, 2005.
- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement – Regulation in the EU and UK*, Volume 1, 3. utg, London: Sweet & Maxwell, 2014
- Arrowsmith (2017) Arrowsmith, Sue, innlegg på LinkedIn.com november 2017
Hentet fra [LinkedIn.com](https://www.linkedin.com) 17.04.2018
- Bull/Wilhelmsen (2016) Wilhelmsen, Trine-Lise og Bull, Hans Jacob, «Forsikringsrettslige mangler i et ugyldighetsperspektiv», *Ugyldighet i privatretten: Minnebok for Viggo Hagstrøm*, Erling Hjelmeng (red.) Bergen: Fagbokforlaget (2016), s. 127–151.
Lovdata.no
- Caranta (2011) Caranta, Roberto, «Damages for Breaches of EU Public Procurement Law: Issues of Causation and Recoverable Losses» Fairgrieve, Duncan og Lichere Francois (red.), *Public Procurement Law – damages as an effective remedy*, Oregon: Hart publishing, (2011) s. 167–185.

- Caranta (2013) Caranta, Roberto, «The Liability of EU Institutions for Breach of Procurement Rules», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Nr. 3. (2013), s. 238–248.
Heinoline.org
- Dougan (2004) Dougan, Michael, *National Remedies Before the Court of Justice*, Portland (Oregon): Hart Publishing, 2004.
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H, *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*, Oslo: Universitetsforlaget 2013.
- Ellingsen (2018) Ellingsen, Hilde K, *Standing To Enforce European Union Law Before National Courts*, Oslo: Faculty of law, 2017 (ph.d forsvart i januar 2018 ved Universitetet i Oslo).
- Fenger (2011) Fenger, Niels, *Om offentlige myndigheters erstatningsansvar og EU-retten*, *Juristen* årg. 93 nr. 3 (2011), s. 87–101.
- Fredriksen (2011) Fredriksen, Halvard Haukeland, *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Rapport # 3- Europautredningen.
Lovdata.no
- Goeller (2010) Goeller, Morten, «Avvisningsregler, kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier, kontraktsgjennomføringskrav og tildelingskriterier», *På rett grunn: Festskrift til Norsk forening for bygge- og entreprisrett*, Barbo, Jan Einar og Lasse Simonsen (red.), 2010, s. 64–84.
Lovdata.no

- Goller m.fl. (2014) Goller, Morten, [et. al], *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, Oslo: Gyldendal Juridisk 2014
- Hagerup (1919) Hagerup, Francis, *Forelæsninger over rets-encyclopedi af Francis Hagerup anden udgave*, Kristiania: Aschehoug 1919.
Nasjonalbiblioteket.no
- Hagstrøm og Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are, *Erstatningsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2015.
- Haukeland Fredriksen (2010) Haukeland Fredriksen, Halvard, «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen «gjeldende EØS-rett»», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 123, Nr. 02 (2010), s. 247–287.
idunn.no
- Haukeland Fredriksen (2012) Haukeland Fredriksen, Halvard, «Prinsipper, praksis og prognoser ved tolkning av EØS-avtalen – Tilsvar til Ole-Andreas Rognstad», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 123, nr. 03 (2012), s. 333–341.
idunn.no
- Haukeland Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen: Fagbokforlaget 2013
- Haukeland Fredriksen (2013/2) Fredriksen, Halvard Haukeland, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* (2013), s. 371–399.
lovdata.no
- Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) Haukeland Fredriksen, Halvard og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker!», under publisering i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*.

- Havu (2018) Havu, Katri, «Full, adequate and commensurate compensation for damages under EU law: a challenge for national courts? », *European Law Review* Vol 43 Nr. 1 (2018), s. 24–46.
[Hentet fra Westlaw.co.uk](http://Westlaw.co.uk)
- Hjelmeng (2007) Hjelmeng, Erling, «Interessevern og rene formueskader – i lys av Rt-2007-425», *Tidsskrift for erstatningsrett*, (2007), s. 169–180.
Lovdata.no
- Hjelmeng, Ørstavik og Østerud Hjelmeng, Erling, Inger Ørstavik og Eirik Østerud, «Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføring i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranseretts», utredning for Nærings- og fiskeridepartementet.
Regjeringen.no
- Jerkø (2018) Jerkø, Markus, *Bevisvurderingens rettslige rammer – Bevistema, bevisbyrde, beviskrav*, Oslo: Universitetsforlaget 2011.
- Jünge, (2017) Jünge, Lisa-Mari Moen, *EØS-rettens tjenere*, Marlus 487 (2017).
- Kakouris (1997) Kakouris, C.N, «Do the Member States Possess Judicial Procedural «autonomy»?», *Common Market Law Review* nr 34 (1997), s.1389–1412.
Heinonline.org

- Krüger (2001) Krüger, Kai, «Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbuds-konkurransen – fra «Firesafe» 1997 til «Nucleus» 2001», *Jussens Venner* Vol. 36 (2001).
Lovdata.no
- Krüger (2006) Krüger, Kai, «Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience», *Public Procurement Law Review* nr. 4 (2006), s. 211–232.
Westlaw.co.uk
- Krüger (2012) Krüger, Kai, «Compensation for Procurement Damage – A Nordic Exposé», *Scandinavian Studies in Law* nr. 57 (2012), s. 155–193.
Scandinavianlaw.se
- Lødrup (2005) Lødrup, Petter *Lærebok i erstatningsrett. 5 utg.*, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2005
- Monsen (2010) Monsen, Erik, «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade», *Jussens Venner*, volum 45 (2010), s. 1–67.
Idunn.no
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils «Skadebot for bortfall av forventede gode», *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo: Gyldendal Akademisk, (2007) s. 787–799.
Lovdata.no
- Poulsen, Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg (2012) Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg, *EU public procurement law – The Public Sector Directive The Utilities Directive*, 2. utg, København: Djøf Publishing 2012.

- PETL (2005) European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien: Springer, 2005.
- Póltorak (2015) Póltorak, Nina, *European Union Righets in National Courts*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Buisness, 2015.
- Prechal (1998) Prechal, Sacha, «Community Law in National Courts: The Lessons from van Schijndel» *Common Market Law Review* nr. 35 (1998), s. 681–706
Heinonline.org
- Prechal og Widdershoven (2011) Prechal, Sacha og Rob Widdershoven «Redefining the Relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective Judicial Protection» *Review of European Administrative Law*, Vol 4 nr. 2 (2011), s. 31–50.
Montaigne.rebo.uu.nl
- Reeves og Dodoo (2005) Reeves, Tony og Dodoo, Ninette, «Standards of Proof and Standards of Judicial Review in European Commission Merger Law», *Fordham International Law Journal* Vol. 29 (2005), s. 1034–1067.
Ir.lawnet.fordham.edu
- Rognstad (2011) Rognstad, Ole-Andreas, «EU-domstolen avgjør ikke alltid tolkningen av EØS-avtalen – en replikk til Halvard Haukeland Fredriksen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 124 (2011), s.658–668.
Idunn.no

- Rognstad og Stenvik (2002) Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd? – Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser» *Bonus Pater Familias, Festskrift for Peter Lødrup, 70 år*, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), Oslo: Gyldendal Akademiske (2002) s. 511–548.
Lovdata.no
- Røstum (2017) Røstum, Helge, «Ansvarsgrunnlaget ved krav om positiv kontraktsinteresse etter anbudskonkurranse», *Lov og Rett* vol 56. nr. 06 (2017), s. 356–370.
Idunn.no
- Sanchez-Graells (2018) Sanchez-Graells, Albert, *You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law After the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion (February 24, 2018)*. Presentert på BECCLE-seminaret om 'Public Procurement and Damages,' Universitetet i Bergen, 1 Mars 2018.
Papers.ssrn.com
- Schebesta (2016) Schebsta, Hanna, *Damages in EU Public Procurement Law*, Wageningen: Springer, 2016, (Studies in European Economic Law and Regulation vol. 6).
- Sejersted, Arnesen, Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Kolstad (2011) Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse, *Prekontraktuellet ansvar*, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.

- Simonsen (2000) Simonsen, Lasse «*Ansvarsgrunnlag ved krav om erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*», Rettsdatas redaksjonelle kommentarer november 2010.
Rettsdata.no
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvind *tvisteløsning* 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Stavang (2007) Stavang, Endre, *Erstatningsrettslig analyse – med særlig vekt på eiendom og miljø*, Oslo: Cappelen akademisk forlag, 2007.
- Toth (1997) Toth, A.G, «The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-contractual Liability», *The Action for Damages in Community Law*, Heukels, Ton og McDonnell, Alison (red.) Haag: Kluwer Law International, 1997, s. 179–199.
- Treumer (2011) Treumer, Steen, «Basis and Conditions for a Damages Claim», *Public Procurement Law – damages as an effective remedy*, Fairgrieve, Duncan and Francois Lichere (ed.) Oxford: Hart publishing, 2011, s. 149–167.
- von Bar (2009) von Bar, Christian, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)* Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Wilhelmsen og Hagland (2017) Wilhelmsen, Trine-Lise og Hagland, Birgitte (2017), *Om erstatningsrett*, Oslo: Gyldendal, 2017.
- Wilman (2015) Wilman, Folkert, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts – The EU Legislative Framework*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015.