



Norges Høyesterett - Dom - HR-2023-206-A

Instans	Norges Høyesterett – Dom
Dato	2023-01-31
Publisert	HR-2023-206-A
Stikkord	Erstatningsrett. Offentlige anskaffelser.
Sammendrag	<p>To kommuner kunngjorde en konkurranse om en rammeavtale om slamtømming. Det eneste tildelingskriteriet var pris. Etter at en anbyder var tildelt kontrakten, ble konkurransen avlyst på grunn av uklarhet i anbudsgrunnlaget. Det ble avholdt ny konkurranse, som endte med at kontrakten ble tildelt en annen anbyder. Den første anbyderen krevde erstatning for positiv kontraktsinteresse, jf. anskaffelsesloven § 10, og fikk medhold i tingretten og lagmannsretten. Forhandlingene for Høyesterett ble begrenset, idet det skulle forutsettes at den første konkurransen skulle ha vært avlyst. Høyesterett tok utgangspunkt i at det kan oppstå ansvar for positiv kontraktsinteresse i forbindelse med feil i anbudskonkurranser, selv om det ikke er inngått kontrakt. Det er imidlertid den berettigede forventning om å bli tildelt en kontrakt som fortjener vern. Noen slik forventning foreligger ikke når konkurransen etter regelverket skulle vært avlyst som ulovlig og den aktuelle kontrakten ikke kunne vært inngått på lovlig vis. Prevensjonshensynet kunne ikke føre til noe annet resultat. Lagmannsrettens dom ble opphevet. (Rt-sammendrag)</p>
Saksgang	Salten og Lofoten tingrett TSOL-2020-163871 – Hålogaland lagmannsrett LH-2021-141669 – Høyesterett HR-2023-206-A, (sak nr. 22-071443SIV-HRET).
Parter	Sørfold kommune og Fauske kommune (advokat Christian Henrik Prahls Reusch) mot Perpetuum Miljø AS (advokat Kjersti Holum Karlstrøm – til prøve) og Norsk Industri (partshjelper) (advokat Morten Goller).
Forfatter	Dommerne Erik Thyness, Wenche Elizabeth Arntzen, Henrik Bull, Per Erik Bergsjø og Hilde Indreberg.
Sist oppdatert	2023-02-02

(1) Dommer **Thyness**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder krav om erstatning i forbindelse med en avlyst anbudskonkurranse. Hovedspørsmålet er om det kan kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse når tildeling av kontrakten til den aktuelle tilbyderen ville ha vært i strid med anskaffelsesregelverket.
- (3) Fauske og Sørfold kommuner utlyste i juli 2019 en konkurranse om en fireårig rammeavtale om tømning av slam fra private septikkanlegg tilknyttet kommunenes renovasjonsordning.
- (4) Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget anslått til ca. 6 millioner kroner, som er over EØS-terskelverdien. Konkurransen var derfor underlagt de særlige bestemmelsene i anskaffelsesforskriften del III.
- (5) Det eneste tildelingskriteriet i konkurransen var pris, evaluert på grunnlag av leverandørens utfylling av et prisskjema som var vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (6) I kunngjøringen i databasen for offentlige innkjøp var det angitt at konkurransen skulle gjennomføres som en «konkurranse med forhandlinger». I konkurransegrunnlaget var det imidlertid motstridende opplysninger om konkurranseformen. På forsiden var det sagt at det var en «åpen anbudskonkurranse», og at det ikke var anledning til å forhandle eller endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp. I tidsplanen var det samtidig inntatt en post om evaluering/forhandling. I en åpen anbudskonkurranse gjelder det et absolutt forhandlingsforbud, jf. anskaffelsesforskriften § 23-6 tredje ledd.
- (7) Konkurransen ble faktisk gjennomført som en konkurranse med forhandlinger. Det kom inn tilbud fra to leverandører: Perpetuum Miljø AS (Perpetuum) og Stoklands Bilruiter AS (Stoklands). Det ble ikke stilt spørsmål fra tilbyderne om hvilken konkurranseform som gjaldt, og det ble ikke protestert mot forhandlingene. Etter at forhandlingene var gjennomført, fikk tilbyderne en frist for å inngi endelige tilbud.
- (8) I kommunenes evaluering ble Perpetuums bud ansett å ha lavest pris, og dette selskapet ble tildelt kontrakten. Stoklands sendte imidlertid inn klage med krav om omgjøring fordi det var gjennomført forhandlinger i en åpen anbudskonkurranse. Kort tid senere avlyste kommunene konkurransen etter råd fra en ekstern rådgiver. På spørsmål fra Perpetuum ble avlysningen begrunnet med at det hadde vært forhandlet i strid med forbudet mot dette i åpne anbudskonkurranser.
- (9) Det ble utlyst ny konkurranse med forhandlinger. Konkurransedokumentene fra den opprinnelige prosessen ble gjenbrukt, men de uriktige opplysningene i konkurransegrunnlaget om åpen anbudskonkurranse ble fjernet. Stoklands vant den nye konkurransen og har hatt kontrakten med kommunene siden 2020.
- (10) Perpetuum klaget saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som slo fast at konkurransen var avlyst uten saklig grunn. Det ble særlig lagt vekt på at uklarheten om konkurranseformen ikke hadde virket inn på konkurransen.
- (11) Etter at kommunene hadde avslått Perpetuums krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse –

det vil si tap av den fortjenesten som selskapet ville ha oppnådd på kontrakten hvis konkurransen ikke var blitt avlyst – brakte Perpetuum saken inn for Salten og Lofoten tingrett. Tingretten avsa 16. juli 2021 dom der kommunene ble dømt til å betale Perpetuum erstatning for positiv kontraktsinteresse med om lag 3,1 millioner kroner for brudd på anskaffelsesregelverket, og 753 254 kroner i sakskostnader.

- (12) Kommunene anket dommen til lagmannsretten og gjorde gjeldende at de hadde oppdaget ytterligere feil i konkurransen som ikke hadde vært tema tidligere, men som isolert sett ga avlysningsrett. Den angivelige feilen besto i uklarhet i prisskjemaet, der tilbyderne ble bedt om å oppgi pris for både kilometer og kubikkmeter. Det var imidlertid ikke noe felt for å fylle ut kubikkmeterprisen. Dette ledet til at tilbyderne fylte ut skjemaet på ulikt vis, noe som i sin tur ledet til en uriktig evaluering av budene. Perpetuum gjorde på sin side gjeldende at Stoklands hadde hatt god anledning til å korrigere en eventuell misforståelse.
- (13) Hålogaland lagmannsrett avsa 11. mars 2022 dom med slik slutning:
- «1. Fauske kommune og Sørfold kommune dømmes in solidum til å betale 3 066 264 – tremillionerogsekstisekstusentohundreogsekstifire – kroner til Perpetuum Miljø AS innen 2 uker etter dommens forkynnelse med tillegg av lovens forsinkelsesrenter av 2 862 357 – tomillioneråttehundreogsekstisatusentrehundreogfemtisju – kroner fra 14. oktober 2020 til betaling skjer og av 203 907 – tohundreogtretusennihundreogsju – kroner fra 15. januar 2021 til betaling skjer.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Fauske kommune og Sørfold kommune in solidum 544 312 – femhundreogfortifiretusentrehundreogtolv – kroner til Perpetuum Miljø AS innen 2 uker etter dommens forkynnelse.
 3. Det gjøres ingen endring i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.»
- (14) Lagmannsretten delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet la til grunn at det ikke var adgang til å trekke inn den nye begrunnelsen om uklarheter i prisskjemaet i vurderingen av om det var saklig grunn til å avlyse konkurransen. Flertallet bygget videre på at hverken uklarhet om konkurranseformen eller rettslig usikkerhet om lovligheten av konkurransen ga saklig grunn til å avlyse konkurransen. Mindretallet mente at det var adgang til å påberope feilen i prisskjemaet, og at dette forholdet medførte plikt til å avlyse konkurransen.
- (15) Kommunene har anket til Høyesterett over rettsanvendelsen. Det er i anken gjort gjeldende at grunnlaget for saklig grunn-vurderingen ikke er begrenset til den begrunnelsen som ble gitt på avlysningstidspunktet, og at avlysning ikke er betinget av at feilen har virket inn på utfallet av konkurransen. Videre er det anført at reell rettslig usikkerhet ga saklig grunn til å avlyse prosessen selv om det senere har vist seg at det ikke var grunnlag for avlysningen. Endelig er det anført at Perpetuums tap ikke står i årsakssammenheng med den tapte fortjenesten fordi selskapet etter de underliggende forhold ikke skulle ha blitt tildelt kontrakten idet konkurransen skulle ha vært avlyst på grunn av feil i prisskjemaet. Tapet har av samme grunn uansett ikke erstatningsrettslig vern.
- (16) Høyesteretts ankeutvalg tillot ved beslutning 30. juni 2022 anken fremmet med visse begrensninger. Beslutningen har slik slutning:
- «Anken fremmes til behandling i Høyesterett for så vidt gjelder spørsmålene om det i vurderingen av ‘saklig grunn’ i anskaffelsesforskriften § 25-4 første ledd er adgang til å bygge på kommunenes etterfølgende begrunnelse for avlysning, og om det foreligger årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern for Perpetuum Miljø AS’ krav. For øvrig tillates ikke anken fremmet.
- I medhold av tvisteloven § 30-14 tredje ledd begrenses ankeforhandlingene slik at det foreløpig ikke forhandles om hvorvidt prisskjemaet i konkurransegrunnlaget var

uklart eller mangelfullt.»

- (17) I saksforberedende møte ble det presisert at det for behandlingen i Høyesterett skulle forutsettes at prisskjemaet som ble benyttet, var så uklart eller mangelfullt at konkurransen skulle ha vært avlyst.
- (18) Norsk Industri har erklært partshjelp for Perpetuum.
- (19) KS – Kommunesektorens organisasjon har fremlagt et skriftlig innlegg, og staten har fremlagt to skriftlige innlegg, til belysning av allmenne interesser knyttet til saken, jf. tvisteloven § 15-8.
- (20) Med de unntak som følger av henvisningsbeslutningen og presiseringen i det saksforberedende møtet, står saken i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (21) De ankende parter – *Fauske kommune og Sørfold kommune* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (22) Avlysningsplikten er utledet av de grunnleggende krav som anskaffelsesloven § 4 stiller til likebehandling og forutberegnelighet, og gjelder uavhengig av hva som er påberopt på avlysningstidspunktet. En eventuell feil i begrunnelsen må behandles særskilt og kan ikke danne grunnlag for erstatning for fortjenestetap.
- (23) Kravet til årsakssammenheng for fortjenestetap i anskaffelsessaker er at «anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar» hvis feilen som utgjør ansvargrunnlaget tenkes borte, jf. Rt-2001-1062 *Nucleus*. Når det foreligger avlysningsplikt, skulle kontrakten ikke ha gått til noen av tilbyderne. Det foreligger dermed ikke årsakssammenheng mellom avlysningen og Perpetuums fortjenestetap. Perpetuum vil eventuelt kunne ha et krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse hvis vilkårene for det er oppfylt.
- (24) Perpetuums krav er ikke erstatningsrettslig vernet. Utgangspunktet etter norsk rett er at erstatning for positiv kontraktinteresse ikke tilkjennes med mindre det foreligger et rettskrav på å få kontrakten. Ved offentlige anskaffelser er det av hensyn til effektivisering av anskaffelsesreglene etablert et unntak fra dette utgangspunktet i *Nucleus*-dommen, men krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse har ikke erstatningsrettslig vern når fortjenesten forutsetter brudd på avlysningsplikt. EØS-reglene bygger på samme prinsipp.
- (25) Fauske kommune og Sørfold kommune har nedlagt slik påstand:
 - «1. Lagmannsrettens dom oppheves.
 - 2. Fauske kommune og Sørfold kommune tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (26) Ankemotparten – *Perpetuum Miljø AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (27) Bestemmelsene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften implementerer blant annet EUs håndhevelsesdirektiv 2007/66/EF. Direktivet stiller strenge krav til nasjonal rett som skal sikre effektiv etterlevelse og håndhevelse av anskaffelsesreglene. Både EFTA-domstolen og EU-domstolen har fastslått at effektivitetsprinsippet forutsetter at private har tilstrekkelige incentiver til å håndheve regelverket. Erstatningsreglene må tolkes og anvendes i samsvar med disse hensynene.
- (28) Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at det ikke er adgang til å vektlegge etterfølgende eller

nye begrunnelser i vurderingen av om en avlysning som oppdragsgiver har foretatt, er saklig. I og med at det ikke er bestridt at avlysningen ikke var saklig basert på den opprinnelige begrunnelsen, foreligger det ansvarsgrunnlag.

- (29) Det er ikke bestridt at det foreligger faktisk årsakssammenheng mellom avlysningen og Perpetuums fortjenestetap. Hverken EU-regelverket eller norsk rett stiller krav til at det alternative hendelsesforløpet – det vil her si tildeling av kontrakten til Perpetuum – må være lovlig.
- (30) Hvorvidt et rent formuestap – som denne saken gjelder – har erstatningsrettslig vern, beror på en bred interesseavveining. Denne vurderingen må foretas i lys av håndhevelsesdirektivets strenge krav til at rettsbrudd må kunne håndheves ved erstatnings søksmål. Videre må det legges vekt på at Perpetuum er uten skyld i de anførte etterfølgende feil som er oppdaget, og at det vil virke støtende om dette skal frata Perpetuum kravet på erstatning. Lagmannsretten har derfor med rette lagt til grunn at Perpetuums tap er erstatningsrettslig vernet.
- (31) Perpetuum Miljø AS har nedlagt slik påstand:
«1. Anken forkastes.
2. Perpetuum Miljø AS tilkjennes sakskostnader.»
- (32) Partshjelperen Norsk Industri har sluttet seg til Perpetuums anførsler og har særlig fremhevet betydningen av at regelverket må sanksjoneres på en slik måte at det oppnås maksimal etterlevelse. Er det eventuelle kravet begrenset til negativ kontraktsinteresse, vil det ikke gi tilstrekkelige incentiver til rettslig prøving.
- (33) Norsk Industri har tiltrådt Perpetuums påstand og i tillegg nedlagt slik påstand:
«Norsk Industri tilkjennes sakskostnader».

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (34) Anskaffelsesloven § 10 har slik ordlyd:
«Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.»
- (35) Bestemmelsen inneholder i realiteten bare en opplysning om at det kan være grunnlag for erstatning for lidt tap, jf. kommentarene til bestemmelsen i Ot.prp.nr.71 (1997–1998) side 68. Når det gjelder de nærmere vilkår for erstatning, er det i NOU 1997:21 uttalt følgende på side 163:
«Oppdragsgivers plikt til å erstatte eventuelle tap som leverandøren har lidt og omfanget av erstatningsplikten følger av alminnelig, ulovfestet erstatningsrett. Bestemmelsen er ikke ment å innebære noe nytt i forhold til det som allerede følger av norsk rett. Dette innebærer at oppdragsgiver i prinsippet kan bli ansvarlig både for den negative og den positive kontraktsinteresse dersom vilkårene for dette for øvrig er oppfylt.»
- (36) Det kan etter dette gjøres gjeldende krav på erstatning dersom det foreligger et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet. I tillegg må det økonomiske tapet ha erstatningsrettslig vern, jf. HR-2017-2352-A avsnitt 33 med videre henvisninger.

- (37) Det var tidligere lagt til grunn i norsk rett at erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsatte at det var inngått en bindende avtale. I Rt-2001-1062 *Nucleus* ble det imidlertid fastslått at det også kan oppstå ansvar for positiv kontraktsinteresse ved forbigåelse ved tildeling av anbud. Forutsetningen er at tilbyderer med klar sannsynlighetsovervekt viser at oppdraget skulle ha gått til vedkommende.

Sakens spørsmål

- (38) Perpetuum har krevet erstatning for tapt fortjeneste – såkalt positiv kontraktsinteresse – knyttet til en fireårig kontrakt som selskapet ville ha fått dersom anbudskonkurransen ikke var blitt avlyst.
- (39) Slik saken etter ankeutvalgets henvisningsbeslutning er lagt opp, er spørsmålet for Høyesterett om Perpetuums krav – når det forutsettes at prisskjemaet var så uklart eller mangelfullt at det etter sitt innhold medførte plikt til avlysning – ikke kan føre frem på minst ett av tre anførte grunnlag. Grunnlagene kan stikkordsmessig beskrives slik:
- Selv om det på avlysningstidspunktet ble benyttet en annen begrunnelse, *forelå* det på avlysningstidspunktet plikt til å avlyse konkurransen på grunnlag av at prisskjemaet var uklart eller mangelfullt.
 - Selv om det forutsettes at avlysningen var ulovlig, er det i rettslig forstand *ikke* årsakssammenheng mellom Perpetuums tap og avlysningen fordi tildeling av kontrakten til Perpetuum ville ha vært ulovlig som følge av manglene ved prisskjemaet.
 - Selv om det forutsettes at avlysningen var ulovlig, har Perpetuums krav *ikke* erstatningsrettslig vern fordi tildeling av kontrakten til Perpetuum ville ha vært ulovlig som følge av manglene ved prisskjemaet.
- (40) Jeg er, i motsetning til lagmannsrettens flertall, kommet til at Perpetuums krav – under de gitte forutsetninger – ikke hadde erstatningsrettslig vern. Dette innebærer at lagmannsrettens dom må oppheves.

Krav til årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern

- (41) For min videre drøftelse av spørsmålet om erstatningsrettslig vern forutsetter jeg at det er klar sannsynlighetsovervekt for at Perpetuum faktisk *ville* ha blitt tildelt kontrakten hvis konkurransen ikke var blitt avlyst.
- (42) Kommunene har gjort gjeldende at Perpetuum under disse omstendigheter ikke har krav på erstatning selv om det skulle foreligge ansvarsgrunnlag. Dette kan etter deres oppfatning begrunnes både med kravet til årsakssammenheng og med at verdien av en ulovlig tildelt kontrakt ikke har erstatningsrettslig vern.
- (43) Jeg nevner innledningsvis at EØS-retten krever at det skal være adgang til å kreve erstatning for feil begått i offentlige anskaffelsesprosesser. Den nærmere reguleringen av dette overlates imidlertid til nasjonal rett innenfor rammene av de generelle prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Jeg viser her til HR-2019-1801-A *Fosen-linjen* avsnitt 75 hvor disse prinsippene er beskrevet slik:
- «Prinsippene om 'ekvivalens og effektivitet' som EFTA-domstolen her viser til, har medført at det i EØS-retten er oppstilt visse minstekrav til den nasjonale erstatningsretten. Kravet om ekvivalens innebærer at reglene om erstatning for brudd på EØS-retten ikke må være mindre gunstige enn det som gjelder for tilsvarende

søksmål etter nasjonal rett. Kravet til effektivitet går ut på at det ikke må være praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å fremme kravet, se Fosen II avsnitt 114. Dette innebærer blant annet at det 'i prinsippet' må kunne kreves erstatning for tapt fortjeneste, jf. Fosen I avsnitt 90 og Fosen II avsnittene 115 og 116.»

- (44) Perpetuum har anført at det følger av EU-domstolens dom 19. juni 2003 i sak C-315/01 *GAT* at det ikke kan oppstilles et vilkår om at det alternative hendelsesforløp som kravet bygger på, må være lovlig. Det er her vist til avsnitt 53-54 i dommen som lyder slik:

«For det andet bemærkes, at muligheden for at tilkende skadelidte personer skadeserstatning udtrykkeligt er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665, blandt de klageprocedurer, som direktivet pålægger medlemsstaterne at indføre med henblik på at sikre, at der effektivt og så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders ulovlige beslutninger.

Det følger heraf, at en bydende, der har lidt skade som følge af en beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt, hvis lovlighed han anfægter, ikke kan fratages retten til at kræve erstatning for tab, som er forårsaget af denne beslutning, med den begrundelse, at udbudsproceduren under alle omstændigheder var uretmæssig som følge af den af egen drift fremførte ulovlighed af en anden – eventuelt forudgående – beslutning, truffet af den ordregivende myndighed.»

- (45) Det følger av det som er sitert, at det vil være i strid med EØS-retten hvis det ikke er mulig å få erstatning for feil i en anskaffelsesprosess på grunnlag av oppdragsgiverens eget brudd på regelverket. Dette rekker imidlertid ikke lenger enn til at det må kunne tilkjennes erstatning etter nasjonale regler. Hvorvidt den aktuelle tilbyderen har krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse eller kun for negativ kontraktsinteresse, må ligge innenfor nasjonalstatens frihet til å utforme erstatningsreglene. Jeg nevner i denne sammenheng at det fremgår av avsnitt 12 i *GAT*-dommen at saken gjaldt et krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse.

- (46) Jeg viser videre til EFTA-domstolens dom 31. oktober 2017 i sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 107. Domstolen uttaler der følgende i tilknytning til feil som bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses:

«Hvis det foreligger en slik feil, innebærer det at det ville ha vært et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å inngå en kontrakt med den forbigåtte tilbyder. Under slike omstendigheter er det følgelig ikke noen direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen som er begått og den oppståtte skade på den positive kontraktsinteresse. Det har ingen betydning om feilen ble påberopt av oppdragsgiver tidlig i prosedyren eller på et senere stadium.»

- (47) Som jeg straks kommer tilbake til, anser jeg det etter norsk rett som mest naturlig å vurdere dette som et spørsmål om erstatningsrettslig vern, og ikke som et spørsmål om årsakssammenheng som EFTA-domstolens begrunnelse bygger på. Slik jeg ser det, må imidlertid det sentrale her være resultatet. EØS-retten stiller krav om mulighet for erstatning, men det er som den store hovedregel overlatt til nasjonal rett å ta stilling til om erstatningen skal bygge på positiv eller negativ kontraktsinteresse.

- (48) Som påpekt i Morten Kjelland, *Erstatningsrett* (2. utgave), 2019 side 238 brukes begrepet «årsakssammenheng» i ulike betydninger, der «[e]t hovedskille går mellom dem som kun bruker årsaksbegrepet om faktisk årsakssammenheng, og andre som også inkluderer reglene om erstatningsansvarets grenser i begrepet».

- (49) Ved vurderingen av årsakssammenheng tas det i norsk rett utgangspunkt i betingelseslæren, jf. Rt-1992-64 *P-pille II*. Den faktiske situasjonen må sammenlignes med et hypotetisk forløp hvor den skadevoldende begivenheten tenkes borte. For anskaffelsessakene innebærer dette at

årsakssammenheng foreligger hvis leverandøren ville ha fått kontrakten dersom feilene i anbudsprosessen ikke hadde inntruffet. I denne saken er en slik faktisk årsakssammenheng erkjent.

- (50) Ansvar et begrenses imidlertid tradisjonelt ut fra visse ytterligere krav til årsakssammenhengen. For det første må den årsaksfaktoren skadevolderen hefter for, være så vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den. For det annet må årsakssammenhengen være adekvat. I dette siste ligger at skaden må ha vært påregnelig, og at den ikke er en for fjern og avledet følge av den skadevoldende begivenheten.
- (51) Jeg ser det slik at disse kravene sjelden vil ha praktisk interesse i anskaffelsessakene. Oppdragsgiveren vil være så sentral i hendelsesforløpet at vesentlighetskravet er oppfylt. At en tilbyder går glipp av en kontrakt som følge av feil fra oppdragsgiverens side, vil normalt hverken være upåregnelig eller en for fjern og avledet følge til at det er naturlig å knytte ansvar til den. Også i vår sak er disse rettslige kravene til årsakssammenhengen oppfylt.
- (52) Kommunene anfører at uvesentlighetslæren og adekvanskravet må suppleres med et vilkår om at det hypotetiske hendelsesforløpet må være lovlig. Jeg finner ikke noe grunnlag i rettskildene for et slikt syn. Betydningen av at det ville ha vært ulovlig å tildele kontrakten til Perpetuum, må etter mitt syn vurderes som et spørsmål om fortjenestetapet er erstatningsrettslig vernet.
- (53) Når det gjelder det generelle innholdet i kravet til erstatningsrettslig vern, viser jeg til HR-2017-2352-A avsnitt 36-37 hvor det påpekes at den overordnede problemstillingen er om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse, og at dette beror på en bred helhetsvurdering.
- (54) Jeg tar for vurderingen i vår sak utgangspunkt i bakgrunnen for det erstatningsrettslige vernet for positiv kontraktsinteresse i anskaffelsesretten.
- (55) Tradisjonelt har vern av den positive kontraktsinteresse forutsatt at det er inngått en bindende avtale. Følgelig må det normalt være reglene om når en bindende avtale er inngått – eventuelt når det er oppstått et rettskrav på å få inngå kontrakten – som angir skjæringspunktet for når forventningen om fortjeneste på kontrakten kan være rettslig beskyttet.
- (56) Når det i Rt-2001-1062 *Nucleus* på side 1077-1078 likevel ble åpnet for erstatning for positiv kontraktsinteresse i forbindelse med feil i anbudskonkurranser, ble det begrunnet som følger:

«Etter mitt syn er det grunn til at det på nærare vilkår bør vere ansvar også for den positive kontraktsinteresse ved forbigåing ved tildeling av anbud. Når regelverk og anbudsgrunnlag er slik spesifisert at det i stor grad er regelstyrt kven som skal tildelast eit oppdrag, er det ei naturleg utbygging at det også skjer ei utvikling på utmålingssida. Der utlysinga skjer etter EØS-reglane, er det for enkelt å svare ut frå om det ligg føre eit rettskrav eller ikkje. Som påpeika av Lasse Simonsen i 'Prekontraktuelt ansvar', 1997, på side 359-361 er det her ei konflikt mellom tradisjonell kontraktsrettsleg tankegang og alminneleg skadebotrett utanfor kontraktthøve. Anbudsretten har særdrag med element frå begge systema, og det er då ikkje grunn til å avgjere ansvarsspørsmålet ut frå eit val mellom dei.

I mi vurdering har eg teke utgangspunkt i utviklinga i anbudsretten, som eg alt har vore inne på, og som har ført fram til bindande rettsreglar. Omsynet til effektivisering av desse rettsreglane må då stå sentralt. Bruk av negativ kontraktsinteresse vil ofte vere lite tenleg i så måte. Det vil gjerne vere tale om etter måten små summar, slik at ein anbydar ikkje utan vidare vil sjå seg tent med å reise sak om eit slikt krav. Og framfor alt vil eit skadebotansvar, avgrensa på dette viset, i dei fleste tilfelle ikkje kunne verke førebyggjande overfor ein oppdragsgivar. Reint allment er det her også grunn til å peike på at det er viktig å ha reglar som sikrar ei best mogeleg utnytting av midlane innanfor dei store sektorane i samfunnet der det blir nytta anbud.»

- (57) Begrunnelsen for å gi adgang til erstatning for positiv kontraktsinteresse var altså todelt: For det første kan det i en regelbundet anskaffelsesprosess fremstå som formalistisk og lite rimelig å skille skarpt mellom forventningen om å få kontrakten hvis man har det beste budet, og den etterfølgende formelle kontraktsinngåelsen som denne prosessen munner ut i. For det annet er hensynet til effektiv håndhevelse av regelverket viktig. Bestemmelsenes formål er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1, samtidig som håndhevelsen er overlatt til private. Dette taler for et sterkt erstatningsrettslig vern for tilbyderne fordi det vil føre til at oppdragsgiverne ser seg tjent med å overholde regelverket. Begrunnelsen knytter seg altså, som ellers i erstatningsretten, dels til skadelidtes behov for dekning av sitt tap – reparasjon – og dels til at muligheten for ansvar forebygger uønsket adferd – prevensjon.
- (58) Utgangspunktet er at det er den *berettigede* forventning som fortjener vern. Noen slik forventning foreligger etter min mening ikke når konkurransen – som her forutsatt – etter regelverket skulle avlyses som ulovlig. At det var en feil ved den opprinnelige begrunnelsen for avlysningen, rokker ikke ved dette. Jeg kan her slutte meg til følgende drøftelse i Fredriksen og Strandberg, *Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2018/2-3 side 202:
- «Leverandørens eventuelle forventning om å få tildelt en kontrakt må nødvendigvis være basert på utlysningen slik den faktisk var, ikke slik den ville ha vært hvis utlysningen var lovlig. Den eventuelle forventningen om å få kontrakten må dermed være basert på en forutsetning om at kontrakten tildeles selv om dette ville være i strid med anskaffelsesregelverket. Forventningen dreier seg dermed egentlig om å få tildelt en uberettiget berikelse, og man har da en viss parallell til tilfellene der det forelå en feil ved leverandørens eget tilbud. Det hører også med at leverandøren normalt må få erstatning for negativ kontraktsinteresse i tilfeller som dette, slik at alle kostnader knyttet til utarbeidelsen av tilbudet kan kreves dekket.»
- (59) Det er fra Perpetuums side innvendt at en kontrakt ikke blir ugyldig selv om den er inngått i strid med anskaffelsesreglene, og at det samme bør gjelde for kravet om erstatning basert på forventningen om å få en kontrakt. Jeg er ikke enig i dette. At en faktisk inngått kontrakt er privatrettslig bindende selv om inngåelsen var i strid med anskaffelsesregelverket, kan etter min mening ikke begrunne at det også bør etableres erstatningsrettslig vern for en kontrakt som faktisk ikke er inngått, og som det etter regelverket heller ikke var adgang til å inngå.
- (60) Perpetuum har videre gjort gjeldende at behovet for effektiv sanksjonering av anskaffelsesreglene taler for å tillate krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Anførselen bygger på at muligheten for erstatning for negativ kontraktsinteresse ikke gir tilstrekkelige incentiver til å overholde reglene fordi erstatningsbeløpene da ofte vil være så små at tilbyderne ikke ser seg tjent med å fremme krav, samtidig som en slik sanksjon uansett ikke er særlig tyngende for oppdragsgiverne.
- (61) Det er nok slik at den preventive effekten av retten til erstatning vil variere med hvor store erstatningsbeløp som blir tilkjent. Men etter mitt syn kan prevensjonshensynet ikke veie så tungt at det kan tilkjennes erstatning for tap som bygger på en forventning om å få en kontrakt som ikke lovlig kunne ha vært inngått. Reparasjonshensynet er tilstrekkelig ivaretatt ved erstatning for den negative kontraktsinteressen – kostnader påført som følge av ansvarsbetingende feil. Tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, fjerner man seg etter mitt skjønn for langt fra tradisjonell norsk erstatningsrettslig tankegang.
- (62) Min konklusjon er etter dette at det ikke kan kreves erstatning for tap av fortjeneste knyttet til kontrakt uavhengig av om kontrakten lovlig kunne ha vært inngått basert på den utlysningen som faktisk forelå.

Konklusjon og sakskostnader

- (63) Jeg er kommet til at lagmannsretten bygget på en uriktig rettsanvendelse når den la til grunn at det forelå et erstatningsrettslig vernet tap av positiv kontraktsinteresse. Lagmannsrettens dom må derfor oppheves.
- (64) Kommunene har etter dette vunnet saken for Høyesterett og har i utgangspunktet krav på dekning av sine sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Saken er imidlertid foranlediget av en feil fra kommunenes side under anskaffelsesprosessen, og den har reist vanskelige og tvilsomme rettsspørsmål. Jeg er derfor kommet til at tungtveiende grunner tilsier at Perpetuum fritas for ansvaret for sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

- (65) Jeg stemmer for slik

DOM:

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for Høyesterett.

- (66) Dommer **Arntzen**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

- (67) Dommer **Bull**: Likeså.

- (68) Dommer **Bergsjø**: Likeså.

- (69) Dommer **Indreberg**: Likeså.

- (70) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

DOM:

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for Høyesterett.