



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 27. september 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Magnus Matningsdal
dommer Bergljot Webster
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud

HR-2019-1801-A, (sak nr. 18-077187SIV-HRET)
Anke over Frostating lagmannsretts dom 2. mars 2018

I.

AtB AS

(advokat Goud Helge Homme Fjellheim)
(Rettslig medhjelper:
advokat Anne Hesjedal Sending)

mot

Fosen-Linjen AS

(advokat Anders Tholfsen Thue – til prøve)
(Rettslig medhjelper:
advokat Christian Henrik Prahll Reusch)

Næringslivets Hovedorganisasjon
(partshjelper)

(advokat Morten Goller)

II.

Fosen-Linjen AS

(advokat Anders Tholfsen Thue – til prøve)
(Rettslig medhjelper:
advokat Christian Henrik Prahl Reusch)

Næringslivets Hovedorganisasjon
(partshjelper)

(advokat Morten Goller)

mot

AtB AS

(advokat Goud Helge Homme Fjellheim)
(Rettslig medhjelper:
advokat Anne Hesjedal Sending)

Deltakelse etter tvisteloven § 30-13:
Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Helge Røstum)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder krav om erstatning etter avlysning av en konkurranse underlagt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (2) AtB AS – heretter kalt AtB – er et selskap som ble opprettet i 2009, og som da var heleid av Sør-Trøndelag fylkeskommune. Selskapet forvalter kollektivtrafikken i fylket og hadde frem til 2012 hånd om busstransporten. Fergetransport på fylkesveinettet var Statens vegvesens ansvar. Fra 2015 ble dette ansvaret overført til fylkeskommunene, og fylkestinget besluttet derfor i juni 2012 å gi AtB oppdraget med å utarbeide og gjennomføre en konkurranse for anskaffelse av fergetjenester med oppstart i januar 2015.
- (3) AtB utlyste anskaffelseskonkurransen «Rutetransport Ferge 2015» 5. juni 2013. Anskaffelsen var delt opp i to pakker, begge med en avtaleperiode på 10 år med ensidig opsjon for AtB til å forlenge kontrakten med inntil to år. Pakke 1, som saken gjelder, gjaldt fergestrekket Brekstad-Valset og hadde en total verdi på om lag en halv milliard kroner.
- (4) Oppdragsgiveren valgte å gjennomføre anskaffelsen som en «konkurranse med forhandling», jf. dagjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 5-1. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at forhandlingen ville bli gjennomført etter forskriften § 11-8, og at det ville bli gitt en siste frist for «supplering eller endring av tilbudet» etter at forhandlingene var avsluttet. Tildeling av kontrakten skulle skje på grunnlag av hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig, jf. forskriften § 13-2 første ledd.
- (5) Det var oppstilt tre tildelingskriterier; kvalitet, pris og miljø. Ved vurderingen av tilbudene skulle hvert av tildelingskriteriene gis en skår på en skala fra 1 – 10. Ved den endelige evalueringen skulle tildelingskriteriet «pris» vektas med 50 prosent, mens «miljø» og «kvalitet» hver skulle telle 25 prosent. For tildelingskriteriet «miljø» var det utelukkende opplyst at «[i] evalueringen inngår drivljejforbruket i ltr. pr. år». Det var ikke stilt krav til dokumentasjon for drivljejforbruket.
- (6) Tilbudsfristen var satt til 30. september 2013.
- (7) Før tilbudsfristen utløp – i et møte med interesserte tilbydere 18. juni 2013 – spurte en av interessentene om AtB ikke skulle stille dokumentasjonskrav for estimert drivljejforbruk for å sikre etterprøvdheten knyttet til kriteriet «miljø».
- (8) AtB valgte å ikke kreve dokumentasjon for kriteriet «miljø», men innførte i stedet en kontraktssanksjon til manglende etterlevelse av oppgitt drivljejforbruk i kontraktperioden:

«Nytt pkt. 22 i del A – Generelle kontraktsvilkår:

Drivoljeforbruk

Reelt drivoljeforbruk i ltr/år, skal kontrolleres opp mot oppgitt drivoljeforbruk i ltr/år i tilbudet. Reelt merforbruk på over 10% i forhold til tilbudet, vil bli gebyrbelagt med 1,- kr. per. ltr.»

- (9) Også av en oppstilling over spørsmål og svar 28. juni 2013 fremgår det at en av interessentene stilte spørsmål ved hvordan miljøkriteriet skulle etterprøves av oppdragsgiver:
- «Hvordan skal tilbyder bekrefte brennstoff forbruket, slik at vektingen mellom tilbyderne blir etterprøvbar?»**
- (10) AtB svarte at «[d]et forutsettes at Operatør har et system for oppfølging av fartøyets drivoljeforbruk». Videre ble det vist til det nye generelle kontraktsvilkåret i punkt 22.
- (11) Tre interessenter innga tilbud på pakke 1; Fosen-Linjen AS – heretter omtalt som Fosen-Linjen –, Norled AS og Boreal Transport Nord AS. Alle tre oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Det ble gjennomført forhandlinger. Tilbyderne innga deretter reviderte tilbud. For pakke 2 – som omfattet to lokale fergeruter – var Fosen-Linjen eneste tilbyder.
- (12) Etter en samlet vurdering av kriteriene i konkurransen mente AtB at Norled AS hadde det beste tilbudet. Ved brev av 17. desember 2013 orienterte AtB interessentene om at Norled AS ville bli tildelt kontrakten. Norled AS var gitt 9,39 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng, mens den tredje interessenten fikk 5,73 poeng. Fosen-Linjens tilbud ble vurdert som best på tildelingskriteriet «pris», mens Fosen-Linjen og Norled AS ble vurdert som likeverdige for kriteriet «kvalitet». Norled AS ble vurdert som best på «miljø».
- (13) Fosen-Linjen AS klaget på evalueringen 30. desember 2013.
- (14) Klagen førte frem, og poengfordelingen ble justert. Etter justeringen fikk Norled AS 9,16 poeng, Fosen-Linjen AS 9,06 poeng og den tredje aktøren 5,52 poeng. Interessentene ble meddelt den justerte evalueringen i brev 15. januar 2014.
- (15) Før resultatet av klagen var klart, begjærte Fosen-Linjen 3. januar 2014 midlertidig forføyning for Sør-Trøndelag tingrett, for å stanse kontraktsinngåelsen mellom AtB og Norled AS. Etter muntlige forhandlinger avsa tingretten kjennelse 27. januar 2014 som blant annet forbød kontraktsinngåelse og påla Fosen-Linjen å reise regulært søksmål for å få avklart tvisten. Tingretten fant at AtB ikke hadde tilstrekkelig grunnlag til å evaluere drivstofforbruket som Norled AS hadde oppgitt, og at AtB burde innhentet teknisk bistand for å evaluere tilbudet fra Norled AS på dette punktet.
- (16) AtB anket avgjørelsen til Frostating lagmannsrett, som 17. mars 2014 forkastet anken. Lagmannsretten begrunner sitt resultat med at AtB ikke hadde mulighet til å evaluere tilbudet fra Norled AS. Ettersom det var liten avstand mellom de to tilbudene, skulle drivoljeforbruket Norled AS hadde opplyst vært etterprøvd.
- (17) Fosen-Linjen tok 27. februar 2014 ut stevning for Sør-Trøndelag tingrett. Her anførte selskapet blant annet at AtB ikke hadde foretatt evaluering av tildelingskriteriet miljø.
- (18) Etter lagmannsrettens avgjørelse i forføyningssaken – og Fosen-Linjens stevning – valgte AtB å avlyse konkurransen. Dette ble meddelt deltakerne ved brev 30. april 2014. I begrunnelsen vises det til de to feilene lagmannsretten mente AtB hadde begått:

«Lagmannsretten mener for det første at AtB ikke har etablert et forsvarlig grunnlag for evalueringen.»

...

Lagmannsretten mener for det andre at AtB har brutt anskaffelsesregelverket når vi ikke har etterprøvd forsvarligheten av Norleds oppgitte drivoljeforbruk.

AtB har vurdert om det nå er mulig å avhjelpe de feil som lagmannsretten mener er begått. AtB har etter inngående overveielser kommet til at det ikke er mulig.»

- (19) Etter avlysningen inngikk AtB – som en midlertidig løsning – en to-årskontrakt med Norled AS for drift av fergestrekningen Brekstad-Valset.
- (20) Stevningen i hovedsaken endte i første omgang med fraværdom i Sør-Trøndelag tingrett fordi AtB ikke hadde inngitt tilsvar i tide. AtB anket over fraværdommen. Frostating lagmannsrett opphevet dommen og ga AtB oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfristen ved kjennelse 20. november 2014. Saken ble deretter behandlet i tingretten. Ettersom AtB hadde avlyst konkurransen på dette tidspunktet, var saken begrenset til å gjelde krav om erstatning. Sør-Trøndelag tingrett avsa 2. oktober 2015 dom med slik domsslutning:
- «1. **AtB AS frifinnes.**
2. **Fosen-Linjen AS dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelse å erstatte AtB AS' sakskostnader med 1.000.000 – enmillion – kroner.»**
- (21) Tingretten frifant AtB både for Fosen-Linjens krav om å få erstattet tapt fortjeneste – omtalt som positiv kontraktsinteresse – og Fosen-Linjens krav om å få dekket kostnader ved å delta i konkurransen – den negative kontraktsinteressen.
- (22) Fosen-Linjen anket tingrettens dom til Frostating lagmannsrett.
- (23) Under saksforberedelsen for lagmannsretten besluttet retten å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse. Det ble stilt seks spørsmål om hvilke krav EØS-retten stiller til de nasjonale erstatningsreglene. De to første spørsmålene knyttet seg til kravene til ansvarsgrunnlag:
- «1. **Er artikkel 1, pkt.1, og artikkel 2, pkt. 1 litra c) i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av**
- a. **at det foreligger culpa og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?**
- b. **at det foreligger en vesentlig feil hvor culpa hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?**
- c. **at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?**
2. **Skal artikkel 1, pkt. 1, og artikkel 2, pkt. 1 litra c) i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?»**

- (24) Spørsmål tre og fire knyttet seg til mulige EØS-rettslige krav til årsakssammenheng, mens spørsmål fem og seks gjaldt evaluering av tildelingskriterier.
- (25) EFTA-domstolen avga rådgivende uttalelse 31. oktober 2017 – heretter omtalt som Fosen I. Her fastslo domstolen at et enkelt brudd på regelverket om offentlige anskaffelser kan være nok til å utløse erstatningsansvar, og at det ikke kan stilles krav om at bruddet er kvalifisert. Jeg kommer tilbake til svarene som ble gitt i uttalelsen.
- (26) Frostating lagmannsrett avsa deretter 2. mars 2018 dom med slik domsslutning:
- «1. AtB AS betaler i erstatning til Fosen-Linjen AS
1 500 000 – enmillionfemhundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra
forkynnelsen av denne dom.**
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke for verken tingretten eller lagmannsretten.»**
- (27) Lagmannsretten frifant AtB for kravet om fortjenestetap – den positive kontraktsinteressen, men fant at AtB måtte dekke Fosen-Linjens kostnader ved å delta i konkurransen, altså den negative kontraktsinteressen. Lagmannsretten fravek EFTA-domstolens syn i Fosen I om at et enkelt brudd på regelverket kunne være nok til å utløse erstatningsansvar.
- (28) Både Fosen-Linjen og AtB har anket til Høyesterett. Fosen-Linjen har også erklært avledet anke til AtBs anke.
- (29) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 19. juni 2018 at ankene skulle fremmes til behandling i Høyesterett, men at forhandlingene skulle begrenses:
- «Ankane blir tillatne fremja til behandling i Høgsterett. Den avleidde anken frå Fosen-Linjen AS blir tillaten fremja.**
- Forhandlinga for Høgsterett blir avgrensa slik at det med omsyn til positiv kontraktsinteresse førebels ikkje blir forhandla om årsakssamanheng og tapsutmåling.»**
- (30) I et saksforberedende møte med partene ble rammene for ankeforhandlingen diskutert, og etter prosesskriftutveksling om spørsmålet besluttet ankeutvalget 15. oktober 2018 å endre den opprinnelige henvisningsbeslutningen:
- «Anken fra AtB AS tillates fremmet til behandling i Høyesterett.**
- Anken fra Fosen-Linjen AS blir ikke tillatt fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse som følge av at Norleds tilbud angivelig skulle ha vært avvist. For øvrig tillates anken fremmet. Den avlede anken fra Fosen-Linjen AS tillates fremmet.**
- Forhandlingene for Høyesterett begrenses slik at det for så vidt gjelder positiv kontraktsinteresse foreløpig ikke blir forhandlet om årsakssammenheng og tapsutmåling. Videre begrenses forhandlingene slik at det for så vidt gjelder ansvarsgrunnlag for negativkontraktsinteresse, kun vil forhandles om det i anbudskonkurransen var brukt et ulovlig tildelingskriterium, samt de øvrige vilkår for erstatning dersom slikt ansvarsgrunnlag foreligger.»**
- (31) For Høyesterett har Næringslivets Hovedorganisasjon – NHO – erklært partshjelp til fordel for Fosen-Linjen.

- (32) Staten deltar i saken etter tvisteloven § 30-13 for å ivareta det offentlige interesser.
- (33) Blant annet fordi lagmannsretten ikke fulgte EFTA-domstolens uttalelse i Fosen I for så vidt gjelder spørsmålet om ansvarsgrunnlag, ba Høyesterett 19. november 2018 om en klargjøring og utdypning, eventuelt revurdering, fra EFTA-domstolen. Spørsmålet lød:
- «Krever håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse?»**
- (34) EFTA-domstolen avga en rådgivende uttalelse 1. august 2019 – heretter omtalt som Fosen II – som klargjør de EØS-rettslige kravene på dette punktet. Domstolen slo fast at EØS-regelverket ikke krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er tilstrekkelig til å innebære ansvarsgrunnlag for erstatning av tapt fortjeneste. Et slikt ansvar forutsetter at bruddet er tilstrekkelig kvalifisert. Jeg kommer tilbake til innholdet også i denne uttalelsen.
- (35) *Den ankende part – Fosen-Linjen AS* – har i korte trekk anført:
- (36) Avlysningen av konkurransen var ikke rettmessig. Feilen påvirket utfallet av anskaffelsesprosessen direkte og er derfor tilstrekkelig kvalifisert til å gi grunnlag for å tilkjenne Fosen-Linjen erstatning for fortjenestetap. At AtB ikke var tilstrekkelig orientert i regelverket – og var i rettsvillfarelse – fritar ikke for ansvar.
- (37) AtB kan ikke høres med at konkurransen kunne avlyses fordi tildelingskriteriet miljø ikke kunne etterprøves. Konkurranses grunnlaget etterspurte blant annet generalarrangementstegninger – GA-tegninger – og hvis AtB hadde innhentet sakkyndig hjelp, kunne tilbudene vært evaluert på basis av informasjonen som ble gitt i tilbudene. At Norled AS ikke hadde gitt de nødvendige opplysningene i sitt tilbud, måtte føre til avvising av tilbudet fra Norled AS, men kan ikke gi grunnlag for å avlyse konkurransen.
- (38) Subsidiært anføres det at vilkårene for å tilkjenne erstatning for Fosen-Linjens kostnader til å utarbeide tilbudet – negativ kontraktsinteresse – er til stede. EFTA-domstolens uttalelse i Fosen I oppstiller et objektivt ansvar for denne typen tap. Dette har ikke blitt endret ved EFTA-domstolens uttalelse i Fosen II, ettersom Høyesteretts spørsmål der bare var knyttet til ansvarsgrunnlag for fortjenestetap. At det ikke kan oppstilles et skyldansvar, følger også av EU-domstolens avgjørelse i C-314/09 Strabag.
- (39) Det foreligger årsakssammenheng til et tap, slik lagmannsretten har kommet til. Tapet er imidlertid større enn det lagmannsretten la til grunn.
- (40) Som følge av at forhandlingene for så vidt gjelder erstatning for den positive kontraktsinteresse er begrenset til spørsmålet om ansvarsgrunnlag, har Fosen-Linjen AS lagt ned slik påstand:
- «1. AtB AS' avlysning av anskaffelseskonkurranse 30. april 2014 utgjør ansvarsgrunnlag for Fosen-Linjen AS' krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse.**
- 2. Fosen-Linjen AS tilkjennes sakskostnader.»**

(41) For høyesterettssaken som sådan er det lagt ned slik påstand:

«Prinsipalt:

1. Fosen-Linjen AS tilkjennes erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr. 83.448.368 med tillegg av lovens forsinkelsesrente av kr 7.400.000 fra 1.1.2016, av kr 7.400.000 fra 1.1.2017, av kr 7.400.000 fra 1.1.2018 og for øvrig fra 4. april 2015 til betaling skjer.
2. Fosen-Linjen AS tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.

Subsidiært:

1. Lagmannsrettens dom oppheves så langt den er påanket.
2. Fosen-Linjen AS tilkjennes sakskostnader.»

(42) For så vidt gjelder anken fra AtB vedrørende erstatning for tapte kostnader – negativ kontraktsinteresse – har Fosen-Linjen AS lagt ned slik påstand:

«Prinsipalt: AtB AS betaler innen to uker Fosen-Linjen AS erstatning for den negative kontraktsinteressen med kr 2.000.000 og med tillegg av forsinkelsesrente av kr 1.555.819 fra 3. april 2015 og med tillegg av forsinkelsesrente av kr 444.181 fra 30. august 2015.

Subsidiært: Anken forkastes.

I begge tilfeller: Fosen-Linjen AS tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»

(43) *Partshjelper for Fosen-Linjen AS – Næringslivets Hovedorganisasjon* – har sluttet seg til Fosen-Linjens anførsler og har i tillegg fremhevet at anskaffelsesreglenes formål og hensynet til effektivitet er førende ved tolkingen av anskaffelsesregelverket. Erstatningsansvar er sentralt for å forebygge brudd på reglene. Til tross for det betydelige antallet offentlige anskaffelser som gjøres årlig i Norge, er det få saker hvor tilbydere er gitt erstatning for fortjenestetap. Dette kan tyde på at terskelen i Norge er satt for høyt.

(44) EFTA-domstolen har i Fosen II vist til statsansvaret som er utviklet innen EØS-retten. Denne ansvarsnormen kan ikke anvendes direkte, men må fastlegges i lys av den anskaffelsesrettslige konteksten. Skyld kan ikke være et vilkår for erstatning. Rettsvillfarelse fritar ikke i seg selv for ansvar. Terskelen for ansvar vil dessuten variere med skjønnshfrieteten på området og regelens klarhet. Etter at regelen er utfylt, er det lite rom for skjønn, og terskelen for ansvar blir lavere.

(45) AtBs avlysning av konkurransen var urettmessig. Reglene gir ikke rom for skjønn, og det foreligger ansvarsgrunnlag.

(46) Uansett er vilkårene oppfylt for å tilkjenne erstatning for kostnadene Fosen-Linjen hadde i forbindelse med konkurransen.

(47) Næringslivets Hovedorganisasjon har nedlagt slik påstand:

«Næringslivets Hovedorganisasjon tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

(48) *Den ankende part – AtB* – har i korte trekk anført:

(49) AtBs avlysning av konkurransen var rettmessig. Terskelen for å avlyse er lav. Etter norsk rett kreves det saklig grunn. Etter EØS-retten er terskelen enda lavere. Det ble begått feil i

konkurransen – ved at det var benyttet et ulovlig tildelingskriterium – som ikke kunne rettes opp på annen måte enn ved å avlyse. Det var derfor saklig grunn til å avlyse. Lagmannsrettens avgjørelse i saken om midlertidig forføyning medførte uansett en slik rettslig usikkerhet om lovligheten av konkurransen, at det alene ga saklig grunn til å avlyse.

- (50) Det gjelder en høy terskel for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for erstatning for tapt fortjeneste. Dette gjelder både etter norske interne rettsregler og etter EØS-retten. En mer omfattende eksponering for erstatningsansvar enn det oppdragsgivere allerede er utsatt for, kan føre til irrasjonell bruk av ressurser som følge av oppdragsgivernes frykt for ansvar.
- (51) Statsansvaret etter EØS-retten – slik dette er utlagt i Fosen II – tilfredsstiller effektivitetsprinsippet. Det er de prekontraktuelle håndhevelsesmekanismene som er de primære i anskaffelsesretten; erstatningsretten er av subsidiær karakter, og det er ikke behov for å oppstille en streng norm. Det er uansett ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for tapt fortjeneste i denne saken.
- (52) Det er heller ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for kostnadene Fosen-Linjen hadde i forbindelse med deltakelsen i konkurransen. Fosen-Linjen kjente til innholdet i tildelingskriteriet «miljø», herunder at det ikke var etterspurt dokumentasjon som kunne gi grunnlag for etterprøving av oppgitt drivstofforbruk. Dette betyr at det ikke er årsakssammenheng mellom feilen som ble begått, og tapet som Fosen-Linjen har pådratt seg.
- (53) Fosen-Linjen burde uansett ha forstått at fraværet av et dokumentasjonskrav kunne gjøre etterprøvingen av tilbudene vanskelig, og at dette var i strid med anskaffelsesregelverket.
- (54) Det vil ha en preventiv funksjon om tilbyderne «tvinges» til å påpeke det de ser av feil under konkurransens gang. Det er uheldig om de kan vente til utfallet av konkurransen er klart og deretter angripe utfallet ved å vise til feilen.
- (55) Ansvarsgrunnlaget for erstatning for tapte kostnader er uaktsomhet. Dette er ikke i strid med EØS-retten. Fosen-Linjens påståtte tap er uansett upåregnelig stort og til dels ikke dokumentert.
- (56) AtB AS har nedlagt følgende påstand:
- «1. Anken fra Fosen-Linjen AS forkastes.
 2. Lagmannsrettens dom oppheves for den del som gjelder erstatning for negativ kontraktsinteresse.
 3. AtB AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (57) *Staten* – som deltar i saken etter tvisteloven § 30-13 – har i korte trekk anført:
- (58) Det offentlige interesse i saken knytter seg til hvilken ansvarsnorm som gjelder, og hvilke føringer EØS-retten legger på norsk rett.
- (59) EØS-retten krever ikke at ansvarsgrunnlaget er objektivt i anskaffelsessakene. Det er det alminnelige EØS-rettslige erstatningsansvaret som gjelder. I henhold til dette ansvaret er det ansvarsgrunnlag når et brudd på regelverket er «tilstrekkelig kvalifisert». Denne

terskelen for ansvar ligger ikke høyere enn det som følger av norsk rett, og det er dermed ikke noen konflikt mellom norsk rett og EØS-retten på dette punktet.

- (60) Staten har ikke nedlagt påstand.
- (61) *Jeg er kommet til at ankene ikke fører frem.*
- (62) Saken reiser flere spørsmål. For det første skal Høyesterett ta stilling til om det foreligger *ansvarsgrunnlag* for å tilkjenne Fosen-Linjen erstatning for tap av den fortjenesten Fosen-Linjen ville ha fått hvis de hadde vunnet konkurransen. Høyesterett skal imidlertid ikke ta stilling til om det er årsakssammenheng – det vil si om Fosen-Linjen ville ha vunnet kontrakten. Heller ikke skal Høyesterett ta stilling til om Fosen-Linjen har lidd tap ved å ikke vinne anbudskonkurransen – altså om Fosen-Linjen ville tjent noe på kontrakten.
- (63) Hvis det ikke er ansvarsgrunnlag for fortjenestetapet, blir spørsmålet om det er grunnlag for å tilkjenne Fosen-Linjen erstatning for kostnadene de har hatt ved å delta i konkurransen. Her skal Høyesterett vurdere alle vilkårene for erstatning, både om det er *ansvarsgrunnlag* og om det er *årsakssammenheng* til et tap.
- (64) Før jeg går nærmere inn på spørsmålene saken reiser, vil jeg kort plassere den aktuelle anskaffelsen – fergetjenester – og sakens problemstillinger rettslig.
- (65) *Det EØS-rettslige erstatningsansvaret for brudd på reglene for anskaffelse av sjøtransport*
- (66) På tidspunktet for denne anskaffelsen gjaldt direktiv 2004/18 for klassisk sektor – omtalt som anskaffelsesdirektivet – som regulerer anskaffelse av vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter. Videre gjaldt direktiv 2004/17 for forsyningssektoren – det vil si vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. Sjøtransport var imidlertid ikke omfattet av direktiv 2004/17, men av anskaffelsesdirektivet.
- (67) Etter anskaffelsesdirektivet artikkel 21, jf. bilag II B er sjøtransport en såkalt «uprioritert tjeneste» som bare er underlagt artiklene 23 og 35 nr. 4 i direktivet. Artikkel 23 regulerer bruk av tekniske spesifikasjoner, mens artikkel 35 nr. 4 omhandler kunngjøring av resultatet av anbudskonkurranser. Ingen av disse bestemmelsene er av interesse i saken her.
- (68) EU-domstolen har imidlertid lagt til grunn at konkurranser om uprioriterte tjenester med et grenseoverskridende element er «omfattet af EU-rettens grunnleggende prinsipper og navnlig EUF-traktatens prinsipper vedrørende etableringsfriheten og den frie udveksling af tjenesteydelser», jf. C-226/09 EU-kommisjonen mot Irland avsnitt 29. Dette innebærer blant annet at prinsippet om likebehandling, og dermed også prinsippet om gjennomsiktighet, gjelder for de uprioriterte tjenestene, jf. avsnitt 34 i avgjørelsen.
- (69) AtB har anført at anskaffelsen i dette tilfellet ikke hadde et grenseoverskridende element. Dette er jeg ikke enig i. Kontraktsverdien alene – en halv milliard kroner – tilsier at kontrakten var av interesse også for tilbydere utenfor Norge.
- (70) Håndhevelsesdirektivet – direktiv 89/665 – oppstiller forpliktelser for å sikre at reglene om offentlige anskaffelser i direktiv 2004/18 etterlevs. Ettersom sjøtransport er en uprioritert tjeneste, vil anskaffelsesdirektivet – og dermed også håndhevelsesdirektivet – i begrenset

grad få betydning for disse tjenestene, jf. NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, punkt 11.2.1. Imidlertid pekte utvalget i punkt 11.2.2 på at de uprioriterte tjenestene i norsk rett alt var omfattet av de generelle reglene i håndhevelsesdirektivet:

«Utgangspunktet må være at de generelle reglene i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 og 2, som for eksempel at det skal finnes effektive og raske klagemuligheter og at det skal være mulig å oppnå skadeserstatning, kommer til anvendelse på uprioriterte tjenester. Disse bestemmelsene er allerede gjennomført i dagens regelverk.»

- (71) Jeg legger til grunn at håndhevelsesdirektivets grunnleggende regler – herunder erstatningsreglene – også gjelder for den aktuelle uprioriterte tjenesten. Det er dermed ikke nødvendig å gå nærmere inn på hvilke deler av håndhevelsesdirektivet for øvrig som kommer til anvendelse som følge av at anskaffelsen her gjaldt en uprioritert tjeneste med et grenseoverskridende element.
- (72) Håndhevelsesdirektivets virkemidler skal sikre gjennomsiktighet og likebehandling og gi tilbydere tilgang på effektive og raske forebyggende virkemidler, jf. fortalen syvende avsnitt. Videre følger det av tiende avsnitt at hvis anskaffelsesreglene likevel blir brutt, skal tilbyderen ha krav på kompensasjon. Artikkel 2 nr. 1 fastsetter kravene til nasjonal rett:

«Krav til klagebehandlingen

- 1. Medlemsstatene skal sikre at tiltakene som treffes med hensyn til klagebehandlingen nevnt i artikkel 1, inneholder bestemmelser som gir myndighet til å**
 - a) treffe, ved første anledning og ved hjelp av midlertidige forføyninger, midlertidige tiltak som har som mål å rette opp den påståtte overtredelsen eller forebygge ytterligere skade på berørte interesser, herunder tiltak for å utsette eller sikre utsettelse av tildelingen av en offentlig kontrakt eller gjennomføringen av eventuelle beslutninger truffet av den offentlige oppdragsgiveren,**
 - b) enten sette til side eller sørge for å sette til side beslutninger som er truffet ulovlig, herunder fjerning av diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i anbudsinnbydelsen, i kontraktsdokumentene eller eventuelle andre dokumenter i forbindelse med kontraktstildelingen,**
 - c) gi skadeserstatning til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse.»**

- (73) Et sentralt spørsmål i saken er hvilke krav artikkel 2 nr. 1 bokstav c stiller til norsk erstatningsrett. Reglene om erstatning er i utgangspunktet ikke harmonisert, jf. blant annet Fosen I avsnitt 69. Det fremheves at bestemmelsen krever at det finnes nasjonale regler som gir skadelidte personer mulighet til å kreve erstatning, men at det ikke er gitt bestemmelser om de nærmere vilkårene for erstatning. Tilsvarende legges til grunn i Fosen II avsnitt 111:

«... verken håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i direktivet [fastsetter] konkrete vilkår for tilkjenning av erstatning som omfatter konkrete typer tap og ansvarsnormen spesielt.»

- (74) Konsekvensen av dette er at det er opp til de enkelte EØS-stater å fastlegge innholdet i erstatningsreglene, jf. Fosen I avsnitt 70:

«I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området er det derfor i prinsippet opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. De nasjonale regler der disse vilkår er fastsatt, må likevel være i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet.»

- (75) 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.
- (76) Blant annet ut fra effektivitetsprinsippet har EU- og EFTA-domstolen også oppstilt minstekrav til erstatningsregler ved statenes brudd på de EØS-rettslige forpliktelsene, se EU-domstolens dom i de forente sakene C-6/90 og C-9/90 Francovich avsnittene 32-33. Det å etterleve anskaffelsesreglene er en del av statenes EØS-rettslige forpliktelser. Dette tilsier at kravene som gjelder for statenes ansvar ved brudd på fellesskapsreglene generelt, også gjelder for brudd på anskaffelsesreglene. Slik forstår jeg Fosen II avsnitt 117:
- «Ifølge prinsippet om statlig erstatningsansvar kan imidlertid en EØS-stat holdes ansvarlig for brudd på sine EØS-rettslige forpliktelser når tre vilkår er oppfylt: for det første må den overtrådte rettsregel ha til formål å gi enkeltpersoner og økonomiske aktører rettigheter; for det andre må bruddet være tilstrekkelig kvalifisert; og for det tredje må det være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skadelidtes tap.»**
- (77) Det er ikke tvilsomt at de anbudsrettslige reglene som er aktuelle i denne saken, er rettsregler som har «til formål å gi økonomiske aktører ... rettigheter». Spørsmålet her er om det foreligger *brudd på regelverket*, om bruddet i så fall er *tilstrekkelig kvalifisert* – og for så vidt gjelder kravet om erstatning for tilbudskostnader – om det er *årsakssammenheng* til et *tap*. Når det gjelder kravet om erstatning for fortjenestetapet, skal, som allerede nevnt, de to siste spørsmålene ikke behandles av Høyesterett i denne omgang, jf. Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 15. oktober 2018.
- (78) Etter nå å ha plassert saken i en EØS-rettslig ramme, går jeg over til drøftelsen av partenes anførsler. Jeg begynner med Fosen-Linjens krav om erstatning for tapt fortjeneste – den positive kontraktsinteressen.
- (79) *Fosen-Linjens krav om erstatning for tapt fortjeneste*
- (80) Fosen-Linjen anfører at avlysningen av konkurransen var et brudd på regelverket som gir ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteressen. Jeg vurderer først om det ble begått brudd på regelverket i denne saken.

- (81) *Brøt AtB regelverket for offentlige anskaffelser da de avlyste konkurransen?*
- (82) Etter dagjeldende forskrift om offentlige anskaffelser 2006 § 13-1 første ledd kunne en oppdragsgiver avlyse en konkurranse dersom det forelå «saklig grunn». Bestemmelsen er videreført i dagens forskrift § 10-4 første ledd og må ses i sammenheng med at det normalt ikke foreligger noen kontraheringsplikt, jf. NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser side 139. Det innebærer at konsekvensen av en avlysning uten saklig grunn normalt bare kan bli erstatning. Tilbydere kan ikke tvinge oppdragsgiverne til å inngå kontrakt.
- (83) Jeg nevner at avlysningsretten etter EØS-retten fremstår som videre enn etter intern norsk rett, se for eksempel C-27/98 Fracasso avsnittene 23 og 25 og C-440/13 Croce Amica avsnittene 31, 35 og 36. EØS-retten legger derfor ikke føringer på forståelsen av forskriften § 13-1 første ledd.
- (84) Når det gjelder det nærmere innholdet i kravet om «saklig grunn», heter det i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser punkt 26.2.1 at to vilkår må være oppfylt; selve årsaken til avlysningen må være saklig – omtalt som «det objektive vilkåret» – og oppdragsgiveren må ikke kunne bebreides for ikke å ha forutsett den aktuelle årsaken – det «subjektive vilkåret». Hvis vilkårene er oppfylt, er konsekvensen at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen uten å komme i erstatningsansvar.
- (85) Det må imidlertid skilles mellom avlysningsretten etter forskriften § 13-1 første ledd og plikten til å betale erstatning. Det kan være «saklig grunn» til å avlyse selv om oppdragsgiverne har gjort en feil. Som EFTA-domstolen fremhever i Fosen I avsnitt 106, kan det være situasjoner hvor avlysning fremstår som eneste forsvarlige løsning:
- «Det kan være situasjoner der for eksempel en prosessuell feil bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses og gjennomføres på nytt, for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse ...»**
- (86) Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. Rt-2007-983 SB Transport avsnitt 91, som igjen viser til kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt-2001-473 Concordia. En totalvurdering innebærer etter mitt syn at det er rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter – for å bruke NOUens terminologi – forutsatt at de er saklige. Illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.
- (87) Totalvurderingen av situasjonen i den foreliggende saken viser etter mitt syn at AtB hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (88) Da AtB avlyste hadde lagmannsretten i forføyningssaken påpekt to feil i konkurransen. AtB var ikke enig i lagmannsrettens avgjørelse, men avgjørelsen skapte likevel en rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen. En slik reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, må i seg selv kunne gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse.
- (89) I tillegg var det etter mitt syn en feil at tildelingskriteriet «miljø» ikke var ledsaget av tilstrekkelige dokumentasjonskrav. Denne feilen alene ga AtB saklig grunn til å avlyse konkurransen, slik at AtB hadde dobbelt grunnlag for avlysningen.

- (90) Oppdragsgiveren kan stille krav til en leveranses miljøegenskaper, se for eksempel forskrift om offentlige anskaffelser 2006 § 13-2 andre ledd. Ethvert tildelingskriterium må imidlertid være mulig å etterprøve på en objektiv måte. Dette følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i sak C-448/01 Wienstrom. Her fastslår EU-domstolen at prinsippet om likebehandling, og dermed også kravene om objektivitet og gjennomsiktighet, forutsetter at oppdragsgiveren må kunne vurdere om et tildelingskriterium er oppfylt ut fra opplysningene i tilbudene, jf. avsnitt 49–50. Et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten, se avsnitt 52.
- (91) Dokumentasjonskravet hadde ikke kommet direkte til uttrykk i regelverket, verken i direktivene eller i den norske forskriften. I en veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet 30. november 2006, i punkt 15.1, redegjøres det imidlertid for kravene som kan utledes av Wienstrom-avgjørelsen under overskriften «Dokumentasjonskrav for tildelingskriterier»:
- «EU-domstolen har uttrykt at oppdragsgiver ikke kan bruke tildelingskriterier som inneholder dokumentasjonskrav som ikke kan etterprøves. Tildelingskriteriene må gjøre det mulig for oppdragsgiver å vurdere tilbudet på en nøyaktig og etterrettelig måte. ...»**
- (92) Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at tildelingskriteriet «miljø», slik det var oppstilt i AtBs konkurransegrunnlag, ikke oppfylte de kravene som følger av Wienstrom-avgjørelsen. Som nevnt var det ikke stilt krav om dokumentasjon for drivoljeforbruket.
- (93) Riktignok følger det av Fosen I avsnitt 123 at et tilbud skal ses som et hele, og at oppdragsgiver kan ta i betraktning alle opplysningene i tilbudet, ikke bare opplysninger som er gitt som dokumentasjon for et tildelingskriterium. Men forutsetningen er at alle tilbydere likebehandles. Jeg legger til at hensynet til å unngå misforståelser og å ivareta forutberegnelighet for tilbyderne, kan tilsi tilbakeholdenhet med å benytte opplysninger som er gitt med ett formål, ved evalueringen av et annet punkt i tilbudet. Likevel legger jeg til grunn at tilbudet må betraktes som et hele.
- (94) Partene er enige om at de mest sentrale parameterne for drivoljeforbruket er skrognmotstand, propulsjonsvirkningsgrad, valg av motortype, det elektriske og mekaniske overføringstapet, hotellasten – det vil si energiforbruket til hjelpesystemene som ventilasjon, kjøling, oppvarming, pumper osv. – og vær og vindforhold på den aktuelle sjøstrekningen. Fosen-Linjen har vist til at tilbudet ga en rekke opplysninger som ga grunnlag for å trekke slutninger om drivoljeforbruket.
- (95) Etter mitt syn var ikke de etterspurte opplysningene tilstrekkelige til å gi et grunnlag for en objektiv og etterrettelig etterprøving. De sakkyndige som har bistått partene i forbindelse med rettsaken, har blant annet måttet anslå energibehovet ut fra opplysninger i tilbudet som var gitt med andre formål. For eksempel har det vært trukket slutninger om drivoljeforbruk ut fra GA-tegninger som konkurransegrunnlaget ba om for at oppdragsgiveren skulle kunne vurdere i hvilken grad kravene til universell utforming ville bli ivaretatt. Videre har de sakkyndige måttet basere seg på erfaring om hva som er vanlig for denne typen skip, og ikke på konkrete opplysninger om de tilbudte skipene.
- (96) Fosen-Linjen har vist til utskriften av vitneforklaringen fra selskapets rederisjef for lagmannsretten som gjør rede for hvordan Fosen-Linjen kom frem til det opplyste

drivolfjeforbruket. Det fremgår at en rekke momenter ble vurdert. Men disse vurderingene og beregningene ble ikke etterspurt i konkurransegrunnlaget og kunne derfor ikke danne grunnlag for en objektiv og etterrettelig etterprøving.

- (97) AtBs respons da det ble etterspurt dokumentasjonskrav fra tilbydersiden, var å ta inn en misligholdsbeføyelse i kontraktgrunnlaget. Jeg viser til min redegjørelse innledningsvis. AtB erkjenner at gebyret ble satt for lavt til at beføyelsen var adekvat som virkemiddel for å avbøte det manglende dokumentasjonskravet. En kraftfull sanksjon ville gitt tilbyderne en særlig oppfordring til å regne riktig, ettersom de ville bli eksponert for misligholdssanksjonen hvis de vant kontrakten. Sanksjoner kan dermed gi bedre grunnlag for å stole på tilbudenes opplysninger. Men anskaffelsesprosessens mål er å identifisere det beste tilbudet. Misligholdssanksjoner har derimot til formål å verne mot konsekvensene av mislighold, og vil bare ha indirekte – og usikre – effekter på tilbudet.
- (98) EFTA-domstolens svar i Fosen I på Frostating lagmannsretts spørsmål om en sanksjon kan tre i stedet for effektiv kontroll, tyder heller ikke på at en sanksjon vil være tilfredsstillende, jf. avsnittene 111 og 120-123. Ettersom misligholdsbeføyelsen i dette tilfellet uansett var utilstrekkelig, går jeg ikke nærmere inn på problemstillingen.
- (99) Fosen-Linjen har pekt på at for å kunne gi objektive og etterrettelige opplysninger, måtte skipene ha vært prosjektert før tilbudet ble sendt inn. Dette ville være et omfattende arbeid og være i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Jeg er enig i at oppdragsgivere må velge tildelingskriterier som er forholdsmessige. Det er mulig at tildelingskriteriet «miljø» i denne konkurransen burde vært knyttet til andre parametere enn drivolfjeforbruk. Denne innsigelsen bidrar imidlertid ikke til at det aktuelle kriteriet blir lovlig.
- (100) Slik situasjonen var på tidspunktet for avlysning, kan jeg etter dette vanskelig se at AtB hadde andre muligheter for å rette opp feilen i konkurransegrunnlaget enn å avlyse. Avlysning gir mulighet til å starte prosessen på nytt, og på den måten til en viss grad avbøte feilen. Det er ikke nødvendig for meg å ta stilling til om AtB her hadde en plikt til å avlyse. Det er tilstrekkelig å konstatere at det åpenbart var saklig grunn.
- (101) Fosen-Linjen anfører imidlertid at rettmessigheten av avlysningen må vurderes ut fra den begrunnelsen som AtB ga for å avlyse konkurransen. I brevet som varslet avlysningen ble det ikke vist til at tildelingskriteriet «miljø» hadde fått en ulovlig utforming, men bare til de feilene lagmannsretten hadde funnet i forføyningssaken.
- (102) Jeg er ikke enig i at vurderingen av saklig grunn bare kan bygge på den begrunnelsen oppdragsgiveren ga på avlysningstidspunktet. Uansett er det mitt syn at de feilene som lagmannsretten fant, var nært knyttet til at tildelingskriteriet «miljø» hadde fått en ulovlig utforming. Mangelen på et forsvarlig grunnlag for evalueringen – en objektiv og etterrettelig etterprøving – av miljøkriteriet, er kjernen i begge feilene lagmannsretten fant. I tillegg har jeg, som allerede nevnt, kommet til at den rettslige usikkerheten som var skapt av forføyningssaken, *alene* ga saklig grunn til avlysning.
- (103) At avlysningen i dette tilfellet var saklig, betyr imidlertid ikke at feilene som førte til avlysningen, ikke kan gi grunnlag for erstatningsansvar. Men det at avlysningen var saklig, medfører at ingen av tilbyderne kan kreve erstatning for tapt fortjeneste. Fosen-linjens anke over lagmannsrettens avgjørelse for så vidt gjelder kravet om positiv kontraktsinteresse kan dermed ikke føre frem.

- (104) *Foreligger det ansvarsgrunnlag for erstatning av kostnader til å inngi tilbudet – negativ kontraktsinteresse?*
- (105) Som jeg har konstatert, begikk AtB en feil da det ikke ble stilt krav til dokumentasjon for tildelingskriteriet «miljø». Spørsmålet er om dette kan danne grunnlag for erstatningsansvar for kostnadene Fosen-Linjen hadde med å inngi tilbudet.
- (106) Jeg ser først på hvilken ansvarsnorm som gjelder.
- (107) Loven som gjaldt på konkurransetidspunktet – lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 – har bestemmelser om erstatning i § 11:
- «Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.»**
- (108) Ordlyden gir ikke holdepunkter for hvilken ansvarsnorm som gjelder. Av Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) kapittel 13 i spesialmotivene fremgår imidlertid at utgangspunktet er alminnelig, ulovfestet erstatningsrett. Et rent objektivt ansvar for «enhver feil» avvises.
- (109) I rettspraksis har det utviklet seg forskjellige ansvarsnormer for henholdsvis fortjenestetap og tapte tilbudskostnader. Når det gjelder erstatning for tilbudskostnader, som er tema her, henvises det i Rt-1997-574 Firesafe på side 577 til de «alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger». Jeg legger til grunn at utgangspunktet er det alminnelige ansvarsgrunnlaget utenfor kontrakt, altså uaktsomhetsansvaret.
- (110) Som jeg redegjorde for innledningsvis må nasjonal rett oppfylle de minstekravene som følger av EØS-retten. Når det gjelder innholdet i den EØS-rettslige ansvarsnormen, fremstår det som om EFTA-domstolen i Fosen I avsnitt 82 oppstiller et objektivt ansvar, slik at ett enkelt brudd på regelverket om offentlige anskaffelser i seg selv er nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar. Dette nyanseres imidlertid i Fosen II avsnitt 120. Her fremgår det at en norm som oppstiller ansvar ved «tilstrekkelig kvalifisert brudd», anses som tilfredsstillende.
- (111) Fosen-Linjen anfører at EFTA-domstolen i Fosen I bygger på at ansvaret er objektivt, og at Fosen II ikke endrer ansvarsnormen for erstatning for tilbudskostnadene. Det vises til at i spørsmålsskriftet til EFTA-domstolen fra Høyesterett – som er bakgrunnen for Fosen II – var spørsmålet knyttet til erstatningsgrunnlaget for fortjenestetap. På denne bakgrunn anføres det at EFTA-domstolen i Fosen II bare svarte på hva som gjelder for erstatning for fortjenestetap. AtB mener på sin side at Fosen I er fraveket ved Fosen II også hva gjelder ansvarsnormen for tilbudskostnadene.
- (112) Så vidt jeg kan se, skilles det i Fosen I mellom erstatning for tilbudskostnader og fortjenestetap i to sammenhenger: For det første ved drøftelsen av spørsmålene om årsakssammenheng og beviskrav for årsakssammenheng. Her sies det ikke noe om ansvarsnormen. For det andre kommenteres spørsmålet om fortjenestetap ved drøftelsen av hvilke tapstyper som må kunne kreves dekket. Kravet om effektivitet innebærer at det «i prinsippet» må kunne kreves erstatning for tapt fortjeneste i nasjonal rett, jf. Fosen I avsnitt 90. Heller ikke her sies det noe om ansvarsnormen. Ser man på drøftelsene av kravet til ansvarsgrunnlag, er det ikke skilt mellom fortjenestetap og erstatning for kostnader.

- (113) Svaret fra EFTA-domstolen i Fosen II trekker også frem at kravet om effektivitet innebærer at det «i prinsippet» må kunne kreves erstatning for tapt fortjeneste – altså at tapstypen ikke kan utelukkes helt, se avsnittene 115 og 116. Ellers synes ikke Fosen II å skille mellom de to tapsformene. I drøftelsen av ansvarsgrunnlaget er redegjørelsen generell og knytter seg til de samme kildene som EFTA-domstolen viste til i Fosen I. På samme måten som i Fosen I synes ikke tapstypen å ha hatt betydning for minstekravene til normen.
- (114) Går man til den sentrale praksisen fra EU-domstolen som Fosen II bygger på, så som C-314/09 Strabag og C-568/08 Combinatie, synes kravene som oppstilles til ansvarsgrunnlaget å gjelde uavhengig av hvilket tap som kreves dekket. Særlig Combinatie-avgjørelsen blir drøftet mer inngående i Fosen II enn i Fosen I. At Combinatie ikke skiller mellom tapstyper, tilsier at Fosen II må forstås slik at den generelt oppstiller en annen ansvarsnorm enn den Fosen I la til grunn, og ikke bare fraviker Fosen I for så vidt gjelder fortjenestetapet. Min konklusjon er etter dette at den ansvarsnormen som kan utledes av Fosen II, gjelder som en generell minimumsnorm – også for ansvarsnormen ved krav om erstatning av tilbudskostnader.
- (115) Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet innebærer at ansvarsgrunnlaget ikke kan gjøres betinget av at det er ført bevis for skyld eller bedrageri, jf. Fosen I avsnitt 75 og Fosen II avsnitt 118. Men som det fremheves i Fosen II avsnitt 119, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur avsnitt 78 og 79, betyr ikke dette at ikke en del av de momentene som vil være relevante ved uaktsomhetsvurderingen etter internretten, også vil være relevante ved vurderingen av om det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd»:
- «Dette innebærer ikke at visse objektive og subjektive faktorer knyttet til skyldbegrepet i en nasjonal rettsorden ikke kan være relevante ved vurderingen av om et bestemt brudd er tilstrekkelig kvalifisert. Imidlertid kan plikten til å yte erstatning for tap eller skade påført enkeltpersoner, ikke bero på et vilkår basert på et skyldbegrep som går utover et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.»**
- (116) Ved den nærmere vurderingen av den norske normen må de minimumskravene som følger av EØS-retten, være oppfylt. Ettersom EØS-retten innebærer at det ikke kan oppstilles et krav om skyld, kan ikke det tradisjonelle uaktsomhetsansvaret som har vært utgangspunktet for erstatning for tilbudskostnader, fullt ut opprettholdes, jf. Fosen I avsnitt 77, Fosen II avsnitt 118 og EU-domstolens avgjørelse i C-314/09 Strabag avsnitt 39. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å forstå norsk rett slik at det gjelder et strengere ansvar for oppdragsgiver enn det som følger av EØS-retten. Etter mitt syn må konsekvensen være at de minimumskrav som følger av EØS-retten – nemlig kravet om «tilstrekkelig kvalifisert brudd» – trer i stedet for den tradisjonelle aktsomhetsnormen.
- (117) Som påpekt i Fosen II avsnitt 119 vil subjektive og objektive momenter knyttet til vårt nasjonale skyldbegrep likevel kunne være relevante, men normen må ikke gå utover minstenormen som følger av «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Dette innebærer ikke at normen kan karakteriseres som strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm, men at vurderingen kan bli noe annerledes.
- (118) Når det gjelder innholdet i normen har AtB og staten anført at «tilstrekkelig kvalifisert brudd» innebærer at bruddet må være åpenbart og grovt, og har vist til Rt-2008-1705

Trafikk og Anlegg avsnittene 54-56. Fosen-Linjen hevder på sin side at det EØS-rettslige ansvaret i et tilfelle som dette, der det ikke er tale om å utøve et skjønn, er tilnærmet objektivt.

- (119) I EU-domstolens dom i de forente sakene C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur avsnitt 55 heter det om normen at:

«... det afgørende kriterium for, om en overtrædelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret ...[er] om en medlemsstat eller en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser.»

- (120) Der myndighetene har et skjønnssrom, vil en overtredelse altså være tilstrekkelig kvalifisert bare når overtredelsen er åpenbar og grov. Som påpekt av Halvard Haukeland Fredriksen, Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, sidene 239 til 242 og 273 til 277 kan det synes som EU-domstolen i praksis bruker kriteriet «åpenbart og grovt» som det konkret utslagsgivende vurderingstemaet der det foreligger et vidt skjønn, og særlig når skjønnen gjelder det politiske handlingsrommet. Han mener man derfor bør være varsom med å anvende kriteriet «åpenbart og grovt» som det generelle vurderingstemaet for å fastlegge når et brudd på EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert».

- (121) Jeg slutter meg til synspunktene, men fremhever at momentene som er opplistet i Brasserie du Pêcheur i avsnitt 56 uansett er relevante:

«Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinstans 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 er forvoldt forsætligt 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.»

- (122) Sitatet, og den etterfølgende praksisen fra EU- og EFTA-domstolene, gir ikke grunnlag for å oppstille to adskilte ansvarsnormer. Som det fremheves av Halvard Haukeland Fredriksen, Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, side 242:

«Tvert imot er det snakk om å plassere myndighetenes handlingsrom i en konkret sak på en 'sliding scale' fra vidt til intet skjønn.»

- (123) Det er ikke noe skarpt skille mellom regler med rom for skjønn og rettsregler med uklare grenser. For ansvarsvurderingen har det betydning om den overtrådte regelen var klar og presis. Det er også verd å merke at momentene som er fremhevet i sitatet fra Brasserie du Pêcheur, langt på vei også vil være relevante etter en norsk internrettslig uaktsomhetsvurdering.

- (124) Ved den konkrete vurderingen av om AtBs brudd på regelverket var «tilstrekkelig kvalifisert», legger jeg vekt på at regelen i utgangspunktet var klar. Etter Wienstrom-avgjørelsen fra EU-domstolen var det ikke tvilsomt at det måtte stilles egnede dokumentasjonskrav til tilbudskriteriene. Dette fremgikk imidlertid ikke direkte av det norske regelverket og heller ikke av direktivene. EU-domstolens praksis er ikke lett tilgjengelig for alminnelige oppdragsgivere som ikke har spesialkompetanse på området.

På den annen side er det klart at oppdragsgivere ikke kan unnskyldes seg med at de ikke hadde kompetanse, se EU-domstolens avgjørelse C-424/97 Haim avsnitt 28:

«Medlemsstaterne kan derfor hverken unddrage sig dette ansvar ved at påberåbe sig ... at den offentlige myndighed, der har tilsidesat fællesskabsretten, ikke havde den fornødne kompetence, de fornødne kundskaber eller midler.»

- (125) Regelen fremgikk, som tidligere nevnt, av veilederen fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet 30. november 2006 og var i noen grad omtalt i juridisk teori på tidspunktet for utlysningen av konkurransen. Likevel tilsier kompleksiteten i dette regelverket en viss tilbakeholdenhet med å statuere ansvar for feil av denne typen.
- (126) Når det etter mitt syn likevel er ansvarsgrunnlag for tilbudskostnadene i denne saken, er det fordi AtB to ganger under konkurransens gang fikk spørsmål som reiste tvil om tildelingskriteriets lovlighet. Spørsmålene burde fått AtB til å tenke igjennom hvordan man skulle kunne foreta en objektiv og etterprøvbar evaluering av drivoljeforbruket. Sanksjonen som ble oppstilt, var ikke adekvat for formålet. Dette, sammen med feilens konsekvens for konkurransen, gjør at jeg mener det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Det foreligger dermed ansvarsgrunnlag for kravet om dekning av tilbudskostnadene.
- (127) Det neste spørsmålet blir dermed om det er årsakssammenheng mellom AtBs brudd på regelverket og Fosen-Linjens tilbudskostnader.
- (128) *Årsakskravet ved negativ kontraktsinteresse*
- (129) Når en tilbyder går i gang med å lage et tilbud, vil det som regel være usikkert om arbeidet vil kaste noe av seg – i den forstand at det vil være usikkert om man får kontrakten. Bare den tilbyderen som får kontrakten, får igjen for arbeidet – for alle andre vil kostnadene være bortkastet. Oppdragsgiverens feil i prosessen endrer normalt ikke dette. Hvis oppdragsgiveren kunne bli hørt med at tilbyderne her må regne med at tilbudskostnadene er bortkastet, og at det derfor ikke foreligger årsakssammenheng, ville det bety at oppdragsgivere bare helt unntaksvis ville bli erstatningsansvarlige for tilbudskostnader.
- (130) I NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser punkt 11.4.3 beskrives to måter å formulere årsakskravet på:
- «Ikke ethvert brudd på anbudsreglene kan utløse erstatningsansvar. Det må oppstilles et krav om relevant årsakssammenheng. En mulighet er å stille krav om årsakssammenheng mellom feilen og deltakelsen i konkurransen. Spørsmålet blir da om anbyderen ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst om den fremtidige saksbehandlingsfeilen. En annen mulighet er å se på de alminnelige regler om erstatning som følge av saksbehandlingsfeil. De har blant annet kommet til uttrykk i forvaltningsloven § 41 og tvistemålsloven § 384. Avgjørende blir om feilen har virket inn på valg av anbud. Antagelig kan prinsippene benyttes kumulativt.»**
- (131) Det er den første innfallsvinkelen som er benyttet i Rt-1997-574 Firesafe. Her er spørsmålet om årsakssammenheng formulert som et spørsmål om tilbyderen hadde inngitt tilbudet hvis han hadde visst om feilen oppdragsgiveren har gjort. AtB har argumentert for at formuleringene i Firesafe utelukkende knytter seg til den konkrete situasjonen. Det kan jeg ikke se at det er grunnlag for. Jeg oppfatter formuleringene som et konkret uttrykk for

det ene av årsakskravene som er formulert i NOU-en og mener det må være riktig å anvende samme betraktningssmåte her.

- (132) Jeg finner det ikke tvilsomt at Fosen-Linjen ikke ville ha deltatt i konkurransen hvis de hadde visst om at konkurransen kom til å bli avlyst som følge av feil i konkurransegrunnlaget.
- (133) AtB har imidlertid anført at feilen i dette tilfellet var synlig, og at Fosen-Linjen da ikke kan kreve erstatning; de valgte å inngi tilbud selv om de var klar over at det ikke var krevd dokumentasjon for miljøkriteriet. Det vises til at man både i Sverige og Danmark ikke tilkjenner erstatning i slike tilfeller. For dansk retts vedkommende viser Jesper Fabricius' gjennomgang av praksis fra den danske klageordningen i boken Offentlige indkjøb i praksis, fjerde utgave, at det sjelden gis erstatning på grunn av feil i konkurransegrunnlaget. Han oppsummer rettstilstanden slik på side 832–833:

«Generelt gjelder, at hvis udbudsmaterialet er i strid med udbudsreglerne på en måde, som medføre at der ikke lovligt vil kunne tildeles en kontrakt på grundlag af udbudsmaterialet, vil en tilbudsgiver som altovervejende hovedregel ikke kunne få erstatning for sit tab.»

- (134) Det presiseres videre at dette i alle fall gjelder for erstatning av fortjenestetap. Ved gjennomgangen av erstatning av tilbudskostnader på side 841 nyanseres bildet imidlertid noe:

«Der findes også tilfælde, hvor en tilbudsgiver har fået erstatning for negativ kontraktinteresse, selvom overtrædelsen kunne konstateres ud fra udbudsbetingelserne, hvis overtrædelsen dog ikke var nemt konstaterbar ...»

- (135) Også etter norsk rett må det være slik at hvis tilbyderne velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget, kan det normalt ikke være årsakssammenheng til tapet. Begrensing av erstatningsansvaret kan også oppstilles ut fra medvirkningsbetraktninger.
- (136) I et tilfelle som det foreliggende, hvor AtB selv mente konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig – og det selv om feilen to ganger ble påpekt av tilbydere under konkurransens gang – finner jeg det vanskelig å konkludere med at det ikke er årsakssammenheng.
- (137) Som et reelt hensyn har AtB pekt på at det kan få svært uheldige konsekvenser hvis tilbydere som ser en feil, lar være å ta opp feilen med oppdragsgiveren, men i stedet avventer utfallet av konkurransen. Hvis tilbyderen ikke vinner, trekkes feilen frem som en innvending mot konkurransen, for eksempel som et grunnlag for krav om erstatning. Jeg er enig i at dette vil være uheldig. AtB har vist til at man i andre land har preklusjonsregler for å unngå denne typen situasjoner. Etter mitt syn er det eventuelt en lovgiveroppgave å innføre slike regler i Norge.
- (138) *Beregning av tapet – i hvilken grad tilbudskostnadene er erstatningsmessige*
- (139) Fosen-Linjen har krevd erstatning for til sammen to millioner kroner. For det første er det krevet erstatning for arbeid knyttet til klassetegninger og modelltank. Beløpet er dokumentert med faktura fra Sawicon AS. Beløpet utgjør 785 919 kroner. AtB har anført at beløpet er upåregnelig stort.

- (140) Beløpet er høyt, men tatt i betraktning at AtB blant annet ba om tall for drivoljeforbruk, var det påregnelig at Fosen-Linjen ville få kostnader av denne typen. Jeg ser ikke grunn til å redusere denne posten.
- (141) Det er også krevet dekket en faktura fra Lighthouse Finance AS på 100 000 kroner. Beløpet er ikke bestridt.
- (142) Videre er det krevet dekket kostnader til juridisk bistand. Beløpet er dokumentert ved fakturaer og utgjør 455 049 kroner. Også her har AtB anført at beløpet er upåregnelig høyt. Jeg er enig i at beløpet er høyt. Prosedyren i Høyesterett har imidlertid ikke gitt meg tilstrekkelig grunnlag til å vurdere holdbarheten av denne innsigelsen og jeg legger derfor, på samme måte som lagmannsretten, til grunn at beløpet fullt ut er erstatningsmessig.
- (143) Fosen-Linjen krever videre dekket fakturaer fra Grøntvedt Invest AS for innleie av Bjørnar Grøntvedt i perioden januar 2013 til april 2014. Fakturaene utgjør 240 000 kroner. I tillegg er det krevet et skjønnsmessig påslag på 419 032 for Grøntvedts arbeid. Påslaget er ikke nærmere dokumentert. Lagmannsretten halverte de dokumenterte kostnadene ut fra at Grøntvedt hadde arbeidet med andre oppgaver i tillegg til tilbudet til AtB, og tilkjente 120 000 kroner for denne posten. Lagmannsretten fant videre sannsynliggjort at Fosen-Linjen hadde hatt ekstra kostnader på 39 082 kroner. Jeg finner ikke grunn til å fravike lagmannsrettens standpunkter her.
- (144) Samlet kommer jeg da til – som lagmannsretten – at Fosen-Linjen skal tilkjennes en og en halv million kroner i erstatning.
- (145) Fosen-Linjen har krevet renter fra 30 dager etter at kravet ble fremmet, jf. forsinkelsesrenteloven § 2. Den 4. mars 2015 krevet Fosen-Linjen dekning av de fulle kostnadene til Sawicon AS og Lighthouse Finance AS, til sammen 885 819 kroner. I tillegg ble det krevet dekket advokatkostnader med 170 000 kroner. Disse beløpene tilkjennes fullt ut med rente fra 3. april 2015. Administrativt arbeid ble krevet dekket med 500 000 kroner. Av dette tilkjennes 159 082 kroner med rente fra 3. april 2015. Til sammen utgjør dette 1 214 901 kroner av den tilkjente erstatningen.
- (146) I prosesskrift 31. juli 2015 ble det varslet at de tapte tilbudskostnadene utgjorde omlag to millioner. Beløpet er ikke nærmere spesifisert. De resterende 285 099 kronene av det tilkjente beløpet renteberegnes fra 30 dager etter dette tidspunktet.
- (147) *Sakskostnader*
- (148) Saken er samlet sett dels vunnet og dels tapt av begge parter, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd andre punktum. Riktignok har Fosen-Linjen tapt på et punkt hvor tvistesummen er mye større enn det de har fått medhold i, men ser man på hvor saken har hatt sin rettslige tyngde, har partene fått medhold i omtrent like stor grad. Det er derfor ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for sakskostnader.

(149) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, gjøres den endring at AtB AS betaler i erstatning til Fosen-Linjen AS 1 500 000 – enmillionfemhundretusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 3. april 2015 av 1 214 901 – enmilliontohundreogfjortentusennihundreogen – kroner og forsinkelsesrente fra 30. august 2015 av 285 099 – tohundreogåttifemtusenognittini – kroner til betaling skjer. Oppfyllelse skal skje innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
 2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (150) Dommer **Noer**: Jeg har kommet til samme resultat som førstvoterende, men har et noe annet syn på vilkårene for årsakssammenheng ved krav om erstatning for tilbudskostnader – altså den negative kontraktsinteressen.
- (151) Utgangspunktet er at det er årsakssammenheng mellom en feil og et tap dersom tapet ikke hadde oppstått hvis feilen tenkes borte.
- (152) Det følger av dette utgangspunktet at det normalt bare er den tilbyder som uten feilen ville hatt en realistisk mulighet til å få kontrakten, som kan kreve erstatning. For andre tilbydere ville kostnadene med å delta uansett være forgjeves. Men også slike tilbydere kan ha krav på erstatning dersom det påvises at de faktisk ikke ville ha blitt med i konkurransen om de hadde kjent til det forholdet som utgjorde feilen. Jeg viser til Rt-1997-574 Firesafe, hvor dette var problemsstillingen.
- (153) Noen ganger er feilen i seg selv av en slik karakter at samtlige tilbydere vil ha krav på erstatning. Ett eksempel på dette er fiktive anbudsinnbydelser, jf. Firesafe-dommen på side 578. Man kan se det slik at feilen her er at det i det hele tatt ble utlyst en konkurranse. Uten feilen ville det ikke vært noen konkurranse og heller ingen tilbudskostnader. Dermed er det også årsakssammenheng.
- (154) I vår sak er det ikke snakk om et forhold av denne typen. Det vil da som sagt normalt være årsakssammenheng mellom feilen og tapet for den tilbyder som ellers hadde en realistisk mulighet for å få kontrakten. Jeg viser til NOU 1997: 21 som førstvoterende siterer i avsnitt 130. Her legges det til grunn at årsaksspørsmålet også vil kunne vurderes ut fra om «feilen har virket inn på valg av anbud». Tilsvarende vurderinger er avgjørende etter svensk rett. Erstatning for tilbudskostnader kan her bare kreves når «åsidossättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tildelas kontraktet», jf. lag (2016:1145) om offentlig upphandling § 20 andre ledd.
- (155) Om hva som skal til etter norsk rett for at tilbydere som uansett ikke ville vunnet konkurransen kan kreve erstatning for tilbudskostnader ved avlysning, er det imidlertid ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på.
- (156) Når det gjelder de generelle vilkårene for erstatning for tilbudskostnader ved avlysning, formulerer førstvoterende det slik at det ikke vil være årsakssammenheng der tilbyder ser

eller må ha sett at det var feil i konkurransegrunnlaget og likevel inngir tilbud. Jeg er enig i dette, men mener at denne avgrensningen bør presiseres i to relasjoner. For det første mener jeg at det må tas utgangspunkt i tilbyders kunnskap om *det faktum som utgjør feilen*, og for det andre mener jeg vurderingen vil avhenge av hvordan en *vanlig aktsom tilbyder* ville opptrådt.

- (157) Løsningen må bero på en avveining av hensyn. Tilbyder må i utgangspunktet kunne stole på at opplysningene i konkurransegrunnlaget er korrekte. Det er ikke tilbyder som bør rammes av feil fra oppdragsgivers side. På den annen side er det et grunnleggende hensyn i anbudsretten at mulige feil skal tas opp og rettes så snart som mulig. Det skal ikke lønne seg å tie om uregelmessigheter, for så å gjøre krav gjeldende etter at konkurransen er avsluttet.
- (158) I vår sak var det ikke stilt krav om dokumentasjon for drivstofforbruket. Dette forholdet var synlig for tilbyderne. Det må da etter mitt syn foretas en objektivisert årsaksvurdering. Spørsmålet blir om en normalt forstandig tilbyder burde ha reagert, enten ved å sørge for klargjøring av konkurransegrunnlaget eller ved å unnlate å delta i konkurransen. Dersom svaret er ja, er det ikke grunnlag for å kreve full erstatning for den tilbyder som likevel deltar i konkurransen.
- (159) Jeg finner støtte for dette synet i Fosen I avsnitt 103, der det heter:
- «Ved vurderingen av et krav om erstatning for tilbudskostnader kan imidlertid andre momenter være relevante, for eksempel om en rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder har tatt vanlige forholdsregler ved utarbeidelsen av tilbudet, eller om tilbudet var inngitt i god tro. Disse momenter må imidlertid ikke gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å for en saksøker å oppnå erstatning for tilbudskostnadene.»**
- (160) Også Firesafe-dommen viser etter mitt syn at man ved årsaksvurderingen tar utgangspunkt i om tilbyder kjente til det faktum som gjorde at konkurransen ble feil. Høyesterett stilte på side 578 i dommen spørsmålet om anbyderne ville ha gitt tilbud «dersom de hadde visst at de måtte konkurrere med Firesafe». Det avgjørende var altså ikke om tilbyderne ville deltatt dersom de visste at kontrakten ville bli tildelt på uriktig grunnlag.
- (161) Jeg nevner avslutningsvis at vurderingstemaet vil bli annerledes når det forhold som ga grunnlag for feilen ikke var synlig ved utarbeidelsen av anbudsgrunnlaget. Dette er imidlertid ikke tilfelle i vår sak, og jeg går ikke nærmere inn på det.
- (162) Når det gjelder resultatet i saken her – nemlig Fosen-Linjens krav på dekning av negativ kontraktsinteresse – er jeg enig med førstvoterende.
- (163) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Webster.
- (164) Dommer **Bull:** Likeså.
- (165) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(166) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. I lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, gjøres den endring at AtB AS betaler i erstatning til Fosen-Linjen AS 1 500 000 – enmillionfemhundretusen – kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 3. april 2015 av 1 214 901 – enmilliontohundreogfjortentusennihundreogen – kroner og forsinkelsesrente fra 30. august 2015 av 285 099 – tohundreogåttifemtusenogtittini – kroner til betaling skjer. Oppfyllelse skal skje innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.