

HØYESTERETT AVSIER DOM OM POSITIV KONTRAKTSINTERESSE VED BRUDD PÅ REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Når oppdragsgivere skal bruke mye penger raskt kan dette føre til dårlig planlegging. Når tidsfristene for leverandørene til å melde sin interesse og å utarbeide tilbud i tillegg reduseres kan dette føre til økt antall feil ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Tidspress på leverandørene vil naturlig nok medføre tidspress også på oppdragsgiver ved gjennomføringen av konkurransen. Feil begått av oppdragsgiver kan som kjent medføre erstatningsansvar. Høyesterett har nylig avsagt en dom som omhandler krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse for brudd på kravet om likebehandling.

Når oppdragsgivere skal bruke mye penger raskt kan dette føre til dårlig planlegging. Når tidsfristene for leverandørene til å melde sin interesse og å utarbeide tilbud i tillegg reduseres kan dette føre til økt antall feil ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Tidspress på leverandørene vil naturlig nok medføre tidspress også på oppdragsgiver ved gjennomføringen av konkurransen. Feil begått av oppdragsgiver kan som kjent medføre erstatningsansvar. Høyesterett har nylig avsagt en dom som omhandler krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse for brudd på kravet om likebehandling.

Faktum

Statens vegvesen hadde gjennomført to konkurranser om veivedlikehold for E18 i Vestfold og Telemark. De to konkurransene ble lyst ut uavhengig av hverandre. En leverandør hadde levert tilbud i begge konkurransene og tilbudt 5 % rabatt på den ene kontrakten dersom leverandøren fikk tildelt begge kontraktene. For kontrakten hvor den valgte leverandøren ikke hadde tilbudt rabatt var leverandøren den økonomisk mest fordelaktige. Vegvesenet tildelte denne kontrakten først. Leverandøren var da på grunn av rabatten på 5 % også økonomisk mest fordelaktig for den andre kontrakten og fikk tildelt denne. Spørsmål i saken var om det var adgang til å legge vekt på rabatten og om feilaktig vektlegging av dette eventuelt utløste erstatningsplikt.

Brudd på kravet til likebehandling

Høyesterett tok utgangspunkt i kravet til likebehandling og forutberegnlighet. Kravet formuleres strengt. Førstevoterende siterer doktorgraden til den danske professoren Steen Treumer som skriver at kravene til likebehandling og gjennomsiktighet er særdeles høye, og gjennomgående ufravikelige, selv der oppdragsgiveren har en klar kommersiell interesse i å fravike prinsippene i det konkrete tilfellet, fordi den restriktive fortolkningen av likebehandlingsprinsippet leder til et klart uhensiktsmessig eller mindre tilfredsstillende resultat.

Høyesterett fant at kravet til likebehandling og forutberegnlighet ble krenket ved denne anskaffelsen fordi oppdragsgiver tok hensyn til et koblet tilbud om rabatt. De to kontraktene ble utlyst på samme tid og gjaldt veivedlikehold på E 18 i de to tilgrensende fylkene Vestfold og Telemark. Kontraktene kunne vært utlyst samlet med mulighet for deltilbud for å gi en stor entreprenør muligheten til å gi et samlet lavt tilbud. Separat utlysning ville på den annen side kunne vekke interesse fra mindre leverandører som ikke ville levert tilbud dersom konkurransen var blitt utlyst samlet. Når oppdragsgiver valgte å utlyse to separate konkurranser kunne ikke oppdragsgiver i evalueringen legge vekt på et tilbud om rabatt ved tildeling av begge kontraktene. Avgjørelsen var konkret begrunnet, men Høyesterett oppsummerte rettstilstanden slik:

"Min konklusjon er derfor at kravene til likebehandling og forutberegnlighet i regelverket for offentlige anskaffelser krever at det må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbud betinget av at anbyderen vinner en annen konkurranse utbudt av samme oppdragsgiver."

Erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse

Med henvisning til Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) og Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) konstaterte Høyesterett at det etter gjeldende rett er et visst rom for feil både ved vurderingen av faktum og ved forståelsen av regelverket, og at erstatningsplikt er betinget av vesentlige feil.

Saksøker hadde anført at kravet til vesentlige feil var oppstilt for strengt i Nucleus dommen i forhold til kravene som følger av kravene til effektiv håndhevelse av brudd på regelverket som gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Høyesterett avviste dette synspunktet. Retten viste blant annet til praksis fra EF-domstolen, som krever at det må være begått åpenbare eller grove feil, og at rettsvillfarelse er et moment ved avgjørelsen av om ansvar foreligger.

(fortsetter neste side)

Høyesterett kom i dette tilfellet til at det ikke forelå erstatningsplikt og uttalte:

"At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar. Selv om Vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan fritta for ansvar for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt - løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse, som ikke ble tatt før TA hadde fått prøvd sitt krav om midlertidig forføyning. Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte Vegvesenet søksmål. Etter min mening må rettsvillfarelsen anses unnskyldelig og fritta for det erstatningskravet som er fremmet."

FOR MER INFORMASJON, KONTAKT:

Alf Amund Gulsvik

Alf Amund Gulsvik er advokatfullmektig ved Wikborg Reins Oslo-kontor og er tilknyttet firmaets virksomhetsgruppe for Handel, Industri og Offentlig virksomhet. Han arbeider særlig med offentlige anskaffelser og annen EØS-rett, men også med kontraktsrett og entrepriserett.

e-post: aag@wr.no, mobil: 971 63 210



Erlend W. Holstrøm

Advokat Erlend W. Holstrøm er partner ved Wikborg Rein's Oslo-kontor og leder firmaets kompetansegruppe for kontraktsrett og entrepriserett. Han arbeider hovedsakelig med rådgivning, kontraktsutforming, forhandlinger og tvisteløsning knyttet til bygg- og anleggsentrepriser, offshore fabrikasjon og skipsbygging.

e-post: ewh@wr.no, mobil: 911 32 417

