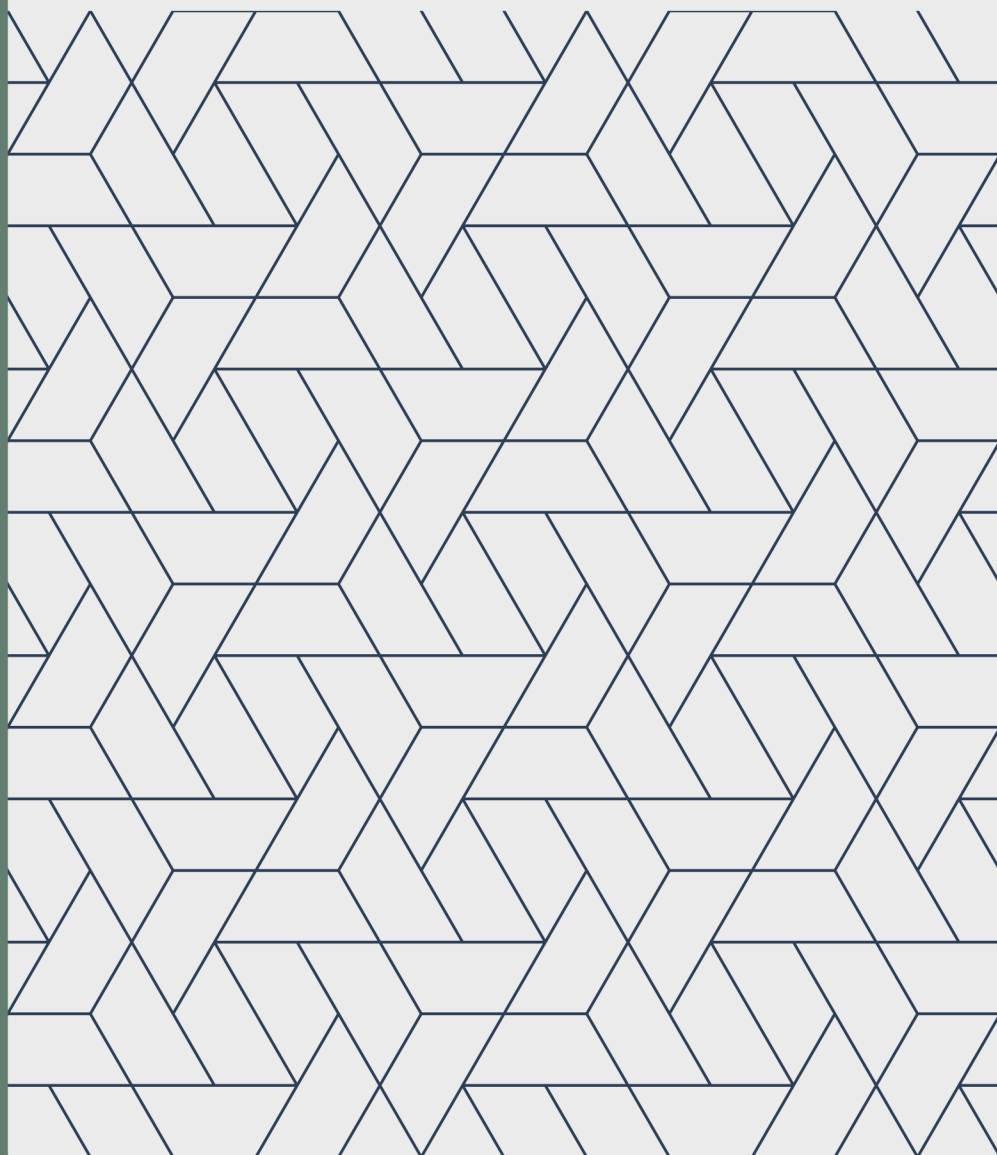


Kristian Strømsnes

ANSKAFFELSESRETTSLIG "UTEN VIRKNING"

Vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes "uten virkning"



Anskaffelsesrettslig «uten virkning»

Kristian Strømsnes

Anskaffelsesrettslig «uten virkning»

CAPPELEN DAMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2021

ISBN 978-82-02-71439-0

1. utgave, 1. opplag 2021

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

Omslagsdesign: Cappelen Damm AS

Sats: Bøk Oslo AS

Trykk og innbinding: Livonia Print Sia, Latvia

www.cda.no

akademisk@cappelendam.no



Forord

Boka er en noe bearbejdet versjon av min doktorgradsavhandling som ble levert og forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, i 2020. Den er oppdatert med nyere rettspraksis og det er foretatt noen presiseringer og mindre endringer. Bedømmelseskomiteen bestod av førsteamanuensis Malgorzata Agnieszka Cyndecka (Universitetet i Bergen), professor Erling Hjelmeng (Universitetet i Oslo) og advokat, PhD Sune Troels Poulsen. Jeg er dem en stor takk skyldig for meget konstruktiv og interessant kritikk i en kjekk og god disputas.

Jeg vil også rette en stor takk til min veileder professor Halvard Haukeland Fredriksen, for hans mange skarpsindige spørsmål, kommentarer, innvendinger og innspill i arbeidet med avhandlingen. Også takk til professor Hilde Hauge som var biveileder, og som ga gode innspill i krysningsfeltet med kontraktsrett.

En takk skal også rettes til forskergruppen EU/EØS konkurranse- og markedsrett ved fakultetet, som har vært en arena for god støtte og faglige diskusjoner. En særskilt takk går til stipendiat Linda Midtun for gode diskusjoner, og førsteamanuensis Marianne Mathilde Rødvei Aagaard (Uppsala Universitet) for gjennomlesing og kommentering av avhandlingsutkast.

En særlig takk går til familie og venner, for deres evigvarende støtte og forståelse i arbeidet med avhandlingen og boka, og spesielt til min kjære Monica.

Bergen, juni 2021

Kristian Strømsnes

Innholdsoversikt

Kapittel 1	
Innledning	15
Kapittel 2	
Formål og parter	29
Kapittel 3	
Sentrale prinsipper for håndhevelse av «uten virkning»	66
Kapittel 4	
Vilkår for «uten virkning»	105
Kapittel 5	
Oppsigelsesplikt ved ulovlige direkte anskaffelser?	172
Kapittel 6	
Hva «uten virkning» innebærer	207
Kapittel 7	
Erstatning ved «uten virkning»	302

Innhold

Forord	5
Kapittel 1	
Innledning	15
1.1 Tema og aktualitet	15
1.2 Opplegget videre	16
1.3 Den videre fremstillingen	17
1.3.1 Avgrensninger	17
1.3.2 Definisjoner	19
1.3.3 Den juridiske metoden	20
1.3.4 Bakgrunnsretten	27
Kapittel 2	
Formål og parter	29
2.1 Innledning	29
2.2 Integrasjonsformålet som overordnet rettesnor	30
2.3 Anskaffelsesrettens formål	32
2.3.1 Anskaffelsesrettens formål på EU-nivå	32
2.3.2 Anskaffelsesrettens formål på nasjonalt norsk nivå	39
2.4 Formålet med sanksjonen «uten virkning»	43
2.4.1 Det bakenforliggende grunnlaget	43
2.4.2 Preventiv virkning	44
2.4.3 Gjenopprettelse av konkurransesituasjonen	48
2.5 Partene og deres interesser og insentiver	52
2.5.1 Oppdragsgiver	52
2.5.2 Valgte leverandør	56
2.5.3 Klager	58

2.5.3.1 Privat håndhevelse av anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt	58
2.5.3.2 Klager som privat håndhever	61

Kapittel 3

Sentrale prinsipper for håndhevelse av «uten virkning»	66
3.1 Innledning	66
3.2 Utgangspunktet om medlemsstatenes autonomi	66
3.3 Skrankene for prosessuell autonomi	71
3.3.1 Sekundærretten	71
3.3.2 Domstolsadgangsprinsippet	75
3.3.3 Ekvivalensprinsippet	79
3.3.4 Effektivitetsprinsippet	82
3.3.4.1 Innledning	82
3.3.4.2 Effektivitetsprinsippets utvikling og prosessuelle side	82
3.3.4.3 Materiell side og rettsbeskyttelse	86
3.3.4.4 Forholdet mellom effektivitetsprinsippet som bakgrunnsrett og særlovgivning	93
3.3.4.5 Effektivitetsprinsippets betydning for nasjonal gjennomføring av «uten virknings» rettsvirkninger	98
3.3.4.6 Effektivitetsprinsippets betydning for forståelsen av rettsvirkningene av «uten virkning»	101
3.3.4.7 Kort om vurderingen av om nasjonal rett er i samsvar med effektivitetsprinsippet	103

Kapittel 4

Vilkår for «uten virkning»	105
4.1 Innledning	105
4.2 Rettslig grunnlag for «uten virkning»	105
4.2.1 Hjemmelen for «uten virkning» og behovet for den	105
4.2.2 Domstolenes plikt til å kjenne kontrakten «uten virkning»	110
4.2.3 Objektive vilkår	113
4.3 Vilkårene	114
4.3.1 De generelle vilkårene	114
4.3.2 Ulovlig direkte anskaffelse	116
4.3.2.1 Generelt om ulovlig direkte anskaffelse	116
4.3.2.2 Ulike typetilfeller ulovlige direkte anskaffelser	120
4.3.2.2.1 Mangelfull kunngjøring	120
4.3.2.2.2 Brudd på rammeavtaler	121

4.3.2.2.3	Anskaffelsen deles opp	122
4.3.2.2.4	Vesentlig endring	122
4.3.2.2.5	Utløpt vedståelsesfrist	130
4.4	«Uten virkning» ex tunc eller ex nunc	135
4.4.1	Innledning	135
4.4.2	Valgfrihet mellom ex tunc og ex nunc?	137
4.4.3	Vesentlig samme stand og mengde	140
4.4.4	Særproblemstillinger	146
4.4.4.1	Tidspunktet for ikrafttredelse av «uten virkning»	146
4.4.4.2	Allerede oppfylt kontrakt	149
4.4.4.3	«Uten virkning» fra kontraktsinngåelsen bare for varekontrakter?	153
4.5	Unntak	155
4.5.1	Innledning	155
4.5.2	Intensjonskunngjøring	156
4.5.2.1	Om intensjonskunngjøring	156
4.5.2.2	Kontraktsinngåelse i karens- eller suspensjonsperioden	159
4.5.2.3	Betydningen av subjektive forhold hos oppdragsgiver	160
4.5.3	Generelt unntak fra «uten virkning»	163
4.5.3.1	Innledning	163
4.5.3.2	Allmennhetens interesser	164
4.5.3.3	Norges sikkerhetsinteresser	170
4.5.3.4	Domstolenes kompetanse og alternative sanksjoner	170
 Kapittel 5		
Oppsigelsesplikt ved ulovlige direkte anskaffelser?		172
5.1	Innledning	172
5.1.1	Problemstillingen	172
5.1.2	Utgangspunktet om autonom frihet og hjemmelskrav	173
5.2	EU/EØS-rettslig oppsigelsesplikt?	175
5.2.1	Direktivene og effektiv håndhevelse	175
5.2.2	EU-domstolens praksis	178
5.2.3	Vurderinger av EU/EØS-retten	184
5.3	Oppsigelsesplikt i norsk rett?	187
5.3.1	Anskaffelsesloven og effektiv håndhevelse	187
5.3.2	KOFA-praksis	191
5.3.3	Oppsigelsesplikt basert på KOFAs praksis	197
5.3.4	Vurderinger av norsk rett	201

5.4 Forholdet mellom norsk oppsigelsesplikt og EU/EØS-retten 202
 5.5 Oppsigelsesrett og vilje til oppsigelse 205

Kapittel 6

Hva «uten virkning» innebærer 207
 6.1 Innledning 207
 6.2 Om å avklare innholdet i «uten virkning» i norsk rett 208
 6.2.1 Startposisjonen og problemet med å hente innhold fra lignende regler 208
 6.2.2 Analogi og induksjon 213
 6.2.3 Forholdet til konkurranseloven § 10 215
 6.3 Innholdet i «uten virkning» 219
 6.4 «Uten virkning» i betydningen ikke-oppfyllelse 223
 6.5 «Uten virkning» i betydningen gjenopprettelse 228
 6.5.1 Innledning 228
 6.5.2 Reguleringsplikt og gjenopprettelsesgrunnlaget 229
 6.5.2.1 EU/EØS-reguleringsplikt og norsk regulering av tilbakeføringsoppgjøret 229
 6.5.2.2 Grunnlaget for tilbakeføring 235
 6.5.3 Gjenopprettelse ved «uten virkning» for fremtidige ytelser 239
 6.5.3.1 Innledning 239
 6.5.3.2 Etter gjensidig oppfyllelse 240
 6.5.3.3 Materialer og utstyr som ikke anses overført til oppdragsgiver 240
 6.5.3.4 Leveranser på kreditt 242
 6.5.3.5 Valgte leverandørs mislighold 244
 6.5.3.6 Førtidig levering 245
 6.5.3.7 Oppdragsgivers forskuddsbetaling 249
 6.5.4 Gjenopprettelse ved «uten virkning» fra kontraktsinngåelsen 255
 6.5.4.1 Innledning 255
 6.5.4.2 Tilbakeføring av kontraktsytelsen 256
 6.5.4.3 Kompensasjon for nytte 257
 6.5.4.4 Tilbakeføring av kontraktssummen 261
 6.5.4.5 Renter på kontraktssummen 262
 6.5.5 Fellesspørsmål ved fremtidig og fortidig virkning 266
 6.5.5.1 Tilbakeholdsrett og tilbakeleveringssted 266
 6.5.5.2 Samarbeid om avviklingen av kontrakten 268
 6.5.5.3 Omsorgsforpliktelser og risiko 272
 6.5.5.4 Taushetsplikt 273

6.5.5.5	Uvillig oppgjør eller tvangsgjennomføring	274
6.5.5.6	Tidsfrister	276
6.5.5.7	Tredjeparters rettigheter	277
6.5.5.8	Er valgte leverandørs tilbakeføring begrenset til berikelse som er i behold?	279
6.6	Muligheten for delvis «uten virkning»	284
6.6.1	Innledning	284
6.6.2	Mangelfull kunngjøring	284
6.6.2.1	Ingen kunngjøring	284
6.6.2.2	Delvis kunngjøring	289
6.6.2.3	Flere kontrakter utgjør én anskaffelse	290
6.6.3	Tidsdifferensiert «uten virkning»	292
6.6.3.1	Andre tidspunkt enn kontraktsinngåelsen og rettskrafttidspunktet	292
6.6.3.2	«Uten virkning» både ex tunc og ex nunc på samme kontrakt	293
6.6.4	Vesentlig endring	296

Kapittel 7

Erstatning ved «uten virkning»	302
7.1 Innledning	302
7.1.1 Innledning	302
7.1.2 Erstatningsansvarets funksjon ved «uten virkning»	303
7.1.3 Begrepsavklaringer og avgrensninger	309
7.1.3.1 Begrepsavklaringer	309
7.1.3.2 Noen avgrensninger	312
7.1.3.2.1 Oppdragsgiver som skadelidt	312
7.1.3.2.2 Avtalte ansvarsfraskrivelser	312
7.1.3.2.3 Fremskyndet oppfyllelse av kontrakten	313
7.1.3.2.4 Underleverandørers erstatningskrav	314
7.2 EU/EØS-rett og nasjonal rett	315
7.2.1 Erstatning som EU/EØS-rett eller nasjonal rett?	315
7.2.2 Effektivitetsprinsippet som utfordring for effektivitet	321
7.3 Erstatningskrav fra valgte leverandør	322
7.3.1 Erstatningsansvar i eller utenfor kontrakt?	322
7.3.2 Positiv kontraktsinteresse til valgte leverandør	326
7.3.2.1 Hvilken kontrakt kreves det erstatning for?	326
7.3.2.2 Tapet	327
7.3.2.3 Erstatningsrettslig vern	328

7.3.2.3.1	Krever EU/EØS-retten erstatningsrettslig vern? ...	328
7.3.2.3.2	Tilbyr norsk rett erstatningsrettslig vern?	329
7.3.2.3.3	Tillater EU/EØS-retten erstatningsrettslig vern?	332
7.3.2.4	Ansvarsgrunnlag	339
7.3.2.4.1	Rettslig utgangspunkt for terskelansvaret	339
7.3.2.4.2	Forholdet til Francovich-ansvaret	342
7.3.2.4.3	Den konkrete ansvarsvurderingen ved ulovlige direkte anskaffelser	345
7.3.2.4.4	Den tilsidesatte bestemmelsen og konsekvensen av tilsidesettelsen	345
7.3.2.4.5	Eventuell klander	349
7.3.2.4.6	Eventuell unnskyldelig villfarelse	353
7.3.2.4.7	Subjektive unnskyldningsgrunner	356
7.3.2.4.8	Betydningen av at kontrakten bestrides	358
7.3.2.4.9	Oppsummering	359
7.3.2.5	Årsakssammenheng	360
7.3.2.6	Medvirkning og tapsbegrensningsplikt	362
7.3.3	Negativ kontraktsinteresse til valgte leverandør	365
7.3.3.1	Tapet	365
7.3.3.2	Ansvarsgrunnlag	366
7.3.3.3	Årsakssammenheng	371
7.3.3.4	Erstatningsrettslig vern	376
7.3.3.5	Medvirkning og tapsbegrensningsplikt	380
7.3.4	Erstatning for avviklingskostnader	383
7.3.5	Andre mulige tilnærminger for erstatning for positiv kontraktsinteresse	386
7.3.5.1	Innledning	386
7.3.5.2	Erstatning for positiv kontraktsinteresse knyttet til en hypotetisk kontrakt	386
7.3.5.2.1	Innledning	386
7.3.5.2.2	Erstatningsrettslig vern	387
7.3.5.2.3	Årsakssammenheng	389
7.3.5.3	Sjansetapserstatning for positiv kontraktsinteresse	393
7.3.5.3.1	Innledning	393
7.3.5.3.2	Erstatningsrettslig vern	393
7.4	Erstatningskrav fra potensielle tilbydere	398
7.4.1	Positiv kontraktsinteresse til potensielle leverandører	398
7.4.1.1	Erstatningsrettslig vern	398
7.4.1.2	Tap og ansvarsgrunnlag	401

INNHOOLD

7.4.1.3	Årsakssammenheng	401
7.4.1.4	Medvirkning og tapsbegrensningsplikt	403
7.4.2	Negativ kontraktsinteresse til potensielle leverandører	405
7.5	Erstatning til klager for privat håndhevelse	407
Registre	413
Litteratur	431
Stikkordregister	443

Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Bokas tema er vilkårene for, og rettsvirkningene av, at en kontrakt om en offentlig anskaffelse kjennes «uten virkning» av domstolene, jf. anskaffelsesloven § 13.

Kontrakten kjennes «uten virkning» fordi den gjelder en offentlig anskaffelse, altså er inngått mellom primært et offentlig organ og en privat leverandør om en anskaffelse til førstnevnte, og denne ble inngått som såkalt ulovlig direkte anskaffelse, med andre ord inngått uten at den først ble kunngjort (satt ut på tilbud). At kontrakten etter nærmere vilkår da skal kjennes «uten virkning», uten hensyn til kontraktspartenes vilje, er en ny regel som ble innført i norsk rett i 2012, gjennom implementeringen av EUs håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser. Direktivet overlater imidlertid mesteparten av rettsvirkningene av «uten virkning» til nasjonal rett.

Det er knyttet en del usikkerhet til hva «uten virkning» egentlig innebærer i norsk rett, ettersom det umiddelbart fremstår som et fremmed grunnlag for avvikling av kontrakter. I forarbeidene legges det til grunn at innholdet i «uten virkning» «vil bli nærmere presisert gjennom praksis fra EU-domstolen», og man «overlater til rettspraksis å ta stilling til de konkrete problemstillinger som kan oppstå».¹ Før innføringen av «uten virkning» i 2012 ble ulovlige direkte anskaffelser håndhevet med overtredelsesgebyr fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som ila gebyr i 81 saker fra 2007 til 2012.² KOFA fikk gebyrmyndigheten tilbake i 2017, men siden 2012 har EØS-retten forutsatt at ulovlige direkte anskaffelser primært håndheves ved at domstolene kjenner

1 Jf. NOU 2010: 2 s. 105 hva gjelder EU-domstolen, og s. 108 om spesielt avkastningsvederlag og renter. Slik forståelse av forarbeidene også hos Aamdal (2015) s. 13.

2 Jf. Innst. 358 L s. 4. Samlede overtredelsesgebyr var omtrent 100 millioner kroner.

kontrakten «uten virkning». Dette har imidlertid kun skjedd i et svært lite antall saker.³ Dessuten synes få av etteroppgjørene i kjølvannet av at en kontrakt er kjent «uten virkning» å være behandlet av domstolene til nå, og det har vært lite forskning på «uten virkning» i norsk rett.⁴

Denne boka tar sikte på å være et bidrag til å avklare mye av denne usikkerheten, både når det gjelder vilkårssiden for «uten virkning» og «uten virknings» nærmere innhold, altså hva det betyr for kontrakten og rettsforholdet mellom kontraktens parter at kontrakten kjennes «uten virkning». To særlig viktige forhold å avklare er da etteroppgjøret etter «uten virkning» og oppdragsgivers eventuelle erstatningsansvar overfor valgte leverandør.

1.2 Opplegget videre

Kapittel 1 trekker opp rammene for fremstillingen gjennom avgrensninger, definisjoner, kort beskrivelse av den rettslige metoden og bakgrunnsretten. Kapittel 2 behandler formålet med de EU/EØS- og anskaffelsesrettslige reglene som er sentrale for «uten virkning», ettersom formålet er viktig for videre tolkning og anvendelse av disse reglene. Kapittelet presenterer så partene som får befatning med «uten virkning», og deres viktigste interesser og insentiver. Kapittel 3 behandler EU/EØS-rettslige prinsipper som er sentrale for håndhevelsen av «uten virkning». Særlig effektivitetsprinsippet stiller krav til norsk retts regulering av «uten virkning», og dette og andre prinsipper må derfor introduseres og avklares før «uten virknings» vilkår og rettsvirkninger i nasjonal rett kan drøftes nærmere.

Kapittel 4 gjennomgår vilkårene for at domstolene kan kjenne en kontrakt «uten virkning». Kapittelet klargjør vilkårssiden før oppmerksomheten rettes mot rettsvirkningene. I forlengelsen av vilkårene oppstår imidlertid også spørsmålet om anskaffelsesloven § 13 er uttømmende for når en anskaffelseskontrakt kan tvangsavsluttes mot oppdragsgivers vilje. Det er omstridt om oppdragsgiver er underlagt en ulovfestet oppsigelsesplikt for kontrakter inngått etter ulovlig direkte anskaffelse, og dette drøftes i kapittel 5.

3 Hvilket førte til at departementet konstaterte at «*håndhevelsen av offentlige anskaffelser rent faktisk er svekket*» og «*håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser nærmest stoppet opp*», jf. Prop. 51 L s. 17 og 66. I perioden 2017–2019 ila KOFA overtredelsesgebyr i kun seks saker, jf. KOFAs årsrapporter for 2017 s. 14 og 2018 s. 24, samt KOFAs nyhetsbrev nr. 4 for 2019 s. 1. Dette har siden tatt seg noe opp, med overtredelsesgebyr i 15 saker i 2020, jf. KOFAs nyhetsbrev nr. 1 for 2021 s. 1.

4 Et av de større bidragene til nå, ved siden av undertegnendes PhD-avhandling som ble til herværende bok, er Aamdal (2015), basert på hans masteroppgave i rettsvitenskap.

Hva «uten virkning» innebærer for kontraktspartenes rettsforhold fra et anskaffelsesrettslig ståsted, altså rettsvirkningene av at kontrakten kjennes «uten virkning», drøftes i kapittel 6. Det sondres der mellom «uten virkning» for kun fremtidige leveringer og «uten virkning» helt siden kontraktsinngåelsen. I kapittel 7 behandles de erstatningsrettslige spørsmålene som kan oppstå der en kontrakt kjennes «uten virkning». Et sentralt spørsmål er om den private tilbyderen som er medkontrahent i kontrakten som er kjent «uten virkning», kan tilkjennes erstatning for sin tapte fortjeneste.

1.3 Den videre fremstillingen

1.3.1 Avgrensninger

Temaet er sanksjonen «uten virkning» i anskaffelsesloven, som implementerer håndhevelsesdirektivet. Fokuset er på norsk håndhevelse av anskaffelser etter det klassiske anskaffelsesdirektivet, implementert i norsk rett hovedsakelig gjennom anskaffelsesforskriften del I, II og III. Håndhevelse av anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del IV,⁵ forsyningsforskriften, forsvarsanskaffelsesforskriften, konsesjonskontraktsforskriften og andre særreguleringer behandles derfor ikke. Ettersom flertallet av norske offentlige anskaffelser skjer etter det klassiske regelverket og dette regelverket fremstår mest utfyllende regulert, vil regler om håndhevelse av dette uansett fungere som et utgangspunkt for håndhevelse av særreguleringene. Derfor fokuseres det på håndhevelse av det klassiske regelverket.

Praksis fra KOFA om håndhevelse av offentlige anskaffelser etterlater et inntrykk av at ulovlig direkte anskaffelse er et langt vanligere brudd på regelverket enn de andre alternativene for å kjenne en kontrakt «uten virkning».⁶ De andre alternativene er at oppdragsgiver har tildelt en kontrakt i en rammeavtale med flere leverandører, eller en dynamisk innkjøpsordning, i strid med reglene for gjenåpning av konkurransen, samt hvor oppdragsgiver har foretatt regelbrudd som har påvirket tilbyderens mulighet til å bli tildelt kontrakten, og reglene om karenperiode eller suspensjon er brutt på en måte som fratok tilbyderen muligheten til å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten.⁷ Det avgrenses

5 Plan- og designkonkurranse, bygge- og anleggskonsesjon og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

6 Jf. også Steinicke & Vesterdorf (2018) s. 1425, som omtaler ulovlige direkte anskaffelser som «*the main situation that the concept of ineffectiveness was directed against*».

7 Jf. anskaffelsesloven § 13 (1) bokstavene b og c.

derfor mot disse og kun ulovlige direkte anskaffelser som grunnlag for «uten virkning» vil bli behandlet, jf. anskaffelsesloven § 13 (1) bokstav a.

I norsk rett reguleres en kontrakt om en offentlig anskaffelse etter at den er inngått primært av norsk kontrakts- og obligasjonsrett. EU/EØS-retten har imidlertid innført unntak for tilfeller hvor det skjer vesentlige endringer av kontrakten, og nå også i (andre) tilfeller hvor en kontrakt er kommet i stand etter en ulovlig direkte anskaffelse og av den grunn skal kjennes «uten virkning». Ettersom EU/EØS-retten overlater til nasjonal rett å avgjøre hva det innebærer at en kontrakt kjennes «uten virkning», er det nærliggende å se hen til rettsregler fra tilsvarende irregulære kontraktavviklinger i kontrakts- og obligasjonsretten. Også avtaleretten er relevant for forståelsen av hva «uten virkning» betyr i norsk sammenheng, samt erstatningsretten når det gjelder oppdragsgivers eventuelle erstatningsansvar for medkontrahenten og andres tap. Bokens tema er imidlertid offentlig anskaffelsesrett. Perspektivet er vilkårene for, og rettsvirkningene av, «uten virkning» sett fra et anskaffelsesrettslig ståsted og da spesielt hva EU/EØS-retten krever og tillater av nasjonale rettsvirkninger for «uten virkning» i nasjonal rett. Etablert norsk avtale-, kontrakts- og obligasjonsrett utgjør bakgrunnen for forståelsen av «uten virkning» i norsk rett, og trekkes derfor inn flere steder. Bokas primære mål er å avklare rammene som EU/EØS-retten oppstiller for hva som kan være nasjonalt innhold i «uten virkning», ikke de nærmere detaljene i norsk avtale-, kontrakts- og obligasjonsrett. Norsk avtale-, kontrakts- og obligasjonsrett er i seg selv ikke tema i det følgende, men derimot EU/EØS-rettens møte med norsk rett på anskaffelsesrettens område. I det møtet tar denne boka sikte på å tilveiebringe ny kunnskap.

Når det derimot gjelder norsk erstatningsrett som aktualiseres av «uten virkning», er ambisjonen høyere. De siste årene har det kommet flere avgjørelser fra både EU-domstolen, EFTA-domstolen og norske domstoler om erstatningsrettslige spørsmål i anskaffelsesretten, og ikke alle avgjørelsene lar seg umiddelbart enkelt forene. Rettstilstanden for erstatningsrettslige spørsmål *relatert til «uten virkning»* fremstår derfor mer uavklart i nasjonal rett enn hva som er tilfellet for resten av det rettslige bakteppet i relasjon til «uten virkning». Behandlingen av erstatningsrettslige spørsmål går derfor noe lengre enn kun å fokusere på de EU/EØS-rettslige rammene.

Avgrensningen til EU/EØS-rettens rammer for «uten virkning» i norsk rett hindrer ikke at også enkelte tilgrensende spørsmål behandles, eksempelvis hvorvidt norsk rett har en ulovfestet oppsigelsesplikt ved ulovlig direkte anskaffelse

eller om norsk rett kan gi erstatning til tilbydere for tapet av sjansen til å vinne kontrakten. Disse problemstillingene aktualiseres av gjennomføringen av «uten virkning», og EU/EØS-rettens rammer for norsk rett mer generelt. Ambisjonen blir ikke å analysere disse spørsmålene i deres fulle bredde, men så langt undersøkelsen av «uten virkning» i norsk rett tilsier det.

Det kan være interessant å se norske håndhevelsesregler i lys av andre EU-staters håndhevelsesregler, og det vil vises til noe utenlandsk rett, for det meste fra våre naboland og da spesielt Danmark. Danmark har et håndhevelsessystem som ligner på det norske, med det særskilte Klagenævnet for udbud. I EU/EØS er det imidlertid betydelige forskjeller i medlemsstatenes implementering av håndhevelsesreglene og deres nasjonale rett. Analyser av andre medlemsstaters gjennomføring av «uten virkning» forutsetter inngående kjennskap til nasjonale håndhevelsessystemer, rettskulturene, kvaliteten på oppdragsgivers gjennomføringer av anskaffelser og en rekke andre faktorer.⁸ Slik kjennskap er verken nødvendig eller mulig innenfor bokas rammer. I den grad det trekkes linjer til gjennomføringen i andre medlemsstater, er det primært som eksemplifisering og kilder til inspirasjon for analysen av norsk rett.

1.3.2 Definisjoner

Sentrale begreper defineres der de brukes, for å skape nærhet mellom definisjonene og definisjonsobjektet. Innledningsvis klargjøres det likevel at med håndhevelse menes rettslige forsøk på å fremtvinge etterfølgelse av anskaffelsesregelverket, gjennom sanksjoner eller lignende som skal motivere til etterfølgelse.⁹ Det blir da nødvendig å definere betegnelsen «uten virkning» som en sanksjon. «Uten virkning» tilsier at kontrakten ikke lenger skal være virksom eller effektiv, jf. punkt 6.3. Når det gjelder hva ved dette som er en sanksjon, kan to forståelser tenkes.

Den ene er at sanksjon er det samme som rettsvirkning, og da noe annet enn «uten virkning». Rettsvirkningene er de rettslige konsekvensene av en rettslig disposisjon,¹⁰ altså av at kontrakten kjennes «uten virkning», eksempelvis

⁸ Jf. Treumer (2012) s. 480.

⁹ NOU 2010: 2 s. 49 definerer imidlertid håndhevelse som håndtering av tvister, en noe vel bred definisjon som ikke legges til grunn i det følgende.

¹⁰ Jf. Gisle (2017) s. 361. Eller med andre ord de nye rettighetene og pliktene en part får idet kontrakten blir «uten virkning», sammenlignet med rettigheter og plikter han hadde før «uten virkning», jf. Krokeide, TfR 1982 s. 353, på s. 363.

en eventuell plikt til å levere tilbake det som er mottatt, betale renter og en viss kompensasjon for nytten osv. «Uten virkning» blir da kun et koblingsord mellom ulovlig direkte anskaffelse og sanksjonene (rettsvirkningene), altså de konsekvensene som oppdragsgiver skal oppleve som negative. Tilsvarende blir eksempelvis også «erstatning» og «overtredelsesgebyr» koblingsord mellom ulovlig direkte anskaffelse og det som er sanksjonen, altså at penger må betales innen en viss frist under trussel om renter og vanligvis utleggspant med mer.

Den andre forståelsen er at «uten virkning» er selve sanksjonen på den ulovlige direkte anskaffelsen, slik at «uten virkning» blir synonym med sanksjon. Rettsvirkningene blir da noe annet enn sanksjonen, og kan i utgangspunktet beskrives som innholdet i den sekken som sanksjonen er navnet på, enten sekken kalles «uten virkning», «erstatning» eller «overtredelsesgebyr». Rettsvirkningene kan imidlertid fremdeles bli en eventuell plikt til å levere tilbake det som er mottatt, betale renter og en viss kompensasjon for nytten, under trussel om høyere renter og utleggspant og lignende. Nøyaktig hvilken forståelse som legges til grunn synes derfor å ha mindre betydning for akkurat rettsvirkningene, som er temaet i denne boka. Det er da ikke grunn til å drøfte dette mer inngående, og ettersom norske forarbeider og lagmannsrettspraksis også omtaler «uten virkning» som en sanksjon, nemlig som «sanksjonen 'uten virkning'» og «'Uten virkning' er en obligatorisk sanksjon», legges den sistnevnte forståelsen til grunn i det følgende.¹¹

Det presiseres videre at «tilbyder» og «leverandør» i det følgende er synonymer for den økonomiske aktøren som ønsker å ha kontrakten med oppdragsgiver, eller allerede har den. For å variere språket og tilstrebe noe mer presisjon, brukes ofte «tilbyder» på slike (potensielle) medkontrahenter før kontrakten er inngått, og «leverandør» etter at kontrakten er inngått. Det er imidlertid ikke ment å være noen større forskjell i «tilbyder» og «leverandør» enn det som fremgår av sammenhengene de brukes i.

1.3.3 Den juridiske metoden

Dette underpunktet redegjør kort for bokas metode, noen særskilte rettskilder og metodiske utfordringer.

Fremstillingene bygger på juridisk rettsdogmatisk metode. Rettsdogmatikk er «den sjangeren i rettsvitenskapen som ligger nærmest rettsanvendelsen, idet den

¹¹ Se blant annet NOU 2010: 2 s. 18 og 99 flg., Prop. 12 L s. 32 og 37 flg., Prop. 51 L s. 61 og 87, samt LH-2018-99424.

har som en av sine oppgaver å ta standpunkt til rettsspørsmål».¹² Altså skal rettsdogmatisk metode gi en «systematisk fremstilling av [og] fastleggelse av gjeldende rett», med mål om «å systematisere og komme med løsningsforslag til aktuelle og potensielle konkrete rettslige problemer».¹³ Gjeldende rett forstås da som den løsningen domstolene mest sannsynlig vil komme til, etter en vurdering av hvilken løsning relevante rettskilder tilsier at må legges til grunn.¹⁴ Avklaringen av denne gjeldende retten baseres på EUs reguleringer om håndhevelse av anskaffelsesregelverket, og da hovedsakelig håndhevelsesdirektivet og art. 2d om at kontrakten skal kjennes «uten virkning» ved ulovlig direkte anskaffelse. Ettersom «uten virkning» foreløpig har fått beskjeden anvendelse, hvilket også bidrar til at det er relativt få rettskilder om «uten virkning», er retten de lege lata ikke alltid mulig å avklare med en tydelig konklusjon på enhver problemstilling. Det må derfor stedvis utfylles med tanker om retten de sententia ferenda, altså slik retten burde være, og som domstolene med rimelighet kan komme til. Enkelte steder bys det også på tanker om retten de lege ferenda, hvilket er utenfor legitim rettskapende virksomhet fra domstolenes side og derfor aktualiserer nærmere nyregulering fra lovgiver. Bidrag de sententia ferenda og de lege ferenda fremgår av sammenhengen.

Som opphavet til «uten virkning» er EU-retten, dens rettskilder og dens særegne metode sentrale for forståelsen av «uten virkning». Tolkning av og rettskildemessig vekt til rettskildene i EU-retten bygger på EU-domstolens tolkningsmetode av dem, som igjen preges av en forståelse av EU som autonom rettsorden hvor

en bestemmelse i EU-retten, som ikke inneholder nogen uttrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlegge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstendig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union.¹⁵

Følgelig må en EU-rettslig regel om «uten virkning» undergis en selvstendig og ensartet tolkning, løsrevet fra nasjonal begrepsbruk. Tolkningsobjektet blir

12 Jf. Graver, TfR 2008 s. 149, på s. 157.

13 Jf. Mæhle, JV 2004 s. 329, på s. 329. Slik også Mæhle & Aarli (2017) s. 279.

14 Jf. Nygaard (2004) s. 152.

15 Jf. storkammeravgjørelsen C-135/15 (Nikiforidis) premiss 28, som fulgt opp i blant annet C-4/16 (J.D.) premiss 23. Jf. også Fredriksen & Mathisen (2018), s. 292–295 og for så vidt Bovis (2015) eksempelvis s. 283. Tilsvarende hos Sejersted mfl. (2011) s. 228 om tolkning av EØS-avtalen. Se også mer om EU-domstolens metode hos Fredriksen & Mathisen (2019) s. 386 flg.

sekundærretten, altså EUs direktiver, som nevnt håndhevelsesdirektivet som endret klagedirektivet og innførte «uten virkning».¹⁶ Utgangspunktet for den selvstendige og ensartede tolkningen av et direktiv, dets bestemmelser og deres ord og uttrykk, er uttrykkenes

sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori [de] anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som [de] udgør en del af.¹⁷

Utgangspunktet er altså den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, som også må tolkes i lys av kontekst og formål.¹⁸ Håndhevelsesdirektivet finnes i språkversjoner basert på alle de offisielle språkene i EU, og selv om alle disse versjonene anses som offisielle og derfor likestilte språkversjoner, bør flere versjoner sammenlignes for å sikre ensartet fortolkning av et gitt uttrykk.¹⁹ I praksis begrenses ofte sammenligningen til de språkversjonene som med rimelighet er forståelige for rettsanvenderen.

Kontekstuell tolkning er å trekke sammenhengen som håndhevelsesdirektivet og bestemmelsen som «uten virkning» inngår i, inn i selve tolkningen av «uten virkning».²⁰ Det kan være å tolke i lys av overordnede bestemmelser, unntaksregler, systembetragtninger, forholdet til andre regelverk og naturligvis primærretten, altså EUs traktater og de grunnleggende prinsippene i primærretten, ettersom håndhevelsesdirektivet og «uten virkning» må tolkes i samsvar med primærretten.²¹ Også fortalen inngår i den kontekstuelle fortolkningen, siden fortalen utgjør begrunnelsen for hvorfor EU-lovgiver vedtok direktivet.²² For «uten virkning» er fortalen særlig interessant, ettersom art. 2d om «uten virkning» er relativt knapp må tolkningsbidrag og forståelse av «uten virkning»

16 Se det konsoliderte klagedirektivet art. 2 nr. 1. Fortalen til håndhevelsesdirektivet er ikke inntatt i den konsoliderte versjonen av klagedirektivet, og det sondres derfor mellom de to. Direktivet av 2007 kalles håndhevelsesdirektivet og direktivet av 1989 kalles klagedirektivet, selv om begge gjelder håndhevelse.

17 Jf. storkammeravgjørelsen C-201/13 (Deckmyn) premiss 19 og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 296.

18 Jf. C-558/15 (Vieira) premiss 19 og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 298 om kontekst og formål.

19 Jf. eksempelvis C-640/15 (Vilkas) premiss 47, som i utgangspunktet krever at alle språkversjoner undersøkes, noe som er praktisk sett utopisk, jf. også Fredriksen & Mathisen (2018) s. 296–297. Målet er å avdekke eventuelle språk i de forskjellige språkversjonene. Dersom relevante forskjeller avdekkes, må flere språkversjoner undersøkes.

20 Jf. Fredriksen & Mathisen (2018) s. 299.

21 Se Traktaten om den europeiske union (TEU) og Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF), samt storkammeravgjørelsen C-601/15 (J.N.) premiss 48 om tolkning i samsvar med primærrettens prinsipper og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 300–301.

22 Jf. TEUF art. 296 (2) og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 305. Tilsvarende hos Sejersted mfl. (2011) s. 229 om EØS-avtalens fortale.

særlig søkes i fortalen. De kommende drøftelsene må da lene seg en god del på håndhevelsesdirektivets fortale. Det er imidlertid grenser for hva som kan hentes ut av fortaler, de er i seg selv ikke rettslig bindende og kan ikke støtte en tolkning som strider mot direktivets bestemmelser.²³ Det er likevel eksempler på at fortaler er brukt til å etablere en tolkning av gjeldende EU-rett som deretter setter til side nasjonal rett.²⁴ Endelig inngår også eventuelle forarbeider og andre deler av direktivets tilblivelseshistorie i den kontekstuelle tolkningen, men siden EU-domstolen synes tilbakeholden med å akseptere forarbeider som rettskilder i seg selv, blir forarbeider hovedsakelig kun støttemomenter.²⁵

Formålsoorientert tolkning henger noe sammen med kontekstuell tolkning. Direktivet, bestemmelsen og uttrykket som tolkes må ses i sammenheng med formålet de skal realisere, og tolkes slik at formålet fremmes så mye som mulig, eller i alle fall ikke hindres.²⁶ Formålet kan følge av blant annet bestemmelser selv, fortalen, tilblivelseshistorien og forarbeidene, og ikke minst direktivets hjemmelsgrunnlag i primærretten.²⁷ Imidlertid kan formålstolkning noen ganger være krevende, det kan være uklart hvilket formål en gitt regel har, og den kan gjerne forfølge ulike formål og gjelde ulike juridiske disipliner.²⁸ Formålene relevante for «uten virkning» avklares derfor særskilt i kapittel 2, som et grunnlag for de etterfølgende formålstolkningene av håndhevelsesdirektivet.

Unntak skal i EU-retten tradisjonelt tolkes snevert fordi unntaket i utgangspunktet vanskeliggjør oppfyllelse av regelens formål.²⁹ Det gjelder altså en presumsjon for innskrenkende tolkning av unntak, men presumsjonen gjelder ikke unntak fra unntak igjen, og unntakene skal heller ikke tolkes så innskrenkende

23 Jf. eksempelvis C-345/13 (Karen) premiss 31, C-7/11 (Caronna) premiss 40 og C-215/88 (Fleischhandels) premiss 31, samt Fredriksen & Mathisen (2018) s. 306 og Hamer, UrT 2016 s. 179, på s. 190.

24 Jf. Clifton, PPLR 2009 s. 165, på s. 171 fotnote 37 med videre henvisninger.

25 Jf. storkammeravgjørelsen C-601/15 (J.N.) premiss 57, C-203/09 (Volvo) premiss 40 og C-324/98 (Tele-austria) premiss 45, samt Fredriksen & Mathisen (2018) s. 306 og for så vidt Sejersted mfl. (2011) s. 233–234.

26 Jf. C-432/05 (Unibet) premiss 44, Fredriksen & Mathisen (2018) s. 308 og 313 om *effet utile*, samt Ølykke & Nielsen (2017) s. 39. Tilsvarende Dragsten (2013) s. 185, om at hva som best ivaretar hensynene til bevegeligheten til de fire frihetene, har betydning for tolkningen av regelverket, og for så vidt Fredriksen & Mathisen (2018) s. 398 flg.

27 Jf. eksempelvis C-619/11 (Dumont) premissene 53–54 og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 309–310.

28 Jf. Ølykke & Nielsen (2017) s. 39.

29 Jf. blant annet C-19/13 (Fastweb) premiss 40, C-337/05 (Kommissjonen v. Italia) premiss 57, C-26/03 (Stadt Halle) premiss 46 og de forente sakene C-20 og C-28/01 (Kommissjonen v. Tyskland) premiss 58, samt Prop. 12 L s. 85, NOU 2010: 2 s. 113 og 234, Jakobsen mfl. (2016) s. 71 og Dragsten (2013) s. 89 og 865.

at de mister sin virkning.³⁰ Poenget blir likevel at «uten virkning» må tolkes slik at formålet realiseres, og unntak fra «uten virkning» må tolkes snevert.

Avgjørelser fra EU-domstolen er, som øverste domstol i EU, både en svært relevant tolkningsfaktor for håndhevelsesdirektivet og «uten virkning», samt en rettskilde i seg selv i tilgrensende problemstillinger. EU-domstolens avgjørelser er strengt tatt ikke bindende for verken EU-domstolen selv, Retten (i første instans) eller nasjonale domstoler (ut over den konkrete sak), men som vektige rettskilder kan avgjørelsene bare fravikes ved gode grunner.³¹ Avgjørelsene er autentiske kun på prosessspråket. Imidlertid er EU-domstolens arbeidsspråk fransk, den franske versjonen gir uttrykk for EU-domstolens rettsoppfatning og versjonen på prosessspråket oversettes fra den franske. Dette tilsier at avgjørelsene i fransk språkdrakt bør være avgjørende og at avgjørelsene i tvilstilfeller konsulteres på fransk, subsidiært prosessspråket.³² Av tilgjengelighetsgrunner siteres likevel avgjørelsene på dansk i det følgende, subsidiært engelsk.

Avgjørelsenes prejudikatsverdi beror som oftest på kvaliteten i argumentasjonen, altså på dens overbevisningskraft, antallet dommere som har deltatt (om det er avdeling med tre eller fem dommere, storkammer eller plenum), og hvorvidt saken ble behandlet med generaladvokat.³³ Det har formodningen mot seg at avgjørelser avsagt av bare tre dommere eller uten generaladvokat, har til hensikt å tilføre rettstilstanden noe nytt.³⁴ Selv om akkurat generaladvokatens innstillinger knapt er en rettskilde i seg selv, kan innstillingene gi viktige bidrag til forståelse av EU-domstolens praksis.³⁵

Gjennom EØS-avtalen og dens forpliktelser til å gjøre rettsakter fra EU-retten til norsk rett, implementeres EU-retten om «uten virkning» i norsk rett.

Som en bro mellom EU og EØS står homogenitetsprinsippet, som tilsier at EØS-regler som er hentet fra EU-retten må fortolkes og anvendes EU-rettskonformt, dvs. at en EØS-bestemmelse som svarer til en EU-bestemmelse, tolkes

30 Jf. C-19/13 (Fastweb) premiss 40 om at også unntak skal ha virkning og Fredriksen & Mathisen (2018) s. 312 om presumsjonen.

31 Jf. Rt. 2002 s. 391 (God morgen) s. 395–396, Fredriksen & Mathisen (2018) s. 315, Thue mfl. (2018) s. 35–36 og Sejersted mfl. (2011) s. 234. Dragsten (2013) s. 57 legger imidlertid kort til grunn at EU-domstolens tolkninger er bindende for EU-institusjoner, medlemsstater og nasjonale domstoler.

32 Jf. Hamer (2016) s. 51 om at fransk språkversjon trolig har mer vekt i kraft av å være arbeidsspråket.

33 Jf. Fredriksen & Mathisen (2018) s. 321 og Sejersted mfl. (2011) s. 235.

34 Jf. Fredriksen & Mathisen (2018) s. 321.

35 Jf. Fredriksen & Mathisen (2018) s. 322.

og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme i EØS og EU.³⁶ Prinsippet uttrykkes flere steder i EØS-avtalen.³⁷ Gjennom dette prinsippet avhjelpes langt på vei problemet med at EUs formål og EØS-avtalens formål ikke nødvendigvis er sammenfallende.³⁸ Homogenitetsprinsippet rekkevidde og gjennomslagskraft er noe omstridt, herunder om det kun gjelder tolkning og anvendelse av regler som er felles EØS-regelverk, eller om det også gjelder generell tolkning og anvendelse av alle deler av EØS-retten som er av betydning for EFTA-statenes integrasjon i EUs indre marked.³⁹ For temaet i denne boka er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette, ettersom håndhevelsesdirektivet er tatt inn i EØS-avtalen i sin helhet og uten nærmere tilpasninger.⁴⁰ Det er da klart tale om et felles EU/EØS-regelverk. I tillegg skal effektivitetsprinsippet sikre EU/EØS-retten tilstrekkelig effektivitet, jf. punkt 3.3.4. Det kan drøftes om effektivitetsprinsippet i EU-rettslig sammenheng er det samme som effektivitetsprinsippet i EØS-rettslig sammenheng,⁴¹ men siden håndhevelsesdirektivet er identisk i EU- og EØS-retten, kommer heller ikke denne problemstillingen på spissen i det følgende.

I denne overgangen fra EU-rett til EØS-rett er EFTA-domstolen relevant. EFTA-domstolens tolkningsuttalelser til nasjonale domstoler er formelt sett bare rådgivende, men de skal ifølge Høyesterett tillegges vesentlig vekt.⁴² Siden EFTA-domstolens arbeidsspråk er engelsk, gir engelsk språkversjon uttrykk for rettsoppfatningen,⁴³ og avgjørelsene siteres på engelsk.

Etter at «uten virkning» er implementert i norsk rett gjennom hovedsakelig anskaffelsesloven § 13, blir tolkning av denne bestemmelsen – *innenfor de EU/EØS-rettslige rammene som håndhevelsesdirektivet etablerer* – som tolkning av

36 Jf. E-15/12 (Wahl) premiss 54, Fredriksen & Mathisen (2018) s. 49 og Sejersted mfl. (2011) s. 265. Se mer hos Arnesen mfl. (2018) s. 209 flg.

37 Se blant annet EØS-avtalens formålsbestemmelse art. 1 nr. 1, art. 6, flere steder i avtalens enkelte deler, samt fortalen premissene 4 og 15.

38 Se eksempelvis Uttalelse 1/91 (EØS-domstolen) premiss 15 flg.

39 Jf. Fredriksen & Mathisen (2018) s. 51 flg. med videre henvisninger.

40 Jf. EØS-komiteens beslutning 83/2011 av 1. juli 2011.

41 Eksempelvis kan en EU-rettsakts direkte virkning i nasjonal rett anses som et uttrykk for et EU-rettslig effektivitetsprinsipp. Imidlertid er det ikke slik direkte virkning i EØS-retten, for EFTA-statene, hvilket reiser spørsmålet om effektivitetsprinsippet eventuelt annerledes innhold der. Se mer om dette hos Eriksen & Fredriksen (2019) s. 34 med videre henvisninger.

42 Jf. ODA art. 34 (1), HR-2016-2554 (Holship) premissene 77 og 142 og Rt. 2013 s. 258 (STX) premiss 93, Fredriksen (2011) s. 81 flg. med videre henvisninger, Dragsten (2013) s. 57 og Sejersted mfl. (2011) s. 238.

43 Jf. slik Fredriksen & Mathisen (2018) s. 341.

norsk rett ellers, forankret i vanlig nasjonal norsk juridisk metode.⁴⁴ Det beror på alminnelig norsk rettsdogmatisk metode, jf. ovenfor om rettsdogmatikk. I litteraturen er det noen nyanser i fremstillingen av rettsdogmatisk metode, men det synes ikke å være uenighet om at det er presumptivt rettslig sett korrekt løsning på rettsspørsmål som skal avklares, jf. ovenfor om dette. Der norske bestemmelser implementerer håndhevelsesdirektivet i norsk rett, følger det imidlertid av homogenitetsprinsippet at de må tolkes EU/EØS-konformt – så langt det muliggjøres av norsk retts anerkjente tolkningsmetoder.⁴⁵ Selv norsk rett må altså tolkes slik at EU-retten gis effektiv virkning, jf. også effektivitetsprinsippet, se punkt 3.3.4.4 om forholdet mellom effektivitetsprinsippet som primærrett og sekundærretten. Slik må den EU-rettslige bakgrunnen for «uten virkning» tas med i tolkningen, ettersom anskaffelsesloven § 13 om «uten virkning», gjennom EØS-avtalen, som nevnt er en forlengelse av EU-rettslig «uten virkning».

Fra norsk rett ellers må KOFAs avgjørelser nevnes. De er i utgangspunktet kun rådgivende, men i saker om ulovlige direkte anskaffelser har nemnda etter nærmere vilkår myndighet til å legge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.⁴⁶ Slike avgjørelser er bindende. Det kan gi ekstra vekt til avgjørelser om ulovlige direkte anskaffelser. I tillegg har nemndsmedlemmene særlig fagkunnskap om offentlige anskaffelser, samtidig som det er avsagt flere tusen avgjørelser siden 2007, hvilket gir KOFA ytterligere vekt.⁴⁷ KOFAs praksis blir også relevant av at den håndhever ulovlige direkte anskaffelser, i likhet med «uten virkning», og dette felles grunnvilkåret for slik håndhevelse endres ikke av «uten virkning».⁴⁸ Praksisen er imidlertid ikke alltid konsistent, hvilket svekker vekten, jf. punkt 5.3.3. Dessuten er sakene avgjort utelukkende basert på en skriftlig saksbehandling med begrenset bevisføring. Bidraget fra KOFAs avgjørelser beror derfor primært på overbevisningsverdien i deres argumentasjon. De kan vektlegges omtrent som juridisk litteratur.⁴⁹

44 Jf. eksempelvis Treumer (2011a) s. 152, om at tolkning av nasjonal erstatningsrett er dypt forankret i nettopp nasjonal rett. Se mer om dette hos blant annet Nygaard (2004) og Askeland (2013) s. 15–25, sistnevnte om betegnelsen «vanlig juridisk metode».

45 Jf. storkammeravgjørelsen C-441/14 (Dansk Industri) premisene 33–34, E-1/07 (A) premiss 39, Rt. 2000 s. 1811 (Finanger), Fredriksen & Mathisen (2018) s. 378 flg. og Dragsten (2013) s. 54. Se også Rt. 2005 s. 597 (Allseas) premiss 36 om at den norske bestemmelsen eventuelt kan settes til side til fordel for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, EØS-loven §§ 1 og 2.

46 Jf. klagenemndsforakriften § 1 og anskaffelsesloven § 12 om gebyrmyndigheten.

47 Jf. Thue mfl. (2018) s. 35 og Dragsten (2013) s. 54 om at KOFA har en sentral rolle i rettsutviklingen for offentlige anskaffelser grunnet omfanget av avgjørelser.

48 Jf. Aamdal (2015) s. 13.

49 Slik også Thue mfl. (2018) s. 35. I stornemndavgjørelsen KOFA-2021-1000 uttaler KOFA selv at «klagenemndas praksis ikke er en tungtveiende rettskilde», og viser blant annet til at nemndas praksis om vurderingsmetoden som ble prøvd der ikke var entydig, jf. premiss 33.

1.3.4 Bakgrunnsretten

At kontrakten kjennes «uten virkning» aktualiserer som nevnt en del norsk bakgrunnsrett. For oversiktens skyld introduseres her kort den mest relevante bakgrunnsretten. Bakgrunnsrettens bidrag behandles mer inngående i forbindelse med de enkelte problemstillingene om hva «uten virkning» innebærer etter hvert.

Bakgrunnsrett kan forstås som de lovfestede og ulovfestede rettsreglene som ligger i bakgrunnen av kontrakten,⁵⁰ og som kan supplere eller utfylle den eller et kontraktsforhold der partene ikke har avtalt noe annet. I dette kan det ligge en forventning om at bakgrunnsretten kun er de rettsreglene som da *faktisk* kommer til anvendelse gjennom slik supplering eller utfylling, men det er etter min mening ikke avgjørende for å karakterisere noe som bakgrunnsrett. Bakgrunnsretten for de følgende drøftelsene er de rettsreglene i avtale-, erstatnings-, kontrakts- og obligasjonsretten som kan være anvendelige på en problemstilling som «uten virkning» reiser, men da uavhengig av «uten virkning». At kontrakten kjennes «uten virkning» kan eksempelvis reise spørsmål om tilbakebetaling av allerede betalt kontraktsvederlag, og bakgrunnsretten blir da de mer generelle rettsreglene i norsk rett om tilbakebetaling av et vederlag, som fantes før og uavhengig av «uten virkning». At kontrakten kjennes «uten virkning» kan eksempelvis reise problemstillinger om oppdragsgivers erstatningsansvar for at medkontrahentens tapte fortjeneste, og bakgrunnsretten blir da også anskaffelsesrettens generelle og allerede eksisterende regulering av erstatning for positiv kontraktsinteresse. Bakgrunnsretten blir følgelig lignende rettsregler i avtale-, erstatnings-, kontrakts- og obligasjonsretten. Dette er likevel ikke til hinder for analogibetraktninger fra bakgrunnsretten drøftes mer eksplisitt seinere i fremstillingen.

Offentlige anskaffelser er i grenseland mellom kontraktsrett og forvaltningsrett, altså privatrett og offentlig rett, og det beror på nasjonal rett hvilken side av grensa man er på.⁵¹ De fleste norske oppdragsgivere er offentligrettslige organ, og underlagt forvaltningslovens krav til saksbehandling. I kontrakter om anskaffelser

50 Jf. for så vidt Gisle (2017) s. 43.

51 Jf. Caranta (2011) s. 55, som viser til at i eksempelvis Frankrike anses offentlige anskaffelser som offentlig rett, mens Storbritannia og Tyskland hovedsakelig regulerer rettsområdet som privatrett. Se generaladvokat Lenz sitt forslag til avgjørelse i sak C-247/89 (Kommissjonen v. Portugal) premissene 51–57, om at det ikke spiller noen rolle for EU-retten om en anskaffelseskontrakt er inngått etter offentligrettslige eller privatrettslige regler i nasjonal rett.

som disse organene inngår, handler organene imidlertid ikke i egenskap av å være en offentlig myndighet og derfor er avtalene alminnelige avtalerettslige disposisjoner.⁵² Den alminnelige forvaltningsretten står tilbake for særreguleringen av anskaffelsesretten,⁵³ og spiller også en begrenset rolle i håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser gjennom «uten virkning» i norsk rett. For bokas problemstillinger er det da lite grunnlag for å resonnerer ut fra forvaltningsrettslige utgangspunkter, men den alminnelige forvaltningsretten må likevel has i bakhodet.⁵⁴

Relevansen til avtale- og kontraktsretten avhenger for kontrakten som kjennes «uten virkning» i utgangspunktet av at håndhevelsesdirektivet åpner for nasjonal retts anvendelse ved «uten virkning», eksempelvis i etteroppgjøret. Dette er en sentral problemstilling i boka som drøftes i punkt 6.3 og skal ikke foregripes her. I typetilfeller hvor det er rom for nasjonal rett, er utgangspunktet i norsk rett at det er den alminnelige kontraktsretten som regulerer avviklingen av en i avtalerettslig forstand gyldig inngått kontrakt.⁵⁵ Som det stedvis kommes tilbake til, kan imidlertid «uten virknings» likhet med avtalerettslige ugyldighetsbetraktninger også gjøre avtaleretten til relevant bakgrunnsrett. Forholdet til denne bakgrunnsretten, nærmere bestemt eventuelle bidrag i løsningen av problemstillinger som «uten virkning» reiser, behandles fortløpende i kapittel 6.

Det er ikke tvilsomt at oppdragsgiver kan pådra seg erstatningsansvar for tilbyrers tap i offentlige anskaffelser, og at medlemsstaten kan bli erstatningsansvarlig for tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU/EØS-retten. Hvorvidt det er rom for nasjonal erstatningsrett ved «uten virkning», og om det i så fall er snakk om erstatning i eller utenfor kontrakt, behandles i punktene 7.2 og 7.3.1. I den utstrekning det er rom for nasjonal erstatningsrett, kan anskaffelsesrettens forhold til erstatningsretten anses som en form for mellomløsning «*med element både fra kontraktretten og fra den vanlege skadebotretten*».⁵⁶ Slik blir også nasjonal erstatningsrett bakgrunnsrett for «uten virkning». Bidrag fra erstatningsretten i den forbindelse til erstatningsrettslige problemstillinger som «uten virkning» reiser, drøftes i kapittel 7.

52 Jf. E-16/16 (Fosen-Linjen I) premiss 64 og Hopsnes (2013) s. 175 om at det er alminnelige avtalerettslige disposisjoner.

53 Jf. for så vidt Rt. 1998 s. 1951 (Klubben) på s. 1958, Boe (2010a) s. 23, om at en anskaffelsesbeslutning ikke er utøving av offentlig myndighet i forvaltningslovens forstand; og Krüger (2007) s. 631. Slik også Dragsten & Lindalen (2005) s. 62 om at anskaffelsesregelverket overstyrer den generelle forvaltningsretten.

54 Jf. også Sánchez-Graells (2017) s. 15, som skriver at anskaffelsesretten, angivelig fra et EU-perspektiv, ikke opererer i et vakuum, men i en bredere kontekst av offentlig- eller forvaltningsrett.

55 Jf. Dragsten (2013) s. 728 og Goller & Kreyberg, TtF 2012 s. 37, på s. 38.

56 Jf. Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) på s. 1079.

Formål og parter

2.1 Innledning

En regels formål er som nevnt viktig for tolkningen og anvendelsen av den, også i EU/EØS-retten. EU-domstolen viser ofte til formålet som et relevant tolkningsmoment,⁵⁷ og tolkning, praktisering og håndhevelse må fremme formålet, jf. punkt 1.3.3. Spesielt gjelder dette for den relativt nye regelen om «uten virkning», hvor innholdet også i stor grad må utledes fra formålet.⁵⁸ I dette kapittelet gjennomgås derfor formålene, med kort behandling av formålet til EUs markedsregulering og anskaffelsesregelverket mer generelt, og deretter mer utførlig om formålet til «uten virkning». Deretter gis det en presentasjon av partene i håndhevelsen av «uten virkning», som danner det bildet av partene som videre drøftelser bygger på.

Formål i EU/EØS-retten kan illustreres som en pyramide med formål og med virkemidler som skal bidra til å oppnå disse formålene.⁵⁹ Perspektivet, altså hvilket trinn det fokuseres på, avgjør om noe kan anses som et formål i seg selv, eller et virkemiddel for å oppnå et høyere trinn, som da er et formål. Toppen av pyramiden er formålet med EU som sådan. Trinnet under kan angis som sekundærretten, som anskaffelsesregelverket, som da blir et av flere virkemidler for å oppnå dette overordnede formålet. Settes fokus på trinnet med sekundærretten, har anskaffelsesretten egne formål å oppnå, og håndhevelsesreglene blir virkemidler for å oppnå dem. Ytterligere ett trinn ned har også håndhevelsesreglene egne formål, og de nærmere detaljreguleringene i håndhevelsen blir

57 Se eksempelvis C-480/10 (Kommissjonen v. Sverige) premiss 33 og C-73/07 (Satakunnan Markkinapörssi) premiss 51.

58 Jf. Clifton, PPLR 2009 s. 165 på s. 168. Ifølge NOU 2010: 2 s. 105 må innholdet i «uten virkning» fastsettes ut fra regelens formål.

59 Jf. for så vidt resonnementet i Dragsten (2020) s. 1, riktignok om formål og virkemidler i norsk rett.

virkemidler for å oppnå disse formålene. Det som da fremstår som formål i ett henseende, er kun virkemidler i et annet.⁶⁰ Samlet sett skal formålene og virkemidlene likevel bidra til å oppnå det overordnede formålet, enten direkte eller indirekte. Derfor bør det overordnede formålet kort avklares.

2.2 Integrasjonsformålet som overordnet rettesnor

EU-domstolen legger til grunn et overordnet formål med EU om integrasjon, jf. plenumsuttalelsen *EMK* om at

Unionens mål, som anført i artikkel 3 TEU, følges [...] gjennom en række grundlæggende bestemmelser, såsom bestemmelserne om den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, kapital og personer, om unionsborgerskab, om området med frihed, sikkerhed og retfærdighed og om konkurrencepolitikken. Disse bestemmelser, der indgår i et system, der er Unionens eget, er struktureret på en sådan måde, at de hver især på deres specifikke område og med deres særlige karakteristika bidrager til gennemførelsen af den integrationsproces, som er selve formålet med Unionen.⁶¹

Og videre i plenumsuttalelsen *EØS-domstolen* om at TEUs

formål er at gjennomføre en økonomisk integration, som fører frem til opprettelsen av et indre marked og en økonomisk og monetær union [og] at fællesskabstraktaterne under ét har som målsætning at bidrage til konkrete fremskritt i forbindelse med den europeiske sammenslutning.⁶²

Dette integrasjonsformålet gjennomsyrrer EU-domstolens tolkningsmetode i behandlingen av EU-rett.⁶³ I streben etter oppnåelsen av denne integrasjonen blir fri bevegelse av varer, personer, tjenester og kapital, altså handel, viktig.⁶⁴

60 Se eksempelvis Uttalelse 1/91 (EØS-domstolen) premissene 17–18 og 50.

61 Jf. Uttalelse 2/13 (EMK) premiss 172, jf. TEU art. 3 nr. 1, jf. art. 2. TEU må også ses i sammenheng med TEUF, da de utfyller hverandre, jf. Sejersted mfl. (2011) s. 23.

62 Jf. Uttalelse 1/91 (EØS-domstolen) premiss 17 og TEUs fortale.

63 Jf. Fredriksen & Mathisen (2019) s. 397.

64 Jf. TEUFs fortale, jf. også TEU art. 1 (2). TEUF betegner det indre markedet som «*et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne*», jf. TEUF art. 26 nr. 2. På et enda mer overordnet nivå, skal integrasjonen igjen redusere risikoen for krig på det europeiske kontinentet, jf. Barnard (2016) s. 28 og for så vidt Craig & de Búrca (2015) s. 3. Se også Sejersted mfl. (2011) s. 26 om at vesteuropeiske politikeres hovedoppgave etter andre verdenskrig blant annet var sikkerhetspolitisk stabilitet og velstand gjennom hindringsfri handel.