

VIRKNINGEN AV BRUDD PÅ ANSKAFFESESREGLENE I NORSK PETROLEUMSVIRKSOMHET

Kandidatnr: 317

Veileder: Morten Lund

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17049 ord

25.04.2005

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING OG OVERSIKT</u>	1
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	PRESISERINGER OG AVGRENSNING	1
1.3	REGLENES BAKGRUNN OG FORMÅL	2
1.4	EN OVERSIKT OVER NORSK PETROLEUMSVIRKSOMHET	5
1.4.1	FREMVEKST AV NORSK OLJEINDUSTRI	5
1.4.2	HVILKE AKTØRER RAMMES AV ANSKAFFESESREGLENE I NORSK PETROLEUMSVIRKSOMHET?	6
1.4.3	DEN KONTRAKTSRETTLIGE UTVIKLING	8
1.5	ANSKAFFESESREGLENES INNHOLD	11
1.5.1	NÆRMERE OM PLIKTSUBJEKTENE OG RETTIGHETSHAVERE	11
1.5.2	HVA ER I HOVEDTREKK FORSKJELLEN MELLOM FORSYNINGSFORSKRIFTEN OG FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER?	13
1.5.3	KONTRAKTSTYPER SOM OMFATTES AV REGELVERKET	14
1.5.4	DE ULIKE ANSKAFFESESPROSEDYRER	15
1.6	OPPLEGGET FOR DEN VIDERE FREMSTILLING	16
2	<u>PROSESSUELL DEL</u>	17
2.1	KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	17
2.2	PROSESSFORUTSETNINGER FOR BEHANDLING VED KOFA OG DOMSTOLENE	19
2.3	HVA ER DEN PROSESSUELLE FORSKJELLEN MELLOM KLASSISK SEKTOR OG FORSYNINGSEKTOREN?	22
3	<u>MATERIELL DEL</u>	24
3.1	INNLEDNING	24
3.1.1	DE FORSKJELLIGE KRAVSHAVERNE	25
3.1.2	KAN LEVERANDØR IDENTIFISERES MED OPPDRAGSGIVER?	25
3.1.3	HVA KAN RETTIGHETSHAVERNE KREVE?	26
3.2	MULKT	26
3.2.1	TIDSPUNKT FOR FASTSETTELSE AV MULKT	27

3.2.2	VILKÅRET OM OVERTREDELSE AV REGELVERKET	29
3.2.3	LØPENDE MULKT ELLER EN FASTSATT SUM?	30
3.2.4	HAR DOMSTOLENE EN PLIKT TIL Å ILEGGE MULKT?	31
3.2.5	NOEN SPØRSMÅL KNYTTET TIL ALTERNATIV PROSEDYRE I FF KAPITTEL VI	32
3.3	ERSTATNING	32
3.3.1	KRAVET TIL ANSVARSGRUNNLAG	35
3.3.2	KRAVET TIL ØKONOMISK TAP	36
3.3.3	KRAVET TIL ÅRSAKSSAMMENHENG	37
3.3.4	SPEIELT OM ALTERNATIV PROSEDYRE FOR OLJE- OG GASSEKTOREN	39
3.3.5	ERSTATNING FOR DEN NEGATIVE KONTRAKTSINTERESSE FOR DEN FORBIGÅTTE ANBYDER	40
3.3.6	ERSTATNING FOR DEN POSITIVE KONTRAKTSINTERESSE FOR DEN FORBIGÅTTE ANBYDER.	45
4	<u>AVSLUTNING OG VURDERINGER</u>	52
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	54
6	<u>ANDRE KILDER</u>	55
7	<u>FORARBEIDER</u>	55
8	<u>EU-DIREKTIV</u>	55
9	<u>LOVREGISTER MED FORKORTELSER</u>	56
10	<u>FORSKRIFTSREGISTER MED FORKORTELSER</u>	56
11	<u>DOMSREGISTER</u>	57

1 Innledning og oversikt

1.1 Problemstilling

Fremstillingen her omhandler næringslivets anskaffelser av varer og tjenester. I norsk rett stilles det som utgangspunkt ikke krav til hvordan aktører i næringslivet opptrer når de kjøper inn varer og tjenester. Den alminnelige handle- og kontraktsfrihet må sies å gjelde også for denne form virksomhet. Siden det likevel er gitt et regelverk om offentlige anskaffelser, berører dette visse typer sektorer og spesielle aktører i norsk næringsliv. Den aller største sektoren er naturligvis det offentlige med de aktører som er omfattet der. Kjernen av denne fremstillingen er norsk petroleumsvirksomhet som sektor. Norsk petroleumsvirksomhet er gjennom lovgivning på mange måter bundet av regelverket rundt offentlige anskaffelser. Grunnen til dette er virksomhetens karakter. En utvinningstillatelse gis ved konsesjon og er en eksklusiv rett. Regelverket kan regulere utbygging av et nytt oljefelt eller innkjøp til den daglige drift av produksjonen. Problemstillingen her er virkningen av brudd på disse reglene for rettssubjekter innen norsk petroleumsvirksomhet.

1.2 Presiseringer og avgrensning

En leverandør til norsk petroleumsvirksomhet er avhengig av å ha et sanksjonsmiddel mot de aktører som bryter reglene om offentlige anskaffelser. De ulike former for sanksjoner er i hovedtrekk erstatning og mulkt. Det kan også tenkes andre sanksjoner fra alminnelig kontraktsrett men, erstatning og mulkt er de sentrale. De kontraktsrettslige spørsmål utenom adgangen til erstatning og mulkt, vil derfor ikke bli behandlet. Det er økonomiske forhold som ligger til grunn for anskaffelse og disse kan for det meste løses ved økonomisk kompensasjon. Lov om offentlige anskaffelser (LOA)¹ §10 gir saksøker

¹ Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

rett til erstatning. Vilkårene for å få erstatning følger ikke av loven men av rettspraksis. Mulkt står i en litt annen stilling. Mulkten tilfaller ikke leverandøren som kompensasjon, men går til statskassen, jfr LOA §8 annet ledd.

Denne fremstillingen tar sikte på å behandle spørsmål knyttet til brudd på anskaffelsesreglene. De andre sidene av anskaffelsesreglene vil ikke bli drøftet nærmere. Anskaffelsesreglene vil derimot bli presentert. I den materielle delen vil spørsmål knyttet til de ulike bruddene og sanksjonene bli tatt opp, men det blir ikke drøftet nærmere rundt hver regel. Der det reiser seg spesielle spørsmål om *betydningen av brudd* på reglementet, vil dette bli presisert. Ellers forutsettes regelverket brutt.

Norge har tiltrådt WTO²-avtalen om offentlige innkjøp, GPA-avtalen³. Dette er en egen folkerettslig avtale inngått mellom en rekke land med sikte på å samordne reglene om offentlige innkjøp mellom partene. Etter avtalens artikkel 1 nr 1 med vedlegg omfattes ikke olje- og gassektoren.⁴ Avtalen faller derfor utenfor fremstillingen her.

Etter EØS-avtalen⁵ er det adgang til å bringe brudd på anskaffelsesreglene inn for EFTA-domstolen. Dette er et folkerettslig klageorgan og vil ikke bli drøftet her.

Det er fra EU sin side foreslått nytt direktiv for forsyningssektoren, 2004/17 forsyningsvirksomhetsdirektivet.⁶ Dette direktivet har implementeringsfrist 31. januar 2006. Direktivet blir ikke behandlet nærmere.

1.3 Reglenes bakgrunn og formål

Som nevnt over er norsk petroleumsvirksomhet på mange områder underlagt reglene om offentlige anskaffelser. Bakgrunnen for reglene om offentlige anskaffelser har

² World Trade Organisation (WTO)

³ Government Procurement Agreement (GPA) av 15. april 1995. Avtalen trådte i kraft 1. januar 1996.

⁴ For en kort oversikt se Gjønnnes/Knudzon 1998 side 129 flg.

⁵ EØS-avtalens hoveddel er gjennomført i norsk lov, EØS-loven av 27. november 1992 nr 109.

⁶ DIRECTIVE 2004/17/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 31 March 2004.

derfor betydning for å forstå hvorfor petroleumsvirksomheten på norsk sokkel må følge anskaffelsesreglene.

Det offentlige etterspør kontinuerlig varer og tjenester. Som enhver annen organisasjon eller bedrift kan dette være blyanter, advokattjenester, kokker eller snekkere. Eller det kan rett og slett være et nytt sykehus eller idrettshall. Størrelsen og karakteren varierer.

I tiden etter andre verdenskrig var det sosialdemokratiets oppgave å bygge opp et land som var fysisk og økonomisk ødelagt. Gjennom økonomisk styring kunne man oppnå de forskjellige politiske mål. For å styrke landbruket kunne for eksempel Staten tilby oppkjøpsavtaler med prisgaranti. Dette forhindret at bøndene ble utkonkurrert av utenlandske forhandlere, samt at folket ble boende i distriktene. Et annet virkemiddel kunne være å sette så høy toll på varer fra utlandet at det ikke ble attraktivt for nordmenn å kjøpe disse varene.

Etter forarbeidene til REFSA⁷ i NOU 1975:9 ble det lagt vekt på at brukerens behov skulle dekkes på en mest mulig effektiv og hensiktsmessig måte. Det ble også fremhevet at innkjøp kunne danne et viktig ledd i økonomisk politikk. Med hjemmel i REFSA §5 ble det gitt retningslinjer som ivaretok sysselsetting, distriktsutbygging og norsk industri.⁸ Staten brukte altså i mange år sin innkjøpsmakt i markedet som et politisk virkemiddel. Etter at Norge innførte hoveddelen av EØS-avtalen som lov i 1992⁹ kunne man ikke lengre opprettholde denne politikken. Det ville være i strid med EØS-avtalens krav til likebehandling av leverandører, også kalt ikke-diskriminering.¹⁰ Staten forvalter EØS-fellesskapets interesser ved å etterspørre varer og tjenester.¹¹ Dette betyr at det som det offentlige etterspør, bør underkastes konkurranse og på denne måten påvirke næringslivet i en positiv retning.

⁷ Regelverk for Statens Anskaffelsesvirksomhet (REFSA). REFSA er et regelverk for det offentlige og er dermed en intern instruks uten samtidig å pålegge rettigheter for de som faller utenfor anvendelsesområdet.

⁸ Se punkt 5.1 i Ot.prp.nr.71 (1997-1998)

⁹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 7. november 1992 nr. 109

¹⁰ For en presentasjon av EØS-retten se Sejersted et al (2004)

¹¹ Se Sejersted et al. kap. 29

Forsyningssektoren er skilt ut som en egen del under offentlige anskaffelser. Sektoren omfatter i hovedsak tillatelser som gis av staten til private for å forvalte store ressurser. Norsk petroleumsvirksomhet er etter regelverket om offentlige anskaffelser en del av forsyningssektoren. Grunnen til at forsyningssektoren ble skilt ut som egen sektor av EU, er at dette berører store verdier som tilhører det enkelte land. Forsyningssektoren har ikke vært underlagt like strenge regler med hensyn til konkurranse som de andre sektorene. Dette kan være fordi det her er snakk om store verdier som medlemslandene ikke lett vil gi slipp på. Infrastrukturen i de forskjellige EU/EØS-land er så forskjellig, at en regulering her kan få stor betydning for noen få land, mens andre ikke berøres like mye. Det er her snakk om et kompromiss, men med samme begrunnelse som offentlige anskaffelser ellers.

Utvalget som fikk i mandat å utrede det nye regelverket for offentlige anskaffelser¹² la også vekt på det samfunnsøkonomiske perspektiv. De offentlige utgiftene stod i 1997 for 51 prosent av BNP¹³, hvorav offentlige anskaffelser utgjorde ca 18,4 prosent. En stor del av samfunnets ressurser blir altså disponert av det offentlige. Utvalget la vekt på at konkurranse også innenfor innkjøp i det offentlige var med på å styrke den generelle konkurransen i markedet.¹⁴ Leverandører som må forholde seg likt til både offentlige og private, vil oppnå en form for enhet innen sitt marked. Dersom det offentlige skulle favorisere enkelte vil dette etter hvert føre til at markedet blir tomt for konkurranse. Man kan risikere at markedet for samme varer deler seg i to; ett for det offentlige og ett for det private. Dette vil verken gagne det offentlige eller konkurransen generelt. Det offentlige vil ikke lengre få det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Utvalget fremhever at det offentlige ved å opptre profesjonelt ”vil bidra til kostnadsbevissthet, effektivitet og produktutvikling hos norske bedrifter, og dermed gjøre norsk næringsliv mer konkurransedyktig på hjemmemarkedet og på eksportmarkedet.”¹⁵ Utvalget mener altså at gjennomføring av LOA vil styrke de norske leverandører uavhengig av reglene i

¹² Publisert i NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser

¹³ Brutto nasjonal produkt (BNP). Se Ot.prp.nr.71 (1997-1998) under punkt 5.3

¹⁴ Se NOU 1997:21 punkt 4.1

¹⁵ Se punkt 4.1 NOU 1997:21

EØS. Disse hensyn gjør seg også gjeldende for norsk petroleumsvirksomhet og håndhevelse av reglene i denne sektor.

Anskaffelsesloven av 1992¹⁶ hadde ingen formålsbetraktninger i sine forarbeider. Den nye lov om offentlige anskaffelser har derimot fått sin egen formålsparagraf i §1. Her er det lagt vekt på forretningsmessighet og likebehandling. Hovedformålet er likevel mest mulig effektive anskaffelser.¹⁷

1.4 En oversikt over norsk petroleumsvirksomhet

For å kunne problematisere over brudd på anskaffelsesreglene i norsk petroleumsvirksomhet, er det nødvendig å gi en oversikt over bransjen og reglene. Det er mange aktører som til enhver tid arbeider innen denne delen av norsk industri. Det skal her gis en kort oversikt over hvordan bransjen er bygget opp og hvilke kontrakter som er brukt. For å gi et komplett bilde av kontraktene og virksomheten presenteres først fremveksten av petroleumsvirksomheten på norsk sokkel.

1.4.1 Fremvekst av norsk oljeindustri

På slutten av 1950-tallet var det ikke mange som trodde det fantes olje- og gassrikdommer i havbunnen rundt Norge.¹⁸ Det var først etter et funn i Groeningen i 1959 at man begynte å tenke i disse baner. På den tiden hadde den norske stat verken eget oljeselskap eller drevet letevirksomhet. Oljegiganten Phillips var den første som søkte om å foreta seismiske undersøkelser av kontinentalsokkelen utenfor Norge. Dette satte fart på myndighetenes tro på olje i Nordsjøen, og Norge proklamerte ved kongelig resolusjon den 31. mai 1963 norsk statshøyhet over naturforekomstene på kontinentalsokkelen. Første konsesjonsrunde ble utlyst i mars 1965 og 22 utvinningstillatelser ble tildelt. Det skulle imidlertid gå helt til 1971 før det ble produsert olje i Nordsjøen.

¹⁶ Lov om offentlige anskaffelser m.v. av 16. november 1992

¹⁷ Se punkt 5.2 i Ot.prp.nr.71 (1997-1998)

¹⁸ Se Fakta 2004 Norsk petroleumsvirksomhet, utgitt av Olje- og energidepartementet s. 11-12

En målsetting for utvinning av olje på norsk sokkel har vært at den skal være underlagt nasjonal styring og kontroll. Det at Norge ikke var en oljenasjon med ekspertise skulle avhjelpest gjennom proteksjonistiske regler. Gjennom opprettelsen av Oljedirektoratet skulle man oppnå nødvendig kontroll. Siden det var utenlandske selskaper som dominerte utvinningen i startfasen, ble Statoil opprettet i 1972 med en politikk som ga 50 prosent deltakelse i hver utvinningstillatelse. Ved å tvinge frem en norsk oljeindustri på denne måten oppnådde Staten akkurat det den ville; ekspertise på egne naturressurser.

1.4.2 Hvilke aktører rammes av anskaffelsesreglene i norsk petroleumsvirksomhet?

Petroleumsloven (petrl)¹⁹ er hjemmelen for utvinning av petroleumsforekomster på norsk sokkel. Det følger av loven §1-1 at det er den norske stat som har eiendomsrett og eksklusiv rett til forvaltning av naturressursene. De som vil utvinne petroleum på norsk sokkel kan søke om tillatelse til dette. Dersom myndighetene vil gi en rett til å utvinne petroleum, gis dette som regel til en gruppe av selskaper. Denne gruppen kalles rettighetshaverne, se petrl §1-5 litra j. Disse rettighetshaverne inngår så en avtale seg imellom om hvordan den innbyrdes fordeling av rettigheter og plikter skal fordeles. Dette kan departementet pålegge rettighetshaverne å gjøre med hjemmel i petrl §3-3 siste ledd. Avtalen kalles for samarbeidsavtalen. Men selv om samarbeidsavtalen er en avtale mellom rettighetshaverne, så er de solidarisk ansvarlige overfor staten for de økonomiske forpliktelser som følge av utvinningstillatelsen, se petrl §10-8. Rettighetshaverne står derfor sammen utad som følge av den eksklusive retten de har fått av myndighetene. Innad i rettighetshavergruppen er styringskomiteen det høyeste organ. Styringskomiteen skal gi retningslinjer for driften og føre kontroll med den daglige ledelse av utvinningstillatelsen.

¹⁹ Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72

Blant de som utgjør rettighetshaverne skal som regel en være operatør. Denne utpekes enten av departementet eller velges av rettighetshaverne selv, jfr petrl §3-7 første ledd. Det har i Norge alltid vært en av rettighetshaverne som har vært utpekt som operatør.

En operatørs hovedmandat er å forestå den daglige driften av rettighetshavernes samlede interesser. Det betyr at operatøren skal drive på nonprofit basis og få sitt overskudd på lik linje med de andre rettighetshaverne. For å være operatør må man derfor ha en viss kapasitet til å samordne det som skal til for å få i gang produksjon av olje eller gass. Dette kan være å inngå leieavtaler for borerigger, leie av mannskap, supplytjenester eller styre den daglige driften på en plattform. Det er veldig mange brikker som skal falle på plass for at oljeproduksjon skal gå knirkefritt. Operatøren skal derfor få produksjonen til å være mest mulig lønnsom for alle i rettighetshavergruppen.

Selv om det skal være nonprofit for operatøren overfor de øvrige rettighetshaverne, så er det attraktivt å være operatør. Et slikt oppdrag gir for det første sysselsetting hos selskapet, slik at den generelle virksomhet vokser. Økt sysselsetting er som regel ansett som positivt. Det kreves videre ekspertise og bransjeinnsikt for å være operatør. Et oppdrag som operatør er derfor attraktivt for selskapet siden det bidrar til å beholde sysselsetting og kompetanse i selskapet. Dette er igjen noe som forsterker muligheten for en operatør til å få senere operatøroppdrag. Det å være ledende på ”knowhow” blir tillagt vekt ved utpeking fra departementet. Erfaring som operatør øker dessuten kunnskap og kompetanse omkring bransjen generelt gjennom det kontaktnett man opparbeider.

Hele driften etter utvinningstillatelsen skal forestås av operatøren. Men selv om de fleste oppgaver faller på operatøren, så er det ikke operatøren selv som forestår alle disse. Mange av disse oppgavene utlyses i konkurranser til diverse leverandører. Leverandørene kan være mindre bedrifter som leverer en liten tjeneste eller vare, men også de som sveiser en hel plattform. Det vanlige er imidlertid at en leverandør som regel setter bort mange av sine oppgaver til underleverandører. Eller han er avhengig av underleverandører for å få levert sin egen tjeneste. Et eksempel kan være at operatøren inngår en avtale med en leverandør av såkalte sub sea installasjon for utvinning av olje. Dette er normalt omfattende installasjoner med et veldig høyt teknologisk nivå. Leverandøren kan tenkes å forestå den tekniske utviklingen av innretningen her i Norge,

men produserer enkeltdeler i andre land. På denne måten er det en lang kjede av kontrakter ned til den minste underleverandøren.

Selv om det er operatøren som setter ut kontrakter på anbud og er den aktør leverandøren forholder seg til i det daglige, så er det rettighetshaverne som er oppdragsgiver gjennom samarbeidsavtalen. Oppdragsgiver og leverandør er også begrepsbruken i forskriften for forsyningssektoren²⁰. Jeg velger derfor å bruke oppdragsgiver som et felles begrep på operatør og rettighetshaverne etter utvinningstillatelsen. Der det er forskjell i identifisering vil dette bli presisert nærmere. Et problem kan tenkes der hovedleverandør pådrar seg ansvar som kan identifiseres med operatøren. Dette kommer jeg tilbake til i den materielle delen.

1.4.3 Den kontraktsrettslige utvikling

Utviklingen i norsk kontraktsrett innenfor petroleumssektoren har et særpreg sammenliknet med andre land. Særpreget er at det er utarbeidet standardkontrakter mellom oljeselskapene og leverandørsiden. Liknende avtaler var for eksempel nesten utenkelig for petroleumssektoren i England.²¹

Siden slutten av 1970-årene har det vokst frem fabrikkkontrakter i Norge mellom operatørselskapene og leverandørselskapene. Den første var Norsk Fabrikasjonskontrakt 1987 (NF 87) som senere ble revidert til NF 92. En fabrikkkontrakt er en kontrakt som er ment å regulere bygging og den tilhørende tegningen av installasjonen. NF 92 har hatt stor gjennomslagskraft og anses stort sett å reflektere gjeldende kontraktspraksis i offshoresektoren.

På 1990-tallet fikk kontraktene på norsk sokkel et mye større omfang enn tidligere. En vekst fra 200-400 millioner kroner i gjennomsnitt per prosjekt på slutten av 1980-tallet, var i løpet av ca ti år blitt til 3-4 milliarder. På samme tid lå kostnadsnivået ved oljeproduksjon på norsk sokkel høyt i forhold til andre oljeproduserende nasjoner. For

²⁰ Forskrift av 5. desember 2003 nr. 1424 (Forsyningsforskriften)

²¹ Se Kolrud i Tidsskrift for forretningsjus, 2000, nr 2, s. 57-66

at det ikke skulle bli mindre attraktivt for oljeselskapene å etablere seg her, ble det satt i gang et eget prosjekt, NORSOK.²² Dette var et samarbeid initiert av departementet, der oljeselskapene, myndighetene og leverandørene deltok. Målet med NORSOK var å effektivisere utbyggingsprosjektene på norsk sokkel. Det var klart at man måtte tenke nytt rundt prosessen frem til drift. Tradisjonelle tiltak viste seg å være utilstrekkelige.

Det var spesielt to punkter som var viktige for NORSOK; for det *første* skulle tids- og kostnadsforbruk reduseres med 40-50 prosent fra 1993 til 1998. For det *andre* skulle det på tross av dette fokuseres på å være ledende innen helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Etter at arbeidsgruppene i NORSOK leverte sine rapporter 1. februar 1995 har det skjedd forandringer i virksomheten på norsk sokkel.²³ Det har vært store endringer i forholdet mellom operatør og leverandør. I større grad enn tidligere påtar leverandørene seg mer komplett ansvar for prosjektene. I motsetning til 1980-tallet kommer leverandørene inn i prosessen på et mye tidligere tidspunkt enn det som var vanlig den gang. Oppgaver som tidligere lå til operatør ble i større grad overført til leverandør. I stedet for at operatør inngikk en rekke kontrakter med forskjellige leverandører, ble det nå engasjert hovedleverandører. Dette førte til at NF 92 på mange punkter trengte en arvtaker. Gjennom forhandlinger mellom de norske operatørselskapene og leverandørene, representert gjennom TBL (Teknologibedriftenes Landsforening), kom man til enighet om en ny kontrakt, NTK 2000.^{24,25}

Det er i hovedsak fire problemstillinger som er søkt løst ved NTK 2000. For det *første* skal forholdene rundt risikoen til leverandør reduseres når han påtar seg et oppdrag der kostnadsrammene er usikre, eller umodne. For det *andre* måtte ansvarsbegrensningen i NF 92 revideres. Økningen i kontraktspriser hadde ført med seg et voldsomt ansvar for leverandør siden ansvaret var begrenset etter prosent av totalbeløpet. For det *tredje* var tiden for ferdigstillelse av offshoreprosjekt blitt redusert på 1990-tallet. Dette hadde ført med seg risiko som måtte fordeles nærmere. *Og til slutt* var det likviditetsproblemer rundt endringsadgangen til operatør. Leverandør hadde etter NF 92 en plikt til å handle

²² Norsk kontinentalsokkels konkurranseposisjon (NORSOK).

²³ For en analyse av utviklingen se NOU 1999:11, Kaasen-utvalget

²⁴ Norsk Total Kontrakt (NTK) 2000

²⁵ For en oversikt over NTK 2000 se Kolrud i Tidsskrift for forretningsjus, 2000, nr 2 s. 57-66

på endringsordre fra operatør, kjent som ”hoppeplikten”. Leverandør måtte selv finansiere endringer frem til godkjent fakturering. Med den økte kostnadsrammen i prosjektene førte dette ofte til likviditetsproblemer hos leverandør.

Alle fire punktene er søkt regulert i NTK 2000. Kontrakten likner i stor grad på NF 92 i oppbygning. Men mange av de punkter som har vært omstridte i NF 92 er søkt presisert i NTK 2000. Dette måtte uansett gjøres ved en revisjon av NF 92. Et hovedtrekk ved NTK 2000 er at leverandørens ansvar er begrenset og likviditetsordningen er søkt løst med såkalt ”nøytral likviditet”. Dette gjør at leverandør ved en endringsordre har krav på en viss tilleggsfinansiering innenfor en gitt ramme. På denne måten tenkes likviditetsproblemene færre.

Det er i tillegg til de ovennevnte kontrakter også kontakt mellom parter på stadiene før en endelig fabrikkasjons- eller totalkontrakt inngås. Som nevnt over har det siden 1990-tallet vært en endring i kontakt mellom oljeselskap og leverandører. Et eksempel på dette kan være såkalte studiekontrakter. Disse kontraktene inngås mellom oljeselskapet og potensielle leverandører, før oljeselskapet nødvendigvis er utpekt som operatør. Dette kan være på et stadium der oljeselskapet prøver å få utvinningstillatelse fra myndighetene. Oljeselskapet engasjerer en leverandør som foretar en studie av et område som søkes benyttet til utvinning. Ved å presentere dette for myndighetene kan et oljeselskap styrke sin posisjon ved å legge frem et godt prospekt. Avtalen mellom oljeselskapet og leverandøren er her en vanlig avtale som ikke gir leverandøren rett til å få antatt senere anbud, men gir en god innsikt i det aktuelle prosjekt. Avtalen bærer altså preg av en utredning av mulighetene for produksjon.

Når det gjelder bruken av kontrakter på norsk sokkel i dag, så er det tradisjonelt sett ”back-to-back”-prinsippet som brukes. Med dette menes at den kontrakt som er brukt mellom operatør og leverandør også anvendes overfor underleverandør. Dette kan settes som vilkår fra operatør. På denne måten vil vilkårene som gjelder mellom leverandør og operatør også gjelde mellom underleverandør og dennes underleverandører igjen. Slik oppstår en pyramide av kontrakter med likt innhold. Dette kan synes noe pussig da det er stor variasjon mellom de forskjellige leverandører, men det sikrer at like vilkår blir brukt av alle involverte. Å kalle det en kontraktspyramide er misvisende da dette viser til en vertikal oppbygning. Det er også kontrakter på et horisontalt plan. Dette kan for

eksempel være leveranse av tjenester som juridisk bistand. Men som regel fører kontraktene på en eller annen måte opp til operatøren og danner således en pyramide selv om noen leverandører ikke har kontrakter på tvers av pyramiden, altså seg imellom.

I fremstillingen her vil det i første rekke være leverandørene til norsk petroleumsvirksomhet som vil handle mot brudd på anskaffelsesregelverket. Leverandørene er derfor rettighetssubjekter. På den andre siden vil det være operatøren som går til anskaffelse på vegne av rettighetshavergruppen. Operatøren vil derfor være pliktsubjekt. Hvilke typer kontrakter som benyttes er det ikke nødvendig å ta stilling til i eksemplene her. Det viktige er å merke seg at det er store standardkontrakter som reflekterer praksisen i norsk petroleumsvirksomhet.

1.5 Anskaffelsesreglenes innhold

1.5.1 Nærmere om pliktsubjektene og rettighetshavere

Reglene om forsyningsvirksomheten er hjemlet i LOA. I LOA §2 omfattes en rekke oppdragsgivere. For norsk petroleumsvirksomhet er det LOA §2 første ledd bokstav c som omfatter oppdragsgivere

”som driver virksomhet innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport eller elektronisk kommunikasjon[.]. Dette gjelder likevel bare i den utstrekning rettssubjektet [oppdragsgiveren] 1. er gitt særlige eller eksklusive rettigheter av offentlig myndighet til å drive virksomheten”.

Dette medfører at oppdragsgivere, i praksis operatøren på vegne av rettighetshavergruppen, er omfattet av loven.

Med hjemmel i LOA §11 har Nærings- og handelsdepartementet gitt forskrifter som regulerer loven nærmere. Lovens anvendelsesområde reguleres av to forskrifter på den materielle siden; forskrift om innkjøpsreglene for oppdragsgivere i forsyningssektoren

(FF)²⁶ og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)²⁷. Siden denne avhandlingen omhandler petroleumsvirksomheten er det forsyningsforskriften som er relevant.

Ved EØS-loven ble mange direktiver som allerede var vedtatt av EF inkorporert som norsk lov. I EØS-avtalens vedlegg XVI inngår Rådskonklusjon 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Det er dette direktivet med senere endringer som ligger til grunn for den norske forsyningsforskriften.

Forsyningsforskriften regulerer de forhold der det er rettssubjekter, oppdragsgivere, som driver virksomhet innen vann, energi, transport og telekommunikasjon på basis av en tildelt rett av myndighetene, jfr FF § 3, jfr LOA § 2 bokstav c. Forskriften skiller mellom rettighetshavere i §2 og oppdragsgivere i §3. *Pliktsubjektene* etter forskriften er altså oppdragsgiverne. Innen petroleumssektoren er det oppdragsgivere som omfattes av FF §3 første ledd bokstav b og §3 annet ledd som er aktuelle. Petroleumssektoren går inn under § 3 første ledd og forskriften skal derfor anvendes på oppdragsgivere som har slik rett som beskrevet der. Men §3 annet ledd gir også oppdragsgivere innen petroleumssektoren anledning til å velge en annen prosedyre enn den som følger av forskriftens hoveddel. Denne alternative prosedyren kommer jeg tilbake til.

Det er viktig å se at FF §4 supplerer §3 for nærmere å definere hvem som omfattes av forskriften, såkalt virksomhetssektor. Den som driver petroleumsvirksomhet som går inn under §3 må i tillegg oppfylle vilkårene i §4 første ledd litra b nr 1. I forskriften er det imidlertid i FF §3 annet ledd en inkurie ved henvisningen til FF §4 annet ledd bokstav a. Dette skyldes at forskriftsgiver har glemt å endre henvisningen da ny forskrift ble gitt. Henvisningen er til den gamle forskriften og skal i dag leses som FF §4 første ledd bokstav b nr.1. Sett sammen omfatter forskriften virksomhet som er gitt som særrett av myndighetene, konsesjon el. All petroleumsvirksomhet på norsk sokkel er konsesjonsbelagt og faller derfor inn under denne kategorien.

²⁶ Forskrift av 5. desember 2003 nr. 1424

²⁷ Forskrift av 15. juni 2001 nr. 616

I tillegg er det en veiledende liste over de virksomheter som er pliktsubjekter i FF §5. Her er det i §5 litra d henvist til de som er omfattet av petroleumsloven eller forskrifter gitt i medhold av denne. Men det er bare de som er oppdragsgivere etter FF §3 sett sammen med anvendelsesområdet til petroleumsloven som omfattes. Oppdragsgivere som faller inn under petroleumsloven men utenfor FF §§3 og 4 omfattes dermed ikke av forsyningsforskriften.

1.5.2 Hva er i hovedtrekk forskjellen mellom forsyningsforskriften og forskrift om offentlige anskaffelser?

Det er for det første viktig å påpeke at forskriftene her er sektorforskrifter. Det betyr at dersom en anskaffelse omfattes av lov om offentlige anskaffelser, så vil enten forskrift om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften komme til anvendelse. Sektorene er altså virksomhetsområdet til forskrift om offentlige anskaffelser *eller* forsyningsforskriften. Forsyningsforskriften er den som avgjør hvilken forskrift som skal anvendes. Dersom det skal foretas en anskaffelse innen sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon, så kommer forsyningsforskriften til anvendelse. Dersom anskaffelsen faller utenfor FF men innenfor LOA, så kommer forskrift om offentlige anskaffelser til anvendelse. Forsyningsforskriften er med andre ord den styrende. Anvendelsesområdet til forskrift om offentlige anskaffelser omtales som klassisk sektor. Det er også begrepsbruken her.

En annen forskjell er terskelverdiene. Innenfor FOA er terskelen satt ved offentlig anskaffelse som overstiger 200.000 kroner. Denne terskelen er ikke tatt med i forsyningsforskriften. For olje- og gassektoren er det etter FF kapittel VI en oppbevaringsplikt av opplysninger når kontraktens verdi overstiger 3,05 millioner kroner. Det er ingen øvre terskel for regelverkets anvendelse.

Etter forsyningsforskriften er det likegyldig om man velger konkurranse med forhandling eller vanlig anbud. Etter FOA er anbudskonkurranse det eneste alternativet.

Det er også en forskjell mellom forsyningssektoren og klassisk sektor når det er brudd på reglementet. Dette følger av LOA §§7 og 8. I klassisk sektor kan retten etter LOA §7

annet ledd sette beslutninger til side dersom det foreligger brudd på bestemmelsene. Denne adgangen til å gripe inn i anskaffelsesprosessen gjelder ikke for forsyningssektorene. Det er heller ikke adgang til å be om midlertidig forføyning for forsyningssektoren. I stede er det en ordning der retten kan ilegge en mulkt etter LOA §8 annet ledd. Mulkt blir drøftet nærmere i den prosessuelle og materielle delen.

1.5.3 Kontraktstyper som omfattes av regelverket

Det er som nevnt mange typer kontrakter og mellomanliggende i petroleumsbransjen. FF §7 første ledd gjør at forskriften gjelder på varekontrakter. Varekontrakter er definert i forskriftens §1 bokstav e nr 1. Som det fremgår av ordlyden her har bestemmelsen et annet innhold enn det som følger av kjøpsloven.²⁸ Den gjelder for eksempel leieavtaler uten kjøpsopsjon slik at en ren sammenlikning med norsk kjøpsrett ikke passer.

Bygge- og anleggskontrakter er definert i FF §1 bokstav e nr 2. Det vises her til en nærmere beskrivelse i nomenklaturen for økonomisk virksomhet i EU. Begrepet skal i tillegg omfatte andre kontrakter som er nødvendige for disse typer kontraktens utførelse.

Hva gjelder tjenestekontraktene, så er de nærmere definert i FF §1 bokstav e nr 3. Alle kontrakter om tjenester omfattes, med unntak for noen som er nevnt i forskriftens §10. Dette gjelder ansettelseskontrakter, noen leieavtaler av fast eiendom, voldgiftstjenester og nærmere angitte finansielle tjenester. I tillegg unntas kontrakter om tjenestekjøp av forskning og utviklingstjenester som ikke dekkes av oppdragsgiver og ikke brukes i hans virksomhet.

Det er også regler i forskriften som skal søke å forhindre andre omgåelse av reglene i forskriften, jfr FF §12. En anskaffelse kan ikke deles opp for å komme under terskelverdiene i §11, eller på annen måte unngå at forskriften får anvendelse. Utover disse generelle regler er det også gitt detaljerte regler om beregning av kontraktsverdien i FF §12.

²⁸ Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27 (Kjøpsloven)

1.5.4 De ulike anskaffelsesprosedyrer

Forsyningsforskriften angir tre mulige prosedyrer for anskaffelser som omfattes av forskriften. Dette følger av FF §17. Alternativene er åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Videre er fremgangsmåten ved hver av disse regulert i kapittel IV. Det er regler om utvelgelsesprosess ved begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, samt minimumsfrister for mottak av tilbud.

FF §25 gir oppdragsgiver rett til å begrense anbudsrunder til en kvalifisert gruppe leverandører. I petroleumsbransjen er det på mange felt høye krav til teknisk nivå eller økonomisk bæreevne og andre relevante faktorer. Oppdrag som sendes ut på anbud er ofte veldig detaljrike og kostbare å utrede. Det ville være en byrde for oppdragsgiver dersom han hele tiden måtte ta stilling til ethvert anbud som kom inn. Delvis fordi det er ressurskrevende å gå igjennom detaljerte anbud, men også fordi det er kostbart for leverandørene. Utgifter til å inngi anbud fra leverandørens side belastes til slutt oppdragsgiver gjennom kontraktssum. For å være effektive kan oppdragsgiver derfor forholde seg til en liten gruppe leverandører som er prekvalifisert til å inngi anbud. Dette har også stor betydning for den enkelte leverandør, da en avtale ofte er av stor økonomisk betydning. På engelsk er dette kjent som bidders' list. Dersom leverandøren ikke er på bidders' list er han ute av konkurransen fra starten av. FF §25 skal sikre at en bidders' list ikke brukes til formål som hindrer konkurranse.

Oppdragsgivere innen olje- og gassektoren kan velge å bruke en alternativ prosedyre for anskaffelse i FF kapittel VI. Kapittelet er kort og angir bare generelle prinsipper om konkurranse og ikke-diskriminering, samt oppbevaring av opplysning om kontrakter som inngås.

Oppdragsgivere innen petroleumsvirksomhet på norsk sokkel må bare følge forsyningsforskriften for den delen av anskaffelsene som er del av slik virksomhet. Det medfører at et oljeselskap som driver annen virksomhet som ikke er konsesjonsbelagt, ikke trenger å følge forsyningsreglementet. For eksempel kan det tenkes at oljeselskapet driver raffinering i tillegg til produksjon i Nordsjøen. Dette er virksomhet som ikke

oppfyller kravene i FF §3 og anskaffelser i forbindelse med raffinering faller utenfor forsyningsforskriften.

I fremstillingen her vil det forutsettes at petroleumsvirksomheten faller innenfor en av kontraktstypene varekontrakter, bygge- og anleggskontrakter eller tjenestekontrakter. De problemer som blir drøftet forutsetter videre at anskaffelsen er over terskelverdiene, slik at regelverket om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse på petroleumsvirksomheten. Regelverket forutsettes brutt.

1.6 Opplegget for den videre fremstilling

Jeg vil i det følgende drøfte de sanksjoner et brudd på anskaffelsesreglene i norsk petroleumsvirksomhet. Først i den prosessuelle delen vil jeg ta for meg klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og deretter adgangen til å ta ut søksmål ved de ordinære domstoler. Videre vil jeg i den materielle delen redegjøre nærmere for de ulike sanksjonene mulkt og erstatning. Ved mulkt reiser det seg spørsmål om de generelle vilkår, hvilken form mulkten skal ha, eventuell plikt for domstolene til å ilegge mulkt, vilkåret om at det må være en overtredelse av forsyningsregelverket og spesielle spørsmål i tilknytning til alternativ prosedyre for petroleumsbransjen.

For å få tilkjent erstatning drøftes de generelle vilkår for å få erstatning; økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. I anbudstilfellene reiser det seg spesielle spørsmål knyttet til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Disse knytter seg til de to forskjellige utmålingsmetoder; positiv og negativ kontraktsinteresse.

2 Prosessuell del

Ved tvist mellom oppdragsgiver og leverandør er det hovedsakelig tre måter å løse konflikten på. For det *første* kan partene gjøre opp seg imellom ved en minnelig ordning. Dette vil avhenge av at partene er enige om faktum og at begge er tjent med en diskre løsning. Det er i alminnelighet best at feil blir tatt hånd om av partene selv. Men det er grunn til å tro at kunnskap om regelverket ofte er for dårlig til at enighet kan oppnås. Derfor kan tvisten som et *annet alternativt* dras inn for klagenemnden for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemnda gir kun uttalelser om regelverket er brutt. Det er leverandøren som klager inn for at eksperter skal se på anskaffelsen. Dersom partene heller ikke godtar uttalelsen til KOFA, kan saken som en *siste løsning* ende ved de ordinære domstoler. Domstolene kan ilegge oppdragsgiver mulkt eller tilkjenne leverandør erstatning på nærmere angitte vilkår.

2.1 Klagenemnd for offentlige anskaffelser

Det ble ved en lovendring i 2001²⁹ gitt hjemmel til å opprette et særskilt organ for tvisteløsning ved brudd på anskaffelsesreglene. Dette var allerede foreslått i forarbeidene til LOA³⁰ siden den gamle loven om offentlig anskaffelse fra 1992 ikke hadde eget tvisteløsningsorgan. Ordningen før 2001 var at tvister ved offentlige anskaffelser skulle løses ved de alminnelige domstoler. Bakgrunnen for lovendringen i 2001 var at antallet tvister som ble brakt inn for retten var svært få. Reglene om organ for håndhevelse av reglene etter anskaffelsesloven av 1992, var i realiteten like med de som fulgte av den nye LOA *før* lovendringen i 2001. Som begrunnelse for å la tvister bli løst ved de vanlige domstolene la departementet vekt på at de to

²⁹ Tilføyd ved lov nr. 80 for 2001

³⁰ Se NOU 1997:21 punkt 8.2

håndhevelsesdirektivene fra EU³¹ ville bli tilfredsstilt.³² Det ble også lagt vekt på at dette var vanlig i Norge og at andre land hadde valgt noenlunde samme løsning. Et av problemene som likevel ble tatt opp, var at dette var et komplisert regelverk som domstolene ikke nødvendigvis hadde kompetanse til å håndtere. For å løse dette ble det pekt på rettens adgang etter tvistemålløven³³ §325 til å oppnevne meddommere med teknisk ekspertise.³⁴ Kravet om en raske avgjørelser ble også antatt oppfylt ved tvisteløsning ved domstolene.

Bakgrunnen for lovendringen i 2001 var blant annet at andre land hadde hatt et vesentlig større antall saker for de nasjonale klageorganene enn Norge.³⁵ Leverandørene oppgav sitt kundeforhold som viktigste årsak til ikke å klage oppdragsgivere inn for domstolene. Ved å sette i gang en slik prosess var man redd for å miste utsiktene til senere oppdrag. Dette er et hensyn som vil gjøre seg spesielt gjeldende i oljebransjen. I motsetning til offentlige entreprenører er det få leverandører til norsk petroleumssektor. Leverandøren kan frykte at et dårlig forhold til operatøren fører til svartelisting. Et organ der det var lagt vekt på hurtig avklaring og ekspertise ville fungere bedre. Et slikt system ville også ha en samfunnsøkonomisk nytte ved at det økte kunnskapen om regelverket. Tvister som oppstod som følge av misforståelser av regelverket ville dermed bli løst effektivt på et lavt konfliktnivå.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har egen forskrift³⁶ som trådte i kraft 1. januar 2003. Klagenemnda er et rådgivende organ og avsier dermed ikke bindende avgjørelser, jfr klagenemndas forskrift §1. Det oppstilles en plikt for innklagede til å delta i klagebehandlingen etter §2, uten at det oppstilles noen rettsvirkning av brudd på

³¹ Rådskdirektiv 89/665/EØF og Rådskdirektiv 92/13/EØF for henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektor. Rådskdirektiv 92/13/EØF var riktignok ikke trådt i kraft ved vedtakelsen av den gamle anskaffelseslov, men ble lagt til grunn for det norske regelverket, se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) pkt. 4.2.6. Direktivet trådte i kraft 1. januar 1993.

³² Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) pkt. 5.4.1

³³ Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr.6

³⁴ Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) pkt. 5.4.1 s.14

³⁵ Se Ot.prp.nr.3 (2000-2001) pkt. 4.3

³⁶ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser fastsatt ved kongelig resolusjon 15. november 2002 med hjemmel i LOA §7a.

denne bestemmelsen. Dette er nok bevisst da det er ønskelig at konfliktnivået holdes lavt og en slik motvillighet til å delta i klageprosessen antakelig fordrer en høyere temperatur mellom partene. Forskriften angir også kriterier for hva som kan klages inn og hvem som har klageinteresse i §6. Bestemmelsen har også en klagefrist på seks måneder etter at kontrakt ble inngått mellom oppdragsgiver og leverandør.

Nemnda kan avsi rådgivende uttalelser om LOA og forskrifter gitt i medhold av LOA, jfr KOFA-forskriften §1. Dette innebærer at forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften er omfattet. Norsk petroleumsvirksomhet hører derfor under KOFA's virkeområde.

2.2 Prosessforutsetninger for behandling ved KOFA og domstolene

Tvister som blir tatt opp til realitetsbehandling ved norske domstoler må tilfredsstille visse minimumskrav. Disse kravene kalles prosessforutsetninger. Det kan være krav til tvistens art, partenes forutsetninger, tidligere behandling eller geografisk tilhørighet. Dersom disse forutsetningene ikke er oppfylt i den enkelte sak, kan saken avvises fra behandling. KOFA er ingen domstol etter domstoloven³⁷, jfr domstoloven §§1 og 2. Det gjelder likevel visse forutsetninger for at en sak kan tas opp til avgjørelse hos KOFA.

For det første er det krav til *hvilke* saker KOFA kan uttale seg om. Dette følger av KOFA-forskriften §6 som gjelder klagegjenstanden og klageinteresse. Med klagegjenstand menes ”unntatelser, handlinger eller beslutninger” som hører inn under LOA eller forskrift gitt i medhold av loven. Dette innebærer at alle oppdragsgivere som er pliktige til å følge regelverket om offentlige anskaffelser kan klages inn. Men det ligger i §6's utforming at det må foreligge et brudd på regelverket. Det at myndighetene tildeler Statoil rollen som operatør kan med andre ord ikke klages inn for KOFA. Selv om den enkelte leverandør skulle ha noe å utsette på Statoils rolle som operatør, så forligger det ikke en ”beslutning” som rammes av LOA. Her er det myndighetene

³⁷ Lov om domstolene av 13. august 1915 nr.5 (Domstoloven)

gjennom sin adgang til å utpeke operatør som står for beslutningen. Departementet myndighet til å utpeke omfattes ikke av LOA. Derfor kan saken avvises fra KOFA med den begrunnelse at saken ikke hører under det som er klagegjensstand.

Videre er det et krav om at innklager skal ha *klageinteresse*. Dette fremgår også av KOFA-forskriften §6. Det stilles krav til at innklager må ha ”saklig interesse” av å få prøvet om det er brudd på regelverket. Her reiser det seg spørsmål om hva som ligger i dette vilkåret. Det kan dras en parallell til tvistemållovens regler om ”rettslig interesse” i å få prøvet sin sak, jfr tvistemålloven §54. KOFA omfattes ikke av tvistemållovens regler men reglene er likevel av interesse. I hovedsak går kravet i tvistemålloven §54 ut på at innklager, leverandøren, må ha en nær nok tilknytning til saken. Dette medfører at det i anbudskonkurranser i petroleumssektoren bare er leverandører som er med eller har vært med i konkurransen, som kan dra saken inn for KOFA. Det er med andre ord de som er rettighetshavere etter LOA §4 og som har deltatt eller blitt avvist fra en anbudskonkurranse som kan få sin sak vurdert av KOFA.

Et problem som kan tenkes å oppstå, er tilfeller der en rettighetshaver til en utvinningstillatelse *samtidig* er leverandør og vil klage inn rettighetshavergruppen for brudd på anskaffelsesregelverket. Dette var delvis tilfellet i en avgjørelse fra KOFA av 5. februar 2004 (sak 2003/151). Her var Idemitsu Petroleum Norge AS (Idemitsu) rettighetshaver til en utvinningstillatelse. Idemitsu klaget inn rettighetshavergruppen ved operatøren Statoil ASA (Statoil) for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Styringskomiteen hadde besluttet å bruke Statoils allerede kontraherte rigger. KOFA kom til at det ikke forelå klagerett for Idemitsu. Som begrunnelse for dette la KOFA vekt på at KOFA-forskriften søker å beskytte leverandører. Siden Idemitsu var en del av rettighetshaverne kunne ikke en tvist *innad* i rettighetshavergruppen løses ved KOFA. Spørsmålet om det var begått brudd på anskaffelsesregelverket tok KOFA dermed ikke stilling til. Dette taler for at det bare er de som står på leverandørsiden som kan klage inn til KOFA.

Hvordan blir så kravet til klageinteresse løst dersom en som er rettighetshaver til en utvinningstillatelse *på samme tid* er leverandør og har blitt forbigått i anbudskonkurransen? Her gjør ikke de samme hensyn seg gjeldende som i tilfellet med Idemitsu. Dersom Idemitsu hadde vært leverandør av rigger, ville de vært beskyttet av

LOA sine bestemmelser. Det kan tenkes at Idemitsu hadde blitt nedstemt i styringskomiteen. Det ville vært en lite heldig løsning om en større deltaker i rettighetshavergruppen skulle kunne bryte regelverket for anskaffelser alene ved at de var med i rettighetshavergruppen. Hensyn til rettsenhet taler her for at Idemitsu i et slikt tilfelle har rettigheter på lik linje med andre leverandører, slik at KOFA kan prøve om det har blitt begått brudd på anskaffelsesregelverket.

Videre er det i KOFA-forskriften regler om behandling dersom tvisten verserer for en alminnelig domstol. I KOFA-forskriften §6 siste ledd kan ikke en klage tas opp til behandling dersom spørsmålet om det har vært begått brudd på anskaffelsesregelverket har vært *avgjort ved dom*. Dette er spørsmål om litispensens. Har en oppdragsgiver blitt frifunnet ved en domstol, skal ikke saken vurderes av KOFA. Utformingen av KOFA-forskriften §6 presiserer ikke om det er snakk om *rettskraftig* dom eller at det foreligger *avsagt dom som kan ankes*. Uansett vil nok ikke dette være et spesielt praktisk spørsmål siden KOFA skal være et tvisteløsningsorgan. KOFA er opprettet for å løse konflikter på et lavt nivå og dette vil ikke være tilfelle dersom det allerede er avsagt dom i en instans.

En annen mulighet er å gå til søksmål ved de alminnelige domstoler etter LOA §7. Det følger av bestemmelsen at det ikke skal foretas forliksmegling. Problemstillingen blir da om det er en prosessforutsetning for behandling ved de alminnelige domstoler at tvisten har vært til behandling hos KOFA. Etter §7 i forskriften er det formkrav til klagen. Det følger av forskriften for KOFA §6 siste ledd at saken ikke kan tas opp til behandling hos KOFA dersom det er avsagt dom i første instans. Men det utelukker ikke at oppdragsgiver kan stevnes for tingretten samtidig som han er innklaget til KOFA. I tilfeller der det er brudd på forsyningsforskriften er dette aktuelt der leverandør vil få dom for mulkt overfor en operatør. For den klassiske sektoren kan leverandør saksøke med påstand om tilsidesettelse av beslutninger fra oppdragsgivers side. Begge disse sanksjonene krever at leverandøren handler raskt for å oppnå sin rett. Det kan derfor være lurt å stevne samtidig for å forhindre at feilen blir opprettholdt. På den annen side er KOFA ment å være raske på å gi uttalelser, slik at en misforståelse blir brakt på det rene før saken blir behandlet av domstolene. Det er derfor ikke nødvendig for søksmål ved domstolene at tvisten har vært søkt løst av KOFA.

Videre er det ved de ordinære domstoler krav om tvungent vernetting. I forsyningsforskriften §40 skal tvister løses ved Stavanger Tingrett. Her fravikes altså tvistemållovens alminnelige bestemmelser om vernetting.

Ellers gjelder de alminnelige bestemmelser i tvistemålloven om behandling ved domstolene.

2.3 Hva er den prosessuelle forskjellen mellom klassisk sektor og forsyningssektoren?

For saker som klages inn for KOFA er det ingen prosessuelle forskjeller mellom klassisk sektor og forsyningssektor.

Klassisk sektor kan etter LOA §7 annet ledd nedlegge påstand om at retten setter til side en beslutning som er truffet av oppdragsgiver. Vilkåret er at kontrakt ikke er inngått når beslutningen settes til side. I praksis vil en oppdragsgiver bestemme seg for et av anbudene før det inngås kontrakt.

Spørsmålet blir da om det er tid nok mellom disse to tidspunkt. EF-kommisjonens dom av 28. oktober 1999³⁸, Alcatel-dommen, tolker håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor slik at det skal være et tidsintervall mellom den interne kontraktstildeling og den formelle kontraktsinngåelse. Dette omtales gjerne som karenstid. Domstolens tolkning av regelverket er i norsk rett søkt løst ved reglene i FOA §§10-3 og 17-3.

Bestemmelsene setter som vilkår at det skal være "rimelig tid" mellom meddelelse av beslutning om tildelelse av kontrakt og selve kontraktsinngåelsen. Hva som er "rimelig tid" er ikke entydig, men det må stilles krav om at de øvrige deltakerne i anbudskonkurransen skal ha en reell mulighet til å bli hørt og eventuelt benytte seg av LOA §§7 og 8.

For forsyningssektoren er det ikke adgang til å få satt beslutninger av oppdragsgiver til side. Det følger av LOA §7 annet ledd siste punktum. Det er heller ikke adgang til å

³⁸ EF-domstolens sak C 81/98

begjære midlertidig forføyning etter LOA §8. Grunnen til dette er at det i offshoresektoren kan påløpe betydelige tap for oppdragsgiver dersom det skulle åpnes for midlertidig forføyning eller tilsidesettelse av beslutninger tatt av oppdragsgiver.³⁹ Et slikt tap antas å kunne overstige et eventuelt senere erstatningskrav. Etter håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren er det fakultativt om medlemslandene vil innføre regler om midlertidig forføyning og tilsidesettelse, se Rådskdirektiv 92/13/EØF art 2 nr 1. Norge valgte derimot å innføre ordningen med mulkt, som skal fungere som pressmiddel for oppdragsgiver til å rette eventuelle feil.

³⁹ Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) pkt 5.4.3.

3 Materiell del

3.1 Innledning

I denne delen vil det bli drøftet i hvilken grad forskjellige rettssubjekter kan forfølge brudd på anskaffelsesregelverket i norsk petroleumsvirksomhet. Som sagt går petroleumsvirksomheten på norsk sokkel i retning av større og mer omfattende kontrakter. Dette medfører at leverandørene i større grad må ta på seg omfattende oppdrag. En slik praksis i bransjen fører til at det er færre leverandører som kan konkurrere om oppdragene. Oljeproduksjon er et fagfelt som krever høy kompetanse med kostbare tekniske løsninger. En leverandør er derfor avhengig av å få oppdrag jevnlig for å finansiere utvikling, slik at bedriften er konkurransedyktig. Det å ikke få kontrakter kan derfor være kritisk for en leverandør. Dersom det skulle være gjort feil i utvelgelsen av leverandør, er det derfor viktig at denne feilen blir rettet opp. Mange leverandører vil derimot ikke være ivrige etter å opplyse oppdragsgiver om at det har blitt begått feil i anskaffelsesprosessen. En slik holdning til oppdragsgiver vil kanskje bli oppfattet som negativ og forspille senere muligheter for oppdrag. Disse hensynene gjør seg spesielt gjeldende i petroleumbransjen, hvor antallet leverandører er relativt få og konsekvenser for den enkelte leverandør omfattende. En svartelisting vil kunne føre til at leverandøren i verste fall må legge ned sin virksomhet. På den annen side kan det tenkes at feilen som har blitt begått fra oppdragsgivers side ikke var bevisst, slik at det er til alles beste at regelverket blir belyst. Begge parter vil tjene på å ha et forutsigbart regelverk. Et effektivt system som tar opp disse hensyn er derfor en forutsetning. I det følgende drøftes de mulige rettsvirkninger. De to virkningene av brudd på regelverket som en leverandør kan benytte seg av er mulkt og erstatning.

3.1.1 De forskjellige kravshaverne

Operatør er oppdragsgiver i norsk petroleumsvirksomhet. Anskaffelsesregelverket er bygget opp slik at det er oppdragsgiver som er pliktsubjekt. Ut fra denne betraktning er derfor oppdragsgiver ikke noen kravshaver. Det kan derimot tenkes at oppdragsgiver kan ha et krav mot en leverandør på annet grunnlag. Dette kan være dersom en leverandør på en eller annen måte påfører oppdragsgiver økonomisk tap. Dersom det skulle finnes et ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng så kan oppdragsgiver ha et erstatningskrav overfor leverandør. Dette vil imidlertid ligge utenfor anskaffelsesregelverket og falle utenfor fremstillingen her.

Kravshaverne er dermed leverandører som deltar eller kan delta i en anbudskonkurranse, som er underlagt bestemmelsene i LOA og FF. Reglene om hva som skal til for å være med i gruppen som kan inngi anbud drøftes ikke nærmere her.

3.1.2 Kan leverandør identifiseres med oppdragsgiver?

Et problem som kan reises i forhold til anskaffelsesreglene er hvem som er pliktsubjekt. Siden det i dag er vanligere at operatøren setter bort oppdrag til hovedleverandører, kan det tenkes at leverandøren blir bundet av reglene. Spørsmålet kommer opp der leverandøren i realiteten gjør alle innkjøp for å oppfylle sin forpliktelse overfor oppdragsgiver. Det er oppdragsgiver som er pliktsubjekt etter forsyningsforskriften §3 og leverandøren omfattes ikke av anskaffelsesreglene. Det kan imidlertid spørres om ikke anskaffelser fra leverandørens side som i realiteten er bestemt av oppdragsgiver, må følge anskaffelsesreglene.⁴⁰ Det vil i den videre fremstilling forutsettes at identifikasjon ikke kan skje slik at leverandør bare kan ha krav overfor oppdragsgiver.

⁴⁰ For en nærmere drøftelse av identifikasjonsproblematikken, se Brannsten i MarLus 226 s.25 flg.

3.1.3 Hva kan rettighetshaverne kreve?

Det er i hovedsak tre hovedproblemstillinger under den materielle delen. For det *første* er det i hvilken utstrekning en leverandør kan kreve at et brudd på anskaffelsesreglene fra oppdragsgiver rettes opp. Tatt i betraktning betydningen av å få en slik kontrakt for en leverandør, er endring av oppdragsgivers handlemåte en god løsning. Dette kan enten skje ved at oppdragsgiver selv utlyser en ny runde eller velger en annen leverandør i tråd med regelverket. For det *andre* er det spørsmål om den som har blitt forbigått i konkurranse kan kreve erstatning. Dette kan være erstatning for utgifter i forbindelse med anbudsrunder eller for hele oppfyllelsesinteressen. *Og til slutt* er det et spørsmål om tildeling av kontrakt kan annulleres i sin helhet, dersom det har vært brudd på anskaffelsesreglene.

LOA §10 gir leverandører rett til å kreve erstatning dersom vilkårene for dette er oppfylt. Vilkårene for å kreve erstatning vil bli drøftet nærmere nedenfor. Etter LOA §8 annet ledd kan en oppdragsgiver bli ilagt mulkt. Mulkt skal for forsyningssektoren ilegges i stedet for midlertidig forføyning. Adgangen til å kreve en avgjørelse annullert etter LOA §7 gjelder *ikke* for forsyningssektoren. Dette medfører at en leverandør er henvist til å benytte seg av sanksjonene mulkt og erstatning. Det nærmere innhold blir drøftet nedenfor.

3.2 Mulkt

Hjemmelen for å ilegge mulkt i forsyningssektoren er LOA §8. Mulkt er en fremmed sanksjon i norsk privatrett. I kontraktspraksis er det ofte avtalt dagbøter ved forsinkelse, men dette må være avtalt mellom partene. Etter LOA §8 er det domstolene som skal ilegge mulkt som pressmiddel, slik at oppdragsgiver skal følge regelverket.

Vilkårene for å ilegge mulkt følger av LOA §8 annet ledd annet punktum:

”Dersom det er sannsynlig at bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven vil bli eller allerede er overtrådt, skal retten i stedet fastsette

en mulkt som saksøkte skal betale til statskassen dersom overtredelsen ikke bringes til opphør eller forhindres og kontrakt blir inngått.”

For det *første* følger det av dette at kontrakt ikke kan ha vært inngått. For det *andre* må leverandøren sannsynliggjøre at anskaffelsesregelverket er eller vil bli brutt. *Til slutt* skal en fastsatt mulkt bare betales dersom den begåtte feilen opprettholdes, eller den sannsynliggjorte feilen begås. Disse vilkår vil bli drøftet i det følgende.

3.2.1 Tidspunkt for fastsettelse av mulkt

Det første spørsmål er da om mulkt må *begjæres*. Etter LOA §8 skal mulkt ilegges ”i stedet” for midlertidig forføyning. Det følger av reglene om midlertidig forføyning at krav må fremstettes, jfr tvangfullbyrdelsesloven⁴¹ kap.15. Dette må også få anvendelse for mulkt siden det skal ilegges ”i stedet”, altså som et substitutt. Mulkt må derfor begjæres av den som mener det er eller kan bli begått brudd på anskaffelsesregelverket.

Det neste spørsmål som må avklares er *tidspunktet* for når retten kan pålegge en oppdragsgiver å betale mulkt. Det følger ikke direkte av bestemmelsen hva som er tidsintervallet for fastsettelse av slik mulkt. Etter LOA §8 annet ledd annet punktum skal retten ”i stedet” sette en mulkt. Uttrykket ”i stedet” må ses på som ”i stedet for midlertidig forføyning”. Tidspunktet for når midlertidig forføyning kan begjæres blir derfor relevant for illeggelse av mulkt.

Adgangen til å begjære midlertidig forføyning avskjæres av at ”kontrakt er inngått”, jfr LOA §8 første ledd. Med ”kontrakt er inngått” siktes det i forarbeidene til kontraktsinngåelse etter avtalerettslige regler. I forarbeidene til LOA⁴² er det uttrykt at et ubetinget krav til skriftlighet ville være uheldig, slik at muntlige avtaler i prinsippet også omfattes. Etter FF §1 første ledd bokstav e er likevel definisjonen av varekontrakter, bygge- og anleggskontrakter og kontrakter om tjenestekjøp omtalt som kontrakter som inngås skriftlig. Dette er også tilfellet med fristberegningene i FF §§21 og 31 som oppstiller krav til kunngjøring. Ved å tolke LOA §8 første ledd slik at den

⁴¹ Lov om tvangfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr.86 (Tvangfullbyrdelsesloven)

⁴² Ot.prp.nr.97 (1997-1998) pkt. 13

også gjelder muntlige avtaler kan regelverket lett omgås. Her vil en oppdragsgiver kunne slippe unna midlertidig forføyning ved å vise til at det er inngått muntlig avtale. Leverandør vil i så fall ikke ha noen reell mulighet for å presse oppdragsgiver til å rette opp en feil. Det følger av FF §31 at oppdragsgiver har en rett til å endre sin beslutning om å tildele kontrakt. Med dette menes også her inngåelse av skriftlig kontrakt. En tolkning av LOA §8 første ledd slik at muntlige avtaler avskjærer midlertidig forføyning undergraver derfor leverandørens rett etter FF §§21 og 31 siden muntlige avtaler kan ha vært inngått allerede ved selve varslingen. En tolkning av LOA §8 første ledd som medfører at det er et skriftlighetskrav som gjelder, er derfor den beste løsning. Hvis ikke vil det være uoverensstemmelse mellom lov og forskrift, slik at forskriften er strengere enn lov.

I tillegg kommer EF-domstolens avgjørelse i den ovennevnte Alcatel-saken. Dommen tolker inn en karenstid mellom beslutning om tildeling av kontrakt og selve kontraktinngåelsen. Reglene i FF §§21 og 31 ble endret for å tilfredsstille kravene som utledes av denne dommen. Kravet til skriftlighet ble ansett som nødvendig for å få en tilstrekkelig lang karenstid. Etter avtalerettslige regler kunne avtale anses sluttet ved meddelelsen til leverandøren som ville bli valgt. Dette er forhindre med den nye FF §31.

Spørsmålet blir så om skriftlighetskravet også gjelder for mulktordningen. Selv om det ikke fremgår av bestemmelsen direkte, så er det mye som taler for å legge samme tidspunkt til grunn for mulkt som midlertidig forføyning. Helheten i LOA §8 taler for at dette er en riktig tolkning. Det følger av §8 annet ledd at det skal idømmes mulkt ”i stedet” for midlertidig forføyning. Bestemmelsen får med dette en lik beregning med hensyn til tidspunkt for begge sanksjonene mot oppdragsgiver. Dette samsvarer også med domstollenes plikt til å ilegge mulkt ex officio, se nedenfor under punkt 3.2.3.

Etter FF §3 annet ledd gir oppdragsgivere som driver med leting eller utvinning av olje eller gass anledning til å benytte seg av alternativ anskaffelsesprosedyre i forskriftens kapittel VI. Dette kapitlet oppstiller bare generelle føringer på hvordan anskaffelsesprosedyren skal være. Dette medfører at skriftlighetskravet i FF §§21 og 31 ikke får anvendelse dersom fremgangsmåten etter reglene i kapittel VI velges. Får dette

konsekvenser for avskjæring av mulktileggelse etter LOA §8 for de oppdragsgivere som velger alternativ prosedyre?

Det er i forarbeidene sagt uttrykkelig at det ikke er ment å være et krav til skriftlighet etter §8.⁴³ Lovgiver har uttalt seg spesielt om dette spørsmålet knyttet til LOA §8. Dette taler for å legge lovgivers vilje til grunn. Videre er den alternative prosedyre en form for unntak fra reglene i forsyningssektoren. Det er ingen krav til karenperiode i FF kapittel VI. Dette taler for at det er de nasjonale regler om avtaleinngåelse som bør følges. På den annen side er forskriftene gitt et nytt innhold for å være i tråd med EF-direktivene om forsyningssektoren. Etter FF §38 skal det ved valg av alternativ prosedyre uansett være et krav til ikke-diskriminerende konkurranse, objektive prosedyrer og kriterier. Dette medfører at det uansett er krav til prosessen. Alcatel-dommen kan derfor sies å gi et sterkere vern til alle som måtte delta i denne konkurransen. For å skape et helhetlig regelsett er en tolkning som innebærer et krav om skriftlighet ved kontraktsinngåelsen den beste løsning. Dette vil gjøre det mer forutberegnlig for leverandører som inngir tilbud. Det er ikke alltid en leverandør er klar over at valg av anskaffelsesprosedyre fra oppdragsgiver medfører at muligheten til å få ilagt oppdragsgiver mulkt blir redusert. En ordning der muntlige avtaler antas å være i overensstemmelse med LOA §8 ved valg av alternativ anskaffelsesprosedyre, vil i så fall føre til en undergraving av mulktordningen. Dette kan ikke være tilfelle og norsk avtalerett må anses tilsidesatt ved Alcatel-avgjørelsen. Det er et krav til varsling før skriftlig avtale inngås.

3.2.2 Vilåret om overtredelse av regelverket

Det neste vilkår i LOA §8 er at en av bestemmelsene i LOA eller FF "vil bli eller er allerede overtrådt". Retten kan med andre ord ilegge oppdragsgiver mulkt selv om en overtredelse av regelverket ikke har skjedd.

Spørsmålet blir da hvor høy grad av sannsynlighet som må til før retten kan ilegge mulkt. Loven selv angir at det må være "sannsynlig" at en overtredelse skal skje. Her vil

⁴³ Se Ot.prp.nr.71 (1997-1998) kap.13

bevisbyrden ligge på leverandøren.⁴⁴ Etter en vanlig språklig forståelse er det sannsynlighetsovervekt. Det er imidlertid ikke nødvendigvis dette som er ment ved utformingen av bestemmelsen. Verken forarbeidene til den nye eller gamle anskaffelseslov gir noe svar på hva som er ment som beviskrav. Det å forhindre at et fremtidig brudd vil skje, kan best sannsynliggjøres ved å se på tidligere praksis fra oppdragsgiver. Det kan tenkes at en oppdragsgiver flere ganger tidligere har brutt regelverket. Det må være tilstrekkelig at slik adferd påvises av leverandør. Hvis ikke vil bestemmelsen oppfattes som meget streng overfor leverandøren. Det følger uansett av LOA §8 annet ledd siste punktum at slik mulkt ikke skal betales dersom det ikke ble begått brudd på regelverket. Således er det ikke nødvendig med en sannsynlighetsovervekt for å ilegge mulkt. Formålet med bestemmelsen oppnås ved at oppdragsgiver ikke bryter regelverket for anskaffelser.

Et annet alternativ er å sannsynliggjøre at brudd på anskaffelsesregelverket allerede har skjedd. Her kan det også bli vanskeligere å sannsynliggjøre. Det er oppdragsgiver som sitter på dokumentene og innsyn kan bli vanskelig. Men siden det er prinsipp om at anbud skal være en åpen konkurranse på like vilkår, bør leverandøren ha en reell mulighet til å få sannsynliggjort at brudd har skjedd. Her, som i tilfellet med antesipert brudd på regelverket, er det slik at plikten til å betale mulkten bortfaller dersom det ikke har foreligget brudd. Tatt i betraktning den vanskelige situasjonen leverandøren er i ved å måtte fremskaffe bevis for at det har skjedd brudd, burde terskelen for retten til å fastsette mulkt være relativt lav.

3.2.3 Løpende mulkt eller en fastsatt sum?

Videre er det et spørsmål om det skal ilegges en løpende mulkt eller om mulkten skal settes til ett bestemt beløp. Selv om det ikke sies eksplisitt i bestemmelsen, er en vanlig fortolkning at det er snakk om et engangsbeløp. Dette følger naturlig av LOA §8 siste ledd tredje punktum der det angis hvor stor mulkten skal være. Mulkten skal settes "så stor at den er egnet til å hindre at saksøkte begår eller opprettholder overtredelsen". Den motsatte løsning ville vært vanskelig å beregne for domstolene, siden det ikke er sikkert

⁴⁴ Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) s. 27

hvor lang tid det er til kontraktsinngåelse. Man måtte i så tilfelle sette en dagmulkt som fikk den nødvendige effekt etter forholdsvis kort tid. Mulkten kan derimot i så fall bli urimelig stor dersom feilen opprettholdes over lang tid, og oppdragsgiver ender opp med å betale. Et så kraftig virkemiddel synes ikke mulkt forutsatt å være. Etter forarbeidene til LOA⁴⁵ er noe av bakgrunnen for å velge mulkt hensynet til de høye kostnader som var forbundet med å tillate midlertidig forføyning. Det resultat som dagmulkt vil kunne føre til samt ordlyden i bestemmelsen taler for at mulkten er ment som et engangsbeløp.

Domstolene skal ved en skjønnsmessig avgjørelse sette mulkten slik at den er en trussel dersom oppdragsgiver ikke retter feilen. Dette er også forutsatt i forarbeidene til den gamle anskaffelsesloven.⁴⁶ De skjønnsmessige elementer vil her typisk være størrelse på kontrakten og virkning for oppdragsgiver, men også andre momenter kan komme inn.

3.2.4 Har domstolene en plikt til å ilegge mulkt?

En annen problemstilling er om domstolene har en plikt til å idømme mulkt dersom en leverandør innen forsyningssektoren begjærer midlertidig forføyning. Altså en plikt til å ilegge mulkt ex officio. Dette følger i så fall av uttrykket ”i stedet” i LOA §8 annet ledd annet punktum. Det som taler imot en slik forståelse er at leverandøren får en tilfeldig fordel ved denne regelen. At han også har bedt om en annen sanksjon peker i retning av dette. En normal språklig forståelse av dette vil derimot være at domstolene har en slik plikt. Det at en leverandør innen forsyningssektoren ikke er klar over at han er avskåret fra å begjære midlertidig forføyning, kan i mange tilfelle ikke holdes mot ham. Leverandørens ønske er normalt å få oppdragsgiver til å foreta en korrekt avgjørelse. Dette oppnår han ved at domstolene idømmer oppdragsgiver mulkt i stedet for en midlertidig forføyning. Mulkt er ment å presse oppdragsgiver til å rette opp eventuelle feil begått i anskaffelsesprosessen og dette blir ivaretatt ved en slik tolkning. I tillegg kommer at loven selv bruker uttrykket ”skal” i LOA §8 annet ledd annet punktum.

⁴⁵ Ot.prp.nr.97 (1991-1992) nederst på s. 16.

⁴⁶ Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) s.27

Samlet sett taler dette for at domstolen har en plikt til å idømme mulkt der det blir begjært midlertidig forføyning innen forsyningssektoren.

3.2.5 Noen spørsmål knyttet til alternativ prosedyre i FF kapittel VI

Selv om en oppdragsgiver i olje- og gassektoren kan velge alternativ prosedyre, så er han ikke fri fra regelverket om offentlige anskaffelser. Lov om offentlige anskaffelser får fortsatt anvendelse på anskaffelser foretatt etter alternativ prosedyre. Det er bare fremgangsmåten som blir annerledes. Dette medfører at de grunnleggende krav til prosessen i LOA §5 også får anvendelse.

3.3 Erstatning

Etter LOA §10 kan det kreves erstatning dersom loven eller forskrift er brutt.⁴⁷ Bestemmelsen har sin bakgrunn i håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF og 92/13/EØF, som begge setter krav om at det ved overtredelse av direktivene skal svares erstatning. Etter den gamle anskaffelsesloven var erstatningsbestemmelsen for forsyningssektoren utformet slik at kostnader ved å utarbeide tilbud ble dekket. For klassisk sektor kunne leverandørene kreve erstatning etter alminnelig erstatningsregler.⁴⁸ Adgangen til å kreve erstatning i forsyningssektoren var altså etter lovteksten begrenset til utgiftene forbundet med å utarbeide et forgjeves tilbud. Ved den nye LOA §10 er det ikke satt en slik begrensning i adgangen til å kreve erstatning. Det var etter den gamle erstatningsbestemmelsen i §6 usikkerhet rundt spørsmålet om det etter norsk rett var adgang til å kreve mer enn det som fremgikk av bestemmelsen. Den gamle §6 var en oversettning av Rådsdirektiv 92/13/EØF artikkel 2 nr.7. Etter forarbeidene i Ot.prp.nr.97 (1991-1992) synes det ikke å være noe begrunnelse for dette valget. Simonsen⁴⁹ setter spørsmålsteget ved utformingen av den gamle erstatningsbestemmelsen. Han konkluderer med at EU-direktivets krav om bevislettelse

⁴⁷ For en omfattende drøftelse av erstatning i tilbudstilfellene vises til Simonsen; Prekontraktuell ansvar, 1997.

⁴⁸ Se Ot.prp.nr.97 (1991-1992) s.27

⁴⁹ Simonsen s.849 kapittel 4.2

for den som søker erstatning for omkostninger i forbindelse med utarbeidelse av et anbud, ikke er ivare tatt ved den gamle norske bestemmelsen. Direktivet setter ikke noen begrensning i adgangen til å søke erstatning, men lemper beviskravet for den som søker erstatning for den negative kontraktsinteresse. Dette drøftes nedenfor under årsakssammenheng. Etter den norske regel var det i tillegg satt en bevisbegrensning ved at det bare kunne søkes erstatning dersom leverandøren hadde en reell mulighet til å få kontrakten. Dette er ikke meningen med utformingen av reglene i direktivet, og den norske regel var derfor strengere enn det som fremgikk av direktivet. Bestemmelsen er fjernet i LOA, og erstatning er nå ment å følge alminnelig erstatningsrett både for forsyningssektoren og klassisk sektor.

Det følger ikke av LOA §10 hva som er de nærmere vilkår for å få erstatning. Det følger derimot av forarbeidene⁵⁰ at det skal gis erstatning etter ulovfestede regler. Den erstatningen som følger av alminnelig erstatningsrett skal legges til grunn. For å oppnå slik erstatning i Norge er det tre vilkår som alle må være oppfylt; for det *første* må det påvises et økonomisk tap. Leverandøren må kunne påvise at han faktisk har tapt penger. For det *andre* må det være et ansvarsgrunnlag. I dette ligger det at det må hvile et ansvar på oppdragsgiver. Bruddet på anskaffelsesregelverket må ligge innenfor det oppdragsgiver er bundet av. For det *tredje* må det være påregnelig årsakssammenheng mellom tapet til leverandøren og den handling som oppdragsgiver er ansvarlig for. Sagt med andre ord må det være tilstrekkelig nærhet mellom den skadegjørende handling og tapet, slik at tapet ikke er en unaturlig følge.

Krüger⁵¹ oppstiller også et krav til at det må dreie seg om en interesse som må være *vernet*.⁵² Den som søker å få erstatning må befinne seg på et område som er beskyttet gjennom regler. De som deltar i en anbudskonkurranse anses å være vernet gjennom en bransjes forventning om et ryddig konkurransemiljø. Uttalelsen til Krüger nevner offentlige leveranser, slik at petroleumssektoren er omfattet. Dette vilkåret er derfor

⁵⁰ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) kap.13

⁵¹ Kai Krüger "Om forbigått anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse - fra "Firesafe" 1997 til "Nucleus" 2001" i Jussens Venner nr. 5-6/2001

⁵² Krüger på side 287.

oppfylt for de problemstillingene som blir drøftet her, og trenger ingen nærmere drøftelse.

Dersom vilkårene for erstatning foreligger, så må størrelsen utmåles. Dette gjøres også skjønnsmessig av retten. Mange faktorer kan komme inn og påvirke størrelsen i den ene eller annen retning. Denne vurderingen foretas sammen med årsakssammenheng nedenfor og under drøftelsen av den forbigåtte anbyders krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Fremstillingen her vil først kort gå igjennom de forskjellige vilkårene. Det vil bli lagt mest vekt på årsakssammenheng da det er her rettstilstanden har utviklet seg mest de senere år. Sondringen mellom såkalt positiv og negativ kontraktsinteresse vil bli behandlet nærmere. Deretter vil den enkelte aktørs mulighet for å oppnå erstatning i de enkelte tilfellene bli drøftet.

Drøftelsen tar for seg avgjørelser i anskaffelsesbransjen generelt. Siden erstatningsspørsmålet skal løses etter alminnelig erstatningsrett, er avgjørelser og teori som ikke direkte omhandler petroleumsvirksomheten relevant. Der det reiser seg særlige spørsmål knyttet til petroleumsvirksomheten vil dette bli tatt opp. Et av disse er også her spørsmålet om alternativ prosedyre, som blir drøftet nærmere nedenfor.

Videre har det i rettspraksis vært reist spørsmål om erstatningens *størrelse*. Spesielt ved tilkjenning av den positive kontraktsinteresse har dette kommet opp. Spørsmålet er berørt i Nucleus-dommen og dommen i Rt. 2001 side 1288 (PEAB). PEAB-dommen gjaldt riktignok positiv kontraktsinteresse for uberettiget heving, men berørte spørsmålet. Erstatning ble redusert med over halvparten av kravet. Problemene som knytter seg til den nærmere utmåling av erstatningen er mange og for omfattende for denne avhandlingen. Utmåling faller derfor utenfor fremstillingen her.

3.3.1 Kravet til ansvarsgrunnlag

Det første vilkår for å oppnå erstatning er at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Det følger av LOA §10 at det

”Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning [...].”

Dette er utgangspunktet for vurderingen av ansvarsgrunnlaget. Bestemmelsen i LOA §10 gjelder også for erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i norsk petroleumsvirksomhet. I norsk privatrett pleier man å gruppere de forskjellige ansvarsgrunnlag etter hvor strengt det oppfattes. Eksempler er culpa, kontrollansvaret, arbeidsgiveransvaret og objektive ansvar. Det objektive ansvaret er det strengeste for oppdragsgiver og culpa det alminnelige ansvarsgrunnlag med krav til bebreidelse. Det rene objektive ansvar krever ikke at noen kan bebreides, den som er ansvarlig er ansvarlig for alle handlinger som medfører brudd på regelverket uavhengig av årsak.

Det spesielle med anskaffelsesreglene er at de regulerer en prosess som skal lede frem til en kontraktsinngåelse. De krav til handlemåte som settes til oppdragsgivers adferd utgjør i seg selv derfor ikke handlemåten *i kontrakt*. Bruddet på for eksempel forsyningsforskriften eller lov om offentlige anskaffelser utgjør derfor en form for tillitsbrudd overfor de leverandørene som konkurrerer om å få kontrakten. Dette bruddet kan rette seg mot en spesiell eller samtlige anbydere. Det er her snakk om et brudd på et *prekontraktuelt* tidspunkt. Det ansvarsgrunnlag som pålegges i disse tilfellene er en form for culpa-ansvar og kalles culpa in contrahendo; skyld ved kontraktsinngåelsen. Simonsen påpeker i kapittel III⁵³ at culpa in contrahendo utgjør en gruppe av ansvarsgrunnlag som ikke lett lar seg forene. De har den samme ytre karakteristikk fordi de alle kan pålegge ansvar i fasen for slutting av kontrakt. Anbudskonkurranser har den egenart at man ikke har kommet i gang med slutting av avtale. Det er ikke snakk om skyld ved avtaleinngåelsen for en avtale som er gyldig eller ugyldig. Ansvarsgrunnlaget blir da mer presist culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering. Partene har ved en

⁵³ Simonsen s.152

anbudsrunde ikke kommet nærmere en avtaleslutning. Det spørsmålet må i så fall reguleres ut fra reglene om det er sluttet bindende gyldig avtale eller ikke.

Problemstillingen blir da om det skal svares erstatning for ethvert brudd på lov om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften.

Etter Ot.prp.nr.71 (1997-1998) kapittel 13 er det fra departementets side som nevnt gitt uttrykk for at bagatellmessige feil ikke skal gi grunnlag for erstatning. Dragsten⁵⁴ er også av denne oppfatning. Ansvarsgrunnlaget er dermed ikke rent objektivt. Det kreves at feilen er ”vesentlig”. Hva som ligger i ”vesentlig” er ikke nærmere behandlet, det overlates til domstolene å avgjøre i den enkelte sak. Det typiske ved en anbudskonkurranse er at den som ikke får kontrakten krever erstatning dersom det har vært begått feil fra oppdragsgivers side. Det som blir ansvarsgrunnlaget er da culpa in contrahendo for mislykket kontrahering. Alle brudd på regelverket fører derfor ikke til erstatning. Graden av hvilke brudd som utgjør ansvarsgrunnlaget drøftes nærmere under negativ og positiv kontraktsinteresse.

3.3.2 Kravet til økonomisk tap

Det er videre et krav at det er oppstått et økonomisk tap. I dette ligger at leverandøren må ha tapt penger på feilen som oppdragsgiver har begått.

Et økonomisk tap i prekontraktuelle forhold har et særpreg sammenliknet med økonomisk tap i kontrakt. Ved et kontraktsbrudd kan handlig fra kreditors (oppdragsgiver) side påføre debitor (leverandøren) tap. Det kan tenkes at spesifikasjonene for byggeoppdrag endres, slik at dette utgjør en stor utgiftspost for debitor. I et slikt tilfelle vil debitor ha et tap i form av påførte merutgifter. Ved et prekontraktuelt brudd vil dette tapet ikke alltid være like lett å påvise. Leverandøren har handlet etter nærmere spesifikasjoner fra oppdragsgiver i håp om å få en kontrakt. Dersom han ikke får kontrakten, noe som skjer hele tiden, vil det økonomiske tapet ikke synes på samme måte som om kontrakt allerede var inngått. Tapet kommer an på hvordan oppdragsgiver har oppført seg. Har anbudet blitt forkastet rettmessig har

⁵⁴ Dragsten, Marianne; Lov om offentlige anskaffelser, kommentarutgave, 2005 på side 313.

riktignok leverandøren hatt utgifter med å utarbeide anbudet, men han har ikke krav på å få dekket tapet.

Å påvise at det er tapt penger i anbudskonkurranse har flere sider. For de tilfellene der det er en anbyder som føler seg forbigått, utgjør tapet selve kontraktstildelingen. Det oppstår et tap ved at kontrakten ikke blir tildelt ham. I norsk petroleumsvirksomhet er det ofte store kontrakter som blir tildelt. Leverandørene regner inn fortjenesten ved utarbeidelsen av sitt anbud. Hensynene som står mot hverandre her er å få det beste anbud samtidig som den skal gi en viss profitt. Unntak ved utmåling kan her tenkes der en kontrakt viser seg å være tapsbringende. Spørsmålet om utmåling faller som nevnt utenfor fremstillingen her.

En annen side er å få erstattet utgifter forbundet med å delta i anbudskonkurransen. Dersom en leverandør har blitt invitert med i en konkurranse han aldri hadde mulighet til å vinne, kan det tenkes at tapet er selve utarbeidelsen av anbudet. Utarbeidelsen av anbud er en kostbar affære og leverandører er avhengig av å få oppdrag for å dekke inn denne utgiftsposten. Dersom oppdragsgiveren hadde forhåndsbestemt seg for å velge en annen leverandør, blir tapet utgiftene ved å inngi anbud.

Størrelsen på erstatningen avhenger av om det gis erstatning for påførte utgifter eller tap av hele kontrakten, positiv eller negativ kontraktsinteresse.

3.3.3 Kravet til årsakssammenheng

I sin rene form er kravet til årsakssammenheng ment å sikre at det er en sammenheng mellom den skadegjørende handling/unnløstelse og det tapet som oppstår. Dette kan eksemplifiseres med at en oppdragsgiver setter et prosjekt ut på anbud, men samtidig forhandler underhånden med en annen leverandør som hele tiden er tiltenkt oppdraget. Tapet, enten det er utgifter til utarbeidelse av anbud eller nettofortjenesten av å få oppdraget, har klar årsakssammenheng med det å forhandle i hemmelighet. Det er oppdragsgivers utlysning av anbudskonkurranse som skaper kostnader i form av utarbeidelse av anbud for leverandørene. Dette i en forventning om å få kontrakten.

I kravet om årsakssammenheng sonderer man i kontraktsretten mellom positiv og negativ kontraktsinteresse⁵⁵. Vanligvis er det en forutsetning at kontrakt allerede er inngått. Dersom det er inngått bindende avtale mellom debitor og kreditor kan brudd på avtalen fra en av partenes side utløse et erstatningskrav fra den annen part. Denne sondringen anvendes også ved utmåling av erstatning i anbudstilfellene i petroleumsvirksomheten. Det spesielle også her er at bindende kontrakt ikke er inngått. Det er leverandørens tillit til konkurransen som ligger i bunn for erstatningskravet. Utmålingsmekanismen har likevel overføringsverdi. Dette følger av rettspraksis som drøftet nedenfor.

Den positive kontraktsinteresse, også kjent som erstatning for oppfyllelsesinteressen, er enkelt sagt nettofortjenesten. Det betyr at en som tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse blir stilt som om han hadde fått kontrakten. Siden det som regel er økonomisk fordelaktig å få kontrakter, er det beregning av den økonomiske gevinsten det her er snakk om.

Negativ kontraktsinteresse skal dekke en leverandørs utgifter med å ha deltatt i konkurransen. Det skal med andre ord svares erstatning slik at leverandøren stilles som om kontrakt var uaktuelt i utgangspunktet. Dersom en leverandør blir invitert med i en anbudskonkurranse som han aldri hadde noen reell mulighet til å vinne, kan det tenkes at han har krav på å få dekket sine egne omkostninger i forbindelse med utarbeiding av anbud. Sondringen mellom positiv og negativ kontraktsinteresse medfører at de krav som måtte ligge under den negative interesse ikke kan anføres under den positive.⁵⁶ Dette fordi årsakssammenhengen er ulik for de to beregninger. Positiv kontraktsinteresse måles opp mot tillit til oppdragsgiver, mens negativ måles mot brudd på anskaffelsesregelverket.

Det reiser seg spørsmål om det er anledning til å få dekket den ikke-økonomiske siden av en kontrakt. Som nevnt i innledningen vil det i norsk petroleumsindustri være mange aspekter ved å få tildelt en kontrakt. Kompetanse på ny teknologi som følger av kontrakten og andre goder som følger med et oppdrag i petroleumsvirksomheten, antas ikke å kunne erstattes gjennom beregning av den positive kontraktsinteressen. Det er

⁵⁵ Se Viggo Hagstrøm "Obligasjonsrett", 2003, s.520

⁵⁶ Se Hagstrøm s. 522

også spørsmål omkring den ulempe en kontrakt eventuelt hadde hatt for leverandør, skal komme til fratrukk i beregningen av den positive kontraktsinteresse. Videre kan det tenkes at den som først fikk kontrakten kan ha et erstatningskrav mot oppdragsgiver. Leverandøren kan i en periode ha levd i den tro at kontrakten var sikret. Et eventuelt krav fra en forbigått leverandørs underleverandører kan også tenkes. Disse spørsmål er kompliserte og ligger utenfor drøftelsen som foretas her. Dels fordi de sentrale spørsmål som har vært oppe for Høyesterett de senere år omhandler den forbigåtte leverandørs erstatningskrav der leverandøren ikke fikk kontrakten i utgangspunktet, og dels av plasshensyn. Det spørsmålet som vil bli behandlet her er, om det er *adgang* og de nærmere *vilkår* for å få dekket den negative eller positive kontraktsinteresse. Den konkrete utmåling vil ikke bli behandlet.

3.3.4 Spesielt om alternativ prosedyre for olje- og gassektoren

Olje- og gassektoren kan som nevnt velge alternativ prosedyre for anskaffelser. Erstatning utmåles etter en nærmere vurdering av hvorledes anskaffelsesprosessen har forløpt. Det er derfor av betydning hvordan oppdragsgiver har handlet i strid med regelverket. Det materielle innholdet av alternativ prosedyre er mer uklart enn reglene ellers i forsyningsforskriften. Spørsmålet blir så om det er lettere for en oppdragsgiver å slippe erstatningskrav dersom alternativ prosedyre velges.

Reglene for alternativ prosedyre følger av forsyningsforskriften kapittel VI. Reglene om erstatning følger av loven. Dette medfører at den generelle regel om erstatning etter LOA §10 gjelder selv om alternativ fremgangsmåten er valgt. Det stilles i FF §38 visse krav gjennom generelle prinsipper til en oppdragsgiver, uansett om han velger alternativ prosedyre. Disse prinsippene gjenspeiler i stor grad mange av de regler om fremgangsmåten som følger av forskriften ellers. Et unntak er regelen i FF §§21 og 31 om varslings ved tildeling av kontrakt. Etter den tidligere nevnte Alcatel-avgjørelsen blir således spørsmålet om denne avgjørelsen har virkning utover forsyningsforskriftens generelle del. Til dette kan det bemerkes at det ikke er tatt inn i forskriften en bestemmelse om karenstid for olje- og gassektoren samtidig som FF §§21 og 31 ble endret. Dette kan tyde på et bevisst valg fra myndighetenes side om ikke å la denne karenstiden gjelde for alternativ prosedyre. Det foreligger ikke noe avgjørelse etter

norsk rett på dette spørsmålet, og rettstilstanden må derfor sies å være uklar. En eventuell betydning for erstatningsutmålingen er derfor usikker. Dersom det tolkes inn et slikt krav er det ikke sikkert at skaden blir større uansett. Et krav om karenstid må i så fall henge sammen med en adgang til å endre tildeling, uten at det medfører erstatningskrav fra den leverandør som først ble tildelt kontrakten, jfr FF §31 fjerde ledd. Hvis ikke ville alternativ prosedyre pålegge oppdragsgiver et strengere ansvar enn forskriften ellers. Oppdragsgiver kunne med dette få avtalerettslige problemer med å være bundet til å oppfylle to kontrakter samtidig.

Uansett vil grunnstrukturen for å søke erstatning i anbudstilfellene være lik ved forsyningsforskriften generelt eller alternativ prosedyre. Forskjellen vil ligge i fastleggningen av ansvarsgrunnlaget. Dersom alternativ prosedyre er valgt, vil det uansett være ulovfestede regler om grunnprinsipper i anbudskonkurranser og krav til "fair play". Dette hensynet ble understreket av førstevoterende i Rt. 1997 s.574 (Firesafe) på side 577.

3.3.5 Erstatning for den negative kontraktsinteresse for den forbigåtte anbyder

Det er alminnelig antatt at den negative kontraktsinteresse kan dekkes etter norsk rett. Som nevnt over var den gamle bestemmelsen utformet på en måte som antakelig ikke var i tråd med forpliktelsene etter håndhevelsesdirektivet. Men det er i dag klart at det skal klart kunne svares erstatning for det tap som en anbyder har lidt ved å ha tillitt til oppdragsgiver.

Den første problemstillingen blir hva som ligger i *ansvarsgrunnlaget* for at det skal svares erstatning etter den negative kontraktsinteresse.

Ut fra Firesafe-dommen er det lagt grunnlag for at alle leverandører som deltar i en anbudskonkurranse kan kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Førstevoterende drøfter spørsmålet på et generelt plan. Det første vilkår for ansvarsgrunnlaget synes å være at det må være "klare feil".⁵⁷ I det aktuelle tilfellet var

⁵⁷ Se dommen nederst på side 577.

dette vilkåret oppfylt ved at kommunen hadde gitt Firesafe dispensasjon fra kravet om lærlingeordning. Hva som ligger i ”klare feil” er ikke nærmere presisert. Det var imidlertid i Firesafe-dommen nok til å konstatere klar feil ved at anbudsgrunnlaget var brutt. Søksmålet gjaldt de øvrige leverandørers rett til erstatning fordi Firesafe hadde fått kontakten på andre vilkår enn det som fremgikk av anbudsgrunnlaget. Det var i anbudsgrunnlaget satt som forutsetning at selskap som deltok i konkurransen skulle ha lærlingeordning. Dersom de ikke hadde dette ville ikke anbudet bli antatt. Likevel valgte oppdragsgiver å tildele kontrakten til selskapet Firesafe som ikke hadde slik ordning. Dette var nok til at det forelå ansvarsgrunnlag.

Det kan så spørres om ethvert brudd på anbudsreglene fører til at vilkåret om ansvarsgrunnlag foreligger. I Firesafe-dommen på side 577 argumenterer førstevoterende for at brudd på regler i ”anbudsinndelingen med tilhørende standard, forskrifter og spesifikasjoner” skal sanksjoneres med erstatning. Deltakerne må kunne stole på at oppdragsgiver holder seg til dette regelsettet. I forarbeidene⁵⁸ kan det synes som om det må noe mer til for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag. Her kreves det ”vesentlige feil”. Dette taler for at terskelen skal ligge høyere enn at enhver feil skal medføre ansvar. På den annen side nevnes det også at ansvarsgrunnlaget må ses opp mot årsakssammenheng. Dersom det foreligger årsakssammenheng mener departementet at det oftest ikke dreier seg om bagatellmessige feil. Siden det er en kombinasjon av ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng som sammen danner grunnlaget for erstatning, så er det ikke noe i veien for at feil som *ikke er vesentlige* skal danne utgangspunkt for erstatning. Det legges opp til at grensen skal vurderes av domstolene i den enkelte sak. Departementets kommentar knytter seg dessuten til erstatningsbestemmelsen generelt, slik at både positiv og negativ kontraktsinteresse rammes. Ved negativ kontraktsinteresse er målet å dekke et tap som leverandøren har hatt som følge av brudd på regelverket fra oppdragsgiver. Dersom bare større feil ville danne grunnlag for ansvarsgrunnlag ville oppdragsgiver kunne handle i strid med anbudsreglene uten at det fikk konsekvenser. En slik løsning kan ikke sies å ta opp i seg de hensyn som gjør seg gjeldende overfor den skadelidte. Dette taler for at mindre vesentlige feil kan oppfylle kravet til ansvarsgrunnlag for oppdragsgiver. Det er etter

⁵⁸ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) kapittel 13.

dette klart at ethvert brudd på anbudsreglene, anbudsgrunnlaget iberegnet, fører til at det foreligger ansvarsgrunnlag.

Spørsmålet som stod for Høyesterett i Firesafe-dommen var om *alle* anbydere kunne kreve erstattet den negative kontraktsinteresse. Dette ble ikke tilkjent. Høyesterett bemerket at det ikke er noe rettspraksis som ga veiledning for dette. Derimot skal det svares erstatning for den negative kontraktsinteresse til samtlige i visse tilfeller. Som eksempler nevnes på side 578 at en fiktiv anbudskonkurranse vil utløse et slikt erstatningskrav, eller at finansieringen ikke er i orden slik at erstatning skal svares dersom oppdraget aldri blir realisert. Dette medfører at det ved slike kvalifiserte brudd vil foreligge et ansvarsgrunnlag, slik at *alle* anbydere kan kreve erstattet den negative kontraktsinteresse.

Den neste problemstillingen blir hva som må til for at det foreligger *årsakssammenheng* nok til å svare erstatning.

Spørsmålet om årsakssammenheng reiser spørsmål som skiller seg fra årsakssammenheng etter alminnelige kontraktsrett. Spesielle hensyn gjør seg gjeldende. Siden det i anbudskonkurranser er snakk om prekontraktuelle forhold, så foreligger ikke faktum på samme måte som i erstatning i kontrakt. Ved erstatning i kontrakt legges et faktum til grunn for årsakssammenheng. I anbudskonkurranser generelt må dette faktum konstrueres.

Spørsmålet blir da om hvor stor strengt dette kravet skal være. Ut fra de vilkår som kan utledes av Firesafe-dommen, får dette først og fremst relevans ved problemstillingen om anbud hadde blitt inngitt hvis leverandøren kjente til feilen fra oppdragsgivers side. Førstevoterende uttaler her at det ikke ”skal stilles strenge krav for at anbyderen ville ha deltatt”.⁵⁹ Denne uttalelsen må ses i sammenheng med kravet om at det foreligger en *klar feil* fra oppdragsgivers side. Som begrunnelse for å senke terskelen for klare feil anfører førstevoterende preventive hensyn og de særlige vansker forbundet med bevisetema i anbudssaker.⁶⁰ De preventive hensyn som kan anføres er at vanlig beviskrav

⁵⁹ Se dommen på side 579.

⁶⁰ Se dommen på nederst på side 577.

ville ha vært lite effektivt for leverandørene, slik at oppdragsgiver i stor grad kan handle mot regelverket. Ved å lempe på beviskravet vil leverandørene ha et effektivt middel mot overtredelse av anbudsregelverket, slik at oppdragsgiver tvinges til å handle i tråd med dette. Dette vil også være i tråd med kravet etter håndhevelsesdirektivet om et effektivt sanksjonssystem.

Den sentrale problemstillingen som Høyesterett oppstilte for årsakssammenheng var om de øvrige leverandørene overhodet hadde inngitt anbud dersom de visste at de måtte konkurrere med Firesafe.⁶¹ Dette er typisk feil som har virket konkurransevridende, slik at leverandøren ikke hadde tatt seg bryet med å inngi anbud, dersom han visste at sin egen mulighet til å vinne konkurransen var underlagt andre forutsetninger. I den foreliggende saken la Høyesterett til grunn at de hadde inngitt anbud likevel. Derfor ble ikke erstatning for den negative kontraktsinteresse tilkjent.

Det kan reises spørsmål om det er noen forskjell mellom erstatningssøksmål fra samtlige leverandører eller den enkelte forbigåtte. Firesafe-dommen gir ikke eksplisitt uttrykk for om det er foretatt en vurdering av alle leverandører, eller om det er gjort en vurdering av hver enkelt. Men de vilkår som stilles i dommen er naturlig å se ut fra en vurdering av hver enkelt leverandør. Leverandøren har krav på erstatning dersom vilkårene er oppfylt.

Det neste spørsmål blir da om beviskravet endres dersom det ikke er begått en klar feil fra oppdragsgivers side. Dette spørsmålet blir ikke berørt i Firesafe-dommen, siden vilkåret om klar feil var oppfylt her. I forarbeidene til LOA legges det som nevnt til grunn at det kreves ”vesentlige feil”⁶² for å få erstatning. Hvorvidt ”vesentlige feil” og ”klare feil” skiller seg fra hverandre er ikke sikkert. Derimot setter begge en grense, slik at erstatning for negativ kontraktsinteresse vil dekkes dersom dette vilkår er oppfylt. Selv om det i utgangspunktet ikke er klart i Firesafe-dommen om det skal svares erstatning for mindre klare feil, så er dette ikke så praktisk. Dersom det ikke er klar feil og kravet til årsakssammenheng skjerpes, vil disse sakene sjelden føre frem. Det er

⁶¹ Se dommen side 578.

⁶² Se Ot.prp.nr. 71 (1997-1998) s.68

vanskelig å få bevist noe som ikke har skjedd. Men dersom saksøker oppnår dette beviskravet kan jeg ikke se at han skal være avskåret fra å gjøre sitt krav gjeldende.

Videre kan det stilles spørsmål om leverandører som *trekker seg* fra anbudskonkurransen kan kreve erstatning. Dette er aktuelt der man har kommet et stykke på vei i prosessen men anbudsfristen ennå ikke er nådd. Eksemplifisert med Firesafe-saken kan det tenkes at noen trakk seg som følge av feilen fra oppdragsgivers side. Dette kan være relevant i petroleumssektoren hvor det i større grad en ellers er store omkostninger forbundet med å utarbeide anbud. Leverandører er her ofte prekvalifisert til å være med, jfr "bidders list" over. Dersom det skulle vise seg at en annen ble kvalifisert sent i anbudsrunden, vil sjansen til den enkelte leverandør synke. Hvis en leverandør får beskjed om at en ny konkurrent blir tatt inn i anbudsrunden i strid med reglene, kan det tenkes at leverandøren trekker seg. Grunnen kan være at han ikke vil bruke mer penger på noe han vet han vil tape. De omkostninger som har påløpt vil variere med hvor langt man har kommet i prosessen, samt hvor kostbart det enkelte anbud er i sin helhet.

Spørsmålet blir så om anbyderen kan kreve de allerede påløpte omkostninger dekket dersom han trekker seg.

Ut fra vilkårene i Firesafe-dommen oppfyller leverandøren i så fall vilkåret om at han ikke ville ha deltatt dersom han visste at han måtte konkurrere med den nye deltakeren i anbudskonkurransen. Dersom man forutsetter at det er en klar feil fra oppdragsgivers side, vil vilkårene for å få erstatning for den negative kontraktsinteresse være oppfylt. Problemet er imidlertid om en kan strekke premissene i Firesafe-dommen så langt. Det er ikke uttalt noe her om det tilfellet at en deltaker trekker seg. Dette taler for at spørsmålet ikke er løst. På den annen side er ikke loven til hinder for at det svares erstatning for slike tilfelle. Den sier at det skal svares erstatning for brudd på regelverket. Dersom det å ta inn en ny anbyder sent i prosessen er i strid med reglene, så er utgangspunktet etter loven at det kan svares erstatning. De hensynene som førstevoterende oppstiller gjør seg gjeldende også her. Preventive hensyn taler sterk mot at oppdragsgiver her skal kunne opptre opportunt ved å dra inn en bedre konkurrent sent i anbudskonkurransen. Det er klart at oppdragsgiver tjener på å ha med anbydere i konkurransen som kan gi bedre tilbud enn de som allerede var prekvalifisert. Formålet med en anbudskonkurranse er i stor grad basert på å få prisene ned for oppdragsgiver.

En løsning der en leverandør må inngi anbud for å kunne søke erstatning er upraktisk. Det er økonomisk fordelaktig for begge parter om han kan trekke seg. Tapet blir mindre for leverandøren, slik at oppdragsgiver eventuelt får mindre erstatningskrav. Etter alminnelig erstatningsrett kan det her dras paralleller til prinsippet om skadelidtes tapsbegrensingsplikt. Begge parter er tjent med at tapet begrenses. En adgang til å kreve erstattet den negative kontraktsinteresse i tilfeller hvor leverandøren trekker seg fra konkurransen, bør derfor kunne kreves.

3.3.6 Erstatning for den positive kontraktsinteresse for den forbigåtte anbyder.

Det har skjedd en endring de senere år rundt det å få erstattet den positive kontraktsinteresse ved anbudskonkurranser. Utgangspunktet ved anskaffelsesloven av 1992 var at den negative interesse skulle dekkes for forsyningssektoren. Problemene rundt denne utformingen er drøftet under punkt 3.3. Domstolene hadde også vært tilbakeholdne med å tilkjenne den positive kontraktsinteresse etter den gamle loven.

Simonsen stiller opp to utmålingsmodeller for den positive kontraktsinteresse.⁶³ Den ene er deliktuell og den andre avtalerettslig. Den deliktuelle modellen bygger på en sannsynlighetsvurdering om leverandøren hadde fått kontrakten dersom anbuksreglene hadde blitt fulgt. Den andre er avtalerettslig og bygger på i hvilken grad oppdragsgiver var avtalerettslig forpliktet til å velge ett av anbudene. Simonsen peker på at løsning av det prekontraktuelle ansvar kan søkes i en mellomløsning av disse to systemer. Den metoden som er benyttet av Høyesterett i Rt.2001 s.1062 (Nucleus) er nettopp denne.⁶⁴ Drøftelsen her forsøker derfor å klarlegge dette.

Det å pålegge en oppdragsgiver ansvar i forbindelse med en anbudskonkurranse har et særpreg.⁶⁵ Som Simonsen påpeker, er det konflikt i skillet mellom de ulike former for løsning av det prekontraktuelle ansvar i anbudskonkurranser. Dette skillet legges til

⁶³ Simonsen s. 798 flg.

⁶⁴ Se Nucleus-dommen side 1077 med henvisning til Simonsen sin fremstilling på sidene 359-361.

⁶⁵ Simonsen drøfter dette på side 350 flg.

grunn av førstevoterende i Nucleus-dommen nederst på side 1077. Skillet går i korthet ut på at verken deliktsretten eller avtaleretten gir tilfredsstillende løsninger på spørsmålet om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Simonsen mener derfor at man ikke skal være fremmed for å myke opp systemet dersom særlige hensyn gjør seg gjeldende. Han konkluderer med at det er et åpent spørsmål om man skal dekke den positive kontraktsinteressen i norsk rett. Det er grunn til å påpeke at Simonsens avhandling ble levert våren 1997 og beskriver rettstilstanden den gang.

Innenfor reglene om prekontraktuelt ansvar har det i teorien vært stilt spørsmål om *kun* tilkjenning av negativ kontraktsinteresse var i tråd med EF-regelverket. Denne problemstillingen er tatt med i forarbeidene til LOA.⁶⁶ Det er kravet til effektive sanksjoner ved brudd på anskaffelsesregelverket, som trekkes frem som viktigste grunn til å se nærmere på tilbakeholdenheten med kun å idømme erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Den første dommen som åpner for tilkjenning av positiv kontraktsinteresse i anbudstilfellene er den tidligere omtalte Firesafe-dommen. Saken gjaldt krav på negativ kontraktsinteresse for samtlige anbydere. For herredsretten var det lagt ned krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse for de som hadde de laveste anbudene. Disse hadde imidlertid valgt å ikke anke dommen. På side 578 uttaler førstevoterende at, under forutsetning av at det er klart hvem som skulle ha fått kontrakten dersom feilen fra oppdragsgiver ikke hadde skjedd, har leverandøren krav på erstatning ”antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteresse”. Et grunnvilkår var at det måtte foreligge ”klare feil”. Om vilkårene var oppfylt for de nevnte anbyderes tilfelle ble ikke kommentert. Spørsmålet om tilkjenning av positiv kontraktsinteresse stod ikke for Høyesterett i denne saken, men ble likevel berørt. Dette er det man i metodelæren kaller et obiter dictum.

Den neste saken som tok opp spørsmålet om positiv kontraktsinteresse i anbudssammenheng, var dommen i Rt.1998 s.1398 (Torghatten). Her var det utlyst en

⁶⁶ Se merknad til LOA §10 i NOU 1997:21 s.118 hvor den gamle sondringen mellom forsyningssektor og klassisk sektor ønskes fjernet fordi den var ”overflødig” og ”misvisende”. Det vises for øvrig i NOU 1997:21 til fremstillingen hos Simonsen.

anbudsrunde fra en fylkeskommune om drift av en hurtigbåtrute. Den forbigåtte anbyder fikk medhold i at tildelingen var ugyldig, samt tilkjent den positive kontraktsinteresse. Sakstilfellet har et særpreg ved at den gjaldt offentlige tilskudd ved den planlagte hurtigbåtruten. Tildelingen hadde et sterkt preg av offentlig myndighetsutøvelse. Poenget for fremstilling her blir bare at det ble tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Den neste dommen som er av interesse er dommen i Rt.2000 s.1076 (Faber). Her var det utlyst en anbudskonkurranse om bygging av en skole. Nest laveste anbyder mente at han hadde krav på å få erstattet den positive kontraktsinteresse. Grunnen var at det laveste anbudet som var kommet inn skulle ha vært avvist. Høyesterett mente at det ikke forelå noen plikt for oppdragsgiver til å avvise den som fikk kontrakten. Det var innlagt reserverasjoner i anbudsgrunnlaget og -reglene som ga oppdragsgiver spillerom for hvem som skulle velges, blant annet ved en rett til å forkaste alle. Kravet til årsakssammenheng var dermed ikke oppfylt.

Nucleus-dommen i Rt.2001 s.1062 gir derimot langt flere svar på spørsmålet om å tilkjenne den positive kontraktsinteresse i anbudssammenheng. Her hadde oppdragsgiver utlyst en anbudskonkurranse om prosjektering av et sykehustilbygg. Nest laveste anbud ble antatt. Den forbigåtte leverandør saksøkte her for den positive kontraktsinteresse og fikk medhold.

Spørsmålet blir så hva som utgjør *ansvarsgrunnlaget* etter Nucleus-dommen. Ved negativ kontraktsinteresse har vi sett at det kreves klar feil fra oppdragsgivers side. I Nucleus-dommen uttaler førstevoterende på side 1079 at det må være snakk om ”vesentlige feil” for at det skal svares erstatning for positiv kontraktsinteresse. I dette ligger en vurdering som skal ta hensyn til størrelsen på feilen, typen av feil og hvor mye oppdragsgiveren er å bebreide. Det må med andre ord være en høy grad av klanderverdighet for at det foreligger et erstatningsbetingende ansvarsgrunnlag. Det er derfor klart at det er forskjell på ansvarsgrunnlaget for den positive og den negative kontraktsinteresse. For å få tilkjent den negative kontraktsinteresse er det nok at oppdragsgiver har begått en ”klar” feil for å konstatere at det foreligger ansvarsgrunnlag. Det kreves derfor en god del mer for at den positive kontraktsinteresse

kan tilkjennes. Førstevoterende uttaler om ansvarsgrunnlaget at det som *utgangspunkt* kreves ”vesentlige feil”, men at det uansett bør være et ”visst rom for feil”.

Hva ligger så i samspeilet mellom et ”visst rom for feil” og ”vesentlige feil”?

Etter vanlig språkforståelse medfører dette, at det kan tenkes erstattet feil som ikke er vesentlige og som heller ikke er bagatellmessige. Dette kan åpne for at det er mulig å få erstattet den positive kontraktsinteresse, selv om feilen i seg selv ikke er vesentlig. Et eksempel kan være kumulasjon som blir drøftet nedenfor.

Ved vurderingen av hva som er vesentlig skal det tas hensyn til *størrelsen* på feilen, *typen* av feil og hvor mye det er å *bebreide* oppdragsgiver. Det er derfor tre elementer med i vurderingen som kan føre til at flere mindre feil blir til en samlet ”vesentlig feil”.

Hva som ligger i *størrelsen på feilen* er vanskelig å si. Antakelig kan det knyttes opp mot virkningene for den forbigåtte anbyder. Det er imidlertid lettere å si noe om hva som ligger i *typen av feil*. En feil som faller inn under alminnelige anbudsrettslige prinsipper, vil lettere føre til ansvar enn en liten, innfløkt bestemmelse. Om det likevel skulle vise seg at den lille, innfløkte bestemmelsen er av så stor betydning at den forbigåtte mister kontrakten, så vil dette veies opp i vurderingen om å pålegge ansvar. Som nevnt vil *virkingen* for den forbigåtte anbyder inngå i vurderingen av *størrelsen på feilen*.

Vurderingen av hvor mye det er å *bebreide* oppdragsgiver vil ha en spesiell betydning for petroleumssektoren, fordi bransjen er preget av profesjonelle aktører. I Nucleus-dommen legges det vekt på at oppdragsgiver burde kjenne reglene bedre. Fylket var en profesjonell aktør i anbudssaker. Når det utlyses anbudskonkurranser i petroleumssektoren er oppdragsgiver nesten alltid profesjonell. En oppdragsgiver i petroleumsvirksomheten vil derfor sjeldnere slippe unna ansvar med den begrunnelse at reglene var innfløkte eller faktum var vanskelig. I den størrelsesorden kontraktene her ligger på, stilles det strenge krav til profesjonalitet. Førstevoterende legger i sin vurdering av ansvarsgrunnlaget til grunn at det ikke er snakk om innfløkte regler eller faktum. Det er med andre ord åpent for at faktisk- og rettsvillfarelse kan fritas for ansvar. For petroleumsvirksomheten har dette ikke like mye betydning som i den offentlige sektor. Det er antakelig lettere å bebreide en operatør enn en liten kommune. Et slikt

strengt syn vil derfor kunne lede til at mindre feil lettere kan bli ”vesentlege feil” i petroleumssektoren. Det avgjørende vil da i praksis bli størrelsen på feilen og typen av feil.

Det kan også stilles spørsmål ved om det er noe forskjell på om flere mindre feil kan *kumuleres*, slik at de til sammen utgjør feil nok. Dette kommenteres ikke av Høyesterett i Nucleus-dommen, selv om det på side 1075 understrekes at det er blitt begått flere feil. Fra kjøpsretten kan flere små mangler utgjøre en vesentlig mangel slik at kjøper i gitte tilfelle kan heve. I Nucleus-dommen påpeker Høyesterett at oppdragsgiver bryter sentrale og grunnleggende prinsipper og regler. Det at det også er begått flere feil som det måtte forventes at en oppdragsgiver av denne størrelsen måtte være kjent med. Dette tillegges vekt av førstevoterende. I det tilfelle at mindre feil skulle kunne kumuleres, ville det i tillegg være vanskeligere å påvise at man også hadde fått kontrakten, altså årsakssammenheng. Det er lettere å sannsynliggjøre høy nok grad av årsakssammenheng der det er begått større feil. Svaret på spørsmålet om hvorvidt kumulasjon kan være grunnlag for tilkjenning av den positive kontraktsinteresse er ikke opplagt, men kan ligge i Høyesteretts retorikk. Det er fortsatt satt en nedre grense på hva som kan kreves, nemlig et ”visst rom for feil”. Det er ikke til hinder for at kumulasjon kan skje.

Krüger peker på at håndhevelsesdirektivene ikke har noen av de kravene som Høyesterett oppstiller for ansvarsgrunnlaget. Det står ikke noe om subjektiv skyld, sontring mellom vesentlige og uvesentlige feil, eller rettsvillfarelse i direktivet. Han etterlyser i hvilken grad Høyesterett har lagt vekt på effektivitetshensynet som ligger til grunn for håndhevelsesdirektivene. Dette går ikke klart frem ved utformingen av ansvarsgrunnlaget.

Etter Nucleus-dommen skal det altså ikke veldig mye til for at oppdragsgiver i petroleumsbransjen har oppfylt kravet til ansvarsgrunnlag. Men det må også foreligge en årsakssammenheng mellom feilen som er begått og det hypotetiske tapet.

Problemstillingen blir dermed hva som skal til for å konstatere at det foreligger *årsakssammenheng*.

Førstevoterende i Nucleus-dommen uttaler at det må foreligge ”klar sannsynlegovervekt”.⁶⁷ Her er det igjen en forskjell fra det vilkår som følger av Firesafe-dommen. Årsakssammenhengen ved erstatning for den negative kontraktsinteresse stiller ikke for strenge krav til bevis for anbyderen. Det skjer en tillempling av kravet til årsakssammenheng ved erstatning av den negative kontraktsinteresse. Annerledes er det for den positive kontraktsinteresse. I Nucleus-dommen skjerper førstevoterende kravet til årsakssammenheng. Det er altså ikke nok med vanlig sannsynlighetsovervekt, den må fremstå som klar. Dette kravet var oppfylt ved at den forbigåtte anbyder hadde fått oppdraget i Nucleus-dommen dersom feilen til oppdragsgiver tenktes borte. I realiteten stod valget til oppdragsgiver bare om prisforskjell.

Det kan spørres om det er spesielle problemstillinger om kravet til årsakssammenheng for anbud i *petroleumssektoren*. Her vil det være av betydning om oppdragsgiver har valgt pris eller det økonomisk mest fordelaktig tilbud som begrunnelse for tildeling. Dette skal følge av anbudsinnbydelsen. Dersom en operatør velger å tildele på *beste pris* vil det være lett å se årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og den som er forbigått. Den som har laveste pris vil oppfylle kravet til årsakssammenheng. Dersom det derimot skal tildeles kontrakt til det *økonomisk mest fordelaktige* anbud, så er det større rom for skjønn. Det er dette som ble lagt til grunn i den nevnte Faber-dommen. Her hadde oppdragsgiver et for vidt skjønnsmessig spillerom til at det kunne tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteresse. I petroleumsvirksomheten er det vanlig å tildele kontrakter etter det økonomisk mest fordelaktige anbud. Det er sjelden det kan legges vekt på pris alene. For å kunne drive olje- eller gassproduksjon mest lønnsomt, er det mange variabler inne i bildet. Dette medfører at det i mange tilfeller vil være vanskelig for en leverandør å nå frem med sitt krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Selv om det skulle foreligge et ansvarsgrunnlag vil det ikke kunne påvises tilstrekkelig sammenheng mellom feilen og det hypotetiske tap. Et grovt brudd på anbudsrettslige grunnprinsipper kan derfor ikke sanksjoneres ved å tilkjenne den

⁶⁷ Se dommen side 1079.

forbigåtte leverandør erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det må uansett påvises tilstrekkelig årsakssammenheng. Dersom det ikke foreligger vil leverandøren måtte nøye seg med å søke erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Det kan stilles spørsmål om kravet til årsakssammenheng er for strengt sett opp mot kravet i håndhevelsesdirektivene. Krüger tar opp denne problemstillingen.⁶⁸ Han mener listen er lagt for høyt i forhold til det som må kreves ut fra et effektivitetssynspunkt. Dersom man finner at det foreligger ansvarsgrunnlag ser han liten grunn til å kreve at det skal kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Han peker også på at det etter Firesafe-dommen skal anvendes alminnelige erstatningsregler, men slik at disse *tillempes*⁶⁹ anbudstilfellene. Ved å stramme inn kravet til årsakssammenheng gjør Høyesterett det motsatte i Nucleus-dommen.

⁶⁸ Krüger på side 295.

⁶⁹ Se Firesafe-dommen Rt.1997 s.574, nederst på s 577.

4 Avslutning og vurderinger

Avhandlingen har drøftet virkninger av brudd på anskaffelsesreglene for norsk petroleumsvirksomhet. Etter reglene for anskaffelse er det oppdragsgiver som er pliktsubjekt og leverandøren som er rettighetssubjekt. De ulike sanksjoner en leverandør kan benytte seg av er å klage saken inn for KOFA, begjære mulkt eller søke erstatning.

KOFA har vært virksom i over to år og har uttalt seg i en rekke saker. Det er per i dag 6-7 måneders behandlingstid for saker der kontrakt er inngått mellom oppdragsgiver og leverandør. Dette på grunn av stor saksmengde av saker der ikke kontrakt er inngått som må prioriteres. Forholdet til petroleumsektoren er heller ikke berørt i forarbeidene til KOFA.⁷⁰ Av alle de saker det er avsagt dom i, har det meg lyktes å bare finne én avgjørelse innen petroleumsektoren, den ovennevnte Idemitsu-avgjørelsen⁷¹. Dette kan tyde på at det for leverandører til norsk petroleumsvirksomhet *ikke* er attraktivt å klage saker inn for KOFA.

Mulkt er den andre sanksjonen en leverandør kan benytte mot oppdragsgivere i offshorevirksomheten. Denne formen for sanksjon har sin bakgrunn i håndhevelsesdirektivet fra EU. Mulktinstituttet skal ilegges mellom tildeling av kontrakt og kontraktsinngåelsen. Det følger av bestemmelsen at mulkt ikke skal idømmes dersom feilen fra oppdragsgiver rettes eller ikke blir begått. På denne bakgrunn er det vanskelig å lese ut av rettspraksis hvor mange saker mulkt *har vært brukt* som pressmiddel overfor oppdragsgiver. Det har ikke lyktes meg å finne avgjørelser der mulkt er *ilagt*. Dersom feilen rettes avsies det ikke noe dom. Uansett kan mulkt komme i konflikt med KOFA, da begge sanksjonene har størst interesse der *kontrakt ikke er inngått*. Er saken klaget inn til KOFA er det lite trolig at en leverandør samtidig vil gå rettens vei for å ilegge oppdragsgiver mulkt. Hensynet bak KOFA er

⁷⁰ Ot.prp.nr.3 (2000-2001)

⁷¹ Sak 2003/151.

som sagt at tvister skal løses på et lavt konfliktnivå. Det er derfor liten grunn til å tro at mulkt og innklaging for KOFA skjer *samtidig*. Mulkt har vært en mulig sanksjon siden offentlig anskaffelseslov av 1992. På 13 år har det ikke vært avsagt en dom om mulkt. I over 10 år før opprettelsen av KOFA var bestemmelsen om mulkt i kraft, uten at det har blitt ilagt en oppdragsgiver. Dette tyder på at mulkt er en sovende bestemmelse. Siden KOFA bare har vært operativ i litt over to år er det kanskje tidlig å trekke konklusjoner. Men sett opp mot det høye antallet klagesaker i klassisk sektor, så må leverandører til petroleumsbransjen antas å kjenne til instituttet. Sett sammen er det grunn til å tro at både KOFA og mulkt er *uattraktive tvisteløsningsmekanismer* for en leverandør som er forbigått i en anskaffelsesprosess i norsk petroleumsvirksomhet. I praksis så er leverandører henvist til å søke erstatning.

Som drøftet over er det etter rettspraksis ulike vilkår knyttet til erstatning for den negative og den positive kontraktsinteresse. De sakene som har vært avgjort av Høyesterett har ikke omhandlet norsk petroleumsvirksomhet. Likevel må vilkårene sies å gjelde for forsyningssektoren generelt. Det er grunn til stille spørsmålsteget ved Høyesteretts sonndring mellom vesentlige og uvesentlige feil som vilkår for å ilegge erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det er ikke fortatt en slik sonndring i håndhevelsesdirektivet fra EU. Det som derimot er sentralt ved håndhevelsesdirektivene generelt er at de forutsetter at det skal skje en effektiv håndhevelse av reglene i medlemslandene. På denne måten kan Høyesteretts vilkår om ”vesentlege feil” og ”klar sannsynlegovervekt” kanskje være for strenge. Dersom erstatningssøksmål sjelden fører frem på grunn av disse vilkårene, reiser det seg spørsmål om de oppfyller kravet til effektivitet. Dette vil klart komme på spissen der oppdragsgiver har lagt inn skjønnskriterier i anbudsgrunnlaget, slik at årsakssammenheng blir vanskelig å konstatere med ”klar sannsynlegovervekt”. Anskaffelsesprosessen er som nevnt mindre regelstyrt innen forsyningssektoren enn klassisk sektor. Dette taler for at en leverandør vil ha vanskelig for å nå frem med erstatningskrav i petroleumssektoren. Førstevoterende i Firesafe-saken argumenterer for at vilkårene i erstatningssaker ved anbud må *tillempes*. Dette bør gjelde i større grad for norsk petroleumsvirksomhet, hvor valg av anbud gir oppdragsgiver stor grad av skjønn.

5 Litteraturliste

Brannsten, Erik. *Innkjøp til petroleumsvirksomhet*. I MarIus 226 (1997)

Dragsten, Marianne. *Offentlige anskaffelser*. Kommentarutgave, Bind I. Marianne Dragsten og Esther Lindalen. Oslo, 2005

Gjønnes, Arnhild Dordi. *EØS-håndboken*. Arnhild Dordi Gjønnes og Sigurd Knudtzon (red.). 2. utg. Oslo, 1998

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Kolrud, Helge Jakob. *Ny standardkontrakt for offshoreleveranser, NTK 2000 – Norsk Total Kontrakt 2000 I*: Tidsskrift for forretningsjus, Årg. 6, nr 2 (2000), s. 57-66

Krüger, Kai. *Om forbigåtte anbyders erstatningskrav ved saksbehandlingsfeil under anbudskonkurranse – fra "Firesafe" 1997 til Nucleus 2001 I*: Jussens Venner 2001, hefte 5/6, s. 261-302

Simonsen, Lasse. *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo, 1997

Fredrik Sejersted ...[et al.]. *EØS-rett*. 2.utg. Oslo 2004

6 Andre kilder

Fakta 2004 Norsk petroleumsvirksomhet, utgitt av Olje- og energidepartementet

7 Forarbeider

NOU 1975:9	Regelverk for Staten Anskaffelsesvirksomhet (REFSA)
NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser
NOU 1999:11	Analyse av investeringsutviklingen på kontinentalsokkelen (Kaasen-utvalget)
Ot.prp.nr.97 (1991-1992)	Lov om offentlige anskaffer m.v.
Ot.prp.nr.71 (1997-1998)	Lov om offentlige anskaffelser
Ot.prp.nr.3 (2000-2001)	Opprettelse av klagenemnd for offentlige anskaffelser

8 EU-direktiv

Rådsdirektiv 89/665/EØF	Håndhevelsesdirektiv for klassisk sektor
Rådsdirektiv 92/13/EØF	Håndhevelsesdirektiv for forsyningssektoren
Rådsdirektiv 93/38/EØF	Rådsdirektiv 93/38/EØF om samordning av innkjøpsreglene innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon
Directive 2004/17/EC	Forsyningsvirksomhetsdirektivet

9 Lovregister med forkortelser

Domstoloven	Lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5
Tvistemålsloven	Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6
Kjøpsloven	Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27
EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Anskaffelsesloven	Lov om offentlige anskaffelser m.v. av 27. november 1992 nr. 116 (opphevet)
Offentlig anskaffelseslov	Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

10 Forskriftsregister med forkortelser

Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)	Forskrift av 15. juni 2001 nr. 616, Nærings- og handelsdepartementet
KOFA-forskriften	Forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser. Forskrift av 15. november 2002 nr. 1288, Nærings- og handelsdepartementet
Forsyningsforskriften (FF)	Forskrift av 5. desember 2003 nr. 1424, Nærings- og handelsdepartementet

11 Domsregister

Rt 1997 s.574 Firesafe-dommen

Rt 1998 s.1398 Torghatten-dommen

Rt.2000 s.1076 Faber-dommen

Rt 2001 s.1062 Nucleus-dommen

Rt. 2001 s.1288 PEAB-dommen

12 Andre avgjørelser

EF-domstolen EF-kommisjonens dom av 28. oktober 1999 sak C-81/98 (Alcatel)

KOFA-avgjørelse Klagenemndas avgjørelse av 5. februar 2004 i sak 2003/151
(Idemitsu petroleum).