



## DOMSTOLENS DOM

31. oktober 2017\*

*(Offentlige anskaffelser – direktiv 89/665/EØF – direktiv 2004/18/EF – krav om erstatning – skyld – bruddets karakter – bevisbyrde – kontroll av inngitt tilbud – prinsippene om effektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet)*

I sak E-16/16,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Frostating lagmannsrett i en sak mellom

**Fosen-Linjen AS**

og

**AtB AS**

om tolkningen av rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter, særlig artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen, dommer, og Benedikt Bogason, ad hoc-dommer,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Fosen-Linjen AS (“Fosen-Linjen”), representert ved advokat Anders Thue,
- AtB AS (“AtB”), representert ved advokat Goud Helge Homme Fjellheim,

---

\* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved advokat Helge Røstum, Regjeringsadvokaten, seniorrådgiver Carsten Anker og seniorrådgiver Dag Sørli Lund, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Øyvind Bø og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Ken Mifsud Bonnici og Adrián Tokár, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Fosen-Linjen, representert ved Anders Thue og advokat Jan Magne Juuhl-Langseth; AtB, representert ved Goud Helge Homme Fjellheim; den norske stat, representert ved Helge Røstum; ESA, representert ved Øyvind Bø og Marlene Lie Hakkebo; og Kommisjonen, representert ved Adrián Tokár, i rettsmøte 3. mai 2017,

slik

## **Dom**

### **I Rettslig bakgrunn**

#### *EØS-rett*

- 1 Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter (EFT 1989 L 395, s. 33) (“håndhevelsesdirektivet”) er innlemmet i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen”) vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5.
- 2 De fire første betraktninger i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

*Fellesskapets direktiver om offentlig innkjøp, særlig rådsdirektiv 71/305/EØF av 26. juli 1971 om samordning av behandlingen ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, senest endret ved direktiv 89/440/EØF, og rådsdirektiv 77/62/EØF av 21. desember 1976 om samordning av behandlingen ved tildeling av offentlige varekontrakter, senest endret ved direktiv 88/295/EØF, inneholder ikke særskilte bestemmelser som sikrer en effektiv gjennomføring av dem.*

*De nåværende ordninger, både på nasjonalt plan og innenfor Fellesskapet, som skal sikre gjennomføringen, gjør det ikke alltid mulig å påse at Fellesskapets bestemmelser overholdes, særlig på et stadium hvor overtredelsene fremdeles kan bringes til opphør.*

*Adgang til å konkurrere om offentlige kontrakter innenfor Fellesskapet nødvendiggjør en betydelig utvidelse av garantiene for innsyn og likebehandling, og for at det skal ha konkret virkning, er det viktig at det finnes effektive og raske klagemuligheter i tilfelle overtredelser av Fellesskapets lovgivning om offentlige innkjøp eller av nasjonale regler som gjennomfører lovgivningen.*

*I visse medlemsstater skremmer mangelen på effektive klagemuligheter eller mangler ved eksisterende klagemuligheter foretak i Fellesskapet fra å legge inn anbud i den medlemsstat hvor den offentlige oppdragsgiver er etablert. De berørte medlemsstater bør derfor bøte på denne situasjonen.*

3 Sjette betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

*Det er nødvendig å sørge for at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å oppheve ulovlige vedtak og tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse.*

4 På det relevante tidspunkt lød håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1:

*Dette direktiv får anvendelse på kontrakter omhandlet i europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåter ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlig varekjøp og offentlig tjenesteyting, med mindre slike kontrakter er unntatt i samsvar med artikkel 10-18 i nevnte direktiv.*

*[...]*

*Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2004/18/EF, treffe de nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 2-2f i dette direktiv, med den begrunnelse at slike beslutninger er i strid med fellesskapsretten på området offentlig innkjøp, eller med nasjonale regler som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.*

5 Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c lyder:

*1. Medlemsstatene skal sikre at tiltakene som treffes med hensyn til klagebehandlingen nevnt i artikkel 1, inneholder bestemmelser som gir myndighet til å*

*[...]*

*c) gi skadeserstatning til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse.*

6 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting (EUT 2004 L 134, s. 114, og EØS-tillegg 2009 nr. 34, s. 216) ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2 ved EØS-komiteens beslutning nr. 68/2006 av 2. juni 2006 (EUT 2006 L 245, s. 22, og EØS-tillegg 2006 nr. 44, s. 18), som trådte i kraft 18. april 2007. På det relevante tidspunkt gjaldt direktiv 2004/18/EF i EØS. Det har siden blitt opphevet og erstattet av direktiv 2014/24/EU (EUT 2014 L 94, s. 65).

7 Betraktning 1 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

*I forbindelse med de nye endringene av rådsdirektiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser, 93/36/EØF av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp og 93/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, som er nødvendige for å imøtekomme de krav om forenkling og modernisering som både offentlige oppdragsgivere og markedsdeltakere framsa i sine svar på grønnboken vedtatt av Kommisjonen 27. november 1996, bør direktivene omarbeides av klarhetshensyn. Dette direktiv bygger på Domstolens rettspraksis, særlig rettspraksis med hensyn til tildelingskriterier, som klarlegger offentlige oppdragsgiveres muligheter til å oppfylle den berørte allmennhets behov, herunder med hensyn til miljø og på det sosiale området, forutsatt at slike kriterier er knyttet til kontraktsgjenstanden, at de ikke gir den offentlige oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, at de nevnes uttrykkelig og at de overholder de grunnleggende prinsippene nevnt i betraktning 2.*

8 Betraktning 2 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

*Tildeling av kontrakter inngått i medlemsstatene på vegne av staten, regionale eller lokale administrative enheter og andre offentligrettslige organer, er underlagt traktatens prinsipper og særlig prinsippet om fritt varebytte, prinsippet om etableringsadgang og prinsippet om adgang til å yte tjenester, samt de prinsipper som er avledet av disse, som for eksempel prinsippet om likebehandling, prinsippet om ikke-diskriminering, prinsippet om gjensidig godkjenning, forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om innsyn. Når det gjelder offentlige kontrakter over en viss verdi, tilrådes det imidlertid å utarbeide bestemmelser om Fellesskapets samordning av nasjonale framgangsmåter for tildeling av slike kontrakter, basert på disse prinsippene, for å sikre virkningen av dem og for å sikre at offentlige innkjøp åpnes for konkurranse. Disse samordningsbestemmelsene bør derfor tolkes i samsvar med både nevnte regler og prinsipper og med traktatens øvrige bestemmelser.*

9 Betragtning 4 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

*Medlemsstatene bør sikre at deltakelse av et offentligrettslig organ som opptrer som anbyder i en framgangsmåte ved tildeling av en offentlig kontrakt, ikke forårsaker konkurransevridding overfor private anbydere.*

10 Betragtning 46 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

*Tildeling av kontrakter bør foretas på grunnlag av objektive kriterier som sikrer overholdelse av prinsippene om innsyn, ikke-diskriminering og likebehandling, og som sikrer at anbud blir vurdert på reelle konkurransevilkår. Det bør derfor tillates at det bare anvendes to tildelingskriterier: «laveste pris» og «økonomisk mest fordelaktige anbud».*

*For å sikre at prinsippet om likebehandling overholdes ved tildeling av kontrakter er det hensiktsmessig å fastsette en forpliktelse — fastslått ved rettspraksis — som sikrer nødvendig innsyn slik at alle anbydere kan være rimelig informert om de kriterier og ordninger som skal anvendes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige anbud. Det er derfor offentlige oppdragsgiveres ansvar å angi kriteriene for kontraktstildelingen og vektingen av disse kriteriene tidnok til at anbyderne kan ta hensyn til dem når de utarbeider sine anbud. Offentlige oppdragsgivere kan fravike kravet om å angi vektingen av kriteriene for kontraktstildeling i særlig begrunnede tilfeller der de må kunne angi årsakene til dette, dersom vektingen ikke kan fastsettes på forhånd, særlig på grunn av kontraktens kompleksitet. I slike tilfeller må de angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først.*

*Når offentlige oppdragsgivere velger å tildele en kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige anbud, skal de vurdere anbudene for å fastslå hvilket som gir det beste forholdet mellom kvalitet og pris. For å gjøre dette skal de fastsette de økonomiske og kvalitative kriterier som sett under ett må gjøre det mulig å fastslå hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige for den offentlige oppdragsgiver. Fastsettelsen av disse kriteriene avhenger av kontraktens gjenstand, siden de må gjøre det mulig å vurdere de enkelte anbuds ytelsesnivå ut fra kontraktens gjenstand slik den er definert i de tekniske spesifikasjonene, og ut fra forholdet mellom kvalitet og pris for hvert anbud.*

*For å sikre likebehandling bør kriteriene for kontraktstildeling gjøre det mulig å sammenligne anbud og vurdere dem objektivt. Dersom disse vilkårene er oppfylt, kan økonomiske og kvalitative kriterier for kontraktstildeling, for eksempel oppfyllelse av miljøkrav, gjøre det mulig for den offentlige oppdragsgiver å oppfylle den berørte allmennhets behov, slik de er uttrykt i kontraktens spesifikasjoner. Under de samme forutsetninger kan en offentlig oppdragsgiver anvende kriterier med sikte på å oppfylle sosiale krav, særlig for å oppfylle behovene — definert i kontraktens spesifikasjoner — til særlig vanskeligstilte grupper av personer som de som mottar/bruker bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester som er kontraktens gjenstand, tilhører.*

- 11 Direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1 lyder:

*Offentlige oppdragsgivere skal så snart som mulig underrette kandidater og anbydere om beslutninger som treffes vedrørende inngåelse av en rammeavtale, tildeling av kontrakt eller adgang til en dynamisk innkjøpsordning, herunder en begrunnelse for en eventuell beslutning om ikke å inngå en rammeavtale eller tildele en kontrakt som det er utlyst konkurranse for, eller for ikke å gjenoppta anbudsproseduren eller ikke innføre en dynamisk innkjøpsordning; og slik informasjon skal gis skriftlig når offentlige oppdragsgivere anmodes om det.*

#### *Nasjonal rett*

- 12 De norske reglene for anbudskonkurranser var på det relevante tidspunkt fastsatt i blant annet lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (“LOA”) og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (“FOA”).

- 13 LOA § 11 fastsetter:

*Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.*

- 14 Tradisjonelt har den positive kontraktsinteresse (dvs. et tap av rimelig forventet fortjeneste, *lucrum cessans*) ikke blitt ansett for å ha erstatningsrettslig vern i den prekontraktuelle fase i norsk rett. I en dom avsagt i 2001 konstaterte imidlertid Norges Høyesterett at en forbigått tilbyder har krav på erstatning dersom tre vilkår er oppfylt (Rt. 2001 s. 1062). For det første må oppdragsgiver ha begått en vesentlig feil. For det andre må tilbyder ha lidt et økonomisk tap. For det tredje må det være klar sannsynlighetsovervekt for at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom den begåtte feil og det pådratte tap.
- 15 I en dom avsagt i 2008 la Norges Høyesterett til grunn at terskelen for ansvar etter norsk rett ikke er høyere enn terskelen for ansvar etter det erstatningsansvar som gjelder for EØS-statene ved brudd på EØS-retten (Rt. 2008 s. 1705).

## **II Faktum og saksgang**

### *Bakgrunn*

- 16 Ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse er Fosen-Linjen et lite, lokalt foretak etablert i 1999. Selskapet har drevet et par mindre fergesamband i om lag 15 år. I tillegg til Fosen-Linjen er det et antall større fergeoperatører, som Norled AS (“Norled”), og en del mindre fergeoperatører, som er aktive i Norge.
- 17 I Sør-Trøndelag administreres kollektivtransporttilbudet gjennom et eget selskap, AtB, som har til oppgave å planlegge (dvs. overordnet koordinering og planlegging av ruter), markedsføre kollektivtrafikken (herunder billettsalg) og kjøpe inn transporttjenester.

Sør-Trøndelag fylkeskommune har det overordnede ansvar for kollektivtransporten i fylket.

- 18 AtB opererer ikke selv rutene, men kjøper i stedet inn transporttjenestene fra private operatørselskaper, og er oppdragsgiver for disse. AtB mottar betydelige tilskudd fra fylkeskommunen for å kunne finansiere driften av rutenettet.

### *Konkurransen*

- 19 I juni 2012 besluttet Fylkestinget i Sør-Trøndelag å gi AtB i oppdrag å utarbeide grunnlaget for og gjennomføre en konkurranse om anskaffelse av fergetjenester.
- 20 Anbudskonkurransen ble kunngjort 5. juni 2013. Konkurransen var delt i to pakker, begge med en avtaleperiode på ti år og med ensidig opsjon for AtB til å forlenge kontrakten med inntil to år. Anskaffelsen ble gjennomført som konkurranse med forhandlinger etter reglene i FOA del II. Tilbudsfristen var 14. oktober 2013.
- 21 Tvisten i den foreliggende sak knytter seg til Pakke 1, som gjelder forbindelsen mellom Brekstad og Valset. Det var etterspurt to ferger i Pakke 1.
- 22 Tilbud ble inngitt av Fosen-Linjen, Norled og Boreal Transport Nord AS. Etter en omfattende runde med spørsmål, svar og forhandlinger, innga Norled og Fosen-Linjen reviderte tilbud i november 2013.
- 23 AtB evaluerte tilbudene. Tildelingskriteriene var "Pris" (50 %), "Miljø" (25 %) og "Kvalitet" (25 %). Hvert av tildelingskriteriene ble gitt poeng på en skala fra 1 til 10, og poengsummen ble deretter vektet i samsvar med den vekt tildelingskriteriet var gitt i konkurransegrunnlaget. Denne prosedyre var i samsvar med konkurransereglene som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- 24 Under kriteriet "Kvalitet" måtte tilbyderne blant annet gi en beskrivelse av de tilbudte fartøy.
- 25 Det som ble evaluert under tildelingskriteriet "Miljø", var det drivljetforbruk som var angitt i tilbudene for de to ferger i forbindelsen Brekstad-Valset. Det ble ikke stilt noe krav om at tilbyderne skulle vise hvordan verdien av drivljetforbruket var beregnet, eller at tilbyderne skulle oppgi hvilke forutsetninger beregningene bygget på.
- 26 Ytterligere spørsmål om dokumentasjonskrav for miljøkriteriet ble drøftet på en tilbudskonferanse i juni 2013. AtB valgte da å innta en ny sanksjon som skulle gjelde i kontraktsperioden. Dette vilkår innebar at avvik ved gjennomføringen av kontrakten på over 10 % fra drivljetforbruket oppgitt i tilbudet, ville medføre et gebyr på 1 krone per liter. Til tross for at det nok en gang ble stilt spørsmål om tildelingskriteriet "Miljø", ble ingen dokumentasjonskrav inntatt.
- 27 Ved brev 17. desember 2013 orienterte AtB interessentene om at Norled ville bli tildelt kontrakten. Norled var gitt 9,39 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng, mens den tredje interessent fikk 5,73 poeng. Fosen-Linjen ble vurdert som best på pris, Fosen-Linjen og

Norled sine tilbud ble vurdert som likeverdige med hensyn til tildelingskriteriet “Kvalitet”, og Norled ble vurdert som best på miljø.

- 28 Etter klage fra Fosen-Linjen ble poengtildelingen vurdert på nytt, og ved brev 15. januar 2014 ble partene informert om at Norled var gitt 9,16 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng og den tredje tilbyder 5,52 poeng.
- 29 Den 3. januar 2014 brakte Fosen-Linjen saken inn for Sør-Trøndelag tingrett og krevde at domstolen ved en midlertidig forføyning stanset kontraktsinngåelsen mellom AtB og Norled. Tingretten forbød kontraktsinngåelse. Etter anke fra AtB kom Frostating lagmannsrett ved kjennelse 17. mars 2014 til samme resultat som tingretten.
- 30 I sin anke anførte AtB med hensyn til kontrollkravene at selskapet hadde “et godt grunnlag for å fastslå at Norled hadde oppgitt et realistisk drivoljeforbruk”. Denne vurdering var basert på AtBs “egen kompetanse og erfaring”. AtB gjør imidlertid ikke lenger gjeldende dette synspunkt.
- 31 Ved brev 30. april 2014 informerte AtB tilbyderne om at selskapet hadde bestemt seg for å avlyse konkurransen etter lagmannsrettens kjennelse. AtB viste til at lagmannsretten hadde kommet til at selskapet ikke hadde etablert et forsvarlig grunnlag for evalueringen, og at det hadde begått feil når det ikke hadde etterprøvd forsvarligheten av Norleds oppgitte drivoljeforbruk. I brevet ble det endelig påpekt at det ikke var grunnlag for å avvise tilbudet fra Norled fordi AtB hadde brutt sin veiledningsplikt overfor Norled. Fosen-Linjen bestred ikke denne beslutning for domstolene. Senere inngikk AtB kontrakt med Norled om drift av fergestrekningen Brekstad–Valset for 2015 og 2016. En ny konkurranse for dette samband ble lyst ut i begynnelsen av 2016 og gjaldt driften av forbindelsen fra 2019 til 2029. Fosen-Linjen innga ikke tilbud i denne konkurranse.
- 32 I februar 2014 tok Fosen-Linjen ut stevning mot AtB. I den påfølgende rettssak krevde selskapet erstatning for positiv kontraktsinteresse (tap av fortjeneste – *lucrum cessans*), subsidiært erstatning for negativ kontraktsinteresse (kostnaden ved å inngi tilbud – *damnum emergens*).
- 33 Ved dom 2. oktober 2015 frifant tingretten AtB både for kravet om erstatning for negativ kontraktsinteresse og kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- 34 Tingretten la til grunn at EØS-retten oppstiller et krav om at det må knyttes et dokumentasjonskrav til tildelingskriterier. I den foreliggende sak hadde oppdragsgiver ikke krevd den nødvendige dokumentasjon. Tingretten fant at AtB i konkurransegrunnlaget ikke hadde etterspurt informasjon om noen av de parametere som var sentrale for beregning av drivoljeforbruk, som skrogmotstand, propulsjonsvirkningsgrad, overføringstap, hotellast og sjømargin. Den la videre til grunn at ingen av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivoljeforbruket på tilbudstidspunktet.
- 35 Den 30. oktober 2015 anket Fosen-Linjen tingrettens dom til Frostating lagmannsrett.



36 Ved brev 24. oktober 2016, registrert ved EFTA-domstolen 31. oktober 2016, stilte lagmannsretten EFTA-domstolen følgende spørsmål:

1. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av
  - a) at det foreligger skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?
  - b) at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?
  - c) at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?*
2. *Skal artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?*
3. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, hvoretter krav om skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av at saksøkende leverandør som krever erstatning klarer å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feil?*
4. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler, hvoretter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen feil begått av oppdragsgiver enn den som er påberopt av saksøker, når denne andre feilen faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang? Hvis en slik annen feil kan påberopes av oppdragsgiver, er direktiv 89/665/EØF til hinder for en nasjonal regel hvoretter saksøkende leverandør har bevisbyrden for å påvise at en slik feil ikke foreligger?*
5. *Hvilke krav stiller EØS-rettens likebehandlingsprinsipp til oppdragsgivers effektive kontroll av de opplysninger som oppgis i tilbudene knyttet til tildelingskriteriene? Vil kravet til effektiv kontroll være oppfylt dersom oppdragsgiver kan kontrollere at tilbudte egenskaper fremstår som forsvarlig fastsatt basert på dokumentasjonen som er gitt i tilbudet? Hvor nøyaktig må oppdragsgiver kunne kontrollere tilbudte egenskaper ved*

*kontraktsgjenstanden? Hvis tilbyderer forplikter seg til at den tilbudte gjenstanden skal overholde et bestemt forbrukstall, og dette tallet inngår i tildelingsevalueringen, er oppdragsgiverens kontrollplikt oppfylt dersom han kan kontrollere at dette tallet er forsvarlig med en viss usikkerhetsmargin, for eksempel innenfor et spenn på pluss/minus 20 %?*

6. *Når oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger en tilbyder gir i forbindelse med et tildelingskriterium, kan likebehandlingsprinsippets krav til effektiv kontroll av opplysninger i tilbudene være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet?*

- 37 I sin anmodning gir den anmodende domstol uttrykk for at den finner det vanskelig å forene avgjørelsene fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i *Kommisjonen mot Portugal* (C-275/03, EU:C:2004:632) og *Strabag m.fl.* (C-314/09, EU:C:2010:567) med EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751). Den anmodende domstol opplyser også om at partene er uenige om konsekvensene av EU-domstolens avgjørelse i *EVN og Wienstrom* (C-448/01, EU:C:2003:651) når det gjelder kravene til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger.
- 38 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

### **III Spørsmålet om anmodningen kan behandles**

#### *Innlegg inngitt til EFTA-domstolen*

- 39 *AtB* anfører at noen av spørsmålene er hypotetiske. Spesielt når det gjelder første, annet, fjerde, femte og sjette spørsmål anser *AtB* at de på en eller annen måte enten ikke gjenspeiler de bestemmelser som den foreliggende sak gjelder, eller de relevante faktiske forhold. *Den norske stat* anfører også at det annet spørsmål og deler av femte og sjette spørsmål er irrelevante eller hypotetiske.
- 40 *ESA* anfører at det tredje spørsmål gjelder nasjonale regler for årsakssammenheng og er begrenset til den positive kontraktsinteresse. Når en konkurranse rettmessig avlyses, kan imidlertid tilbydere verken påberope seg en rett til å bli tildelt kontrakten eller kreve erstatning for tapt fortjeneste. En rett til å bli tildelt kontrakten, med et tilknyttet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil potensielt bare foreligge under særlige omstendigheter eller når konkurransen er gjennomført og kontrakten urettmessig er blitt tildelt en annen tilbyder. I den foreliggende sak ble konkurransen avlyst, og det fremgår av anmodningen fra den nasjonale domstol at det ikke foreligger noen særlige omstendigheter som gir grunnlag for et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse etter EØS-retten. Følgelig er det tredje spørsmål hypotetisk og bør avvises.

### *Rettens bemerkninger*

- 41 Etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (“ODA”) kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse om tolkningen av EØS-avtalen er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.
- 42 ODA artikkel 34 etablerer et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Dette samarbeid er ment å bidra til ensartet tolkning av EØS-retten ved at domstolene i EFTA-statene får bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se sak E-1/16 *Synnøve Finden*, Sml. 2016 s. 931, avsnitt 27 og rettspraksis som det vises til der).
- 43 Tolkningsspørsmål fra en nasjonal domstol om EØS-retten, under faktiske og rettslige omstendigheter som den nasjonale domstol har ansvar for å definere, og hvis nøyaktighet EFTA-domstolen ikke skal vurdere, nyter godt av en presumsjon om relevans. Følgelig kan EFTA-domstolen bare avstå fra å besvare et spørsmål fra en nasjonal domstol når det er ganske åpenbart at tolkningen av EØS-retten som søkes, ikke har noen relevans for sakens faktiske forhold eller formål, når problemet er hypotetisk, eller når EFTA-domstolen ikke har de faktiske eller rettslige forutsetninger som kreves for å kunne gi et nyttig svar på spørsmålene den er forelagt (se *Synnøve Finden*, som omtalt over, avsnitt 28 og rettspraksis som det vises til der).
- 44 EFTA-domstolen finner ikke at noen av unntakene fra presumsjonen om relevans kommer til anvendelse i den foreliggende sak. De forelagte spørsmål kan dermed besvares.

### **IV EFTA-domstolens svar**

- 45 Lagmannsretten har bedt om svar på seks spørsmål. De to første spørsmål gjelder i hovedsak vilkårene for å kreve erstatning i tilknytning til en anbudskonkurranse. De vil derfor bli besvart samlet. Tredje spørsmål gjelder bevisbyrde ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Fjerde spørsmål gjelder hvilke argumenter en oppdragsgiver kan påberope seg i sitt forsvar mot et erstatningskrav, og bevisbyrden i den forbindelse. Med sine to siste spørsmål søker lagmannsretten i hovedsak å bringe på det rene i hvilket omfang likebehandlingsprinsippet innebærer et krav til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger gitt i tilbud. Siden de to siste spørsmål er forbundet med hverandre, anser EFTA-domstolen det hensiktsmessig å besvare dem samlet.

#### *Første og annet spørsmål*

#### *Innledende bemerkninger*

- 46 Med sitt første spørsmål spør den anmodende domstol om håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller andre bestemmelser i direktivet er til hinder for regler som gjør retten til erstatning betinget av visse kriterier. Det vises til disse kriterier i underspørsmål 1a som skyld og som et krav om at oppdragsgivers atferd

“må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte”, i underspørsmål 1b som at det må foreligge en “vesentlig feil” hvor skyld inngår som et moment i en større helhetsvurdering, og i underspørsmål 1c som at det må være begått en “vesentlig, grov og åpenbar feil”. Med sitt andre spørsmål spør lagmannsretten om et brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, i seg selv kan utgjøre et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” som gir rett til erstatning.

- 47 Det synes å være omtvistet om og i hvilken grad disse spørsmål gjenspeiler vilkårene i nasjonal lovgivning og deres fortolkning i nasjonale domstoler.
- 48 EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å besvare første og andre spørsmål samlet.

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 49 *Fosen-Linjen* anfører at prinsippet om EØS-statens erstatningsansvar ikke kan anvendes på krav om erstatning knyttet til en anbudskonkurranse. Selv om reglene om statlig erstatningsansvar likevel kunne anvendes etter håndhevelsesdirektivet, ville de måttet tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen bør følge tilnærmingen EU-domstolen anvendte i *Strabag m.fl.*, som ville være helt i tråd med tilnærmingen i *Combinatie*. Et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, og som ikke overlater noen skjønnsfrihet til oppdragsgiver, utgjør i seg selv et tilstrekkelig kvalifisert brudd som gir rett til erstatning etter håndhevelsesdirektivet dersom de øvrige vilkår for å kreve erstatning også er oppfylt. Siden AtB valgte å undertegne en to-årskontrakt med Norled, uten anbudskonkurranse, anfører Fosen-Linjen at det ikke hadde noe annet rettsmiddel tilgjengelig enn å fremme krav om erstatning.
- 50 AtB anser det som tvilsomt at kontrakten har grenseoverskridende interesse. Følgelig besvarer den spørsmålene bare subsidiært. AtB gjør gjeldende at vilkårene for å tilkjenne erstatning avhenger av nasjonal lovgivning. I Norge er disse vilkår utviklet gjennom rettspraksis. Vilråene for å tilkjenne erstatning for tapt fortjeneste er vesentlig forskjellige fra vilråene for å tilkjenne erstatning for kostnaden ved å inngi tilbud. Imidlertid tilsvaret ingen av vilråene nevnt av den anmodende domstol det ansvarsgrunnlaget som gjelder i norsk rett.
- 51 Når det gjelder vilråene for erstatningsansvar, anmoder AtB EFTA-domstolen om å basere sin avgjørelse på *Combinatie*, i motsetning til *Strabag m.fl.*, som en videreutvikling av tilnærmingen i *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79) slik at nasjonal lovgivning ikke kan la erstatningsansvar avhenge av et vilkår basert på et skyldbegrep som går lengre enn “tilstrekkelig kvalifisert brudd”. Av særlig betydning er effektivitetsprinsippet. Den kombinerte virkning av tilgjengelige rettsmidler er avgjørende ved vurderingen av om en nasjonal klageordning er effektiv.
- 52 Ifølge AtB gjaldt *Strabag m.fl.* en bestemmelse om erstatning for påløpte kostnader. Å etablere objektivt ansvar for tapt fortjeneste ville være betraktelig mer byrdefullt, samtidig som det ikke ville virke mer avskrekkende enn ansvar basert på en tilstrekkelig kvalifisert feil. Vilråene etter norsk rett for å tilkjenne erstatning i slike tilfelle gjør det

ikke praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser gir. Følgelig må de anses som tilstrekkelig effektive. Oppdragsgiver har en omfattende skjønnsfrihet i avgjørelsen om å avlyse en konkurranse, selv i tilfeller der konkurransen er fullt ut omfattet av direktiv 2004/18/EF.

- 53 På spørsmål fra dommerne under rettsmøtet om en offentlig oppdragsgiver handler i egenskap av å være en offentlig myndighet (*acta juri imperii*) eller i egenskap av privatrettslig subjekt, det vil si utfører en forretningsmessig handling (*acta juri gestionis*), gjorde AtB gjeldende at tildeling av en offentlig kontrakt er en forretningsmessig handling. På ytterligere spørsmål fra dommerne hevdet AtB likevel at det bare var *Combinatie* som var relevant for å etablere statlig erstatningsansvar i slike tilfelle.
- 54 *Den norske stat* anfører at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke fastsetter noen spesifikke krav for tilkjenning av erstatning. Dermed er det prinsippet om statlig erstatningsansvar som må legges til grunn. Manglende skjønnsfrihet kan innebære at et brudd er et "tilstrekkelig kvalifisert brudd". En misforståelse av EØS-retten om offentlige kontrakter kan ikke i seg selv anses å være et "tilstrekkelig kvalifisert brudd" som utløser ansvar. Det vil være nødvendig også å vurdere i hvilken grad bestemmelsen som er brutt, er klar og presis. Slik den norske stat ser det, er norsk lovgivning forenlig med vilkåret om at det må foreligge et "tilstrekkelig kvalifisert brudd".
- 55 Som svar på en uttalelse fra en av dommerne om at statlig erstatningsansvar vanligvis gjelder feil begått av den lovgivende myndighet, regjeringen eller domstolene, anførte den norske stat at *Combinatie* slo fast at håndhevelsesdirektivet gir konkret uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar når det gjelder offentlige anskaffelser.
- 56 *ESA* anfører at ved mangel på EØS-rettslige bestemmelser på området er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Etter *Combinatie* må håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c betraktes som et uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er imidlertid klart til hinder for en nasjonal regel som begrenser retten til erstatning til overtredelser hvor det foreligger skyld. Ved vurderingen av om et brudd er «tilstrekkelig kvalifisert», må nasjonale domstoler ta en rekke faktorer i betraktning. Selv om en del av vilkårene beskrevet av den anmodende domstol i første spørsmål, kan spille en viss rolle i en større helhetsvurdering, kan imidlertid ikke EØS-statene begrense virkeområdet for statlig erstatningsansvar ved å innføre ytterligere vilkår eller vurderingstemaer. Med hensyn til det andre spørsmål anfører *ESA* at overtredelse av en regel som ikke gir staten noen skjønnsfrihet i gjennomføringen, vil være nok til å fastslå at det foreligger et "tilstrekkelig kvalifisert brudd" dersom regelen er klar og entydig. Dermed vil en av de faktorer som må tas i betraktning i den anmodende domstols vurdering, være hvor klar den overtrådte regel er.
- 57 På spørsmål fra dommerne under rettsmøtet om statlig erstatningsansvar etablerer en høy terskel for krav om erstatning, særlig med henblikk på dommene i *Brasserie du*

*Pêcheur*, som omtalt over, eller *Dr Jürgen Tschannett*, sak E-6/00, Sml. 2000–2001 s. 203, anførte ESA at vilkåret om et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” ikke alltid innebærer en høy terskel. Dersom kriteriet anvendes korrekt, regelen i seg selv er klar, og der den ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør kriteriet om “tilstrekkelig kvalifisert brudd” anses som oppfylt.

- 58 *Kommisjonen* anfører at et brudd på en tilstrekkelig klar regel i EU-retten som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør betraktes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Regelverket for offentlige anskaffelser har vært gjenstand for omfattende harmonisering siden 1970-årene, og EU-domstolen har ansett mange av reglene fastsatt i direktiver om offentlige anskaffelser tilstrekkelig klare og presise til å ha direkte virkning. Oppdragsgivere plikter dessuten å fastsette tildelingskriterier og formulere disse på en måte som er både klar og presis. De er også forpliktet til å anvende de kriterier de selv har formulert. Følgelig begrenser disse kriterier oppdragsgivernes egen skjønnsfrihet. *Strabag m.fl.* begrenser ikke erstatning til tilfelle der det foreligger skyld hos oppdragsgiver, eller der bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser er særlig kvalifisert.
- 59 Under rettsmøtet la *Kommisjonen* til at forsøket på å “importere” et vilkår fra generelle prinsipper til håndhevelsesdirektivet vekker bekymring. Håndhevelsesdirektivet harmoniserer rettsmidler. Det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar bør gjelde bare der slik harmonisering ikke er gjennomført. Ettersom krav om erstatning ofte er det eneste rettsmiddel som er tilgjengelig, bør det ikke gjøres vanskeligere eller mindre fordelaktig å oppnå erstatning enn andre typer rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i *Strabag m.fl.* Håndhevelsesdirektivet er klart på det punkt at enhver overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser bør følges opp og bør ikke gå upåttalt hen fordi overtredelsen ikke er “tilstrekkelig kvalifisert”.
- 60 Under rettsmøtet anførte *Kommisjonen* videre at den nasjonale domstol i *Combinatie* reiste tvil om hvem bruddet på lovgivningen om offentlige anskaffelser måtte tilskrives. Særlig var det tvil om bruddet kunne tilskrives oppdragsgiver, en domstol eller tredjemann. Dette var et spørsmål som måtte avgjøres etter nederlandsk rett. Følgelig er *Combinatie* med rette nokså tilbakeholden når det gjelder spørsmålet om erstatning.

#### Rettens bemerkninger

- 61 Det følger av første og andre betraktning til direktiv 2004/18/EF at dets formål er å forenkle og modernisere de nasjonale framgangsmåter for tildeling av offentlige kontrakter for å legge til rette for fritt varebytte, etableringsrett, friheten til å yte tjenester og å åpne slike kontrakter for konkurranse (jf. *Ambisig* mot *AICP*, C-46/15, EU:C:2016:530, avsnitt 51).
- 62 Som det fremgår av betraktning 2, 4 og 46 til direktiv 2004/18/EF, tar ordningen etablert under direktivet sikte på å unngå konkurransevridning mellom private tilbydere og sikre overholdelse av prinsippene om gjennomsiktighet, ikke-diskriminering og likebehandling (jf. *Ambisig*, som omtalt over, avsnitt 38).

- 63 Risikoen for konkurransevridning forårsaket av fortrinnsbehandling av enkelte operatører i forhold til andre, er alltid til stede i tilfeller der en offentlig oppdragsgiver beslutter å overlate driften av visse tjenester til et foretak (jf. uttalelsen fra generaladvokat Kokott i *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 43).
- 64 Videre handler en offentlig oppdragsgiver i en sak som den foreliggende ikke i egenskap av å være en offentlig myndighet (*actum jure imperii*) når den gjennomfører en anbudskonkurranse. Dette er det motsatte av hva som er situasjonen når en nasjonal lovgiver gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser eller de nasjonale domstoler avsier dommer som anvender prinsippene fastsatt i EØS-lovgivningen. En anbudskonkurranse tar snarere sikte på inngåelse av en kontrakt med rettsvirkning mellom partene (*inter partes*), som omfatter en forretningsmessig handling. På spørsmål fra dommerne ble dette bekreftet av AtB under rettsmøtet.
- 65 Selv om direktiv 2004/18/EF hovedsakelig inneholder saksbehandlingsregler som fastsetter en ramme for effektiv og forsvarlig bruk av offentlige midler, er altså disse regler også ment å beskytte de næringsdrivendes interesser (jf. for eksempel *Kommisjonen mot Tyskland*, C-20/01 og C-28/01, EU:C:2003:220, avsnitt 35).
- 66 Håndhevelsesdirektivet er nært beslektet med direktiv 2004/18/EF og tar, som det fremgår av de tre første betraktninger i fortalen, sikte på å fastsette tilfredsstillende rettsmidler som sikrer overholdelse av relevante EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 67 Et annet grunnleggende mål med håndhevelsesdirektivet er å skape rammevilkår som gir tilbydere i en offentlig anbudskonkurranse tilgang til rettsmidler på en måte som er så ensartet som mulig for alle foretak som er aktive på det indre marked. Som det også fremgår av tredje og fjerde betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet, skal dermed like vilkår være sikret. Dette vil i siste instans medvirke til at det offentlige anbudsmarked åpnes for konkurranse i hele EØS.
- 68 Videre er bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet ment å beskytte tilbydere mot vilkårlig atferd fra oppdragsgivers side, og er utformet for å sikre effektiv anvendelse av EØS-reglene ved tildeling av offentlige kontrakter (jf. *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, avsnitt 59).
- 69 For å oppnå dette resultat er EØS-statene etter håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 forpliktet til å treffe de nødvendige tiltak for å sikre en effektiv og så rask behandling som mulig av klager på beslutninger truffet av oppdragsgivere. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c fastsetter at de tiltak som treffes med hensyn til slik klagebehandling, må omfatte bestemmelser som gir myndighet til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse av lovgivning om offentlige anskaffelser. Imidlertid sier verken artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i håndhevelsesdirektivet noe om vilkårene for å tilkjenne erstatning som et rettsmiddel på området for offentlige anskaffelser.

- 70 I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området er det derfor i prinsippet opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. De nasjonale regler der disse vilkår er fastsatt, må likevel være i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet (jf. dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90 og rettspraksis som det vises til der).
- 71 Det bør imidlertid bemerkes at ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 og sjette betraktning i fortalen ikke på noen måte tilsier at en overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser som kan gi grunnlag for en rett til erstatning for en person som har blitt skadelidende, bør ha visse særtrekk (jf. *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 35).
- 72 Videre må håndhevelsesdirektivet leses i lys av de grunnleggende rettigheter, særlig retten til et effektivt rettsmiddel.
- 73 I denne sammenheng peker EFTA-domstolen på at selv om det er å foretrekke at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser bringes til opphør før en offentlig kontrakt trer i kraft, kan det forekomme tilfelle der det ikke er mulig å rette opp et slikt brudd annet enn ved erstatning. For eksempel har EØS-statene etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 6 annet ledd rett til å begrense kompetansen til den instans som er ansvarlig for klagebehandlingen, etter kontraktsinngåelsen som følger tildelingen, til å tilkjenne skadeserstatning.
- 74 På bakgrunn av den grunnleggende rett til et effektivt rettsmiddel må det være mulig for forbigåtte tilbydere å oppnå dom for at det har funnet sted et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv under omstendigheter der de andre rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet er utelukket.
- 75 Faktisk kan erstatning som rettsmiddel etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, i gitte tilfelle, utgjøre et prosessuelt alternativ som er forenlig med effektivitetsprinsippet som ligger til grunn for direktivets mål om å sikre effektiv klagebehandling, kun der muligheten for erstatning ikke er mer avhengig enn de andre rettsmidler fastsatt i artikkel 2 nr. 1, av at domstolen kommer til at det foreligger skyld hos oppdragsgiver (jf. *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 39).
- 76 Erstatning har som sådan et tredelt mål: å kompensere for eventuelle tap som er lidd, å gjenopprette tilliten til effektiviteten av gjeldende regelverk, og å avskrekke oppdragsgivere fra å opptre på denne måte, noe som vil bedre overholdelsen av gjeldende regelverk for fremtiden. Ansvar gjennom erstatning kan også utgjøre et sterkt insentiv for aktsomhet i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, som i siste instans vil bidra til å forebygge sløsing med ressurser og tvinge oppdragsgiver til å vurdere særtrekkene ved det enkelte marked. Hvis ansvar var utelukket, ville dette kunne føre til at den oppdragsgiver ikke la bånd på seg.
- 77 Det er allerede fastslått at en nasjonal regel som gjør tilkjenning av erstatning betinget av bevis for skyld eller bedrageri, ville gjøre erstatningssøksmål vanskeligere og mer



kostbare, og dermed svekke effektiviteten av regelverket for offentlige anskaffelser. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er derfor til hinder for nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning for en oppdragsgivers overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser betinget av at det foreligger skyld (jf. *Kommisjonen mot Portugal*, C-70/06, EU:C:2008:3, avsnitt 42, og *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 45). Det samme må gjelde om retten til erstatning generelt er utelukket eller begrenset til særlige tilfelle. Dette ville for eksempel være tilfelle hvis overtredelsen måtte være av en viss alvorlighetsgrad for at oppdragsgivers ansvar skulle utløses, mens oppdragsgiver ved mindre alvorlige brudd ville kunne unndra seg ansvar.

- 78 Videre ville en begrensning av mulighetene til å kreve erstatning kunne innebære at oppdragsgivere ville bli mindre villige til å overholde de relevante vilkår i EØS-regelverket for offentlige kontrakter, eller gjøre dem mindre aktsomme i gjennomføringen av en anbudskonkurranse. Et krav om at bare overtredelser av en viss alvorlighetsgrad kan gi grunnlag for et krav om erstatning, kan også være i strid med målet om å skape like vilkår for de tilgjengelige rettsmidler på området for offentlige anskaffelser. Avhengig av omstendighetene ville da et brudd på en bestemmelse i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser kunne utløse erstatningsansvar i én EØS-stat, og ikke i en annen. Under slike omstendigheter ville økonomiske operatører støte på betydelige vansker med å vurdere oppdragsgiveres potensielle erstatningsansvar i ulike EØS-stater.
- 79 En regel som krever at overtredelsen må være av en viss type eller alvorlighetsgrad, ville dermed i siste instans vesentlig undergrave håndhevelsesdirektivets mål om et effektivt og raskt rettslig vern. Det ville også være i strid med målene i direktiv 2004/18/EF, som er å garantere fri bevegelighet for tjenester og sikre åpen konkurranse på like vilkår på dette område i alle EØS-statene.
- 80 Alvorlighetsgraden av overtredelsen av EØS-reglene om offentlige kontrakter er derfor irrelevant når det gjelder å tilkjenne erstatning. Videre er det ikke avgjørende for å tilkjenne erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c om det ved bruddet på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, om det foreligger en vesentlig feil, eller om det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil.
- 81 Et krav om erstatning vil likevel kun føre frem dersom visse andre vilkår er oppfylt, slik som vilkåret om at det må foreligge en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom bruddet som er begått og skaden som er påført.
- 82 I lys av det ovenstående må svaret på første og andre spørsmål være at tilkjenning av erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke er betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter

håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det må foreligge en årsakssammenheng.

*Det tredje spørsmål*

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 83 *Fosen-Linjen* anfører at EFTA-domstolen i sin vurdering av det tredje spørsmål bør følge den tilnærming EU-domstolen har angitt i *Strabag m.fl.* og *C-275/03 Kommisjonen mot Portugal*. Håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet er følgelig til hinder for en nasjonal regel med beviskrav som beskrevet i dette spørsmål.
- 84 *AtB* gjør gjeldende at vilkårene for å tilkjenne erstatning etter norsk rett er i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Beviskravet som etter norsk rett må oppfylles for et krav om erstatning for tapt fortjeneste og for tilbudskostnader, er betydelig mindre strengt enn i mange andre europeiske land og det nivå som følger av Underrettens rettspraksis.
- 85 *Den norske stat* gjør gjeldende at etter prinsippet om statlig erstatningsansvar er det et krav om en “direkte årsakssammenheng” mellom bruddet på en EØS-rettslig regel og skaden som er påført. Hva som utgjør en “direkte årsakssammenheng”, er et forhold som er underlagt EØS-statenes prosessuelle autonomi. Underretten har konsekvent lagt til grunn at for at en forbigått tilbyder skal kunne tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, må tilbyderen bevise med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at han ville ha fått kontrakten dersom reglene om offentlige kontrakter var blitt overholdt. I denne sammenheng kan ikke beskyttelse av rettighetene til enkeltpersoner variere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller et fellesskapsorgan som er ansvarlig for skaden. EØS-retten er følgelig ikke til hinder for et krav om årsakssammenheng som beskrevet i det tredje spørsmål når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som følge av et brudd på EØS-regelverket om offentlige kontrakter.
- 86 Med hensyn til det tredje spørsmål gjør *ESA* gjeldende at dette er begrenset til krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Det er opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, med forbehold for prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Anmodningen synes ikke å reise noen særlige problemstillinger knyttet til ekvivalens. Når det gjelder effektivitet, vil et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser bare medføre tap av fortjeneste for tilbyderen dersom han var berettiget til å bli tildelt kontrakten i utgangspunktet. En rett til å bli tildelt kontrakten, med et tilknyttet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil potensielt bare foreligge under særlige omstendigheter. I den foreliggende sak foreligger det ingen slike særlige omstendigheter. Etter ESAs oppfatning synes en regel som beskrevet i dette spørsmål, derfor ikke å være i strid med effektivitetsprinsippet.
- 87 *Kommisjonen* forstår også det tredje spørsmål slik at det utelukkende gjelder den positive kontraktsinteresse. Beviskravet er langt på vei uregulert i EUs regelverk for

offentlige anskaffelser. Følgelig faller beviskravet inn under den prosessuelle autonomi i medlemsstatene, som må overholde prinsippene om effektivitet og ekvivalens.

#### Rettens bemerkninger

- 88 Med sitt tredje spørsmål søker den anmodende domstol hovedsakelig veiledning om beviskravet ved krav om erstatning for tapt fortjeneste. Det fremgår av anmodningen at den forbigåtte tilbyder må bevise med “klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt” at han ville blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen.
- 89 I mangel av spesifikke EØS-rettslige bestemmelser om kravet om årsakssammenheng, er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette de aktuelle kriterier, som må overholde prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Reglene for årsakssammenheng og beviskrav må således ikke være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende søksmål i nasjonal rett, og de må ikke gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve retten til erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c.
- 90 Det følger av effektivitetsprinsippet og retten til erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at en person som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse av lovgivning om offentlige anskaffelser, i prinsippet også må ha mulighet til å kreve erstatning for tapt fortjeneste. Likevel må det skilles klart mellom tilkjenning av erstatning for tilbudskostnader og tilkjenning av erstatning for tapt fortjeneste. Som anført av både ESA og Kommisjonen, synes det tredje spørsmål først og fremst å gjelde beviskravet ved krav om erstatning for påstått tapt fortjeneste.
- 91 Det er en forutsetning for oppfyllelse av kravet om direkte årsakssammenheng at den forbigåtte tilbyder har lidd et faktisk tap av fortjeneste. Et slikt tap kan ikke foreligge i en situasjon der den forbigåtte tilbyder ikke har hatt noe gyldig krav på kontrakten.
- 92 Effektivitetsprinsippet er til hinder for en nasjonal regel som gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning for tapt fortjeneste. Det å kreve at tilbyderen må bevise med “klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt” at han ville ha blitt tildelt kontrakten dersom lovgivningen om offentlige anskaffelser ikke var blitt brutt, er imidlertid ikke i seg selv i strid med effektivitetstesten.
- 93 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om kravet i den omtvistede nasjonale regel overholder effektivitetsprinsippet.
- 94 Svaret på det tredje spørsmål må derfor bli at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.

*Det fjerde spørsmål*

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 95 *Fosen-Linjen* anfører at saken står og faller på den faktiske årsakssammenheng. EU-domstolens avgjørelse i *GAT* (C-315/01, EU:C:2003:360) fastsetter at erstatningskrav ikke kan avvises på grunnlag av andre feil som påberopes av oppdragsgiver. Den avgjørende faktor i den foreliggende sak er om *Fosen-Linjen* ville ha fått kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen og Norleds tilbud følgelig var blitt avvist. Selv om andre feil skulle bli funnet å være relevante for vurderingen av om det forelå en årsakssammenheng, er det oppdragsgiver som må påvise at slike feil foreligger. En nasjonal regel hvoretter bevisbyrden flyttes over på tilbyder, ville legge en for stor byrde på tilbyder, siden det i prinsippet ikke er noen grense for hvilke andre feil og omstendigheter oppdragsgiver kan påberope seg for å “styre unna” erstatningsansvar i en bestemt sak.
- 96 *AtB* er av den oppfatning at det fjerde spørsmål spør om erstatning for tapt fortjeneste kan tilkjennes når avlysningen av konkurransen var lovlig, selv om *AtB* ikke var nødt til å avlyse konkurransen. Dersom konkurransen ble rettmessig avlyst, finnes det imidlertid ingen årsakssammenheng mellom feilen og det påståtte tap av fortjeneste. Håndhevelsesdirektivet regulerer ikke kravet til årsakssammenheng. Videre ville det å kompensere en forbigått tilbyder for tapt fortjeneste i tilknytning til en kontrakt som vedkommende aldri ville ha blitt tildelt, være i strid med hovedmålene i direktiv 2004/18/EF. Dette kunne til og med innebære en uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. I denne sammenheng er *GAT* ikke relevant. *AtB* anfører videre at selskapet ikke er villig til å kompensere *Fosen-Linjen* for tilbudskostnadene siden *Fosen-Linjen* valgte å inngi et tilbud vel vitende om at tildelingskriteriet “miljø” ikke var ledsaget av et effektivt dokumentasjonskrav.
- 97 *Den norske stat* gjør gjeldende at relevant EØS-rett ikke er til hinder for at en oppdragsgiver kan gå fri fra et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved å påberope seg andre grunner for avlysning enn den begrunnelse som er gitt i avlysningsbeslutningen. En saksøker kan ikke ha rett på erstatning for positiv kontraktsinteresse i en situasjon der inngåelsen av den aktuelle kontrakt ville ha vært ulovlig etter EØS-regelverket for offentlige kontrakter. Videre er verken håndhevelsesdirektivet eller effektivitetsprinsippet til hinder for en nasjonal regel som beskrevet i det fjerde spørsmål.
- 98 *ESA* gjør gjeldende at det fjerde spørsmål er begrenset til krav om erstatning for tapt fortjeneste, siden omstendighetene beskrevet i dette spørsmål ville være et ineffektivt forsvar i en sak om tilbudskostnader. Det foreligger ikke noen direkte årsakssammenheng mellom bruddet på EØS-retten og eventuell tapt fortjeneste i tilfelle der kontrakten ikke kunne ha blitt inngått på lovlig vis. Med hensyn til andre del av fjerde spørsmål, som gjelder bevisbyrden, gjør *ESA* gjeldende at det er opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, og at anmodningen ikke reiser noen bestemte problemstillinger knyttet til prinsippene om ekvivalens eller effektivitet.

99 Slik *Kommisjonen* ser det, gjaldt EU-domstolens avgjørelse i *GAT* en lignende problemstilling. Den eneste forskjell mellom *GAT* og den foreliggende sak er at oppdragsgiver i den foreliggende sak til slutt avlyste konkurransen for deretter å lyse den ut på nytt. Alle forbigåtte tilbydere fikk dermed en ny mulighet til å søke om kontrakten. Dette kan ha betydning for vurderingen av omfanget av skaden den forbigåtte tilbyder er blitt påført. Dette har imidlertid ingen betydning for den opprinnelige tildelings beslutningens potensielle ulovlighet og det faktum at den forbigåtte tilbyder kunne ha blitt påført skade på grunn av denne beslutning.

#### Rettens bemerkninger

- 100 Ved sitt fjerde spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak veiledning med hensyn til om nasjonale regler hvoretter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg andre feil enn dem som er påberopt av den forbigåtte part, som begrunnelse for å avlyse konkurransen, er i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Andre del av fjerde spørsmål er knyttet til de nasjonale bestemmelser om bevisbyrde i en slik sammenheng.
- 101 EFTA-domstolen bemerker innledningsvis at det må være balanse mellom de ulike interessene i saken. Selv om oppdragsgivers erstatningsansvar for eventuelle feil som er begått, i prinsippet generelt fremmer overholdelsen av det gjeldende regelverk, kan et overdrevent erstatningsansvar påføre oppdragsgiver for store forebyggingskostnader, svekke fleksibiliteten i gjeldende regelverk og til og med føre til uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. Videre kan et overdrevent erstatningsansvar friste oppdragsgiver til å gjennomføre konkurranser som åpenbart er urettmessige eller innebærer inngrep i avtalefriheten.
- 102 Når det gjelder tilbudskostnader, kan det ikke være avgjørende for å tilkjenne erstatning om feilen saksøker påberoper seg, er den samme feil som oppdragsgiver påberoper seg, og som førte til at oppdragsgiver avlyste konkurransen. En tilbyder som er blitt skadelidende på grunn av en feil begått av oppdragsgiver, kan ikke nektes retten til å kreve erstatning for den skade denne beslutning førte til, med den begrunnelse at anbudskonkurransen uansett var beheftet med feil som følge av en annen urettmessig beslutning (jf. *GAT*, som omtalt over, avsnitt 54).
- 103 Ved vurderingen av et krav om erstatning for tilbudskostnader kan imidlertid andre momenter være relevante, for eksempel om en rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder har tatt vanlige forholdsregler ved utarbeidelsen av tilbudet, eller om tilbudet var inngitt i god tro. Disse momenter må imidlertid ikke gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en saksøker å oppnå erstatning for tilbudskostnadene.
- 104 AtB har gjort gjeldende at Fosen-Linjen ikke kan kreve sine tilbudskostnader dekket, da selskapet valgte å inngi et tilbud vel vitende om at et av tildelingskriteriene var ulovlig. Det synes imidlertid som om AtB selv var uvitende, eller i det minste usikker på, om miljøtildelingskriteriet AtB hadde brukt, var ulovlig. Under slike omstendigheter virker det usannsynlig at en velinformert og normalt aktsom tilbyder kunne ha vært klar over at det aktuelle tildelingskriterium var ulovlig.

- 105 Når det gjelder krav om erstatning for tapt fortjeneste, må det bemerkes at direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1 implisitt åpner for muligheten til ikke å tildele en kontrakt. Følgelig har oppdragsgiver ingen plikt til å føre anbudskonkurransen til ende. Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen forutsatt at den avlyses i samsvar med EØS-retten, at oppdragsgiver begrunner avlysningen, og at beslutningen om avlysning kan prøves rettslig (jf. *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, avsnitt 40 og 41 og 48 til 51).
- 106 Det kan være situasjoner der for eksempel en prosessuell feil bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses og gjennomføres på nytt, for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 95).
- 107 Hvis det foreligger en slik feil, innebærer det at det ville ha vært et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å inngå en kontrakt med den forbigåtte tilbyder. Under slike omstendigheter er det følgelig ikke noen direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen som er begått og den oppståtte skade på den positive kontraktsinteresse. Det har ingen betydning om feilen ble påberopt av oppdragsgiver tidlig i prosedyren eller på et senere stadium.
- 108 Håndhevelsesdirektivet regulerer ikke bevisbyrden ved erstatningskrav fra en forbigått tilbyder. Det er derfor i prinsippet opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette reglene for bevisbyrde, med forbehold om prinsippene om ekvivalens og effektivitet.
- 109 Det må imidlertid minnes om at en beslutning om å avlyse en anbudskonkurranse må kunne prøves rettslig og overholde EØS-retten. Oppdragsgiver må begrunne sin beslutning om å trekke konkurransen tilbake slik at det skal kunne foretas en effektiv rettslig prøving av beslutningen (jf., ved analogi, *HI*, som omtalt over, avsnitt 53, og uttalelse fra generaladvokat Poiarens Maduro i *Kommisjonen mot Hellas*, C-250/07, EU:C:2008:734, punkt 28). I en situasjon der en oppdragsgiver i sitt forsvar mot et krav om erstatning påberoper seg en feil som førte den til å avlyse konkurransen, er det oppdragsgiveren som må bevise at den aktuelle feil foreligger og godtgjøre at avlysningsbeslutningen overholder EØS-retten.
- 110 Svaret på det fjerde spørsmål må derfor være at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom konkurransen, på grunn av en feil oppdragsgiver har begått, ble avlyst i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv i et tilfelle der feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil enn den saksøker har påberopt seg. Det er oppdragsgiver som må bevise at det foreligger en slik feil og begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen.

#### *Det femte og sjette spørsmål*

##### Innledende bemerkninger

- 111 Ved sitt femte og sjette spørsmål søker den anmodende domstol å avklare de relevante momenter i tilknytning til prinsippet om likebehandling når den skal vurdere om en

oppdragsgivers kontroll av et tildelingskriterium overholder EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. Den anmodende domstol spør særlig om hvor nøyaktige opplysningene gitt i tilbudet må være, om en sanksjon til en viss grad kan tre i stedet for effektiv kontroll, og om oppdragsgiver kan ta hensyn til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet. Siden disse spørsmål og underspørsmål er nært forbundet med hverandre, vil EFTA-domstolen vurdere dem samlet.

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 112 *Fosen-Linjen* gjør gjeldende at EU-domstolen har behandlet dokumentasjonskravet i *EVN og Wienstrom*, en avgjørelse som baserte seg på de grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet. *EVN og Wienstrom* må forstås slik at den krever at oppdragsgiver i konkurransen ber om dokumentasjon som kan brukes til å foreta en rimelig kontroll av nøyaktigheten av opplysningene som er gitt, og at oppdragsgiver faktisk gjennomfører en slik vurdering. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet kan ikke innebære at den forespurte dokumentasjon skal knyttes spesifikt til det aktuelle tildelingskriterium når oppdragsgiver faktisk har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og kontrollert opplysningene opp mot denne. EØS-retten krever heller ikke at oppdragsgivere velger én bestemt dokumentasjonsmetode i den utstrekning det finnes andre relevante, rimelige og pålitelige metoder for å kontrollere nøyaktigheten av opplysningene gitt i tilbudet.
- 113 *AtB* er av den oppfatning at ifølge *EVN og Wienstrom* gjorde mangelen på dokumentasjon tildelingskriteriet "miljø" i den foreliggende sak ulovlig. En konkurranse må avlyses dersom oppdragsgiver har inntatt et ulovlig tildelingskriterium i konkurransedokumentene. Dersom det kan godtgjøres at en feil ikke hadde noen betydning for utfallet av konkurransen, er imidlertid oppdragsgiver ikke forpliktet til å avlyse konkurransen.
- 114 *Den norske stat* gjør gjeldende at prinsippet om likebehandling krever at et tildelingskriterium for å være lovlig må ledsages av et krav om dokumentasjon fra tilbyderen som gjør det mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll av at de opplysninger tilbyderen har gitt under det aktuelle tildelingskriterium, er korrekte og nøyaktige. Likebehandlingsprinsippet kan imidlertid ikke danne grunnlag for å pålegge et særlig strengt og spesifikt kontrollkrav. Følgelig må det være tilstrekkelig at tilbyderen legger frem dokumentasjon som gjør det mulig for oppdragsgiver å kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene som er gitt under tildelingskriteriet er korrekte og nøyaktige. Med hensyn til det sjette spørsmål anfører den norske stat at likebehandlingsprinsippet ikke er til hinder for at dokumentasjonskravet kan være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet, dersom denne dokumentasjon er tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene er korrekte og nøyaktige.
- 115 *ESA* anfører at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke inneholder noen generell forpliktelse til å kontrollere opplysningene som er relatert til tildelingskriterier. Oppdragsgiver må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling. Dette prinsipp forhindrer blant annet at oppdragsgiver på vilkårlig vis kun kontrollerer

opplysninger gitt av én av tilbyderne. Når det gjelder det sjette spørsmål, gjør ESA gjeldende at et tilbud utgjør et hele. Oppdragsgiver kan derfor basere en kontroll av opplysninger på dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet. Oppdragsgiver må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling.

- 116 *Kommisjonen* er av den oppfatning at det må tas hensyn til det faktum at den aktuelle konkurranse var en konkurranse med forhandlinger. I og med at tilpasninger av tilbudet er et vanlig trekk ved konkurranser med forhandlinger, synes det ikke å være problematisk at oppdragsgiver støtter seg på opplysninger som er gitt andre steder i tilbudet, så lenge alle tilbydere gis den samme grad av fleksibilitet. Med hensyn til kontrollkravet anfører *Kommisjonen* at det er den anmodende domstol som har best forutsetninger for å vurdere om kontrollen oppdragsgiver utførte var tilstrekkelig, siden den har kjennskap til alle de faktiske forhold. *Kommisjonen* gjør også gjeldende at “effektiv kontroll” innebærer en prosess som gjør det mulig for oppdragsgiver å bringe på det rene at et tilbud oppfyller kravene som er fastsatt av oppdragsgiver. Prinsippet om likebehandling krever at vurdering og kontroll av tekniske opplysninger som er gitt av forskjellige tilbydere foretas ved bruk av samme metode, slik at tilbudene kan sammenlignes og oppdragsgiver kan velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

#### Rettens bemerkninger

- 117 Det står oppdragsgiver fritt å velge de kriterier den vil basere tildelingen av en kontrakt på, forutsatt at formålet med kriteriene er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Slike kriterier må ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet når det gjelder hvilken tilbyder kontrakten tildeles (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der).
- 118 Prinsippet om likebehandling krever at tilbyderne må ha det samme utgangspunkt både når de utformer sine tilbud og når oppdragsgiver vurderer tilbudene. Tildelingskriteriene må derfor være formulert på en slik måte at det er mulig for alle rimelig velinformerte og normalt aktsomme tilbydere å tolke dem på samme måte (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 47 og 57 og rettspraksis som det vises til der).
- 119 Den foreliggende sak knytter seg til en konkurranse med forhandling. Det fremgår av anmodningen at en rekke spørsmål til konkurransegrunnlaget ble stilt, besvart, og gjort tilgjengelig for tilbyderne før utløpet av tilbudsfristen. Under disse omstendigheter er det sannsynlig at en rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder ville være i stand til å oppklare eventuelle usikkerhetsmomenter i opplysningene oppdragsgiver har bedt om, før innlevering av sitt tilbud. Siden svarene på spørsmålene dessuten ble gjort tilgjengelig for alle tilbydere, synes det som om alle de berørte tilbydere sto på like fot da de skulle utarbeide sine respektive tilbud. Dette er det imidlertid opp til den anmodende domstol å avgjøre.
- 120 Med hensyn til oppdragsgivers vurdering av tilbudene innebærer prinsippet om likebehandling at tildelingskriteriene må anvendes på en objektiv og ensartet måte på alle tilbydere. Dette prinsipp innebærer videre et krav om gjennomsiktighet. En objektiv og åpen vurdering av de ulike tilbud forutsetter at oppdragsgiver er i stand til å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne har gitt i sine tilbud, og



av om tilbudene oppfyller tildelingskriteriene (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 48 til 50 og rettspraksis som det vises til der).

- 121 For at oppdragsgiver skal kunne foreta en objektiv sammenligning av de inngitte tilbud, må han fastslå om de fremlagte opplysninger er troverdige, særlig om tilbyder vil være i stand til å levere det han har tilbudt i sitt tilbud. Oppdragsgiver må være i stand til å kontrollere at tilbudet oppfyller dens krav. Det tilkommer den nasjonale domstol å vurdere om så var tilfelle i den underliggende konkurranse.
- 122 Den anmodende domstol må også ta hensyn til forholdsmessighetsprinsippet. Behovet for et dokumentasjonskrav må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet om å kontrollere om opplysningene fremlagt av tilbyder, er troverdige og oppfyller oppdragsgivers krav. Følgelig kan kontrollkravet ikke strekke seg så langt som til å kreve at oppdragsgiver fastslår med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at alle opplysninger fremlagt i hvert enkelt tilbud er entydige.
- 123 Et tilbud skal betraktes som et hele som ikke består av separate, uavhengige deler. Oppdragsgiver kan derfor ta alle opplysninger i et tilbud i betraktning så lenge den har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og behandler alle tilbydere likt.
- 124 På grunnlag av det ovenstående må svarene på det femte og sjette spørsmål bli at tildelingskriteriene i en anbudsprosedyre må være formulert på en måte som tillater enhver rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver er videre forpliktet til å kontrollere at opplysningene fremlagt av tilbyder er troverdige i den forstand at den aktuelle tilbyder er i stand til å levere det som er tilbudt, og at det aktuelle tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Kontrollkravet må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Så lenge alle tilbydere behandles likt, kan oppdragsgiver se hen til enhver opplysning som er fremlagt i tilbudet, for å utføre en effektiv kontroll av opplysningene knyttet til tildelingskriteriene. Det er opp til den anmodende domstol å vurdere, sett hen til prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, om disse vilkår er overholdt i anbudsprosedyren hovedsaken gjelder.

## **V Saksomkostninger**

- 125 Omkostninger som er påløpt for den norske stat, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

### EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Frostating lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Tilkjenning av erstatning etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c er ikke betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil, eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det foreligger en årsaksammenheng.**
- 2. Direktiv 89/665/EØF er ikke til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.**
- 3. Direktiv 89/665/EØF er ikke til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom konkurransen, på grunn av en feil oppdragsgiver har begått, ble avlyst i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv i et tilfelle der feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil enn den oppdragsgiver har påberopt seg. Det er oppdragsgiver som må bevise at det foreligger en slik feil, og begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen.**
- 4. Tildelingskriteriene i en anbudsprosedyre må være formulert på en måte som tillater enhver rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver er videre forpliktet til å kontrollere at opplysningene fremlagt av tilbyder er troverdige i den forstand at den aktuelle tilbyder er i stand til å levere det som er tilbudt, og at det aktuelle tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Kontrollkravet må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Så lenge alle tilbydere behandles likt, kan oppdragsgiver se hen til enhver opplysning som er fremlagt i tilbudet, for å utføre en effektiv kontroll av opplysningene knyttet til tildelingskriteriene. Det er opp til den anmodende domstolå vurdere, sett hen til prinsippene om**

**likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, om disse vilkår er overholdt i anbudsprosedyren hovedsaken gjelder.**

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Benedikt Bogason

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 31. oktober 2017.

Jørgen Reinholdtsen  
Fungerende justissekretær

Carl Baudenbacher  
President