



## RETTSMØTERAPPORT

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 for denne domstol 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.

### **I Innledning**

1. Ved brev 24. oktober 2016, registrert ved EFTA-domstolen 31. oktober 2016 som sak E-16/16, innga Frostating lagmannsrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for lagmannsretten mellom Fosen-Linjen AS («Fosen-Linjen») og AtB AS («AtB»). I sin anmodning ber lagmannsretten om svar på seks spørsmål.

2. Saken for den anmodende domstol gjelder en anke fra Fosen-Linjen over en dom avsagt av Sør-Trøndelag tingrett. Tingretten avviste Fosen-Linjens krav om erstatning, som er knyttet til en anbudskonkurranse gjennomført av AtB.

### **II Rettslig bakgrunn**

#### *EØS-rett*

3. 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 EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5.

4. Håndhevelsesdirektivet ble endret ved europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter (EUT 2007 L 335, s. 31 og EØS-tillegg 2015 nr. 76, s. 918) («direktiv 2007/66»). Direktiv 2007/66 er innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011 (EUT 2011 L 262, s. 54, og EØS-tillegg 2011 nr. 54, s. 68) og er også innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5. Forfatningsrettslige krav ble meddelt og ble oppfylt i september 2012. Beslutningen trådte følgelig i kraft 1. november 2012, og EFTA-statenes frist for å gjennomføre direktivet utløp samme dato.

5. Betraktning 3 i fortalet til håndhevelsesdirektivet lyder:

*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.*

6. Betraktning 6 i fortalet 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.*

7. Betraktning 7 i fortalet til håndhevelsesdirektivet lyder:

*Når foretakene ikke fremsetter klage, vil visse overtredelser ikke kunne bringes til opphør, med mindre det innføres en særskilt mekanisme.*

8. Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 tredje ledd lød på det relevante tidspunkt som følger:

*1. [...]*

*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 offentlige innkjøp, eller med nasjonale bestemmelser som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.*

9. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c lød på det relevante tidspunkt som følger:

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 overtrødelse.

10. 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) («direktiv 2004/18») er innlemmet i EØS-avtalen 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). På det relevante tidspunkt var det innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 2. De siste forfatningsrettslige krav som var meddelt etter EØS-avtalen artikkel 103, ble oppfylt 17. april 2007. I samsvar med artikkel 3 i EØS-komiteens vedtak nr. 68/2006 trådte beslutningen i kraft 18. april 2007.

11. Direktiv 2004/18 artikkel 21 lyder:

*Kontrakter som gjelder tjenester oppført i vedlegg II B, er utelukkende underlagt artikkel 23 og artikkel 35 nr. 4.*

12. Direktiv 2004/18 artikkel 23 lyder:

*1. De tekniske spesifikasjonene, som definert i nr. 1 i vedlegg VI, skal angis i kontraktsdokumentene, for eksempel i kunngjøringer av kontrakter, anbudsgrunnlag eller tilleggsdokumenter. Når det er mulig skal disse tekniske spesifikasjonene defineres slik at det tas hensyn til tilgjengelighetskriterier for funksjonshemmede personer eller utforming for alle brukere.*

*2. Tekniske spesifikasjoner skal gi anbydere lik adgang og ikke føre til uberettigede hindringer for åpning for konkurranse i markedet for offentlige kontrakter.*

*3. Uten at rettslig bindende nasjonale tekniske regler berøres, skal de tekniske spesifikasjonene, i den grad de er forenlige med Fellesskapets regelverk, utformes:*

a) *enten ved henvisning til tekniske spesifikasjoner som definert i vedlegg VI og, i prioritert rekkefølge, til nasjonale standarder som innarbeider europeiske standarder, europeiske tekniske godkjenninger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder, andre tekniske referansesystemer utarbeidet av de europeiske standardiseringsorganer eller — dersom slike ikke finnes*

— til nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av arbeidene og bruk av produktene. Hver henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»,

- b) eller i form av ytelses- eller funksjonskrav; de sistnevnte kan omfatte miljøegenskaper. Slike parametere må imidlertid være tilstrekkelig presise til at det er mulig for anbydere å fastslå kontraktsgjenstanden og for offentlige oppdragsgivere å tildele kontrakten,
- c) eller i form av ytelses- eller funksjonskrav som nevnt i bokstav b), for å påvise at slike ytelses- eller funksjonskrav antas å være oppfylt, med henvisning til spesifikasjonene nevnt i bokstav a),
- d) eller ved henvisning til spesifikasjonene nevnt i bokstav a) for visse egenskaper, og ved henvisning til ytelses- eller funksjonskravene nevnt i bokstav b) for andre egenskaper.

4. Dersom en offentlig oppdragsgiver benytter seg av muligheten til å henvise til spesifikasjonene nevnt i nr. 3 bokstav a), kan den ikke avvise et anbud med den begrunnelse at de tilbudte varer og tjenester ikke oppfyller spesifikasjonene den har henvist til, når anbyderen i sitt anbud på en hensiktsmessig måte som den offentlige oppdragsgiver anser å være tilfredsstillende, godtgjør at løsningene som foreslås, på en likeverdig måte oppfyller kravene som er definert i de tekniske spesifikasjonene.

En hensiktsmessig måte kan være i form av teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ.

5. Dersom en offentlig oppdragsgiver benytter seg av muligheten fastsatt i nr. 3 til å fastsette ytelses- eller funksjonskrav, kan den ikke avvise et anbud som gjelder varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid som er i samsvar med en nasjonal standard for innarbeiding av en europeisk standard, med en europeisk teknisk godkjenning, en felles teknisk spesifikasjon, en internasjonal standard eller et teknisk referansesystem utarbeidet av et europeisk standardiseringsorgan, dersom disse spesifikasjonene gjelder ytelses- eller funksjonskravene som den offentlige oppdragsgiver har fastsatt.

I sitt anbud skal anbyderen på en hensiktsmessig måte godtgjøre til den offentlige oppdragsgivers tilfredsstillelse at varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet i samsvar med standarden oppfyller den offentlige oppdragsgivers ytelses- eller funksjonskrav.

En hensiktsmessig måte kan være i form av teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ.

6. Dersom offentlige oppdragsgivere fastsetter miljøegenskaper i form av ytelses- eller funksjonskrav som nevnt i nr. 3 bokstav b), kan de anvende detaljerte spesifikasjoner, eller om nødvendig deler av disse, som definert for europeiske eller (multi-)nasjonale miljømerker eller andre miljømerker, forutsatt at:

- disse spesifikasjonene er egnet til å definere egenskapene til varene eller tjenestene som er kontraktens gjenstand,
- kravene for merket er utarbeidet på grunnlag av vitenskapelige opplysninger,
- miljømerkene er vedtatt etter en framgangsmåte der alle berørte parter, for eksempel offentlige organer, forbrukere, produsenter, distributører og miljøorganisasjoner, kan delta, og
- de er tilgjengelige for alle berørte parter.

Offentlige oppdragsgivere kan angi at varer og tjenester som er påført miljømerket, antas å være i samsvar med de tekniske spesifikasjonene i anbudsgrunnlaget; de skal godta annen egnet dokumentasjon, som for eksempel teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ.

7. I denne artikkel menes med «anerkjente organer» prøvings- og kalibreringslaboratorier samt sertifiserings- og kontrollorganer som oppfyller gjeldende europeiske standarder.

Offentlige oppdragsgivere skal godta sertifikater fra anerkjente organer som er etablert i andre medlemsstater.

8. Med mindre kontraktsgjenstanden berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt fabrikat eller en bestemt opprinnelse, eller til en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden i henhold til nr. 3 og 4 ikke er mulig; en slik henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».

13. Direktiv 2004/18 artikkel 35 nr. 4 lyder:

4. Offentlige oppdragsgivere som har tildelt en offentlig kontrakt eller inngått en rammeavtale, skal sende en kunngjøring av resultatene av framgangsmåten ved tildeling innen 48 dager etter tildelingen av kontrakten eller inngåelsen av rammeavtalen.

*For rammeavtaler som inngås i samsvar med artikkel 32, er ikke offentlige oppdragsgivere forpliktet til å sende en kunngjøring av resultatene av tildelingen for hver enkelt kontrakt som bygger på denne avtalen.*

*Offentlige oppdragsgivere skal sende en kunngjøring av resultatet av tildelingen av kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning innen 48 dager etter tildelingen av hver kontrakt. De kan imidlertid sende slike kunngjøringer gruppevis for hvert kvartal. I så fall skal de sende de grupperte kunngjøringene innen 48 dager etter utgangen av hvert kvartal.*

*Når det gjelder offentlige kontrakter om yting av tjenester som er oppført på listen i vedlegg II B, skal offentlige oppdragsgivere i kunngjøringen angi om de gir samtykke til offentliggjøring. I samsvar med framgangsmåten fastsatt i artikkel 77 nr. 2, skal Kommisjonen for slike tjenestekontrakter fastsette regler for hvordan statistiske rapporter på grunnlag av slike kunngjøringer skal utarbeides og offentliggjøres.*

*Enkelte opplysninger om kontraktstildeling eller inngåelse av rammeavtaler trenger ikke å offentliggjøres dersom dette ville være til hinder for håndheving av loven eller på annen måte være i strid med allmennhetens interesse, til skade for bestemte offentlige eller private markedsdeltakers rettslige forretningsinteresser eller hindre rettfærdig konkurranse mellom disse.*

14. Vedlegg II B til direktiv 2004/18 inneholdt følgende punkt:

Kategori	Beskrivelse	CPV-referansenummer	CPV-referansenummer
19	Sjøtransport	72	Fra 61000000-5 til 61530000-9, og fra 63370000-3 til 63372000-7

*Nasjonal rett*<sup>1</sup>

15. De norske regler 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»).

16. LOA § 11 lød slik:

*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.*

<sup>1</sup> Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

17. 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<sup>2</sup> konstaterte imidlertid Norges Høyesterett at en forbigått tilbyder har krav på erstatning dersom tre vilkår er oppfylt. 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.

18. I en senere dom avsagt i 2008,<sup>3</sup> 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.

### III Faktum og saksgang

#### *Bakgrunn*

19. Fosen-Linjen er 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 et antall større fergeoperatører, som Norled AS («Norled»), og en del mindre fergeoperatører aktive i Norge.

20. I Sør-Trøndelag administreres kollektivtransporttilbudet gjennom et eget selskap, AtB, som har til oppgave å planlegge og markedsføre kollektivtrafikken og kjøpe inn transporttjenester. Sør-Trøndelag fylkeskommune har det overordnede ansvar for kollektivtransporten i fylket.

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

#### *Konkurransen*

22. 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.

23. 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.

---

<sup>2</sup> Det vises til Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 1062.

<sup>3</sup> Det vises til Høyesteretts dom i Rt. 2008 s. 1705.

24. Tvisten i den foreliggende sak knytter seg til Pakke 1, som gjelder forbindelsen Brekstad – Valset. Det var etterspurt to ferger i Pakke 1.

25. 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.

26. AtB evaluerte tilbudene. De evaluerte tildelingskriteriene var «Pris» (50 %), «Miljø» (25 %) og «Kvalitet» (25 %). Hvert av tildelingskriteriene ble gitt poeng på en skala fra 1–10, 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.

27. Under kriteriet «Kvalitet» måtte tilbyderne blant annet gi en beskrivelse av de tilbudte fartøy.

28. Det som ble evaluert under tildelingskriteriet «Miljø», var det drivstofforbruk som var angitt i tilbudene for de to fergene i forbindelsen Brekstad – Valset. Det ble ikke stilt noe krav om at tilbyderne skulle vise hvordan drivstofforbruket var beregnet, eller at tilbyderne skulle oppgi hvilke forutsetninger beregningene bygget på.

29. Som svar på spørsmål på en tilbudskonferanse i juni 2013 angående dokumentasjonskravet for miljøkriteriet, valgte AtB å innta en ny sanksjon som skulle gjelde i kontraktperioden. Denne innebar at avvik fra drivstofforbruket oppgitt i tilbudet på over 10 % ved gjennomføringen av kontrakten, 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.

30. Ved brev 17. desember 2014 [sic] orienterte AtB interessentene om at Norled ville bli tildelt kontrakten. Norled var gitt 9,39 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng, mens den tredje interessenten 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.

31. 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.

32. Karensperioden var opprinnelig satt til 6. januar 2014.

#### *Forføyningssaken og avlysningen av konkurransen*

33. 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 og påla Fosen-Linjen å reise regulært søksmål for å få avklart tvisten. Etter anke



fra AtB, kom lagmannsretten ved kjennelse 17. mars 2014 til samme resultat som tingretten.

34. I denne forbindelse anførte AtB med hensyn til kontrollkravene at selskapet hadde «på grunnlag av egen kompetanse og erfaring, et godt grunnlag for å fastslå at Norled hadde oppgitt et realistisk drivoljeforbruk». AtB gjør ikke lenger gjeldende dette synspunkt.

35. Etter lagmannsrettens kjennelse avlyste AtB konkurransen på grunn av feilene som var begått. Ved brev 30. april 2014 opplyste selskapet om at det hadde bestemt seg for ikke å påanke kjennelsen av 17. mars 2014. AtB mente at kjennelsen ikke ga selskapet noe annet valg enn å avlyse konkurransen. Det ble i denne forbindelse vist til at lagmannsretten hadde kommet til at AtB ikke hadde etablert et forsvarlig grunnlag for evalueringen, og at selskapet 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.

36. Senere inngikk AtB kontrakt med Norled om drift av fergestrekningen Brekstad – Valset for 2015 og 2016 og med Boreal Transport Nord AS for 2017 and 2018. 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.

#### *Sakene for tingretten og lagmannsretten*

37. Den 27. februar 2014 tok Fosen-Linjen ut stevning mot AtB. Ved fraværdsdom satte tingretten kontraktstildelingen til Norled til side og tilkjente Fosen-Linjen 5 millioner kroner i erstatning. Ved kjennelse 20. november 2014 opphevet lagmannsretten fraværdsdommen og ga AtB oppfriskning. Saken ble så returnert til tingretten. Fosen-Linjens krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ble inntatt i saken ved prosesskriv 4. mars 2015. Siden AtB hadde avlyst konkurransen, og Fosen-Linjen ikke hadde angrepet denne beslutning, var saken nå begrenset til å gjelde krav om erstatning.

38. Ved dom 2. oktober 2015 frifant tingretten AtB både for kravet om erstatning for negativ kontraktsinteresse og kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

39. Med hensyn til tildelingskriteriet «Miljø» la tingretten til grunn at især følgende parametere var sentrale for beregningen av drivoljeforbruk:

- Skrogmotstand, som er spesielt avhengig av skipets deplasement (vannmassen/volumet skipet fortrenger og som igjen henger sammen med faktorer som vekt og valg av materiale), fartøylinjer og rutehastighet.
- Propulsjonsvirkningsgrad, altså valget av fremdrifts-/propellsystem.

- Det spesifikke oljeforbruket, som eksempelvis beror på valg av motortype og eventuelt muligheten til å kjøre motoren mest mulig på de effektive nivåene, ref. hybridløsningen.
- Elektrisk og mekanisk overføringstap.
- Hotellasten, altså energien som kreves til hjelpesystemer så som ventilasjon, kjøling, oppvarming, pumper osv.
- Sjømargin under transitt (altså motstand av vær og vind under overfarten).

40. 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 ikke hadde etterspurt informasjon om noen av de parameterne som var sentrale for beregning av drivoljeforbruk, i konkurransegrunnlaget, og at ingen av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivoljeforbruket på tilbudstidspunktet.

41. I et obiter dictum la tingretten også til grunn at tilbudene ikke inneholdt informasjon som gjorde det mulig å foreta en effektiv kontroll av det drivoljeforbruk tilbyderne hadde oppgitt i tilbudene.

42. Fosen-Linjen anket 30. oktober 2015 tingrettens dom til den anmodende lagmannsrett.

43. 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*<sup>4</sup> og *Strabag*<sup>5</sup> med EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie*.<sup>6</sup> Den opplyser også om at partene er uenige om konsekvensene av EU-domstolens dom i *Wienstrom*<sup>7</sup> når det gjelder kravene til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger.

#### IV Spørsmål

44. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

**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**

---

<sup>4</sup> Det vises til dommen i *Kommisjonen mot Portugal*, C-275/03, EU:C:2004:632.

<sup>5</sup> Det vises til dommen i *Strabag m.fl.*, C-314/09, EU:C:2010:567.

<sup>6</sup> Det vises til dommen i *Combinatie Spijker m.fl.*, C-568/08, EU:C:2010:751.

<sup>7</sup> Det vises til dommen i *EVN og Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651.

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?**

## **V Skriftlige innlegg**

45. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Fosen-Linjen, representert ved advokat Anders Thue,
- AtB, representert ved advokat Goud Helge Homme Fjellheim,
- Den norske stat, representert ved advokat Helge Røstum, Regjeringsadvokaten, seniorrådgiver Carsten Anker, Utenriksdepartementet, 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.

## **VI Sammendrag av fremsatte anførsler og forslag til svar**

### *Fosen-Linjen*

46. Fosen-Linjen anfører innledningsvis at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er uttrykkelig fastsatt i direktiv 2004/18 artikkel 2 og allerede anerkjent av EU-domstolen.<sup>8</sup> Prinsippet om likebehandling innebærer et krav om gjennomsiktighet.<sup>9</sup> Disse prinsipper er videre grunnleggende prinsipper etter EØS-

---

<sup>8</sup> Det vises til dommen i *Kommisjonen mot Danmark*, C-243/89, EU:C:1993:257, avsnitt 33.

<sup>9</sup> Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 49.

avtalen og må overholdes hver gang offentlige kontrakter inngås.<sup>10</sup> Effektivitetsprinsippet – et annet grunnleggende EØS-rettslig prinsipp – er inntatt i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1.

47. I denne forbindelse gjør Fosen-Linjen gjeldende at tilnærmingen til effektivitet i *Simmenthal*<sup>11</sup> er mer egnet i den foreliggende sak enn den tilnærming som ble fulgt i *Rewe*.<sup>12</sup> Fosen-Linjen bemerker at EU-domstolen har anvendt *Simmenthal*-tilnærmingen til effektivitet i saker som gjelder fellesskapslovgivning om offentlige anskaffelser.<sup>13</sup>

48. Når det gjelder de forelagte spørsmål, anfører Fosen-Linjen at EFTA-domstolen bør vurdere dem i lys av den generelle kontekst og mål for erstatningssøksmål.<sup>14</sup> I den foreliggende sak var Fosen-Linjens eneste mulige rettsmiddel å kreve erstatning fra AtB.

49. Med hensyn til første og andre spørsmål, som Fosen-Linjen vurderer samlet, anfører Fosen-Linjen at selv om det ved første øyekast kan være vanskelig å forene *Strabag* og *Combinatie*, er det ikke overraskende at EU-domstolen ikke foretok noen vurdering av effektivitetsaspektet i sistnevnte sak, siden den simpelthen ikke hadde noen grunn til å gjøre det.

50. Fosen-Linjen gjør gjeldende, med henvisning til juridisk teori<sup>15</sup> som støtte, at kriteriet om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes på erstatningskrav i anbudssaker som omfattes av håndhevelsesdirektivet. En slik tilnærming ville til og med kunne gjøre håndhevelsesdirektivets bestemmelser om erstatning overflødige. Videre ville det å overse sammenhengen med offentlige anskaffelser og anvende kriteriet om statlig erstatningsansvar faktisk være i strid med håndhevelsesdirektivets formål, som er å styrke eksisterende ordninger.<sup>16</sup> Konklusjonen er at doktrinen om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes alene, uten å ta hensyn til prinsippene fastsatt i håndhevelsesdirektivet. Følgelig kan ikke et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på loven settes som vilkår for å tilkjenne erstatning.

---

<sup>10</sup> Det vises til punkt 1.1 i fortolkende kommisjonsmelding av 23. juni 2006 om «the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives» (EUT 2006 C 179, s. 2).

<sup>11</sup> Det vises til dommen i *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, avsnitt 22 og 23.

<sup>12</sup> Det vises til dommen i *Rewe Zentralfinanz*, 33/76, EU:C:1976:188, avsnitt 5.

<sup>13</sup> Det vises til dommen i *Kommisjonen mot Portugal*, C-70/06, EU:C:2008:3, avsnitt 42.

<sup>14</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 34.

<sup>15</sup> Det vises til Steen Treumer, «Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules», i Fairgrieve og Lichère (red.), *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy* (2011), s. 122 til 124; Carina Risvig Gamer, *Grundlæggende udbudsretten* (2016), s. 829; Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg, *EU udbudsretten* (3. utg., 2016), s. 664; og Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law* (2016), s. 70 til 71.

<sup>16</sup> Det vises til dommen i *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746.

51. Fosen-Linjen gjør imidlertid gjeldende at selv om statlig erstatningsansvar skulle kunne anvendes etter håndhevelsesdirektivet, må det tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen bør følge den tilnærming EU-domstolen fastsatte i *Strabag*. Dette ville være helt i samsvar med EU-domstolens tilnærming i *Combinatie* og anvendelsen av statlig erstatningsansvar. I den saken anerkjente EU-domstolen uttrykkelig at effektivitetsprinsippet begrenser den prosessuelle autonomi.<sup>17</sup>

52. I denne forbindelse anfører Fosen-Linjen at ethvert brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser allerede gir tilstrekkelig grunnlag for å tilkjenne erstatning. Et krav i nasjonal lovgivning som fastsetter at oppdragsgivers feil som medfører bruddet på EØS-retten, må være vesentlig, grov og åpenbar for at erstatning skal kunne tilkjennes, er utelukket etter håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet.

53. Videre gjør Fosen-Linjen gjeldende at oppdragsgiver ikke kan frita seg selv fra potensielt erstatningsansvar ved å vise til en skjønnsmargin når det er lite eller begrenset skjønn som spiller inn.<sup>18</sup> Dette er også i tråd med *Strabag*.<sup>19</sup>

54. Fosen-Linjen anser følgelig at et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og som ikke overlater noen skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som gir rett til erstatning etter håndhevelsesdirektivet dersom de øvrige vilkår for å kreve erstatning også er oppfylt.

55. Når det gjelder det tredje spørsmål, anfører Fosen-Linjen at EFTA-domstolen bør følge den tilnærming som er angitt av EU-domstolen i *Strabag* og *Kommisjonen mot Portugal*.<sup>20</sup> Oppfatningen om at bevisbyrden for en skades årsakssammenheng ikke kan være for streng, støttes også av generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*.<sup>21</sup> Håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet utelukker en nasjonal bestemmelse som innebærer at krav om erstatning for å bøte på et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, er betinget av at tilbyderer klarer å bevise med klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen.

---

<sup>17</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 92.

<sup>18</sup> Det vises til sak E-2/12 *HOB-vín ehf.*, Sml. 2013 s. 818, avsnitt 129 og 130.

<sup>19</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 41. Det vises også til Wolfgang Wurmnest og Christian Heinze, «General Principles of Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Justice», i Schulze (red.), *Compensation of Private Losses – the Evolution of Torts in Business Law* (2011), s. 64.

<sup>20</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, og *Kommisjonen mot Portugal*, C-275/03, som omtalt over.

<sup>21</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, C-568/08, EU:C:2010:515, avsnitt 34.

56. Med hensyn til det fjerde spørsmål gjør Fosen-Linjen gjeldende at faktisk årsakssammenheng er avgjørende. Rettspraksis gir støtte for synspunktet om at oppdragsgiver ikke kan fritta seg selv fra erstatningsansvar ved å påberope seg en mangel på årsakssammenheng som skyldes andre feil som ikke ble påberopt under konkurransens gang.<sup>22</sup> Krav kan ikke avvises på grunnlag av feil som påberopes av oppdragsgiver på et senere tidspunkt, og som ikke ble påberopt under konkurransens gang. Også når det gjelder statlig erstatningsansvar er det den faktiske årsakssammenheng som er avgjørende for å fastslå årsakssammenheng mellom feilen og tapet.<sup>23</sup> Det som er avgjørende i den foreliggende sak, er dermed om Fosen-Linjen ville ha fått kontrakten dersom AtB ikke hadde begått feilen og om Norleds tilbud ville ha blitt avvist. Å teste kravet til årsakssammenheng opp mot alle potensielle hypotetiske rettslige og faktiske omstendigheter ville være i strid med håndhevelsesdirektivets krav til effektive sanksjoner og med effektivitetsprinsippet.

57. Selv om andre feil skulle bli funnet å være relevante for vurderingen av årsakssammenhengen, gjør Fosen-Linjen gjeldende subsidært at det er oppdragsgiver som må påvise at slike feil foreligger. En nasjonal regel hvoretter tilbyder har bevisbyrden for å påvise at andre slike feil som oppdragsgiver påberoper seg etter konkurransen, ikke foreligger, ville legge en for stor byrde på tilbyder. På området for offentlige anskaffelser er det i prinsippet ingen grenser for hvilke andre feil og omstendigheter oppdragsgiver kan påberope seg for å «styre unna» erstatningsansvar i en bestemt sak.

58. Ifølge Fosen-Linjen er den foreliggende sak illustrerende i så måte. AtB hevder at selskapets eget tildelingskriterium «Miljø» var ulovlig, og at en tildeling til Fosen-Linjen basert på denne konkurranse derfor også ville ha vært ulovlig. Følgelig må muligheten for erstatning utelukkes. AtB hadde derimot ingen vansker med å tildele Pakke 2 i samme konkurranse til Fosen-Linjen basert på de samme tildelingskriterier. Omvendt bevisbyrde er dessuten et ukjent begrep i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.<sup>24</sup>

59. Når det gjelder femte og sjette spørsmål, anfører Fosen-Linjen at omfanget av dokumentasjonskravet ble vurdert av EU-domstolen i *Wienstrom*.<sup>25</sup> I den saken baserte EU-domstolen sine konklusjoner på de grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet.<sup>26</sup> Partene er enige om at det må være mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll av opplysningene som er gitt i tilbudene. Det anføres imidlertid at prinsippene som ble vektlagt i *Wienstrom*, ikke innebærer annet enn en plikt for oppdragsgiver til å sikre at dokumentasjonen som

---

<sup>22</sup> Det vises til dommen i *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*, C-315/01, EU:C:2003:360, avsnitt 56.

<sup>23</sup> Det vises til generaladvokat Légers uttalelse i *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:207, avsnitt 151.

<sup>24</sup> Det vises, ved analogi, til dommen i *Kommisjonen mot Hellas*, C-394/02, EU:C:2005:336, avsnitt 33.

<sup>25</sup> Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over.

<sup>26</sup> Samme sted, avsnitt 47 til 51.

kreves i konkurransen, vil gjøre det mulig for oppdragsgiver å kontrollere at opplysningene som er gitt, virker rimelige. Oppdragsgiver må så kontrollere opplysningenes pålitelighet opp mot innkomne dokumenter. Kontrollkravet må være forholdsmessig ut fra den aktuelle anskaffelse.

60. Fosen-Linjen anfører at dens standpunkt støttes av generaladvokat Mischos uttalelse i *Wienstrom*.<sup>27</sup> Generaladvokat Mischo erkjente at det ikke var enkelt for oppdragsgiver å identifisere kilden til strømmen som ble levert, men påpekte at det fantes flere måter dette kunne gjøres på.<sup>28</sup> I lys av generaladvokat Mischos uttalelse må *Wienstrom* 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.

61. Prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet kan ikke innebære at den forespurte dokumentasjon skal knyttes spesifikt til det aktuelle tildelingskriterium når oppdragsgiver faktisk krevde samme dokumentasjon fra alle tilbydere og kontrollerte opplysningene opp mot denne.

62. I den foreliggende sak anfører Fosen-Linjen at AtB under tildelingskriteriet «Kvalitet» blant annet ba om en beskrivelse av fartøyene. Disse opplysninger kan tas i betraktning ved kontroll av nivået av drivljetforbruk som er tilbudt under tildelingskriteriet «Miljø». Videre var det ingen forvirring med hensyn til hvilke opplysninger AtB skulle ta i betraktning i sin vurdering under miljøkriteriet. Det er dessuten også relevant at det tilbudte nivå av drivljetforbruk skulle inntas i kontrakten som en juridisk bindende forpliktelse for leverandøren.

63. Endelig gjør Fosen-Linjen gjeldende at siden det kan finnes ulike kontrollmetoder, må kontrollkravet under EØS-retten også overholde forholdsmessighetsprinsippet. EØS-retten krever ikke at oppdragsgivere velger én bestemt dokumentasjonsmetode i den utstrekning det finnes andre relevante, rimelige og pålitelige metoder for å kontrollere nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne har gitt i tilbudet.

64. Fosen-Linjen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på denne måte:

1. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten utelukker nasjonale regler som gjør erstatning for brudd på nasjonale regler som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser betinget av*

---

<sup>27</sup> Det vises til generaladvokat Mischos uttalelse i *Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:121, avsnitt 39 til 44.

<sup>28</sup> Samme sted, avsnitt 48.



- a) *at det foreligger skyld, og at 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. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten må fortolkes slik at et brudd fra en oppdragsgivers side på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv skal være tilstrekkelig til å gi rett til erstatning, forutsatt at det foreligger et økonomisk tap og en årsakssammenheng mellom bruddet og det økonomiske tap.*
  3. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten er til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning der tilkjenning av erstatning er betinget av at saksøkende tilbyder 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 feilen som påberopes som grunnlag for kravet.*
  4. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten er til hinder for nasjonale regler hvoretter et krav om erstatning blir avvist eller avslått med den begrunnelse at oppdragsgiver påberoper seg andre feil han har begått, som han faktisk ikke påberopte seg under konkurransens gang, og at tilkjenningen dermed således uansett var ulovlig og at skaden tilbyderen måtte ha blitt påført, følgelig ville ha oppstått selv i fravær av den ulovlighet tilbyderen påberoper seg.*
  5. *EØS-rettens likebehandlingsprinsipp krever at oppdragsgiver i en anbudskonkurranse som faller inn under virkeområdet til direktiv 2004/18, ber om dokumentasjon som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne gir. Likebehandlingsprinsippet er oppfylt i den utstrekning den forespurte dokumentasjon gjør det mulig for oppdragsgiver faktisk å kontrollere påliteligheten av tilbyderens opplysninger innenfor rimelighetens grenser, tatt i betraktning at dokumentasjons- og kontrollkrav må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet er oppfylt dersom oppdragsgiver er i stand til å kontrollere, med en rimelig usikkerhetsmargin, for*

*eksempel pluss/minus 20 %, at et bestemt tall oppgitt av tilbyderne, er pålitelig.*

6. *Når oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger en tilbyder gir i tilknytning til et tildelingskriterium, kan likebehandlingsprinsippets krav til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysningene oppfylles ved å se hen til all relevant dokumentasjon som er forespurt i tilbudsdokumentene.*

#### AtB

65. AtB anfører innledningsvis at kontrakten i hovedsaken er en «vedlegg II B-kontrakt». Følgelig får direktiv 2004/18 bare anvendelse på deler av den. Årsaken er at tjenester oppført i vedlegg II B ikke ble ansett å ha tilstrekkelig grenseoverskridende interesse.<sup>29</sup> En kontrakt om tjenester oppført i vedlegg II B er underlagt prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet, som er utledet av TEUV artikkelene 49 og 56, dersom den aktuelle kontrakt har en viss grenseoverskridende interesse.<sup>30</sup> EU-domstolens rettspraksis viser at dette ikke betyr at bestemmelsene i direktiv 2004/18 får analogisk anvendelse. Rettspraksis tilsier imidlertid at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet medfører visse forpliktelser for oppdragsgiver.<sup>31</sup>

66. I den foreliggende sak anser AtB det som tvilsomt at kontrakten har grenseoverskridende interesse. Det finnes ingen eksempler på at utenlandske leverandører har deltatt i konkurranser om kontrakter om drift av fergesamband i Norge. De sentrale spørsmål i hovedsaken blir derfor vurdert bare for det tilfelle at lagmannsretten skulle komme til at den aktuelle kontrakt har en viss grenseoverskridende interesse.

67. Videre anfører AtB at EØS-retten ikke fastsetter noen generelle materielle eller prosessuelle rettsregler som regulerer håndhevingen av brudd på den. Utgangspunktet er følgelig nasjonal prosessuell autonomi.

68. Når det mer spesifikt gjelder offentlige anskaffelser, gjør AtB gjeldende at EUs lovgivende organer har fastsatt minstekrav. Etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c skal den nasjonale klageinstans ha myndighet til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse. Håndhevelsesdirektivet etablerer ikke noe system for vurdering av skader, og vilkårene for å tilkjenne erstatning avhenger følgelig av nasjonal lovgivning. Selv om håndhevelsesdirektivet ble revidert i 2007, fant ikke EUs

---

<sup>29</sup> Det vises til dommen i *Strong Segurança*, C-95/10, EU:C:2011:161, avsnitt 35.

<sup>30</sup> Det vises til dommen i C-507/03, *Kommissjonen mot Irland*, EU:C:2007:676, avsnitt 29.

<sup>31</sup> Det vises til dommene i *Strong Segurança*, som omtalt over; *Kommissjonen mot Irland*, C-507/03, som omtalt over; og *Kommissjonen mot Irland*, C-226/09, EU:C:2010:697.

lovgivende organer det ønskelig eller nødvendig å vedta nye bestemmelser om tilkjenning av erstatning.

69. I Norge er vilkårene for å tilkjenne erstatning hovedsakelig utviklet gjennom rettspraksis. Vilkaene for å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste er vesentlig forskjellige fra vilkårene for å tilkjenne erstatning for kostnaden ved å inngi tilbud. Dette skille er grunnleggende ikke bare i Norge, men også i de fleste europeiske land.

70. Når det gjelder første spørsmål, anfører AtB at ingen av de nevnte alternativer fullt ut tilsvarer ansvarsgrunlaget som gjelder i norsk rett for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Spørsmålene er følgelig hypotetiske. Spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til, er om håndhevelsesdirektivet krever at det tilkjennes erstatning for tap av fortjeneste basert på objektivt ansvar, eller om slik erstatning bare kan tilkjennes når oppdragsgiver har begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd. EFTA-domstolen bør følgelig omformulere det første spørsmål.

71. Når det gjelder tolkningen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, gjør AtB gjeldende at av de dommer<sup>32</sup> der denne bestemmelse tolkes, inneholder avgjørelsen i *Combinatie*<sup>33</sup> de grundigste betraktninger. I denne avgjørelse la EU-domstolen til grunn at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c gir uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar for tap og skade som er påført enkeltpersoner som følge av brudd på EU-retten.<sup>34</sup> Dette er i tråd med Underrettens tilnærming når det gjelder EU-institusjoners ansvar.<sup>35</sup>

72. På denne bakgrunn forstår AtB *Strabag*<sup>36</sup> som en videreutvikling av tilnærmingen i *Brasserie du Pêcheur*,<sup>37</sup> slik at nasjonal lovgivning ikke kan bero på et vilkår som er basert på et skyldbegrep som går lengre enn «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på fellesskapsretten. Videre legger konklusjonen i *Strabag* stor vekt på effektivitetsprinsippet.<sup>38</sup>

73. I denne forbindelse mener AtB at når det skal vurderes om en nasjonal klagebehandling er tilstrekkelig effektiv, må klagebehandlingen bedømmes på grunnlag av de tilgjengelige rettsmidlers kombinerte effekt.<sup>39</sup> Alle rettsmidler

---

<sup>32</sup> Det vises til dommene i *Kommisjonen mot Portugal*, C-275/03, som omtalt over, *Strabag*, som omtalt over, og *Combinatie*, som omtalt over.

<sup>33</sup> *Combinatie*, som omtalt over.

<sup>34</sup> Samme sted, avsnitt 87.

<sup>35</sup> Det vises til dommen i *Agriconsulting Europe mot Kommisjonen*, T-570/13, EU:T:2016:40, avsnitt 32.

<sup>36</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 45.

<sup>37</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, avsnitt 79.

<sup>38</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 45.

<sup>39</sup> Det vises til dommen i *Bulicke*, C-246/09, EU:C:2010:418, avsnitt 35.

trenger ikke å være like effektive. Tvert imot understreker betraktning 2 i fortalen til håndhevelsesdirektivet at rettsmidlene som er tilgjengelige i den prekontraktuelle fase, er de viktigste. Dette synspunkt har også støtte i rettspraksis.<sup>40</sup> Standpunktet styrkes ytterligere av det faktum at Kommisjonen ikke fant det ønskelig eller nødvendig å endre håndhevelsesdirektivet for å oppstille krav vedrørende vilkårene for at en oppdragsgiver skal kunne stilles til ansvar etter nasjonal rett for brudd på EU-regelverket for offentlige innkjøp.<sup>41</sup>

74. AtB gjør gjeldende at rettspraksis tilsier at EU-institusjoner ikke kan holdes ansvarlig for en forbigått tilbyders tap av fortjeneste.<sup>42</sup> AtB mener det er vanskelig å se hvorfor nasjonale oppdragsgivere skulle være objektivt ansvarlig for den positive kontraktsinteresse ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, mens EU-institusjoner aldri kan holdes ansvarlig.

75. I tillegg påpeker AtB at oppdragsgiver også etter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke er forpliktet til å inngå kontrakt med den tilbyder som utpekes som vinner av konkurransen. Oppdragsgiver står fritt til å avlyse konkurransen når som helst, forutsatt at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling er overholdt.<sup>43</sup>

76. AtB anfører at dommen i *Strabag* ikke kan forstås slik at den etablerer objektivt ansvar for tap av fortjeneste; i beste fall kan den forstås slik at den etablerer objektivt ansvar for tilbudskostnader. Denne konklusjon underbygges også av det faktum at *Strabag* gjaldt en bestemmelse som omhandler erstatning for påløpte kostnader (dvs. «negativ kontraktsinteresse»)<sup>44</sup>.

77. AtB gjør gjeldende at objektivt ansvar for tap av fortjeneste ville være betraktelig mer byrdefullt, samtidig som det ikke virker mer avskrekkende enn ansvar basert på en tilstrekkelig kvalifisert feil. Det er bare faktorer som oppdragsgiver kan påvirke, som vil ha en avskrekkende virkning. I mange tilfeller kan det være uklart hvilken handlemåte EØS-regelverket for offentlige anskaffelser krever, enten fordi de faktiske forhold er kompliserte, eller fordi bestemmelsen i regelverket for offentlige anskaffelser er uklar. Oppdragsgiver må imidlertid gjøre et valg. Uansett hvilket valg han gjør, vil minst én av tilbyderne bli misfornøyd. Konsekvensen av en regel om objektivt ansvar i slike tilfeller er at oppdragsgiver blir pålagt å betale den positive kontraktsinteresse to ganger. Dette ville til og med være i strid med de grunnleggende hensyn bak direktivene om

---

<sup>40</sup> Det vises til generaladvokat Mischos uttalelse i *Alcatel*, C-81/98, EU:C:1999:295, avsnitt 38 og 39; og dommen i samme sak (EU:C:1999:534, avsnitt 37 til 38).

<sup>41</sup> Det vises til Kommisjonens konsekvensutredning «Remedies in the field of public procurement», vedlagt Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (COM(2006) 195).

<sup>42</sup> Det vises til dommen i *Agriconsulting*, som omtalt over, avsnitt 91 og 95 og 96.

<sup>43</sup> Det vises til dommen i *Croce Amica One Italia*, C-440/13, EU:C:2014:2435, avsnitt 31 og 36.

<sup>44</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 7.

offentlige anskaffelser, som har til formål å sikre mest mulig effektiv bruk av offentlige midler.<sup>45</sup>

78. Videre anfører AtB at ekvivalensprinsippet ikke byr på vanskeligheter siden vilkåret om at feilen må være tilstrekkelig kvalifisert er ansvarsgrunnlaget både for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og for brudd på norsk lovgivning om offentlige anskaffelser.

79. Når det gjelder effektivitetsprinsippet, gjør AtB gjeldende at det må tas hensyn til de kombinerte virkninger av rettsmidlene som er tilgjengelige etter nasjonal rett. I betraktning av de rettsmidler som er tilgjengelige etter norsk rett, er det ingenting som tyder på at disse gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser gir.

80. I denne forbindelse påpeker AtB at Kommisjonen har lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet generelt oppfyller sine mål hva gjelder effektivitet.<sup>46</sup> Siden krav om erstatning for tapt fortjeneste oftere fører frem i Norge enn i de fleste andre land i Europa,<sup>47</sup> må erstatningssøksmål anses som et tilstrekkelig effektivt rettsmiddel i Norge. I denne forbindelse viser AtB til vilkårene for å tilkjenne erstatning i andre europeiske land.<sup>48</sup> I tillegg anfører AtB at årsakssammenhengen som kreves etter norsk rett for å tilkjenne erstatning for tilbudskostnader er en av de mest liberale i Europa.

81. Med hensyn til det andre spørsmål bemerker AtB at dette synes å være hypotetisk. Fosen-Linjen har ikke påberopt seg noe brudd på verken artikkel 23 eller artikkel 35 nr. 4 i direktiv 2004/18. Det andre spørsmål er dessuten ikke noe annet enn en omformulering av det første. AtB viser følgelig til sine anførsler under det første spørsmål.

82. Ifølge AtB kan spørsmålet om hvilke forpliktelser, om noen, prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet legger på oppdragsgiver når denne treffer

---

<sup>45</sup> Det vises til betraktning 2 i fortalet til europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (EUT 2014 L 94, s. 65).

<sup>46</sup> Det vises til Kommisjonens rapport til Europaparlamentet og Rådet om effektiviteten av direktiv 89/665/EØF og direktiv 92/13/EØF, endret ved direktiv 2007/66/EF om klagebehandling på området offentlige anskaffelser (COM(2017) 28 final).

<sup>47</sup> Det vises til to dommer avsagt av Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 og i Rt. 2007 s. 983.

<sup>48</sup> Det vises til to svenske dommer (RH 2010:48 (*Plastikkirugmålet*) og dom avsagt av Svea Hovrätt 15. februar 2011 (*Tolkmålet*)) og en avgjørelse fra det danske Klagenævnet for Udbud 15. september 2016. Det vises også til Dacian Dragos, Boganda Neamtu og Raluca Velisc, «Remedies in Public Procurement in Romania», i Treumer og Lichère (red.), *Enforcement of the EU Public Procurement Rules* (2011); Anne Rubach-Larsen, «Damages under German Law for Infringement of EU Procurement Law», *Public Procurement Law Review* (2006) nr. 4, s. 187; Martin Burgi, «Damages and EC Procurement Law: German Perspectives», i Fairgrieve og Lichère (red.), *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (2011), s. 28; Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, som omtalt over, punkt 7.2.1.5; María Fuentes, «The Spanish Approach to the Remedy of Damages in the Field of European Public Procurement», *European Procurement & Public Private Partnership Review* (2016) nr. 1, s. 49 til 52; og Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2. utg. 2005), s. 1383.

en beslutning i en konkurranse, ofte kun besvares ved kvalifisert gjetning. 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.

83. Med hensyn til det tredje spørsmål gjør AtB 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 tap av fortjeneste eller for et krav om erstatning for tilbudskostnader synes å være betydelig mindre strengt enn i mange andre europeiske land<sup>49</sup> og enn det som følger av Underrettens rettspraksis.<sup>50</sup>

84. Med hensyn til det fjerde spørsmål anfører AtB at dette synes å være hypotetisk. Spørsmålet lagmannsretten må besvare i hovedsaken er, etter AtBs oppfatning, om erstatning for tap av fortjeneste kan tilkjennes når avlysningen av konkurransen var lovlig, selv om AtB ikke var nødt til å avlyse konkurransen, men rettmessig valgte å gjøre dette. Svaret på dette må være «nei». Når konkurransen er rettmessig avlyst, finnes det ingen årsakssammenheng mellom påståtte feil og tapet av fortjeneste. Dette er også i samsvar med prinsippet om avtalefrihet og med måten problemstillingen løses på i resten av Europa.

85. Etter AtBs oppfatning ville det fjerde spørsmål dessuten bare være relevant dersom lagmannsretten skulle komme til at AtB bare kunne avlyse konkurransen dersom det hadde en forpliktelse til å gjøre dette, og dersom ingen av feilene som ble tatt opp i brevet der tilbyderne ble informert om avlysningen, resulterte i en slik forpliktelse.

86. I denne forbindelse anfører AtB at håndhevelsesdirektivet ikke regulerer kravet til årsakssammenheng. Og selv om håndhevelsesdirektivet hadde regulert dette krav, kan det ikke medføre en forpliktelse til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste i forbindelse med en kontrakt som ikke lovlig kunne ha blitt tildelt den forbigåtte tilbyder.<sup>51</sup>

87. Ifølge AtB ville det å kompensere en forbigått tilbyder for tapt fortjeneste i tilknytning til en kontrakt som vedkommende ikke er tildelt og aldri skulle ha blitt tildelt, være i strid med hovedmålet med direktiv 2004/18, som er å sikre mer effektiv bruk av offentlige midler. Dette ville videre innebære en uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. Dersom konkurransen i et slikt tilfelle ikke hadde blitt avlyst, ville dessuten de øvrige tilbydere kunne fremsette begjæring om

---

<sup>49</sup> Det vises til Hanna Schebesta, *Damages in EU Public Procurement Law*, som omtalt over, punkt 5.4.1.1; Martin Burgi, «Damages and EC Procurement Law: German Perspectives», som omtalt over, s. 35; Vera Eirò og Esperança Mealha, «Damages under Public Procurement, the Portuguese Case», i Fairgrieve og Lichère (red.), *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (2011), og María Fuentes, «The Spanish Approach to the Remedy of Damages in the Field of European Public Procurement», som omtalt over.

<sup>50</sup> Det vises til dommen i *Agriconsulting*, som omtalt over.

<sup>51</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 85.

midlertidig forføyning med sikte på å få konkurransen avlyst på grunnlag av feilen som ikke ble nevnt i brevet til tilbyderne. Avgjørelsen i *GAT*,<sup>52</sup> som Fosen-Linjen viser til, er ikke relevant i avgjørelsen av om håndhevelsesdirektivet legger noen føringer på kravet til årsakssammenheng i nasjonal rett.

88. Endelig forklarer AtB 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 dokumentasjonskrav. EU-domstolen har lagt til grunn at dette er et relevant hensyn i vurderingen av om et erstatningskrav bør føre frem.<sup>53</sup>

89. Når det gjelder spørsmålet om effektiv kontroll, gjør AtB gjeldende at EU-domstolens rettspraksis<sup>54</sup> tilsier at mangelen på dokumentasjon gjorde tildelingskriteriet «Miljø» ulovlig. I denne forbindelse har EU-domstolen slått fast at en konkurranse må avlyses dersom oppdragsgiver har inntatt et ulovlig tildelingskriterium i konkurransedokumentene.<sup>55</sup>

90. Når det mer spesifikt gjelder det femte spørsmål, anfører AtB at dette er hypotetisk. Ingen av tilbudene inneholdt opplysningene som var nødvendige for å kunne beregne de tilbudte fartøys drivstofforbruk. I tillegg baserte både Fosen-Linjen og Norled sine tilbud på fartøy som ikke ennå var bygget.

91. Når det gjelder det sjette spørsmål, anser AtB også dette for å være hypotetisk og ikke forbundet med hovedsakens faktiske forhold. Spørsmålet synes å bygge på den forutsetning at det ulovlige tildelingskriterium ikke har hatt noen innvirkning på konkurransen. Dersom det kan godtgjøres at en feil ikke hadde noen betydning for utfallet av konkurransen, er imidlertid oppdragsgiver ikke forpliktet til å avlyse konkurransen.<sup>56</sup>

92. AtB fremsetter ingen bestemte forslag til svar.

#### *Den norske stat*

93. Innledningsvis bemerker den norske stat med hensyn til de første tre spørsmål at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke stiller noen bestemte krav til vilkårene for at oppdragsgiver skal kunne stilles til ansvar. Følgelig må vilkårene som er etablert på grunnlag av prinsippet om statlig erstatningsansvar for skader som skyldes brudd på EØS-retten, legges til grunn.

---

<sup>52</sup> Det vises til dommen i *GAT*, som omtalt over.

<sup>53</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 84.

<sup>54</sup> Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 52.

<sup>55</sup> Samme sted, avsnitt 89 til 95.

<sup>56</sup> Det vises til dommen i *Evropaiki Dynamiki*, T-50/05, EU:T:2010:101, avsnitt 61.

94. Den norske stat anfører at denne konklusjon underbygges av EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie*.<sup>57</sup> Det følger av denne avgjørelsen at så lenge de tre sedvanlige vilkår for statlig erstatningsansvar er oppfylt, er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette de spesifikke kriterier, forutsatt at vilkårene er i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet.

95. Med hensyn til EU-domstolens avgjørelser i *Strabag* og *Kommisjonen mot Portugal* anfører den norske stat at EU-domstolen ikke slo fast at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c fastsetter et prinsipp om objektivt ansvar, og heller ikke uttrykkelig fastslo at bestemte krav til vilkårene for ansvar kan utledes av denne bestemmelse.

96. Den norske stat anfører at tilnærmingen som ble fulgt i *Strabag*, vanskelig lar seg forene med tilnærmingen i *Combinatie*. *Combinatie* er imidlertid i tråd med tilnærmingen som ble fulgt av Underretten for brudd på reglene om offentlige kontrakter inngått av Fellesskapets institusjoner, som anses å være tilstrekkelig effektive.

97. Underrettens praksis om Fellesskapets institusjoners ansvar for brudd på reglene om offentlige kontrakter, er videre relevant i fastsettelsen av vilkårene for å holde oppdragsgivere i EØS-statene ansvarlige for brudd på EØS-reglene om offentlige kontrakter.<sup>58</sup> Underretten har konsekvent lagt til grunn at Fellesskapets institusjoners ansvar for brudd på reglene om tildeling av offentlige kontrakter krever at det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».<sup>59</sup> Det er ingen grunn til å anvende en annen skyldstandard for EØS-statene når det gjelder brudd på EØS-reglene om offentlige kontrakter.

98. Når det gjelder de spesifikke vilkår for statlig erstatningsansvar, viser den norske stat til *Sveinbjörnsdóttir, Karlsson og Nguyen*.<sup>60</sup> EFTA-domstolen definerte i *Karlsson* hva som omfattes av vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd»<sup>61</sup>. Et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på EØS-retten er, ifølge EU-domstolens tilnærming i *Combinatie*, det relevante vilkår som bør anvendes ved avgjørelsen av om ansvar foreligger etter regelverket for offentlige anskaffelser.

99. Når det mer spesifikt gjelder det andre spørsmål, gjør den norske stat gjeldende at spørsmålet synes å være uten relevans for den foreliggende sak, da denne ikke gjelder et brudd på noen bestemt bestemmelse i EØS-retten.

---

<sup>57</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 85 til 87.

<sup>58</sup> Det vises til *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 42.

<sup>59</sup> Det vises til dommene i *Renco SpA*, T-4/01, EU:T:2003:37, avsnitt 60, *AFCO*, T-160/03, EU:T:2005:107, avsnitt 93 og *Agriconsulting*, som omtalt over, avsnitt 34.

<sup>60</sup> Det vises til sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, Sml. 1998 s. 95, avsnitt 62 til 69; sak E-4/01 *Karlsson*, Sml. 2002 s. 240, avsnitt 38; og sak E-8/07 *Nguyen*, Sml. 2008 s. 224, avsnitt 30 til 36.

<sup>61</sup> Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 38.



100. Den norske stat kommenterer spørsmålet uavhengig av dette faktum. Den anfører at EFTA-domstolen og EU-domstolen har lagt til grunn at manglende skjønn kan innebære at et brudd er et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».<sup>62</sup> Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig i seg selv, særlig ikke når det gjelder EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, hvor myndighetene er nødt til å treffe mange beslutninger innen en kort frist. Under slike omstendigheter kan ikke en misforståelse av en bestemmelse i EØS-retten om offentlige kontrakter i seg selv anses å være et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd som utløser ansvar.

101. Ifølge den norske stat ville den beste tilnærming være å vurdere i hvilken grad bestemmelsen som er brutt, er klar og presis, når det skal avgjøres om det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Dette synes å være tilnærmingen EFTA-domstolen fulgte i *HOB-vín*.<sup>63</sup>

102. Med hensyn til spørsmål 1a og 1b anfører den norske stat at vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» ikke er til hinder for at det kan finnes subjektive faktorer i vilkårene for ansvar etter nasjonal rett; det som har betydning, er om et vilkår for ansvar som inneholder subjektive faktorer, går lengre enn vilkåret om et tilstrekkelig kvalifisert brudd.<sup>64</sup>

103. Videre anfører den norske stat at den nasjonale lovgivning i dette henseende er i samsvar med vilkårene om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Det nasjonale vilkår om en «vesentlig feil» for å kunne tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteresse setter ikke en høyere terskel for å fastslå ansvar enn vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» etter EØS-retten. Det samme gjelder med hensyn til vilkårene for å tilkjenne erstatning for negativ kontraktsinteresse. Den myke eller mindre strenge form for skyld som kreves etter nasjonal rett for denne sistnevnte erstatningstypen, er et mindre restriktivt vilkår enn vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

104. Når det gjelder det tredje spørsmål, anfører den norske stat at etter prinsippet om statlig erstatningsansvar er kravet om årsakssammenheng at det må foreligge en «direkte årsakssammenheng» mellom bruddet på en EØS-rettslig regel og skaden som er påført.<sup>65</sup> Hva som utgjør en «direkte årsakssammenheng», er et forhold som er underlagt EØS-statenes prosessuelle autonomi.<sup>66</sup>

105. Ifølge den norske stat har Underretten 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

---

<sup>62</sup> Det vises til *HOB-vín*, som omtalt over, avsnitt 130, og til dommen i *Larsy*, C-118/00, EU:C:2001:368, avsnitt 38.

<sup>63</sup> Det vises til *HOB-vín*, som omtalt over, avsnitt 131.

<sup>64</sup> Det vises til generaladvokat Légers uttalelse i *Köbler*, som omtalt over, avsnitt 139.

<sup>65</sup> Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 47.

<sup>66</sup> Samme sted. Det vises også til dommen i *Danfoss A/S og Sauer-Danfoss ApS mot Skatteministeriet*, C-94/10, EU:C:2011:674, avsnitt 33 til 38.

han ville ha fått kontrakten dersom reglene om offentlige kontrakter var blitt overholdt.<sup>67</sup> Videre kan ikke beskyttelse av rettighetene til enkeltpersoner variere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller et felleskapsorgan som er ansvarlig for skaden.<sup>68</sup> EØS-retten er følgelig ikke til hinder for et krav om årsakssammenheng når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som følge av et brudd på EØS-regelverket om offentlige kontrakter, som krever at tilbyderen beviser med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at han ville ha fått kontrakten.<sup>69</sup>

106. Med hensyn til prinsippene om ekvivalens og effektivitet anfører den norske stat at de nasjonale regler ikke innebærer forskjellsbehandling mellom krav som er basert på EØS-regelverket for offentlige kontrakter, og krav som er basert på den nasjonale lovgivning om offentlige kontrakter, og at de heller ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en enkeltperson å håndheve sine rettigheter.

107. Når det gjelder det femte spørsmål, stiller den norske stat spørsmål ved om de detaljerte underspørsmål er hypotetiske og således ikke behøver å besvares av EFTA-domstolen.<sup>70</sup>

108. Med hensyn til kjernen i spørsmål 5 anfører den norske stat likevel at prinsippet om likebehandling krever at et tildelingskriterium for å være lovlig må følges av 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.<sup>71</sup> Likebehandlingsprinsippet kan imidlertid ikke danne grunnlag for å pålegge et bestemt strengt og spesifikt krav. Det å pålegge for strenge krav ville gjøre det vanskelig å anvende visse tildelingskriterier, og ville til og med kunne bidra til å begrense nyskaping. 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.

109. Med hensyn til det sjettede spørsmål er den norske stat i tvil om dette spørsmål er relevant.<sup>72</sup> Den anfører likevel 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.

---

<sup>67</sup> Det vises til dommen i *Agriconsulting*, som omtalt over, avsnitt 92 og 98.

<sup>68</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 42.

<sup>69</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over.

<sup>70</sup> Det vises til sak E-1/16 *Synnøve Finden*, dom av 15. desember 2016, ennå ikke i Sml., avsnitt 28.

<sup>71</sup> Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over.

<sup>72</sup> Det vises til *Synnøve Finden*, som omtalt over, avsnitt 28.

110. Når det gjelder det fjerde spørsmål, gjør den norske stat gjeldende at håndhevelsesdirektivet og EØS-retten 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. Tilkjenning av erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at tilbyderen ville ha vært berettiget til å få kontrakten. 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. Dette argument har også støtte i rettspraksis, som tilsier at nasjonale domstoler kan treffe tiltak for å sikre at vernet av rettigheter som fellesskapsretten sikrer, ikke medfører uberettiget berikelse av dem som nyter dem.<sup>73</sup> Avgjørelsen i *GAT* er ikke relevant for problemstillingene som tas opp i det fjerde spørsmål.

111. Endelig gjør den norske stat gjeldende at verken håndhevelsesdirektivet eller effektivitetsprinsippet er til hinder for en regel som krever at en tilbyder som fremsetter krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, må bevise at det ville ha vært lovlig å inngå kontrakten med ham.

112. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

*Spørsmål 1 og 2:*

*Direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c fastsetter ikke noen bestemte vilkår som skadeserstatning for brudd på EØS-regelverket for offentlige kontrakter må fastsettes på grunnlag av, men er et spesifikt uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar for tap og skade som er påført enkeltpersoner som følge av brudd på EØS-retten.*

*Enkeltpersoner som er blitt påført skade som følge av et brudd på EØS-regelverket for offentlige kontrakter, har derfor rett på erstatning når de tre sedvanlige vilkår for statlig erstatningsansvar er oppfylt. Når disse vilkår er oppfylt, er det nasjonal lovgivning som må bestemme kriteriene som skal ligge til grunn for fastslåelsen og estimeringen av skaden som har oppstått som følge av et brudd på EØS-retten om offentlige kontrakter, forutsatt at prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.*

*Det er i prinsippet opp til den nasjonale domstol å avgjøre om vilkårene i nasjonal rett for å tilkjenne erstatning oppfyller vilkårene for statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-retten.*

---

<sup>73</sup> Det vises til dommen i *Manfredi*, C-295/04 til C-298/04, EU:C:2006:461, avsnitt 94.

*Spørsmål 3:*

*Direktiv 89/665 og EØS-regelverket for offentlige kontrakter er ikke til hinder for en regel som krever at en forbigått tilbyder som fremsetter krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, må bevise med klar sannsynlighetsovervekt at han ville ha fått tildelt kontrakten dersom konkurransen hadde blitt gjennomført på lovlig vis og oppdragsgiver ikke hadde begått et brudd på EØS-regelverket for offentlige kontrakter.*

*Spørsmål 4:*

*Direktiv 89/665 og EØS-regelverket for offentlige kontrakter er ikke til hinder for at en oppdragsgiver kan gå fri fra et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved å påberope seg andre argumenter til støtte for sin opprinnelige beslutning om å avlyse konkurransen enn den som uttrykkelig ble nevnt da oppdragsgiver traff denne beslutning under konkurransens gang.*

*Direktiv 89/665 og EØS-regelverket for offentlige kontrakter er ikke til hinder for en regel som krever at saksøker må bevise at det ikke foreligger noen andre brudd på EØS-retten, og at konkurransen og inngåelse av kontrakten med saksøker dermed ville ha vært lovlig.*

*Spørsmål 5:*

*Prinsippet om likebehandling krever at et tildelingskriterium for å være lovlig må følges av dokumentasjon fra tilbyderen som gjør det mulig for oppdragsgiver å kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene som er gitt av en tilbyder under tildelingskriteriet, er korrekte og nøyaktige.*

*Spørsmål 6:*

*Prinsippet om likebehandling er ikke til hinder for at kravet om å legge frem dokumentasjon under et tildelingskriterium for å kunne kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene som er gitt under et tildelingskriterium, er korrekte og nøyaktige, kan oppfylles ved å se hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet.*

**ESA**

113. ESA bemerker innledningsvis at regelverket for offentlige kontrakter innebærer et høyt nivå av harmonisering av nasjonale ordninger for offentlige anskaffelser og krever at alle oppdragsgivere behandler markedsdeltakerne likt og uten forskjellsbehandling. Skadeserstatning i den etterkontraktuelle fase er nevnt som en sanksjon i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Direktivet

inneholder ingen nærmere bestemmelser, og betraktning 6 i fortalen til direktivet fastslår bare at det er nødvendig å sørge for «at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å [...] tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse». I mangel av nærmere bestemmelser om erstatning er det i prinsippet opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning som følge av en overtredelse av EØS-regler om offentlige anskaffelser.<sup>74</sup> Statenes prosessuelle autonomi begrenses i denne forbindelse bare av prinsippene om ekvivalens og effektivitet.

114. Når det gjelder rettspraksis knyttet til håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, finner ESA det vanskelig å forene EU-domstolens avgjørelser i *Combinatie* og *Strabag*, siden tilnærmingene som er fulgt i disse to avgjørelser er svært forskjellige. EFTA-domstolen bør imidlertid følge tilnærmingen som ble anvendt i *Combinatie*. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c betraktes følgelig som et uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar.

115. ESA anfører at vilkårene for statlig erstatningsansvar som EFTA-domstolen har lagt til grunn, er de samme som de EU-domstolen har lagt til grunn. Forskjeller i rettsordenene kan imidlertid begrunne forskjeller i anvendelsen av prinsippene. Nærmere bestemt har EFTA-domstolen allerede lagt til grunn at anvendelsen av prinsippene om statlig erstatningsansvar i rettsordenene i EU og EØS «may not necessarily be in all respects coextensive»<sup>75</sup>. I den foreliggende sak er den rettslige kontekst den samme i de to rettsordener. Det er derfor ingen grunn til å anvende prinsippet på en annen måte i EØS i den foreliggende sak.

116. Når det gjelder det første og andre spørsmål, gjør ESA gjeldende at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c klart er til hinder for en nasjonal regel som begrenser retten til erstatning for overtredelser hvor det foreligger skyld. Dette følger både av det andre vilkår for statlig erstatningsansvar og av EU-domstolens dom i *Strabag*.

117. Videre anfører ESA at det andre vilkår for statlig erstatningsansvar krever at statens brudd må være tilstrekkelig kvalifisert. I denne forbindelse må nasjonale domstoler «take into account all the factors that characterise the situation before it», slik som «the clarity and precision of the rules infringed; the measure of discretion left by that rule to the national authorities; whether the infringement, and the damage caused, was intentional or involuntary; and whether any error of law was excusable or inexcusable».<sup>76</sup> Stater kan ikke begrense virkeområdet for statlig erstatningsansvar ved å innføre ytterligere vilkår eller tester. Testen som er

---

<sup>74</sup> Det vises til dommene i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90, og *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33.

<sup>75</sup> Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 30.

<sup>76</sup> Samme sted, avsnitt 38.

beskrevet i andre del av spørsmål 1a, er følgelig uforenlig med det andre vilkår for statlig erstatningsansvar.

118. Med hensyn til spørsmål 1b anfører ESA at skyld ikke spiller noen rolle etter rettspraksis om statlig erstatningsansvar. Det er likevel relevant om overtredelsen var forsettlig eller ikke og om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig. Det andre vilkår for statlig erstatningsansvar avhenger med andre ord av mange av de samme faktorer som avgjør om en handling er straffbar etter nasjonal rett. Dette betyr imidlertid ikke at kategoriseringen etter nasjonal rett bør spille en rolle i vurderingen etter EØS-retten.

119. Når det gjelder spørsmål 1c, gjør ESA gjeldende at å kreve at feilen som er begått må være vesentlig, åpenbar og grov, ville innebære å legge til ytterligere et vilkår for statlig erstatningsansvar som det ikke er grunnlag for i rettspraksis. Vurderingstemaet etter rettspraksis fokuserer på omfanget av myndighetenes skjønnsfrihet, mens vilkåret om en vesentlig feil fokuserer på feil som er begått av oppdragsgiver. Disse vurderingstemaer kan derfor lede til ulike resultater. Særlig kan Høyesteretts konklusjon<sup>77</sup> være korrekt som en beskrivelse av lovens resultat, men feilaktig som en beskrivelse av loven. EU-regelverket krever ikke at det må foreligge en åpenbar og grov feil for at statlig erstatningsansvar skal oppstå, men krever i stedet at det må foreligge en åpenbar og grov tilsidesettelse av grensene for statens skjønnsfrihet.

120. Med hensyn til det andre spørsmål anfører ESA at en overtredelse av en regel som ikke gir staten noen skjønnsfrihet i gjennomføringen, i prinsippet vil være nok til å fastslå at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten. Denne regel må imidlertid være klar og entydig.<sup>78</sup> Dette er i tråd med *Karlsson*.<sup>79</sup> For at et brudd på en regel skal anses som tilstrekkelig kvalifisert, er det ikke nok at den overtrådte regel ikke gir staten noen skjønnsfrihet. Vilkaåret om et tilstrekkelig kvalifisert brudd krever at også andre omstendigheter ved den aktuelle situasjon tas i betraktning, særlig den overtrådte regels klarhet.

121. Med hensyn til det tredje spørsmål gjør ESA gjeldende at dette er begrenset til krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, siden norsk rett ikke opererer med noen kvalifisert sannsynlighetsstandard for krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse.

122. ESA mener at 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 ta opp noen bestemte problemstillinger knyttet til ekvivalensprinsippet.

---

<sup>77</sup> Det vises til Høyesteretts dom (Rt. 2008 s. 1705, avsnitt 56) basert på *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 55 og 56.

<sup>78</sup> Det vises til *HOB-vín*, som omtalt over, avsnitt 133 til 136, og *Karlsson*, som omtalt over.

<sup>79</sup> Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 51.

123. Når det gjelder effektivitetsprinsippet, anfører ESA at et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser bare vil medføre tap av fortjeneste for tilbyderen dersom han var berettiget til å bli tildelt kontrakten i utgangspunktet.

124. ESA gjør gjeldende at en oppdragsgiver ikke har noen plikt til å fullføre en konkurranse,<sup>80</sup> selv om en beslutning om å trekke tilbake en anbudsinnbydelse må overholde EØS-retten.<sup>81</sup> Staten kan vedta lovgivning som tillater at en konkurranse avlyses med henvisning til blant annet formålstjenlighet eller når oppdragsgiver anser at graden av konkurranse mellom tilbydere ikke er tilstrekkelig. Dette innebærer at tilbydere ikke har noen legitim forventning om at konkurransen vil bli fullført når de inngir sine tilbud. Følgelig kan tilbydere, når en konkurranse rettmessig avlyses, verken påberope seg en rett til å bli tildelt kontrakten eller kreve erstatning for tapet av fortjeneste.

125. ESA anfører at 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.

126. 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. Det tredje spørsmål er følgelig hypotetisk og bør avvises.

127. Dersom EFTA-domstolen likevel skulle komme til at en tilbyder kan ha rett på erstatning for tapet av fortjeneste under visse omstendigheter, gjør ESA gjeldende at den nasjonale domstol må vurdere om den nasjonale regel som er beskrevet i spørsmålet, er i samsvar med effektivitetsprinsippet.

128. I denne forbindelse anfører ESA at en saksøker, for å bevise at han skulle ha blitt tildelt kontrakten, må godtgjøre at tilbudet han innga, var bedre enn konkurrentenes tilbud. Dette er imidlertid et område hvor oppdragsgiver har en bred skjønnsmargin. Dersom statlig erstatningsansvar tolkes for strengt, kan risikoen for søksmål med krav om erstatning for tapt fortjeneste utgjøre en hindring for utøvelsen av dette skjønn.<sup>82</sup> Følgelig ville en nasjonal regel som fastsetter at et krav om erstatning for tapt fortjeneste er underlagt en kvalifisert skyldstandard som den beskrevet i dette spørsmål, derfor ikke nødvendigvis være i strid med effektivitetsprinsippet.

---

<sup>80</sup> Det vises til dommene i *Croce Amica*, som omtalt over, avsnitt 30, og *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, C-92/00, EU:C:2002:379, avsnitt 41.

<sup>81</sup> Det vises til dommen i *Croce Amica*, som omtalt over, avsnitt 33.

<sup>82</sup> Det vises, for sammenligningens skyld, til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 45.

129. Videre anfører ESA at når en saksøker kan oppnå erstatning for negativ kontraktsinteresse, kan det hevdes at det ikke er uforholdsmessig vanskelig å utøve retten til erstatning for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.

130. ESA gjør gjeldende at det fjerde spørsmål er begrenset til krav om erstatning for tapet av fortjeneste, siden omstendighetene beskrevet i det fjerde spørsmål ville være et ineffektivt forsvar mot et krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse.

131. ESA anfører at oppdragsgiver ikke bare har rett, men også plikt til å trekke tilbake en anbudsinnbydelse dersom en beslutning vedrørende et av tildelingskriteriene viser seg å være ulovlig og derfor blir opphevet av klageinstansen.<sup>83</sup> Tilkjenning av erstatning for tap av fortjeneste under en kontrakt som ville blitt inngått i strid med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, ville gi oppdragsgivere en oppmuntring til å gå videre med kontraktsinngåelsen for å unngå å bli holdt ansvarlig for tapt fortjeneste, i stedet for å sikre at de overholder EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen. Det ville dermed kunne undergrave EØS-retten effektivitet.

132. Følgelig gjør ESA gjeldende at det ikke foreligger noen direkte årsakssammenheng mellom bruddet på EØS-retten og noen tapt fortjeneste i tilfeller der kontrakten ikke kunne ha blitt inngått på lovlig vis. Det har ingen betydning om feilen ble påberopt tidligere i prosessen. Det påførte tap ville i et slikt tilfelle tilsvare kostnadene som er påløpt i forbindelse med utarbeidelsen av tilbudet.

133. Med hensyn til andre del av fjerde spørsmål, som gjelder bevisbyrden, gjør ESA gjeldende at det er opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, og at anmodningen ikke tar opp noen bestemte problemstillinger knyttet til prinsippet om ekvivalens eller effektivitet.

134. Når det gjelder det femte spørsmål, anfører ESA at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke inneholder noen generell forpliktelse til å kontrollere opplysningene som er relatert til tildelingskriterier. Oppdragsgiverne må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling. Dette prinsipp forhindrer at oppdragsgiver på vilkårlig vis kun kontrollerer opplysninger gitt av én av tilbyderne. Det kan også innebære at oppdragsgiver må kontrollere opplysninger som er uklare eller tvilsomme, for å sikre at tilbyderne behandles likt.

135. Endelig, med hensyn til det sjette spørsmål, gjør ESA gjeldende at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser betrakter en konkurranse som et hele som ikke består av separate, uavhengige deler. 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. Han kan ikke vilkårlig forskjellsbehandle en annen tilbyder ved å

---

<sup>83</sup> Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 94 og 95.



nekte å gjøre det samme når han kontrollerer opplysningene som er gitt av denne andre tilbyder.

136. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

1. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 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 må tolkes slik at enhver person som har eller har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt, og som er blitt påført tap eller skade som følge av et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, har krav på erstatning i tilfeller der den overtrådte rettsregel har til formål å gi enkeltpersoner rettigheter, der bruddet oppdragsgiver har begått er tilstrekkelig kvalifisert, og der det foreligger en direkte årsakssammenheng mellom bruddet og den påførte skade. I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på dette område er det, når disse vilkår er oppfylt, opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning, forutsatt at prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.*

2. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF må tolkes slik at den er til hinder for nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning for en overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser betinget av*

- i. at det foreligger skyld,*
- ii. et krav om at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra en rimelig standard,*
- iii. at det foreligger en vesentlig feil fra oppdragsgivers side, skyld som definert i nasjonal lovgivning, inngår som et moment i en større helhetsvurdering, og*
- iv. at oppdragsgiver har begått en vesentlig, åpenbar og grov feil.*

3. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF må tolkes slik at et brudd på en bestemmelse i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, ikke i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd. For å avgjøre om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert, må den nasjonale domstol vurdere om staten åpenbart og grovt har satt seg ut over rammene for skjønnsutøvelsen.*

4. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF må tolkes slik at en oppdragsgiver i sitt forsvar mot et krav om erstatning for tap av fortjeneste kan påberope seg det faktum at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen feil begått av oppdragsgiver enn den som er*

*påberopt av saksøker, og dermed unngå å bli holdt ansvarlig, selv om denne andre feil faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang. Verken artikkel 1 nr. 1 eller artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF er til hinder for en nasjonal regel hvoretter saksøkende leverandør har bevisbyrden for å påvise at en slik feil ikke foreligger, forutsatt at denne regel overholder prinsippene om ekvivalens og effektivitet.*

5. *Prinsippet om likebehandling krever at tildelingskriteriene må være formulert på en måte, eller ledsaget av krav, som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene som gis i tilbudene.*

6. *Når en oppdragsgiver kontrollerer opplysningene som er gitt av en tilbyder, i tråd med prinsippet om likebehandling av tilbydere, kan han se hen til all dokumentasjon som er gitt i tilbudet.*

### *Kommisjonen*

137. Kommisjonen anser det som hensiktsmessig å vurdere første og andre spørsmål samlet. Begge spørsmål gjelder ansvaret en oppdragsgiver har for skade som skyldes et brudd på EØS-rettslige bestemmelser om offentlige anskaffelser.

138. Kommisjonen gjør gjeldende at et brudd på en tilstrekkelig klar regel i EU-retten som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør betraktes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten etter EU-domstolens generelle rettspraksis om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten.<sup>84</sup>

139. Kommisjonen anfører at regelverket for offentlige anskaffelser har vært gjenstand for omfattende harmonisering siden 1970-årene, og at EU-domstolen så tidlig som i 1990-årene la til grunn at mange av reglene fastsatt i EUs direktiver om offentlige anskaffelser var tilstrekkelig klare og presise til å gi direkte virkning.<sup>85</sup>

140. I denne forbindelse anfører Kommisjonen at oppdragsgivere plikter å fastsette tildelingskriterier og formulere disse på en klar og presis måte. Under konkurransens gang er de så forpliktet til å anvende de kriterier de selv har fastsatt. Ved å fastsette tildelingskriterier og kunngjøre disse ved konkurransens oppstart begrenser oppdragsgiver sin egen skjønnsfrihet.<sup>86</sup>

141. Kommisjonen gjør gjeldende at selv om EU-domstolen i *Strabag* kom til at håndhevelsesdirektivet overlater visse spørsmål til den enkelte stats prosessuelle autonomi, utledet den samtidig viktige konklusjoner av den generelle kontekst og mål for erstatningssøksmål. I *Strabag* la EU-domstolen til grunn at håndhevelsesdirektivet har som mål å sikre «judicial remedies which are effective

---

<sup>84</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 55 til 57.

<sup>85</sup> Det vises til dommen i *Tögel*, C-76/97, EU:C:1998:432, avsnitt 47.

<sup>86</sup> Det vises til dommen i *Cartiera dell'adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, avsnitt 42 til 44.

and as rapid as possible against decisions taken by contracting authorities in infringement of the law on public contracts».<sup>87</sup>

142. Kommisjonen slutter av *Strabag* at enhver beslutning en oppdragsgiver treffer, må kunne påklages og være gjenstand for rettslig prøving, herunder erstatningssøksmål. Adgang til rettsmidler er ikke begrenset til tilfeller der det foreligger skyld hos oppdragsgiver eller der bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser er særlig kvalifisert.

143. Kommisjonen anfører om erstatning at EU-domstolen har understreket at erstatningskrav ikke må underlegges strengere krav enn andre typer rettsmidler, siden krav om erstatning ofte utgjør det eneste tilgjengelige rettsmiddel for en tilbyder.

144. Med hensyn til det tredje spørsmål bemerker Kommisjonen at den forstår det slik at dette gjelder den positive kontraktsinteresse. Beviskravet er langt på vei uregulert i EUs regelverk for offentlige anskaffelser. Selv om direktiv 92/13 artikkel 2 nr. 7 fastsetter visse kriterier i så henseende, har denne bestemmelse liten relevans. For det første gjelder den den negative kontraktsinteresse, mens det tredje spørsmål gjelder den positive kontraktsinteresse. For det annet får direktiv 92/13 ikke anvendelse på den foreliggende sak, og generaladvokat Cruz Villalóns forslag<sup>88</sup> om å legge dette direktiv til grunn for tolkningen av håndhevelsesdirektivet ble ikke fulgt av EU-domstolen.<sup>89</sup> Følgelig anfører Kommisjonen at beviskravet faller inn under den prosessuelle autonomi i medlemsstatene, som må overholde prinsippene om effektivitet og ekvivalens.

145. Når det gjelder det fjerde spørsmål, viser Kommisjonen til EU-domstolens avgjørelse i *GAT*,<sup>90</sup> som behandlet en lignende problemstilling. I motsetning til hva som var situasjonen i *GAT*, avlyste imidlertid oppdragsgiver i den foreliggende sak til slutt 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 tildelingsbeslutnings potensielle ulovlighet og det faktum at den forbigåtte tilbyder kunne ha blitt påført skade som følge av denne beslutning.

146. Kommisjonen gjør gjeldende at femte og sjette spørsmål er nært forbundet med hverandre og vurderer dem derfor samlet. Etter Kommisjonens oppfatning må det, når disse spørsmål skal besvares, tas hensyn til det faktum at den aktuelle konkurranse var en konkurranse med forhandlinger. I og med at tilpasninger av konkurransegrunnlaget som følge av kontakt mellom oppdragsgiver og tilbydere er et vanlig trekk ved konkurranser med forhandlinger, synes det ikke å være

---

<sup>87</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 43.

<sup>88</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 97.

<sup>89</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 89.

<sup>90</sup> Det vises til dommen i *GAT*, som omtalt over.

problematisk at oppdragsgiver støtter seg på opplysninger som er gitt andre steder i tilbudet, så lenge alle tilbydere gis den samme grad av fleksibilitet.

147. Med hensyn til kontrollkravet anfører Kommissjonen at verken *Wienstrom* eller de nye direktiver om offentlige anskaffelser definerer metoden som skal brukes ved gjennomføring av kontrollen. Den anmodende domstol har de beste forutsetninger for å vurdere om kontrollen oppdragsgiver utførte i hovedsaken var tilstrekkelig, siden den har kjennskap til alle de faktiske forhold.

148. Kommissjonen gjør 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. Når kontrollen gjelder et teknisk aspekt ved tilbudet, bør oppdragsgiver følge hensiktsmessige fremgangsmåter for å kontrollere slike tekniske detaljer. Slike fremgangsmåter kan være definert i lovgivning, offentlige eller private tekniske standarder eller til og med bransjepraksis. 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.

149. Kommissjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

*Direktiv 89/665/EØF skal fortolkes slik at tilkjenning av erstatning må være mulig i alle tilfeller der et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser kan godtgjøres. Tilkjenning av erstatning kan ikke være begrenset til tilfeller der det foreligger skyld hos oppdragsgiver, eller der bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser er særlig kvalifisert.*

*Et brudd på en tilstrekkelig klar regel i EU-retten som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør betraktes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten. Slike regler i EU-retten kan ha sin opprinnelse i EU-domstolens rettspraksis, i sekundær EU-rett eller, når det gjelder offentlige anskaffelser, til og med i en kunngjøring av konkurranse fra oppdragsgiver.*

*I mangel av detaljerte regler i EU-retten er spørsmålet om beviskravet i et erstatningssøksmål overlatt til den prosessuelle autonomi hos medlemsstatene, som må overholde prinsippene om effektivitet og ekvivalens.*

*Direktiv 89/665/EØF skal tolkes slik at det faktum at en oppdragsgiver har avlyst en konkurranse etter tildelingsbeslutningen, ikke er til hinder for et erstatningssøksmål som er knyttet til denne tildelingsbeslutnings ulovlighet.*

*Prinsippet om likebehandling skal fortolkes slik at en oppdragsgiver har plikt til å kontrollere et tilbud i den utstrekning det er nødvendig for å*

*bringe på det rene at et tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Når kontrollen gjelder tekniske aspekter ved et tilbud, bør oppdragsgiver følge hensiktsmessige fremgangsmåter som definert i lovgivning, offentlige eller private tekniske standarder eller bransjepraksis. 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 tilbudet.*

*Prinsippet om likebehandling skal fortolkes slik at en oppdragsgiver har anledning til å støtte seg på opplysninger som er gitt andre steder i tilbudet, så lenge han behandler alle tilbydere på samme måte.*

Carl Baudenbacher

Saksforberedende dommer