



DOMSTOLENS DOM

1. august 2019*

(Offentlige anskaffelser – direktiv 89/665/EØF – krav om erstatning for tap av fortjeneste – overtredelsens alvorlighetsgrad – prinsippene om ekvivalens og effektivitet)

I sak E-7/18,

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

Fosen-Linjen AS, støttet av **Næringslivets Hovedorganisasjon**,

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 2 nr. 1 bokstav c, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president og saksforberedende dommer, Bernd Hammermann, dommer, og Ola Mestad, ad hoc-dommer,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

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

— Fosen-Linjen AS (“Fosen-Linjen”), representert ved advokat Anders Thue,

— Næringslivets Hovedorganisasjon (“NHO”), representert ved advokat Morten Goller,

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

- AtB AS (“AtB”), representert ved advokat Goud Helge Homme Fjellheim,
 - den norske stat, representert ved advokatene Pål Wennerås og Helge Røstum, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentanter,
 - Finlands regjering, representert ved Henriikka Leppo, som partsrepresentant,
 - EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Ewa Gromnicka og Erlend M. Leonhardsen, medlemmer av ESAs juridiske avdeling, som partsrepresentanter, og
 - Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luke Haasbeek og Petr Ondrůšek, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,
- med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Fosen-Linjen, representert ved Anders Thue og Christian Reusch; NHO, representert ved Morten Goller; AtB, representert ved Goud Helge Homme Fjellheim; den norske stat, representert ved Pål Wennerås og Helge Røstum; ESA, representert ved Ewa Gromnicka og Erlend M. Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Petr Ondrůšek, i rettsmøte 13. mai 2019,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Artikkel 34 første og andre ledd i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (“ODA”) lyder:

Det hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen.

Når et slikt spørsmål blir reist ved en domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.

- 2 Artikkel 97 nr. 3 i EFTA-domstolens rettergangsordning fastsetter:

Dersom et spørsmål som er forelagt domstolen for en rådgivende uttalelse åpenbart er identisk med et spørsmål som domstolen allerede har avgjort eller gitt uttalelse om, kan domstolen, etter å ha underrettet den domstol som har forelagt spørsmålet og overveiet eventuelle bemerkninger som er fremsatt fra EFTA-statenes regjeringer, EFTAs overvåkningsorgan, Unionen, Europakommisjonen og partene i

saken, treffe avgjørelse ved begrunnet beslutning der den viser til sin tidligere dom eller uttalelse.

- 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” eller “direktivet”) er vist til i vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5 til avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen”).
- 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 ble 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 vist til i 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 Tredje betraktning 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 Sjette betraktning 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 På det relevante tidspunkt lød håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1:

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

[...]

Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2004/18/EF, treffe de nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 2–2f i dette direktiv, med

den begrunnelse at slike beslutninger er i strid med fellesskapsretten på området offentlige innkjøp, eller med nasjonale bestemmelser som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.

8 Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c lyder:

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

[...]

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

9 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 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”) ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 2 ved EØS-komiteens beslutning nr. 68/2006 av 2. juni 2006 (EUT 2006 L 245, s. 22, og EØS-tillegg 2006 nr. 44, s. 18), som trådte i kraft 18. april 2007. På det relevante tidspunkt gjaldt direktiv 2004/18 i EØS. Det har siden blitt opphevet og erstattet av direktiv 2014/24/EU (EUT 2014 L 94, s. 65, og EØS-tillegg 2018 nr. 84, s. 556).

10 Rådsdirektiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (EFT 1992 L 76, s. 14) ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 5a ved EØS-komiteens beslutning nr. 7/94 av 21. mars 1994 (EFT 1994 L 160, s. 1, og EØS-tillegg 1994 nr. 17, s. 1), som trådte i kraft 1. juli 1994. Senere ble direktiv 92/13/EØF endret, blant annet ved rådsdirektiv 2006/97/EF av 20. november 2006 (EUT 2006 L 363, s. 107), som ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI nr. 5a ved EØS-komiteens beslutning nr. 132/2007 (EUT 2007 L 100, s. 1, og EØS-tillegg 2008 nr. 19, s. 1), og ved det tidligere omtalte direktiv 2007/66.

11 Direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 7 lyder:

Where a claim is made for damages representing the costs of preparing a bid or of participating in an award procedure, the person making the claim shall be required only to prove an infringement of Community law in the field of procurement or national rules implementing that law and that he would have had a real chance of winning the contract and that, as a consequence of that infringement, that chance was adversely affected.

Nasjonal rett

12 På det tidspunkt anbudskonkurransen ble utlyst, var håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c innarbeidet i norsk lov ved § 11 i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige

anskaffelser. Paragraf 11 fastsatte at saksøker ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet. Bestemmelsen er videreført uten innholdsmessige endringer i § 10 i lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

- 13 I en dom fra Norges Høyesterett fra 2001 (*Nucleus*) ble det lagt til grunn at EØS-retten ikke fastsetter noen retningslinjer for nasjonale kriterier for ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktsinteresse som dekker tap av rimelig forventet fortjeneste. Høyesterett satte krav om at det må foreligge et tilstrekkelig kvalifisert brudd og en klar sannsynlighetsovervekt for at saksøker ville ha blitt tildelt kontrakten dersom reglene om offentlige kontrakter var blitt overholdt.
- 14 I 2008 (*Trafikk & Anlegg*) konkluderte Norges Høyesterett med at EØS-retten ikke inneholder noen detaljerte krav med hensyn til innhold når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, og at kriteriene fastsatt i *Nucleus*-dommen oppfylte kravet om et effektivt rettsmiddel, som fastsatt i EØS-retten.

II Faktum og saksgang

- 15 Bakgrunnen for saken for Norges Høyesterett er tilstrekkelig beskrevet i rettsmøterapporten og dommen i *Fosen-Linjen I* (sak E-16/16 *Fosen-Linjen AS mot AtB AS*, Sml. 2017 s. 617) og vil bare bli gjentatt i det følgende i den utstrekning det er nødvendig for den foreliggende sak.

Partene i tvisten

- 16 Fosen-Linjen er et lite, lokalt selskap som har drevet to mindre fergesamband i om lag 15 år.
- 17 AtB administrerer kollektivtransporttilbudet i Sør-Trøndelag fylke. Sør-Trøndelag fylkeskommune har det overordnede ansvar for kollektivtransporten i fylket. AtB opererer ikke selv rutene, men kjøper i stedet inn transporttjenestene fra private operatørselskaper og er oppdragsgiver for disse. AtB mottar betydelige tilskudd fra fylkeskommunen for å kunne finansiere driften av rutenettet.

Konkurransen

- 18 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.
- 19 I konkurransen ble tilbud mottatt fra Fosen-Linjen, Norled AS (“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.
- 20 AtB evaluerte tilbudene. Tildelingskriteriene var “Pris” (50 %), “Miljø” (25 %) og “Kvalitet” (25 %). Hvert av tildelingskriteriene ble gitt poeng på en skala fra 1 til 10, og

poengsummen ble deretter vektet i samsvar med den vekt tildelingskriteriet var gitt i konkurransegrunnlaget.

- 21 Ved brev 17. desember 2013 orienterte AtB interessentene om at Norled ville bli tildelt kontrakten.
- 22 Senere brakte Fosen-Linjen saken inn for Sør-Trøndelag tingrett og krevde at domstolen ved en midlertidig forføyning stanset kontraktsinngåelsen mellom AtB og Norled. Tingretten forbød kontraktsinngåelse. Etter anke fra AtB kom Frostating lagmannsrett ved kjennelse 17. mars 2014 til samme resultat som tingretten.
- 23 Ved brev 30. april 2014 informerte AtB tilbyderne om at selskapet hadde bestemt seg for å avlyse konkurransen etter lagmannsrettens kjennelse 17. mars 2014. Fosen-Linjen bestred ikke denne beslutning for domstolene. Senere inngikk AtB kontrakt med Norled om drift av den aktuelle fergestrekning for 2015 og 2016. En ny konkurranse for dette sambandet ble lyst ut i 2015 og gjaldt driften av forbindelsen for 2017 og 2018. En annen konkurranse ble lyst ut i begynnelsen av 2016 og gjaldt driften fra 2019 til 2029. Fosen-Linjen innga ikke tilbud i noen av disse konkurransene. I den muntlige høring for EFTA-domstolen forklarte prosessfullmektig for Fosen-Linjen at siden kontraktene forutsatte at det ble bygget skip, ville kontraktsperioden som dekket bare 2017 og 2018, være for kort til at det ville være mulig å tjene inn en tilstrekkelig del av den nødvendige investering. Kunngjøringen av konkurransen for perioden fra 2019 til 2029 omfattet dessuten flere andre ruter og ville derfor være til fordel for større operatører enn Fosen-Linjen.

Erstatningssaken for norske domstoler

- 24 I februar 2014 tok Fosen-Linjen ut stevning mot AtB. I den påfølgende rettssak krevde selskapet erstatning for positiv kontraktsinteresse (tap av fortjeneste – *lucrum cessans*), subsidiært erstatning for negativ kontraktsinteresse (kostnaden ved å inngi tilbud – *damnum emergens*).
- 25 Ved dom 2. oktober 2015 frifant tingretten AtB både for kravet om erstatning for negativ kontraktsinteresse og kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- 26 Tingretten la til grunn at EØS-retten oppstiller et krav om at det må knyttes et dokumentasjonskrav til tildelingskriterier. I den foreliggende sak hadde oppdragsgiver ikke krevd den nødvendige dokumentasjon. Tingretten fant at AtB i konkurransegrunnlaget ikke hadde etterspurt informasjon om noen av de parametere som var sentrale for beregning av drivljejforbruk, som skrogmotstand, propulsjonsvirkningsgrad, overføringstap, hotellast og sjømargin. Den la videre til grunn at ingen av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivljejforbruket på tilbudstidspunktet.
- 27 Den 30. oktober 2015 anket Fosen-Linjen tingrettens dom til Frostating lagmannsrett.

- 28 Ved brev 24. oktober 2016, registrert ved EFTA-domstolen 31. oktober 2016, stilte Frostating lagmannsrett EFTA-domstolen seks spørsmål: Spørsmål 1 og 2 i foreleggelsen lød:
1. *Er artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av*
 - a) *at det foreligger skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?*
 - b) *at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?*
 - c) *at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?*
 2. *Skal artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater kjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?*
- 29 Med sitt tredje spørsmål søkte Frostating lagmannsrett veiledning med hensyn til beviskravet ved krav om erstatning for tap av fortjeneste. Det fremgår av anmodningen fra Frostating lagmannsrett at den forbigåtte tilbyder må bevise med “klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt”, at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen. Det fjerde spørsmål gjaldt hovedsakelig spørsmålet om nasjonale regler hvorefter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg andre feil enn dem som er påberopt av den forbigåtte part, som begrunnelse for å avlyse konkurransen, er i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Andre del av fjerde spørsmål var knyttet til de nasjonale bestemmelser om bevisbyrde i en slik sammenheng. Ved sitt femte og sjette spørsmål søkte Frostating lagmannsrett å avklare de relevante momenter i tilknytning til prinsippet om likebehandling når den skal vurdere om en oppdragsgivers kontroll av et tildelingskriterium overholder EØS-regelverket om offentlige anskaffelser.
- 30 I sin anmodning ga Frostating lagmannsrett uttrykk for at den fant det vanskelig å forene avgjørelsene fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i *Kommisjonen mot Portugal* (C-275/03, EU:C:2004:632) og *Strabag m.fl.* (C-314/09, EU:C:2010:567; “*Strabag*”) med den samme domstols avgjørelse i *Combinatie Spijker m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751; “*Combinatie*”).

31 EFTA-domstolen avsa sin dom i *Fosen-Linjen I* den 31. oktober 2017. Dommens slutning lyder som følger:

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

32 Etter EFTA-domstolens dom i *Fosen-Linjen I* avgjorde Frostating lagmannsrett saken ved dom 2. mars 2018. Ifølge den anmodende domstol tolket Frostating lagmannsrett EFTA-domstolens dom i *Fosen-Linjen I* dit hen at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. Lagmannsretten kom imidlertid til at spørsmålet om en stats

rett til å regulere oppdragsgivers ansvar ikke er entydig avgjort av EU-domstolen, at det er forskjellig oppfatning av spørsmålet i land innenfor EØS, og at EFTA-domstolens dom på dette punkt “ikke fremstår som klart riktig”. På dette grunnlag kom Frostating lagmannsrett til at erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at det må foreligge et tilstrekkelig kvalifisert brudd, slik Norges Høyesterett har lagt til grunn i sin rettspraksis. Etter Frostating lagmannsretts syn var denne konklusjon i tråd med EU-domstolens dommer i *Francovich m.fl.* (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428) og *Brasserie du Pêcheur og Factortame* (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79; “*Brasserie du Pêcheur*”), som EU-domstolen viste til i *Combinatie* (som omtalt over).

- 33 Når det gjelder innholdet i saken, la Frostating lagmannsrett til grunn at det forelå feil ved utlysningen av konkurransen. Imidlertid hadde AtB rettmessig avlyst konkurransen på grunn av disse feil. Siden avlysningen var rettmessig, forelå det ingen årsakssammenheng for kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- 34 Både AtB og Fosen-Linjen anket Frostating lagmannsretts dom inn for Norges Høyesterett. Fosen-Linjen innga også avledet anke. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. juni 2018 ble ankene tillatt fremmet.
- 35 I saken for Norges Høyesterett har NHO erklært partshjelp til støtte for Fosen-Linjen. Videre fikk den norske stat, representert ved Justis- og beredskapsdepartementet, tillatelse til å delta i behandlingen av saken i den grad som var nødvendig for å ivareta statens interesser i en potensiell konflikt mellom nasjonale regler og internasjonale forpliktelser.
- 36 Ved brev 19. november 2018, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, stilte Norges Høyesterett EFTA-domstolen følgende spørsmål:

Krever håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse?

- 37 I sin anmodning gir Norges Høyesterett uttrykk for tvil med hensyn til om EFTA-domstolens dom i *Fosen-Linjen I* bør forstås slik at den fastsetter kravene til ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktsinteresse. Ifølge Norges Høyesterett adresserte ikke EFTA-domstolen særskilt viktige problemstillinger i *Fosen-Linjen I*. Spesielt hersker det uklarhet med hensyn til EFTA-domstolens forståelse av nivået av harmonisering etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1, effektivitetsprinsippet og relevansen av normen for erstatningsansvar for EU-institusjonenes anskaffelser i forhold til ansvarsnormen for offentlige oppdragsgivere i en EØS-stat. Endelig kommenterte Norges Høyesterett at høyesterettene i både Storbritannia og Sverige i nyere tid har lagt til grunn en ansvarsnorm tilsvarende den EU-domstolen kom til i *Combinatie* (det vises til dommen avsagt av Supreme Court of the United Kingdom i *Nuclear Decommissioning Authority mot EnergySolutions EU Ltd* (2017) UKSC 34, avsnitt 21 til 27; og dommen avsagt av Högsta domstolen i Sverige 18. mai 2016 i sak 3852-14 (NJA 2016 s. 358), avsnitt 13). Ingen av disse domstoler fant det nødvendig å forelegge EU-domstolen spørsmål.

- 38 Under disse forutsetninger, og “ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler” ber Norges Høyesterett om “en klargjøring og utdypning, eventuelt en revurdering, av hvilke krav håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr.1 bokstav c stiller til ansvarsgrunlaget ved erstatning for positiv kontraktsinteresse”.
- 39 Det muntlige rettsmøte var opprinnelig berammet til 21. mars 2019. Siden dommer Christiansen var forhindret fra å være til stede denne dag, utsatte presidenten rettsmøtet til 13. mai 2019.
- 40 Ved brev 10. mai 2019, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, anmodet Fosen-Linjen EFTA-domstolen om å vurdere om de tre dommere, både enkeltvis og samlet som dommerpanel, har den nødvendige habilitet for å delta i behandlingen av den foreliggende sak.
- 41 Den 11. mai 2019 ble det klart at dommer Christiansen ikke ville være i stand til å delta i rettsmøtet 13. mai 2019. President Hreinsson og dommer Hammermann besluttet å oppnevne Ola Mestad som ad hoc-dommer til erstatning for dommer Christiansen for at retten skulle være fulltallig og kunne behandle saken. Samme dag undersøkte dommer Hammermann og ad hoc-dommer Mestad begrunnelsen fremsatt av Fosen-Linjen ved brev 10. mai 2019 for at EFTA-domstolens president skulle mangle upartiskhet i den foreliggende sak. Ved beslutning 11. mai 2019 avviste dommer Hammermann og ad hoc-dommer Mestad Fosens argumenter om presidenten som ubegrunnet. Presidenten og ad hoc-dommer Mestad fant heller ingen grunner til at dommer Hammermann skulle være inhabil i vurderingen av den foreliggende sak. Ved brev samme dato underrettet justissekretæren de parter som tidligere hadde varslet EFTA-domstolen om at de ville være til stede på rettsmøtet, om beslutningen om å oppnevne en ad hoc-dommer til erstatning for dommer Christiansen slik at retten skulle bli fulltallig og kunne behandle saken. I samme brev ble partene underrettet om at EFTA-domstolen hadde kommet til at påstandene fremsatt av Fosen-Linjen i dens brev 10. mai 2019 var ubegrunnet.
- 42 Høringen fant sted 13. mai 2019.
- 43 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III Innledende merknader

Spørsmålet om anmodningen kan behandles

- 44 Tvisten i hovedsaken har allerede gitt opphav til dommen i *Fosen-Linjen I*. Som begrunnelse for å inngi en ny anmodning om rådgivende uttalelse har Norges Høyesterett angitt at den søker “en klargjøring og utdypning, eventuelt en revurdering, av hvilke krav håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr.1 bokstav c stiller til ansvarsgrunlaget ved erstatning for positiv kontraktsinteresse”.

- 45 Videre anfører AtB at “EFTA-domstolen bør revurdere” konklusjonen den kom til i *Fosen-Linjen I*. Også ESA gjør gjeldende at det er “flere grunner til å nyansere eller – om EFTA-domstolen skulle ønske det – omgjøre *Fosen-Linjen I* eller visse deler av den”.
- 46 Den norske stat anfører at anmodningen om rådgivende uttalelse bør etterkommes siden det eneste materielle krav ODA artikkel 34 stiller, er at det forelagte spørsmål gjelder tolkning av EØS-retten, som er oppfylt i den foreliggende sak.
- 47 I denne sammenheng minner EFTA-domstolen om at ODA artikkel 34 etablerer en særlig ordning for rettslig samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler med sikte på å gi de nasjonale domstoler den nødvendige tolkning av EØS-rettslige elementer for å kunne avgjøre sakene de har til behandling. Innenfor rammen av denne samarbeidsordningen, som er ment å bidra til ensartet tolkning av EØS-avtalen, kan en nasjonal domstol anmode EFTA-domstolen om å avgi en rådgivende uttalelse om hvordan EØS-avtalen skal tolkes (se sak E-18/11 *Irish Bank*, Sml. 2012 s. 592, avsnitt 53 og 54, og rettspraksis som det vises til der; se også sak E-21/16 *Pascal Nobile*, Sml. 2017 s. 554, avsnitt 23, og rettspraksis som det vises til der; og *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 42).
- 48 Dermed er det viktig at spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen forelegges EFTA-domstolen etter prosedyren fastsatt i ODA artikkel 34 dersom den rettslige situasjon er uklar (se sak E-3/12 *Staten v/Arbeidsdepartementet mot Stig Arne Jonsson*, Sml. 2013 s. 136, avsnitt 60, og rettspraksis som det vises til der).
- 49 Etter ODA artikkel 34 kan en ny foreleggelse i samme sak blant annet nettopp være begrunnet i tilfeller der den nasjonale domstol har vansker med å forstå eller anvende dommen, når den forelegger et nytt rettslig spørsmål eller fremlegger nye betraktninger som kan føre til et annet svar på et tidligere forelagt spørsmål. Det kan imidlertid ikke tillates at retten til å forelegge spørsmål brukes for å bestride gyldigheten av den tidligere dom (se sak E-6/01 *CIBA*, Sml. 2002 s. 281, avsnitt 12, og rettspraksis som det vises til der).
- 50 Som nevnt over i avsnitt 44, er det klart at Norges Høyesterett ikke søker å bestride gyldigheten av *Fosen-Linjen I*, men bare å få avklart om håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.
- 51 Følgelig kan den foreliggende anmodning om rådgivende uttalelse etterkommes.

Uttalelsens form

- 52 *Fosen-Linjen* anfører at denne sak gjelder det samme spørsmål som i *Fosen-Linjen I* (det vises til *Fosen-Linjen I*, som omtalt over), og bør besvares med en avgjørelse som simpelthen viser til den tidligere dom, i tråd med rettergangsordningen artikkel 97 nr. 3.

- 53 Ifølge Fosen-Linjen har EFTA-domstolen allerede – og i samme sak – besvart spørsmålet forelagt av Høyesterett. Tvisten reiser derfor ingen spørsmål om tolkningen av EØS-retten som ikke kan løses på grunnlag av EFTA-domstolens rettspraksis.
- 54 NHO støtter Fosen-Linjens skriftlige innlegg. NHO gjør gjeldende at en avgjørelse etter rettergangsordningen artikkel 97 nr. 3, med henvisning til *Fosen-Linjen I*, bør være tilstrekkelig i den foreliggende sak.
- 55 Den norske stat anfører at ingen del av det forelagte spørsmål er “åpenbart identisk” med spørsmålene besvart i *Fosen-Linjen I*.
- 56 I sin anmodning 24. oktober 2016 forela Frostating lagmannsrett EFTA-domstolen seks spørsmål om tolkningen av håndhevelsesdirektivet. Lagmannsrettens første spørsmål gjaldt om visse vilkår i nasjonal rett for tilkjenning av erstatning er forenlig med EØS-retten. Ved sitt andre spørsmål spurte Frostating lagmannsrett om et brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv kan utgjøre et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” som utløser rett til erstatning. Det følger av spørsmålenes ordlyd som angitt i avsnitt 28, at det første og andre spørsmål forelagt i *Fosen-Linjen I*, ikke var begrenset til en bestemt type erstatningskrav, for eksempel tap av fortjeneste og/eller positiv kontraktsinteresse, men mer generelt nasjonale vilkår for erstatningskrav etter feil begått av oppdragsgiver ved gjennomføring av en konkurranse. Omvendt, som det kan sluttes av avsnitt 44 over, søker Norges Høyesterett i den foreliggende sak, ved spørsmålets ordlyd å få avklart om visse nasjonale vilkår som får anvendelse bare på krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, er forenlig med EØS-retten.
- 57 Følgelig er spørsmålene tidligere forelagt av Frostating lagmannsrett og spørsmålet denne foreleggelse fra Norges Høyesterett gjelder, ikke åpenbart identiske.
- 58 Det følger av dette at vilkårene for anvendelse av rettergangsordningen artikkel 97 nr. 3 ikke er oppfylt. Dermed vil EFTA-domstolen gi sitt svar i form av en dom.

IV EFTA-domstolens svar

Innlegg inngitt til EFTA-domstolen

- 59 Fosen-Linjen viser til EFTA-domstolens bemerkninger i *Fosen-Linjen I* og anfører at et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til å utløse erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Videre fremgår det klart av dommen at reglene for medlemsstatenes erstatningsansvar ikke får anvendelse på offentlige anskaffelser (det vises blant annet til *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 64 og slutningen).
- 60 Fosen-Linjen anfører at håndhevelsesdirektivet ikke nevner erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse som sådan. Det er Norge som har valgt denne form for erstatningsansvar for å overholde håndhevelsesdirektivets krav om effektive

klagemuligheter. Dermed kan Høyesteretts spørsmål besvares både positivt og negativt, avhengig av hvordan det forstås, og bør derfor omformuleres.

- 61 Fosen-Linjen gjør gjeldende at om systemet derimot bare åpner for erstatning for anbudskostnader, vil det klart ikke være tilstrekkelig til å overholde kravene i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c. I EU anses det som nødvendig at det finnes mulighet for å kunne kreve erstatning for sjansetap, og resultatet må bli det samme etter EØS-avtalen, enten resultatet er basert på håndhevelsesdirektivet eller på de grunnleggende prinsipper om effektivt rettslig vern (det vises blant annet til dommen i *EUIPO mot European Dynamics Luxembourg m.fl.*, C-376/16 P, EU:C:2018:299, avsnitt 80).
- 62 I denne sammenheng bemerker Fosen-Linjen at et nasjonalt system må gjøre det mulig å få erstatning for enhver interesse, herunder positiv kontraktsinteresse (det vises blant annet til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 75, 76 og 90).
- 63 Fosen-Linjen bemerker 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. Fosen-Linjen anfører at å anvende doktrinen om statlig erstatningsansvar ville kunne gjøre håndhevelsesdirektivets bestemmelser om erstatning overflødige, og ville faktisk være i strid med håndhevelsesdirektivets formål, som er å styrke eksisterende ordninger (det vises til dommen i *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, avsnitt 74). Følgelig kan ikke et "tilstrekkelig kvalifisert brudd" på loven settes som vilkår for å tilkjenne erstatning.
- 64 Fosen-Linjen gjør imidlertid gjeldende at selv om konseptet statlig erstatningsansvar skulle kunne anvendes, må det på grunnlag av EU-domstolens tilnærming i *Strabag* tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. Siden effektivitetsprinsippet begrenser den prosessuelle autonomi, ville dette være helt i samsvar med EU-domstolens tilnærming i *Combinatie* og anvendelsen av statlig erstatningsansvar (det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 92).
- 65 I denne sammenheng anfører Fosen-Linjen at et krav om at bruddet må være kvalifisert, er utelukket etter håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet.
- 66 Videre gjør Fosen-Linjen gjeldende at oppdragsgiver ikke kan frita seg selv fra potensielt erstatningsansvar ved å vise til en skjønnsmargin når det er intet eller begrenset skjønn som spiller inn (det vises til sak E-2/12 *HOB-vín ehf.*, Sml. 2012 s. 1092, avsnitt 129 og 130, og til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 41).
- 67 Fosen-Linjen anser følgelig at et brudd på en regel som ikke overlater noen skjønnsfrihet til oppdragsgiver, utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som gir rett til erstatning etter håndhevelsesdirektivet dersom de øvrige vilkår for å kreve erstatning også er oppfylt.
- 68 *NHO* anfører at hvis EFTA-domstolen skulle velge å fravike *Fosen-Linjen I*, bør den endre sine konklusjoner så lite som mulig. For det første følger det av EU-domstolens

rettspraksis at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er til hinder for nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning betinget av at det foreligger skyld. For det andre kan en oppdragsgiver ikke påberope seg rettsvillfarelse for å unngå å bli holdt ansvarlig.

- 69 NHO anfører videre at det bør være klart at prinsippet om statlig erstatningsansvar ikke er direkte anvendelig som sådan. Spørsmålet er snarere om *Combinatie* må forstås slik at oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 2004/18 er sidestilt med statens, og følgelig at vurderingstemaet “tilstrekkelig kvalifisert” kan anvendes.
- 70 Hvis EFTA-domstolen likevel kommer til at doktrinen om statlig erstatningsansvar kan sidestilles med eller anvendes analogisk for brudd på anskaffelsesregelverket, anser NHO at det er helt avgjørende at vurderingstemaet “tilstrekkelig kvalifisert” anvendes i sin anskaffelsesrettslige sammenheng, og under hensyn til effektivitetsprinsippet. Dette vil innebære at kriteriet om tilstrekkelig kvalifisert brudd ikke kan tolkes slik at det setter en høy terskel for å oppnå erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- 71 *AtB* anfører at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er et uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar, og at direktivet er et verktøy for minimumsharmonisering (det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over). *AtB* anfører at det er spesielt at det i *Fosen-Linjen I* ikke ble gjort forskjell på typer skade, da denne distinksjon er ganske grunnleggende i de fleste europeiske land. Videre står det fortsatt åpent for tolkning hva det nøyaktige krav er når det gjelder den direkte årsakssammenheng.
- 72 I denne sammenheng bemerker *AtB* at ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c og direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav d ikke går lengre enn at det fastsettes en grunnleggende rett til erstatning. Dette styrkes ytterligere ved en kontekstuell fortolkning, da direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 7, i motsetning til håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, oppstiller et krav om objektivt ansvar for å tilkjenne erstatning for tilbudskostnader.
- 73 *AtB* gjør gjeldende at håndhevelsesdirektivet er et eksempel på minimumsharmonisering, og viser blant annet til sjette betraktning i fortalet til direktivet og til rettspraksis fra EU-domstolen (det vises til dommene i *Hochtief AG*, C-300/17, EU:C:2018:635, avsnitt 35, og *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias*, C-570/08, EU:C:2010:621, avsnitt 37). Videre er det svært få medlemsstater som anvender en doktrine om objektivt ansvar for regler for offentlige anskaffelser.
- 74 *AtB* gjør gjeldende at når det gjelder tolkningen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, inneholder dommen i *Combinatie* 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 (det vises også til dommen i *Nuclear Decommissioning Authority mot EnergySolutions EU Ltd* [2017] UKSC 34). *AtB* anfører at EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* undergraver homogenitetsprinsippet og EØS-avtalen artikkel 6 ved å fravike fast rettspraksis uten begrunnelse og til og med uten å drøfte hvorfor *Combinatie* ikke kan anvendes.

- 75 AtB forstår *Strabag* slik at den gjentar *Brasserie du Pêcheur* (det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 78 til 80), nemlig at medlemsstatene ikke kan innføre et fast krav om skyld som et vilkår for statlig erstatningsansvar. AtB anfører at det ikke er noen motsetning mellom avgjørelsene i *Strabag* og *Combinatie*. Om EFTA-domstolen skulle komme til at de nevnte dommer er uforenlige, anfører AtB at *Combinatie* bør få forrang, både i lys av realiteten i avgjørelsen og i lys av prinsippet om *lex posterior* (det vises til dommen i *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35 til 37).
- 76 AtB gjør videre gjeldende at kontrakten i hovedsaken er en kontrakt om en uprioritert tjeneste og dermed ikke er underlagt de nærmere saksbehandlingsregler i direktiv 2004/18. Av dette følger det derfor at oppdragsgiver har en skjønnsmargin, som må fastsettes med henvisning til EØS-retten (det vises blant annet til dommene i *Haim*, C-424/97, EU:C:2000:357, avsnitt 38 og 40, og *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 59). Dermed er prinsippet om statlig erstatningsansvar godt egnet for vurdering av brudd på regelverk for offentlige anskaffelser, særlig der påstandene om brudd støtter seg på overtredelse av generelle prinsipper.
- 77 Videre gjør AtB gjeldende at de samme vilkår for erstatningsansvar må få anvendelse på både medlemsstater og EU-institusjoner, med mindre det foreligger en konkret begrunnelse for å fravike dette prinsipp (det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 42). Vilkårene for erstatning er ganske restriktive for EU-institusjoner, og terskelen for å fastslå erstatningsansvar for EU-institusjoner er høy (det vises blant annet til dommene i *Agriconsulting Europe* mot *Kommisjonen*, T-570/13, EU:T:2016:40, avsnitt 32, 95 og 96, og *AFCon Management Consultants m.fl.* mot *Kommisjonen*, T-160/03, EU:T:2005:107, avsnitt 90 og 93). AtB anfører at effektivitetsprinsippet ikke kan begrunne varierende vern for tilbydere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller en EU-institusjon som er ansvarlig for bruddet.
- 78 AtB gjør gjeldende at i den utstrekning *Fosen-Linjen I* kan tolkes slik at den innebærer at statlig erstatningsansvar ikke kommer til anvendelse når staten opptre i privat egenskap, har EU-domstolen uttrykkelig fastslått at statlig erstatningsansvar kan bli utløst i tilfelle der det ikke utøves offentlig myndighet (det vises til dommene i *A.G.M-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, avsnitt 91 og 93; *Fuß*, C-429/09, EU:C:2010:717; og *EUIPO* mot *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, som omtalt over).
- 79 Endelig gjør AtB gjeldende at den riktige tilnærming ved vurderingen av effektiviteten av et rettsmiddel, er, i motsetning til hva som ble gjort i *Fosen-Linjen I*, å se på helheten i det nasjonale rettsmiddelsystem (det vises blant annet til dommene i *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie*, C-312/93, EU:C:1995:437, avsnitt 14; *Bulicke*, C-246/09, EU:C:2010:418, avsnitt 35; og *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163).
- 80 *Den norske stat* gjør gjeldende at et bekreftende svar på det forelagte spørsmål ville være i strid med prinsippet om ensartethet og svekke både rettssikkerheten og det indre markeds virkemåte. Videre understreker den at ikke bare resultatet, men også begrunnelsen må være i tråd med homogenitetsprinsippet.

- 81 Videre anfører den norske stat at EFTA-domstolen først må besvare den andre del av spørsmålet – om håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever at EØS-statene skal gi tap av fortjeneste erstatningsrettslig vern. Hvis ikke faller ansvarsnormen utenfor EØS-rettens virkeområde (det vises blant annet til dommene i *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, avsnitt 18 og 19, og *Bulthuis-Griffioen*, C-453/93, EU:C:1995:265).
- 82 I denne forbindelse gjør den norske stat gjeldende at håndhevelsesdirektivet fastsetter minstevilkår som medlemsstatene må oppfylle (det vises blant annet til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, og *Combinatie*, som omtalt over). Siden disse minstevilkår er et konkret uttrykk for retten til et effektivt rettsmiddel, kommer de også til anvendelse på EU-institusjonene (det vises til avgjørelsen i *Vanbreda Risk & Benefits*, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, avsnitt 28).
- 83 Videre anfører den norske stat at rettsmidlene for brudd på EØS-retten faller inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi, begrenset av prinsippene om ekvivalens og effektivitet (det vises til dommene i *Rewe*, 33/76, EU:C:1976:188, avsnitt 5, og sak E-10/17 *Nye Kystlink*, Sml. 2018 s. 293, avsnitt 73). For øvrig er Underrettens praksis om EU-institusjonenes ansvar for tap av fortjeneste, anvendelig (det vises til dommen i sak E-28/15 *Jabbi*, Sml. 2016 s. 575, avsnitt 71).
- 84 I denne sammenheng anfører den norske stat at regelverket for offentlige anskaffelser ikke gir en tilbyder rett til å inngå en kontrakt. Siden en tilbyder ikke har noe gyldig krav på å inngå kontrakt, er kravet om direkte årsakssammenheng ikke oppfylt (det vises blant annet til dommene i *Embassy Limousines* mot *Europaparlamentet*, T-203/96, EU:T:1998:302, avsnitt 54 og 96, og *Citymo* mot *Kommisjonen*, T-271/04, EU:T:2007:128, avsnitt 161 til 164).
- 85 Den norske stat anfører videre at en slik konklusjon ikke er i strid med effektivitetsprinsippet. Den gjør gjeldende at anvendelsen av effektivitetsprinsippet forutsetter at tre grunnleggende vilkår er oppfylt, herunder en “direkte årsakssammenheng” (det vises til dommene i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 65 til 67; og *EUIPO* mot *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 91). Dessuten anser ikke EU-domstolens praksis at utelukkelse av tap av fortjeneste er i strid med effektivitetsprinsippet. Det er ikke et krav om erstatning for tap av fortjeneste i offentlige anskaffelser siden det kan ytes erstatning for andre typer skader (det vises til dommen i *Agriconsulting Europe* mot *Kommisjonen*, som omtalt over, avsnitt 99). Følgelig krever verken håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller effektivitetsprinsippet at en medlemsstat skal gi tap av fortjeneste erstatningsrettslig vern.
- 86 Videre gjør den norske stat gjeldende at *Combinatie* og *Strabag* er forenlige siden de to dommene besvarer forskjellige spørsmål. *Strabag* stadfester at skyld ikke er den avgjørende faktor for erstatningsansvar, mens *Combinatie* slår fast at prinsippet om statlig erstatningsansvar kommer til anvendelse (det vises til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 44 til 45, og *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 87 og 92). I tillegg ble dommen i *Combinatie* avsagt etter *Strabag*, og EU-domstolen var fullt oppmerksom på sistnevnte, som ble drøftet av generaladvokaten og sitert av EU-domstolen.

- 87 I samsvar med prinsippene om presedens, homogenitet og *acte éclairé* (det vises til dommen i *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335, avsnitt 14) må håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c tolkes i samsvar med *Combinatie*, nemlig slik at rett til erstatning oppstår når bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.
- 88 *Finlands regjering* anfører at det forelagte spørsmål må besvares benektende. For det første harmoniserer håndhevelsesdirektivet verken reglene om ansvar for brudd på EØS-retten eller kriteriene for å avgjøre en oppdragsgivers ansvar for sin atferd (det vises til dommene i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 70, og *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90). For det andre forutsetter ikke prinsippene om ekvivalens og effektivitet på noen måte at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse (det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 91).
- 89 I denne sammenheng anfører *Finlands regjering* at det etter norsk rett ikke er praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning basert på håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c.
- 90 *Finlands regjering* anfører videre at den ovennevnte tolkning ikke er utelukket etter EU-domstolens rettspraksis, for eksempel *Strabag*, da saken gjaldt nasjonale bestemmelser som var svært forskjellige fra dem som vurderes i den foreliggende sak (det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 7, 25, 30, 41 til 42 og 45). Særlig risikerer ikke tilbyder i den foreliggende sak å bli fratatt sin rett til erstatning eller å oppnå erstatning først etter lang tid.
- 91 *ESA* bemerker at det er flere grunner til å nyansere eller – om EFTA-domstolen skulle ønske det – omgjøre *Fosen-Linjen I* eller visse deler av den av hensyn til homogenitetsprinsippet.
- 92 I denne sammenheng anfører *ESA* at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c bare fastsetter at det må foreligge myndighet til å tilkjenne skadeserstatning. Ingenting i nevnte direktiv gir noen veiledning når det gjelder begrepet erstatning, ulike typer erstatning og ansvarsnorm (det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 86, og generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, C-568/08, EU:C:2010:515, avsnitt 106).
- 93 *ESA* gjør gjeldende at verken håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller direktivets formål tilsier at ethvert brudd på regelverket er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. Artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever bare at det må være mulig å tilkjenne erstatning, som er i tråd med direktivets karakter som et verktøy for minimumsharmonisering (det vises blant annet til dommene i *Star Storage m.fl.*, C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, avsnitt 42, og *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 36).
- 94 *ESA* gjør gjeldende at de viktigste begrensninger på medlemsstatenes prosessuelle autonomi følger av ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet (det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 92, og dommen i *Stefan Rudigier*, C-518/17,

EU:C:2018:757, avsnitt 61). Disse prinsipper innebærer at reglene for erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende erstatningsansvar etter nasjonal rett, og at nasjonale prosessregler ikke må gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter EØS-retten gir (det vises til *Nye Kystlink*, som omtalt over, avsnitt 73, 110 og 111).

- 95 ESA anfører at selv om EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* kom til, i generelle vendinger, at et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er tilstrekkelig til å utløse den offentlige oppdragsgivers erstatningsansvar, forutsatt at andre vilkår er oppfylt, behandlet ikke EFTA-domstolen spørsmålet om dette gjelder erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse.
- 96 Når det gjelder dommen i *Strabag*, anfører ESA at EU-domstolen begrenset sine konklusjoner til nasjonale regler om skyld og ikke tok uttrykkelig stilling til den generelle ansvarsnorm etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. I sin dom i *Combinatie* la EU-domstolen til grunn at det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar kom til anvendelse (det vises til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, 35, 39, 40 og slutningen, og *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 85 til 92). Det følger av dette at retten til erstatning etter artikkel 2 nr. 1 bokstav c er underlagt medlemsstatenes prosessuelle autonomi, forutsatt at prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt (det vises blant annet til dommen i *Norbrook Laboratories Ltd*, C-127/95, EU:C:1998:151, avsnitt 111). Dermed ville et bekreftende svar på det forelagte spørsmål være uforenlig med denne rettspraksis fra EU-domstolen.
- 97 ESA anfører at homogenitetsprinsippet krever at EFTA-domstolen og ESA tar behørig hensyn til EU-domstolens avgjørelser, som innebærer at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EU-retten, skal tolkes på samme måte (det vises til sak E-3/98 *Herbert Rainford-Towning*, Sml. 1998 s. 205, avsnitt 20). Dersom det er forskjell må det tungtveiende grunner til for ulik tolkning (det vises til dommen i forente saker E-9/07 og 10/07 *L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS m.fl.*, Sml. 2008 s. 259, avsnitt 27, 31 og 37). ESA anfører at i den utstrekning EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* kan synes å gå i en annen retning enn EU-domstolen i *Combinatie* når det gjelder anvendelsen av prinsippene om statlig erstatningsansvar på offentlige anskaffelser, og i stedet baserer seg på dommen i *Strabag* og prinsippet om effektivitet, ga ikke EFTA-domstolen noen begrunnelse for slik divergens.
- 98 Videre anfører ESA at siden de relevante anskaffelsesregler er identiske i EØS og EU og bør tolkes og anvendes på samme måte av EFTA-domstolen og EU-domstolen, bør EFTA-domstolen svare benektende på det forelagte spørsmål.
- 99 *Kommisjonen* gjør gjeldende at det ene spørsmål som er forelagt EFTA-domstolen, reiser to atskilte problemstillinger som må vurderes hver for seg. Den første gjelder hvor alvorlig bruddet må være for å utløse erstatningsansvar. Den andre er om skadeserstatning som tilkjennes, kan begrenses til negativ kontraktsinteresse, eller om den omfatter positiv kontraktsinteresse.

- 100 For Kommisjonen er det klart at det første spørsmål ble løst av EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I*, der det ble lagt til grunn at alvorlighetsgraden av overtredelsen er irrelevant når det gjelder å tilkjenne erstatning (det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 80). Kommisjonen anfører videre at anmodningen ikke inneholder noen konkrete faktiske eller rettslige momenter som kan rokke ved EFTA-domstolens konklusjon.
- 101 Når det gjelder det andre spørsmål, anfører *Kommisjonen* at dommen i *Fosen-Linjen I* må klargjøres, særlig med hensyn til om skadeserstatning alltid må omfatte en positiv kontraktsinteresse når det foreligger en årsakssammenheng.
- 102 I denne sammenheng gjør Kommisjonen gjeldende at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke utelukker erstatningskrav av noen skadekategori (det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 112). Leses håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c sammen med artikkelens overskrift og sjette betraktning i fortalen, blir det dessuten klart at artikkelen fastsetter et krav om prosedyrer for å sikre at skadeserstatning kan tilkjennes, men dekker ikke komplekse problemstillinger knyttet til tapskategorier og årsakssammenheng.
- 103 Kommisjonen anfører at gitt likheten i rammereglene i håndhevelsesdirektivet og direktiv 92/13/EØF, bør EFTA-domstolen også ta sistnevnte i betraktning (det vises til direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav d, som krever at medlemsstatene skal sikre at det finnes mulighet for å “tilstå erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av overtredelsen”). I denne sammenheng gjør Kommisjonen gjeldende at EUs lovgivere ikke hadde til hensikt å harmonisere noen andre erstatningsrettslige aspekter enn bestemmelsene om anbuds-kostnader fastsatt i direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 7, og at alle andre aspekter ved tilkjenning av erstatning derfor er overlatt til nasjonal lovgivning i medlemsstatene (det vises til tiende betraktning i fortalen til direktiv 92/13/EØF). Ifølge Kommisjonen gjelder denne konklusjon desto mer for håndhevelsesdirektivet.
- 104 Kommisjonen gjør videre gjeldende at selv om håndhevelsesdirektivet er ment å sikre “effektive klagemuligheter” (det vises til fjerde betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet), bør ikke spørsmålet om effektivitet blandes sammen med spørsmålet om direktivet faktisk harmoniserer tapskategorier. Kommisjonen anfører at betraktningene i håndhevelsesdirektivet og direktiv 2007/66 vektlegger forebyggende rettsmidler, altså rettsmidler som påberopes før en skade inntreffer (det vises til femte betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet og betraktning 3–12 og 21 i direktiv 2007/66). For Kommisjonen synes det dermed utenkelig at EUs lovgivere gjennom håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c hadde til hensikt å harmonisere slike komplekse saker som kategorier av tap som er erstatningsberettiget, årsakssammenheng og tapsberegning, samtidig som det ikke ble gitt noen forklaringer eller begrunnelser i tilknytning til disse spørsmål.
- 105 Følgelig gjør Kommisjonen gjeldende at disse spørsmål faller inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi (det vises blant annet til dommen i *Combinatie*,

som omtalt over, avsnitt 90; generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 89; og dommen i *Stefan Rudigier*, som omtalt over, avsnitt 61).

- 106 Kommisjonen anfører at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke er til hinder for nasjonal rett som fastsetter, som i den foreliggende sak, at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser som ikke er tilstrekkelig kvalifisert, medfører at det tilkjennes erstatning i form av kompensasjon bare for anbudskostnadene, der det foreligger en årsakssammenheng til tross for at konkurransen ble avlyst, og der tilbyder valgte ikke å delta i den senere konkurranse for samme oppdragsgiver om de samme tjenester og hovedsakelig samme periode som det søkes erstatning for, forutsatt at det under disse omstendigheter ikke kreves mer omfattende erstatning i medhold av ekvivalensprinsippet.

Rettens bemerkninger

- 107 Med sitt spørsmål spør den anmodende domstol om håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c må forstås slik at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.
- 108 Dette spørsmål gjelder det harmoniseringsnivå som er innført ved håndhevelsesdirektivet, og reglene for å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste.
- 109 Som fastsatt i sjette betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet, er et av direktivets mål å sørge for at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å sette tilside ulovlige vedtak og tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse. Tilstrekkelige klagemuligheter, slik det er formulert i direktivet, betyr ikke nødvendigvis at de er ensartede eller identiske, de må bare oppfylle minstevilkår i henhold til direktivet, for å sikre overholdelse av EØS-retten. Det følger av dette at direktivet er et verktøy for minimumsharmonisering (jf. dommen i *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35–39, og rettspraksis som det vises til der; jf. også dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, og rettspraksis som det vises til der; *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 86; og *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*, som omtalt over, avsnitt 37).
- 110 Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 og 3 forutsetter at EØS-statene treffer de nødvendige tiltak for å sikre effektiv og rask klagebehandling av offentlige oppdragsgiveres vedtak som er i strid med EØS-retten, og sikre at tilstrekkelige klagemuligheter er tilgjengelig for enhver som har eller har hatt en interesse i å bli tildelt en bestemt kontrakt, og som er blitt eller risikerer å bli skadelidende som følge av en påstått overtredelse. Med det formål krever håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at de tiltak som treffes med hensyn til klagebehandlingen, må omfatte bestemmelser som gir adgang til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse.
- 111 Imidlertid fastsetter verken håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i direktivet konkrete vilkår for tilkjenning av erstatning som omfatter konkrete typer tap og ansvarsnormen spesielt (se *Fosen-Linjen I*, som omtalt

over, avsnitt 69; jf. dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 86, og generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 106).

- 112 Til sammenligning viser direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 7 eksplisitt til erstatning for kostnader som er påløpt i forbindelse med utarbeidelse av et tilbud eller ved å delta i en anbudskonkurranse. Tap av fortjeneste som erstatningskategori er imidlertid, på samme måte som i håndhevelsesdirektivet, ikke et tema i direktiv 92/13/EØF.
- 113 EFTA-domstolen bemerker at i mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området er det, i samsvar med prinsippet om EØS-statenes prosessuelle autonomi, opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser (se *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 70).
- 114 Dermed har EØS-statene skjønnsfrihet ved fastsettelse av vilkårene for å tilkjenne og utmåle erstatning for tapt fortjeneste som har oppstått som følge av et brudd på EØS-retten om offentlige kontrakter, forutsatt at prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt. Dette betyr at disse regler ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett, og de må ikke gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter EØS-retten gir (se sak E-6/17 *Fjarskipti*, Sml. 2018 s. 78, avsnitt 31; jf. også dommene i *Club Hotel Loutraki m.fl.*, C-145/08 og C-149/08, EU:C:2010:247, avsnitt 74, og *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, avsnitt 39).
- 115 For å sikre effektiviteten av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c bør en person som har blitt skadelidende på grunn av en overtredelse av lovgivning om offentlige anskaffelser, i prinsippet kunne kreve erstatning for tap av fortjeneste (se *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 90; jf. også generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 108 og 112).
- 116 Fullstendig å utelukke tap av fortjeneste som tapskategori det kan tilkjennes erstatning for ved brudd på EØS-retten, kan således ikke godtas. Særlig i forbindelse med en økonomisk eller kommersiell tvist ville en slik fullstendig utelukkelse av erstatningsrettslig vern for tap av fortjeneste gjøre det praktisk umulig å oppnå skadeserstatning (jf. dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 42; og dommen i *Manfredi*, C-295/04 til C-298/04, EU:C:2006:461, avsnitt 96).
- 117 Direktivet harmoniserer ikke ansvarsnormen. Ifølge prinsippet om statlig erstatningsansvar kan imidlertid en EØS-stat holdes ansvarlig for brudd på sine EØS-rettslige forpliktelser når tre vilkår er oppfylt: for det første må den overtrådte rettsregel ha til formål å gi enkeltpersoner og økonomiske aktører rettigheter; for det andre må bruddet være tilstrekkelig kvalifisert; og for det tredje må det være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skadelidtes tap (se *HOB-vín ehf.*, som omtalt over, avsnitt 121, og rettspraksis som det vises til der).
- 118 Videre forutsetter effektivitetsprinsippet særlig at nasjonale regler ikke kan gjøre tilkjenning av erstatning betinget av at det er ført bevis for skyld eller bedrageri (jf.

dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 39 og 40; dommen i *Kommisjonen mot Portugal*, C-70/06, EU:C:2008:3, avsnitt 42; og *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 75).

- 119 Dette innebærer ikke at visse objektive og subjektive faktorer knyttet til skyldbegrepet i en nasjonal rettsorden ikke kan være relevante ved vurderingen av om et bestemt brudd er tilstrekkelig kvalifisert. Imidlertid kan plikten til å yte erstatning for tap eller skade påført enkeltpersoner, ikke bero på et vilkår basert på et skyldbegrep som går utover et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten (jf. dommene i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 78 og 79, og *Fuß*, som omtalt over, avsnitt 67).
- 120 Kravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd som minstestandard anses som tilstrekkelig til å ivareta enkeltpersoners rettigheter siden dette er den terskel som anvendes for tilkjenning av erstatning for skader som følge av manglende handling fra EØS-statenes side, og der dette er resultatet av vedtakelsen av en lov eller forskrift som er i strid med EØS-retten (se f.eks. sak E-4/01 *Karl K. Karlsson mot Island*, Sml. s. 240, avsnitt 32, og rettspraksis som det vises til der).
- 121 I lys av det ovenstående finner EFTA-domstolen at svaret på det forelagte spørsmål må bli at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste til personer som har blitt skadelidende som følge av en overtredelse av EØS-regler om offentlige anskaffelser.

V Saksomkostninger

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

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Norges Høyesterett, følgende rådgivende uttalelse:

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 artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever ikke at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er tilstrekkelig til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste til personer som har blitt skadelidende som følge av en overtredelse.

Páll Hreinsson

Bernd Hammermann

Ola Mestad

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 1. august 2019.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President