



E-7/18-19

## RETTSMØTERAPPORT

I sak E-7/18

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

**Fosen-Linjen AS, støttet av Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO),**

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.

### **I Innledning**

1. Ved brev 19. november 2018, registrert ved EFTA-domstolen 19. november 2018 som sak E-7/18, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom Fosen-Linjen AS (“Fosen-Linjen”), støttet av Næringslivets Hovedorganisasjon (“NHO”), og AtB AS (“AtB”).

2. Saken for den anmodende domstol gjelder en anke fra partene over en dom avsagt av Frostating lagmannsrett 2. mars 2018 som gjaldt et erstatningskrav fra Fosen-Linjen mot AtB for feil i en anbudskonkurranse. I dommen tok Frostating lagmannsrett ikke til følge Fosen-Linjens krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse men selskapet ble tilkjent 1,5 millioner kroner i erstatning for negativ kontraktsinteresse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. juni 2018 ble anken tillatt fremmet. Spørsmålet den anmodende domstol stiller, er 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. Tvisten i den foreliggende sak har allerede

vært gjenstand for en anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i sak E-16/16 *Fosen-Linjen AS mot AtB AS*<sup>1</sup> ("*Fosen-Linjen I*").

## II Rettslig bakgrunn

### *EØS-rett*

3. Rådskonferansen 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter (EFT 1989 L 395, s. 33) ("*håndhevelsesdirektivet*") er innlemmet i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde ("*EØS-avtalen*") vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5.

4. Håndhevelsesdirektivet ble endret ved europaparlaments- og rådskonferansen 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådskonferansen 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 i kraft 1. november 2012, og EFTA-statenes frist for å gjennomføre direktivet utløp samme dato.

5. Tredje betraktning i forordningen til håndhevelsesdirektivet lyder:

*Adgang til å konkurrere om offentlige kontrakter innenfor Fellesskapet nødvendigvis gjør 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 forordningen 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 rådskonferansen 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåter ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlig varekjøp*

---

<sup>1</sup> Sak E-16/16 *Fosen-Linjen*, Sml. 2017 s. 617.

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

*Nasjonal rett*

10. 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.<sup>2</sup> Anskaffelsesloven § 11 lyder:

---

<sup>2</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, som har blitt erstattet av lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

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>3</sup>

11. Selv om bestemmelsen angir at retten til erstatning er knyttet til lidt tap, angir ikke loven type erstatning eller hvilke vilkår som gjelder for at erstatning kan tilkjennes.

12. Etter norsk rett har erstatning for positiv kontraktsinteresse (tapt fortjeneste eller *lucrum cessans*) tradisjonelt ikke blitt ansett for å ha erstatningsrettslig vern i den prekontraktuelle fase.<sup>4</sup> En nødvendig forutsetning for et slikt krav er at den som fremsetter erstatningskravet, må kunne bevise at han ville ha vært berettiget til å inngå kontrakten.<sup>5</sup>

13. Norsk rett om positiv kontraktsinteresse i forbindelse med offentlige anskaffelser ble utviklet i *Nucleus*-dommen fra 2001.<sup>6</sup> Der kom Høyesterett til at en forbigått tilbyder i en offentlig anbudskonkurranse har rett til erstatning dersom følgende vilkår er oppfylt. For det første må oppdragsgiver ha begått en vesentlig feil. For det andre må tilbyder bevise med klar sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde blitt begått. I tillegg må det være klar sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom den begåtte feil og tildelingen av kontrakten. I vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert, bør faktorer som feilens art og omfang og i hvilken grad oppdragsgiver er å laste, tas i betraktning.

14. Ved et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ligger bevisbyrden på saksøker, som med klarsannsynlighetsovervekt må bevise at det foreligger en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom den eller de begåtte feil og tildelingen av kontrakten.<sup>7</sup> Saksøker må også dokumentere lidt tap.<sup>8</sup>

15. Negativ kontraktsinteresse er ikke underlagt de samme vilkår som positiv interesse. Her kreves det ikke at det foreligger et kvalifisert brudd, og beviskravet for tilstrekkelig årsakssammenheng er mindre strengt.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Loven ble erstattet av lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser. Det som ble regulert av § 11, reguleres nå av § 10 i den nye loven, som lyder: "*Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.*"

<sup>4</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 14, og Høyesteretts dom, Rt. 2007 s. 425, avsnitt 32.

<sup>5</sup> Rt. 2007 s. 425, avsnitt 32.

<sup>6</sup> Rt. 2001, s. 1062.

<sup>7</sup> Rt. 2001 s.1062 på side 1080.

<sup>8</sup> Borgarting lagmannsrett, LB-2017-94201

<sup>9</sup> Se Høyesteretts dommer i Rt. 2008 s- 982 (Catch) avsnitt 47: "*Kravet til vesentlighet er i rettspraksis først og fremst stilt i forhold til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen*". Se også Rt. 2008 s. 1705 (Rabatt) avsnitt 50 og Rt. 1997 s. 574 (Firesafe) på side 579.

### III Faktum og saksgang

#### *Bakgrunn*

16. Tvisten i hovedsaken har, som nevnt over, allerede vært behandlet i dommen i *Fosen-Linjen I*, hvor EFTA-domstolen, etter en anmodning om rådgivende uttalelse fremsatt av Frostating lagmannsrett, blant annet la til grunn:

*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, eller at det foreligger en vesentlig feil eller 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.*

17. I avsnitt 16 til 36 i EFTA-domstolens dom i *Fosen-Linjen I* ble tvisten oppsummert som følger:

#### *“Bakgrunn*

16 Ifølge anmodningen om rådgivende uttalelse er Fosen-Linjen et lite, lokalt foretak etablert i 1999. Selskapet har drevet et par mindre fergesamband i om lag 15 år. I tillegg til Fosen-Linjen er det et antall større fergeoperatører, som Norled AS (“Norled”), og en del mindre fergeoperatører, som er aktive i Norge.

17 I Sør-Trøndelag administreres kollektivtransporttilbudet gjennom et eget selskap, AtB, som har til oppgave å planlegge (dvs. overordnet koordinering og planlegging av ruter), markedsføre kollektivtrafikken (herunder billettsalg) og kjøpe inn transporttjenester. Sør-Trøndelag fylkeskommune har det overordnede ansvar for kollektivtransporten i fylket.

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

#### *Konkurransen*

19 I juni 2012 besluttet Fylkestinget i Sør-Trøndelag å gi AtB i oppdrag å utarbeide grunnlaget for og gjennomføre en konkurranse om anskaffelse av fergetjenester.

20 Anbudskonkurransen ble kunngjort 5. juni 2013. Konkurransen var delt i to pakker, begge med en avtaleperiode på ti år og med ensidig opsjon for AtB til å forlenge kontrakten med inntil to år. Anskaffelsen ble gjennomført som konkurranse med forhandlinger etter reglene i FOA del II. Tilbudsfristen var 14. oktober 2013.

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

22 Tilbud ble inngitt av Fosen-Linjen, Norled og Boreal Transport Nord AS. Etter en omfattende runde med spørsmål, svar og forhandlinger, innga Norled og Fosen-Linjen reviderte tilbud i november 2013.

23 AtB evaluerte tilbudene. Tildelingskriteriene var "Pris" (50 %), "Miljø" (25 %) og "Kvalitet" (25 %). Hvert av tildelingskriteriene ble gitt poeng på en skala fra 1 til 10, og poengsummen ble deretter vektet i samsvar med den vekt tildelingskriteriet var gitt i konkurransegrunnet. Denne prosedyre var i samsvar med konkurransereglene som var beskrevet i konkurransegrunnet.

24 Under kriteriet "Kvalitet" måtte tilbyderne blant annet gi en beskrivelse av de tilbudte fartøy.

25 Det som ble evaluert under tildelingskriteriet "Miljø", var det drivstofforbruk som var angitt i tilbudene for de to ferger i forbindelsen Brekstad-Valset. Det ble ikke stilt noe krav om at tilbyderne skulle vise hvordan verdien av drivstofforbruket var beregnet, eller at tilbyderne skulle oppgi hvilke forutsetninger beregningene bygget på.

26 Ytterligere spørsmål om dokumentasjonskrav for miljøkriteriet ble drøftet på en tilbudskonferanse i juni 2013. AtB valgte da å innta en ny sanksjon som skulle gjelde i kontraktsperioden. Dette vilkår innebar at avvik ved gjennomføringen av kontrakten på over 10 % fra drivstofforbruket oppgitt i tilbudet, ville medføre et gebyr på 1 krone per liter. Til tross for at det nok en gang ble stilt spørsmål om tildelingskriteriet "Miljø", ble ingen dokumentasjonskrav inntatt.

27 Ved brev 17. desember 2013 orienterte AtB interessentene om at Norled ville bli tildelt kontrakten. Norled var gitt 9,39 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng, mens den tredje interessent fikk 5,73 poeng. Fosen-Linjen ble vurdert som best på pris, Fosen-Linjen og Norled sine tilbud ble vurdert som likeverdige med hensyn til tildelingskriteriet "Kvalitet", og Norled ble vurdert som best på miljø.

28 Etter klage fra Fosen-Linjen ble poengtildelingen vurdert på nytt, og ved brev 15. januar 2014 ble partene informert om at Norled var gitt 9,16 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng og den tredje tilbyder 5,52 poeng.

29 Den 3. januar 2014 brakte Fosen-Linjen saken inn for Sør-Trøndelag tingrett og krevde at domstolen ved en midlertidig forføyning stanset kontraktsinngåelsen mellom AtB og Norled. Tingretten forbød kontraktsinngåelse. Etter anke fra AtB kom Frostating lagmannsrett ved kjennelse 17. mars 2014 til samme resultat som tingretten.

30 I sin anke anførte AtB med hensyn til kontrollkravene at selskapet hadde “et godt grunnlag for å fastslå at Norled hadde oppgitt et realistisk drivoljeforbruk”. Denne vurdering var basert på AtBs “egen kompetanse og erfaring”. AtB gjør imidlertid ikke lenger gjeldende dette synspunkt.

31 Ved brev 30. april 2014 informerte AtB tilbyderne om at selskapet hadde bestemt seg for å avlyse konkurransen etter lagmannsrettens kjennelse. AtB viste til at lagmannsretten hadde kommet til at selskapet ikke hadde etablert et forsvarlig grunnlag for evalueringen, og at det hadde begått feil når det ikke hadde etterprøvd forsvarligheten av Norleds oppgitte drivoljeforbruk. I brevet ble det endelig påpekt at det ikke var grunnlag for å avvise tilbudet fra Norled fordi AtB hadde brutt sin veiledningsplikt overfor Norled. Fosen-Linjen bestred ikke denne beslutning for domstolene. Senere inngikk AtB kontrakt med Norled om drift av fergestrekningen Brekstad–Valset for 2015 og 2016. En ny konkurranse for dette samband ble lyst ut i begynnelsen av 2016 og gjaldt driften av forbindelsen fra 2019 til 2029. Fosen-Linjen innga ikke tilbud i denne konkurranse.

32 I februar 2014 tok Fosen-Linjen ut stevning mot AtB. I den påfølgende retts sak krevde selskapet erstatning for positiv kontraktsinteresse (tap av fortjeneste – *lucrum cessans*), subsidiært erstatning for negativ kontraktsinteresse (kostnaden ved å inngi tilbud – *damnum emergens*).

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

34 Tingretten la til grunn at EØS-retten oppstiller et krav om at det må knyttes et dokumentasjonskrav til tildelingskriterier. I den foreliggende sak hadde oppdragsgiver ikke krevd den nødvendige dokumentasjon. Tingretten fant at AtB i konkurransegrunnlaget ikke hadde etterspurt informasjon om noen av de parametere som var sentrale for beregning av drivoljeforbruk, som skrogmotstand, propulsjonsvirkningsgrad, overføringstap, hotellast og sjømargin. Den la videre til grunn at ingen av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivoljeforbruket på tilbudstidspunktet.

35 Den 30. oktober 2015 anket Fosen-Linjen tingrettens dom til Frostating lagmannsrett.

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

18. I foreleggelsen har den anmodende domstol følgende oppsummering av det som har skjedd siden ovennevnte dom i *Fosen-Linjen I* ble avsagt:

“Ankeforhandling for lagmannsretten ble [...] holdt tidlig i 2018. Ved Frostating lagmannsretts dom 2. mars 2018 fikk Fosen-Linjen ikke medhold i sitt krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, men selskapet ble tilkjent 1,5 millioner kroner i erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Lagmannsretten oppfattet EFTA-domstolens uttalelse slik at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. Den kom likevel til at erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at det må foreligge en vesentlig feil, slik Høyesterett som nevnt la til grunn i Rt-2001-1062 (*Nucleus*). Lagmannsretten ga følgende oppsummerende begrunnelse for ikke å følge EFTA-domstolens uttalelse:

*“Lagmannsretten konkluderer med at spørsmålet om enkeltstatenes rett til å regulere oppdragsgivers ansvar ved krav til alvorlig feil ikke er entydig avgjort av EU-domstolen, at det er forskjellig oppfatning av spørsmålet i land innenfor EØS-området, og at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse på dette punkt ikke fremstår som klart riktig. Lagmannsretten konkluderer også med at Høyesteretts vurdering av spørsmålet i Rt-2001-1062 (Nucleus) er i godt samsvar med Frankovich and Others [C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428] og Brasserie du Pêcheur and Factortame [C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79], som EU-domstolen viser til i Combinatie Spijker [C-568/08, EU:C:2010:751].”*

Lagmannsretten kom til at det forelå feil ved utlysningen av konkurransen, men at AtB rettmessig avlyste den på grunnlag av samme feil. Blant annet i lys av at avlysningen var rettmessig, la lagmannsretten til grunn at det ikke forelå årsakssammenheng for kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Partene anket hver for seg lagmannsrettens dom. Fosen-Linjen AS innga også avledet anke. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. juni 2018 ble saken fremmet til behandling i Høyesterett i avdeling. For Høyesterett vil det være et sentralt spørsmål hvilke betingelser som må være oppfylt for at det foreligger ansvarsgrunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse.”

19. Den anmodende domstol anser det som nødvendig på nytt å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse.



20. I foreleggelsen har den anmodende domstol oppsummert EFTA-domstolens dom i *Fosen-Linjen I* og bakgrunnen for den nye anmodningen som følger:

“Det er uklart om EFTA-domstolens uttalelse skal forstås slik at domstolen uttaler seg om kravene til ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktsinteresse. Domstolens svar synes å gjelde uansett hvilket erstatningskrav som fremmes. Som gjennomgangen nedenfor viser, tilsier flere kilder at direktivet ikke harmoniserer ansvarsnormen. Foreleggelsen er dels begrunnet i behovet for klargjøring av hvordan EFTA-domstolens uttalelse skal forstås på dette punktet.

For å komme til konklusjonen EFTA-domstolen har på spørsmål 1 og 2, har som nevnt hensynet til rettsenhet (harmonisering) og behovet for effektive rettsmidler vært bærende. Ser man på andre relevante rettskilder, synes ikke disse hensynene å ha vært tillagt like stor eller avgjørende vekt:

I *Strabag* ble det uttalt at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 ikke harmoniserer normen for ansvarsgrunnlag, se avsnitt 33. Det samme ble senere drøftet og lagt til grunn av EU-domstolen i *Combinatie Spijker*. Basert på dette premisset ble det i *Combinatie Spijker* konkludert med at bestemmelsen gir konkret uttrykk for den alminnelige læren om statens erstatningsansvar for brudd på EU-/EØS-retten, se avsnitt 86–92. EU-domstolen fastslo dermed at håndhevelsesdirektivet åpner for at ansvaret for den positive kontraktsinteresse kan gjøres betinget av at det foreligger en vesentlig (“sufficiently serious”) feil. Dette inntrykket forsterkes av kommisjonens forarbeider til direktiv 92/13/EØF (håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren).<sup>10</sup> Forarbeidene tyder på at kommisjonen, ved utarbeidelsen av forslag til håndhevelsesdirektivet, ikke mente å regulere innholdet i ansvarsgrunnlaget for erstatning for positiv kontraktsinteresse, verken i håndhevelsesdirektivet eller direktiv 92/13/EØF. EU-domstolen uttalte senest i *Hochtief* avsnitt 35 at håndhevelsesdirektivet fastsetter en minimumsharmonisering.<sup>11</sup>

Videre er det mye som tilsier at effektivitetsprinsippet ikke kan begrunne et strengere erstatningsansvar enn det som gjelder for EU-institusjonenes ansvar ved deres anskaffelser.<sup>12</sup> Reglene er noe annerledes enn de norske, men ansvar er betinget av at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd, se henvisningen i *EUIPO*<sup>13</sup> avsnitt 91 til *Nikolaou*<sup>14</sup> avsnitt 52, se også avsnitt 53.

---

<sup>10</sup> Proposal for a Council Directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, COM (90) 297 final; se særlig avsnitt 16, 21 og 31.

<sup>11</sup> Det vises til dommen i *Hochtief AG*, C-300/17, EU:C:2018:635.

<sup>12</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du pêcheur og Factortame*, C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, avsnitt 42.

<sup>13</sup> Det vises til dommen i *EUIPO*, C-376/16, EU:C:2018:299.

<sup>14</sup> Det vises til dommen i *Nikolaou*, C-220/13, EU:C:2014:2057.

Dette perspektivet er ikke særlig berørt av EFTA-domstolen. Dermed er det heller ikke klart hvordan EFTA-domstolen har avveid disse kildene mot hensynet til rettsenhet og behov for effektive rettsmidler, når domstolen – slik uttalelsen oppfattes – kommer til at håndhevelsesdirektivet må forstås slik at det harmoniserer normen for ansvarsgrunnlag ved erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse. Ved spørsmålene om årsakssammenheng har de samme hensynene hatt begrenset gjennomslagskraft, som nevnt ovenfor.

Ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler bes det derfor om en klargjøring og utdypning, eventuelt en revurdering, av hvilke krav håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr.1 bokstav c stiller til ansvarsgrunnlaget ved erstatning for positiv kontraktsinteresse. At lagmannsretten allerede har fraveket EFTA-domstolens tidligere uttalelse i saken, forsterker behovet for slik dialog og ytterligere avklaring.

Det nevnes at høyesterettene i Storbritannia og Sverige i nyere tid har lagt til grunn den forståelsen av håndhevelsesdirektivet som EU-domstolen fastslo i *Combinatie Spijker*, se Supreme Court of the United Kingdoms dom 11. april 2017 i saken *Nuclear Decommissioning Authority v EnergySolutions EU Ltd* (2017) UKSC 34 avsnitt 21–27 og Högsta domstolen i Sveriges dom 18. mai 2016 i sak 3852-14 (NJA 2016 s. 358), se avsnitt 13. Ingen av de to domstolene forela spørsmålet for EU-domstolen.”

21. Under disse omstendigheter mente den anmodende domstol at løsningen på den foreliggende sak beror på en tolkning av EØS-retten. Den anmodende domstol besluttet dermed å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen et spørsmål for rådgivende uttalelse.

22. Den anmodende domstol har forelagt 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?**

#### **IV Skriftlige innlegg**

23. 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,

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

— 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 Henrikka Leppo, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Ewa Gromnicka og Erlend M. Leonhardsen, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommissjonen”), representert ved Luke Haasbeek og Petr Ondrůšek, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

## V Sammendrag av fremsatte argumenter

### *Fosen-Linjen*

24. Fosen-Linjen anfører innledningsvis at saken gjelder det samme spørsmål som i *Fosen-Linjen I*<sup>15</sup> og bør besvares med en avgjørelse som simpelthen viser til den tidligere dom, i tråd med rettergangsordningen artikkel 97 nr. 3.

25. Fosen-Linjen anfører at prinsippet om rettssikkerhet, som er et generelt prinsipp i EØS-retten og blant annet forutsetter forutsigbarhet og vern av berettigede forventninger, må innebære at likeartede saker skal behandles på samme måte.<sup>16</sup> Dette må være desto mer klart som det allerede er truffet avgjørelse i samme sak og det ikke er noen relevante kilder tilgjengelig nå som ikke var tilgjengelig for EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I*. I denne sammenheng anfører Fosen-Linjen at EFTA-domstolen helt klart behandlet problemstillinger knyttet til positiv kontraktsinteresse i *Fosen-Linjen I*. Dersom EFTA-domstolen i en ny sammensetning kommer til et annet resultat i denne sak, ville dette klart være i strid med rettssikkerhetsprinsippet, og det ville også være tvil om den berørte part har vært sikret en rettferdig rettergang.

26. Fosen-Linjen viser til EFTA-domstolens bemerkninger i *Fosen-Linjen I* og anfører at dommen gjør det klart 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 går det klart frem av dommen at reglene for medlemsstatenes erstatningsansvar ikke får anvendelse på offentlige anskaffelser.<sup>17</sup> Doktrinen om statlig erstatningsansvar kommer derfor ikke til anvendelse.

---

<sup>15</sup> Det vises til *Fosen-Linjen I*, som omtalt over.

<sup>16</sup> Det vises blant annet til Carl Lebeck, *General Principles and Fundamental Rights in EEA Law*, The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration (2014) s. 259–260 med ytterligere referanser.

<sup>17</sup> Det vises blant annet til *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 64 og slutningen.

27. Videre anfører Fosen-Linjen at Norges Høyesteretts anmodning om en ny rådgivende uttalelse i praksis støtter påstanden om at EFTA-domstolen tok feil i *Fosen-Linjen I*. Den nye anmodning siterer også et antall kilder til støtte for dette syn. Fosen-Linjen gjør gjeldende at Høyesteretts argumenter er grunnløse. På bakgrunn av senere rettspraksis og Kommisjonens standpunkt i *Fosen-Linjen I* er for eksempel forarbeidene til direktiv 92/13/EØF ikke på noen måte relevante for denne sak. Rettspraksis fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) om jurisdiksjonelle spørsmål har heller ingen betydning for det den foreliggende sak gjelder.<sup>18</sup> Videre gir rettspraksis når det gjelder EU-institusjonenes anskaffelser, et tilsvarende resultat for EU-institusjonene som *Fosen-Linjen I* gir i forhold til medlemsstatene.<sup>19</sup> Regelverket for EU-institusjonene åpner dessuten for erstatning for sjansetap, som er et langt mer effektivt rettsmiddelsystem enn det norske system.

28. Fosen-Linjen anfører at spørsmålet fra Norges Høyesterett er uklart og trenger nærmere utdypning, da håndhevelsesdirektivet ikke særskilt nevner erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse. 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.

29. Fosen-Linjen anfører at selskapet ikke trenger å vise at håndhevelsesdirektivet inneholder en forpliktelse for at det skal være mulig å få erstatning for den positive kontraktsinteresse i et tilfelle der den forbigåtte tilbyder ville ha blitt tildelt kontrakten dersom bruddet ikke hadde forekommet. 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.<sup>20</sup>

30. I denne sammenheng hevder Fosen-Linjen at siden Norge har valgt et system der det i visse tilfelle bare kan gis erstatning for positiv kontraktsinteresse, er det klart at dette system må være i samsvar med håndhevelsesdirektivet. Det fremgår klart av *Fosen-Linjen I* at et nasjonalt system må gjøre det mulig å få erstatning for enhver interesse, herunder positiv kontraktsinteresse.<sup>21</sup>

31. Fosen-Linjen gjør videre gjeldende at hvis EFTA-domstolen ønsker å vurdere det materielle spørsmål i saken på nytt, må konklusjonen bli den samme som i *Fosen-Linjen I*. Det anføres at EFTA-domstolen må vurdere det forelagte spørsmål i lys av

---

<sup>18</sup> Det vises til dommen i *Hochtief*, som omtalt over.

<sup>19</sup> Det vises til dommene i *EU IPO* mot *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, som omtalt over, og *Nikolaou* mot *Revisjonsretten*, som omtalt over.

<sup>20</sup> Det vises blant annet til dommen i *EU IPO* mot *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 80.

<sup>21</sup> Det vises blant annet til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 75, 76 og 90.

erstatningssøksmåls generelle kontekst og mål.<sup>22</sup> I den foreliggende sak var Fosen-Linjens eneste mulige rettsmiddel å kreve erstatning fra AtB.

32. I denne sammenheng 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. Med henvisning til juridisk teori som støtte gjør Fosen-Linjen gjeldende at doktrinen om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes på erstatningskrav i anbudssaker som omfattes av håndhevelsesdirektivet.<sup>23</sup> En slik tilnærming ville til og med kunne gjøre håndhevelsesdirektivets bestemmelser om erstatning overflødige. Videre ville det å overse den anskaffelsesrettslige sammenheng og anvende doktrinen om statlig erstatningsansvar faktisk være i strid med håndhevelsesdirektivets formål, som er å styrke eksisterende ordninger.<sup>24</sup> Konklusjonen er at doktrinen om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes alene, uten å ta hensyn til prinsippene fastsatt i håndhevelsesdirektivet.<sup>25</sup> Følgelig kan ikke et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” på loven settes som vilkår for å tilkjenne erstatning.

33. Fosen-Linjen gjør imidlertid gjeldende at selv om konseptet statlig erstatningsansvar skulle kunne anvendes etter håndhevelsesdirektivet, må det tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen bør følge den tilnærming EU-domstolen foretok i *Strabag*. Dette ville være helt i samsvar med EU-domstolens tilnærming i *Combinatie* og anvendelsen av statlig erstatningsansvar. I saken anerkjente EU-domstolen uttrykkelig at effektivitetsprinsippet begrenser den prosessuelle autonomi.<sup>26</sup>

34. 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 rett 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.

---

<sup>22</sup> Det vises til dommen i *Strabag m.fl.*, C-314/09, EU:C:2010:567, avsnitt 34.

<sup>23</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 Hamer, *Grundleggende udbudsret* (2016), s. 829 og Jakobsen, Poulsen og Kalsmose-Hjelmborg, *EU udbudsretten* (3. utg., 2016), s. 664.

<sup>24</sup> Det vises til dommen i *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, avsnitt 74.

<sup>25</sup> Det vises blant annet til dommen i *Kommisjonen mot Portugal*, C-275/03, EU:C:2004:632.

<sup>26</sup> Det vises til dommen i *Combinatie Spijker m.fl.*, C-568/08, EU:C:2010:751, avsnitt 92.

35. Videre gjør Fosen-Linjen gjeldende at oppdragsgiver ikke kan fritta seg selv fra potensielt erstatningsansvar ved å vise til en skjønnsmargin når det er lite eller begrenset skjønn som spiller inn.<sup>27</sup> Dette er også i tråd med *Strabag*.<sup>28</sup>

36. 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.

37. Fosen-Linjen anmoder om at spørsmålet fra den anmodende domstol omformuleres som følger:

*Er et nasjonalt system for erstatningsansvar for brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i samsvar med artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF hvis det ikke gjør det mulig å få erstatning for tap som skyldes sjansetap, og hvis det krever at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser skal være tilstrekkelig kvalifisert før det er mulig å få dekket det tap av fortjeneste som skyldes bruddet?*

38. Fosen-Linjen anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål, enten det er omformulert eller ikke, på denne måte:

*Et nasjonalt system for erstatningsansvar for brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er ikke i samsvar med artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF hvis det ikke gjør det mulig å få erstatning for tap som skyldes sjansetap, og hvis det krever at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser skal være tilstrekkelig kvalifisert før det er mulig å få dekket det tap av fortjeneste som skyldes bruddet. I et slikt tilfelle må ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv være nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.*

### *Næringslivets Hovedorganisasjon*

39. Innledningsvis viser NHO til det skriftlige innlegg fra Fosen-Linjen og støtter dette. 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; i motsatt fall bør EFTA-domstolen uansett opprettholde nevnte dom.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Det vises til sak E-2/12 *HOB-vín ehf.*, Sml. 2013 s. 816, avsnitt 129 og 130.

<sup>28</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>29</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 61 til 82.

40. 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 for en oppdragsgivers overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser betinget av at det foreligger skyld.<sup>30</sup> For det andre kan en oppdragsgiver ikke påberope seg rettsvillfarelse for å unngå å bli holdt ansvarlig.<sup>31</sup>

41. 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 det må konkluderes med at oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 2004/18/EF er sidestilt med statens, og følgelig at vurderingstemaet "tilstrekkelig kvalifisert" kan anvendes. I denne sammenheng bør *Combinatie* anvendes med en viss varsomhet siden bemerkningene om vilkårene for ansvar er i *obiter dicta*, i motsetning til bemerkningene i *Strabag*. Videre kan det hevdes at det generelle vilkår om at det etter doktrinen om statlig erstatningsansvar må foreligge et "tilstrekkelig kvalifisert brudd" på EØS-retten, ble lempet i håndhevelsesdirektivet (som *lex specialis*), da dette bare nevner kravet om et (ukvalifisert) brudd som tilstrekkelig grunnlag for et krav om erstatning.

42. Hvis EFTA-domstolen likevel kommer til at doktrinen om statlig erstatningsansvar kan sidestilles med eller anvendes analogisk for brudd på anskaffelsesregelverket, gjør NHO gjeldende 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. Dette vil også innebære at ethvert brudd på anskaffelsesregler som av natur kan påvirke utfallet av konkurransen, og der oppdragsgiver ikke er overlatt noen skjønnsfrihet, i seg selv vil utgjøre et tilstrekkelig kvalifisert brudd.<sup>32</sup>

#### *AtB*

43. AtB slår innledningsvis fast at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er uttrykk for det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar, og at direktivet er et verktøy for minimumsharmonisering.<sup>33</sup> AtB anfører at det er spesielt at det i *Fosen-Linjen I* ikke ble gjort forskjell på ansvarsgrunnlaget for tilkjenning av erstatning for tapt fortjeneste og for tilkjenning av erstatning for anbuds-kostnader, da denne forskjell er ganske grunnleggende i de fleste europeiske land. Videre står det åpent for tolkning hva det nøyaktige krav er når det gjelder den direkte årsakssammenheng i den nevnte dom.

---

<sup>30</sup> Det vises til dommene i *Kommisjonen mot Portugal*, som omtalt over, avsnitt 42, og *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 45.

<sup>31</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 41 og 42.

<sup>32</sup> Det vises til dommen i *HOB-vín ehf.*, som omtalt over, avsnitt 129 til 130.

<sup>33</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over.

44. I denne sammenheng anfører AtB at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c og direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav d, som fastsetter identiske krav for forsyningssektoren, ikke fastsetter andre bestemte vilkår for erstatning enn vilkårene som gjelder i den enkelte medlemsstat. Ordlyden som sådan går ikke 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, fastsetter bestemte vilkår for erstatning, herunder et krav om objektivt ansvar under visse omstendigheter, og harmoniserer dermed vilkårene for erstatning for anbuds kostnader. Videre kan det sluttes av forarbeidene, blant annet til direktiv 92/13/EØF, at Kommisjonens hensikt var at kriteriene for erstatningsansvar i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c skulle reguleres av den enkelte medlemsstat.<sup>34</sup> Selv om håndhevelsesdirektivet ble endret i 2007, fant ikke EUs lovgivende organer det ønskelig eller nødvendig å vedta nye bestemmelser om tilkjenning av erstatning.

45. AtB gjør gjeldende at håndhevelsesdirektivet klart er et eksempel på minimumsharmonisering, og viser blant annet til sjette betraktning i fortalen til direktivet og til rettspraksis fra EU-domstolen.<sup>35</sup> I denne sammenheng bør det ved tolkningen av artikkel 2 nr. 1 bokstav c tas hensyn til medlemsstatenes praksis, for svært få medlemsstater opererer med et strengt ansvar for regelverket for offentlige anskaffelser. Videre har ingen medlemsstat endret sin ordning for erstatning for positiv kontraktsinteresse i forbindelse med gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet.<sup>36</sup>

46. Når det gjelder tolkningen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, gjør AtB gjeldende at av de dommer<sup>37</sup> som tolker bestemmelsen, inneholder avgjørelsen 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.<sup>38</sup> AtB anfører at EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* klart avviker fra fast rettspraksis uten begrunnelse og til og med uten å drøfte hvorfor *Combinatie* ikke kan anvendes. Dette undergraver prinsippet om ensartethet og EØS-avtalen artikkel 6.

---

<sup>34</sup> Det vises blant annet til COM (90) 297 final, avsnitt 16, 20, 21, 31 og 32, COM (87) 134 final, artikkel 1 nr. 3, og SEC (2006) 557, avsnitt 6.2. Det vises til dommene i X, C-360/15 og C-31/16, EU:C:2018:44, avsnitt 108, og *Lafonta*, C-628/13, EU:C:2015:162, avsnitt 37.

<sup>35</sup> Det vises til dommene i *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35, og *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*, C-570/08, EU:C:2010:621, avsnitt 37.

<sup>36</sup> Det vises til "Enforcement of EU Public Procurement Rules", Steen Treumer & Francois Lichere (red.), *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Duncan Fairgrieve & Francois Lichere (red.), spesialutgaver om rettsmidler i *Public Procurement Law Review* (2006), *Damages in EU Public Procurement Law*, Hanna Schebesta, og *The Spanish Approach to the Remedy of Damages in the Field of European Public Procurement*, María Fuentes i *European Procurement & Public Private Partnership Review* 2016 nr. 1.

<sup>37</sup> Det vises til dommene i *Kommisjonen mot Portugal*, som omtalt over; *Strabag*, som omtalt over, og *Combinatie*, som omtalt over.

<sup>38</sup> Det vises til dommen i *Nuclear Decommissioning Authority mot Energy Solutions EU Ltd* [2017] UKSC 34.



47. AtB forstår *Strabag* slik at den ikke tilfører noe til det som allerede var lagt til grunn i *Brasserie du Pêcheur*<sup>39</sup>, 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*. Dersom EFTA-domstolen kommer til at de nevnte dommer er uforenlige, anføres det at *Combinatie* bør få forrang, både i lys av realiteten i avgjørelsen og i lys av prinsippet om *lex posterior*.<sup>40</sup>

48. AtB gjør videre gjeldende at de faktiske forhold i saken er viktige, da kontrakten i hovedsaken er en kontrakt om en uprioritert tjeneste og dermed ikke er underlagt de nærmere saksbehandlingsregler i direktiv 2004/18/EF. I saker der det ikke finnes noen klar og presis regel, har oppdragsgiver en skjønnsmargin, og dette skjønn må utøves med henvisning til EØS-retten.<sup>41</sup> 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.

49. Videre gjør AtB gjeldende at det følger av fast rettspraksis i EU-domstolen at de samme vilkår for erstatningsansvar skal få anvendelse på både medlemsstater og EU-institusjoner, med mindre det foreligger en konkret begrunnelse for å fravike dette prinsipp.<sup>42</sup> Vilkårene for erstatning er ganske restriktive for EU-institusjoner, og terskelen for å fastslå erstatningsansvar for EU-institusjoner er høy.<sup>43</sup> AtB anfører at det ikke er noen hensyn, heller ikke effektivitetsprinsippet, som kan begrunne varierende vern for forbigåtte tilbydere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller en EU-institusjon som er ansvarlig for det aktuelle brudd.

50. 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 opptrer i privat egenskap, har EU-domstolen ikke noen gang gitt grunnlag for et slikt skille i sin rettspraksis. Tvert imot har EU-domstolen uttrykkelig fastslått at statlig erstatningsansvar kan bli utløst i tilfelle der det ikke utøves offentlig myndighet.<sup>44</sup> Videre er det ikke helt klart at offentlige anskaffelser kan defineres som utøvelse av privat autonomi. Å etablere et strengere erstatningsansvar for staten vil dessuten ikke bidra til å sikre like konkurransevilkår.

---

<sup>39</sup> Det vises til dommen i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 78 til 80.

<sup>40</sup> Det vises til dommen i *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35–37.

<sup>41</sup> 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.

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

<sup>43</sup> Det vises blant annet til dommene i *Agriconsulting Europe* mot *Kommisjonen*, T-570/13, EU:T:2016:40, avsnitt 32, 95 og 96, *AFCO Management Consultants m.fl.* mot *Kommisjonen*, T-160/03, EU:T:2005:107, avsnitt 90 og 93, *EUIPO* mot *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 91, og *Nikolaou* mot *Revisjonsretten*, som omtalt over, avsnitt 52 og 53.

<sup>44</sup> Det vises til dommene i *AGM-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.

51. Endelig gjør AtB gjeldende at den tilnærming som bør anlegges ved vurderingen av nivået av rettslig vern og effektiviteten av et rettsmiddel, bør være å se på det nasjonale rettsmiddelsystem samlet sett, i motsetning til hva som ble gjort i *Fosen-Linjen I*.<sup>45</sup>

52. AtB anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

*Direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c gir ikke den ringeste indikasjon på hvilke vilkår eller begrensninger som eventuelt måtte gjelde for innarbeiding og gjennomføring av nevnte bestemmelse, og medlemsstatene står fritt til å fastsette vilkårene for anvendelse i deres rettsorden av de nasjonale bestemmelser som innarbeider artikkel 2 nr. 1 bokstav c og de grenser, fritak eller unntak, alt etter som, som måtte være knyttet til nevnte anvendelse. Dette innebærer at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag. Siden artikkel 2 nr. 1 bokstav c gir konkret uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar, er det relevante vurderingstema etter håndhevelsesdirektivet om det er begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.*

*Den norske stat*

53. Den norske stat bemerker innledningsvis at et bekreftende svar på det forelagte spørsmål ville være i strid med prinsippet om ensartethet og svekke både rettssikkerheten og det indre markedes virkemåte. Videre gjør staten gjeldende at det er viktig at ikke bare resultatet, men også begrunnelsen er i tråd med prinsippet om ensartethet.

54. Den norske stat anfører at anmodningen om rådgivende uttalelse bør etterkommes siden det eneste materielle krav Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34 stiller, er at det forelagte spørsmål gjelder tolkning av EØS-retten, som er oppfylt i den foreliggende sak. Videre er ingen del av spørsmålet “åpenbart identisk”.

55. Videre anfører den norske stat at EFTA-domstolen først må besvare den andre del av spørsmålet – om 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.<sup>46</sup> Dette er spesielt relevant, for Fosen-Linjen hevder at svaret på dette må bli nei siden det ikke er mulig å påberope seg EØS-retten for å kreve rett til erstatning for tap av fortjeneste.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Det vises blant annet til dommene i *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot Den belgiske stat*, 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.

<sup>46</sup> Det vises blant annet til dommene i *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, avsnitt 18–19, *Bulthis-Griffioen*, C-453/93, EU:C:1995:265, og *Sherson Lehmann Hutton*, C-89/91, EU:C:1993:15.

<sup>47</sup> Det vises til Fosen-Linjens skriftlige innlegg til Norges Høyesterett, 12. november 2018.

56. I denne forbindelse gjør den norske stat gjeldende at håndhevelsesdirektivet ikke harmoniserer fremgangsmåter og rettsmidler, men bare fastsetter minstevilkår som medlemsstatene må oppfylle.<sup>48</sup> Siden disse minstevilkår er et konkret uttrykk for retten til et effektivt rettsmiddel, som er et generelt prinsipp i EU-retten, kommer de også til anvendelse på EU-institusjonene.<sup>49</sup>

57. Videre anfører den norske stat at i fravær av harmonisering faller rettsmidlene ved brudd på EØS-retten inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi, som er begrenset av prinsippene om ekvivalens og effektivitet.<sup>50</sup> Den norske stat anfører at Underrettens praksis om EU-institusjonene kan holdes ansvarlig for tap av fortjeneste, er relevant.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> Dermed foreligger det ingen rett til erstatning for tap av fortjeneste. På samme måte kom EFTA-domstolen i *Fosen-Linjen I* til at en tilbyder ikke har noe krav på å inngå kontrakt.<sup>53</sup>

58. Den norske stat anfører videre at en slik konklusjon ikke er i strid med effektivitetsprinsippet. For det første hadde ikke EU-domstolen til hensikt å forby utelukkelse av tap av fortjeneste i forbindelse med overtredelse av enhver EU-regel. For det andre forutsetter anvendelsen av effektivitetsprinsippet at tre grunnleggende vilkår er oppfylt, herunder en “direkte årsakssammenheng”.<sup>54</sup> For det tredje anser ikke EU-domstolens praksis at utelukkelse av tap av fortjeneste er i strid med effektivitetsprinsippet. Som sådan bør det samme gjelde for medlemsstatene. For det fjerde er det ikke et krav om erstatning for tap av fortjeneste i offentlige anskaffelser siden det kan ytes erstatning for andre typer skader.<sup>55</sup> Endelig fremgår det av dommen i *Combinatie* sammenholdt med generaladvokatens uttalelse at regelverket for offentlige anskaffelser ikke inneholder slike krav.<sup>56</sup> Følgelig krever verken artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller effektivitetsprinsippet at en medlemsstat gir adgang til erstatning for tap av fortjeneste.

---

<sup>48</sup> Det vises blant annet til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, *Combinatie Spijker*, som omtalt over, avsnitt 86, og *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35; og COM (90) 297 final, som omtalt over, avsnitt 16, 20, 21 og 31. Det vises også til Hanna Schebesta “Damages in EU Public Procurement law” (2016), og Steen Treumer og Francois Lichere “Enforcement of the EU Public Procurement Rules” (2011).

<sup>49</sup> Det vises til avgjørelsen i *Vanbreda Risk & Benefits*, C-35/15 P (R), EU:C:2015:275, avsnitt 28.

<sup>50</sup> Det vises til dommene i *Rewe*, 33-76, EU:C:1976:188, avsnitt 5, og sak E-10/17 *Nye Kystlink AS mot Color Group AS og Color Line AS*, dom av 17. september 2018, ennå ikke i Sml., avsnitt 73.

<sup>51</sup> Det vises til dommen i sak E-28/15 *Jabbi*, Sml. 2016 s. 575, avsnitt 71.

<sup>52</sup> Det vises blant annet til dommene i *Embassy Limousines*, T-203/96, EU:T:1998:302, avsnitt 54 og 96, *Citymo*, T-271/04, EU:T:2007:128, avsnitt 161–164, *Evropaiki*, T-461/08, EU:T:2011:494, avsnitt 211–212, *Agriconsulting Europe*, T-570/13, EU:T:2016:40, avsnitt 95–96; og *EUIPO*, som omtalt over, avsnitt 91.

<sup>53</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 90–91 og 105.

<sup>54</sup> Det vises til dommene i *Brasserie du pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 65–67; og *EUIPO*, som omtalt over, avsnitt 91.

<sup>55</sup> Det vises til dommen i *Agriconsulting Europe*, som omtalt over, avsnitt 99.

<sup>56</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, C-568/08, EU:C:2010:515, avsnitt 110, og dommen i *Combinatie Spijker*, som omtalt over, avsnitt 88–89.

59. Den norske stat bemerker at medlemsstatene også må overholde ekvivalensprinsippet. Det følger av dette at i den utstrekning nasjonal rett gir adgang til erstatning for tap av fortjeneste etter nasjonale regler for offentlige anskaffelser, må medlemsstaten gi adgang til samme rettsmiddel ved overtredelse av EØS-regler. Hvordan nasjonal lovgivning og praksis skal tolkes, er det imidlertid opp til den nasjonale domstol å vurdere.<sup>57</sup>

60. Som en innledende bemerkning til første del av spørsmålet anfører den norske stat at det er mulig å lese *Fosen-Linjen I* på en måte som er forenlig med *Combinatie*, spesielt om svarene som er gitt, leses i lys av de forelagte spørsmål. Et bekreftende svar på det første spørsmål vil ikke være i strid med *Combinatie* hvis svaret er ment å tilkjenne at nasjonal lovgivning ikke må pålegge kriterier for erstatningsansvar som går lengre enn vilkåret om et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Svaret på det andre spørsmål i *Fosen-Linjen I* er forenlig med *Combinatie* hvis EFTA-domstolen mente at en enkelt overtredelse kan utgjøre et tilstrekkelig kvalifisert brudd i et tilfelle der den aktuelle regel ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet. Men for å kunne ta en endelig avgjørelse av om en slik overtredelse utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd, er det etter etablert rettspraksis også nødvendig å vurdere andre faktorer i tillegg, som den overtrådte regels klarhet og presisjon, om overtredelsen og den forårsakede skade var forsettlig eller ikke, og om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig eller ikke.

61. Videre hevder den norske stat at *Combinatie* og *Strabag* er forenlige. For det første besvarer de to dommer forskjellige spørsmål. *Strabag* stadfester at skyld ikke er den avgjørende faktor for erstatningsansvar,<sup>58</sup> mens *Combinatie* slår fast at prinsippet om statlig erstatningsansvar kommer til anvendelse.<sup>59</sup> For det andre kommer begge dommer, og også *Fosen-Linjen I*, til at artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke harmoniserer vilkårene for ansvar.<sup>60</sup> For det tredje ble *Combinatie* avsagt etter *Strabag*, og EU-domstolen var fullt oppmerksom på sistnevnte, som ble drøftet av generaladvokaten og sitert av EU-domstolen.

62. Den norske stat anfører videre at *Combinatie* besvarer første del av det forelagte spørsmål. I samsvar med prinsippene om presedens, *acte éclairée*<sup>61</sup> og homogenitet<sup>62</sup> må håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c fortolkes i samsvar med den seneste rettspraksis i EU-domstolen – nemlig *Combinatie*. Dermed gir artikkel 2 nr. 1 bokstav c

---

<sup>57</sup> Det vises til dommen i sak E-14/15, *Holship*, Sml. 2016 s. 240, avsnitt 37.

<sup>58</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 44–45.

<sup>59</sup> Det vises til dommen i *Combinatie Spijker*, som omtalt over, avsnitt 87 og 92.

<sup>60</sup> Det vises til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, og *Combinatie Spijker*, som omtalt over, avsnitt 86.

<sup>61</sup> Det vises til dommene i *CILFIT*, 283/81, EU:C:1982:335, avsnitt 14, og *Pedro IV Servicios*, C-260/07, EU:C:2009:215, avsnitt 36.

<sup>62</sup> Det vises til EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1 og betraktning 4 og 15 i fortalen.

konkret uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar, og enkeltpersoner har rett til erstatning når tre vilkår er oppfylt, særlig at bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.<sup>63</sup>

63. I denne forbindelse må den nasjonale domstol ta hensyn til en rekke faktorer for å avgjøre om et brudd er “tilstrekkelig kvalifisert”: hvor klar og presis regelen som er brutt er; hvor stor skjønnsfrihet regelen gir nasjonale myndigheter;<sup>64</sup> om overtredelsen var forsettlig eller ikke og om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig.<sup>65</sup> Det avgjørende vurderingstema er om myndigheten åpenbart og grovt har satt seg ut over rammene for skjønnsutøvelsen.<sup>66</sup>

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

*Verken direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller effektivitetsprinsippet krever at en medlemsstat skal gi tap av fortjeneste erstatningsrettslig vern. Imidlertid er dette nødvendig etter ekvivalensprinsippet dersom overtredelser av nasjonale regler for offentlige anskaffelser kan utløse erstatning for denne typen tap.*

*Direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c gir konkret uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar for tap og skade som er påført enkeltpersoner som følge av brudd på EØS-retten, og som staten kan holdes ansvarlig for. Derfor forutsetter et statlig erstatningsansvar at bruddet på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser er tilstrekkelig kvalifisert, i tillegg til kravene om at regelen må ha til formål å gi enkeltpersoner rettigheter, og at det foreligger en direkte årsakssammenheng mellom bruddet og den skade enkeltpersonene er påført.*

#### *Finlands regjering*

65. Innledningsvis anfører Finlands regjering 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.<sup>67</sup> For det andre forutsetter ikke prinsippene om ekvivalens og effektivitet på noen måte at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv må være nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Det vises til dommen i *Combinatie Spijker*, som omtalt over, avsnitt 85–87.

<sup>64</sup> Det vises til dommen i sak E-2/12 *HOB-vín ehf*, som omtalt over, avsnitt 131.

<sup>65</sup> Det vises til dommen i sak E-8/07 *Nguyen*, Sml. 2008 s. 224, avsnitt 33 og rettspraksis som det vises til der.

<sup>66</sup> Det vises til dommen i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdottir*, Sml. 1998 s. 95, avsnitt 68, *Bergaderm*, C-352/98 P, EU:C:2000:361, avsnitt 43, og *Specht*, C-501/12, EU:C:2014:2005, avsnitt 102.

<sup>67</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 70, og *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90.

<sup>68</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 91.

66. I denne sammenheng anfører Finlands regjering at vurderingen i den foreliggende sak bør fokusere på effektivitetsprinsippet, altså om det ville være praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning basert på håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c hvis et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser ikke automatisk og ubetinget utløser erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse. Regjeringen anfører at dette ikke er tilfelle i norsk rett.

67. Finlands regjering anfører videre at den ovennevnte tolkning ikke er utelukket etter EU-domstolens rettspraksis, for eksempel *Strabag*, da denne sak gjaldt en nasjonal lovgivning som var svært forskjellig fra den lovgivning som vurderes i den foreliggende sak.<sup>69</sup> Særlig risikerer ikke tilbyder i den foreliggende sak å bli fratatt sin rett til erstatning eller å oppnå erstatning først etter lang tid.

68. Finlands regjering gjør gjeldende at den foreliggende sak gir EFTA-domstolen anledning til å avklare og nyansere sin rettspraksis med hensyn til erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse.<sup>70</sup> En EØS-stat bør ha skjønnsfrihet til å definere hva "strengt" ansvar innebærer i forbindelse med håndhevelsesdirektivet, og til å begrense det til bare visse typer erstatning, som negativ kontraktsinteresse.<sup>71</sup>

69. Finlands regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

*Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever ikke at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.*

ESA

70. Innledningsvis bemerker ESA 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.

71. I denne sammenheng anfører ESA at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c bare fastsetter at det må foreligge myndighet til å tilkjenne skadeserstatning til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse. Ingenting i nevnte direktiv eller dets betraktninger gir noen veiledning når det gjelder begrepet erstatning, ulike typer erstatning og ansvarsnorm.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 7, 25, 30, 41 til 42 og 45.

<sup>70</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 70.

<sup>71</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 90.

<sup>72</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 86, og generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 106.

72. ESA gjør gjeldende at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c isolert sett ikke kan forstås slik at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. En nærmere vurdering av håndhevelsesdirektivets formål fører dessuten til samme resultat. Artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever bare at det må være mulig å tilkjenne erstatning, som er i tråd med direktivets natur som et verktøy for minimumsharmonisering.<sup>73</sup> ESA anfører at EU-domstolen klart har lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet ikke harmoniserer erstatningsregelverket, som det er opp til medlemsstatene å fastsette.<sup>74</sup>

73. Videre viser ESA til den sammenheng håndhevelsesdirektivet og senere endringer av dette ble vedtatt i, som underbygger den tolkning at direktivet og EØS-retten overlater vesentlige deler av gjennomføringen av myndigheten til å tilkjenne erstatning til medlemsstatenes prosessuelle autonomi.<sup>75</sup>

74. ESA anfører at de viktigste begrensninger på medlemsstatenes prosessuelle autonomi følger av ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Imidlertid krever ikke noen av disse prinsippene i seg selv at EFTA-domstolen svarer bekreftende på det forelagte spørsmål.

75. 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 i seg selv er tilstrekkelig til å utløse den offentlige oppdragsgivers erstatningsansvar 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, behandlet ikke EFTA-domstolen spørsmålet om ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. ESA anfører at det primært er rettspraksis fra EU-domstolen som er relevant for å avklare hvordan artikkel 2 nr. 1 bokstav c skal tolkes.

---

<sup>73</sup> 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.

<sup>74</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90.

<sup>75</sup> Det vises blant annet til direktiv 89/665/EØF, som omtalt over, første og annen betraktning i fortalen, og direktiv 2007/66/EF, som omtalt over. Det vises også til dommene i *Alcatel Austria AG m.fl.*, *Siemens AG Österreich og Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, C-81/98, EU:C:1999:534, avsnitt 33 og 34, og *Ministero dell'Interno mot Fastweb SpA*, C-19/13, EU:C:2014:2194, avsnitt 59.

<sup>76</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 92, generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 99, og dommen i *Stefan Rudigier*, C-518/17, EU:C:2018:757, avsnitt 61.

<sup>77</sup> Det vises til dommen i sak E-10/17 *Nye Kystlink AS mot Color Group AS og Color Line AS*, som omtalt over, avsnitt 73, 110 og 111.

76. Videre viser ESA til to dommer fra EU-domstolen om erstatningsansvar etter artikkel 2 nr. 1 bokstav c, nemlig *Strabag* og *Combinatie*. Når det gjelder den førstnevnte dom, anfører ESA at EU-domstolen begrenset sine konklusjoner til nasjonale regler om skyld og ikke tok uttrykkelig stilling til den generelle ansvarsnorm etter artikkel 2 nr. 1 bokstav c. I den sistnevnte dom la EU-domstolen til grunn at det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar kom til anvendelse med hensyn til artikkel 2 nr. 1 bokstav c.<sup>78</sup> I lys av dette gjør ESA gjeldende 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.<sup>79</sup> Et bekreftende svar på det forelagte spørsmål ville være uforenlig med denne rettspraksis fra EU-domstolen.

77. ESA anfører at det følger av EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1 og dens betraktninger og EFTA-domstolens rettspraksis at et av avtalens hovedmål er å skape et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde.<sup>80</sup> Det nevnte prinsipp krever i hovedsak at EFTA-domstolen og ESA tar behørig hensyn til EU-domstolens avgjørelser.<sup>81</sup> Ensartethet innebærer en formodning om at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EU-retten, skal tolkes på samme måte. I tilfelle av divergens må det være tungtveiende grunner til at EFTA-domstolen og EU-domstolen kommer til forskjellig resultat.<sup>82</sup> 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.

78. Videre gjør ESA gjeldende at de relevante anskaffelsesregler er identiske i EØS og EU. ESA gjør gjeldende at for å sikre et ensartet indre marked bør EFTA-domstolen og EU-domstolen tolke og anvende håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c på samme måte. EFTA-domstolen bør dermed gi et negativt svar på det forelagte spørsmål. For ytterligere å underbygge denne konklusjon viser ESA også til EU-domstolens rettspraksis med hensyn til EU-institusjonenes erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene for disse institusjoner.<sup>83</sup> I denne sammenheng anser ESA at hvis effektiviteten ved anskaffelsesreglene som kommer til anvendelse på EU-institusjonenes

---

<sup>78</sup> Det vises til dommene i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33, 35, 39, 40 og slutningen, og *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 85–92. Det vises også til sak E-04/01 *Karl K. Karlsson mot Island*, Sml. 2002 s. 240, avsnitt 33.

<sup>79</sup> Det vises blant annet til dommen i *Norbrook Laboratories Ltd mot Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C-127/95 EU:C:1998:151, avsnitt 111.

<sup>80</sup> Det vises blant annet til EØS-avtalen artikkel 4, 8 og 15. Det vises også til sakene E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, Sml. 1998 s. 95, avsnitt 49 og 57; og E-15/10 *Posten Norge*, Sml. 2012 s. 246, avsnitt 110, E-18/11 *Irish Bank Resolution Corporation mot Kaupthing Bank*, Sml. 2012 s. 592, avsnitt 122, og sak E-14/11 *DB Schenker mot EFTAs overvåkningsorgan*, Sml. 2013 s. 356, avsnitt 118.

<sup>81</sup> Det vises til sak E-3/98 *Herbert Rainford-Towning*, Sml. 1998 s. 205, avsnitt 20.

<sup>82</sup> Det vises til sak E-9/07 og 10/07 *L'Oréal Norge AS mot Aarskog Per AS m.fl. og Smart Club Norge*, Sml. 2008 s. 259, avsnitt 27, 31 og 37.

<sup>83</sup> Det vises til dommene i *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame*, som omtalt over, avsnitt 42, og *Vakakis kai Synergates — Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton mot Europakommisjonen*, T-292/15, EU:T:2018:103, avsnitt 62–64.



konkurranser, er sikret ved et erstatningsansvar som er begrenset til tilfelle av tilstrekkelig kvalifiserte brudd, er effektiviteten av EØS-regler om offentlige anskaffelser i medlemsstatene formodentlig også sikret ved et statlig erstatningsansvar som bare inntreer ved tilstrekkelig kvalifiserte brudd på EØS-retten.

79. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

*Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i 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 må tolkes slik at det ikke kreves at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse.*

*Kommisjonen*

80. Innledningsvis fastslår Kommisjonen at dens innlegg knytter seg til sakens faktiske og rettslige ramme og det forelagte spørsmål som sådan, særlig i lys av sakens fakta. Kommisjonen anfører at EFTA-domstolen bør omformulere det forelagte spørsmål.

81. Med grunnlag i beskrivelsen av fakta i *Fosen-Linjen I*, anfører Kommisjonen at det ikke er helt klart hvilken handling som var grunnlaget for erstatningskravet: (i) en feil fra oppdragsgivers side, (ii) avlysningen av konkurransen eller (iii) tildelingen av kontrakten om tjenester for 2015–2016 til Norled.<sup>84</sup> Det fremgår av anmodningen at kravet stammer fra februar 2014<sup>85</sup> og følgelig ble fremsatt før konkurransen ble avlyst.<sup>86</sup>

82. I februar 2014 krevde Fosen-Linjen videre erstatning for den “nettofortjeneste Fosen-Linjen påstår at det ville ha oppnådd dersom selskapet hadde gjennomført kontrakten om drift av fergesambandet for årene 2016–2026” selv om selskapet ikke deltok i den påfølgende anbuds konkurransen om fergetjenester for perioden 2019–29.<sup>87</sup> Lagmannsretten la til grunn at det ikke forelå årsakssammenheng for kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.<sup>88</sup> Følgelig anfører Kommisjonen at enten kan det forelagte spørsmål, i lys av lagmannsrettens vurdering, anses som hypotetisk, eller så anser Norges Høyesterett at det i det minste er en viss sjanse for at det foreligger en årsakssammenheng. Kommisjonen baserer derfor sine innlegg på den sistnevnte antakelse.

---

<sup>84</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 31.

<sup>85</sup> Det vises til Norges Høyesteretts anmodning til EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse 19. november 2018, registrert som sak E-7/18, avsnitt 21, og dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 32.

<sup>86</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 31.

<sup>87</sup> Det vises til anmodningen, avsnitt 21, og dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 61 til 31.

<sup>88</sup> Det vises til anmodningen, avsnitt 26.

83. 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 (uten hensyn til typen tap). Den andre er om skadeserstatning som tilkjennes personer som har lidd skade som følge av en overtredelse, kan begrenses til en negativ kontraktinteresse eller om den omfatter en positiv kontraktsinteresse (uten hensyn til overtredelsens alvorlighetsgrad).

84. 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.<sup>89</sup> Kommisjonen anfører videre at anmodningen ikke inneholder noen konkrete faktiske eller rettslige momenter som kan rokke ved EFTA-domstolens konklusjon.

85. Når det gjelder det andre spørsmål, anfører Kommisjonen at dommen i *Fosen-Linjen I* må klargjøres, særlig med hensyn til den ordlyd EFTA-domstolen brukte: “utløse oppdragsgivers erstatningsansvar [...] overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført”.<sup>90</sup> Denne ordlyd avviker fra teksten i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, som viser til kravet om å: “gi skadeserstatning til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse”, og kan tolkes slik at håndhevelsesdirektivet harmoniserer hvilke typer tap som er erstatningsberettiget i tilfelle av overtredelser. Derfor blir spørsmålet om artikkel 2 nr. 1 bokstav c faktisk har denne virkning, og følgelig om “skadeserstatning” alltid må omfatte en positiv kontraktsinteresse når det foreligger en årsakssammenheng.

86. I denne sammenheng hevder Kommisjonen at artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke utelukker erstatningskrav av noen kategori.<sup>91</sup> Videre viser nevnte artikkel til “skadeserstatning”, ikke “skade”. Kommisjonen gjør gjeldende at mens “skade” viser til faktisk påført tap, er “skadeserstatning” et juridisk begrep som betegner erstatning tilkjent av domstolen, ikke kategorier av erstatningsberettiget tap. 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 kategorier av tap og årsakssammenheng.

87. Kommisjonen anfører at gitt likheten i rammereglene i håndhevelsesdirektivet og direktiv 92/13/EØF,<sup>92</sup> bør EFTA-domstolen også ta sistnevnte i betraktning.<sup>93</sup> I denne

---

<sup>89</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 80.

<sup>90</sup> Det vises til dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 82 og punkt 1 i slutningen.

<sup>91</sup> Det vises til generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 112.

<sup>92</sup> Det vises til rådskonklusjon 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 L 76 av 23.3.1992, s. 14).

<sup>93</sup> Det vises til artikkel 2 nr. 1 bokstav d i direktiv 92/13/EØF, som omtalt over, som krever at medlemsstatene skal sikre at det finnes mulighet for å “å tilstå erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av overtredelsen”.

sammenheng gjør Kommisjonen gjeldende at lovgiver ikke hadde til hensikt å harmonisere noen andre erstatningsrettslige aspekter enn bestemmelsene om anbudskostnader 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.<sup>94</sup> Det gjøres gjeldende at denne konklusjon vil være desto mer relevant for håndhevelsesdirektivet.

88. Kommisjonen gjør videre gjeldende at selv om direktivet er ment å sikre “effektive klagemuligheter”,<sup>95</sup> bør ikke spørsmålet om effektivitet blandes sammen med spørsmålet om direktivet faktisk harmoniserer kategorier av tap. Kommisjonen anfører at betraktningene i håndhevelsesdirektivet og direktiv 2007/66/EF vektlegger forebyggende rettsmidler, altså rettsmidler som påberopes før en skade inntreffer.<sup>96</sup> For Kommisjonen synes det dermed utenkelig at lovgiver 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.

89. Kommisjonen viser videre til EU-domstolens konklusjoner i *Strabag*,<sup>97</sup> *Combinatie*<sup>98</sup> og *Hochtief*<sup>99</sup> og hevder at EU-domstolens rettspraksis bekrefter ovennevnte vurderinger. Følgelig gjør Kommisjonen gjeldende at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever at nasjonal lovgivning gir adgang til å tilkjenne erstatning. Imidlertid er ikke kategoriene av erstatningsberettiget tap, deres omfang eller krav om årsakssammenheng regulert i denne bestemmelse men faller inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi.<sup>100</sup>

90. Kommisjonen anfører at bruddet saken gjelder, ikke anses som tilstrekkelig kvalifisert,<sup>101</sup> det foreligger (eller i det minste kan foreligge) en årsakssammenheng som er anerkjent i nasjonal rett, den aktuelle konkurranse ble avlyst,<sup>102</sup> tilbyder valgte ikke å delta i den senere konkurranse,<sup>103</sup> og anbudskostnadene i slike situasjoner dekkes etter nasjonal rett.<sup>104</sup> Følgelig gjør Kommisjonen gjeldende at omfanget av det forelagte spørsmål går langt ut over omstendighetene i den foreliggende sak og bør omformuleres av EFTA-domstolen for å unngå at hypotetiske spørsmål besvares.

---

<sup>94</sup> Det vises til direktiv 92/13/EØF, som omtalt over, betraktning 10.

<sup>95</sup> Det vises til håndhevelsesdirektivet, som omtalt over, betraktning 4.

<sup>96</sup> Det vises til håndhevelsesdirektivet, som omtalt over, betraktning 5; direktiv 2007/66/EF, som omtalt over, betraktning 3–12 og 21.

<sup>97</sup> Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 33.

<sup>98</sup> Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90.

<sup>99</sup> Det vises til dommen i *Hochtief*, som omtalt over, avsnitt 35.

<sup>100</sup> 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*, C-518/17, EU:C:2018:757, avsnitt 61.

<sup>101</sup> Det vises til anmodningen, som omtalt over, avsnitt 25.

<sup>102</sup> Det vises til anmodningen, som omtalt over, avsnitt 26.

<sup>103</sup> Det vises til anmodningen, som omtalt over, avsnitt 21, og dommen i *Fosen-Linjen I*, som omtalt over, avsnitt 31.

<sup>104</sup> Det vises til anmodningen, som omtalt over, avsnitt 24.

91. Kommissjonen anfører at det foreliggende spørsmål gjelder om en begrensning av erstatningen, under disse spesifikke omstendigheter, til bare anbudskostnadene er forenlig med artikkel 2 nr. 1 bokstav c, eller om nevnte artikkel krever en bredere kompensasjon.

92. Kommissjonen anmoder om at spørsmålet fra den anmodende domstol omformuleres som følger:

*Er håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c 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 å ikke delta i den senere konkurranse for samme oppdragsgiver om de samme tjenester og hovedsakelig samme periode som det søkes erstatning for?*

93. Kommissjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare det omformulerte spørsmål på følgende måte:

*Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er ikke 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 å ikke 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 bredere erstatning i medhold av ekvivalensprinsippet.*

Páll Hreinsson  
Saksforberedende dommer