



Lúxemborg, 31. október 2017

## FRÉTTATILKYNNING 11/2017

### Dómur í máli E-16/16 *Fosen-Linjen AS* gegn *AtB AS*

#### EINFALT BROT Á REGLUM UM OPINBER INNKAUP GETUR NÆGT TIL ÞESS AÐ SAMNINGSYFIRVALD VERÐI SKAÐABÓTASKYLT

Með dómi sem kveðinn var upp í dag veitti EFTA-dómstóllinn ráðgefandi álit um spurningar frá Áfrýjunardómstól Frostating (*Frostating lagmannsrett*) („áfrýjunardómstóllinn“) í máli varðandi túlkun á tilskipun ráðsins 89/664/EBE frá 21. desember 1989 um samræmingu laga og stjórnsýslufyrirmæla aðildarríkjanna á reglum um meðferð kæru vegna útboðs og gerðar opinberra vörukaupa- og verksamninga.

Fosen-Linjen AS („Fosen-Linjen“) er lítið norskt ferjusiglingafyrirtæki sem tók þátt í útboði um rekstur ferjuleiðar. AtB AS („AtB“) kom fram sem samningsyfirvald vegna útboðsins. Fosen-Linjen lenti í öðru sæti í útboðinu á eftir Norled AS („Norled“). Fosen-Linjen bar lögmæti útboðsins undir Héraðsdómstól Sør-Trøndelag (*Sør-Trøndelag tingrett*) („héraðsdómstóllinn“) og krafðist þess að komið yrði í veg fyrir undirritun samnings milli AtB og Norled með bráðabirgðagerð, þar sem framkvæmd útboðsins hefði ekki verið í samræmi við lög. Bæði héraðsdómstóllinn og áfrýjunardómstóllinn féllust á þessa kröfu. Í kjölfar niðurstöðu áfrýjunardómstólsins ákvað AtB að afturkalla útboðið á þeim grundvelli að mistök hefðu átt sér stað við mat og sannprófun á tilboðinu sem Norled lagði fram. Fosen-Linjen lét ekki reyna á þá ákvörðun AtB fyrir dómstólum. AtB gerði í kjölfarið samning við Norled um rekstur umræddrar ferjuleiðar fyrir styttra tímabil en auglýst hafði verið í útboðinu. Í framhaldi af undirritun þess samnings höfðaði Fosen-Linjen mál gegn AtB. Fosen-Linjen krafðist aðallega skaðabóta vegna missis söluhagnaðar (efndabóta) en til vara skaðabóta vegna útlags kostnaðar í tengslum við útboðið (vangildisbóta).

#### Skilyrði skaðabótakrafna samkvæmt EES-reglum um opinber innkaup

Fyrstu fjórar spurningarnar er lagðar voru fyrir EFTA-dómstóllinn vörðuðu það álitaefni hvort og þá hvaða skilyrði EES-réttur fæli í sér varðandi skaðabótaskyldu samningsyfirvalda þegar um brot á útboðsreglum EES-réttar væri að ræða. Í þessu samhengi vörðuðu fyrstu tvær spurningarnar það álitaefni hvort einungis væri hægt að krefjast skaðabóta þegar um brot á EES-reglum af hálfu samningsyfirvaldsins væri að ræða. Áfrýjunardómstóllinn vísaði til þess að til væru mismunandi mælikvarðar við mat á bótaskyldu, t.d. hvort það væri skilyrði að um saknæma háttsemi væri að ræða eða hvort þess væri krafist að um „verulegt, ámælisvert og augljóst brot“ væri að ræða af hálfu samningsyfirvaldsins. EFTA-dómstóllinn fjallaði um það regluverk sem komið hefði verið á fót með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/18/EB um samræmingu reglna um útboð og gerð opinberra verksamninga, vörusamninga og þjónustusamninga. Dómstóllinn taldi að samningsyfirvald færi ekki með opinbert vald (*actum jure imperii*) við framkvæmd útboðs, gagnstætt því sem ætti við þegar EES-reglur um opinber útboð væru innleiddar í landsrétt og beitt af landsdómstólum. Útboð miðaði þess í stað að því að koma á samningi milli aðila (*inter partes*). Þá væri tilskipun 2004/18/EB ætlað að vernda hagsmuni tilboðsgjafa.

Dómstóllinn tók fram að tilskipun 89/665/EBE væri nátengd tilskipun 2004/18/EB. Hinni fyrrnefndu tilskipun væri ætlað að veita fullnægjandi úrræði sem tryggðu það að viðeigandi EES ákvæðum væri

fylgt við gerð opinberra samninga. Þar að auki yrði að túlka hana í samræmi við grundvallarréttindi, svo sem réttinn til skilvirks réttarræðis. Að þessu virtu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að tilboðsgjafar sem ekki hefði verið samið við gætu leitað réttar síns fyrir dómstólum þegar um mögulegt brot á EES-reglum um opinber innkaup væri að ræða. Til að teljast raunhæfur valkostur samanborið við önnur úrræði samkvæmt tilskipun 89/665/EBE gæti skaðabótaábyrgð ekki verið háð sök samningsyfirvalda í ríkari mæli en önnur úrræði sem kveðið væri á um í tilskipuninni. Skaðabótum sem slíkum væri ætlað að stuðla að þrjúþættu markmiði, þ.e. að bæta tap sem aðili yrði fyrir, viðhalda trausti á skilvirkni þeirra reglna sem við ættu, og loks að hafa varnaðaráhrif þannig að samningsyfirvöld veigruðu sér við því að framkvæma útboð á ólögmatan hátt. Ef réttur tilboðgjafa til þess að krefjast skaðabóta væri skertur væri hætta á því annað hvort að samningsyfirvöld fylgdu ekki viðeigandi skilyrðum EES-reglna um opinbera samninga eða að þau drægju úr vandvirkni við framkvæmd útboða.

Af þeim sökum taldi dómstóllinn að það myndi grafa undan markmiði tilskipunar 89/665/EBE um áhrifarík og fljótverk úrræði ef það væri gert að skilyrði að brot þyrfti að vera af ákveðinni tegund eða umfangi svo hafa mætti uppi skaðabótakröfu. Einnig væri það í andstöðu við markmið tilskipunar 2004/18/EB. Þar af leiðandi skipti alvarleiki brots á EES-reglum um opinbera samninga ekki máli við mat á því hvort hægt væri að krefjast skaðabóta. Einfalt brot á reglum um opinber innkaup nægði í sjálfu sér til þess að baka samningsyfirvaldi skaðabótaskyldu gagnvart þeim aðila sem yrði fyrir tjóni, sbr. grein 2(1)(c) úrræða-tilskipunarinnar, ef önnur skilyrði skaðabóta væru uppfyllt, svo sem skilyrðið um orsakatengsl.

Þriðja spurningin varðaði skilyrði sem kveðið var á um í landslögum um að tilboðsgjafi sem telur að brotið hafi verið á rétti sínum þurfi að sanna með „skýrum, það er, fullnægjandi sönnunargögnum,“ að hann hefði hlotið samninginn ef samningsyfirvaldið hefði ekki gert mistök við framkvæmd útboðsins. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að tilskipun 89/665/EBE kæmi ekki í veg fyrir að slíkt skilyrði væri sett að því tilskildu að það bryti ekki gegn meginreglunum um skilvirkni og jafnræði. Fjórdá spurningin varðaði það álitaefni hvort samningsyfirvald gæti borið fyrir sig þá vörn gegn skaðabótakröfu að útboðið hefði borið að afturkalla vegna ágalla. Dómstóllinn taldi að EES-reglur útilokuðu ekki slíka málsvörn. Aftur á móti benti dómstóllinn á að það samningsyfirvald sem hygðist bera fyrir sig slíka vörn bæri sönnunarbyrðina fyrir því að ágalli hefði raunverulega verið til staðar og að ákvörðunin um að afturkalla útboðið hefði samræmst reglum EES-réttar.

### **Athugun á hæfi**

Fimmta og sjötta spurningin vörðuðu skilyrðið um athugun á hæfi. EFTA-dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að setja þyrfti valforsendur útboðs fram á þann hátt að allir upplýstir tilboðsgjafar gætu túlkað þær á sama hátt. Samningsyfirvaldinu væri skylt að sannreyna að þær upplýsingar sem tilboðsgjafi legði fram væru gildar, það er að viðkomandi tilboðsgjafi væri í raun fær um að bjóða fram það sem kveðið væri á um í tilboði hans og hvort það tilboð samrýmdist þeim kröfum sem gerðar hefðu verið af samningsyfirvaldinu. Að þessu leyti væri samningsyfirvaldinu heimilt að taka tillit til upplýsinga sem fram kæmu í gögnum sem tilboðsgjafar hefðu lagt fram, svo fremi sem allir tilboðsgjafar hefðu verið beðnir um að leggja fram sömu gögn og jafnræðis hefði verið gætt. Við athugun á hæfi bæri jafnframt að fylgja meðalhöfsreglunni.

Dóminn í heild sinni er að finna á vefslóð EFTA-dómstólsins: [www.eftacourt.int](http://www.eftacourt.int)

Fréttatilkynning þessi er ekki opinbert skjal. Dómurinn sjálfur gildir.