



Luxembourg, 31. oktober 2017

PRESSEMELDING 11/2017

Dom i sak E-16/16 Fosen-Linjen AS v AtB AS

ET ENKELT BRUDD PÅ ANSKAFFESESREGELVERKET KAN I SEG SELV VÆRE NOK TIL Å UTLØSE OPPDRAGSGIVERS ERSTATNINGSANSVAR

EFTA-domstolen ga i dag en rådgivende uttalelse som svar på spørsmål forelagt av Frostating lagmannsrett om tolkingen 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 (“håndhevelsesdirektivet”).

Fosen-Linjen AS (“Fosen Linjen”) er en liten norsk fergeoperatør, som deltok i en anbudskonkurranse om drift av fergetjenester. Konkurransen ble gjennomført av AtB AS (“AtB”), som var oppdragsgiver. Fosen-Linjen ble rangert som nummer to i konkurransen, etter Norled AS (“Norled”). Med anførsel om at det var uregelmessigheter i konkurransen, ba Fosen-Linjen Sør-Trøndelag tingrett om ved midlertidig forføyning å stanse kontraktinngåelsen mellom AtB og Norled. Både tingretten og Frostating lagmannsrett, etter anke, forbød kontraktinngåelse. Etter lagmannsrettens kjennelse bestemte AtB seg for å avlyse konkurransen med henvisning til en feil den hadde begått i forbindelse med evalueringen og verifiseringen av budet inngitt av Norled. Fosen-Linjen bestred ikke denne beslutningen for domstolene. AtB inngikk kontrakt med Norled om drift av den aktuelle fergetjenesten, om enn for en kortere periode enn i konkurransen. Fosen-Linjen tok deretter ut stevning mot AtB. I rettsaken krevde selskapet erstatning for positiv kontraktsinteresse (tapt fortjeneste), subsidiært for den negative kontraktsinteresse (kostnaden ved å inngi bud).

Vilkår for å tilkjenne erstatning i EØS-rettslige offentlige anskaffelsesprosedyrer

De fire første spørsmålene gjelder i hovedsak spørsmål om, og i så fall hvilke, vilkår EØS-retten bestemmer for erstatningskrav basert på påståtte uregelmessigheter i en anbudskonkurranse. De to første spørsmålene gjelder spørsmålet om tilkjenning av erstatning er betinget av et kvalifisert brudd på EØS-retten fra oppdragsgivers side. Den nasjonale domstol pekte på ulike vurderingstemaer som at det må foreligge skyld eller at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. EFTA-domstolen vurderte formålet med og systemet etablert ved europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. Den fant at en offentlig oppdragsgiver ikke handler i egenskap av å være en offentlig myndighet (*actum jure imperii*) når den gjennomfører en anbudskonkurranse. Dette er det motsatte av situasjonen hvor en nasjonal lovgiver gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser eller de nasjonale domstoler avsier dommer som anvender prinsippene fastsatt i EØS-lovgivningen. En anbudskonkurranse tar sikte på inngåelse av en kontrakt med rettsvirkning mellom partene (*inter partes*). EFTA-domstolen pekte også på at direktiv 2004/18/EF er ment å beskytte de næringsdrivendes interesser.

EFTA-domstolen bemerket at håndhevelsesdirektivet er nært beslektet med direktiv 2004/18/EF. Det tar sikte på å fastsette tilfredsstillende rettsmidler som sikrer overholdelse av relevante EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter. Håndhevelsesdirektivet må videre leses i lys av de grunnleggende rettigheter, særlig retten til et effektivt rettsmiddel. På

bakgrunn av dette fant EFTA-domstolen at det må være mulig for forbigåtte tilbydere å oppnå dom for at det har funnet sted et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. EFTA-domstolen pekte på at erstatning som rettsmiddel utgjør et prosessuelt alternativ til de øvrige rettsmidlene i håndhevelsesdirektivet kun der muligheten for erstatning ikke er mer avhengig enn de rettsmidlene av at domstolen kommer til at det foreligger skyld hos oppdragsgiver. Erstatning har som sådan et tredelt mål: å kompensere for eventuelle tap som er lidd, å gjenopprette tilliten til effektiviteten av gjeldende regelverk, og å avskrekke oppdragsgivere fra å opptre ulovlig. En begrensning av mulighetene til å kreve erstatning kunne gjøre oppdragsgivere mindre villige til å overholde de relevante vilkår i EØS-regelverket for offentlige kontrakter, eller mindre aktsomme i gjennomføringen av en anbudskonkurranse.

EFTA-domstolen fant derfor at en regel som krever at overtredelsen må være av en viss type eller alvorlighetsgrad, ville i siste instans vesentlig undergrave håndhevelsesdirektivets mål om et effektivt og raskt rettslig vern og stride med målene i direktiv 2004/18/EF. Alvorlighetsgraden av overtredelsen av EØS-reglene om offentlige kontrakter er derfor irrelevant når det gjelder å tilkjenne erstatning. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det foreligger en årsakssammenheng.

Det tredje spørsmålet gjaldt et krav i nasjonal rett om at den forbigåtte tilbyder må bevise med "klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt" at han ville blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen. EFTA-domstolen fant at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for et slikt krav, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt. Det fjerde spørsmålet gjaldt spørsmålet om en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg feil ved konkurransen som førte til at oppdragsgiver avlyste den. EFTA-domstolen fant at EØS-retten ikke er til hinder for dette. Den pekte imidlertid på at en oppdragsgiver som ønsker å basere seg på et slikt forsvar, bærer bevisbyrden for at det foreligger en slik feil og må begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen i lys av EØS-retten.

Effektiv kontroll

Femte og sjette spørsmål gjaldt kravet om effektiv kontroll. EFTA-domstolen fant at tildelingskriteriene må være formulert på en slik måte at det er mulig for alle rimelig velinformerte og normalt aktsomme tilbydere å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver må kunne fastslå om de fremlagte opplysninger er troverdige, særlig om den enkelte tilbyder er i stand til å levere det han har tilbudt og om budene oppfyller de krav oppdragsgiver har satt. Oppdragsgiver kan ta alle opplysninger i et tilbud i betraktning så lenge den har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og behandler alle tilbydere likt. Kravet til effektiv kontroll må være forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.

Avgjørelsen er tilgjengelig i fulltekst på internett, se www.eftacourt.int.

Denne pressemelding er et uoffisielt dokument og er ikke bindende for EFTA-domstolen.