

Sak

E-16/16

Fosen-Linjen AS

≡ mot ≡

AtB AS

(Offentlige anskaffelser – direktiv 89/665/EØF – direktiv 2004/18/EF – krav om erstatning – skyld – bruddets karakter – bevisbyrde – kontroll av inngitt tilbud – prinsippene om effektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet)

— *Innholdsfortegnelse* —

620

Domstolens dom, 31. oktober 2017

665

Rettsmøterapport

Sammendrag av dommen

- 1 Formålet med direktiv 2004/18/EF er å forenkle og modernisere de nasjonale framgangsmåter for tildeling av offentlige kontrakter for å legge til rette for fritt varebytte, etableringsrett, friheten til å yte tjenester og å åpne slike kontrakter for konkurranse. Ordningen etablert under direktivet sikte på å unngå konkurransevridding mellom private tilbydere og sikre overholdelse av prinsippene om gjennomsiktighet, ikke-diskriminering og likebehandling. Videre handler en offentlig oppdragsgiver i en sak som den foreliggende ikke i egenskap av å være en offentlig myndighet (*actum jure imperii*) når den gjennomfører en anbudskonkurranse. Dette er det motsatte av hva som er situasjonen når 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 snarere sikte på inngåelse av en kontrakt med rettsvirkning mellom partene (*inter partes*).
- 2 Selv om direktiv 2004/18/EF hovedsakelig inneholder saksbehandlingsregler som fastsetter en ramme for effektiv og forsvarlig bruk av offentlige midler, er disse regler også ment å beskytte de næringsdrivendes interesser.
- 3 Direktiv 89/665/EØF ("håndhevelsesdirektivet") er nært beslektet med direktiv 2004/18/EF og tar sikte på å fastsette tilfredsstillende rettsmidler som sikrer overholdelse av relevante EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter. Ingenting i ordlyden i håndhevelsesdirektivets bestemmelser tilsier at en overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser som kan gi grunnlag for en rett til erstatning for en person som har blitt skadelidende, bør ha visse særtrekk.
- 4 På bakgrunn av den grunnleggende rett til et effektivt rettsmiddel må det være mulig for forbigåtte tilbydere å oppnå dom for at det har

funnet sted et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv under omstendigheter der de andre rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet er utelukket.

- 5 Faktisk kan erstatning som rettsmiddel etter håndhevelsesdirektivet utgjøre et prosessuelt alternativ kun der muligheten for erstatning ikke er mer avhengig enn de andre rettsmidler fastsatt i artikkel 2 nr. 1, av at domstolen kommer til at det foreligger skyld hos oppdragsgiver.
- 6 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 på denne måte, noe som vil bedre overholdelsen av gjeldende regelverk for fremtiden. En begrensning av mulighetene til å kreve erstatning ville kunne innebære at oppdragsgivere ville bli mindre villige til å overholde de relevante vilkår i EØS-regelverket for offentlige kontrakter, eller gjøre dem mindre aktsomme i gjennomføringen av en anbudskonkurranse.
- 7 Det er allerede fastslått at en nasjonal regel som gjør tilkjenning av erstatning betinget av bevis for skyld eller bedrageri, ville gjøre erstatningssøksmål vanskeligere og mer kostbare, og dermed svekke effektiviteten av regelverket for offentlige anskaffelser. Det samme må gjelde om retten til erstatning generelt er utelukket eller begrenset til særlige tilfelle. Dette ville for eksempel være tilfelle hvis overtredelsen måtte være av en viss alvorlighetsgrad for at oppdragsgivers ansvar skulle utløses, mens oppdragsgiver ved mindre alvorlige brudd ville kunne unndra seg ansvar.
- 8 En regel som krever at overtredelsen må være av en viss type eller alvorlighetsgrad, ville dermed i siste instans vesentlig undergrave håndhevelsesdirektivets mål om et effektivt og raskt rettslig vern. Det ville også være i strid med målene i direktiv 2004/18/EF.

- 9 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 må foreligge en årsakssammenheng.
- 10 Håndhevelsesdirektivet er ikke til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med kvalifisert sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.
- 11 Håndhevelsesdirektivet er ikke til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom konkurransen ble avlyst i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Det er oppdragsgiver som må bevise at det foreligger en feil og begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen.
- 12 Tildelingskriteriene i en anbudsprosedyre må være formulert på en måte som tillater enhver rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver er videre forpliktet til å kontrollere at opplysningene fremlagt av tilbyder er troverdige i den forstand at den aktuelle tilbyder er i stand til å levere det som er tilbudt, og at det aktuelle tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Kontrollkravet må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Så lenge alle tilbydere behandles likt, kan oppdragsgiver se hen til enhver opplysning som er fremlagt i tilbudet.

Domstolens Dom

31. oktober 2017¹

(Offentlige anskaffelser – direktiv 89/665/EØF – direktiv 2004/18/EF – krav om erstatning – skyld – bruddets karakter – bevisbyrde – kontroll av inngitt tilbud – prinsippene om effektivitet, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet)

I sak E-16/16,

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

Fosen-Linjen AS

≡ og ≡

AtB AS

om tolkningen av rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter, særlig artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c, avsier

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

Domstolen

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president og saksforberedende dommer, Per Christiansen, dommer, og Benedikt Bogason, ad hoc-dommer,

justissekretær: Gunnar Selvik,

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

- Fosen-Linjen AS (“Fosen-Linjen”), representert ved advokat Anders Thue,
- AtB AS (“AtB”), representert ved advokat Goud Helge Homme Fjellheim,
- den norske stat, representert ved advokat Helge Røstum, Regjeringsadvokaten, seniorrådgiver Carsten Anker og seniorrådgiver Dag Sørli Lund, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler, Øyvind Bø og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Ken Mifsud Bonnici og Adrián Tokár, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Fosen-Linjen, representert ved Anders Thue og advokat Jan Magne Juuhl-Langseth; AtB, representert ved Goud Helge Homme Fjellheim; den norske stat, representert ved Helge Røstum; ESA, representert ved Øyvind Bø og Marlene Lie Hakkebo; og Kommisjonen, representert ved Adrián Tokár, i rettsmøte 3. mai 2017,

slik

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

- 1 Rådskontrakt 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.
- 2 De fire første betraktninger i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

Fellesskapets direktiver om offentlig innkjøp, særlig rådskontrakt 71/305/EØF av 26. juli 1971 om samordning av behandlingen ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, senest endret ved direktiv 89/440/EØF, og rådskontrakt 77/62/EØF av 21. desember 1976 om samordning av behandlingen ved tildeling av offentlige varekontrakter, senest endret ved direktiv 88/295/EØF, inneholder ikke særskilte bestemmelser som sikrer en effektiv gjennomføring av dem.

De nåværende ordninger, både på nasjonalt plan og innenfor Fellesskapet, som skal sikre gjennomføringen, gjør det ikke alltid mulig å påse at Fellesskapets bestemmelser overholdes, særlig på et stadium hvor overtredelsene fremdeles kan bringes til opphør.

Adgang til å konkurrere om offentlige kontrakter innenfor Fellesskapet nødvendiggjør en betydelig utvidelse av garantiene for innsyn og likebehandling, og for at det skal ha konkret virkning, er det viktig at det

finnes effektive og raske klagemuligheter i tilfelle overtredelser av Fellesskapets lovgivning om offentlige innkjøp eller av nasjonale regler som gjennomfører lovgivningen.

I visse medlemsstater skremmer mangelen på effektive klagemuligheter eller mangler ved eksisterende klagemuligheter foretak i Fellesskapet fra å legge inn anbud i den medlemsstat hvor den offentlige oppdragsgiver er etablert. De berørte medlemsstater bør derfor bøte på denne situasjonen.

3 Sjette betraktning i fortalen 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.

4 På det relevante tidspunkt lød håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1:

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

[...]

Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2004/18/EF, treffe de nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 2-2f i dette direktiv, med den begrunnelse at slike beslutninger er i strid med fellesskapsretten på området offentlig innkjøp, eller med nasjonale regler som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.

5 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.*

6 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting (EUT 2004 L 134, s. 114, og EØS-tillegg 2009 nr. 34, s. 216) 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).

7 Betraktning 1 i fortalet til direktiv 2004/18/EF lyder:

I forbindelse med de nye endringene av rådsdirektiv 92/50/EØF av 18. juni 1992 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige tjenesteytelser, 93/36/EØF av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp og 93/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, som er nødvendige for å imøtekomme de krav om forenkling og modernisering som både offentlige oppdragsgivere og markedsdeltakere framsa i sine svar på grønnboken vedtatt av Kommisjonen 27. november 1996, bør direktivene omarbeides av klarhetshensyn. Dette direktiv bygger på Domstolens rettspraksis, særlig rettspraksis med hensyn til tildelingskriterier, som klarlegger

offentlige oppdragsgiveres muligheter til å oppfylle den berørte allmennhets behov, herunder med hensyn til miljø og på det sosiale området, forutsatt at slike kriterier er knyttet til kontraktsgjenstanden, at de ikke gir den offentlige oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, at de nevnes uttrykkelig og at de overholder de grunnleggende prinsippene nevnt i betraktning 2.

8 Betraktning 2 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

Tildeling av kontrakter inngått i medlemsstatene på vegne av staten, regionale eller lokale administrative enheter og andre offentligrettslige organer, er underlagt traktatens prinsipper og særlig prinsippet om fritt varebytte, prinsippet om etableringsadgang og prinsippet om adgang til å yte tjenester, samt de prinsipper som er avledet av disse, som for eksempel prinsippet om likebehandling, prinsippet om ikke-diskriminering, prinsippet om gjensidig godkjenning, forholdsmessighetsprinsippet og prinsippet om innsyn. Når det gjelder offentlige kontrakter over en viss verdi, tilrådes det imidlertid å utarbeide bestemmelser om Fellesskapets samordning av nasjonale framgangsmåter for tildeling av slike kontrakter, basert på disse prinsippene, for å sikre virkningen av dem og for å sikre at offentlige innkjøp åpnes for konkurranse. Disse samordningsbestemmelsene bør derfor tolkes i samsvar med både nevnte regler og prinsipper og med traktatens øvrige bestemmelser.

9 Betraktning 4 i fortalen til direktiv 2004/18/EF lyder:

Medlemsstatene bør sikre at deltakelse av et offentligrettslig organ som opptrer som anbyder i en framgangsmåte ved tildeling av en offentlig kontrakt, ikke forårsaker konkurransevridding overfor private anbydere.

10 Betragtning 46 i fortalet til direktiv 2004/18/EF lyder:

Tildeling av kontrakter bør foretas på grunnlag av objektive kriterier som sikrer overholdelse av prinsippene om innsyn, ikke-diskriminering og likebehandling, og som sikrer at anbud blir vurdert på reelle konkurransevilkår. Det bør derfor tillates at det bare anvendes to tildelingskriterier: «laveste pris» og «økonomisk mest fordelaktige anbud».

For å sikre at prinsippet om likebehandling overholdes ved tildeling av kontrakter er det hensiktsmessig å fastsette en forpliktelse — fastslått ved rettspraksis — som sikrer nødvendig innsyn slik at alle anbydere kan være rimelig informert om de kriterier og ordninger som skal anvendes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige anbud. Det er derfor offentlige oppdragsgiveres ansvar å angi kriteriene for kontraktstildelingen og vektingen av disse kriteriene tidsnok til at anbyderne kan ta hensyn til dem når de utarbeider sine anbud. Offentlige oppdragsgivere kan fravike kravet om å angi vektingen av kriteriene for kontraktstildeling i særlig begrunnede tilfeller der de må kunne angi årsakene til dette, dersom vektingen ikke kan fastsettes på forhånd, særlig på grunn av kontraktens kompleksitet. I slike tilfeller må de angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først.

Når offentlige oppdragsgivere velger å tildele en kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige anbud, skal de vurdere anbudene for å fastslå hvilket som gir det beste forholdet mellom kvalitet og pris. For å gjøre dette skal de fastsette de økonomiske og kvalitative kriterier som sett under ett må gjøre det mulig å fastslå hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige for den offentlige oppdragsgiver. Fastsettelsen av disse kriteriene avhenger av kontraktens gjenstand, siden de må gjøre det mulig å vurdere de enkelte anbuds ytelsesnivå ut fra kontraktens gjenstand slik den er definert i de tekniske spesifikasjonene, og ut fra forholdet mellom kvalitet og pris for hvert anbud.

For å sikre likebehandling bør kriteriene for kontraktstildeling gjøre det mulig å sammenligne anbud og vurdere dem objektivt. Dersom disse vilkårene er oppfylt, kan økonomiske og kvalitative kriterier for kontraktstildeling, for eksempel oppfyllelse av miljøkrav, gjøre det mulig for den offentlige oppdragsgiver å oppfylle den berørte allmennhets behov, slik de er uttrykt i kontraktens spesifikasjoner. Under de samme forutsetninger kan en offentlig oppdragsgiver anvende kriterier med sikte på å oppfylle sosiale krav, særlig for å oppfylle behovene — definert i kontraktens spesifikasjoner — til særlig vanskeligstilte grupper av personer som de som mottar/bruker bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester som er kontraktens gjenstand, tilhører.

11 Direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1 lyder:

Offentlige oppdragsgivere skal så snart som mulig underrette kandidater og anbydere om beslutninger som treffes vedrørende inngåelse av en rammeavtale, tildeling av kontrakt eller adgang til en dynamisk innkjøpsordning, herunder en begrunnelse for en eventuell beslutning om ikke å inngå en rammeavtale eller tildele en kontrakt som det er utlyst konkurranse for, eller for ikke å gjenoppta anbudsprosedyren eller ikke innføre en dynamisk innkjøpsordning; og slik informasjon skal gis skriftlig når offentlige oppdragsgivere anmodes om det.

NASJONAL RETT

12 De norske reglene for anbudskonkurranser var på det relevante tidspunkt fastsatt i blant annet lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (“LOA”) og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (“FOA”).

13 LOA § 11 fastsetter:

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.

14 Tradisjonelt har den positive kontraktsinteresse (dvs. et tap av rimelig forventet fortjeneste, *lucrum cessans*) ikke blitt ansett for å ha erstatningsrettslig vern i den prekontraktuelle fase i norsk rett. I en dom avsagt i 2001 konstaterte imidlertid Norges Høyesterett at en forbigått tilbyder har krav på erstatning dersom tre vilkår er oppfylt (Rt. 2001 s. 1062). For det første må oppdragsgiver ha begått en vesentlig feil. For det andre må tilbyder ha lidt et økonomisk tap. For det tredje må det være klar sannsynlighetsovervekt for at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom den begåtte feil og det pådratte tap.

15 I en dom avsagt i 2008 la Norges Høyesterett til grunn at terskelen for ansvar etter norsk rett ikke er høyere enn terskelen for ansvar etter det erstatningsansvar som gjelder for EØS-statene ved brudd på EØS-retten (Rt. 2008 s. 1705).

II FAKTUM OG SAKSGANG

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 konkurransegrunnlaget. Denne prosedyre var i samsvar med konkurransereglene som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- 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 kontraktperioden. 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 rettssak 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 drivljejforbruk, som skrogrmotstand, propulsjonsvirkningsgrad, overføringstap, hotellast og sjømargin. Den la videre til grunn at ingen av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivljejforbruket på tilbudstidspunktet.
- 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 følgende spørsmål:

1. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av*
 - a) *at det foreligger skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?*
 - b) *at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?*
 - c) *at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?*
2. *Skal artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?*
3. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, hvoretter krav om skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av at saksøkende leverandør som krever erstatning klarer å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feil?*

4. *Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler, hvoretter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen feil begått av oppdragsgiver enn den som er påberopt av saksøker, når denne andre feilen faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang? Hvis en slik annen feil kan påberopes av oppdragsgiver, er direktiv 89/665/EØF til hinder for en nasjonal regel hvoretter saksøkende leverandør har bevisbyrden for å påvise at en slik feil ikke foreligger?*
5. *Hvilke krav stiller EØS-rettens likebehandlingsprinsipp til oppdragsgivers effektive kontroll av de opplysninger som oppgis i tilbudene knyttet til tildelingskriteriene? Vil kravet til effektiv kontroll være oppfylt dersom oppdragsgiver kan kontrollere at tilbudte egenskaper fremstår som forsvarlig fastsatt basert på dokumentasjonen som er gitt i tilbudet? Hvor nøyaktig må oppdragsgiver kunne kontrollere tilbudte egenskaper ved kontraktsgjenstanden? Hvis tilbyderen forplikter seg til at den tilbudte gjenstanden skal overholde et bestemt forbrukstall, og dette tallet inngår i tildelingsevalueringen, er oppdragsgiverens kontrollplikt oppfylt dersom han kan kontrollere at dette tallet er forsvarlig med en viss usikkerhetsmargin, for eksempel innenfor et spenn på pluss/minus 20 %?*
6. *Når oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger en tilbyder gir i forbindelse med et tildelingskriterium, kan likebehandlingsprinsippets krav til effektiv kontroll av opplysninger i tilbudene være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet?*

- 37 I sin anmodning gir den anmodende domstol uttrykk for at den finner det vanskelig å forene avgjørelsene fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) i *Kommisjonen mot Portugal* (C-275/03, EU:C:2004:632) og *Strabag m.fl.* (C-314/09, EU:C:2010:567) med EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751). Den anmodende domstol opplyser også om at partene er uenige om konsekvensene av EU-domstolens avgjørelse i *EVN og Wienstrom* (C-448/01, EU:C:2003:651) når det gjelder kravene til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger.
- 38 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III SPØRSMÅLET OM ANMODNINGEN KAN BEHANDLES

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 39 *AtB* anfører at noen av spørsmålene er hypotetiske. Spesielt når det gjelder første, annet, fjerde, femte og sjette spørsmål anser *AtB* at de på en eller annen måte enten ikke gjenspeiler de bestemmelser som den foreliggende sak gjelder, eller de relevante faktiske forhold. *Den norske stat* anfører også at det annet spørsmål og deler av femte og sjette spørsmål er irrelevante eller hypotetiske.
- 40 *ESA* anfører at det tredje spørsmål gjelder nasjonale regler for årsakssammenheng og er begrenset til den positive kontraktsinteresse. Når en konkurranse rettmessig avlyses, kan imidlertid tilbydere verken påberope seg en rett til å bli tildelt kontrakten eller kreve erstatning for tapt fortjeneste. En rett til å bli

tildelt kontrakten, med et tilknyttet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil potensielt bare foreligge under særlige omstendigheter eller når konkurransen er gjennomført og kontrakten urettmessig er blitt tildelt en annen tilbyder. I den foreliggende sak ble konkurransen avlyst, og det fremgår av anmodningen fra den nasjonale domstol at det ikke foreligger noen særlige omstendigheter som gir grunnlag for et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse etter EØS-retten. Følgelig er det tredje spørsmål hypotetisk og bør avvises.

RETTENS BEMERKNINGER

- 41 Etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (“ODA”) kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse om tolkningen av EØS-avtalen er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.
- 42 ODA artikkel 34 etablerer et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Dette samarbeid er ment å bidra til ensartet tolkning av EØS-retten ved at domstolene i EFTA-statene får bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se sak E-1/16 *Synnøve Finden*, Sml. 2016 s. 931, avsnitt 27 og rettspraksis som det vises til der).
- 43 Tolkningsspørsmål fra en nasjonal domstol om EØS-retten, under faktiske og rettslige omstendigheter som den nasjonale domstol har ansvar for å definere, og hvis nøyaktighet EFTA-domstolen ikke skal vurdere, nyter godt av en presumsjon om relevans. Følgelig kan EFTA-domstolen bare avstå fra å besvare et spørsmål fra en nasjonal domstol når det er ganske åpenbart at tolkningen av EØS-retten som søkes, ikke har noen relevans for sakens faktiske forhold eller formål,

når problemet er hypotetisk, eller når EFTA-domstolen ikke har de faktiske eller rettslige forutsetninger som kreves for å kunne gi et nyttig svar på spørsmålene den er forelagt (se *Synnøve Finden*, som omtalt over, avsnitt 28 og rettspraksis som det vises til der).

- 44 EFTA-domstolen finner ikke at noen av unntakene fra presumsjonen om relevans kommer til anvendelse i den foreliggende sak. De forelagte spørsmål kan dermed besvares.

IV EFTA-DOMSTOLENS SVAR

- 45 Lagmannsretten har bedt om svar på seks spørsmål. De to første spørsmål gjelder i hovedsak vilkårene for å kreve erstatning i tilknytning til en anbudskonkurranse. De vil derfor bli besvart samlet. Tredje spørsmål gjelder bevisbyrde ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Fjerde spørsmål gjelder hvilke argumenter en oppdragsgiver kan påberope seg i sitt forsvar mot et erstatningskrav, og bevisbyrden i den forbindelse. Med sine to siste spørsmål søker lagmannsretten i hovedsak å bringe på det rene i hvilket omfang likebehandlingsprinsippet innebærer et krav til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger gitt i tilbud. Siden de to siste spørsmål er forbundet med hverandre, anser EFTA-domstolen det hensiktsmessig å besvare dem samlet.

FØRSTE OG ANNET SPØRSMÅL

INNLEDENDE BEMERKNINGER

- 46 Med sitt første spørsmål spør den anmodende domstol om håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller andre bestemmelser i direktivet er til hinder for regler som gjør retten til erstatning betinget av visse kriterier. Det vises til disse kriterier i underspørsmål 1a som skyld og som et krav om at oppdragsgivers atferd "må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig

handlemåte”, i underspørsmål 1b som at det må foreligge en “vesentlig feil” hvor skyld inngår som et moment i en større helhetsvurdering, og i underspørsmål 1c som at det må være begått en “vesentlig, grov og åpenbar feil”. Med sitt andre spørsmål spør lagmannsretten om et brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, i seg selv kan utgjøre et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” som gir rett til erstatning.

- 47 Det synes å være omtvistet om og i hvilken grad disse spørsmål gjenspeiler vilkårene i nasjonal lovgivning og deres fortolkning i nasjonale domstoler.
- 48 EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å besvare første og andre spørsmål samlet.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 49 *Fosen-Linjen* anfører at prinsippet om EØS-statens erstatningsansvar ikke kan anvendes på krav om erstatning knyttet til en anbudskonkurranse. Selv om reglene om statlig erstatningsansvar likevel kunne anvendes etter håndhevelsesdirektivet, ville de måttet tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen bør følge tilnærmingen EU-domstolen anvendte i *Strabag m.fl.*, som ville være helt i tråd med tilnærmingen i *Combinatie*. Et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, og som ikke overlater noen skjønnsfrihet til oppdragsgiver, utgjør i seg selv et tilstrekkelig kvalifisert brudd som gir rett til erstatning etter håndhevelsesdirektivet dersom de øvrige vilkår for å kreve erstatning også er oppfylt. Siden AtB valgte å undertegne en to-årskontrakt med Norled, uten anbudskonkurranse, anfører *Fosen-Linjen* at det ikke hadde noe annet rettsmiddel tilgjengelig enn å fremme krav om erstatning.

- 50 *AtB* anser det som tvilsomt at kontrakten har grenseoverskridende interesse. Følgelig besvarer den spørsmålene bare subsidiært. *AtB* gjør gjeldende at vilkårene for å tilkjenne erstatning avhenger av nasjonal lovgivning. I Norge er disse vilkår utviklet gjennom rettspraksis. Vilkaene for å tilkjenne erstatning for tapt fortjeneste er vesentlig forskjellige fra vilkaene for å tilkjenne erstatning for kostnaden ved å inngi tilbud. Imidlertid tilsvaret ingen av vilkaene nevnt av den anmodende domstol det ansvarsgrunnlaget som gjelder i norsk rett.
- 51 Når det gjelder vilkaene for erstatningsansvar, anmoder *AtB* EFTA-domstolen om å basere sin avgjørelse på *Combinatie*, i motsetning til *Strabag m.fl.*, som en videreutvikling av tilnærmingen i *Brasserie du Pêcheur* (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79) slik at nasjonal lovgivning ikke kan la erstatningsansvar avhenge av et vilkår basert på et skyldbegrep som går lengre enn “tilstrekkelig kvalifisert brudd”. Av særlig betydning er effektivitetsprinsippet. Den kombinerte virkning av tilgjengelige rettsmidler er avgjørende ved vurderingen av om en nasjonal klageordning er effektiv.
- 52 Ifølge *AtB* gjaldt *Strabag m.fl.* en bestemmelse om erstatning for påløpte kostnader. Å etablere objektivt ansvar for tapt fortjeneste ville være betraktelig mer byrdefullt, samtidig som det ikke ville virke mer avskrekkende enn ansvar basert på en tilstrekkelig kvalifisert feil. Vilkaene etter norsk rett for å tilkjenne erstatning i slike tilfelle gjør det ikke praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser gir. Følgelig må de anses som tilstrekkelig effektive. Oppdragsgiver har en omfattende skjønnsfrihet i avgjørelsen om å avlyse en konkurranse, selv i tilfeller der konkurransen er fullt ut omfattet av direktiv 2004/18/EF.

- 53 På spørsmål fra dommerne under rettsmøtet om en offentlig oppdragsgiver handler i egenskap av å være en offentlig myndighet (*acta juri imperii*) eller i egenskap av privatrettslig subjekt, det vil si utfører en forretningsmessig handling (*acta juri gestionis*), gjorde AtB gjeldende at tildeling av en offentlig kontrakt er en forretningsmessig handling. På ytterligere spørsmål fra dommerne hevdet AtB likevel at det bare var *Combinatie* som var relevant for å etablere statlig erstatningsansvar i slike tilfelle.
- 54 *Den norske stat* anfører at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke fastsetter noen spesifikke krav for tilkjenning av erstatning. Dermed er det prinsippet om statlig erstatningsansvar som må legges til grunn. Manglende skjønnsfrihet kan innebære at et brudd er et "tilstrekkelig kvalifisert brudd". En misforståelse av EØS-retten om offentlige kontrakter kan ikke i seg selv anses å være et "tilstrekkelig kvalifisert brudd" som utløser ansvar. Det vil være nødvendig også å vurdere i hvilken grad bestemmelsen som er brutt, er klar og presis. Slik den norske stat ser det, er norsk lovgivning forenlig med vilkåret om at det må foreligge et "tilstrekkelig kvalifisert brudd".
- 55 Som svar på en uttalelse fra en av dommerne om at statlig erstatningsansvar vanligvis gjelder feil begått av den lovgivende myndighet, regjeringen eller domstolene, anførte den norske stat at *Combinatie* slo fast at håndhevelsesdirektivet gir konkret uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar når det gjelder offentlige anskaffelser.
- 56 *ESA* anfører at ved mangel på EØS-rettslige bestemmelser på området er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Etter *Combinatie* må håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c betraktes som et uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er imidlertid klart

til hinder for en nasjonal regel som begrenser retten til erstatning til overtredelser hvor det foreligger skyld. Ved vurderingen av om et brudd er «tilstrekkelig kvalifisert», må nasjonale domstoler ta en rekke faktorer i betraktning. Selv om en del av vilkårene beskrevet av den anmodende domstol i første spørsmål, kan spille en viss rolle i en større helhetsvurdering, kan imidlertid ikke EØS-statene begrense virkeområdet for statlig erstatningsansvar ved å innføre ytterligere vilkår eller vurderingstemaer. Med hensyn til det andre spørsmål anfører ESA at overtredelse av en regel som ikke gir staten noen skjønnsfrihet i gjennomføringen, vil være nok til å fastslå at det foreligger et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” dersom regelen er klar og entydig. Dermed vil en av de faktorer som må tas i betraktning i den anmodende domstols vurdering, være hvor klar den overtrådte regel er.

- 57 På spørsmål fra dommerne under rettsmøtet om statlig erstatningsansvar etablerer en høy terskel for krav om erstatning, særlig med henblikk på dommene i *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, eller *Dr Jürgen Tschannett*, sak E-6/00, Sml. 2000–2001 s. 203, anførte ESA at vilkåret om et “tilstrekkelig kvalifisert brudd” ikke alltid innebærer en høy terskel. Dersom kriteriet anvendes korrekt, regelen i seg selv er klar, og der den ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør kriteriet om “tilstrekkelig kvalifisert brudd” anses som oppfylt.
- 58 *Kommisjonen* anfører at et brudd på en tilstrekkelig klar regel i EU-retten som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør betraktes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Regelverket for offentlige anskaffelser har vært gjenstand for omfattende harmonisering siden 1970-årene, og EU-domstolen har ansett mange av reglene fastsatt i direktiver om offentlige anskaffelser tilstrekkelig klare og presise til å ha direkte virkning. Oppdragsgivere plikter dessuten å fastsette tildelingskriterier og formulere disse på en måte som er både klar og presis. De er også forpliktet til å anvende de

kriterier de selv har formulert. Følgelig begrenser disse kriterier oppdragsgivernes egen skjønnsfrihet. *Strabag m.fl.* begrenser ikke erstatning til tilfelle der det foreligger skyld hos oppdragsgiver, eller der bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser er særlig kvalifisert.

- 59 Under rettsmøtet la Kommisjonen til at forsøket på å “importere” et vilkår fra generelle prinsipper til håndhevelsesdirektivet vekker bekymring. Håndhevelsesdirektivet harmoniserer rettsmidler. Det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar bør gjelde bare der slik harmonisering ikke er gjennomført. Ettersom krav om erstatning ofte er det eneste rettsmiddel som er tilgjengelig, bør det ikke gjøres vanskeligere eller mindre fordelaktig å oppnå erstatning enn andre typer rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i *Strabag m.fl.* Håndhevelsesdirektivet er klart på det punkt at enhver overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser bør følges opp og bør ikke gå upåttalt hen fordi overtredelsen ikke er “tilstrekkelig kvalifisert”.
- 60 Under rettsmøtet anførte Kommisjonen videre at den nasjonale domstol i *Combinatie* reiste tvil om hvem bruddet på lovgivningen om offentlige anskaffelser måtte tilskrives. Særlig var det tvil om bruddet kunne tilskrives oppdragsgiver, en domstol eller tredjemann. Dette var et spørsmål som måtte avgjøres etter nederlandsk rett. Følgelig er *Combinatie* med rette nokså tilbakeholden når det gjelder spørsmålet om erstatning.

RETTENS BEMERKNINGER

- 61 Det følger av første og andre betraktning til direktiv 2004/18/EF at dets formål er å forenkle og modernisere de nasjonale framgangsmåter for tildeling av offentlige kontrakter for å legge til rette for fritt varebytte, etableringsrett, friheten til å yte tjenester og å åpne slike kontrakter for konkurranse (jf. *Ambisig* mot *AICP*, C-46/15, EU:C:2016:530, avsnitt 51).
- 62 Som det fremgår av betraktning 2, 4 og 46 til direktiv 2004/18/EF, tar ordningen etablert under direktivet sikte på å unngå konkurransevridding mellom private tilbydere og sikre overholdelse av prinsippene om gjennomsiktighet, ikke-diskriminering og likebehandling (jf. *Ambisig*, som omtalt over, avsnitt 38).
- 63 Risikoen for konkurransevridding forårsaket av fortrinnsbehandling av enkelte operatører i forhold til andre, er alltid til stede i tilfeller der en offentlig oppdragsgiver beslutter å overlate driften av visse tjenester til et foretak (jf. uttalelsen fra generaladvokat Kokott i *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 43).
- 64 Videre handler en offentlig oppdragsgiver i en sak som den foreliggende ikke i egenskap av å være en offentlig myndighet (*actum jure imperii*) når den gjennomfører en anbudskonkurranse. Dette er det motsatte av hva som er situasjonen når 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 snarere sikte på inngåelse av en kontrakt med rettsvirkning mellom partene (*inter partes*), som omfatter en forretningsmessig handling. På spørsmål fra dommerne ble dette bekreftet av AtB under rettsmøtet.

- 65 Selv om direktiv 2004/18/EF hovedsakelig inneholder saksbehandlingsregler som fastsetter en ramme for effektiv og forsvarlig bruk av offentlige midler, er altså disse regler også ment å beskytte de næringsdrivendes interesser (jf. for eksempel *Kommisjonen mot Tyskland*, C-20/01 og C-28/01, EU:C:2003:220, avsnitt 35).
- 66 Håndhevelsesdirektivet er nært beslektet med direktiv 2004/18/EF og tar, som det fremgår av de tre første betraktninger i fortalen, sikte på å fastsette tilfredsstillende rettsmidler som sikrer overholdelse av relevante EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 67 Et annet grunnleggende mål med håndhevelsesdirektivet er å skape rammevilkår som gir tilbydere i en offentlig anbudskonkurranse tilgang til rettsmidler på en måte som er så ensartet som mulig for alle foretak som er aktive på det indre marked. Som det også fremgår av tredje og fjerde betraktning i fortalen til håndhevelsesdirektivet, skal dermed like vilkår være sikret. Dette vil i siste instans medvirke til at det offentlige anbudsmarked åpnes for konkurranse i hele EØS.
- 68 Videre er bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet ment å beskytte tilbydere mot vilkårlig atferd fra oppdragsgivers side, og er utformet for å sikre effektiv anvendelse av EØS-reglene ved tildeling av offentlige kontrakter (jf. *Fastweb*, C-19/13, EU:C:2014:2194, avsnitt 59).
- 69 For å oppnå dette resultat er EØS-statene etter håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 forpliktet til å treffe de nødvendige tiltak for å sikre en effektiv og så rask behandling som mulig av klager på beslutninger truffet av oppdragsgivere. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c fastsetter at de tiltak som treffes med hensyn til slik klagebehandling, må omfatte

bestemmelser som gir myndighet til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse av lovgivning om offentlige anskaffelser. Imidlertid sier verken artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i håndhevelsesdirektivet noe om vilkårene for å tilkjenne erstatning som et rettsmiddel på området for offentlige anskaffelser.

- 70 I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på området er det derfor i prinsippet opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av en overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. De nasjonale regler der disse vilkår er fastsatt, må likevel være i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet (jf. dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 90 og rettspraksis som det vises til der).
- 71 Det bør imidlertid bemerkes at ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 og sjette betraktning i fortalet ikke på noen måte tilsier at en overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser som kan gi grunnlag for en rett til erstatning for en person som har blitt skadelidende, bør ha visse særtrekk (jf. *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 35).
- 72 Videre må håndhevelsesdirektivet leses i lys av de grunnleggende rettigheter, særlig retten til et effektivt rettsmiddel.
- 73 I denne sammenheng peker EFTA-domstolen på at selv om det er å foretrekke at et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser bringes til opphør før en offentlig kontrakt trer i kraft, kan det forekomme tilfelle der det ikke er mulig å rette opp et slikt brudd annet enn ved erstatning. For eksempel har EØS-statene etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 6 annet ledd rett til å begrense kompetansen til den instans som er ansvarlig for klagebehandlingen, etter kontraktsinngåelsen som følger tildelingen, til å tilkjenne skadeserstatning.

- 74 På bakgrunn av den grunnleggende rett til et effektivt rettsmiddel må det være mulig for forbigåtte tilbydere å oppnå dom for at det har funnet sted et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv under omstendigheter der de andre rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet er utelukket.
- 75 Faktisk kan erstatning som rettsmiddel etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, i gitte tilfelle, utgjøre et prosessuelt alternativ som er forenlig med effektivitetsprinsippet som ligger til grunn for direktivets mål om å sikre effektiv klagebehandling, kun der muligheten for erstatning ikke er mer avhengig enn de andre rettsmidler fastsatt i artikkel 2 nr. 1, av at domstolen kommer til at det foreligger skyld hos oppdragsgiver (jf. *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 39).
- 76 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 på denne måte, noe som vil bedre overholdelsen av gjeldende regelverk for fremtiden. Ansvar gjennom erstatning kan også utgjøre et sterkt insentiv for aktsomhet i utarbeidelsen av konkurransegrunlaget, som i siste instans vil bidra til å forebygge sløsing med ressurser og tvinge oppdragsgiver til å vurdere særtrekkene ved det enkelte marked. Hvis ansvar var utelukket, ville dette kunne føre til at den oppdragsgiver ikke la bånd på seg.
- 77 Det er allerede fastslått at en nasjonal regel som gjør tilkjenning av erstatning betinget av bevis for skyld eller bedrageri, ville gjøre erstatningssøksmål vanskeligere og mer kostbare, og dermed svekke effektiviteten av regelverket for offentlige anskaffelser. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er derfor til hinder for nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning for en oppdragsgivers overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser betinget av at det foreligger skyld (jf. *Kommisjonen mot*

Portugal, C-70/06, EU:C:2008:3, avsnitt 42, og *Strabag m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 45). Det samme må gjelde om retten til erstatning generelt er utelukket eller begrenset til særlige tilfelle. Dette ville for eksempel være tilfelle hvis overtredelsen måtte være av en viss alvorlighetsgrad for at oppdragsgivers ansvar skulle utløses, mens oppdragsgiver ved mindre alvorlige brudd ville kunne unndra seg ansvar.

- 78 Videre ville en begrensning av mulighetene til å kreve erstatning kunne innebære at oppdragsgivere ville bli mindre villige til å overholde de relevante vilkår i EØS-regelverket for offentlige kontrakter, eller gjøre dem mindre aktsomme i gjennomføringen av en anbudskonkurranse. Et krav om at bare overtredelser av en viss alvorlighetsgrad kan gi grunnlag for et krav om erstatning, kan også være i strid med målet om å skape like vilkår for de tilgjengelige rettsmidler på området for offentlige anskaffelser. Avhengig av omstendighetene ville da et brudd på en bestemmelse i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser kunne utløse erstatningsansvar i én EØS-stat, og ikke i en annen. Under slike omstendigheter ville økonomiske operatører støte på betydelige vansker med å vurdere oppdragsgiveres potensielle erstatningsansvar i ulike EØS-stater.
- 79 En regel som krever at overtredelsen må være av en viss type eller alvorlighetsgrad, ville dermed i siste instans vesentlig undergrave håndhevelsesdirektivets mål om et effektivt og raskt rettslig vern. Det ville også være i strid med målene i direktiv 2004/18/EF, som er å garantere fri bevegelighet for tjenester og sikre åpen konkurranse på like vilkår på dette område i alle EØS-statene.
- 80 Alvorlighetsgraden av overtredelsen av EØS-reglene om offentlige kontrakter er derfor irrelevant når det gjelder å tilkjenne erstatning. Videre er det ikke avgjørende for å tilkjenne erstatning etter håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav c om det ved bruddet på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som

avviker markert fra forsvarlig handlemåte, om det foreligger en vesentlig feil, eller om det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil.

- 81 Et krav om erstatning vil likevel kun føre frem dersom visse andre vilkår er oppfylt, slik som vilkåret om at det må foreligge en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom bruddet som er begått og skaden som er påført.
- 82 I lys av det ovenstående må svaret på første og andre spørsmål være at tilkjenning av erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke er betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter 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 må foreligge en årsakssammenheng.

DET TREDJE SPØRSMÅL

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 83 *Fosen-Linjen* anfører at EFTA-domstolen i sin vurdering av det tredje spørsmål bør følge den tilnærming EU-domstolen har angitt i *Strabag m.fl.* og *C-275/03 Kommisjonen mot Portugal*. Håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet er følgelig til hinder for en nasjonal regel med beviskrav som beskrevet i dette spørsmål.

- 84 *AtB* gjør gjeldende at vilkårene for å tilkjenne erstatning etter norsk rett er i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Beviskravet som etter norsk rett må oppfylles for et krav om erstatning for tapt fortjeneste og for tilbudskostnader, er betydelig mindre strengt enn i mange andre europeiske land og det nivå som følger av Underrettens rettspraksis.
- 85 *Den norske stat* gjør gjeldende at etter prinsippet om statlig erstatningsansvar er det et krav om en “direkte årsakssammenheng” mellom bruddet på en EØS-rettslig regel og skaden som er påført. Hva som utgjør en “direkte årsakssammenheng”, er et forhold som er underlagt EØS-statenes prosessuelle autonomi. Underretten har konsekvent lagt til grunn at for at en forbigått tilbyder skal kunne tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, må tilbyderen bevise med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at han ville ha fått kontrakten dersom reglene om offentlige kontrakter var blitt overholdt. I denne sammenheng kan ikke beskyttelse av rettighetene til enkeltpersoner variere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller et fellesskapsorgan som er ansvarlig for skaden. EØS-retten er følgelig ikke til hinder for et krav om årsakssammenheng som beskrevet i det tredje spørsmål når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som følge av et brudd på EØS-regelverket om offentlige kontrakter.
- 86 Med hensyn til det tredje spørsmål gjør *ESA* gjeldende at dette er begrenset til krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Det er opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, med forbehold for prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Anmodningen synes ikke å reise noen særlige problemstillinger knyttet til ekvivalens. Når det gjelder effektivitet, vil et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser bare medføre tap av fortjeneste for tilbyderen dersom han var berettiget til å bli tildelt kontrakten i utgangspunktet. En rett til å bli tildelt

kontrakten, med et tilknyttet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil potensielt bare foreligge under særlige omstendigheter. I den foreliggende sak foreligger det ingen slike særlige omstendigheter. Etter ESAs oppfatning synes en regel som beskrevet i dette spørsmål, derfor ikke å være i strid med effektivitetsprinsippet.

- 87 *Kommisjonen* forstår også det tredje spørsmål slik at det utelukkende gjelder den positive kontraktsinteresse. Beviskravet er langt på vei uregulert i EUs regelverk for offentlige anskaffelser. Følgelig faller beviskravet inn under den prosessuelle autonomi i medlemsstatene, som må overholde prinsippene om effektivitet og ekvivalens.

RETTENS BEMERKNINGER

- 88 Med sitt tredje spørsmål søker den anmodende domstol hovedsakelig veiledning om beviskravet ved krav om erstatning for tapt fortjeneste. Det fremgår av anmodningen 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.
- 89 I mangel av spesifikke EØS-rettslige bestemmelser om kravet om årsakssammenheng, er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette de aktuelle kriterier, som må overholde prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Reglene for årsakssammenheng og beviskrav må således ikke være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende søksmål i nasjonal rett, og de må ikke gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve retten til erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c.
- 90 Det følger av effektivitetsprinsippet og retten til erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at en person som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse av lovgivning om

offentlige anskaffelser, i prinsippet også må ha mulighet til å kreve erstatning for tapt fortjeneste. Likevel må det skilles klart mellom tilkjenning av erstatning for tilbudskostnader og tilkjenning av erstatning for tapt fortjeneste. Som anført av både ESA og Kommisjonen, synes det tredje spørsmål først og fremst å gjelde beviskravet ved krav om erstatning for påstått tapt fortjeneste.

- 91 Det er en forutsetning for oppfyllelse av kravet om direkte årsakssammenheng at den forbigåtte tilbyder har lidd et faktisk tap av fortjeneste. Et slikt tap kan ikke foreligge i en situasjon der den forbigåtte tilbyder ikke har hatt noe gyldig krav på kontrakten.
- 92 Effektivitetsprinsippet er til hinder for en nasjonal regel som gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatning for tapt fortjeneste. Det å kreve at tilbyderen må bevise med “klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt” at han ville ha blitt tildelt kontrakten dersom lovgivningen om offentlige anskaffelser ikke var blitt brutt, er imidlertid ikke i seg selv i strid med effektivitetstesten.
- 93 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om kravet i den omtvistede nasjonale regel overholder effektivitetsprinsippet.
- 94 Svaret på det tredje spørsmål må derfor bli at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.

DET FJERDE SPØRSMÅL

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

- 95 *Fosen-Linjen* anfører at saken står og faller på den faktiske årsakssammenheng. EU-domstolens avgjørelse i *GAT* (C-315/01, EU:C:2003:360) fastsetter at erstatningskrav ikke kan avvises på grunnlag av andre feil som påberopes av oppdragsgiver. Den avgjørende faktor i den foreliggende sak er om *Fosen-Linjen* ville ha fått kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen og *Norleds* tilbud følgelig var blitt avvist. Selv om andre feil skulle bli funnet å være relevante for vurderingen av om det forelå en årsakssammenheng, er det oppdragsgiver som må påvise at slike feil foreligger. En nasjonal regel hvoretter bevisbyrden flyttes over på tilbyder, ville legge en for stor byrde på tilbyder, siden det i prinsippet ikke er noen grense for hvilke andre feil og omstendigheter oppdragsgiver kan påberope seg for å “styre unna” erstatningsansvar i en bestemt sak.
- 96 *AtB* er av den oppfatning at det fjerde spørsmål spør om erstatning for tapt fortjeneste kan tilkjennes når avlysningen av konkurransen var lovlig, selv om *AtB* ikke var nødt til å avlyse konkurransen. Dersom konkurransen ble rettmessig avlyst, finnes det imidlertid ingen årsakssammenheng mellom feilen og det påståtte tap av fortjeneste. Håndhevelsesdirektivet regulerer ikke kravet til årsakssammenheng. Videre ville det å kompensere en forbigått tilbyder for tapt fortjeneste i tilknytning til en kontrakt som vedkommende aldri ville ha blitt tildelt, være i strid med hovedmålene i direktiv 2004/18/EF. Dette kunne til og med innebære en uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. I denne sammenheng er *GAT* ikke relevant. *AtB* anfører videre at selskapet

ikke er villig til å kompensere Fosen-Linjen for tilbudskostnadene siden Fosen-Linjen valgte å inngi et tilbud vel vitende om at tildelingskriteriet “miljø” ikke var ledsaget av et effektivt dokumentasjonskrav.

- 97 *Den norske stat* gjør gjeldende at relevant EØS-rett ikke er til hinder for at en oppdragsgiver kan gå fri fra et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved å påberope seg andre grunner for avlysning enn den begrunnelse som er gitt i avlysningsbeslutningen. En saksøker kan ikke ha rett på erstatning for positiv kontraktsinteresse i en situasjon der inngåelsen av den aktuelle kontrakt ville ha vært ulovlig etter EØS-regelverket for offentlige kontrakter. Videre er verken håndhevelsesdirektivet eller effektivitetsprinsippet til hinder for en nasjonal regel som beskrevet i det fjerde spørsmål.
- 98 *ESA* gjør gjeldende at det fjerde spørsmål er begrenset til krav om erstatning for tapt fortjeneste, siden omstendighetene beskrevet i dette spørsmål ville være et ineffektivt forsvar i en sak om tilbudskostnader. Det foreligger ikke noen direkte årsakssammenheng mellom bruddet på EØS-retten og eventuell tapt fortjeneste i tilfelle der kontrakten ikke kunne ha blitt inngått på lovlig vis. Med hensyn til andre del av fjerde spørsmål, som gjelder bevisbyrden, gjør *ESA* gjeldende at det er opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, og at anmodningen ikke reiser noen bestemte problemstillinger knyttet til prinsippene om ekvivalens eller effektivitet.
- 99 Slik *Kommisjonen* ser det, gjaldt EU-domstolens avgjørelse i *GAT* en lignende problemstilling. Den eneste forskjell mellom *GAT* og den foreliggende sak er at oppdragsgiver i den foreliggende sak til slutt avlyste konkurransen for deretter å lyse den ut på nytt. Alle forbigåtte tilbydere fikk dermed en ny mulighet til å søke om kontrakten. Dette kan ha betydning for vurderingen av omfanget av skaden den forbigåtte tilbyder er blitt påført. Dette har imidlertid

ingen betydning for den opprinnelige tildelingsbeslutningens potensielle ulovlighet og det faktum at den forbigåtte tilbyder kunne ha blitt påført skade på grunn av denne beslutning.

RETTENS BEMERKNINGER

- 100 Ved sitt fjerde spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak veiledning med hensyn til om nasjonale regler hvoretter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg andre feil enn dem som er påberopt av den forbigåtte part, som begrunnelse for å avlyse konkurransen, er i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Andre del av fjerde spørsmål er knyttet til de nasjonale bestemmelser om bevisbyrde i en slik sammenheng.
- 101 EFTA-domstolen bemerker innledningsvis at det må være balanse mellom de ulike interessene i saken. Selv om oppdragsgivers erstatningsansvar for eventuelle feil som er begått, i prinsippet generelt fremmer overholdelsen av det gjeldende regelverk, kan et overdrevent erstatningsansvar påføre oppdragsgiver for store forebyggingskostnader, svekke fleksibiliteten i gjeldende regelverk og til og med føre til uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. Videre kan et overdrevent erstatningsansvar friste oppdragsgiver til å gjennomføre konkurranser som åpenbart er urettmessige eller innebærer inngrep i avtalefriheten.
- 102 Når det gjelder tilbudskostnader, kan det ikke være avgjørende for å tilkjenne erstatning om feilen saksøker påberoper seg, er den samme feil som oppdragsgiver påberoper seg, og som førte til at oppdragsgiver avlyste konkurransen. En tilbyder som er blitt skadelidende på grunn av en feil begått av oppdragsgiver, kan ikke nektes retten til å kreve erstatning for den skade denne beslutning førte til, med den begrunnelse at anbudskonkurransen uansett var beheftet med feil som følge av en annen urettmessig beslutning (jf. *GAT*, som omtalt over, avsnitt 54).

- 103 Ved vurderingen av et krav om erstatning for tilbudskostnader kan imidlertid andre momenter være relevante, for eksempel om en rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder har tatt vanlige forholdsregler ved utarbeidelsen av tilbudet, eller om tilbudet var inngitt i god tro. Disse momenter må imidlertid ikke gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en saksøker å oppnå erstatning for tilbudskostnadene.
- 104 AtB har gjort gjeldende at Fosen-Linjen ikke kan kreve sine tilbudskostnader dekket, da selskapet valgte å inngi et tilbud vel vitende om at et av tildelingskriteriene var ulovlig. Det synes imidlertid som om AtB selv var uvitende, eller i det minste usikker på, om miljøtildelingskriteriet AtB hadde brukt, var ulovlig. Under slike omstendigheter virker det usannsynlig at en velinformert og normalt aktsom tilbyder kunne ha vært klar over at det aktuelle tildelingskriterium var ulovlig.
- 105 Når det gjelder krav om erstatning for tapt fortjeneste, må det bemerkes at direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 1 implisitt åpner for muligheten til ikke å tildele en kontrakt. Følgelig har oppdragsgiver ingen plikt til å føre anbudskonkurransen til ende. Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen forutsatt at den avlyses i samsvar med EØS-retten, at oppdragsgiver begrunner avlysningen, og at beslutningen om avlysning kan prøves rettslig (jf. *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, avsnitt 40 og 41 og 48 til 51).
- 106 Det kan være situasjoner der for eksempel en prosessuell feil bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses og gjennomføres på nytt, for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse (jf. *EVN* og *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 95).

- 107 Hvis det foreligger en slik feil, innebærer det at det ville ha vært et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å inngå en kontrakt med den forbigåtte tilbyder. Under slike omstendigheter er det følgelig ikke noen direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen som er begått og den oppståtte skade på den positive kontraktsinteresse. Det har ingen betydning om feilen ble påberopt av oppdragsgiver tidlig i prosedyren eller på et senere stadium.
- 108 Håndhevelsesdirektivet regulerer ikke bevisbyrden ved erstatningskrav fra en forbigått tilbyder. Det er derfor i prinsippet opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette reglene for bevisbyrde, med forbehold om prinsippene om ekvivalens og effektivitet.
- 109 Det må imidlertid minnes om at en beslutning om å avlyse en anbudskonkurransen må kunne prøves rettslig og overholde EØS-retten. Oppdragsgiver må begrunne sin beslutning om å trekke konkurransen tilbake slik at det skal kunne foretas en effektiv rettslig prøving av beslutningen (jf., ved analogi, *HI*, som omtalt over, avsnitt 53, og uttalelse fra generaladvokat Póitares Maduro i *Kommisjonen mot Hellas*, C-250/07, EU:C:2008:734, punkt 28). I en situasjon der en oppdragsgiver i sitt forsvar mot et krav om erstatning påberoper seg en feil som førte den til å avlyse konkurransen, er det oppdragsgiveren som må bevise at den aktuelle feil foreligger og godtgjøre at avlysningsbeslutningen overholder EØS-retten.
- 110 Svaret på det fjerde spørsmål må derfor være at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom konkurransen, på grunn av en feil oppdragsgiver har begått, ble avlyst i samsvar med EØS-regelverket

for offentlige anskaffelser, selv i et tilfelle der feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil enn den saksøker har påberopt seg. Det er oppdragsgiver som må bevise at det foreligger en slik feil og begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen.

DET FEMTE OG SJETTE SPØRSMÅL

INNLEDENDE BEMERKNINGER

111 Ved sitt femte og sjette spørsmål søker den anmodende domstol å avklare de relevante momenter i tilknytning til prinsippet om likebehandling når den skal vurdere om en oppdragsgivers kontroll av et tildelingskriterium overholder EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. Den anmodende domstol spør særlig om hvor nøyaktige opplysningene gitt i tilbudet må være, om en sanksjon til en viss grad kan tre i stedet for effektiv kontroll, og om oppdragsgiver kan ta hensyn til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet. Siden disse spørsmål og underspørsmål er nært forbundet med hverandre, vil EFTA-domstolen vurdere dem samlet.

INNLEGG INNGITT TIL EFTA-DOMSTOLEN

112 *Fosen-Linjen* gjør gjeldende at EU-domstolen har behandlet dokumentasjonskravet i *EVN og Wienstrom*, en avgjørelse som baserte seg på de grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet. *EVN og Wienstrom* må forstås slik at den krever at oppdragsgiver i konkurransen ber om dokumentasjon som kan brukes til å foreta en rimelig kontroll av nøyaktigheten av opplysningene som er gitt, og at oppdragsgiver faktisk gjennomfører en slik vurdering. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet kan ikke innebære at den forespurte dokumentasjon skal knyttes spesifikt til det aktuelle

tildelingskriterium når oppdragsgiver faktisk har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og kontrollert opplysningene opp mot denne. EØS-retten krever heller ikke at oppdragsgivere velger én bestemt dokumentasjonsmetode i den utstrekning det finnes andre relevante, rimelige og pålitelige metoder for å kontrollere nøyaktigheten av opplysningene gitt i tilbudet.

- 113 *AtB* er av den oppfatning at ifølge *EVN* og *Wienstrom* gjorde mangelen på dokumentasjon tildelingskriteriet "miljø" i den foreliggende sak ulovlig. En konkurranse må avlyses dersom oppdragsgiver har inntatt et ulovlig tildelingskriterium i konkurransedokumentene. Dersom det kan godtgjøres at en feil ikke hadde noen betydning for utfallet av konkurransen, er imidlertid oppdragsgiver ikke forpliktet til å avlyse konkurransen.
- 114 *Den norske stat* gjør gjeldende at prinsippet om likebehandling krever at et tildelingskriterium for å være lovlig må ledsages av et krav om dokumentasjon fra tilbyderen som gjør det mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll av at de opplysninger tilbyderen har gitt under det aktuelle tildelingskriterium, er korrekte og nøyaktige. Likebehandlingsprinsippet kan imidlertid ikke danne grunnlag for å pålegge et særlig strengt og spesifikt kontrollkrav. Følgelig må det være tilstrekkelig at tilbyderen legger frem dokumentasjon som gjør det mulig for oppdragsgiver å kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene som er gitt under tildelingskriteriet er korrekte og nøyaktige. Med hensyn til det sjette spørsmål anfører den norske stat at likebehandlingsprinsippet ikke er til hinder for at dokumentasjonskravet kan være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet, dersom denne dokumentasjon er tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene er korrekte og nøyaktige.

- 115 *ESA* anfører at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke inneholder noen generell forpliktelse til å kontrollere opplysningene som er relatert til tildelingskriterier. Oppdragsgiver må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling. Dette prinsipp forhindrer blant annet at oppdragsgiver på vilkårlig vis kun kontrollerer opplysninger gitt av én av tilbyderne. Når det gjelder det sjette spørsmål, gjør *ESA* gjeldende at et tilbud utgjør et hele. Oppdragsgiver kan derfor basere en kontroll av opplysninger på dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet. Oppdragsgiver må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling.
- 116 *Kommisjonen* er av den oppfatning at det må tas hensyn til det faktum at den aktuelle konkurransen var en konkurranse med forhandlinger. I og med at tilpasninger av tilbudet er et vanlig trekk ved konkurranser med forhandlinger, synes det ikke å være problematisk at oppdragsgiver støtter seg på opplysninger som er gitt andre steder i tilbudet, så lenge alle tilbydere gis den samme grad av fleksibilitet. Med hensyn til kontrollkravet anfører *Kommisjonen* at det er den anmodende domstol som har best forutsetninger for å vurdere om kontrollen oppdragsgiver utførte var tilstrekkelig, siden den har kjennskap til alle de faktiske forhold. *Kommisjonen* gjør også gjeldende at “effektiv kontroll” innebærer en prosess som gjør det mulig for oppdragsgiver å bringe på det rene at et tilbud oppfyller kravene som er fastsatt av oppdragsgiver. Prinsippet om likebehandling krever at vurdering og kontroll av tekniske opplysninger som er gitt av forskjellige tilbydere foretas ved bruk av samme metode, slik at tilbudene kan sammenlignes og oppdragsgiver kan velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

RETTENS BEMERKNINGER

- 117 Det står oppdragsgiver fritt å velge de kriterier den vil basere tildelingen av en kontrakt på, forutsatt at formålet med kriteriene er å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Slike kriterier må ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet når det gjelder hvilken tilbyder kontrakten tildeles (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der).
- 118 Prinsippet om likebehandling krever at tilbyderne må ha det samme utgangspunkt både når de utformer sine tilbud og når oppdragsgiver vurderer tilbudene. Tildelingskriteriene må derfor være formulert på en slik måte at det er mulig for alle rimelig velinformerte og normalt aktsomme tilbydere å tolke dem på samme måte (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 47 og 57 og rettspraksis som det vises til der).
- 119 Den foreliggende sak knytter seg til en konkurranse med forhandling. Det fremgår av anmodningen at en rekke spørsmål til konkurransegrunnlaget ble stilt, besvart, og gjort tilgjengelig for tilbyderne før utløpet av tilbudsfristen. Under disse omstendigheter er det sannsynlig at en rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder ville være i stand til å oppklare eventuelle usikkerhetsmomenter i opplysningene oppdragsgiver har bedt om, før innlevering av sitt tilbud. Siden svarene på spørsmålene dessuten ble gjort tilgjengelig for alle tilbydere, synes det som om alle de berørte tilbydere sto på like fot da de skulle utarbeide sine respektive tilbud. Dette er det imidlertid opp til den anmodende domstol å avgjøre.
- 120 Med hensyn til oppdragsgivers vurdering av tilbudene innebærer prinsippet om likebehandling at tildelingskriteriene må anvendes på en objektiv og ensartet måte på alle tilbydere. Dette prinsipp innebærer videre et krav om gjennomsiktighet. En objektiv og åpen

vurdering av de ulike tilbud forutsetter at oppdragsgiver er i stand til å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne har gitt i sine tilbud, og av om tilbudene oppfyller tildelingskriteriene (jf. *EVN og Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 48 til 50 og rettspraksis som det vises til der).

- 121 For at oppdragsgiver skal kunne foreta en objektiv sammenligning av de inngitte tilbud, må han fastslå om de fremlagte opplysninger er troverdige, særlig om tilbyder vil være i stand til å levere det han har tilbudt i sitt tilbud. Oppdragsgiver må være i stand til å kontrollere at tilbudet oppfyller dens krav. Det tilkommer den nasjonale domstol å vurdere om så var tilfelle i den underliggende konkurranse.
- 122 Den anmodende domstol må også ta hensyn til forholdsmessighetsprinsippet. Behovet for et dokumentasjonskrav må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet om å kontrollere om opplysningene fremlagt av tilbyder, er troverdige og oppfyller oppdragsgivers krav. Følgelig kan kontrollkravet ikke strekke seg så langt som til å kreve at oppdragsgiver fastslår med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at alle opplysninger fremlagt i hvert enkelt tilbud er entydige.
- 123 Et tilbud skal betraktes som et hele som ikke består av separate, uavhengige deler. Oppdragsgiver kan derfor ta alle opplysninger i et tilbud i betraktning så lenge den har krevd samme dokumentasjon fra alle tilbydere og behandler alle tilbydere likt.
- 124 På grunnlag av det ovenstående må svarene på det femte og sjette spørsmål bli at tildelingskriteriene i en anbudsprosedyre må være formulert på en måte som tillater enhver rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver

er videre forpliktet til å kontrollere at opplysningene fremlagt av tilbyder er troverdige i den forstand at den aktuelle tilbyder er i stand til å levere det som er tilbudt, og at det aktuelle tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Kontrollkravet må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Så lenge alle tilbydere behandles likt, kan oppdragsgiver se hen til enhver opplysning som er fremlagt i tilbudet, for å utføre en effektiv kontroll av opplysningene knyttet til tildelingskriteriene. Det er opp til den anmodende domstol å vurdere, sett hen til prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, om disse vilkår er overholdt i anbudsprosedyren hovedsaken gjelder.

V SAKSOMKOSTNINGER

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

På dette grunnlag avgir

EFTA-Domstolen

som svar på spørsmålene forelagt den av Frostating lagmannsrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Tilkjenning av erstatning etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c er ikke betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil, eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det foreligger en årsakssammenheng.**
- 2. Direktiv 89/665/EØF er ikke til hinder for et krav som innebærer at erstatning bare kan tilkjennes dersom den forbigåtte tilbyder er i stand til å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.**
- 3. Direktiv 89/665/EØF er ikke til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom konkurransen, på grunn av en feil oppdragsgiver har begått, ble avlyst i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv i et tilfelle der feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil enn den oppdragsgiver har påberopt seg. Det er oppdragsgiver**

som må bevise at det foreligger en slik feil, og begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen.

4. Tildelingskriteriene i en anbudsprosedyre må være formulert på en måte som tillater enhver rimelig velinformert og normalt aktsom tilbyder å tolke dem på samme måte. Oppdragsgiver er videre forpliktet til å kontrollere at opplysningene fremlagt av tilbyder er troverdige i den forstand at den aktuelle tilbyder er i stand til å levere det som er tilbudt, og at det aktuelle tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Kontrollkravet må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Så lenge alle tilbydere behandles likt, kan oppdragsgiver se hen til enhver opplysning som er fremlagt i tilbudet, for å utføre en effektiv kontroll av opplysningene knyttet til tildelingskriteriene. Det er opp til den anmodende domstolå vurdere, sett hen til prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, om disse vilkår er overholdt i anbudsprosedyren hovedsaken gjelder.

Carl Baudenbacher Per Christiansen Benedikt Bogason

*Avsagt i åpen rett i Luxembourg,
31. oktober 2017.*

Jørgen Reinholdtsen
Fungerende justissekretær

Carl Baudenbacher
President

Rettsmøterapport

i sak E-16/16

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

Fosen-Linjen AS

≡ og ≡

AtB AS

om tolkningen av rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter, særlig artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c.

I INNLEDNING

- 1 Ved brev 24. oktober 2016, registrert ved EFTA-domstolen 31. oktober 2016 som sak E16/16, innga Frostating lagmannsrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for lagmannsretten mellom Fosen-Linjen AS («Fosen-Linjen») og AtB AS («AtB»). I sin anmodning ber lagmannsretten om svar på seks spørsmål.

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

II RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-RETT

- 3 Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter (EFT 1989 L 395, s. 33) («håndhevelsesdirektivet») er innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5.
- 4 Håndhevelsesdirektivet ble endret ved europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter (EUT 2007 L 335, s. 31 og EØS-tillegg 2015 nr. 76, s. 918) («direktiv 2007/66»). Direktiv 2007/66 er innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011 (EUT 2011 L 262, s. 54, og EØS-tillegg 2011 nr. 54, s. 68) og er også innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 5.
Forfatningsrettslige krav ble meddelt og ble oppfylt i september 2012. Beslutningen trådte følgelig i kraft 1. november 2012, og EFTA-statenes frist for å gjennomføre direktivet utløp samme dato.

- 5 Betraktning 3 i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

Adgang til å konkurrere om offentlige kontrakter innenfor Fellesskapet nødvendiggjør en betydelig utvidelse av garantiene for innsyn og likebehandling, og for at det skal ha konkret virkning, er det viktig at det finnes effektive og raske klagemuligheter i tilfelle overtredelser av Fellesskapets lovgivning om offentlige innkjøp eller av nasjonale regler som gjennomfører lovgivningen.

- 6 Betraktning 6 i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

Det er nødvendig å sørge for at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å oppheve ulovlige vedtak og tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse.

- 7 Betraktning 7 i fortalen til håndhevelsesdirektivet lyder:

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

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

1. [...]

Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2004/18/EF, treffe de nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 2-2f i dette direktiv, med den begrunnelse at slike beslutninger er i strid med fellesskapsretten på området offentlige innkjøp, eller med nasjonale bestemmelser som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.

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

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

[...]

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

10 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting (EUT 2004 L 134, s. 114, og EØS-tillegg 2009 nr. 34, s. 216) («direktiv 2004/18») er innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 68/2006 av 2. juni 2006 (EUT 2006 L 245, s. 22, og EØS-tillegg 2006 nr. 44, s. 18). På det relevante tidspunkt var det innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 2. De siste forfatningsrettslige krav som var meddelt etter EØS-avtalen artikkel 103, ble oppfylt 17. april 2007. I samsvar med artikkel 3 i EØS-komiteens vedtak nr. 68/2006 trådte beslutningen i kraft 18. april 2007.

11 Direktiv 2004/18 artikkel 21 lyder:

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

12 Direktiv 2004/18 artikkel 23 lyder:

1. *De tekniske spesifikasjonene, som definert i nr. 1 i vedlegg VI, skal angis i kontraktsdokumentene, for eksempel i kunngjøringer av kontrakter, anbudsgrunnlag eller tilleggsdokumenter. Når det er mulig skal disse tekniske spesifikasjonene defineres slik at det tas hensyn til tilgjengelighetskriterier for funksjonshemmede personer eller utforming for alle brukere.*
2. *Tekniske spesifikasjoner skal gi anbydere lik adgang og ikke føre til uberettigede hindringer for åpning for konkurranse i markedet for offentlige kontrakter.*
3. *Uten at rettslig bindende nasjonale tekniske regler berøres, skal de tekniske spesifikasjonene, i den grad de er forenlige med Fellesskapets regelverk, utformes:*
 - a) *enten ved henvisning til tekniske spesifikasjoner som definert i vedlegg VI og, i prioritert rekkefølge, til nasjonale standarder som innarbeider europeiske standarder, europeiske tekniske godkjenninger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder, andre tekniske referansesystemer utarbeidet av de europeiske standardiseringsorganer eller — dersom slike ikke finnes — til nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av arbeidene og bruk av produktene. Hver henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»,*
 - b) *eller i form av ytelses- eller funksjonskrav; de sistnevnte kan omfatte miljøegenskaper. Slike parametere må imidlertid være tilstrekkelig presise til at det er mulig for anbydere å fastslå kontraktsgjenstanden og for offentlige oppdragsgivere å tildele kontrakten,*

- c) *eller i form av ytelses- eller funksjonskrav som nevnt i bokstav b), for å påvise at slike ytelses- eller funksjonskrav antas å være oppfylt, med henvisning til spesifikasjonene nevnt i bokstav a),*
- d) *eller ved henvisning til spesifikasjonene nevnt i bokstav a) for visse egenskaper, og ved henvisning til ytelses- eller funksjonskravene nevnt i bokstav b) for andre egenskaper.*
4. *Dersom en offentlig oppdragsgiver benytter seg av muligheten til å henvise til spesifikasjonene nevnt i nr. 3 bokstav a), kan den ikke avvise et anbud med den begrunnelse at de tilbudte varer og tjenester ikke oppfyller spesifikasjonene den har henvist til, når anbyderen i sitt anbud på en hensiktsmessig måte som den offentlige oppdragsgiver anser å være tilfredsstillende, godtgjør at løsningene som foreslås, på en likeverdig måte oppfyller kravene som er definert i de tekniske spesifikasjonene.*

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

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

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

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

6. *Dersom offentlige oppdragsgivere fastsetter miljøegenskaper i form av ytelses- eller funksjonskrav som nevnt i nr. 3 bokstav b), kan de anvende detaljerte spesifikasjoner, eller om nødvendig deler av disse, som definert for europeiske eller (multi-)nasjonale miljømerker eller andre miljømerker, forutsatt at:*
 - *disse spesifikasjonene er egnet til å definere egenskapene til varene eller tjenestene som er kontraktens gjenstand,*
 - *kravene for merket er utarbeidet på grunnlag av vitenskapelige opplysninger,*
 - *miljømerkene er vedtatt etter en framgangsmåte der alle berørte parter, for eksempel offentlige organer, forbrukere, produsenter, distributører og miljøorganisasjoner, kan delta, og*
 - *de er tilgjengelige for alle berørte parter.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NASJONAL RETT¹

15 De norske regler for anbudskonkurranser var på det relevante tidspunkt fastsatt i blant annet lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser («LOA») og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser («FOA»).

16 LOA § 11 lød slik:

Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.

17 Tradisjonelt har den positive kontraktsinteresse (dvs. et tap av rimelig forventet fortjeneste, *lucrum cessans*) ikke blitt ansett for å ha erstatningsrettslig vern i den prekontraktuelle fase i norsk rett. I en dom avsagt i 2001² konstaterte imidlertid Norges Høyesterett at en forbigått tilbyder har krav på erstatning dersom tre vilkår er oppfylt. For det første må oppdragsgiver ha begått en vesentlig feil. For det andre må tilbyder ha lidt et økonomisk tap. For det tredje må det være klar sannsynlighetsovervekt for at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom den begåtte feil og det pådratte tap.

18 I en senere dom avsagt i 2008,³ la Norges Høyesterett til grunn at terskelen for ansvar etter norsk rett ikke er høyere enn terskelen for ansvar etter det erstatningsansvar som gjelder for EØS-statene ved brudd på EØS-retten.

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

2 Det vises til Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 1062.

3 Det vises til Høyesteretts dom i Rt. 2008 s. 1705.

III FAKTUM OG SAKSGANG

BAKGRUNN

- 19 Fosen-Linjen er et lite, lokalt foretak etablert i 1999. Selskapet har drevet et par mindre fergesamband i om lag 15 år. I tillegg til Fosen-Linjen er et antall større fergeoperatører, som Norled AS («Norled»), og en del mindre fergeoperatører aktive i Norge.

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

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

KONKURRANSEN

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

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

- 24 Tvisten i den foreliggende sak knytter seg til Pakke 1, som gjelder forbindelsen Brekstad – Valset. Det var etterspurt to ferger i Pakke 1.
- 25 Tilbud ble inngitt av Fosen-Linjen, Norled og Boreal Transport Nord AS. Etter en omfattende runde med spørsmål, svar og forhandlinger, innga Norled og Fosen-Linjen reviderte tilbud i november 2013.
- 26 AtB evaluerte tilbudene. De evaluerte tildelingskriteriene var «Pris» (50 %), «Miljø» (25 %) og «Kvalitet» (25 %). Hvert av tildelingskriteriene ble gitt poeng på en skala fra 1–10, og poengsummen ble deretter vektet i samsvar med den vekt tildelingskriteriet var gitt i konkurransegrunnlaget. Denne prosedyre var i samsvar med konkurransereglene som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- 27 Under kriteriet «Kvalitet» måtte tilbyderne blant annet gi en beskrivelse av de tilbudte fartøy.
- 28 Det som ble evaluert under tildelingskriteriet «Miljø», var det drivoljeforbruk som var angitt i tilbudene for de to fergene i forbindelsen Brekstad – Valset. Det ble ikke stilt noe krav om at tilbyderne skulle vise hvordan drivoljeforbruket var beregnet, eller at tilbyderne skulle oppgi hvilke forutsetninger beregningene bygget på.
- 29 Som svar på spørsmål på en tilbudskonferanse i juni 2013 angående dokumentasjonskravet for miljøkriteriet, valgte AtB å innta en ny sanksjon som skulle gjelde i kontraktperioden. Denne innebar at avvik fra drivoljeforbruket oppgitt i tilbudet på over 10 % ved gjennomføringen av kontrakten, ville medføre et gebyr på 1 krone per liter. Til tross for at det nok en gang ble stilt spørsmål om tildelingskriteriet «Miljø», ble ingen dokumentasjonskrav inntatt.

- 30 Ved brev 17. desember 2014 [sic] orienterte AtB interessentene om at Norled ville bli tildelt kontrakten. Norled var gitt 9,39 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng, mens den tredje interessenten fikk 5,73 poeng. Fosen-Linjen ble vurdert som best på pris, Fosen-Linjen og Norled sine tilbud ble vurdert som likeverdige med hensyn til tildelingskriteriet «Kvalitet», og Norled ble vurdert som best på miljø.
- 31 Etter klage fra Fosen-Linjen ble poengtildelingen vurdert på nytt, og ved brev 15. januar 2014 ble partene informert om at Norled var gitt 9,16 poeng, Fosen-Linjen 9,06 poeng og den tredje tilbyder 5,52 poeng.
- 32 Karensperioden var opprinnelig satt til 6. januar 2014.

FORFØYNINGSSAKEN OG AVLYSNINGEN AV KONKURRANSEN

- 33 Den 3. januar 2014 brakte Fosen-Linjen saken inn for Sør-Trøndelag tingrett og krevde at domstolen ved en midlertidig forføyning stanset kontraktsinngåelsen mellom AtB og Norled. Tingretten forbød kontraktsinngåelse og påla Fosen-Linjen å reise regulært søksmål for å få avklart tvisten. Etter anke fra AtB, kom lagmannsretten ved kjennelse 17. mars 2014 til samme resultat som tingretten.
- 34 I denne forbindelse anførte AtB med hensyn til kontrollkravene at selskapet hadde «på grunnlag av egen kompetanse og erfaring, et godt grunnlag for å fastslå at Norled hadde oppgitt et realistisk drivløyforbruk». AtB gjør ikke lenger gjeldende dette synspunkt.

- 35 Etter lagmannsrettens kjennelse avlyste AtB konkurransen på grunn av feilene som var begått. Ved brev 30. april 2014 opplyste selskapet om at det hadde bestemt seg for ikke å påanke kjennelsen av 17. mars 2014. AtB mente at kjennelsen ikke ga selskapet noe annet valg enn å avlyse konkurransen. Det ble i denne forbindelse vist til at lagmannsretten hadde kommet til at AtB ikke hadde etablert et forsvarlig grunnlag for evalueringen, og at selskapet hadde begått feil når det ikke hadde etterprøvd forsvarligheten av Norleds oppgitte drivoljeforbruk. I brevet ble det endelig påpekt at det ikke var grunnlag for å avvise tilbudet fra Norled fordi AtB hadde brutt sin veiledningsplikt overfor Norled.
- 36 Senere inngikk AtB kontrakt med Norled om drift av fergestrekningen Brekstad – Valset for 2015 og 2016 og med Boreal Transport Nord AS for 2017 and 2018. En ny konkurranse for dette samband ble lyst ut i begynnelsen av 2016 og gjaldt driften av forbindelsen fra 2019 til 2029. Fosen-Linjen innga ikke tilbud i denne konkurranse.

SAKENE FOR TINGRETTEEN OG LAGMANNSRETTEEN

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

- 38 Ved dom 2. oktober 2015 frifant tingretten AtB både for kravet om erstatning for negativ kontraktsinteresse og kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- 39 Med hensyn til tildelingskriteriet «Miljø» la tingretten til grunn at især følgende parametere var sentrale for beregningen av drivoljeforbruk:
- Skrogmotstand, som er spesielt avhengig av skipets deplasement (vannmassen/volumet skipet fortrenger og som igjen henger sammen med faktorer som vekt og valg av materiale), fartøylinjer og rutehastighet.
 - Propulsjonsvirkningsgrad, altså valget av fremdrifts-/propellsystem.
 - Det spesifikke oljeforbruket, som eksempelvis beror på valg av motortype og eventuelt muligheten til å kjøre motoren mest mulig på de effektive nivåene, ref. hybridløsningen.
 - Elektrisk og mekanisk overføringstap.
 - Hotellasten, altså energien som kreves til hjelpesystemer så som ventilasjon, kjøling, oppvarming, pumper osv.
 - Sjømargin under transitt (altså motstand av vær og vind under overfarten).
- 40 Tingretten la til grunn at EØS-retten oppstiller et krav om at det må knyttes et dokumentasjonskrav til tildelingskriterier. I den foreliggende sak hadde oppdragsgiver ikke krevd den nødvendige dokumentasjon. Tingretten fant at AtB ikke hadde etterspurt informasjon om noen av de parametere som var sentrale for beregning av drivoljeforbruk, i konkurransegrunnlaget, og at ingen

av tilbyderne hadde oppfattet konkurransegrunnlaget slik at det var krav om å dokumentere drivstofforbruket på tilbudstidspunktet.

- 41 I et obiter dictum la tingretten også til grunn at tilbudene ikke inneholdt informasjon som gjorde det mulig å foreta en effektiv kontroll av det drivstofforbruk tilbyderne hadde oppgitt i tilbudene.
- 42 Fosen-Linjen anket 30. oktober 2015 tingrettens dom til den anmodende lagmannsrett.
- 43 I sin anmodning gir den anmodende domstol uttrykk for at den finner det vanskelig å forene avgjørelsene fra Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») i *Kommisjonen mot Portugal*⁴ og *Strabag*⁵ med EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie*.⁶ Den opplyser også om at partene er uenige om konsekvensene av EU-domstolens dom i *Wienstrom*⁷ når det gjelder kravene til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysninger.

IV SPØRSMÅL

44 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

- 1. Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der**

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

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

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

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

skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av

- a) at det foreligger skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?
 - b) at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?
 - c) at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?
2. Skal artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?
3. Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, hvoretter krav om skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av at saksøkende leverandør som krever erstatning klarer å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feil?

4. Er artikkel 1 nr. 1, og artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler, hvoretter en oppdragsgiver kan gå fri fra kravet om skadeserstatning ved å påberope seg at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen feil begått av oppdragsgiver enn den som er påberopt av saksøker, når denne andre feilen faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang? Hvis en slik annen feil kan påberopes av oppdragsgiver, er direktiv 89/665/EØF til hinder for en nasjonal regel hvoretter saksøkende leverandør har bevisbyrden for å påvise at en slik feil ikke foreligger?
5. Hvilke krav stiller EØS-rettens likebehandlingsprinsipp til oppdragsgivers effektive kontroll av de opplysninger som oppgis i tilbudene knyttet til tildelingskriteriene? Vil kravet til effektiv kontroll være oppfylt dersom oppdragsgiver kan kontrollere at tilbudte egenskaper fremstår som forsvarlig fastsatt basert på dokumentasjonen som er gitt i tilbudet? Hvor nøyaktig må oppdragsgiver kunne kontrollere tilbudte egenskaper ved kontraktsgjenstanden? Hvis tilbyderer forplikter seg til at den tilbudte gjenstanden skal overholde et bestemt forbrukstall, og dette tallet inngår i tildelingsevalueringen, er oppdragsgiverens kontrollplikt oppfylt dersom han kan kontrollere at dette tallet er forsvarlig med en viss usikkerhetsmargin, for eksempel innenfor et spenn på pluss/minus 20 %?

6. Når oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger en tilbyder gir i forbindelse med et tildelingskriterium, kan likebehandlingsprinsippets krav til effektiv kontroll av opplysninger i tilbudene være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet?

V SKRIFTLIGE INNLEGG

- 45 I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:
- Fosen-Linjen, representert ved advokat Anders Thue,
 - AtB, representert ved advokat Goud Helge Homme Fjellheim,
 - Den norske stat, representert ved advokat Helge Røstum, Regjeringsadvokaten, seniorrådgiver Carsten Anker, Utenriksdepartementet, og seniorrådgiver Dag Sørli Lund, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
 - EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved Carsten Zatschler, Øyvind Bø og Marlene Lie Hakkebo, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
 - Europakommisjonen («Kommissjonen»), representert ved Ken Mifsud Bonnici og Adrián Tokár, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

VI SAMMENDRAG AV FREMSATTE ANFØRSLER OG FORSLAG TIL SVAR

FOSEN-LINJEN

- 46 Fosen-Linjen anfører innledningsvis at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er uttrykkelig fastsatt i direktiv 2004/18 artikkel 2 og allerede anerkjent av EU-domstolen.⁸ Prinsippet om likebehandling innebærer et krav om gjennomsiktighet.⁹ Disse prinsipper er videre grunnleggende prinsipper etter EØS-avtalen og må overholdes hver gang offentlige kontrakter inngås.¹⁰ Effektivitetsprinsippet – et annet grunnleggende EØS-rettslig prinsipp – er inntatt i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1.
- 47 I denne forbindelse gjør Fosen-Linjen gjeldende at tilnærmingen til effektivitet i *Simmenthal*¹¹ er mer egnet i den foreliggende sak enn den tilnærming som ble fulgt i *Rewe*.¹² Fosen-Linjen bemerker at EU-domstolen har anvendt *Simmenthal*-tilnærmingen til effektivitet i saker som gjelder fellesskapslovgivning om offentlige anskaffelser.¹³

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

9 Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 49.

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

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

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

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

- 48 Når det gjelder de forelagte spørsmål, anfører Fosen-Linjen at EFTA-domstolen bør vurdere dem i lys av den generelle kontekst og mål for erstatningssøksmål.¹⁴ I den foreliggende sak var Fosen-Linjens eneste mulige rettsmiddel å kreve erstatning fra AtB.
- 49 Med hensyn til første og andre spørsmål, som Fosen-Linjen vurderer samlet, anfører Fosen-Linjen at selv om det ved første øyekast kan være vanskelig å forene *Strabag* og *Combinatie*, er det ikke overraskende at EU-domstolen ikke foretok noen vurdering av effektivitetsaspektet i sistnevnte sak, siden den simpelthen ikke hadde noen grunn til å gjøre det.
- 50 Fosen-Linjen gjør gjeldende, med henvisning til juridisk teori¹⁵ som støtte, at kriteriet om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes på erstatningskrav i anbudssaker som omfattes av håndhevelsesdirektivet. En slik tilnærming ville til og med kunne gjøre håndhevelsesdirektivets bestemmelser om erstatning overflødige. Videre ville det å overse sammenhengen med offentlige anskaffelser og anvende kriteriet om statlig erstatningsansvar faktisk være i strid med håndhevelsesdirektivets formål, som er å styrke eksisterende ordninger.¹⁶ Konklusjonen er at doktrinen om statlig erstatningsansvar ikke kan anvendes alene, uten å ta hensyn til prinsippene fastsatt i håndhevelsesdirektivet. Følgelig kan ikke et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på loven settes som vilkår for å tilkjenne erstatning.

14 Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 34.

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

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

- 51 Fosen-Linjen gjør imidlertid gjeldende at selv om statlig erstatningsansvar skulle kunne anvendes etter håndhevelsesdirektivet, må det tolkes i tråd med effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen bør følge den tilnærming EU-domstolen fastsatte i *Strabag*. Dette ville være helt i samsvar med EU-domstolens tilnærming i *Combinatie* og anvendelsen av statlig erstatningsansvar. I den saken anerkjente EU-domstolen uttrykkelig at effektivitetsprinsippet begrenser den prosessuelle autonomi.¹⁷
- 52 I denne forbindelse anfører Fosen-Linjen at ethvert brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser allerede gir tilstrekkelig grunnlag for å tilkjenne erstatning. Et krav i nasjonal lovgivning som fastsetter at oppdragsgivers feil som medfører bruddet på EØS-retten, må være vesentlig, grov og åpenbar for at erstatning skal kunne tilkjennes, er utelukket etter håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet.
- 53 Videre gjør Fosen-Linjen gjeldende at oppdragsgiver ikke kan fritta seg selv fra potensielt erstatningsansvar ved å vise til en skjønnsmargin når det er lite eller begrenset skjønn som spiller inn.¹⁸ Dette er også i tråd med *Strabag*.¹⁹
- 54 Fosen-Linjen anser følgelig at et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og som ikke overlater noen skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør

17 Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 92.

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

19 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.

et tilstrekkelig kvalifisert brudd som gir rett til erstatning etter håndhevelsesdirektivet dersom de øvrige vilkår for å kreve erstatning også er oppfylt.

- 55 Når det gjelder det tredje spørsmål, anfører Fosen-Linjen at EFTA-domstolen bør følge den tilnærming som er angitt av EU-domstolen i *Strabag og Kommisjonen mot Portugal*.²⁰ Oppfatningen om at bevisbyrden for en skades årsakssammenheng ikke kan være for streng, støttes også av generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i *Combinatie*.²¹ Håndhevelsesdirektivet og effektivitetsprinsippet utelukker en nasjonal bestemmelse som innebærer at krav om erstatning for å bøte på et brudd på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, er betinget av at tilbyderer klarer å bevise med klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen.
- 56 Med hensyn til det fjerde spørsmål gjør Fosen-Linjen gjeldende at faktisk årsakssammenheng er avgjørende. Rettspraksis gir støtte for synspunktet om at oppdragsgiver ikke kan fritta seg selv fra erstatningsansvar ved å påberope seg en mangel på årsakssammenheng som skyldes andre feil som ikke ble påberopt under konkurransens gang.²² Krav kan ikke avvises på grunnlag av feil som påberopes av oppdragsgiver på et senere tidspunkt, og som ikke ble påberopt under konkurransens gang. Også når det gjelder

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

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

22 Det vises til dommen i *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*, C315/01, EU:C:2003:360, avsnitt 56.

statlig erstatningsansvar er det den faktiske årsakssammenheng som er avgjørende for å fastslå årsakssammenheng mellom feilen og tapet.²³ Det som er avgjørende i den foreliggende sak, er dermed om Fosen-Linjen ville ha fått kontrakten dersom AtB ikke hadde begått feilen og om Norleds tilbud ville ha blitt avvist. Å teste kravet til årsakssammenheng opp mot alle potensielle hypotetiske rettslige og faktiske omstendigheter ville være i strid med håndhevelsesdirektivets krav til effektive sanksjoner og med effektivitetsprinsippet.

- 57 Selv om andre feil skulle bli funnet å være relevante for vurderingen av årsakssammenhengen, gjør Fosen-Linjen gjeldende subsidært at det er oppdragsgiver som må påvise at slike feil foreligger. En nasjonal regel hvoretter tilbyder har bevisbyrden for å påvise at andre slike feil som oppdragsgiver påberoper seg etter konkurransen, ikke foreligger, ville legge en for stor byrde på tilbyder. På området for offentlige anskaffelser er det i prinsippet ingen grenser for hvilke andre feil og omstendigheter oppdragsgiver kan påberope seg for å «styre unna» erstatningsansvar i en bestemt sak.
- 58 Ifølge Fosen-Linjen er den foreliggende sak illustrerende i så måte. AtB hevder at selskapets eget tildelingskriterium «Miljø» var ulovlig, og at en tildeling til Fosen-Linjen basert på denne konkurranse derfor også ville ha vært ulovlig. Følgelig må muligheten for erstatning utelukkes. AtB hadde derimot ingen vansker med å tildele Pakke 2 i samme konkurranse til Fosen-Linjen basert på de samme tildelingskriterier. Omvendt bevisbyrde er dessuten et ukjent begrep i EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.²⁴

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

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

- 59 Når det gjelder femte og sjette spørsmål, anfører Fosen-Linjen at omfanget av dokumentasjonskravet ble vurdert av EU-domstolen i *Wienstrom*.²⁵ I den saken baserte EU-domstolen sine konklusjoner på de grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet.²⁶ Partene er enige om at det må være mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll av opplysningene som er gitt i tilbudene. Det anføres imidlertid at prinsippene som ble vektlagt i *Wienstrom*, ikke innebærer annet enn en plikt for oppdragsgiver til å sikre at dokumentasjonen som kreves i konkurransen, vil gjøre det mulig for oppdragsgiver å kontrollere at opplysningene som er gitt, virker rimelige. Oppdragsgiver må så kontrollere opplysningenes pålitelighet opp mot innkomne dokumenter. Kontrollkravet må være forholdsmessig ut fra den aktuelle anskaffelse.
- 60 Fosen-Linjen anfører at dens standpunkt støttes av generaladvokat Mischos uttalelse i *Wienstrom*.²⁷ Generaladvokat Mischo erkjente at det ikke var enkelt for oppdragsgiver å identifisere kilden til strømmen som ble levert, men påpekte at det fantes flere måter dette kunne gjøres på.²⁸ I lys av generaladvokat Mischos uttalelse må *Wienstrom* forstås slik at den krever at oppdragsgiver i konkurransen ber om dokumentasjon som kan brukes til å foreta en rimelig kontroll av nøyaktigheten av opplysningene som er gitt, og at oppdragsgiver faktisk gjennomfører en slik vurdering.

25 Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over.

26 Samme sted, avsnitt 47 til 51.

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

28 Samme sted, avsnitt 48.

- 61 Prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet kan ikke innebære at den forespurte dokumentasjon skal knyttes spesifikt til det aktuelle tildelingskriterium når oppdragsgiver faktisk krevde samme dokumentasjon fra alle tilbydere og kontrollerte opplysningene opp mot denne.
- 62 I den foreliggende sak anfører Fosen-Linjen at AtB under tildelingskriteriet «Kvalitet» blant annet ba om en beskrivelse av fartøyene. Disse opplysninger kan tas i betraktning ved kontroll av nivået av drivoljeforbruk som er tilbudt under tildelingskriteriet «Miljø». Videre var det ingen forvirring med hensyn til hvilke opplysninger AtB skulle ta i betraktning i sin vurdering under miljøkriteriet. Det er dessuten også relevant at det tilbudte nivå av drivoljeforbruk skulle inntas i kontrakten som en juridisk bindende forpliktelse for leverandøren.
- 63 Endelig gjør Fosen-Linjen gjeldende at siden det kan finnes ulike kontrollmetoder, må kontrollkravet under EØS-retten også overholde forholdsmessighetsprinsippet. EØS-retten krever ikke at oppdragsgivere velger én bestemt dokumentasjonsmetode i den utstrekning det finnes andre relevante, rimelige og pålitelige metoder for å kontrollere nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne har gitt i tilbudet.
- 64 Fosen-Linjen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på denne måte:
1. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten utelukker nasjonale regler som gjør erstatning for brudd på nasjonale regler som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser betinget av*
 - a) *at det foreligger skyld, og at det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte,*

- b) *at det foreligger en vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering,*
- c) *at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil.*
2. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten må fortolkes slik at et brudd fra en oppdragsgivers side på en nasjonal bestemmelse som gjennomfører EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv skal være tilstrekkelig til å gi rett til erstatning, forutsatt at det foreligger et økonomisk tap og en årsakssammenheng mellom bruddet og det økonomiske tap.*
3. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten er til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning der tilkjenning av erstatning er betinget av at saksøkende tilbyder som krever erstatning, klarer å bevise med klar, det vil si kvalifisert, sannsynlighetsovervekt at han skulle ha fått tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen som påberopes som grunnlag for kravet.*
4. *Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav c og prinsippet om effektivitet og effektive sanksjoner under EØS-retten er til hinder for nasjonale regler hvoretter et krav om erstatning blir avvist eller avslått med den begrunnelse at oppdragsgiver påberoper seg andre feil han har begått, som han faktisk ikke påberopte seg under konkurransens gang, og at tilkjenningen dermed således uansett var ulovlig og at skaden tilbyderen måtte ha blitt påført, følgelig ville ha oppstått selv i fravær av den ulovlighet tilbyderen påberoper seg.*

5. *EØS-rettens likebehandlingsprinsipp krever at oppdragsgiver i en anbudskonkurranse som faller inn under virkeområdet til direktiv 2004/18, ber om dokumentasjon som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene tilbyderne gir. Likebehandlingsprinsippet er oppfylt i den utstrekning den forespurte dokumentasjon gjør det mulig for oppdragsgiver faktisk å kontrollere påliteligheten av tilbyderens opplysninger innenfor rimelighetens grenser, tatt i betraktning at dokumentasjons- og kontrollkrav må overholde forholdsmessighetsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet er oppfylt dersom oppdragsgiver er i stand til å kontrollere, med en rimelig usikkerhetsmargin, for eksempel pluss/minus 20 %, at et bestemt tall oppgitt av tilbyderne, er pålitelig.*
6. *Når oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger en tilbyder gir i tilknytning til et tildelingskriterium, kan likebehandlingsprinsippets krav til dokumentasjon og effektiv kontroll av opplysningene oppfylles ved å se hen til all relevant dokumentasjon som er forespurt i tilbudsokumentene.*

ATB

- 65 AtB anfører innledningsvis at kontrakten i hovedsaken er en «vedlegg II B-kontrakt». Følgelig får direktiv 2004/18 bare anvendelse på deler av den. Årsaken er at tjenester oppført i vedlegg II B ikke ble ansett å ha tilstrekkelig grenseoverskridende interesse.²⁹ En kontrakt om tjenester oppført i vedlegg II B er underlagt prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet, som er utledet av

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

TEUV artiklene 49 og 56, dersom den aktuelle kontrakt har en viss grenseoverskridende interesse.³⁰ EU-domstolens rettspraksis viser at dette ikke betyr at bestemmelsene i direktiv 2004/18 får analogisk anvendelse. Rettspraksis tilsier imidlertid at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet medfører visse forpliktelser for oppdragsgiver.³¹

- 66 I den foreliggende sak anser AtB det som tvilsomt at kontrakten har grenseoverskridende interesse. Det finnes ingen eksempler på at utenlandske leverandører har deltatt i konkurranser om kontrakter om drift av fergesamband i Norge. De sentrale spørsmål i hovedsaken blir derfor vurdert bare for det tilfelle at lagmannsretten skulle komme til at den aktuelle kontrakt har en viss grenseoverskridende interesse.
- 67 Videre anfører AtB at EØS-retten ikke fastsetter noen generelle materielle eller prosessuelle rettsregler som regulerer håndhevingen av brudd på den. Utgangspunktet er følgelig nasjonal prosessuell autonomi.
- 68 Når det mer spesifikt gjelder offentlige anskaffelser, gjør AtB gjeldende at EUs lovgivende organer har fastsatt minstekrav. Etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c skal den nasjonale klageinstans ha myndighet til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse. Håndhevelsesdirektivet etablerer ikke noe system for vurdering av skader, og vilkårene for å tilkjenne erstatning avhenger følgelig av nasjonal lovgivning. Selv om håndhevelsesdirektivet ble revidert i 2007, fant ikke EUs lovgivende organer det ønskelig eller nødvendig å vedta nye bestemmelser om tilkjenning av erstatning.

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

31 Det vises til dommene i *Strong Segurança*, som omtalt over; *Kommisjonen mot Irland*, C507/03, som omtalt over; og *Kommisjonen mot Irland*, C-226/09, EU:C:2010:697.

- 69 I Norge er vilkårene for å tilkjenne erstatning hovedsakelig utviklet gjennom rettspraksis. Vilkaene for å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste er vesentlig forskjellige fra vilkaene for å tilkjenne erstatning for kostnaden ved å inngi tilbud. Dette skille er grunnleggende ikke bare i Norge, men ogsa i de fleste europeiske land.
- 70 Når det gjelder første spørsmål, anfører AtB at ingen av de nevnte alternativer fullt ut tilsvare ansvargrunnlaget som gjelder i norsk rett for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Spørsmålene er følgerig hypotetiske. Spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til, er om håndhevelsesdirektivet krever at det tilkjennes erstatning for tap av fortjeneste basert på objektivt ansvar, eller om slik erstatning bare kan tilkjennes når oppdragsgiver har begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd. EFTA-domstolen bør følgerig omformulere det første spørsmål.
- 71 Når det gjelder tolkningen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, gjør AtB gjeldende at av de dommer³² der denne bestemmelse tolkes, inneholder avgjørelsen i *Combinatie*³³ de grundigste betraktninger. I denne avgjørelse la EU-domstolen til grunn at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c gir uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar for tap og skade som er påført enkeltpersoner som følge av brudd på EU-retten.³⁴ Dette er i tråd med Underrettens tilnærming når det gjelder EU-institusjoners ansvar.³⁵

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

33 *Combinatie*, som omtalt over.

34 Samme sted, avsnitt 87.

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

- 72 På denne bakgrunn forstår AtB *Strabag*³⁶ som en videreutvikling av tilnærmingen i *Brasserie du Pêcheur*,³⁷ slik at nasjonal lovgivning ikke kan bero på et vilkår som er basert på et skyldbegrep som går lengre enn «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på fellesskapsretten. Videre legger konklusjonen i *Strabag* stor vekt på effektivitetsprinsippet.³⁸
- 73 I denne forbindelse mener AtB at når det skal vurderes om en nasjonal klagebehandling er tilstrekkelig effektiv, må klagebehandlingen bedømmes på grunnlag av de tilgjengelige rettsmidlers kombinerte effekt.³⁹ Alle rettsmidler trenger ikke å være like effektive. Tvert imot understreker betraktning 2 i fortalen til håndhevelsesdirektivet at rettsmidlene som er tilgjengelige i den prekontraktuelle fase, er de viktigste. Dette synspunkt har også støtte i rettspraksis.⁴⁰ Standpunktet styrkes ytterligere av det faktum at Kommisjonen ikke fant det ønskelig eller nødvendig å endre håndhevelsesdirektivet for å oppstille krav vedrørende vilkårene for at en oppdragsgiver skal kunne stilles til ansvar etter nasjonal rett for brudd på EU-regelverket for offentlige innkjøp.⁴¹

36 Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 45.

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

38 Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 45.

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

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

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

- 74 AtB gjør gjeldende at rettspraksis tilsier at EU-institusjoner ikke kan holdes ansvarlig for en forbigått tilbyders tap av fortjeneste.⁴² AtB mener det er vanskelig å se hvorfor nasjonale oppdragsgivere skulle være objektivt ansvarlig for den positive kontraktsinteresse ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, mens EU-institusjoner aldri kan holdes ansvarlig.
- 75 I tillegg påpeker AtB at oppdragsgiver også etter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke er forpliktet til å inngå kontrakt med den tilbyder som utpekes som vinner av konkurransen. Oppdragsgiver står fritt til å avlyse konkurransen når som helst, forutsatt at prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling er overholdt.⁴³
- 76 AtB anfører at dommen i *Strabag* ikke kan forstås slik at den etablerer objektivt ansvar for tap av fortjeneste; i beste fall kan den forstås slik at den etablerer objektivt ansvar for tilbudskostnader. Denne konklusjon underbygges også av det faktum at *Strabag* gjaldt en bestemmelse som omhandler erstatning for påløpte kostnader (dvs. «negativ kontraktsinteresse»⁴⁴).
- 77 AtB gjør gjeldende at objektivt ansvar for tap av fortjeneste ville være betraktelig mer byrdefullt, samtidig som det ikke virker mer avskrekkende enn ansvar basert på en tilstrekkelig kvalifisert feil. Det er bare faktorer som oppdragsgiver kan påvirke, som vil ha en avskrekkende virkning. I mange tilfeller kan det være uklart hvilken handlemåte EØS-regelverket for offentlige anskaffelser krever, enten

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

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

44 Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 7.

fordi de faktiske forhold er kompliserte, eller fordi bestemmelsen i regelverket for offentlige anskaffelser er uklar. Oppdragsgiver må imidlertid gjøre et valg. Uansett hvilket valg han gjør, vil minst én av tilbyderne bli misfornøyd. Konsekvensen av en regel om objektivt ansvar i slike tilfeller er at oppdragsgiver blir pålagt å betale den positive kontraktsinteresse to ganger. Dette ville til og med være i strid med de grunnleggende hensyn bak direktivene om offentlige anskaffelser, som har til formål å sikre mest mulig effektiv bruk av offentlige midler.⁴⁵

- 78 Videre anfører AtB at ekvivalensprinsippet ikke byr på vanskeligheter siden vilkåret om at feilen må være tilstrekkelig kvalifisert er ansvarsgrunnlaget både for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser og for brudd på norsk lovgivning om offentlige anskaffelser.
- 79 Når det gjelder effektivitetsprinsippet, gjør AtB gjeldende at det må tas hensyn til de kombinerte virkninger av rettsmidlene som er tilgjengelige etter nasjonal rett. I betraktning av de rettsmidler som er tilgjengelige etter norsk rett, er det ingenting som tyder på at disse gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser gir.
- 80 I denne forbindelse påpeker AtB at Kommisjonen har lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet generelt oppfyller sine mål hva gjelder effektivitet.⁴⁶ Siden krav om erstatning for tapt fortjeneste oftere fører frem i Norge enn i de fleste andre land i Europa,⁴⁷ må

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

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

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

erstatningssøksmål anses som et tilstrekkelig effektivt rettsmiddel i Norge. I denne forbindelse viser AtB til vilkårene for å tilkjenne erstatning i andre europeiske land.⁴⁸ I tillegg anfører AtB at årsakssammenhengen som kreves etter norsk rett for å tilkjenne erstatning for tilbudskostnader er en av de mest liberale i Europa.

- 81 Med hensyn til det andre spørsmål bemerker AtB at dette synes å være hypotetisk. Fosen-Linjen har ikke påberopt seg noe brudd på verken artikkel 23 eller artikkel 35 nr. 4 i direktiv 2004/18. Det andre spørsmål er dessuten ikke noe annet enn en omformulering av det første. AtB viser følgelig til sine anførsler under det første spørsmål.
- 82 Ifølge AtB kan spørsmålet om hvilke forpliktelser, om noen, prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet legger på oppdragsgiver når denne treffer en beslutning i en konkurranse, ofte kun besvares ved kvalifisert gjetning. Oppdragsgiver har en omfattende skjønnsfrihet i avgjørelsen om å avlyse en konkurranse, selv i tilfeller der konkurransen er fullt ut omfattet av direktiv 2004/18.
- 83 Med hensyn til det tredje spørsmål gjør AtB gjeldende at vilkårene for å tilkjenne erstatning etter norsk rett er i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Beviskravet som etter norsk rett må oppfylles for et krav om erstatning for tap av

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

fortjeneste eller for et krav om erstatning for tilbudskostnader synes å være betydelig mindre strengt enn i mange andre europeiske land⁴⁹ og enn det som følger av Underrettens rettspraksis.⁵⁰

- 84 Med hensyn til det fjerde spørsmål anfører AtB at dette synes å være hypotetisk. Spørsmålet lagmannsretten må besvare i hovedsaken er, etter AtBs oppfatning, om erstatning for tap av fortjeneste kan tilkjennes når avlysningen av konkurransen var lovlig, selv om AtB ikke var nødt til å avlyse konkurransen, men rettmessig valgte å gjøre dette. Svaret på dette må være «nei». Når konkurransen er rettmessig avlyst, finnes det ingen årsakssammenheng mellom påståtte feil og tapet av fortjeneste. Dette er også i samsvar med prinsippet om avtalefrihet og med måten problemstillingen løses på i resten av Europa.
- 85 Etter AtBs oppfatning ville det fjerde spørsmål dessuten bare være relevant dersom lagmannsretten skulle komme til at AtB bare kunne avlyse konkurransen dersom det hadde en forpliktelse til å gjøre dette, og dersom ingen av feilene som ble tatt opp i brevet der tilbyderne ble informert om avlysningen, resulterte i en slik forpliktelse.
- 86 I denne forbindelse anfører AtB at håndhevelsesdirektivet ikke regulerer kravet til årsakssammenheng. Og selv om håndhevelsesdirektivet hadde regulert dette krav, kan det ikke

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

50 Det vises til dommen i *Agriconsulting*, som omtalt over.

medføre en forpliktelse til å tilkjenne erstatning for tap av fortjeneste i forbindelse med en kontrakt som ikke lovlig kunne ha blitt tildelt den forbigåtte tilbyder.⁵¹

87 Ifølge AtB ville det å kompensere en forbigått tilbyder for tapt fortjeneste i tilknytning til en kontrakt som vedkommende ikke er tildelt og aldri skulle ha blitt tildelt, være i strid med hovedmålet med direktiv 2004/18, som er å sikre mer effektiv bruk av offentlige midler. Dette ville videre innebære en uberettiget berikelse av den forbigåtte tilbyder. Dersom konkurransen i et slikt tilfelle ikke hadde blitt avlyst, ville dessuten de øvrige tilbydere kunne fremsette begjæring om midlertidig forføyning med sikte på å få konkurransen avlyst på grunnlag av feilen som ikke ble nevnt i brevet til tilbyderne. Avgjørelsen i *GAT*,⁵² som Fosen-Linjen viser til, er ikke relevant i avgjørelsen av om håndhevelsesdirektivet legger noen føringer på kravet til årsakssammenheng i nasjonal rett.

88 Endelig forklarer AtB at selskapet ikke er villig til å kompensere Fosen-Linjen for tilbudskostnadene siden Fosen-Linjen valgte å inngi et tilbud vel vitende om at tildelingskriteriet «Miljø» ikke var ledsaget av et dokumentasjonskrav. EU-domstolen har lagt til grunn at dette er et relevant hensyn i vurderingen av om et erstatningskrav bør føre frem.⁵³

89 Når det gjelder spørsmålet om effektiv kontroll, gjør AtB gjeldende at EU-domstolens rettspraksis⁵⁴ tilsier at mangelen på dokumentasjon gjorde tildelingskriteriet «Miljø» ulovlig. I denne forbindelse har EU-domstolen slått fast at en konkurranse må avlyses dersom

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

52 Det vises til dommen i *GAT*, som omtalt over.

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

54 Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over, avsnitt 52.

oppdragsgiver har inntatt et ulovlig tildelingskriterium i konkurransedokumentene.⁵⁵

- 90 Når det mer spesifikt gjelder det femte spørsmål, anfører AtB at dette er hypotetisk. Ingen av tilbudene inneholdt opplysningene som var nødvendige for å kunne beregne de tilbudte fartøys drivoljeforbruk. I tillegg baserte både Fosen-Linjen og Norled sine tilbud på fartøy som ikke ennå var bygget.
- 91 Når det gjelder det sjettede spørsmål, anser AtB også dette for å være hypotetisk og ikke forbundet med hovedsakens faktiske forhold. Spørsmålet synes å bygge på den forutsetning at det ulovlige tildelingskriterium ikke har hatt noen innvirkning på konkurransen. Dersom det kan godtgjøres at en feil ikke hadde noen betydning for utfallet av konkurransen, er imidlertid oppdragsgiver ikke forpliktet til å avlyse konkurransen.⁵⁶
- 92 AtB fremsetter ingen bestemte forslag til svar.

DEN NORSKE STAT

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

55 Samme sted, avsnitt 89 til 95.

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

- 94 Den norske stat anfører at denne konklusjon underbygges av EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie*.⁵⁷ Det følger av denne avgjørelsen at så lenge de tre sedvanlige vilkår for statlig erstatningsansvar er oppfylt, er det opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette de spesifikke kriterier, forutsatt at vilkårene er i samsvar med prinsippene om ekvivalens og effektivitet.
- 95 Med hensyn til EU-domstolens avgjørelser i *Strabag* og *Kommisjonen mot Portugal* anfører den norske stat at EU-domstolen ikke slo fast at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c fastsetter et prinsipp om objektivt ansvar, og heller ikke uttrykkelig fastslo at bestemte krav til vilkårene for ansvar kan utledes av denne bestemmelse.
- 96 Den norske stat anfører at tilnærmingen som ble fulgt i *Strabag*, vanskelig lar seg forene med tilnærmingen i *Combinatie*. *Combinatie* er imidlertid i tråd med tilnærmingen som ble fulgt av Underretten for brudd på reglene om offentlige kontrakter inngått av Felleskapets institusjoner, som anses å være tilstrekkelig effektive.
- 97 Underrettens praksis om Felleskapets institusjoners ansvar for brudd på reglene om offentlige kontrakter, er videre relevant i fastsettelsen av vilkårene for å holde oppdragsgivere i EØS-statene ansvarlige for brudd på EØS-reglene om offentlige kontrakter.⁵⁸ Underretten har konsekvent lagt til grunn at Felleskapets institusjoners ansvar for brudd på reglene om tildeling av offentlige kontrakter krever at det

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

58 Det vises til *Brasserie du Pêcheur*, som omtalt over, avsnitt 42.

foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».⁵⁹ Det er ingen grunn til å anvende en annen skyldstandard for EØS-statene når det gjelder brudd på EØS-reglene om offentlige kontrakter.

- 98 Når det gjelder de spesifikke vilkår for statlig erstatningsansvar, viser den norske stat til *Sveinbjörnsdóttir, Karlsson og Nguyen*.⁶⁰ EFTA-domstolen definerte i *Karlsson* hva som omfattes av vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd»⁶¹. Et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på EØS-retten er, ifølge EU-domstolens tilnærming i *Combinatie*, det relevante vilkår som bør anvendes ved avgjørelsen av om ansvar foreligger etter regelverket for offentlige anskaffelser.
- 99 Når det mer spesifikt gjelder det andre spørsmål, gjør den norske stat gjeldende at spørsmålet synes å være uten relevans for den foreliggende sak, da denne ikke gjelder et brudd på noen bestemt bestemmelse i EØS-retten.
- 100 Den norske stat kommenterer spørsmålet uavhengig av dette faktum. Den anfører at EFTA-domstolen og EU-domstolen har lagt til grunn at manglende skjønn kan innebære at et brudd er et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».⁶² Dette kan imidlertid ikke være tilstrekkelig i seg selv, særlig ikke når det gjelder EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, hvor myndighetene er nødt til å treffe mange

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

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

61 Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 38.

62 Det vises til *HOB-vín*, som omtalt over, avsnitt 130, og til dommen i *Larsy*, C118/00, EU:C:2001:368, avsnitt 38.

beslutninger innen en kort frist. Under slike omstendigheter kan ikke en misforståelse av en bestemmelse i EØS-retten om offentlige kontrakter i seg selv anses å være et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd som utløser ansvar.

- 101 Ifølge den norske stat ville den beste tilnærming være å vurdere i hvilken grad bestemmelsen som er brutt, er klar og presis, når det skal avgjøres om det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Dette synes å være tilnærmingen EFTA-domstolen fulgte i *HOB-vín*.⁶³
- 102 Med hensyn til spørsmål 1a og 1b anfører den norske stat at vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» ikke er til hinder for at det kan finnes subjektive faktorer i vilkårene for ansvar etter nasjonal rett; det som har betydning, er om et vilkår for ansvar som inneholder subjektive faktorer, går lengre enn vilkåret om et tilstrekkelig kvalifisert brudd.⁶⁴
- 103 Videre anfører den norske stat at den nasjonale lovgivning i dette henseende er i samsvar med vilkårene om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Det nasjonale vilkår om en «vesentlig feil» for å kunne tilkjennes erstatning for den positive kontraktsinteresse setter ikke en høyere terskel for å fastslå ansvar enn vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» etter EØS-retten. Det samme gjelder med hensyn til vilkårene for å tilkjenne erstatning for negativ kontraktsinteresse. Den myke eller mindre strenge form for skyld som kreves etter nasjonal rett for denne sistnevnte erstatningstypen, er et mindre restriktivt vilkår enn vilkåret om et «tilstrekkelig kvalifisert brudd».

63 Det vises til *HOB-vín*, som omtalt over, avsnitt 131.

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

- 104 Når det gjelder det tredje spørsmål, anfører den norske stat at etter prinsippet om statlig erstatningsansvar er kravet om årsakssammenheng at det må foreligge en «direkte årsakssammenheng» mellom bruddet på en EØS-rettslig regel og skaden som er påført.⁶⁵ Hva som utgjør en «direkte årsakssammenheng», er et forhold som er underlagt EØS-statenes prosessuelle autonomi.⁶⁶
- 105 Ifølge den norske stat har Underretten konsekvent lagt til grunn at for at en forbigått tilbyder skal kunne tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse, må tilbyderen bevise med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at han ville ha fått kontrakten dersom reglene om offentlige kontrakter var blitt overholdt.⁶⁷ Videre kan ikke beskyttelse av rettighetene til enkeltpersoner variere avhengig av om det er en nasjonal myndighet eller et fellekapsorgan som er ansvarlig for skaden.⁶⁸ EØS-retten er følgelig ikke til hinder for et krav om årsakssammenheng når det gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som følge av et brudd på EØS-regelverket om offentlige kontrakter, som krever at tilbyderen beviser med en grad av sannsynlighet som grenser mot sikkerhet, at han ville ha fått kontrakten.⁶⁹
- 106 Med hensyn til prinsippene om ekvivalens og effektivitet anfører den norske stat at de nasjonale regler ikke innebærer forskjellsbehandling mellom krav som er basert på EØS-regelverket for offentlige

65 Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 47.

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

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

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

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

kontrakter, og krav som er basert på den nasjonale lovgivning om offentlige kontrakter, og at de heller ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en enkeltperson å håndheve sine rettigheter.

- 107 Når det gjelder det femte spørsmål, stiller den norske stat spørsmål ved om de detaljerte underspørsmål er hypotetiske og således ikke behøver å besvares av EFTA-domstolen.⁷⁰
- 108 Med hensyn til kjernen i spørsmål 5 anfører den norske stat likevel at prinsippet om likebehandling krever at et tildelingskriterium for å være lovlig må følges av dokumentasjon fra tilbyderen som gjør det mulig for oppdragsgiver å foreta en effektiv kontroll av at de opplysninger tilbyderen har gitt under det aktuelle tildelingskriterium, er korrekte og nøyaktige.⁷¹ Likebehandlingsprinsippet kan imidlertid ikke danne grunnlag for å pålegge et bestemt strengt og spesifikt krav. Det å pålegge for strenge krav ville gjøre det vanskelig å anvende visse tildelingskriterier, og ville til og med kunne bidra til å begrense nyskaping. Følgelig må det være tilstrekkelig at tilbyderen legger frem dokumentasjon som gjør det mulig for oppdragsgiver å kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene som er gitt under tildelingskriteriet er korrekte og nøyaktige.
- 109 Med hensyn til det sjette spørsmål er den norske stat i tvil om dette spørsmål er relevant.⁷² Den anfører likevel at likebehandlingsprinsippet ikke er til hinder for at dokumentasjonskravet kan være oppfylt ved at oppdragsgiveren ser

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

71 Det vises til dommen i *Wienstrom*, som omtalt over.

72 Det vises til *Synnøve Finden*, som omtalt over, avsnitt 28.

hen til dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet, dersom denne dokumentasjon er tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan kontrollere med en rimelig grad av sikkerhet at opplysningene er korrekte og nøyaktige.

- 110 Når det gjelder det fjerde spørsmål, gjør den norske stat gjeldende at håndhevelsesdirektivet og EØS-retten ikke er til hinder for at en oppdragsgiver kan gå fri fra et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved å påberope seg andre grunner for avlysning enn den begrunnelse som er gitt i avlysningsbeslutningen. Tilkjenning av erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at tilbyderen ville ha vært berettiget til å få kontrakten. Saksøker kan ikke ha rett på erstatning for positiv kontraktsinteresse i en situasjon der inngåelsen av den aktuelle kontrakt ville ha vært ulovlig etter EØS-regelverket for offentlige kontrakter. Dette argument har også støtte i rettspraksis, som tilsier at nasjonale domstoler kan treffe tiltak for å sikre at vernet av rettigheter som fellesskapsretten sikrer, ikke medfører uberettiget berikelse av dem som nyter dem.⁷³ Avgjørelsen i *GAT* er ikke relevant for problemstillingene som tas opp i det fjerde spørsmål.

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

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

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

Spørsmål 1 og 2:

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

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

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

Spørsmål 3:

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

Spørsmål 4:

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

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

Spørsmål 5:

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

Spørsmål 6:

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

ESA

- 113 ESA bemerker innledningsvis at regelverket for offentlige kontrakter innebærer et høyt nivå av harmonisering av nasjonale ordninger for offentlige anskaffelser og krever at alle oppdragsgivere behandler

markedsdeltakerne likt og uten forskjellsbehandling. Skadeserstatning i den etterkontraktuelle fase er nevnt som en sanksjon i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Direktivet inneholder ingen nærmere bestemmelser, og betraktning 6 i fortalen til direktivet fastslår bare at det er nødvendig å sørge for «at det i alle medlemsstater finnes en passende behandlingsmåte som gjør det mulig å [...] tilkjenne erstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse». I mangel av nærmere bestemmelser om erstatning er det i prinsippet opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning som følge av en overtredelse av EØS-regler om offentlige anskaffelser.⁷⁴ Statenes prosessuelle autonomi begrenses i denne forbindelse bare av prinsippene om ekvivalens og effektivitet.

- 114 Når det gjelder rettspraksis knyttet til håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, finner ESA det vanskelig å forene EU-domstolens avgjørelser i *Combinatie* og *Strabag*, siden tilnærmingene som er fulgt i disse to avgjørelser er svært forskjellige. EFTA-domstolen bør imidlertid følge tilnærmingen som ble anvendt i *Combinatie*. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c betraktes følgelig som et uttrykk for prinsippet om statlig erstatningsansvar.
- 115 ESA anfører at vilkårene for statlig erstatningsansvar som EFTA-domstolen har lagt til grunn, er de samme som de EU-domstolen har lagt til grunn. Forskjeller i rettsordenene kan imidlertid begrunne forskjeller i anvendelsen av prinsippene. Nærmere bestemt har EFTA-domstolen allerede lagt til grunn at anvendelsen av prinsippene om statlig erstatningsansvar i rettsordenene i EU og EØS «may not necessarily be in all respects coextensive»⁷⁵. I den

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

75 Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 30.

foreliggende sak er den rettslige kontekst den samme i de to rettsordener. Det er derfor ingen grunn til å anvende prinsippet på en annen måte i EØS i den foreliggende sak.

- 116 Når det gjelder det første og andre spørsmål, gjør ESA gjeldende at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c klart er til hinder for en nasjonal regel som begrenser retten til erstatning for overtredelser hvor det foreligger skyld. Dette følger både av det andre vilkår for statlig erstatningsansvar og av EU-domstolens dom i *Strabag*.
- 117 Videre anfører ESA at det andre vilkår for statlig erstatningsansvar krever at statens brudd må være tilstrekkelig kvalifisert. I denne forbindelse må nasjonale domstoler «take into account all the factors that characterise the situation before it», slik som «the clarity and precision of the rules infringed; the measure of discretion left by that rule to the national authorities; whether the infringement, and the damage caused, was intentional or involuntary; and whether any error of law was excusable or inexcusable».⁷⁶ Stater kan ikke begrense virkeområdet for statlig erstatningsansvar ved å innføre ytterligere vilkår eller tester. Testen som er beskrevet i andre del av spørsmål 1a, er følgelig uforenlig med det andre vilkår for statlig erstatningsansvar.
- 118 Med hensyn til spørsmål 1b anfører ESA at skyld ikke spiller noen rolle etter rettspraksis om statlig erstatningsansvar. Det er likevel relevant om overtredelsen var forsettlig eller ikke og om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig. Det andre vilkår for statlig erstatningsansvar avhenger med andre ord av mange av de samme faktorer som avgjør om en handling er straffbar etter nasjonal rett.

76 Samme sted, avsnitt 38.

Dette betyr imidlertid ikke at kategoriseringen etter nasjonal rett bør spille en rolle i vurderingen etter EØS-retten.

- 119 Når det gjelder spørsmål 1c, gjør ESA gjeldende at å kreve at feilen som er begått må være vesentlig, åpenbar og grov, ville innebære å legge til ytterligere et vilkår for statlig erstatningsansvar som det ikke er grunnlag for i rettspraksis. Vurderingstemaet etter rettspraksis fokuserer på omfanget av myndighetenes skjønnsfrihet, mens vilkåret om en vesentlig feil fokuserer på feil som er begått av oppdragsgiver. Disse vurderingstemaer kan derfor lede til ulike resultater. Særlig kan Høyesteretts konklusjon⁷⁷ være korrekt som en beskrivelse av lovens resultat, men feilaktig som en beskrivelse av loven. EU-regelverket krever ikke at det må foreligge en åpenbar og grov feil for at statlig erstatningsansvar skal oppstå, men krever i stedet at det må foreligge en åpenbar og grov tilsidesettelse av grensene for statens skjønnsfrihet.
- 120 Med hensyn til det andre spørsmål anfører ESA at en overtredelse av en regel som ikke gir staten noen skjønnsfrihet i gjennomføringen, i prinsippet vil være nok til å fastslå at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten. Denne regel må imidlertid være klar og entydig.⁷⁸ Dette er i tråd med *Karlsson*.⁷⁹ For at et brudd på en regel skal anses som tilstrekkelig kvalifisert, er det ikke nok at den overtrådte regel ikke gir staten noen skjønnsfrihet. Vilket om et tilstrekkelig kvalifisert brudd krever at også andre omstendigheter ved den aktuelle situasjon tas i betraktning, særlig den overtrådte regels klarhet.

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

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

79 Det vises til *Karlsson*, som omtalt over, avsnitt 51.

- 121 Med hensyn til det tredje spørsmål gjør ESA gjeldende at dette er begrenset til krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, siden norsk rett ikke opererer med noen kvalifisert sannsynlighetsstandard for krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse.
- 122 ESA mener at det er opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, med forbehold for prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Anmodningen synes ikke å ta opp noen bestemte problemstillinger knyttet til ekvivalensprinsippet.
- 123 Når det gjelder effektivitetsprinsippet, anfører ESA at et brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser bare vil medføre tap av fortjeneste for tilbydereren dersom han var berettiget til å bli tildelt kontrakten i utgangspunktet.
- 124 ESA gjør gjeldende at en oppdragsgiver ikke har noen plikt til å fullføre en konkurranse,⁸⁰ selv om en beslutning om å trekke tilbake en anbudsinnbydelse må overholde EØS-retten.⁸¹ Staten kan vedta lovgivning som tillater at en konkurranse avlyses med henvisning til blant annet formålstjenlighet eller når oppdragsgiver anser at graden av konkurranse mellom tilbydere ikke er tilstrekkelig. Dette innebærer at tilbydere ikke har noen legitim forventning om at konkurransen vil bli fullført når de inngir sine tilbud. Følgelig kan tilbydere, når en konkurranse rettmessig avlyses, verken påberope seg en rett til å bli tildelt kontrakten eller kreve erstatning for tapet av fortjeneste.

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

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

- 125 ESA anfører at en rett til å bli tildelt kontrakten, med et tilknyttet krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, vil potensielt bare foreligge under særlige omstendigheter eller når konkurransen er gjennomført og kontrakten urettmessig er blitt tildelt en annen tilbyder.
- 126 I den foreliggende sak ble konkurransen avlyst, og det fremgår av anmodningen fra den nasjonale domstol at det ikke foreligger noen særlige omstendigheter som gir grunnlag for et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse etter EØS-retten. Det tredje spørsmål er følgelig hypotetisk og bør avvises.
- 127 Dersom EFTA-domstolen likevel skulle komme til at en tilbyder kan ha rett på erstatning for tapet av fortjeneste under visse omstendigheter, gjør ESA gjeldende at den nasjonale domstol må vurdere om den nasjonale regel som er beskrevet i spørsmålet, er i samsvar med effektivitetsprinsippet.
- 128 I denne forbindelse anfører ESA at en saksøker, for å bevise at han skulle ha blitt tildelt kontrakten, må godtgjøre at tilbudet han innga, var bedre enn konkurrentenes tilbud. Dette er imidlertid et område hvor oppdragsgiver har en bred skjønnsmargin. Dersom statlig erstatningsansvar tolkes for strengt, kan risikoen for søksmål med krav om erstatning for tapt fortjeneste utgjøre en hindring for utøvelsen av dette skjønn.⁸² Følgelig ville en nasjonal regel som fastsetter at et krav om erstatning for tapt fortjeneste er underlagt en kvalifisert skyldstandard som den beskrevet i dette spørsmål, derfor ikke nødvendigvis være i strid med effektivitetsprinsippet.

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

- 129 Videre anfører ESA at når en saksøker kan oppnå erstatning for negativ kontraktsinteresse, kan det hevdes at det ikke er uforholdsmessig vanskelig å utøve retten til erstatning for brudd på EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.
- 130 ESA gjør gjeldende at det fjerde spørsmål er begrenset til krav om erstatning for tapet av fortjeneste, siden omstendighetene beskrevet i det fjerde spørsmål ville være et ineffektivt forsvar mot et krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse.
- 131 ESA anfører at oppdragsgiver ikke bare har rett, men også plikt til å trekke tilbake en anbudsinnbydelse dersom en beslutning vedrørende et av tildelingskriteriene viser seg å være ulovlig og derfor blir opphevet av klageinstansen.⁸³ Tilkjenning av erstatning for tap av fortjeneste under en kontrakt som ville blitt inngått i strid med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, ville gi oppdragsgivere en oppmuntring til å gå videre med kontraktsinngåelsen for å unngå å bli holdt ansvarlig for tapt fortjeneste, i stedet for å sikre at de overholder EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen. Det ville dermed kunne undergrave EØS-rettens effektivitet.
- 132 Følgelig gjør ESA gjeldende at det ikke foreligger noen direkte årsakssammenheng mellom bruddet på EØS-retten og noen tapt fortjeneste i tilfeller der kontrakten ikke kunne ha blitt inngått på lovlig vis. Det har ingen betydning om feilen ble påberopt tidligere i prosessen. Det påførte tap ville i et slikt tilfelle tilsvare kostnadene som er påløpt i forbindelse med utarbeidelsen av tilbudet.

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

- 133 Med hensyn til andre del av fjerde spørsmål, som gjelder bevisbyrden, gjør ESA gjeldende at det er opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette reglene for årsakssammenheng, og at anmodningen ikke tar opp noen bestemte problemstillinger knyttet til prinsippet om ekvivalens eller effektivitet.
- 134 Når det gjelder det femte spørsmål, anfører ESA at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser ikke inneholder noen generell forpliktelse til å kontrollere opplysningene som er relatert til tildelingskriterier. Oppdragsgiverne må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling. Dette prinsipp forhindrer at oppdragsgiver på vilkårlig vis kun kontrollerer opplysninger gitt av én av tilbyderne. Det kan også innebære at oppdragsgiver må kontrollere opplysninger som er uklare eller tvilsomme, for å sikre at tilbyderne behandles likt.
- 135 Endelig, med hensyn til det sjette spørsmål, gjør ESA gjeldende at EØS-regelverket for offentlige anskaffelser betrakter en konkurranse som et hele som ikke består av separate, uavhengige deler. Oppdragsgiver kan derfor basere en kontroll av opplysninger på dokumentasjon som er gitt andre steder i tilbudet. Oppdragsgiver må imidlertid til enhver tid overholde prinsippet om likebehandling. Han kan ikke vilkårlig forskjellsbehandle en annen tilbyder ved å nekte å gjøre det samme når han kontrollerer opplysningene som er gitt av denne andre tilbyder.
- 136 ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:
1. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter må tolkes slik at enhver person som har eller har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt, og som er blitt påført tap eller skade som følge av et brudd på*

EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, har krav på erstatning i tilfeller der den overtrådte rettsregel har til formål å gi enkeltpersoner rettigheter, der bruddet oppdragsgiver har begått er tilstrekkelig kvalifisert, og der det foreligger en direkte årsakssammenheng mellom bruddet og den påførte skade. I mangel av EØS-rettslige bestemmelser på dette område er det, når disse vilkår er oppfylt, opp til den enkelte stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning, forutsatt at prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt.

2. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF må tolkes slik at den er til hinder for nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning for en overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser betinget av
 - i. *at det foreligger skyld,*
 - ii. *et krav om at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra en rimelig standard,*
 - iii. *at det foreligger en vesentlig feil fra oppdragsgivers side, skyld som definert i nasjonal lovgivning, inngår som et moment i en større helhetsvurdering, og*
 - iv. *at oppdragsgiver har begått en vesentlig, åpenbar og grov feil.**

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

4. *Artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF må tolkes slik at en oppdragsgiver i sitt forsvar mot et krav om erstatning for tap av fortjeneste kan påberope seg det faktum at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen feil begått av oppdragsgiver enn den som er påberopt av saksøker, og dermed unngå å bli holdt ansvarlig, selv om denne andre feil faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang. Verken artikkel 1 nr. 1 eller artikkel 2 nr. 1 bokstav c i direktiv 89/665/EØF er til hinder for en nasjonal regel hvoretter saksøkende leverandør har bevisbyrden for å påvise at en slik feil ikke foreligger, forutsatt at denne regel overholder prinsippene om ekvivalens og effektivitet.*
5. *Prinsippet om likebehandling krever at tildelingskriteriene må være formulert på en måte, eller ledsaget av krav, som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av nøyaktigheten av opplysningene som gis i tilbudene.*
6. *Når en oppdragsgiver kontrollerer opplysningene som er gitt av en tilbyder, i tråd med prinsippet om likebehandling av tilbydere, kan han se hen til all dokumentasjon som er gitt i tilbudet.*

KOMMISJONEN

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

- 138 Kommisjonen gjør gjeldende at et brudd på en tilstrekkelig klar regel i EU-retten som ikke gir oppdragsgiver noen skjønnsfrihet, bør betraktes som et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten etter EU-domstolens generelle rettspraksis om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten.⁸⁴
- 139 Kommisjonen anfører at regelverket for offentlige anskaffelser har vært gjenstand for omfattende harmonisering siden 1970-årene, og at EU-domstolen så tidlig som i 1990-årene la til grunn at mange av reglene fastsatt i EUs direktiver om offentlige anskaffelser var tilstrekkelig klare og presise til å gi direkte virkning.⁸⁵
- 140 I denne forbindelse anfører Kommisjonen at oppdragsgivere plikter å fastsette tildelingskriterier og formulere disse på en klar og presis måte. Under konkurransens gang er de så forpliktet til å anvende de kriterier de selv har fastsatt. Ved å fastsette tildelingskriterier og kunngjøre disse ved konkurransens oppstart begrenser oppdragsgiver sin egen skjønnsfrihet.⁸⁶
- 141 Kommisjonen gjør gjeldende at selv om EU-domstolen i *Strabag* kom til at håndhevelsesdirektivet overlater visse spørsmål til den enkelte stats prosessuelle autonomi, utledet den samtidig viktige konklusjoner av den generelle kontekst og mål for erstatningssøksmål. I *Strabag* la EU-domstolen til grunn at håndhevelsesdirektivet har som mål å sikre «judicial remedies which are effective and as rapid as possible against decisions taken by contracting authorities in infringement of the law on public contracts».⁸⁷

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

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

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

87 Det vises til dommen i *Strabag*, som omtalt over, avsnitt 43.

- 142 Kommisjonen slutter av *Strabag* at enhver beslutning en oppdragsgiver treffer, må kunne påklages og være gjenstand for rettslig prøving, herunder erstatningssøksmål. Adgang til rettsmidler er ikke begrenset til tilfeller der det foreligger skyld hos oppdragsgiver eller der bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser er særlig kvalifisert.
- 143 Kommisjonen anfører om erstatning at EU-domstolen har understreket at erstatningskrav ikke må underlegges strengere krav enn andre typer rettsmidler, siden krav om erstatning ofte utgjør det eneste tilgjengelige rettsmiddel for en tilbyder.
- 144 Med hensyn til det tredje spørsmål bemerker Kommisjonen at den forstår det slik at dette gjelder den positive kontraktsinteresse. Beviskravet er langt på vei uregulert i EUs regelverk for offentlige anskaffelser. Selv om direktiv 92/13 artikkel 2 nr. 7 fastsetter visse kriterier i så henseende, har denne bestemmelse liten relevans. For det første gjelder den den negative kontraktsinteresse, mens det tredje spørsmål gjelder den positive kontraktsinteresse. For det annet får direktiv 92/13 ikke anvendelse på den foreliggende sak, og generaladvokat Cruz Villalóns forslag⁸⁸ om å legge dette direktiv til grunn for tolkningen av håndhevelsesdirektivet ble ikke fulgt av EU-domstolen.⁸⁹ Følgelig anfører Kommisjonen at beviskravet faller inn under den prosessuelle autonomi i medlemsstatene, som må overholde prinsippene om effektivitet og ekvivalens.
- 145 Når det gjelder det fjerde spørsmål, viser Kommisjonen til EU-domstolens avgjørelse i *GAT*,⁹⁰ som behandlet en lignende problemstilling. I motsetning til hva som var situasjonen i *GAT*,

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

89 Det vises til dommen i *Combinatie*, som omtalt over, avsnitt 89.

90 Det vises til dommen i *GAT*, som omtalt over.

avlyste imidlertid oppdragsgiver i den foreliggende sak til slutt konkurransen for deretter å lyse den ut på nytt. Alle forbigåtte tilbydere fikk dermed en ny mulighet til å søke om kontrakten. Dette kan ha betydning for vurderingen av omfanget av skaden den forbigåtte tilbyder er blitt påført. Dette har imidlertid ingen betydning for den opprinnelige tildelingsbeslutnings potensielle ulovlighet og det faktum at den forbigåtte tilbyder kunne ha blitt påført skade som følge av denne beslutning.

- 146 Kommisjonen gjør gjeldende at femte og sjette spørsmål er nært forbundet med hverandre og vurderer dem derfor samlet. Etter Kommisjonens oppfatning må det, når disse spørsmål skal besvares, tas hensyn til det faktum at den aktuelle konkurranse var en konkurranse med forhandlinger. I og med at tilpasninger av konkurransegrunnlaget som følge av kontakt mellom oppdragsgiver og tilbydere er et vanlig trekk ved konkurranser med forhandlinger, synes det ikke å være problematisk at oppdragsgiver støtter seg på opplysninger som er gitt andre steder i tilbudet, så lenge alle tilbydere gis den samme grad av fleksibilitet.
- 147 Med hensyn til kontrollkravet anfører Kommisjonen at verken *Wienstrom* eller de nye direktiver om offentlige anskaffelser definerer metoden som skal brukes ved gjennomføring av kontrollen. Den anmodende domstol har de beste forutsetninger for å vurdere om kontrollen oppdragsgiver utførte i hovedsaken var tilstrekkelig, siden den har kjennskap til alle de faktiske forhold.
- 148 Kommisjonen gjør gjeldende at «effektiv kontroll» innebærer en prosess som gjør det mulig for oppdragsgiver å bringe på det rene at et tilbud oppfyller kravene som er fastsatt av oppdragsgiver. Når kontrollen gjelder et teknisk aspekt ved tilbudet, bør oppdragsgiver følge hensiktsmessige fremgangsmåter for å kontrollere slike tekniske detaljer. Slike fremgangsmåter kan være definert i lovgivning, offentlige eller private tekniske standarder eller til og med bransjepraksis. Prinsippet om likebehandling krever at

vurdering og kontroll av tekniske opplysninger som er gitt av forskjellige tilbydere foretas ved bruk av samme metode, slik at tilbudene kan sammenlignes og oppdragsgiver kan velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

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

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

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

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

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

Prinsippet om likebehandling skal fortolkes slik at en oppdragsgiver har plikt til å kontrollere et tilbud i den utstrekning det er nødvendig for å bringe på det rene at et tilbud oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver. Når kontrollen gjelder tekniske aspekter ved et tilbud, bør oppdragsgiver følge hensiktsmessige fremgangsmåter som definert i

lovgivning, offentlige eller private tekniske standarder eller bransjepraksis. Prinsippet om likebehandling krever at vurdering og kontroll av tekniske opplysninger som er gitt av forskjellige tilbydere foretas ved bruk av samme metode, slik at tilbudene kan sammenlignes og oppdragsgiver kan velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

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

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer