

Utredning om håndhevelsesdirektivene

Oslo, 10. desember 2023

Advokatfirmaet Haavind har fått i oppdrag å utarbeide et kunnskapsgrunnlag til anskaffelsesutvalget om håndhevelsen av offentlige anskaffelser. Utredningen er oppdelt i tre deler.

I **del I** redegjøres det for EU/EØS-rettens krav til håndhevelse av (anførte) brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Redegjørelsen tar utgangspunkt i håndhevelsesdirektivene, og omfatter også relevante avgjørelser fra EU-domstolen, EFTA-domstolen og norske domstoler. Del I er oppdelt i kapittel 1 til 6.

I **del II** redegjøres det for hvordan håndhevelsesreglene er gjennomført, og virker i praksis, i dansk og svensk rett. Redegjørelsen peker på fordeler og ulemper ved de ulike innretningene. Del II strekker seg over kapittel 7 og 8, hvor hendholdsvis dansk og svensk rett behandles.

I **del III** redegjøres det for reglene om erstatning. Det gis en fremstilling av gjeldende rett med hovedvekt på EØS-rettslige kilder og en redegjørelse av vilkårene for erstatning (positiv og negativ kontraktsinteresse) etter brudd på anskaffelsesregelverket, i lys av nyere rettspraksis. Det gis i tillegg en vurdering av omfanget og utviklingen av erstatningssaker. Del III inneholder utredningens kapittel 9.

For en nærmere gjennomgang av utredningens innhold vises det til innholdsfortegnelsen på side 3 til 8.

En kildeliste over relevante kilder som er benyttet i utredningen er inntatt til slutt i dokumentet, på side 247 til 258.

Med vennlig hilsen
På vegne av Advokatfirmaet Haavind AS

Goud Helge Homme Fjellheim
Partner

g.fjellheim@haavind.no

Christina Paludan Melson
Specialist counsel, MNA

c.melson@haavind.no

Innholdsfortegnelse

DEL I: EØS-rettens krav til håndhevelse av offentlige anskaffelser	12
Kapittel 1 Håndhevelsesdirektivene – en oversikt.....	13
1. Innledning	13
2. Håndhevelsesdirektivene	13
3. Kort om direktiv 89/665/EØF	14
4. Kort om direktiv 92/13/EØF	15
5. Sentrale forskjeller mellom direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF.....	16
6. Kort om direktiv 2007/66/EF	16
7. Særlig om anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester.....	17
8. Særlig om anskaffelser under EØS-terskelverdi	17
Kapittel 2 Reguleringen av adgangen til å klage (access to review).....	19
1. Innledning	19
2. Klagegjensstand	20
2.1 Innledning	20
2.2 Alle beslutninger skal kunne påklages	20
2.3 Beslutningen skal kunne påklages med en gang	22
2.4 Kort oversikt over behandlingen av kravet i rettspraksis	22
3. Rettslig klageinteresse	24
3.1 Innledning	24
3.2 Leverandører som har deltatt i konkurransen om en kontrakt	25
3.2.1 Innledning	25
3.2.2 Leverandører som blir møtt med at de skulle ha vært avvist fra konkurransen	25
3.2.3 Leverandører uten utsikter til å nå opp i konkurransen.....	28
3.3 Leverandører som er blitt avvist fra konkurransen	29
3.3.1 Innledning – rettslig klageinteresse med mindre avvisningen er «endelig»	29
3.3.2 Etterfølgende rettspraksis har opprettholdt Bietergemeinschaft-dommen	30
3.3.3 Nærmere om kravet om at avvisningen må være «endelig»	32
3.4 Deltakere i et leverandørfellesskap	33
3.5 Underleverandører.....	34
3.6 Potensielle leverandører.....	35
3.6.1 Utgangspunktet: ingen rettslig klageinteresse.....	35
3.6.2 Adgang til å klage på diskriminerende betingelser	35
3.6.3 Adgang til å klage på ulovlige direkteanskaffelser	37
3.6.4 Adgang til å klage på vesentlige endringer i en inngått kontrakt.....	37
3.7 Oppdragsgivere	38
3.8 Andre aktører.....	38
4. Plikt til først å underrette / klage til oppdragsgiver	39

4.1	Innledning	39
4.2	Plikt til først å underrette oppdragsgiver.....	39
4.3	Plikt til først å klage til oppdragsgiver	40
5.	Andre problemstillinger knyttet til tilgangen til rettsmidler	41
6.	Oppstiller håndhevelsesdirektivene et eget effektivitetsprinsipp?.....	43
6.1	Innledning	43
6.2	EU-rettslige prinsipper om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse	43
6.3	Prinsippet om effektiv og rask prøving	44
Kapittel 3 Klagefrister/søksmålsfrister		47
1.	Innledning	47
2.	Generelle klagefrister	48
2.1	Innledning	48
2.2	Klagefristens lengde	48
2.3	Starttidspunktet for klagefristen – krav til begrunnelse.....	49
2.4	Fristavbrytelsen	50
2.5	Medlemsstatenes handlingsrom etter artikkel 2c	50
3.	Klagefrister for krav om "uten virkning"	52
3.1	Innledning	52
3.2	Søksmålsfristens lengde, starttidspunkt og avbrytelse	53
3.3	Medlemsstatenes handlingsrom etter artikkel 2f.....	54
4.	Ulovfestede krav til klagefrister.....	54
5.	Krav til frister for kontrakter under EØS-terskelverdi.....	55
6.	Er preklusive frister et utslag av et generelt prinsipp om lojalitet i den prekontraktuelle fasen? ...	55
Kapittel 4 Krav til organisering av klagesystemet.....		58
1.	Innledning	58
2.	Krav til klageorganer.....	58
Kapittel 5 Rettsmidler		60
1.	Innledning	60
2.	Krav til karenperiode.....	61
2.1	Innledning	61
2.2	Nærmere om bakgrunnen for reglene	61
2.3	Nærmere om kravet til karenperiode	62
2.4	Unntak fra krav til karenperiode.....	64
2.5	Nærmere om forholdet til reglene om begrunnelse.....	66
2.6	Særlig om krav til karen ved anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester....	69
2.7	Krav til karen for kontrakter under EØS-terskelverdi	69
3.	Suspensjon.....	70
3.1	Innledning	70
3.2	Krav til suspensjon.....	70

3.3	Sammenheng med bestemmelser om mulkt i forsyningssektorene.....	73
3.4	Særlig om krav til suspensjon ved anskaffelser av særlige tjenester.....	74
3.5	Krav til suspensjon for kontrakter under EØS-terskelverdi	74
4.	Midlertidige avgjørelser	74
4.1	Innledning	74
4.2	Krav om midlertidige avgjørelser	75
4.3	Vilkår for midlertidige avgjørelser	77
4.3.1	Innledning	77
4.3.2	Kravet til sikringsgrunn	78
4.4	Krav til sannsynliggjøring av hovedkravet	79
4.4.1	Interesseavveiningen.....	80
4.5	Særlig om midlertidige avgjørelser etter kontraktsinngåelse	80
4.6	Særlig om krav til midlertidige avgjørelser for kontrakter under EØS-terskelverdiene	81
5.	Tilsidesettelse av ulovlige beslutninger	82
5.1	Innledning	82
5.2	Krav til tilsidesettelse	82
5.3	Særlig om krav til tilsidesettelse for kontrakter under EØS-terskelverdiene	86
6.	Særlige regler for forsyningssektorene om mulkt.....	87
6.1	Innledning	87
6.2	Reglene om mulkt etter direktiv 92/13/EØF	87
6.2.1	Innholdet i bestemmelsen.....	87
6.2.2	Utmåling av mulkten	89
6.3	Nasjonalt handlingsrom og reglenes betydning etter endringsdirektivet.....	90
Kapittel 6 Sanksjoner.....		92
1.	Overordnet om reguleringen av sanksjonene	92
1.1	Innledning	92
1.2	Nærmere om bakgrunnen for sanksjonsreglene	92
1.3	Sanksjonene	93
1.4	Kort om rettskildebildet	93
2.	Uten virkning.....	94
2.1	Nærmere om sanksjonen «uten virkning».....	94
2.2	Brudd på kunngjøringsplikten (ulovlige direkteanskaffelser).....	95
2.3	Brudd på karenperiode- og suspensjonsreglene.....	97
2.4	Brudd på regler – rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.....	99
2.5	Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»	100
2.6	Unntak begrunnet i vesentlige hensyn til allmennhetens interesser	101
2.7	Unntak ved intensjonskunngjøring	103
2.8	Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.....	104
3.	Alternative sanksjoner	105
3.1	Oversikt.....	105

3.2	Anvendelsesområde	106
3.3	Krav til utformingen av de alternative sanksjonene	107
3.4	Nærmere om hvilke krav som stilles til overtredelsesgebyrets størrelse	108
3.5	Utmålingen av overtredelsesgebyr ved vesentlige endringer	110
4.	Særlig om krav til sanksjoner for kontrakter under EØS-terskelverdiene	110
DEL II: Håndhevelse av anskaffelsesregelverket i Danmark og Sverige		112
Kapittel 7 Håndhevelse av anskaffelsesregelverket i Danmark		113
1.	Innledning	113
2.	Generelt om håndhevelsessystemet	113
2.1	Oversikt over gjeldende regler.....	113
2.1.1	De materielle anskaffelsesreglene	113
2.1.2	Håndhevelsesreglene	114
2.2	Håndhevelsesorganer og virkeområdet til klagenævnsløven.....	114
2.3	Klageinteresse	117
2.4	Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver	117
3.	Kort om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rolle	118
4.	Kort om Klagenævnet for Udbud	119
4.1	Organisering	119
4.2	Klagegebyr.....	119
4.3	Klagenævnets saksbehandling.....	120
4.4	Sakskostnader	120
4.5	Innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene	120
4.6	Generell statistikk	121
5.	Klagefrister/søksmålsfrister	121
5.1	Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser	121
5.2	Frister for klage til Klagenævnet over «nasjonale» anskaffelser.....	123
5.3	Søksmålsfrister.....	124
6.	Rettsmidler.....	124
6.1	Innledning	124
6.2	Karensperiode	124
6.3	Oppsettende virkning og suspensjon	126
6.3.1	Innledning	126
6.3.2	Suspensjon	127
6.3.3	Midlertidige avgjørelser (oppsettende virkning etter § 12, stk. 1).....	128
6.3.4	Praksis om oppsettende virkning, herunder suspensjon.....	133
6.4	Konstatning av brudd	133
6.5	Tilsidesettelse («annullasjon»)	134
6.5.1	Hvilke beslutninger som kan settes til side.....	134
6.5.2	Vilkårene for tilsidesettelse	134
6.5.3	Virkningen av tilsidesettelse	135

6.6	Påbud om retting	137
6.7	Påbud om bringe kontrakten til opphør	137
6.8	Særlige regler for forsyningssektorene	138
7.	Klagefrister /søksmålsfrister	139
7.1	Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser	139
7.2	Frister for klage til Klagenævnet over «nasjonale» anskaffelser.....	141
7.3	Søksmålsfrister.....	141
8.	Erstatning.....	141
8.1	Innledning	141
8.2	Klagenævnets behandling av erstatningskrav.....	142
8.3	Innholdet i erstatningsvilkårene	142
8.3.1	Generelt om erstatningsvilkårene.....	142
8.3.2	Nærmere om vilkåret om ansvarsgrunnlag	143
8.3.3	Nærmere om vilkåret om tap	144
8.3.4	Nærmere om kravet til årsakssammenheng	144
8.3.5	Nærmere om kravet til adekvans.....	147
8.4	Nedsettelse eller bortfall som følge av egen skyld eller aksept av risiko	147
8.5	Utmåling av erstatning	148
8.6	Særlig om erstatning i forsyningssektorene	150
8.7	Omfanget av klagesaker og rettsaker om erstatning.....	150
8.7.1	Erstatningskjennelser fra Klagenævnet.....	150
8.7.2	Rettspraksis	152
9.	Sanksjoner.....	153
9.1	Innledning	153
9.2	Regler om «uten virkning».....	153
9.3	Rettsvirkningen av at en kontrakt kjennes uten virkning	155
9.4	Alternative sanksjoner og størrelsen på bøter.....	156
Kapittel 8 Håndhevelse av anskaffelsesregelverket i Sverige.....		158
1.	Generelt om håndhevelsessystemet	158
1.1	Organisering	158
1.2	Gjeldende lover på anskaffelsesområdet	159
1.2.1	Generelt	159
1.2.2	Lagen om offentlig opphandling (LOU).....	160
1.2.3	Lagen om opphandling inom försörjningssektorerna (LUF)	161
1.2.4	Lagen om opphandling av koncessioner (LUK)	161
1.2.5	Lagen om opphandling på försvars- og säkerhetsområdet (LUFS)	161
1.3	Klagebehandling i forvaltningsdomstolene	161
1.3.1	Klage i en pågående anskaffelsesprosess	162
1.3.2	Prøving av en kontrakts gyldighet	162
1.4	Saker som behandles av ordinære domstoler.....	163

1.5	Rettslig klage- og søksmålsinteresse	163
1.6	Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver	165
1.7	Statistikk – antall klager/domstolsavgjørelser mm	166
1.7.1	Klager til forvaltningsdomstolene.....	166
1.7.2	Søksmål til de ordinære domstolene	167
2.	Prekontraktuell håndhevelse	168
2.1	Karens	168
2.2	Suspensjon	170
2.3	Midlertidig forføyning	172
2.4	Sette til side beslutninger	175
2.5	Særlige regler i forsyningssektorene	175
3.	Erstatning.....	176
3.1	Generelt	176
3.2	Gjennomføringen av håndhevelsesdirektivenes bestemmelser.....	177
3.3	Erstatning for positiv kontraktsinteresse.....	179
3.3.1	Ansvarsgrunnlag.....	179
3.3.2	Årsakssammenheng	179
3.3.3	Utmåling av den positive kontraktsinteressen	180
3.4	Erstatning for tap av sjanse ved ulovlige direkteanskaffelser	181
3.4.1	Ansvarsgrunnlag.....	181
3.4.2	Årsakssammenheng	182
3.4.3	Erstatningsutmåling ved tap av sjanse	183
3.5	Erstatning for negativ kontraktsinteresse	184
3.5.1	Ansvarsgrunnlag.....	184
3.5.2	Årsakssammenheng	184
3.5.3	Utmåling av den negative kontraktsinteressen.....	185
3.6	Tapsbegrensningsplikt.....	186
4.	Sanksjoner.....	188
4.1	Generelt	188
4.2	Sanksjonen «uten virkning»	188
4.2.1	Ulovlige direkteanskaffelser.....	189
4.2.2	Kontrakter inngått i strid med karens- og suspensjonsbestemmelser.....	189
4.2.3	Kontrakter basert på rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning	190
4.2.4	Unntak fra sanksjonen «uten virkning»	190
4.2.5	Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»	191
4.3	Alternative sanksjoner	192
4.3.1	Generelt om alternative sanksjoner i Sverige.....	192
4.3.2	Overtredelsesgebyr	192
4.3.3	Unntak fra reglene om overtredelsesgebyr	193
4.3.4	Beregning av overtredelsesgebyret.....	194
4.3.5	Tilsynsvedtak	195

4.4	Nye regler fra 2024 om alternative sanksjoner.....	195
4.4.1	Generelt om den nye lovgivingen.....	195
4.4.2	Konkurrensverkets myndighet til å legge overtredelsesgebyr.....	196
4.4.3	Terskelen for overtredelsesgebyret økes til SEK 20 millioner.....	197
4.4.4	Fristen for ileggelse av overtredelsesgebyr.....	198
4.4.5	Ingen endringer i hvilke brudd som kan medføre overtredelsesgebyr.....	199
5.	Preklusjonsregler/søksmålsfrister.....	200
5.1	Klagefrister til forvaltningsdomstolen.....	200
5.2	Søksmålsfrister ved krav om erstatning for ordinære domstoler.....	201
5.3	Søksmålsfrister for Konkurrensverket ved ileggelse av overtredelsesgebyr.....	202
Del III: Erstatning.....		203
Kapittel 9 Erstatning ved brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.....		204
1.	Innledning.....	204
2.	Omfanget av tilkjent erstatning for brudd på anskaffelsesreglene i Norge.....	204
2.1	En kort oversikt over utviklingen i rettspraksis.....	204
2.2	Tilkjent erstatning – statistikk.....	205
3.	Håndhevelsesdirektivenes regulering av erstatningsansvaret ved brudd på anskaffelsesregelverket i EU/EØS.....	208
3.1	Oversikt over regulering i håndhevelsesdirektivene.....	208
3.2	Kan det fra håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor utledes nærmere krav til innholdet i erstatningsbestemmelsene i medlemsstatenes rettsystemer?.....	212
3.2.1	EU-domstolens sedvanlige tilnærming til tolkningen av håndhevelsesdirektivene.....	212
3.2.2	Nærmere om sak C-275/03 <i>Kommisjonen v. Portugal</i>	214
3.2.3	Nærmere om sak C-314/09 <i>Strabag</i>	215
3.2.4	Nærmere om sak C-568/08 <i>Combinatie Spijker</i>	216
3.2.5	Hva er rettstilstanden i EU-retten etter <i>Strabag</i> og <i>Combinatie Spijker</i> ?.....	217
3.2.6	Rettsstillingen i EØS-retten er avklart gjennom <i>Fosen II</i>	219
3.3	Reguleringen av erstatningsansvaret i håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene.....	222
3.3.1	Innledning.....	222
3.3.2	Ansvarsgrunnlag.....	222
3.3.3	Type tap som dekkes.....	222
3.3.4	Kravet til årsakssammenheng/erstatningsrettslig vern.....	222
3.3.5	Er ansvarsreguleringen i artikkel 2 nr. 7 uttømmende?.....	224
4.	Innholdet i statsansvaret på anskaffelsesrettens område.....	224
4.1	Innledning.....	224
4.2	Er det forskjell på statsansvaret i EU-retten og EØS-retten?.....	224
4.3	Er innholdet i statsansvaret det samme som innholdet i EU-institusjonenes erstatningsansvar på anskaffelsesrettens område?.....	225
4.4	Nærmere om ansvarsgrunnlaget.....	226
4.4.1	Innledning.....	226

4.4.2	Vurderingstema – terskel for ansvar.....	227
4.4.3	Nærmere om momentene som skal vektlegges.....	232
4.5	Vilkåret om at det må være lidt et tap.....	238
4.5.1	Innledning.....	238
4.5.2	Krever EU-retten at en forbigått tilbyder må ha muligheten til å få erstattet den positive kontraktsinteressen?	239
4.5.3	Erstatning for tap av sjanse som et substitutt for erstatning av den positive kontraktsinteressen	240
4.5.4	Skadelidtes tapsbegrensningsplikt	242
4.5.5	Prinsippet om uberettiget berikelse	243
4.6	Kravet til årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det påståtte tap.....	243
4.6.1	Innledning	243
4.6.2	Adgangen til å kreve klar sannsynlighetsovervekt for at erstatnings søker skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde vært begått.....	243
4.6.3	Betydningen av at oppdragsgiver har begått andre feil som innebærer at den forbigåtte tilbyderen uansett ikke kunne tildeles kontrakten.....	244
4.6.4	Betydningen av at erstatnings søker har begått feil slik at tilbudet skulle ha vært avvist 247	
4.6.5	Krever EU/EØS-retten at bevisbyrden i noen tilfeller snus?	247
4.6.6	Kravet til årsakssammenheng for å tilkjenne erstatning for den negative kontraktsinteressen	248
5.	De grunnleggende prinsippene om ekvivalens og effektivitet.....	249
6.	Tilkjenning av erstatning for anskaffelser som ikke er omfattet av håndhevelsesdirektivene.....	250
7.	Punkter der norsk rettspraksis har lagt terskelen lavere for erstatning enn kravene i EU/EØS-retten.....	250
7.1	Innledning	250
7.2	Vekting av de legislative hensynene ved utformingen av erstatningsvilkårene for ansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket	250
7.3	Gjelder det et objektivt erstatningsansvar for noen typer brudd på anskaffelsesregelverket i norsk rett?.....	252
7.4	Årsakssammenheng/rettslig interesse i norsk rett.....	253
7.5	Utmåling av tapet.....	254
7.5.1	Utgangspunkter for fastsettelsen av den positive kontraktsinteressen	254
7.5.2	Den forbigåtte tilbyderens tapsbegrensningsplikt.....	255
7.5.3	Hensynet til å unngå ubegrunnet berikelse	256
7.6	Håndhevelsesorganets prøvingsintensitet	257
	Kildeliste.....	259
1.	Internasjonale rettskilder	259
1.1	Avgjørelser fra EU-domstolen	259
1.2	Generaladvokatuttalelser.....	264
1.3	Avgjørelser fra Underretten	265
1.4	Avgjørelser fra EFTA-domstolen	266
2.	Norske rettskilder.....	266

2.1	Avgjørelser fra Høyesterett.....	266
3.	Juridisk litteratur.....	267
3.1	Bøker	267
3.2	Artikler.....	268
3.3	Ugeskrift for retsvæsen, avdeling B.....	269
3.4	Lovkommentarer.....	270
3.5	Andre kilder.....	270

**DEL I:
EØS-RETTENS KRAV TIL
HÅNDHEVELSE AV OFFENTLIGE
ANSKAFFELSER**

KAPITTEL 1 HÅNDHEVELSESDIREKTIVENE – EN OVERSIKT

1. INNLEDNING

I EU/EØS-retten er det et grunnleggende utgangspunkt at håndhevelse av rettigheter som følger av EU/EØS-retten, i utgangspunktet er overlatt til nasjonalt rett. Dette omtales gjerne som prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi, og innebærer at det tilligger nasjonale myndigheter å fastsette prosessreglene for håndhevelse av rettigheter som følger av EU/EØS-retten, herunder å utpeke kompetente håndhevelsesorganer.

EU/EØS-lovgiver har imidlertid kompetanse til å gi nærmere regler for håndhevelse av rettigheter som følger av EU/EØS-retten, og det fins flere eksempler på at EU har gjort dette der det har vært ansett å foreligge utfordringer med hensyn til å fremme EU/EØS-baserte rettigheter i medlemsstatenes rettssystemer.

De første anskaffelsesdirektivene fikk man på 1970-tallet, og utover 1980-tallet vokste det frem en stadig sterkere bekymring knyttet til etterlevelsen av disse direktivene i medlemsstatenes rettsordener. Det endte med at det ble vedtatt et håndhevelsesdirektiv for klassisk sektor i 1989 og for forsyningssektorene i 1992.

Håndhevelsesdirektivene var, og er fortsatt, en minimumsharmonisering av håndhevelse av EU/EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. I de opprinnelige håndhevelsesdirektivene var det to artikler som gjaldt håndhevelsesystemene i medlemsstatene. Dette ble bygget ut en del med endringsdirektivet av 2007, men reguleringen er fortsatt kasuistisk og nokså rudimentær.

2. HÅNDHEVELSESDIREKTIVENE

Håndhevelse av offentlige anskaffelser i EØS er i dag regulert i tre direktiver:

- direktiv 89/665/EØF¹, heretter også omtalt som håndhevelsesdirektivet
- direktiv 92/13/EØF², heretter også omtalt som håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene
- direktiv 2009/81/EF³, heretter også omtalt som forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet

Når vi i det følgende viser til håndhevelsesdirektivet og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene (samlet «håndhevelsesdirektivene»), viser vi til direktivene etter endringene som følger av direktiv 2007/66/EU og av direktiv 2014/23/EU, altså slik de foreligger per dags dato.

¹ Rådskdirektiv 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

² Rådskdirektiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og forskrifter om anvendelsen av fellesskapsreglene på innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon

³ Europaparlaments- og rådskdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF

Direktiv 89/665/EØF gjelder for anskaffelser som omfattes av direktiv 2014/24/EU (heretter også omtalt som anskaffelsesdirektivet)⁴ og for konsesjonskontrakter innen klassisk sektor som omfattes av direktiv 2014/23/EU (heretter også omtalt som konsesjonskontraktdirektivet)⁵.

Det presiseres eksplisitt i direktiv 89/665/EØF artikkel 1 nr. 1, at dette direktivet ikke gjelder for kontrakter som unntas fra disse to direktivene. Det gjelder kontrakter som unntas etter anskaffelsesdirektivet artikkel 7-12, 15-17 og 37 eller konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10-12, 17 og 25.

Direktiv 92/13/EØF gjelder for anskaffelser som omfattes av direktiv 2014/25/EU (heretter også omtalt som forsyningsdirektivet)⁶ og for konsesjonskontrakter innen forsyningssektorene som omfattes av direktiv 2014/23/EU.

Tilsvarende presiseres det eksplisitt i direktiv 92/13/EØF artikkel 1 nr. 1, at dette heller ikke gjelder for kontrakter som unntas fra disse to direktivene. Det gjelder kontrakter som unntas etter forsyningsdirektivet artikkel 18-24, 27-30, 34 og 55 eller konsesjonskontraktdirektivet artikkel 10, 12-14, 16-17 og 25.

For begge håndhevelsesdirektiver presiseres det at «kontrakter» i direktivenes forstand omfatter både vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, tjenestekonsesjonskontrakter og bygge- og anleggskonsesjonskontrakter, samt rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, jf. direktivenes artikkel 1 nr. 1.

Når det gjelder anskaffelser som omfattes av direktiv 2009/81/EF, inneholder dette direktivet egne bestemmelser om håndhevelse. Etter avtale med Nærings- og fiskeridepartementet omtales håndhevelsesreglene i dette direktivet ikke ytterligere.

Etter føringer fra Nærings- og fiskeridepartementet har vi i utredningen i hovedsak vist til og sitert fra de norske språkversjonene av håndhevelsesdirektivene og anskaffelsesdirektivene. De norske oversettelsene har imidlertid svært dårlig kvalitet og er ofte misvisende. Vi har derfor enkelte steder valgt å vise til den engelske språkversjonen i stedet.

Det finnes heller ikke noen norsk konsolidert versjon av håndhevelsesdirektivene som tar opp i seg endringene som følger av direktiv 2007/66/EF og 2014/23/EU. Vi har likevel valgt å sitere konsoliderte bestemmelser, slik at vi i sitatene hensyntar de endringer som senere er foretatt.

3. KORT OM DIREKTIV 89/665/EØF

Det første håndhevelsesdirektivet, direktiv 89/665/EØF, som gjelder for anskaffelser i klassisk sektor, ble vedtatt 21. desember 1989.

Bakgrunnen for direktivet var at de mekanismene som var på plass i medlemsstatene og på EU-nivå, ikke ble ansett tilstrekkelige til å sikre etterlevelsen av reglene i anskaffelsesdirektivene for klassisk sektor. Man mente derfor at det var nødvendig å sikre effektive og hurtige klagemuligheter ved brudd på anskaffelsesreglene gjennom et eget direktiv. Spesielt med hensyn til at anskaffelsesprosedyren strekker seg over en kort periode, ble det ansett som særlig viktig å sikre at klageorganene hadde

⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF

⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter

⁶ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF

kompetanse til å treffe midlertidige tiltak, slik at det ville være mulig å sette anskaffelsesprosessen i bero. Det ble også ansett som viktig å sikre at klageorganene har adgang til å sette ulovlige beslutninger til side og til å tilkjenne skadelidte leverandører erstatning.⁷

Håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor har blitt endret to ganger.

Den første endringen skjedde i 2007, ved direktiv 2007/66/EF (heretter også omtalt som endringsdirektivet),⁸ jf. endringsdirektivet artikkel 1. Bakgrunnen for denne endringen og endringsdirektiv 2007/66/EF omtales nærmere i punkt 6.

Direktiv 89/665/EØF ble også endret i 2014 i forbindelse med revisjonen av anskaffelsesdirektivene, der det ble da innført et nytt direktiv for konsesjonskontrakter, direktiv 2014/23/EU. Dette direktivet regulerer inngåelsen av konsesjonskontrakter i både klassisk sektor og forsyningssektorene. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder således i artikkel 46 en bestemmelse som endrer direktiv 89/665/EØF. Endringene innebærer for det første at anvendelsesområdet til håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor utvides til også å gjelde for konsesjonskontrakter i klassisk sektor som omfattes av konsesjonskontraktdirektivet. For det andre ble henvisningene til det tidligere anskaffelsesdirektivet, direktiv 2004/18/EF, erstattet med henvisninger til direktiv 2014/24/EU.

Det finnes ikke en offisiell konsolidert versjon av håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor, men en uoffisiell konsolidert versjon slik direktivet så ut per 17. april 2014, er tilgjengelig i EUR-Lex.⁹

4. KORT OM DIREKTIV 92/13/EØF

Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene ble vedtatt litt over to år etter håndhevelsesdirektivet, den 25. februar 1992.

Begrunnelsen for å innføre dette direktivet var i høy grad den samme som for klassisk sektor. Ettersom direktiv 89/665/EØF ikke gjaldt for anskaffelser i forsyningssektorene, var det imidlertid behov for å vedta et eget direktiv også for disse sektorene. Det fremgår av fortalet til direktivet at det burde tas hensyn til den særlige karakteren av rettssystemet som i noen tilfeller gjaldt for anskaffelser i forsyningssektorene, og at klageorganene derfor burde ha flere alternative muligheter til å gripe inn. Det ble derfor åpnet for at klageorganer i forsyningssektorene, i stedet for å treffe midlertidige tiltak og sette til side ulovlige beslutninger, skal kunne legge indirekte press på oppdragsgiverne for å få dem til å bringe overtredelser til opphør, for eksempel ved å ilegge mulkt.

Også håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene ble endret i 2007, jf. endringsdirektivet artikkel 2 og nærmere omtale i punkt 6.

Direktiv 92/13/EØF ble også endret i 2014 i forbindelse med revisjonen av anskaffelsesdirektivene. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder således i artikkel 47 en bestemmelse som endrer direktiv 92/13/EØF. Endringene innebærer for det første at anvendelsesområdet til håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene utvides til også å omfatte konsesjonskontrakter i forsyningssektorene omfattes av konsesjonskontraktdirektivet. For det andre ble henvisningene til det tidligere forsyningsdirektivet, direktiv 2004/17/EF erstattet med henvisninger til direktiv 2014/25/EU.

⁷ Se nærmere i direktivets fortale.

⁸ 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

⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01989L0665-20140417>

Det finnes heller ikke en offisiell konsolidert versjon av håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene, men en uoffisiell konsolidert versjon slik direktivet så ut per 17. april 2014, er tilgjengelig i EUR-Lex.¹⁰

5. SENTRALE FORSKJELLER MELLOM DIREKTIV 89/665/EØF OG 92/13/EØF

Reglene i de to håndhevelsesdirektivene er langt på vei de samme. Det er likevel noen sentrale forskjeller:

- Regler om mulkt i forsyningssektorene som en alternativ sanksjon: Det er i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c gitt en særregel som gir medlemsstatene mulighet til å velge mellom å innføre bestemmelser om mulkt som alternativ til rettsmidlene midlertidig forføyning og tilsidesettelse av ulovlige tildelingsbeslutninger er, se kapittel 5 punkt 6.
- Særregel om erstatning i forsyningssektorene: Som følge av at det vil kunne være vanskeligere å få stoppet en kontraktsinngåelse gjennom begjæring om midlertidig forføyning på forsyningssektorenes område enn innenfor klassisk sektor, er retten til å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen regulert nærmere i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c, se kapittel 9 punkt 3.3.

Videre brukes noen ulike begreper i de to direktivene. I direktiv 89/665/EØF brukes generelt begrepene «offentlige oppdragsgiver» og «offentlig kontrakt», mens begrepene «oppdragsgiver» og «kontrakt» brukes i 92/13/EØF.¹¹ Dette har ingen materiell betydning, men henger sammen med de ulike begrepene som brukes i henholdsvis anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet som følge av at disse direktivene omfatter ulike typer oppdragsgivere.

Disse mindre, språklige forskjellene som ikke har materiell betydning, er ikke nærmere kommentert i utredningen.

6. KORT OM DIREKTIV 2007/66/EF

I 2007 ble et nytt direktiv, direktiv 2007/66/EF, vedtatt. Direktivet endret begge de to håndhevelsesdirektivene.

Bakgrunnen for endringsdirektivet var at Kommisjonen, gjennom høringer og EU-domstolens praksis, hadde avdekket en rekke svakheter ved de eksisterende nasjonale håndhevelsesreglene og -systemene. Ifølge Kommisjonen betød dette blant annet at de garantier for gjennomsiktighet og likebehandling som tilstrebes gjennom anskaffelsesdirektivene, ikke til fulle kom hele fellesskapet til gode.¹²

Kommisjonen var særlig opptatt av to problemstillinger.

For det første mente Kommisjonen at forbigåtte leverandører ikke hadde tilstrekkelige muligheter til å angripe feil i anskaffelsesprosessene før kontrakt ble inngått, det vil si på et tidspunkt hvor det fortsatt ville være mulig å rette opp feil som måtte være begått. Før endringsdirektivet måtte forbigåtte leverandørene i høy grad nøye seg med å fremme etterfølgende erstatningskrav, noe som ikke ble

¹⁰ [CL1992L0013EN0050010.0001_cp 1..1 \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007L0013-EN0050010.0001_cp_1..1)

¹¹ I den engelske versjonen brukes også henholdsvis begrepene «contract notice» og «notice» i for eksempel artikkel 2f, mens det i den norske versjonen av begge direktivene bare brukes begrepet «forhåndskunngjøring»

¹² Se endringsdirektivets fortale avsnitt 3

ansett som tilfredsstillende. Dette førte til innføringen av blant annet regler om karenperiode og suspensjon, og med dette en betydelig styrking av den prekontraktuelle håndhevelsen.

For det andre mente Kommissjonen at det ikke var tilstrekkelige sanksjoner til å imøtegå ulovlige direkteanskaffelser. Dette førte til innføringen av et sanksjonssystem for visse alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket, herunder krav om at kontrakter skal kunne kjennes uten virkning.

I tillegg ble det innført nye regler om klagefrister.

For øvrig ble håndhevelsesdirektivenes henvisninger til anskaffelsesdirektivene oppdatert med henvisninger til 2004-anskaffelsesdirektivene.

For en generell omtale av endringsdirektivet vises det til NOU 2010: 2, særlig kapittel 4.

7. SÆRLIG OM ANSKAFFELSER AV SOSIALTJENESTER OG ANDRE SÆRLIGE TJENESTER

Det er i de to anskaffelsesdirektivene innført et særlig «light-regime» for sosialtjenester og andre særlige tjenester, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 74 til 77 og forsyningsdirektivet artikkel 91 til 94. For slike anskaffelser gjelder ikke anskaffelsesdirektivenes detaljerte prosedyreregler. For anskaffelser underlagt «light-regimet» gjelder i hovedsak en plikt til å kunngjøre konkurranse samt overholde visse grunnleggende prinsipper for tildeling av kontrakt.

Ettersom håndhevelsesdirektivene gjelder for anskaffelser som omfattes av både direktiv 2014/24/EU og 2014/25/EU, vil de derfor også gjelde for anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester.

Spørsmålet er likevel om alle rettsmidler vil være relevante for slike tjenester. Dette gjelder særlig reglene om karenperiode og suspensjon, sett i lys av at anskaffelsesdirektivene ikke inneholder detaljerte prosedyreregler, herunder regler om begrunnelse, for slike anskaffelser.

Vi har derfor omtalt denne problemstillingen særskilt i kapittel 4 under omtalen i punkt 2.6 når det gjelder reglene om karenperiode og i punkt 3.4 når det gjelder reglene om suspensjon.

8. SÆRLIG OM ANSKAFFELSER UNDER EØS-TERSKELVERDI

Håndhevelsesdirektivene gjelder bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Håndhevelsesdirektivene gjelder derfor hverken for anskaffelser som er unntatt fra anskaffelsesdirektivene, eller for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Slike anskaffelser vil likevel kunne være omfattet av EØS-avtalens hoveddel, i det omfang disse har grensekryssende interesse.

I Hammersviks utredning av 17. februar 2023, som inngår som et digitalt vedlegg til NOU 2023: 26¹³, redegjøres det nærmere for de generelle kravene som EØS-retten stiller til anskaffelser som ikke omfattes av direktivene. For en generell omtale av disse kravene, herunder spørsmålet om når det foreligger grensekryssende interesse, viser vi derfor til denne utredningen.¹⁴

Her nøyer vi oss med å vise til at det gjelder et prinsipp om effektiv rettsbeskyttelse. Dette innebærer blant annet at rettighetshavere må sikres mulighet til rettslig prøving av brudd på EØS-reglene. Dette betyr at forbigåtte leverandører må gis klageadgang ved for eksempel brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet for anskaffelser med grensekryssende interesse. Kravet på domstolsprøving av EØS-retteligheter innebærer også at oppdragsgiverne må begrunne sine

¹³ Hammersvik

¹⁴ Se også Arrowsmith Vol. 1, avsnitt 22-43 flg.

beslutninger i forbindelse med offentlige anskaffelser, og at forbigåtte leverandører må ha tilgang til effektive rettsmidler.¹⁵

Spørsmålet som er særlig sentralt for vår utredning, er imidlertid i hvilket omfang primærretten stiller krav til konkrete rettsmidler som for eksempel karenperiode og oppsettende virkning, erstatning og sanksjoner ved brudd på regelverket.

Når det gjelder anskaffelser som *ikke* har grensekryssende interesse, er det klart at medlemsstatene ikke er forpliktet til å innføre slike regler for disse anskaffelsene. Svaret på dette spørsmålet er derimot ikke like klart når det gjelder anskaffelser som *har* grensekryssende interesse. Vi viser her til Hammersvik, avsnitt 2.8.3, og vi vil i de følgende avsnitt bare kort omtale problemstillingen under gjennomgangen av de ulike rettsmidlene der det er aktuelt.

¹⁵ Se Hammersvik, avsnitt 2.8.2 med videre henvisninger til praksis fra EU-domstolen.

KAPITTEL 2 REGULERINGEN AV ADGANGEN TIL Å KLAGE (ACCESS TO REVIEW)

1. INNLEDNING

Fanebestemmelsen i håndhevelsesdirektivene finner man i artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, treffe de nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgiverne i samsvar med vilkårene fastsatt i artikkel 2-2f i dette direktiv, med den begrunnelse at slike beslutninger er i strid med unionsretten på området offentlig innkjøp, eller med nasjonale regler som innarbeider nevnte rett i nasjonal lovgivning.¹⁶

EU/EØS-statene har altså plikt til å ha et system for håndhevelse av brudd på anskaffelsesregelverket i EU/EØS som sikrer at påstander om brudd blir etterprøvd effektivt, og så raskt som mulig, i samsvar med reglene som er fastsatt i direktivet.

Systematikken i håndhevelsesdirektivene var opprinnelig at tilgangen til håndhevelsesmekanismen for de som ønsket å angripe en beslutning tilknyttet en anskaffelsesprosess, var regulert i artikkel 1. Kompetansen som det ble stilt krav til at håndhevelsorganene skulle ha og organiseringen av denne kompetansen, var regulert i artikkel 2.

Denne inndelingen er i det alt vesentlige i behold etter utvidelsen av håndhevelsesdirektivene i 2007. Det kan imidlertid argumenteres for at for eksempel artikkel 2c om tidsfrister for klage, regulerer tilgangen til rettsmidlene og ikke innholdet i disse.

I dette kapitlet vil vi redegjøre for håndhevelsesdirektivenes regulering av tilgangen til håndhevelsesmekanismene i artikkel 1. Vi følger håndhevelsesdirektivenes systematikk, og behandler tidsfrister for klage i et eget kapittel.

De mest sentrale bestemmelsene er artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt som regulerer hvilke beslutninger som kan påklages (klagegjensstand), og artikkel 1 nr. 3 som regulerer hvem som kan klage (rettslig klageinteresse).

Ved endringsdirektivet av 2007 ble også noen spørsmål som var avgjort av EU-domstolen, tatt inn i håndhevelsesdirektivene. Dette gjelder artikkel 1 nr. 4 og 5. Artikkel 1 nr. 4 regulerer adgangen til å kreve at leverandøren informerer oppdragsgiver om at han tar sikte på å benytte muligheten til å klage på noe han mener er et brudd på anskaffelsesregelverket. Artikkel 1 nr. 5 regulerer adgangen til å kreve at leverandøren først klager til oppdragsgiver.

EU-domstolen har også behandlet en del andre spørsmål knyttet til tilgangen til rettsmidler. Vi gir en kort oversikt over dette i punkt 5 nedenfor.

Avslutningsvis drøfter vi om det av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt kan utledes et prinsipp om effektivitet som har et selvstendig innhold utover de grunnleggende EU-rettslige prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse, og som gjelder alle sider av håndhevelsessystemet.

¹⁶ Den norske oversettelsen har relativt lav kvalitet.

2. KLAGEGJENSTAND

2.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt angir hvilke beslutninger som skal kunne påklages av de klageberettigede. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Medlemsstatene skal, med hensyn til kontrakter som faller inn under virkeområdet for direktiv 2014/24/EU eller 2014/23/EU, 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.

Samme bestemmelse er inntatt i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, med den forskjell at bestemmelsen naturligvis viser til direktiv 2014/25/EU i stedet for direktiv 2014/24/EU.

Bestemmelsen har ligget inne i håndhevelsesdirektivene fra opprinnelsen av. Den er heller ikke blitt revidert, ut over en ren oppdatering av henvisningene til de anskaffelsesdirektiver som til enhver tid har vært gjeldende. Med vedtakelsen av anskaffelsesdirektivene i 2014 ble det imidlertid gjort redaksjonelle justeringer i artikkel 1 nr. 1 som innebar at bestemmelsen ble flyttet fra tredje avsnitt til et nytt fjerde avsnitt. De fleste avgjørelser fra EU-domstolen viser derfor til artikkel 1 nr. 3 tredje avsnitt i sine vurderinger av hvilke beslutninger som må kunne være gjenstand for klage.

2.2 Alle beslutninger skal kunne påklages

Som det fremgår av håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, skal «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» kunne påklages. Ordlyden er vid og oppstiller ingen skranker for hvilke beslutninger som er fattet av oppdragsgiver i en anskaffelsesprosess, som skal kunne være gjenstand for klage.

EU-domstolen har i sin praksis bekreftet dette utgangspunktet, og lagt til grunn at begrepet «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» skal tolkes vidt. Spørsmålet ble grundig drøftet av EU-domstolen i sak C-26/03 *Stadt Halle*. Uttalelsene i dommen er fulgt opp i en rekke senere saker.¹⁷

EU-domstolen la til grunn at artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt forutsetter at alle beslutninger som oppdragsgiver tar, og som er underlagt EU-reglene om offentlige anskaffelser, skal kunne påklages, uavhengig av dens innhold eller tidspunktet den fattes (understreket her):¹⁸

The wording of Article 1(1) of Directive 89/665 assumes, by using the words ‘as regards ... procedures’, that every decision of a contracting authority falling under the Community rules in the field of public procurement and liable to infringe them is subject to the judicial review provided for in Article 2(1)(a) and (b) of that directive (see, to that effect, Case C-92/00 HI [2002] ECR I-5553, paragraph 37, and Case C-57/01 Makedoniko Metro and Mikhaniki [2003] ECR I-1091, paragraph 68). It thus refers generally to the decisions of a contracting authority

¹⁷ Jf. blant annet C-391/15 *Marina del Mediterráneo* avsnitt 26-27 og C-260/17 *Anodiki Services* avsnitt 42-44

¹⁸ C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 28

without distinguishing between those decisions according to their content or time of adoption.

Videre presiserte EU-domstolen at artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt ikke selv begrenser kretsen av beslutninger som skal kunne være gjenstand for klage (understreket her):¹⁹

That broad meaning of the concept of a decision taken by a contracting authority is confirmed by the Court's case-law. The Court has already held that Article 1(1) of Directive 89/665 does not lay down any restriction with regard to the nature and content of the decisions it refers to (Case C-81/98 Alcatel Austria and Others [1999] ECR I-7671, paragraph 35). Nor may such a restriction be inferred from the wording of Article 2(1)(b) of that directive (see, to that effect, Alcatel Austria and Others, paragraph 32). Moreover, a restrictive interpretation of the concept of a decision amenable to review would be incompatible with the provision in Article 2(1)(a) of that directive which requires the Member States to make provision for interim relief procedures in relation to any decision taken by the contracting authorities (HI, paragraph 49).

Dette ledet EU-domstolen til den konklusjon at alle handlinger som oppdragsgiver utfører i forbindelse med en kontrakt som er underlagt anskaffelsesdirektivet, og som kan ha rettsvirkninger, er å anse som en beslutning som skal kunne påklages. Om handlingen foretas i eller utenfor den formelle konkurransejennomføringen, er uten betydning (understreket her):²⁰

Having regard to that case-law and to the objectives, scheme and wording of Directive 89/665, and in order to preserve the effectiveness of that directive, it must be concluded that any act of a contracting authority adopted in relation to a public service contract within the material scope of Directive 92/50 and capable of producing legal effects constitutes a decision amenable to review within the meaning of Article 1(1) of Directive 89/665, regardless of whether that act is adopted outside a formal award procedure or as part of such a procedure.

EU-domstolen trakk grensen mot beslutninger av mer forberedende karakter, som innledende undersøkelser av markedet og forberedende, interne vurderinger oppdragsgiver gjør med sikte på å foreta en anskaffelse. Slike beslutninger faller utenfor artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt:²¹

Not amenable to review are acts which constitute a mere preliminary study of the market or which are purely preparatory and form part of the internal reflections of the contracting authority with a view to a public award procedure.

For øvrig følger det av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt at klagen må være fundert på at beslutningen er i strid med EU-reglene om offentlige kontrakter eller nasjonale regler som gjennomfører disse reglene i nasjonal rett.

I dette ligger for det første at en klage ikke må være begrenset til en påstått overtredelse av en bestemt regel i anskaffelsesdirektivene eller nasjonale regler som gjennomfører dem. Klagen kan også være begrunnet med at beslutningen ikke er i samsvar med EU-rettens grunnleggende prinsipper, idet oppdragsgiver også må overholde disse prinsippene ved gjennomføringen av en anskaffelse.

Dette ble bekreftet av EU-domstolen i sak C-92/00 HI. Her kom EU-domstolen til at en beslutning om å avlyse konkurransen om en kontrakt som er underlagt anskaffelsesdirektivet, måtte kunne være

¹⁹ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 30

²⁰ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 34

²¹ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 35

gjenstand for klage, selv om direktivet ikke oppstiller vilkår for når en konkurranse kan avlyses. Det skyldtes at en beslutning om avlysning også må overholde EU-rettens grunnleggende prinsipper.²²

For det andre faller klager som er begrunnet med overtredelse av rent nasjonale anskaffelsesregler, det vil si regler som ikke springer ut av en tilsvarende forpliktelse i EU-retten, utenfor virkeområdet til artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt. Det innebærer for eksempel at den særnorske regelen om at klima- og miljøhensyn skal vektas med minimum 30 prosent, jf. anskaffelsesforskriften § 7-9 annet ledd slik den vil lyde med virkning fra 1. januar 2024, ikke kan kreves underlagt klagebehandling i medhold av håndhevelsesdirektivet.²³

2.3 Beslutningen skal kunne påklages med en gang

Et særlig spørsmål er fra hvilket tidspunkt det skal være mulig å klage.

Dette spørsmålet tok EU-domstolen stilling til i *Stadt Halle*. EU-domstolen viste til at håndhevelsesdirektivet selv er taust om dette, men at hensynet til effektiv og rask klagebehandling tilsier at en beslutning må kunne påklages med en gang:²⁴

As to the time from which such a possibility of review is open, it must be noted that no such time is formally laid down in Directive 89/665. However, having regard to that directive's objective of effective and rapid judicial protection, in particular by interlocutory measures, it must be concluded that Article 1(1) of the directive does not authorise Member States to make the possibility of review subject to the fact that the public procurement procedure in question has formally reached a particular stage.

Dette innebærer at medlemsstatene ikke kan innføre regler om at bestemte beslutninger først kan påklages på et senere stadium i anskaffelsesprosessen. Eksempelvis kan en avvist leverandør som ønsker å klage på avvisningen, ikke henvises til å måtte klage å på den som ledd i en klage på tildelingsbeslutningen. Beslutningen om avvisning må kunne påklages umiddelbart etter at oppdragsgiver har fattet den.

2.4 Kort oversikt over behandlingen av kravet i rettspraksis

Spørsmålet om en beslutning fra oppdragsgiver må kunne være gjenstand for klage i henhold til håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, er forelagt EU-domstolen i en rekke saker. Med den vide forståelsen av begrepet «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere», har resultatet uten unntak vært at den aktuelle beslutningen må kunne påklages.

I det følgende gis en summarisk gjennomgang av denne praksisen.

Oppdragsgivers valg om ikke å iverksette konkurranse fordi kontrakten antas å falle utenfor anskaffelsesdirektivet, er den første av de beslutninger oppdragsgiver treffer i forbindelse med en anskaffelsesprosess, som må kunne være gjenstand for klage, jf. *Stadt Halle*. EU-domstolen påpekte

²² Jf. C-92/00 *HI* avsnitt 42

²³ Arrowsmith Vol. 2 side 939–940 diskuterer om nasjonale regler som gjelder for anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivene, *generelt* må anses som «nasjonale regler som innarbeider» EU-retten og derfor kan håndheves etter artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, selv om de supplerer eller går lenger enn EU-rettens spesifikke krav. Hun er kritisk til dette standpunktet, som er utledet av generaladvokat *Jääskinens* forslag til avgjørelse i C-61/14 *Orizzonte Salute*. Rammene for dette oppdraget gjør at vi ikke drøfter dette spørsmålet videre her.

²⁴ Jf. C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 38. Uttalelsen er gjentatt i sak C-391/15 *Marina del Mediterraneo* avsnitt 31.

det paradoksale i det motsatte resultatet: Det ville i praksis gjort det valgfritt å følge anskaffelsesreglene, samtidig som det ville innebære en vesentlig begrensning i formålet om effektiv og hurtig klagebehandling.²⁵

Dette ble gjentatt av EU-domstolen i sak C-260/17 *Anodiki Services EPE*.²⁶ I den saken hadde oppdragsgiver besluttet å inngå en rekke særlige ansettelseskontrakter uten å følge anskaffelsesreglene. Beslutningen måtte kunne påklages av dem som hadde rettslig interesse i dette, jf. punkt 3.6.

Den samme regelen er også kommet direkte til uttrykk i avsnitt 2 i fortalet til endringsdirektivet.

En *beslutning som tillater en leverandør å delta i konkurransen*, er en beslutning som må kunne påklages av andre konkurransedeltakere, jf. sak C-391/15 *Marina del Mediterráneo*. EU-domstolen presiserte at dette opplagt er en beslutning som ikke er en intern vurdering som etter *Stadt Halle* faller utenfor virkeområdet til artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt.²⁷ Det kan ikke kreves at klageren avventer tildelingen av kontrakt før beslutningen påklages, jf. punkt 2.3 ovenfor.

Motsatsen, en *beslutning om avvísning*, er også en beslutning som må kunne påklages (av den avviste leverandøren), jf. sak C-100/12 *Fastweb*.²⁸ Heller ikke denne beslutningen kan det kreves at leverandøren vente med å klage på til tildelingsbeslutningen foreligger, jf. punkt 2.3 ovenfor.

Tildelingsbeslutningen skal alltid kunne påklages. EU-domstolen har presisert at klageadgangen må være i behold, uavhengig av muligheten for å kreve erstatning etter at kontrakten er blitt inngått, jf. sak C-81/98 *Alcatel Austria*.²⁹ Uttalelsen er gjentatt blant annet i *Stadt Halle*.³⁰

Også oppdragsgivers *beslutning om å avlyse en konkurranse* må kunne påklages, jf. sak C-92/00 *HI*. EU-domstolen viste blant annet til at formålet med håndhevelsesdirektivet ville settes i fare dersom en avlysningsbeslutning ikke er underlagt domstolskontroll og heller ikke kan settes til side som med den begrunnelse at den er i strid med anskaffelsesreglene.³¹ EU-domstolen gjentok dette i sak C-15/04 *Koppensteiner*.³²

Sak C-682/21 *HSC Baltic mfl.* gjaldt en spesiell type beslutning fattet utenfor den formelle konkurransegjennomføringen. Dersom en oppdragsgiver hever en kontrakt på grunn av vesentlig mislighold, blir leverandøren satt på en liste over upålitelige leverandører. «Svartelistede» leverandører blir midlertidig utestengt fra fremtidige konkurranser. I saken var spørsmålet om oppdragsgivers beslutning om å sette en leverandør på «svartelisten» utgjorde en «beslutning» i henhold til artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, og som derfor måtte kunne påklages av leverandøren. EU-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende. Det sentrale i begrunnelsen var at beslutningen må være i samsvar dels med reguleringen av fakultative avvísningsgrunner i anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 4 bokstav g, dels med det grunnleggende forholdsmessighetsprinsippet i artikkel 18 nr. 1.³³

²⁵ Jf. C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 33-37

²⁶ Jf. C-260/17 *Anodiki Services EPE* avsnitt 45-46

²⁷ Jf. C-391/15 *Marina del Mediterráneo* avsnitt 28

²⁸ Jf. C-100/12 *Fastweb* avsnitt 26

²⁹ Jf. C-81/98 *Alcatel Austria* avsnitt 43

³⁰ Jf. C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 31

³¹ Jf. C-92/00 *HI* avsnitt 55-57

³² Jf. C-15/04 *Koppensteiner* avsnitt 29-31. Det sentrale spørsmålet i denne saken var om et klageorgan har plikt til å se bort fra nasjonale regler som forhindrer den i å overholde forpliktelsen i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav b. EU-domstolen kom til at klageorganet hadde slik plikt, jf. avsnitt 38-39.

³³ Jf. C-682/21 *HSC Baltic mfl.* avsnitt 64

3. RETTSLIG KLAGEINTERESSE

3.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir regler om hvem som skal ha adgang til å klage på oppdragsgivers beslutninger i en anskaffelsesprosess (rettslig klageinteresse). Bestemmelsen lyder:

Medlemsstatene skal sikre at klagebehandlingen, i henhold til nærmere regler som medlemsstatene kan fastsette, minst er tilgjengelig for enhver person som har, eller har hatt, en interesse av å bli tildelt en bestemt kontrakt, og som har blitt, eller risikerer på bli, skadelidende som følge av en påstått overtredelse.

En identisk bestemmelse er gitt i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 3. De to bestemmelsene har stått uendret siden vedtakelsen, og ble ikke justert med endringsdirektivet i 2007.

Bestemmelsene krever at medlemsstatene som et minimum skal sørge for klageadgang for alle som (i) kan påvise at de har eller har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt, og (ii) i tillegg har lidt eller vil kunne lide skade av en påstått overtredelse av anskaffelsesreglene. Med dette er medlemsstatene ikke forpliktet til å gi «enhver» klageadgang, men kan begrense kretsen av de klageberettigede til dem som oppfyller vilkårene i bestemmelsen. Dette utgangspunktet har EU-domstolen understreket i en rekke avgjørelser, blant annet i sak C-53/22 VZ.³⁴

Klageadgang er gitt til «enhver person». Etter ordlyden er den rettslige klageinteressen altså ikke begrenset til dem som anskaffelsesdirektivene definerer som «økonomiske aktører», eller til tilbydere eller leverandører som har levert forespørsel om å delta i en konkurranse («kandidater»). Som vi kommer tilbake til nedenfor, innebærer de øvrige vilkårene i artikkel 1 nr. 3 likevel at det i hovedsak er de som har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, som har rettslig klageinteresse.

Direktivet selv gir liten veiledning for tolkningen av vilkårene. Rettslig klageinteresse er adressert i avsnitt 17 i fortalen til endringsdirektivet, men bare i form av en gjentakelse av ordlyden i artikkel 1 nr. 3. EU-domstolen har imidlertid tatt stilling til vilkårene for rettslig klageinteresse i en rekke saker. Avgjørelser fra EU-domstolen er derfor den sentrale rettskilden for å forstå rekkevidden av håndhevelsesdirektivets krav til rettslig klageinteresse.

Artikkel 1 nr. 3 er ingen fullharmonisering av reglene om klageinteresse. Det bestemmelsen krever, er at medlemsstatene som et minimum («minst») skal sørge for klageadgang for alle som oppfyller vilkårene. Medlemsstatene står altså fritt til å gi klageadgang også til aktører som faller utenfor denne gruppen. Dette er dessuten uttrykkelig slått fast av EU-domstolen i flere saker, blant annet i sak C-492/06 *Consortio Elisoccorso San Raffaele*.³⁵ Samtidig kan medlemsstatene ikke oppstille vilkår for rettslig klageinteresse ut over dem som følger av direktivbestemmelsen.

Videre følger det uttrykkelig av artikkel 1 nr. 3 at den enkelte medlemsstat selv kan fastsette detaljerte regler for utøvelsen av klageadgangen. Selv om medlemsstatene har denne muligheten, har EU-domstolen understreket i sak C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner mfl.* at vilkårene i artikkel 1 nr. 3 uansett må tolkes på en måte som sikrer direktivets effektive virkning.³⁶

Vi vil i det følgende gå gjennom de typetilfellene som er behandlet i EU-domstolens praksis.

³⁴ Jf. C-53/22 VZ avsnitt 30 med videre henvisninger

³⁵ Jf. C-492/06 *Consortio Elisoccorso San Raffaele* avsnitt 26-27

³⁶ Jf. C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner mfl.* avsnitt 34

3.2 Leverandører som har deltatt i konkurransen om en kontrakt

3.2.1 Innledning

Kjerneområdet for artikkel 1 nr. 3 er de leverandører som deltar, eller har deltatt, i konkurransen om en offentlig kontrakt. Konkurransedeltakerne vil enten ha, eller ha hatt, en interesse i å oppnå kontrakten de konkurrerer om, og oppfyller uten videre det første vilkåret for rettslig klageinteresse.

Det er imidlertid ingen automatikk i at samtlige konkurransedeltakere også oppfyller det andre vilkåret for rettslig klageinteresse, altså kravet om å ha lidt eller risikere å lide skade som følge av et påstått regelbrudd. Dette vilkåret har gitt opphav til en rekke saker for EU-domstolen – i første rekke med spørsmål om leverandører som er blitt avvist fra konkurransen, eller som kunne eller skulle ha vært avvist, har rettslig klageinteresse. EU-domstolens praksis viser at den rettslige klageinteressen ikke er den samme for disse to gruppene leverandører. I dette punktet vil vi redegjøre for klageadgangen til leverandører som ikke er blitt avvist fra konkurransen. Den rettslige klageinteressen til leverandører som faktisk er blitt avvist fra konkurransen, behandles i punkt 3.3 nedenfor.

3.2.2 Leverandører som blir møtt med at de skulle ha vært avvist fra konkurransen

Som et utgangspunkt kan leverandører som deltar i konkurransen om en offentlig kontrakt, ikke nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at hans eget tilbud skulle ha vært avvist. I en slik situasjon oppfyller leverandøren vilkåret om å lide eller risikere å lide skade som følge av den påståtte overtredelsen.

Dette ble slått fast av EU-domstolen første gang i sak C-249/01 *Hackermüller*. I den saken hadde en tilbyder som mente seg urettmessig forbigått, påklaget tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at oppdragsgiver hadde gjort feil i evalueringen av hvilket tilbud som var det beste. Klageorganet (Bundesvergabebamt) avviste klagen ex officio under henvisning til at klagerens tilbud skulle ha vært avvist. Ifølge klageorganet ville klageren derfor ikke lide eller risikere å lide skade som følge av eventuelle feil ved tildelingsbeslutningen.

EU-domstolen la på sin side til grunn at det ville sette formålet med håndhevelsesdirektivet i fare dersom klageinstansen kan nekte en tilbyder klageadgang med den begrunnelse at oppdragsgiver feilaktig har unnlatt å avvise hans tilbud før tildeling av kontrakt.³⁷ Resultatet ville i så fall bli at klageinstansen *både* nekter klageren muligheten til å påklage tildelingsbeslutningen og grunnlaget for å nekte ham dette:³⁸

In those circumstances, if a review body were to refuse access to those procedures to a tenderer in a position like that of Mr Hackermüller, the effect would be to deny him not only his right to seek review of the decision he alleges to be unlawful but also the right to challenge the validity of the ground for exclusion raised by that body to deny him the status of a person who has been or risks being harmed by the alleged unlawfulness.

Situasjonen er en annen dersom klageren gis mulighet til å imøtegå det påståtte grunnlaget for avvising fra konkurransen som klageorganet vurderer å bruke som grunnlag for å avvise klagen. Får klageren denne muligheten, vil klageorganet likevel kunne la være å realitetsbehandle klagen med den begrunnelse at klagerens tilbud skulle ha vært avvist.³⁹

³⁷ Jf. C-249/01 *Hackermüller* avsnitt 23

³⁸ C-249/01 *Hackermüller* avsnitt 26

³⁹ Jf. C-249/01 *Hackermüller* avsnitt 27-28

Denne presiseringen fra EU-domstolen har god forankring i artikkel 1 nr. 3. En klager som faktisk skulle ha vært avvist, risikerer ikke å lide skade ved eventuelle feil i evalueringen av hvilket tilbud som er det beste. Klagerens tilbud vil uansett ikke nå opp ved en eventuell fornyet vurdering.

Dette stiller seg annerledes dersom klagegrunnen er at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. EU-domstolen har lagt til grunn at en leverandør som påklager tildelingsbeslutningen med påstand om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, ikke kan nektes realitetsbehandling av klagen med den begrunnelse at hans eget tilbud skulle ha vært avvist.

Dette ble uttalt av EU-domstolen første gang i sak 100/12 *Fastweb*. Saken gjaldt tildeling av avrop under to parallelle rammeavtaler. Leverandøren som ikke ble tildelt oppdraget, påklagde tildelingsbeslutningen og anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av de tekniske spesifikasjonene. Valgte leverandør intervenerte i saken og fremmet motkrav om at klagerens tilbud skulle ha vært avvist. Etter italienske prosessregler skulle klageorganet (forvaltningsdomstolen) ta stilling til motkravet først, for så å avvise klagen dersom motkravet førte frem. EU-domstolen slo fast at håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 stenger for en slik prioritering, og at klageren i et tilfelle som dette har interesse i å få sin klage behandlet (understreket her):⁴⁰

In the presence of such a finding, a counterclaim filed by the successful tenderer cannot bring about the dismissal of an action for review brought by a tenderer where the validity of the bid submitted by each of the operators is challenged in the course of the same proceedings and on identical grounds. In such a situation, each competitor can claim a legitimate interest in the exclusion of the bid submitted by the other, which may lead to a finding that the contracting authority is unable to select a lawful bid.

EU-domstolen konkluderte etter dette med at en leverandør har rett til å få realitetsbehandlet en klage på tildelingsbeslutningen dersom den er begrunnet med at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, til tross for at valgte leverandør har reist motsøksmål med krav om at klagerens eget tilbud skulle ha vært avvist.

Dommen gjaldt særlige italienske prosessregler om hvordan klagen (søksmål) skal behandles når *valgte leverandør imøtegår den med å reise motsøksmål*. Vi har vanskelig for å se at ikke klagerens rett til realitetsbehandling av klagen skulle være den samme når det er *oppdragsgiver* som imøtegår klagen med at klagerens tilbud skulle ha vært avvist.

Resultatet i *Fastweb* fremstår rimelig. Dersom valgte leverandør faktisk skulle ha vært avvist, vil klageren ha en interesse i å få dette konstatert uavhengig av hva som er korrekt bedømmelse av klagerens eget tilbud. Dersom valgte leverandør skulle ha vært avvist, men ikke klageren, vil resultatet kunne bli at klageren tildeles kontrakten. Dersom både klageren og valgte leverandør skulle ha vært avvist, vil oppdragsgiver i en konkurranse med to tilbydere stå igjen uten tilbud. I så fall vil klageren få muligheten til å konkurrere om kontrakten på nytt. I begge tilfeller vil klageren lide skade eller risikere å lide som følge av at valgte leverandør ikke er blitt avvist i tråd med anskaffelsesregelverket. Klageorganet må derfor ta stilling til realiteten i klagen uansett.

Dette standpunktet ble understreket på ny av EU-domstolen i sak C-689/13 *PFE* (understreket her):⁴¹

In such a situation, both of the tenderers have an interest in obtaining a particular contract. On the one hand, the exclusion of one tenderer may lead to the other being awarded the contract directly in the same procedure. On the other, if both tenderers are excluded and a new public procurement procedure is launched,

⁴⁰ C-100/12 *Fastweb* avsnitt 33

⁴¹ C-689/13 *PFE* avsnitt 27

each of those tenderers may participate in the new procedure and thus obtain the contract indirectly.

Fastweb gjaldt en situasjon hvor kun to leverandører var i posisjon til å bli tildelt kontrakt – valgte leverandør og klager. I *PFE* konstaterte EU-domstolen at klagers interesse i å påklage tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at oppdragsgivers tilbud skulle ha vært avvist, gjelder uavhengig av hvor mange leverandører som deltar i konkurransen eller påklager tildelingsbeslutningen. Begrunnelsen var i hovedtrekk den samme (understreket her):⁴²

[...] First, each of the parties to the proceedings has a legitimate interest in the exclusion of the bids submitted by the other competitors. Second, as observed by the Advocate General at point 37 of his Opinion, it cannot be ruled out that one of the irregularities justifying the exclusion of both the successful tenderer's bid and that of the tenderer challenging the contracting authority's decision may also vitiate the other bids submitted in the tendering procedure, which may result in that authority having to launch a new procedure.

Dette ble ytterligere konkretisert i sak C-333/18 *Lombardi*.

I den saken hadde leverandøren med det tredje beste tilbudet påklaget tildelingsbeslutningen i en åpen anbudskonkurranse og gjort gjeldende at både valgte leverandør og nest beste leverandør skulle ha vært avvist. Valgte leverandør reiste motsøksmål med krav om at klageren skulle ha vært avvist. Basert på *Fastweb* og *PFE* konstaterte EU-domstolen at klageren hadde rettslig interesse i å få realitetsbehandlet klagen i en slik situasjon. Som begrunnelse viste EU-domstolen til at det ikke kunne utelukkes at oppdragsgiver ville beslutte å avlyse konkurransen dersom klagen førte frem. Oppdragsgiver ville kunne bli stående igjen utelukkende med tilbud som ikke lovlig kunne velges, og/eller tilbud som ikke tilfredsstilte oppdragsgivers forventninger.⁴³

Videre presiserte EU-domstolen at klageinteressen ikke avhenger av at alle dårligere rangerte tilbud avvises, og at det heller ikke kan kreves at klageren påviser at oppdragsgiver faktisk vil iverksette ny anskaffelsesprosess; det er tilstrekkelig at denne muligheten foreligger:⁴⁴

Under those circumstances, the admissibility of the main action cannot, without depriving Directive 89/665 of its effectiveness, be contingent on a prior finding that all of the bids ranked lower than that of the tenderer are invalid. That admissibility cannot, moreover, be made subject to the condition that the tenderer adduces evidence that the contracting authority will have to restart the public procurement procedure. The mere existence of such a possibility must be regarded as being sufficient in that respect.

Etter dette er det klart at en leverandør som potensielt skulle ha vært avvist, har rett til å få realitetsbehandlet en klage på tildelingsbeslutningen som hviler på en anførsel om at valgte leverandør skulle ha vært avvist.

Dommen etterlater tvil om hvorvidt det er et krav at klageren gjør gjeldende at samtlige bedre rangerte leverandører skulle ha vært avvist (eller fått sine tilbud avvist). Antakelig skal dommen ikke forstås slik. EU-domstolens begrunnelse for at klageinteressen ikke kan være avhengig av at alle lavere rangerte tilbud er rettmessige, er like relevant for bedre rangerte tilbud. Dersom tildelingen av kontrakt til valgte leverandør er ulovlig, vil det være et åpent spørsmål om oppdragsgiver vil være tvunget til å avlyse konkurransen – uavhengig av hvilken rangering valgte leverandør har. EU-domstolen synes også ha tolket dommen på denne måten, jf. sak C-497/20 *Randstad Italia*. Saken gjaldt avviste leverandørers

⁴² C-689/13 *PFE* avsnitt 28

⁴³ Jf. C-333/18 *Lombardi* avsnitt 27 og 28

⁴⁴ C-333/18 *Lombardi* avsnitt 29

klageadgang, men EU-domstolen henviste til *Lombardi* for å understreke at det ikke har noen rettslig betydning hvilken rangering klagers tilbud har fått.⁴⁵

The fact that the exclusion decision is not yet definitive thus determines, for those tenderers, their standing to challenge the contract award decision, and that standing cannot be weakened by other – irrelevant – factors, such as the ranking of the excluded tenderer's offer or the number of participants in the tendering procedure (see, to that effect, in particular, judgments of 11 May 2017, Archus and Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, paragraphs 57 and 58, and of 5 September 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, paragraphs 29 to 32).

For øvrig gir dommen ingen holdepunkter for at nyanseringen i *Hackermüller* avsnitt 27 og 28 ikke gjelder fremdeles. Med andre ord vil en klage som kun retter seg mot oppdragsgivers vurdering av hvilket tilbud som er det beste, fremdeles kunne avvises av klageorganet med den begrunnelse at klageren skulle ha vært avvist. Forutsetningen er at klageren får muligheten til å imøtegå grunnlaget for avvisning av tilbudet.

3.2.3 Leverandører uten utsikter til å nå opp i konkurransen

En annen problemstilling er om en leverandør kan nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at leverandøren har levert et tilbud som uansett ikke vil nå opp i konkurransen.

Det er usikkert om håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 åpner for at klageorganet kan ta i betraktning utfallet av konkurransen på denne måten ved vurderingen av om klageren har rettslig klageinteresse.

Leverandører som er uten reell vintersjanse, kan hevdes ikke å oppfylle kravet om å lide eller risikere å lide skade som følge av et påstått brudd på anskaffelsesreglene. Samtidig vil det kunne være vanskelig å trekke grensen for hva som skal være en tilstrekkelig vintersjanse til å få klagen realitetsbehandlet. Det vil også kunne være vanskelig å vurdere den konkrete vintersjansen i det enkelte tilfellet. Det avhenger åpenbart av den konkrete feilen som måtte være begått. I tillegg vil direktivets effektive virkning kunne svekkes av at en større krets av aktuelle klagere nektes klageadgang.

Avklarende rettspraksis fra EU-domstolen foreligger ikke. Foreløpig synes EU-domstolen imidlertid å være lite villig til å se hen til rangeringen av leverandørene i vurderingen av rettslig klageinteresse. Som omtalt ovenfor har EU-domstolen tvert imot fastslått uttrykkelig at hverken rangeringen av klagers tilbud eller antallet leverandører som deltar i konkurransen, har betydning for klagerens rettslige klageinteresse, jf. redegjørelsen for *Lombardi* og *Randstad Italia* punkt 3.2.2 ovenfor.

I det hele tatt er det utfordrende å skulle harmonere en innskrenkning av klageadgangen til dårlig rangerte leverandører med at EU-domstolen i vid utstrekning har innrømmet klageadgang til leverandører som er avvist, eller som skulle ha vært avvist fra konkurransen.

Generaladvokat *Kokott* har i forslag til avgjørelse i sak C-454/06 *Presstext* tatt til orde for at en leverandør i unntakstilfeller kan nektes klageadgang, nemlig dersom det åpenbart er utelukket at leverandøren ville blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde brutt anskaffelsesreglene.⁴⁶ Etter hennes oppfatning oppfyller ikke denne leverandøren vilkåret om å risikere å lide skade som følge av et påstått brudd på anskaffelsesreglene. Samtidig understreket hun at det bare unntaksvis vil være aktuelt å avvise en klage på dette grunnlaget. Den konkrete saken gjaldt en påstått ulovlig direkteanskaffelse, hvor generaladvokat *Kokott* konkluderte at en potensiell leverandør som er fratatt muligheten til å bli tildelt kontrakten som følge av at den ikke ble kunngjort, uten videre oppfyller kravet

⁴⁵ C-497/20 *Randstad Italia* avsnitt 74

⁴⁶ Jf. forslag til avgjørelse fra generaladvokat *Kokott* i C-454/06 *Presstext* avsnitt 148

om å risikere å ha lidt et tap, med mindre det er åpenbart at leverandøren ikke har klageinteresse.⁴⁷ Vi viser til punkt 3.6.

3.3 Leverandører som er blitt avvist fra konkurransen

3.3.1 Innledning – rettslig klageinteresse med mindre avvisningen er «endelig»

Leverandører som har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, men er blitt avvist eller har fått sitt tilbud avvist, har som utgangspunkt rettslig klageinteresse i henhold til håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3. Klageinteressen bortfaller imidlertid når beslutningen om avvisning er endelig.

Dette følger av EU-domstolens sak C-355/15 *Bietergemeinschaft*.

Saken gjaldt en konkurranse med forhandlinger i Østerrike hvor to leverandører deltok, men den ene ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Den avviste leverandøren påklaget avvisningsbeslutningen til forvaltningsdomstolene, som opprettholdt avvisningen. Anke til ankeinstansen førte ikke frem. Tildelingsbeslutningen ble påklaget i en egen, parallell sak, med den begrunnelse at valgte leverandør skulle ha vært avvist. Klagen på tildelingsbeslutningen ble avvist fra klagebehandling under henvisning til at leverandøren var blitt avvist fra konkurransen.

EU-domstolen hadde ingen innvendinger mot at den avviste leverandøren var blitt nektet behandling av sin klage, og konkluderte med at håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 ikke er til hinder for at en avvist leverandør nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen. Forutsetningen er at beslutningen om avvisning ikke er «endelig», jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 annet avsnitt.

Det bærende elementet i EU-domstolens begrunnelse var at leverandører som ikke er endelig avvist, risikerer å lide skade av en ulovlig tildelingsbeslutning dersom avvisningsbeslutningen oppheves:⁴⁸

It is also to be noted that, as is apparent from Article 1(3) and Article 2a of Directive 89/665, that directive ensures effective review of unlawful decisions adopted in the context of a public procurement procedure, by enabling any excluded tenderer to challenge not only the exclusion decision, but also, as long as that challenge has not been resolved, the subsequent decisions which would harm it if its exclusion were annulled.

I tillegg gir det god sammenheng at leverandører som har krav på å motta tildelingsbeslutningen med tilhørende begrunnelse i henhold til artikkel 2a, også har rett til å påklage tildelingsbeslutningen.

På den annen side synes det som at *Bietergemeinschaft* står i et spenningsforhold til *Fastweb*-, *PFE*- og *Lombardi*-dommene, jf. punkt 3.2.2. I disse sakene vektla EU-domstolen at en klager som eventuelt skulle ha vært avvist, vil kunne få muligheten til å konkurrere om kontrakten på nytt i en ny konkurranse fordi oppdragsgiver vil kunne bli stående uten lovlige tilbud som følge av at både valgte leverandør og klageren skulle ha vært avvist. EU-domstolen var derimot ikke villig til å legge vekt på at ny konkurranse også vil kunne være utfallet av behandlingen av en klage fra en leverandør som faktisk er blitt avvist.⁴⁹ For EU-domstolen synes det å ha vært avgjørende om klage og «motklage» ble behandlet samtidig. Det var ikke tilfellet i *Bietergemeinschaft*, hvor den avviste leverandøren først

⁴⁷ Jf. forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott i C-454/06 *Pressetext* avsnitt 151

⁴⁸ C-355/15 *Bietergemeinschaft* avsnitt 34

⁴⁹ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-76 er kritisk til at endelig avviste leverandører ikke har rettslig klageinteresse, mens den er i behold for andre leverandører.

hadde påklaget avvisningsbeslutningen og uttømt mulighetene til å klage på den, for deretter å klage på tildelingsbeslutningen.⁵⁰

3.3.2 Etterfølgende rettspraksis har opprettholdt *Bietergemeinschaft*-dommen

Til tross for spenningsforholdet til tidligere saker er uttalelsene i *Bietergemeinschaft* opprettholdt i konsekvent rettspraksis fra EU-domstolen.

I sak C-131/16 *Archus og Gama* ble EU-domstolen invitert til å ta stilling til om *en leverandør som har fått sitt tilbud avvist*, har rettslig interesse i å påklage tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at også valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, etter håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 3.⁵¹ I denne saken var vurderingen knyttet til begrepet «bestemt kontrakt», ikke vilkåret om å ha lidt eller risikere å lide skade, uten at det har avgjørende betydning.

Saken gjaldt en begrenset anbudskonkurranse hvor en leverandør påklaget avvisningen av eget tilbud og tildelingsbeslutningen samtidig. EU-domstolen kom til at leverandøren som klaget, hadde rettslig klageinteresse i denne situasjonen.

Tre forhold ble vektlagt. For det første mente EU-domstolen at klageren hadde en «legitim interesse» i at valgte leverandør avvises fordi oppdragsgiver vil kunne bli stående uten lovlige tilbud dersom klagen over tildelingsbeslutningen fører frem, jf. *Fastweb* og *PFE*. Derneft pekte EU-domstolen på at klageadgang underbygges av regelen om at leverandører som ikke er «endelig avvist», skal motta tildelingsbeslutningen, jf. i artikkel 2a nr. 1 og 2. For det tredje fremhevet EU-domstolen at saken skilte seg fra *Bietergemeinschaft* på et vesentlig punkt fordi klageren i den saken nettopp var «endelig avvist».⁵²

EU-domstolen opprettholdt altså skillet mellom leverandører som «bare» er avvist, og dem som er «endelig avvist».

Det samme gjorde EU-domstolen i sak C-771/19 *NAMA*. Her var spørsmålet om en leverandør som var avvist fra en åpen anbudskonkurranse, *underveis i konkurransen kunne påklage oppdragsgivers beslutning om ikke å avvise en annen leverandør*, jf. håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 3 og artikkel 2 nr. 1 bokstav a og b. Leverandøren hadde forgjeves påklaget både avvisningen og beslutningen om ikke å avvise tilbudet til en konkurrent til et forvaltningsrettslig klageorgan. Leverandøren begjærte midlertidig forføyning for den øverste forvaltningsdomstolen i Hellas. EU-domstolen bygget på sin tidligere praksis tilbake til *Fastweb* og gjentok at en avvist leverandør har klageadgang så lenge avvisningen ikke er «endelig». EU-domstolen gjentok også at dette standpunktet er i tråd med *Bietergemeinschaft*.⁵³

Også i sak C-497/20 *Randstad Italia* la EU-domstolen til grunn at avviste leverandører har rettslig klageinteresse så lenge avvisningsbeslutningen ikke er endelig. I den saken hadde en leverandør som hadde fått tilbudet sitt avvist, påklaget avvisningsbeslutningen og tildelingsbeslutningen. Klagen på tildelingsbeslutningen var fundert på manglende oppdeling av kontrakten i delkontrakter, upresise «bedømmelseskriterier» og ulovlig oppnevning av bedømmelseskomité. Etter at førsteinstansdomstolen frifant oppdragsgiver og valgte leverandør, kom den øverste forvaltningsdomstolen til at klagen på tildelingsbeslutningen skulle avvises fra realitetsbehandling fordi

⁵⁰ Jf. C-355/15 *Bietergemeinschaft* avsnitt 32

⁵¹ Som nevnt er bestemmelsen likelydende som håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3. I avgjørelsen la EU-domstolen vekt på praksis knyttet til tolkningen av håndhevelsesdirektivet. Avgjørelsen er derfor også relevant for klassisk sektor.

⁵² Jf. C-131/16 *Archus og Gama* avsnitt 55-57

⁵³ Jf. C-771/19 *NAMA* avsnitt 42-45

klageren rettmessig var blitt avvist. Klageren anket saken til italiensk høyesterett, som forela en rekke spørsmål for EU-domstolen.

EU-domstolen uttalte at dommen til den øverste forvaltningsdomstolen ikke var i samsvar med håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3. EU-domstolen understreket at avvisningsbeslutningen må være endelig, og pekte i tillegg på at det er uten betydning hvilken rangering valgte leverandør har fått (vår understreking):⁵⁴

The fact that the exclusion decision is not yet definitive thus determines, for those tenderers, their standing to challenge the contract award decision, and that standing cannot be weakened by other – irrelevant – factors, such as the ranking of the excluded tenderer's offer or the number of participants in the tendering procedure (see, to that effect, in particular, judgments of 11 May 2017, Archus and Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, paragraphs 57 and 58, and of 5 September 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, paragraphs 29 to 32).

Ettersom beslutningen om avvisning ikke var endelig, var det feil av den øverste forvaltningsdomstolen å avvise klagen fra den avviste leverandøren.⁵⁵

Nok en opprettholdelse av læren om «endelig avviste tilbud» er EU-domstolens avgjørelse i sak C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche*. I en portugisisk konkurranse for anskaffelse av elektrisk ferge ble tilbudet til en av leverandørene avvist på tre forskjellige grunnlag. Leverandøren brakte saken inn for forvaltningsdomstolen, med krav om omgjøring av tildelingsbeslutningen til fordel for seg. Forvaltningsdomstolen avviste klagen og viste til at leverandøren hadde angrepet kun to av tre avvisningsgrunnlag. Avvisningsbeslutningen måtte derfor anses endelig. Anke til ankedomstolen førte ikke frem, og leverandøren anket videre til den høyeste forvaltningsdomstolen i Portugal, som stilte spørsmål til EU-domstolen om leverandøren hadde interesse i å påklage tildelingsbeslutningen i denne situasjonen.

EU-domstolen fastholdt at leverandører som er endelig avvist, ikke har rettslig interesse i å påklage tildelingsbeslutningen.⁵⁶ Med henvisning til *Randstad Italia* understreket EU-domstolen at det er avvisningsbeslutningens endelige karakter som avgjør om en leverandør har klageadgang.⁵⁷ EU-domstolen presiserte også at det ikke kan utledes noen interesse i å påklage tildelingsbeslutningen av muligheten til å bli tildelt kontrakt som måtte oppstå ved at oppdragsgiver eventuelt avlyser konkurransen og iverksetter ny.⁵⁸ Med andre ord fastholdt EU-domstolen det klare skillet mellom på den ene siden leverandører som er blitt endelig avvist, og på den andre siden dem som «bare» er avvist (uten endelig virkning), eller som skulle ha vært avvist.

Den foreløpig siste i rekken av saker om avviste leverandørers rettslige klageinteresse er sak C-493/22 *Armaprocare*. Saken gjaldt tolkningen av den likelydende bestemmelsen i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 4. Etter en summarisk gjennomgang av den omfattende praksisen om spørsmålet knyttet til håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 konkluderte EU-domstolen med at en avvist leverandør mister sin rettslige klageinteresse når avvisningsbeslutningen er endelig. EU-domstolen gikk imidlertid også et skritt lenger, og konkluderte med at direktivet *er til hinder* for å gi leverandører som er endelig avvist, adgang til å klage på tildelingsbeslutningen.⁵⁹

⁵⁴ C-497/20 *Randstad Italia* avsnitt 74

⁵⁵ Jf. C-497/20 *Randstad Italia* avsnitt 75- 77

⁵⁶ Jf. C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche* avsnitt 24

⁵⁷ Jf. C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche* avsnitt 25

⁵⁸ Jf. C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche* avsnitt 27

⁵⁹ Jf. C-493/22 *Armaprocare* avsnitt 47

3.3.3 Nærmere om kravet om at avvisningen må være «endelig»

Det er et spørsmål hva som ligger i kravet om at avvisningen må være «endelig».

I *Bietergemeinschaft* synes EU-domstolen å ha knyttet kravet til ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 annet avsnitt (vår understreking):⁶⁰

In those circumstances, Article 1(3) of that directive cannot be interpreted as precluding a tenderer such as the consortium from being refused access to the review of the award decision, provided that it must be considered a definitively excluded tenderer within the meaning of the second subparagraph of Article 2a(2) of that directive.

Det følger av artikkel 2a nr. 2 annet avsnitt at en avvisning er «endelig» dersom den er meddelt tilbyderen, og enten er opprettholdt av et klageorgan eller ikke lenger kan være gjenstand for klagebehandling, jf. kapittel 5 punkt 2.3. Dette skulle tilsi at den rettslige klageinteressen faller bort enten når et klageorgan har opprettholdt avvisningsbeslutningen, eller når eventuelle frister for å klage på avvisningen har løpt ut.

Dommen kan neppe tolkes slik at den rettslige klageinteressen uten videre faller bort når et klageorgan i første instans har opprettholdt avvisningsbeslutningen. Dersom klageorganets avgjørelse vil kunne bli opphevet gjennom videre klage/anke, er klagemulighetene ikke uttømt. Avvisningsbeslutningen vil fremdeles kunne bli omgjort. I så fall har ikke avvisningsbeslutningen en slik endelig karakter som gir grunn til å frata en avvist leverandør interessen i å påklage tildelingsbeslutningen.

Etter vår vurdering må henvisningen til artikkel 2a nr. 2 annet avsnitt leses i lys av at håndhevelsesdirektivet ikke inneholder noe generelt krav om at avgjørelsen til et klageorgan skal kunne påklages videre. Bare dersom klageorganet ikke er en domstol, skal klageorganets avgjørelse kunne ankes eller bringes inn for en domstol i henhold til TEUF artikkel 234, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 9. Med dette åpner direktivet for at et klageorgan som er en domstol, vil kunne fatte en endelig avgjørelse om avvisning i første instans.

I *Bietergemeinschaft* påpekte EU-domstolen selv at en avvist leverandør vil ha interesse i å påklage oppdragsgivers øvrige beslutninger som måtte være til skade for ham, dersom avvisningsbeslutningen oppheves.⁶¹ Det skulle tilsi at en adgang til å anke klageorganets avgjørelse om å opprettholde en avvisningsbeslutning ikke fratrar den avviste leverandørens adgang til å påklage tildelingsbeslutningen. I den konkrete saken var nettopp klageorganets avgjørelse som opprettholdt avvisningsbeslutningen, blitt rettskraftig etter ankebehandling.

I etterfølgende praksis har EU-domstolen i tydeligere ordelag uttrykt at kravet til «endelig» avvisning er oppfylt først når det er rettskraftig avgjort at avvisningsbeslutningen er lovlig.

I *NAMA* uttalte EU-domstolen at beslutningen om å opprettholde avvisningen må være rettskraftig (vår understreking):⁶²

That being so, the case-law principle recalled in paragraph 31 above applies only on condition that the exclusion of the tenderer was not confirmed by a decision which has become definitive (see, to that effect, judgments of 11 May 2017,

⁶⁰ C-355/15 *Bietergemeinschaft* avsnitt 35

⁶¹ Jf. C-355/15 *Bietergemeinschaft* avsnitt 34

⁶² C-771/19 *NAMA* avsnitt 42

Archus and Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, paragraphs 57 and 58, and of 5 September 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, paragraphs 31 and 32)

Denne uttalelsen ble gjentatt i *Estaleiros Navais de Peniche*.⁶³

I *Armaprocare* formulerte EU-domstolen dette som et krav om at klagemulighetene må være uttømt (vår understreking):⁶⁴

The interest of an unsuccessful tenderer in a procurement procedure in bringing proceedings against the decision awarding that contract is thus clearly lacking where the exclusion of that tenderer is the result of a decision that has become final, either because it is no longer open to challenge before the courts because it has not been challenged within the time limits laid down by the national procedural rules, or because the remedies available at national level have been exhausted.

Etter dette anser vi det som rimelig klart at vilkåret om at avvisningen må være «endelig», er oppfylt først når klagemuligheten er uttømt og avvisningsbeslutningen er opprettholdt ved rettskraftig avgjørelse.

3.4 Deltakere i et leverandørfellesskap

Leverandører kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter i fellesskap med andre, for eksempel som et joint venture, konsortium, osv.

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 krever som et minimum at et leverandørfellesskap som sådan, det vil deltakerne *i fellesskap*, må kunne påklage oppdragsgivers beslutninger, herunder tildelingsbeslutningen. Det er også uten videre lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-57/01 *Makedoniko Metro og Michaniki*.⁶⁵

Den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap kan imidlertid nektes å klage på tildelingsbeslutningen *alene*. Det ble slått fast av EU-domstolen i sak C-129/04 *Espace Trianon mfl.* EU-domstolen bygget dette standpunktet på at det er leverandørfellesskapet, ikke den enkelte deltaker, som har levert tilbud og er å anse som den person som har interesse i å oppnå en bestemt kontrakt i direktivets forstand.⁶⁶ Videre pekte EU-domstolen på at deltakerne stod fritt til å avtale seg imellom om klage skulle fremsettes eller ikke.⁶⁷ EU-domstolen konkluderte med at denne tolkningen heller ikke undergraver direktivets effektive virkning:⁶⁸

That principle does not require that an action be held admissible when the provisions relating to representation in legal proceedings, which stem from the legal form assumed, have not been adhered to as far as concerns the person who brings the proceedings.

Dette fremstår som en fornuftig løsning. Når leverandørene gir tilbud i fellesskap med andre, er det rimelig å kreve at de også inntar et felles standpunkt i et eventuelt spørsmål om klage.

Artikkel 1 nr. 3 stenger likevel ikke for nasjonale regler som tillater enkeltdeltakere i et leverandørfellesskap å klage på tildelingsbeslutningen *alene*. I *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*

⁶³ Jf. C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche* avsnitt 24

⁶⁴ C-493/22 *Armaprocare* avsnitt 46

⁶⁵ Jf. C-57/01 *Makedoniko Metro og Michaniki* avsnitt 73

⁶⁶ Jf. C-129/04 *Espace Trianon mfl.* avsnitt 19-20

⁶⁷ Jf. C-129/04 *Espace Trianon mfl.* avsnitt 23

⁶⁸ C-129/04 *Espace Trianon mfl.* avsnitt 26

begrunnet EU-domstolen denne tolkningen med at håndhevelsesdirektivet nettopp innebærer minimumsharmonisering av klageadgangen. I tillegg pekte EU-domstolen på at innføring av klageadgang også for den enkelte deltaker snarere bygger opp under direktivets effektive virkning enn å undergrave den.⁶⁹

Krav om erstatning står i en annen stilling. I forente saker C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki mfl.* kom EU-domstolen til at den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap må ha mulighet til å kreve erstatning for brudd på anskaffelsesreglene uavhengig av de øvrige deltakerne.⁷⁰ Dette fremstår som en logisk løsning. Deltakerne vil kunne ha lidt forskjellige tap og ha ulike interesser i å forfølge eventuelle erstatningskrav.⁷¹

3.5 Underleverandører

Det er uavklart om, eventuelt i hvilken utstrekning, håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 krever at underleverandører til en leverandør som har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, skal ha klageadgang. EU-domstolen er foreløpig ikke blitt forelagt spørsmålet.

Underleverandører synes å falle utenfor ordlyden. Klageren må ha interesse i «obtaining a particular contract». Det er nærliggende å lese dette som en henvisning til kontrakten som vil bli tildelt i den aktuelle anskaffelsen som klagen gjelder. En underleverandør skal ikke selv inngå denne kontrakten og kan derfor vanskelig sies å ha noen interesse i å oppnå den. Underleverandørens interesse er begrenset til å utføre et arbeid som den offentlige kontrakten omfatter, på grunnlag av avtale med hovedleverandøren.

En tolkning som innebærer at underleverandører ikke har rettslig klageinteresse i direktivets forstand *forut for kontraktsinngåelse*, gir god sammenheng med EU-domstolens praksis om den tilsvarende problemstillingen for enkeltdeltakere i et leverandørfellesskap. EU-domstolen har konkludert med at den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap ikke har klageadgang før kontrakt inngås, jf. punkt 3.4. Det er vanskelig å se reelle grunner til at en underleverandør skal ha videre klageadgang enn deltakerne i et leverandørfellesskap, som i motsetning til underleverandører er en del av en konstellasjon som utgjør den «person» som har eller har hatt interesse i å oppnå en kontrakt.⁷²

Hvorvidt direktivet krever at underleverandører skal ha adgang til å fremme krav om erstatning *etter kontraktsinngåelse*, er usikkert. EU-domstolen har slått fast at den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap må ha adgang til å fremme egne erstatningskrav etter at kontrakt er inngått. Det kan hevdes at underleverandører må gis samme mulighet. Samtidig vil søksmålsadgang i slike tilfeller måtte bygge på en utvidende tolkning av uttrykket «obtaining av particular contract», alternativt på det generelle effektivitetsprinsippet.

Det er også et åpent spørsmål om artikkel 1 nr. 3 krever at underleverandører gis adgang til å håndheve *regler om bruk av underleverandører*, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 71. Det er ikke et opplagt resultat ut fra håndhevelsesdirektivets ordlyd. I juridisk teori har Arrowsmith tatt til orde for at

⁶⁹ Jf. C-492/06 *Consorzio Elisoccorso San Raffaele* avsnitt 26-30

⁷⁰ Avgjørelsen er ikke tuftet på håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3, men det generelle EU-rettslige prinsippet om effektiv domstolsbeskyttelse. Det påståtte bruddet på anskaffelsesregelverket var ikke begått av oppdragsgiver, men et annet offentlig kontrollorgan, slik at saken lå utenfor håndhevelsesdirektivets virkeområde.

⁷¹ Jf. forslag til avgjørelse fra generaladvokat *Sharpston* i C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki mfl.* avsnitt 116, som EU-domstolen henviser til i C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki* avsnitt 79.

⁷² Slik også Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-74

underleverandører bør ha rettslig klageinteresse i disse tilfellene basert på det generelle effektivitetsprinsippet.⁷³

3.6 Potensielle leverandører

3.6.1 Utgangspunktet: ingen rettslig klageinteresse

Leverandører som ikke har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, har i begrenset utstrekning rettslig klageinteresse etter håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3.

EU-domstolen har lagt til grunn at en leverandør som et utgangspunkt må kunne nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen i en konkurranse han ikke selv har deltatt i, jf. sak C-230/02 *Grossmann Air Service* (vår understreking):⁷⁴

In that sense, as the Commission pointed out in its written observations, participation in a contract award procedure may, in principle, with regard to Article 1(3) of Directive 89/665, validly constitute a condition which must be fulfilled before the person concerned can show an interest in obtaining the contract at issue or that he risks suffering harm as a result of the allegedly unlawful nature of the decision to award that contract. If he has not submitted a tender it will be difficult for such a person to show that he has an interest in challenging that decision or that he has been harmed or risks being harmed as a result of that award decision.

Denne uttalelsen er gjentatt i senere praksis, blant annet i sak C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*.⁷⁵ Utgangspunktet bygger altså på den logikk at en leverandør som ikke har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, vanskelig kan sannsynliggjøre å ha en interesse i å utfordre tildelingsbeslutningen, idet leverandøren uansett ikke kan oppnå kontrakten. Tilsvarende vil en leverandør som ikke har deltatt i konkurransen vanskelig kunne sannsynliggjøre å ha lidt eller risikere å lide skade som følge av beslutningen.

Utgangspunktet gjelder imidlertid ikke uten unntak.

3.6.2 Adgang til å klage på diskriminerende betingelser

En potensiell leverandør har adgang til å klage på påstått diskriminerende betingelser i anskaffelsesdokumentene, forutsatt at diskrimineringen har forhindret leverandøren i å kunne levere samtlige ytelser som oppdragsgiver etterspør, jf. *Grossmann Air Service*.⁷⁶ I en slik situasjon oppfyller den potensielle leverandøren vilkårene i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3; leverandøren har en interesse i å oppnå den aktuelle kontrakt, og lider samtidig skade som følge av overtredelsen.

EU-domstolen underbygget denne tolkningen med at det vil være urimelig å kreve at en virksomhet som hevder å være skadelidende som følge av påstått diskriminerende spesifikasjoner i anskaffelsesdokumentene, skal være tvunget til å delta i konkurransen og levere tilbud på en kontrakt som leverandøren uansett ikke har noen mulighet til å bli tildelt som følge av det påståtte bruddet på anskaffelsesreglene.⁷⁷ Videre pekte EU-domstolen på at håndhevelsesdirektivet legger opp til at det

⁷³ Jf. Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-74

⁷⁴ C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 27

⁷⁵ Jf. C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 46

⁷⁶ Jf. C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 28. I den konkrete saken kunne ikke klageren levere samtlige etterspurte tjenester med charterfly fordi klageren ikke disponerte «større flytyper».

⁷⁷ Jf. C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 29

må være mulig å klage direkte på diskriminerende tekniske, økonomiske og finansielle spesifikasjoner uten å vente på tildeling av kontrakt, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b.⁷⁸

Avgjørelsen er opprettholdt i *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*. Her formulerte EU-domstolen regelen som et krav om at leverandøren må kunne påvise at de påstått ulovlige spesifikasjonene har gjort det umulig å levere tilbud.⁷⁹ At det er «meget usannsynlig» at leverandøren vil bli tildelt kontrakten, er ikke tilstrekkelig. EU-domstolen understreket at det ikke er å gå for langt å kreve umulighet, all den tid klageadgangen er et unntak fra utgangspunktet om at potensielle leverandører ikke har rettslig klageinteresse.⁸⁰

En forutsetning for å kunne klage på spesifikasjonene i anskaffelsesdokumentene er at den potensielle leverandøren inngir klagen før tildeling av kontrakt, jf. *Grossmann Air Service*⁸¹ og *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*. I sistnevnte dom er begrunnelsen oppsummert på følgende måte:⁸²

It must be pointed out that, so as not to undermine the objectives of speed and effectiveness laid down by Directive 89/665 and Directive 92/13, such an action cannot be brought after notification of the decision awarding the contract has been adopted by the contracting authority (see, to that effect, judgment of 12 February 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, paragraph 37).

Den potensielle leverandøren kan altså ikke sitte på gjerdet og avvente klage til etter at oppdragsgiver har truffet tildelingsbeslutningen. Det vil være i strid med håndhevelsesdirektivets formål om hurtig og effektiv klagebehandling. Formuleringen tyder på at EU-domstolen mener at dette er et krav som følger av artikkel 1 nr. 3, slik at medlemsstatene ikke selv kan velge å gi potensielle leverandører muligheten til å klage også etter tildeling av kontrakt.

Potensielle leverandørers klageinteresse kom opp i en litt annen variant i sak C-53/22 VZ. I en konkurranse for anskaffelse av helikopterredningstjenester i Italia hadde oppdragsgiver oppstilt som et kvalifikasjonskrav at leverandørene måtte inneha en bestemt sertifisering. En leverandør som ikke hadde denne sertifiseringen, reiste sak for forvaltningsdomstolene med krav om at kvalifikasjonskravet var ulovlig. Oppdragsgiveren ble frifunnet, og anke til den høyeste forvaltningsdomstolen førte ikke frem. Frifinnelsen av oppdragsgiveren ble derfor rettskraftig, og kontrakt ble tildelt to av tre tilbydere i konkurransen.

Parallelt ble de tre tilbyderne som deltok, idømt sanksjoner for konkurransebegrensende samarbeid, jf. TEUF artikkel 101. Da dom mot en av de tre (som var blitt tildelt kontrakt) var blitt rettskraftig, ba den potensielle leverandøren oppdragsgiver om å sette til side tildelingsbeslutningen. Leverandøren mente at den rettskraftige dommen om konkurransebegrensende samarbeid kunne påvirke oppdragsgivers vurdering av den aktuelle tilbyderens integritet og pålitelighet til å utføre oppdraget. Oppdragsgiveren nektet på sin side å omgjøre tildelingsbeslutningen. Spørsmålet for EU-domstolen var om den potensielle leverandøren hadde rettslig interesse i å påklage oppdragsgiverens avslag på begjæringen om omgjøring.

EU-domstolen kom til at en potensiell leverandør ikke har rettslig klageinteresse når det er rettskraftig avgjort at den beslutningen som har gjort det umulig for leverandøren å bli tildelt kontrakt, er lovlig. I denne situasjonen vil ikke den potensielle leverandøren oppfylle kravet i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 om å lide eller risikere å lide skade av et brudd på anskaffelsesreglene.⁸³ EU-domstolen understreket også at det er uten betydning at leverandøren i ettertid har sørget for å

⁷⁸ Jf. C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 30

⁷⁹ Jf. C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 51

⁸⁰ Jf. C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 53

⁸¹ Jf. C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 36 til 39

⁸² C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 52

⁸³ Jf. C-53/22 VZ avsnitt 34

oppfylle kvalifikasjonskravet og med det vil kunne bli tildelt kontrakten dersom konkurransen avlyses og ny konkurranse iverksettes.⁸⁴ I tillegg la EU-domstolen vekt på at leverandører som er endelig avvist fra en konkurranse, ikke har rettslig klageinteresse, jf. punkt 3.3. Ifølge EU-domstolen gjør de samme hensyn seg gjeldende for en potensiell leverandør hvis det er rettskraftig avgjort at oppdragsgiver lovlig kunne stille de betingelser som de facto har forhindret leverandøren i å delta i konkurransen.⁸⁵

3.6.3 Adgang til å klage på ulovlige direkteanskaffelser

Potensielle leverandører har, naturligvis, også adgang til å klage på påstått ulovlig direkte anskaffelser.

Vilkårene for rettslig klageinteresse i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 vil normalt være oppfylt dersom leverandøren kan påvise at han har eller har hatt en interesse i å oppnå en kontrakt som oppdragsgiver har tildelt direkte til en annen virksomhet. En eventuell ulovlig direkte tildeling vil ha fratatt leverandøren muligheten til å konkurrere om kontrakten, slik at han uten videre oppfyller kravet om å lide eller ha lidt skade som følge av bruddet på anskaffelsesreglene.

Dette er også lagt til grunn i forslaget til avgjørelse fra generaladvokat *Kokott* i sak C-454/06 *Presstext*.⁸⁶ Generaladvokat *Kokott* tok samtidig forbehold for de tilfeller hvor det er åpenbart at den potensielle leverandøren ikke har klageinteresse. Hvorvidt det er grunnlag for å innfortolke et slikt krav, er ikke avklart av EU-domstolen. Vi har imidlertid vanskelig for å se reelle grunner mot dette. I så fall vil leverandører som for eksempel opplagt ikke er i stand til å levere den etterspurte ytelsen, eller som opplagt ikke oppfyller de krav som oppdragsgiver vil måtte stille til deres kvalifikasjoner, kunne nektes adgang til å klage på en påstått ulovlig direkte anskaffelse.

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir også potensielle leverandører adgang til å klage på en (forutgående) beslutning om å foreta en direkteanskaffelse. Det ble slått fast av EU-domstolen i sak C-260/17 *Anodiki Services EPE*, jf. punkt 2. EU-domstolen forutsatte uten videre at en leverandør som har en interesse i å delta i en konkurranse om samme leveranse som den kontrakt beslutningen gjelder, og som mener at kontrakten er omfattet av anskaffelsesdirektivet, har rettslig klageinteresse.⁸⁷

3.6.4 Adgang til å klage på vesentlige endringer i en inngått kontrakt

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir potensielle leverandører adgang til rettslig overprøving av om oppdragsgiver har foretatt vesentlige endringer i en inngått kontrakt.

En oppdragsgiver som ikke lovlig kan foreta en ønsket endring i en kontrakt, må enten la være å endre kontrakten eller gjennomføre ny konkurranse om en kontrakt som fanger opp endringen. Dersom leverandøren kan påvise en interesse i å oppnå en slik (ny) kontrakt, lider han skade som følge av at oppdragsgiveren fratrar ham muligheten til å konkurrere om denne bestemte kontrakten ved i stedet å foreta ulovlige endringer i en allerede inngått kontrakt, jf. artikkel 1 nr. 3.

At potensielle leverandører har rettslig klageinteresse i disse tilfellene, ble slått fast av EU-domstolen i forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal*. Saken gjaldt klage på endringer som var foretatt i en konsesjonskontrakt som var inngått etter konsesjonskontraktdirektivet, men den rettslige klageinteressen må være den samme ved endringer som foretas i andre offentlige kontrakter.

⁸⁴ Jf. C-53/22 VZ avsnitt 35

⁸⁵ Jf. C-53/22 VZ avsnitt 36-40

⁸⁶ Jf. forslaget til avgjørelse fra generaladvokat *Kokott* i C-454/06 *Presstext* avsnitt 151

⁸⁷ Jf. C-260/17 *Anodiki Services EPE* avsnitt 47

EU-domstolen la i sin vurdering til grunn at det er uten betydning for klageinteressen om leverandøren deltok i den forutgående konkurransen om den aktuelle kontrakten (vår understreking):⁸⁸

In that regard, it is irrelevant whether or not the economic operator participated in the initial procedure for the award of the concession, provided that, at the time when the concession is due for renewal, that operator can show an interest in being awarded such a concession.

In that context, that economic operator is not required to prove that it would actually participate in that new award procedure. The mere existence of such a possibility must be regarded as being sufficient in that respect [...]

Klagerens interesse er følgelig ikke knyttet til resultatet av konkurransen, men til at endringen foretas innenfor de rammer anskaffelsesreglene setter. En potensiell leverandør vil derfor ha rettslig klageinteresse dersom han på tidspunktet for endringen kan sannsynliggjøre å ha en interesse i å oppnå den typen kontrakt som endringen gjelder. Det er tilstrekkelig at det foreligger en mulighet for at leverandøren vil delta i en ny konkurranse om kontrakten. Leverandøren behøver derfor ikke sannsynliggjøre et slikt hypotetisk hendelsesforløp.

3.7 Oppdragsgivere

Offentlige oppdragsgivere har ikke rettslig klageinteresse etter håndhevelsesdirektivet. De faller uten videre utenfor ordlyden i artikkel 1 nr. 3, og i sak C-570/08 *Symvoulia* slo EU-domstolen fast at klageadgang heller ikke kan forankres i andre bestemmelser i direktivet.

Saken gjaldt søksmål fra en oppdragsgiver mot et kypriotisk klageorgan (som ikke var en domstol) etter at klageorganet hadde besluttet å sette til side oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Kypriotiske domstoler avviste søksmålet. Spørsmålet for EU-domstolen var om søksmålsadgang for oppdragsgiveren kunne forankres i artikkel 2 nr. 9, som krever at beslutninger fattet av et klageorgan som ikke selv er en domstol, skal kunne overprøves av en domstol.

EU-domstolen kom til at artikkel 2 nr. 9 ikke hjemler klageadgang for oppdragsgivere.⁸⁹ Domstolen understreket at det er artikkel 1 nr. 3 som regulerer hvem som skal ha klageadgang. Artikkel 2 nr. 9 er utelukkende en rettssikkerhetsgaranti for de tilfeller håndhevelse i første instans skjer for et organ som ikke er en domstol, og innebærer ingen utvidelse av kretsen av de klageberettigede. I vurderingen pekte EU-domstolen blant annet på at Kommisjonens intervensjonsmulighet etter artikkel 3 bøter på de tilfeller hvor en beslutning fra et klageorgan eventuelt ikke vil kunne bli påklaget (beslutningen går oppdragsgiver imot, men oppdragsgiver har ikke rett til å kreve rettslig overprøving av beslutningen).

Samtidig presiserte EU-domstolen at medlemsstatene står fritt til likevel å gi oppdragsgivere klageadgang, i tråd med prinsippet om nasjonal prosessautonomi og at håndhevelsesdirektivet ikke er noen fullharmonisering av medlemsstatenes håndhevelsessystemer.⁹⁰

3.8 Andre aktører

Interesseorganisasjoner og foreninger faller utenfor ordlyden i artikkel 1 nr. 3 og har derfor ikke rettslig klageinteresse etter EØS-retten. Dette forutsetter naturligvis at organisasjonen eller foreningen ikke opptre som en leverandør eller potensiell leverandør til kontrakten som det er aktuelt å klage på

⁸⁸ Jf. C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 62-63

⁸⁹ Jf. C-570/08 *Symvoulia* avsnitt 25-35

⁹⁰ Jf. C-570/08 *Symvoulia* avsnitt 36-37

tildelingen av. I så fall har organisasjonen eller foreningen klageinteresse i tråd med reglene i punkt 3.6.

Av samme grunn har heller ikke politiske partier, presse, og liknende rettslig klageinteresse.

Direktivet er likevel ikke til hinder for at medlemsstatene selv velger å gi «andre aktører» klageadgang.

4. PLIKT TIL FØRST Å UNDERRETTE / KLAGE TIL OPPDRAGSGIVER

4.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivene gir medlemsstatene adgang til å fastsette at det skal være en plikt til å først underrette, eller klage til, oppdragsgiver før klage sendes til medlemsstatenes klageorgan.⁹¹ Det er altså tale om å oppstille plikter før klage eller søksmål reises (avhengig av om det velges en nemndsmodell eller en domstolmodell).

Adgangen til å fastsette en plikt til å underrette oppdragsgiver er inntatt i håndhevelsesdirektivene i artikkel 1 nr. 4, mens adgangen til å fastsette en plikt til å først klage til oppdragsgiver er inntatt i artikkel 1 nr. 5.

Adgangen til å fastsette en underretningsplikt har vært en del av håndhevelsesdirektivet siden 1989 og 1992 for henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene, mens adgangen til å fastsette en klageplikt til oppdragsgiver kom inn ved direktivene fra 2007.

Formålet med adgangen til å stille slike krav var å bedre muligheten for at tvister kan løses på lavest mulig nivå, ved at oppdragsgiver gis muligheten til selv å vurdere og rette opp egne feil, før klageren eventuelt tar saken videre til høyere nivåer.⁹²

I norsk rett har man valgt å ikke innføre en særskilt plikt i anskaffelsesregelverket til først å underrette eller klage til oppdragsgiver.⁹³ Dersom en leverandør ønsker å rette søksmål mot oppdragsgiver, følger det imidlertid av tvisteloven § 5-2 at vedkommende først plikter å sende et søksmålsvarsel. Konsekvensene av manglende søksmålsvarsel er imidlertid begrenset, og for begjæring om midlertidig forføyning foreligger det ingen slik plikt, jf. tvisteloven § 32-2. Det er ingen plikt til å underrette oppdragsgiver før det tas ut klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I praksis vil likevel mange forbigåtte leverandører velge først å klage til oppdragsgiver, før saken tas videre til KOFA eller domstolene.

4.2 Plikt til først å underrette oppdragsgiver

Artikkel 1 nr. 4 har følgende ordlyd i direktiv 89/665/EØF:

Medlemsstatene kan kreve at den personen som ønsker å gjøre bruk av en klagebehandling, har underrettet den offentlige oppdragsgiveren om den påståtte overtredelsen, og om at han/hun har til hensikt å innlevere en klage, forutsatt at dette ikke berører karenperioden i samsvar med artikkel 2a nr. 2 eller andre frister for søknad om klagebehandling i samsvar med artikkel 2c.

En materielt identisk bestemmelse finnes i artikkel 1 nr. 4 i direktiv 92/13/EØF.

⁹¹ Klageorganet etter norsk rett er domstolene.

⁹² Forente saker C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki mfl.* avsnitt 68

⁹³ Jf. NOU 2010: 2 side 97

Det følger av direktivenes artikkel 1 nr. 4 at medlemsstatene kan kreve at den som ønsker å klage, må underrette oppdragsgiver om at det vil tas ut klage om den påståtte overtredelsen, før andre klageprosedyrer tas i bruk. Direktivet oppstiller en rett, og ikke en plikt, til å innføre et slikt krav om underrettelse.

Adgangen til å innføre plikt til først å underrette oppdragsgiver er et utgangspunkt som er i tråd med grunnprinsippet om statenes prosessuelle autonomi.⁹⁴ Bestemmelsen presiserer imidlertid at dersom det innføres en slik plikt, kan det ikke berøre karenperioden som følger at direktivets artikkel 2a nr. 2, eller klagefrister som følger av artikkel 2c.⁹⁵

Hensynet til en effektiv klagebehandling kan tale for at det i norsk rett oppstilles en plikt til å underrette oppdragsgiver før søksmål eller begjæring om midlertidig forføyning tas ut. En slik plikt kan bidra til at flest mulig tvister løses på lavest mulig nivå og mest ressurseffektivt. En synliggjøring av et slikt første skritt kan også senke terskelen for å gjøre oppdragsgiver oppmerksom på feil eller uklarheter, noe som kan bidra til at flere anskaffelsesprosesser får et riktig resultat, samtidig som oppdragsgiverne skjerpes. Dette gjelder imidlertid kun for klager som tas ut før kontraktsignering. På den annen side kan det stilles spørsmål ved hvor mye en underretningsplikt vil tilføre utover plikten til å gi søksmålsvarsel etter tvisteloven § 5-2.

4.3 Plikt til først å klage til oppdragsgiver

Artikkel 1 nr. 5 har følgende ordlyd i direktiv 89/665/EØF:

Medlemsstatene kan kreve at den berørte personen først søker om å få behandlet klagen hos den offentlige oppdragsgiveren. I så fall skal medlemsstatene sikre at innleveringen av en slik søknad om klagebehandling, fører til en umiddelbar utsettelse av muligheten for å inngå kontrakten.

Medlemsstatene skal ta stilling til hvilke hensiktsmessige kommunikasjonsmidler, herunder faks eller elektroniske hjelpemidler, som skal benyttes i forbindelse med søknaden om klagebehandling fastsatt i første ledd.

Utsettelsen omhandlet i første ledd opphører ikke før utløpet av en frist på minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da den offentlige oppdragsgiveren sendte et svar, dersom faks eller elektroniske hjelpemidler benyttes, eller, dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, før utløpet av en frist på enten minst 15 kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da den offentlige oppdragsgiveren sendte et svar, eller minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da et svar ble mottatt.

En materielt identisk bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 5.

Etter bestemmelsen kan medlemsstatene kreve at klage først må innleveres til oppdragsgiveren, og at klagen øyeblikkelig suspenderer adgangen til å inngå kontrakt med inntil 10 dager etter at klagen er besvart (dersom det benyttes elektronisk kommunikasjon) eller 15 dager etter svardatoen/10 dager fra svaret er mottatt, dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes.

Dersom man først velger en ordning med en plikt til først å klage til oppdragsgiver, følger det av bestemmelsen at plikten til å også fastsette at en slik klage suspenderer adgangen til å inngå kontrakt

⁹⁴ Jf. generaladvokat Sánchez-Bordonas forslag til avgjørelse i C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* avsnitt 82

⁹⁵ Caranta (2015) side 86

er *absolutt*. Det betyr at enhver klage på en tildelingsbeslutning medfører at karenperioden blir forlenget.

Bestemmelsen stiller ikke nærmere krav til detaljene i prosedyrene for hvordan klagen skal vurderes av oppdragsgiver.⁹⁶ Det betyr at staten eksempelvis kan kreve at også en avgjørelse om å nekte innsyn i informasjon i tilbud som anses taushetsbelagt kan kreves avgjort av oppdragsgiver før tilbyderen kan fremme rettslige prosesser, slik EU-domstolen kom til i sak C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*.⁹⁷

Ved en vurdering av om det bør innføres en plikt til først å klage til oppdragsgiver i norsk rett, er det særlig viktig å merke seg at en slik klage i så fall skal iverksette den suspensjonsvirkningen som i dag normalt inntreer ved midlertidig forføyning, jf. anskaffelsesforskriften §§ 10-3 og 25-3. I slike tilfeller må det antas at adgangen til å inngå kontrakt vil bli suspendert i langt flere anskaffelser enn de relativt få tilfellene der det i dag tas ut midlertidige forføyninger. Dette vil medføre at flere anskaffelsesprosesser vil ta lenger tid, og med dette kan bli mindre effektive. Når direktivet krever at *enhver* klage skal suspendere adgangen til å inngå kontrakt, innebærer dette at selv en åpenbart grunnløs klage, eksempelvis på karenperiodens siste dag, vil kunne utsette kontraktsinngåelsen vesentlig. Disse grunner taler etter vårt syn for at innføringen av en plikt til å først klage til oppdragsgiver ikke vil fremme en effektiv klagebehandling etter norsk rett. At det ikke gjelder en slik plikt, stenger selvsagt ikke for at klager selv kan velge å klage til oppdragsgiver, før klage eventuelt tas videre til KOFA eller domstolene.

5. ANDRE PROBLEMSTILLINGER KNYTTET TIL TILGANGEN TIL RETTSMIDLER

EU-domstolen har så langt vi kjenner til hittil avsagt 107 avgjørelser om håndhevelsesdirektivene. Mange av disse sakene gjelder reguleringen av tilgangen til en håndhevelsesmekanismene/et rettsmiddel.

En mulig inndeling av denne rettspraksis er:

- Klagegjenstand, jf. punkt 2 ovenfor
- Klageinteresse, jf. punkt 3 ovenfor
- Adgangen til å oppstille preklusive frister, kapittel 3
- Adgangen til å kreve betaling for at tilbyder skal få prøvd saken (rettsgebyr mv.)⁹⁸
- Adgangen til å oppstille begrensninger til å anke en avgjørelse fra et håndhevelsesorgan⁹⁹
- Adgangen til å operere med rettskraftige avgjørelser¹⁰⁰
- Adgangen til å avgrense hvilke anførsler som tilbyder kan gjøre gjeldende¹⁰¹

⁹⁶ Jf. C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* avsnitt 109

⁹⁷ Jf. C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* avsnitt 110

⁹⁸ Se blant annet C-275/21 *EPIC Financial Consulting*, C-495/14 *Tita mfl.*, C-488/14 *Max Boegl România mfl.* og C-61/14 *Orizzonte Salute*

⁹⁹ Se blant annet C-497/20 *Ranstad Italia*

¹⁰⁰ Jf. C-620/17 *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*

¹⁰¹ Se blant annet C-333/18 *Lombardi* og C-300/17 *Hochtief*

- Betydningen av at evalueringen av tilbudene i større eller mindre grad bygger på opplysninger som er forretningshemmeligheter for den aktuelle tilbyderen, herunder betydningen av at opplysninger av oppdragsgiver feilaktig er klassifisert som forretningshemmeligheter¹⁰²

Rettspraksisen som knytter seg til de tre første kulepunkt er redegjort for i ovennevnte kapitler.

Når det gjelder rettspraksisen som knytter seg til kulepunkt fire til syv, kan vi ikke se at denne rettspraksisen reiser aktuelle problemstillinger inn mot norsk rett slik håndhevelsessystemet er organisert i dag.

Når det gjelder det siste kulepunktet, utgjør forretningshemmeligheter i konkurrentenes tilbud imidlertid en betydelig utfordring for tilbyderes reelle mulighet til å angripe både kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsvurderingen i en tilbudskonkurranse.

Det er mulig dette er et tilnærmet uløselig problem siden det neppe er et alternativ at tilbydere som deltar i offentlige tilbudskonkurranser skal tvinges til å avsløre forretningshemmeligheter for å gjøre klageprosedyren mer effektiv. Dette er heller ikke noe EU-domstolen krever.

Ut fra vår erfaring etterleves imidlertid sjelden fullt ut de prinsippene som EU-domstolen har oppstilt knyttet til håndteringen av problemstilling rundt forretningshemmeligheter.

For det første har vi så langt ikke opplevd at domstolen har bedt om å få oversendt en usladdet versjon av de dokumenter som oppdragsgiver har vurdert at inneholder forretningshemmeligheter slik at retten selv har kunnet vurdere om dokumentene inneholder forretningshemmeligheter. Dette er altså noe EU-domstolen krever at håndhevelsesorganet skal gjøre.¹⁰³ Vi er usikre på om domstolene reelt sett har kapasitet til å etterleve plikten til selv å gjennomgå dokumentene for å vurdere om opplysningene er forretningshemmeligheter og samtidig opprettholde en forsvarlig fremdrift i avgjørelsen av begjæringen av den midlertidige forføyningen.

For det andre er vi usikre på hvor flinke oppdragsgivere er til å gi en begrunnelse som er videre informativ der opplysninger i vinnende tilbud ikke kan avsløres fordi de utgjør forretningshemmeligheter. Det er klart at oppdragsgiverne har en utfordrende oppgave når de skal gi en begrunnelse som er informativ uten å avsløre forretningshemmeligheter. EU-domstolen har imidlertid oppstilt et krav om at oppdragsgiverne må gjøre en grundig jobb med denne begrunnelsen.¹⁰⁴

For det tredje bemerker vi at EU-domstolen i sak C-450/06 *Varec* ser ut til å legge til grunn at håndhevelsesorganet skal ha opplysningene som utgjør forretningshemmeligheter tilgjengelig når det avgjør saken, og også har adgang til å bygge på disse opplysningene.¹⁰⁵ Dette er en helt fremmed tanke i norsk rett, og det vil kreve grunnleggende endringer av norsk prosessrett å innføre en slik løsning i Norge. Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at det kan se ut til at EU-domstolen har gått bort fra denne tilnærmingen i sak C-927/19 *Klaipėdos*. Samtidig gjør vi oppmerksom på at noen land har en løsning der håndhevelsesorganet har tilgang til alle opplysninger i saken, inkludert opplysninger som er forretningshemmeligheter. Det er for eksempel løsningen de har valgt i Danmark.

¹⁰² Jf. C-54/21 *Antea Polska S.A.*, C-927/19 *Klaipėdos regiono atlieky tvarkymo centras* og C-450/06 *Varec*

¹⁰³ Jf. C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 101

¹⁰⁴ Jf. C-927/19 *Klaipėdos regiono atlieky tvarkymo centras* avsnitt 123

¹⁰⁵ Jf. sak C-450/06 *Varec* avsnitt 55

6. OPPSTILLER HÅNDHEVELSESDIREKTIVENE ET EGET EFFEKTIVITETSPRINSIPP?

6.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivenes artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt stiller altså et krav om at medlemsstatene må treffe tiltak for å sikre at beslutninger som oppdragsgiver har tatt kan «be reviewed effectively and, in particular, as rapidly as possible».

Bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet har følgende ordlyd på norsk:

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

Samtidig har EU-domstolen oppstilt både prinsippet om effektivitet og prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse som prinsipper som alltid setter en skranke for den nasjonale prosessuelle autonomien.

Dette reiser spørsmålet om effektivitetsprinsippet som er forankret i håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr 1., stiller krav til EU/EØS-statene som går utover det som følger av de grunnleggende prinsippene i primærretten, og hvilke ytterligere krav som eventuelt følger av effektivitetsprinsippet som følger av artikkel 1 nr. 1.

Ved den vurderingen er det naturlig å ta utgangspunkt i innholdet i de grunnleggende EU-rettslige prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse.

6.2 EU-rettslige prinsipper om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse

EU-domstolen etablerte med utgangspunkt i medlemsstatens lojalitetsplikt i sak C-33/76 *Rewe* et prinsipp om at nasjonale regler ikke må gjøre håndhevelse av EU-retten umulig eller uforholdsmessig vanskelig. EU-domstolen omtaler dette som effektivitetsprinsippet. EFTA-domstolen har lagt til grunn at det også gjelder et tilsvarende effektivitetsprinsipp etter EØS-retten.¹⁰⁶

Når et det skal vurderes om effektivitetsprinsippet er overholdt, er det ingen tvil om at vurderingen er om håndhevelsesystemet sett under ett, oppfyller kravet om at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve rettigheter basert på EU/EØS-retten. EU-domstolen har blant annet formulert det på følgende måte i C-497/20 *Randstad Italia*:¹⁰⁷

So far as the principle of effectiveness is concerned, it must be borne in mind that EU law does not have the effect of requiring Member States to establish remedies other than those established by national law, unless it is apparent from the overall scheme of the national legal system in question that no legal remedy exists that would make it possible to ensure, even indirectly, respect for the rights that individuals derive from EU law, or the sole means of obtaining access to a court is effectively for individuals to break the law (see, to that effect, judgment of 14 May 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális

¹⁰⁶ Se blant annet sak E-8/17 *Fosen II* avsnitt 114

¹⁰⁷ C-497/20 *Randstad Italia* avsnitt 62

Igazgatóság, C-924/19 PPU and C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, paragraph 143 and the case-law cited).

Dette innebærer for eksempel at man ved vurderingen av om håndhevelsessystemet er tilstrekkelig effektivt ikke utelukkende kan vurdere ett eller flere av vilkårene for å tilkjenne erstatning. Man må også se på mulighetene for å klage og å få stoppet kontraktsinngåelsen gjennom en midlertidig avgjørelse. Det at det er den samlede effekten av rettsmidlene som er avgjørende, medførte også at EFTA-domstolen i sak E-24/13 *Wolfgang Egger* la til grunn at det utenfor virkeområdet til håndhevelsesdirektivene i utgangspunktet er opp til nasjonal rett å velge hva virkningene av et brudd må være.

Nært beslektet med effektivitetsprinsippet er prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse. I juridisk teori er det påpekt at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse har et formelt og et materielt aspekt.¹⁰⁸ Det formelle aspektet omfatter retten til å få prøvd sitt krav for en domstol/håndhevelsesorgan, og innebærer også at nasjonale søksmålsbetingelser ikke utformes eller praktiseres på en måte som gir EU/EØS-borgere som gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve rettigheter EU/EØS-retten gir dem. Det materielle aspektet omtales gjerne som retten til effektive rettsmidler. Grensedragningen mellom dette aspektet av effektiv rettighetsbeskyttelse og effektivitetsprinsippet er høyst uklar. I juridisk teori er det argumentert for at det må sondres mellom tilgang til rettslig prosess (for eksempel regler om jurisdiksjon) og regler som ikke hindrer tilgang, men som legger hindringer for selve gjennomføringen (for eksempel regler om bevis). Det er argumentert for at effektiv rettighetsbeskyttelse regulerer den første typen regler, mens effektivitetsprinsippet regulerer den andre typen.¹⁰⁹

EU-domstolen la til grunn at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse var en del av EU-retten på begynnelsen av 2000-tallet.¹¹⁰ Prinsippet er i dag kodifisert i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 47. EFTA-domstolen konstaterte at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse var en del av EØS-retten i sak E-11/12 *Koch*.

6.3 Prinsippet om effektiv og rask prøving

Arrowsmith mener at det er klart at prinsippet om effektiv og rask prøving i håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1 krever noe mer enn det som følger av prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse i primærretten.¹¹¹

Hun gjør imidlertid i liten grad noe forsøk på å utdype nærmere hva disse ytterligere kravene går ut på.

Det hun påpeker er at effektivitetsprinsippet i håndhevelsesdirektivene skal ivareta både det offentliges interesser og interessene til private tilbydere ved gjennomføringen av klageprosedyren. Ut fra EU-domstolens praksis ser det ut til å være en riktig observasjon at effektivitetsprinsippet også skal ivareta det offentliges interesser knyttet til prøving av beslutninger i en offentlig anskaffelse. Vi viser her til EU-domstolens begrunnelse for å godta preklusive frister i en anskaffelsesprosess.¹¹² Et annet eksempel er EU-domstolens begrunnelse for at håndhevelsesdirektivene ikke er til hinder for bestemmelser som

¹⁰⁸ Arnesen m.fl. (2022) side 526 med videre henvisninger

¹⁰⁹ Ellingsen (2021) side 38-39

¹¹⁰ Se blant annet sak C-424/99 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 45 og sak C-432/05 *Unibet* avsnitt 37

¹¹¹ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-46 og avsnitt 22-57 til 22-59

¹¹² Se blant annet C-532/20 *Alstom Transport*, C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco*, C-166/14 *MedEval*, C-538/13 *eVigilo*, C-456/08 *Kommisjonen mot Irland* og C-406/08 *Uniplex (UK)*

åpner for å sanksjonere leverandører som medvirker til at oppdragsgiver foretar ulovlige endringer av en inngått kontrakt.¹¹³

Videre påpeker Arrowsmith at kravet til hurtig prøving, er særegent for håndhevelsesdirektivet. Hun viser blant annet til at hensynet til hurtig prøving ble tillagt avgjørende vekt i sak C-410/01 *Asfinag* der EU-domstolen fastslo at tilgang til klageprosedyren ikke kunne gjøres avhengig av at saken først var behandlet i et forliksråd uten beslutningsmyndighet.

Samtidig foreligger det ingen avgjørelser fra EU-domstolen som fastsetter et krav til hvor raskt klageprosedyren må være avsluttet. I mange land er det satt frister for hvor raskt klageprosessen må være avsluttet. Noen slike bestemmelser er ikke inntatt i norsk rett. Vår erfaring er at det kan ta lang tid å få behandlet en begjæring om midlertidig forføyning for domstolene, i alle fall hvis saken også behandles i lagmannsretten. I noen tilfeller tar dette så lang tid at det oppstår spørsmål om kontrakt lovlig kan inngås etter at tingrettens avgjørelse foreligger, eller om man må gjøre så store endringer at det er usikkert om de kan gjøres innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.

Det tredje elementet Arrowsmith trekker frem er at effektivitetsprinsippet i håndhevelsesdirektivene ikke bare retter seg mot håndhevelsesystemet sett under ett, men også stiller krav til at det enkelte rettsmiddelet som er listet opp i håndhevelsesdirektivet må være effektivt. Arrowsmith mener altså at effektivitetsprinsippet i håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1, ikke bare stiller krav til reguleringen av tilgangen til rettsmidler (som rettsgebyr, preklusjonsfrister mv.), men også krav til det nærmere innholdet i det enkelte rettsmiddelet.

Vi stiller oss tvilende til om dette er riktig. For å kunne gi et sikkert svar på dette spørsmålet, er det nødvendig å foreta analyser av rettspraksis som går langt utover rammene for vårt oppdrag.

Vi kan imidlertid ikke se at de rettskilder som Arrowsmith påberoper seg, gir noe støtte for hennes syn.

Som begrunnelse for sitt syn, trekker Arrowsmith frem to avgjørelser for EU-domstolen, sak C-81/98 *Alcatel* og sak C-61/14 *Orizzonte Salute*, og to forslag til avgjørelser fra generaladvokaten, henholdsvis fra generaladvokat *Bot* i sak C-91/08 *Wall* og fra generaladvokat *Jääskinen* i sak C-203/14 *Consorti Sanitari*.

Vi bemerker at uttalelsene fra generaladvokatene ikke berører problemstillingen om rekkevidden av effektivitetsprinsippet i håndhevelsesdirektivene.¹¹⁴

Tilsvarende gjelder EU-domstolens avgjørelse i *Alcatel*. EU-domstolen bygde ikke sin konklusjon i *Alcatel* på prinsippet om effektivitet i artikkel 1 nr. 1, men på en tolkning av artikkel 2 nr. 1 bokstav a og b sammenholdt med artikkel 2 nr. 7¹¹⁵. Synspunktet var at håndhevelsesorganet etter artikkel 2 nr. 1 og 2 skulle ha kompetanse til å sette en beslutning om å tildele kontrakten til side. Denne kompetansen var ikke til stede dersom tildeling av kontrakt og signering av kontrakt falt sammen i tid fordi de fleste medlemsstatene hadde benyttet muligheten til å fastsette at håndhevelsesorganet bare hadde kompetanse til å tilkjenne erstatning etter at kontrakt var signert, jf. artikkel 2 nr. 7. Ut fra EU-domstolens argumentasjon gjelder det spørsmålet om eksistensen av den kompetansen som håndhevelsesorganene skulle ha etter artikkel 2 nr. 1 og nr. 2. Som sagt, viser EU-domstolen overhodet ikke til kravet til effektivitet i artikkel 1 nr. 1.

Orizzonte Salute gjaldt spørsmålet om adgang til å ta høyere rettsgebyr i en sak om offentlige anskaffelser enn andre type saker. Denne saken gjelder altså reguleringen av tilgangen til

¹¹³ C-263/19 *T-Systems*

¹¹⁴ Innstilling fra generaladvokat *Bot* i C-91/08 *Wall* avsnitt 141 og innstilling fra generaladvokat *Jääskinen* i C-203/14 *Consorti Sanitari* avsnitt 16

¹¹⁵ På tidspunktet for dommen var dette artikkel 2 nr. 6.

rettsmiddelet, og ikke innholdet av rettsmiddelet. Det er derfor også vanskelig å se at denne avgjørelsen skal tas til inntekt for at effektivitetsprinsippet i artikkel 1 nr. 1 stiller krav til det nærmere innholdet av rettsmidlene.

For ordens skyld vil vi også påpeke at EU-domstolen gjentatte ganger har lagt til grunn at kravet til effektivitet i artikkel 1 nr. 1, innebærer et krav om effektiv rettighetsbeskyttelse i samsvar med Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 47.¹¹⁶ Dette innebærer for det første at det er vanskelig å se at artikkel 1 nr. 1 stiller krav som går utover de grunnleggende prinsippene i EU-retten. For det andre er også dette et signal om at artikkel 1 nr. 1 først og fremst retter seg mot tilgangen til rettsmidler, og ikke det nærmere innholdet i rettsmidlene.

Det sterkeste holdepunktet for Arrowsmiths syn, er så vidt vi kan forstå sak C-314/09 *Strabag*. Her la imidlertid EU-domstolen til grunn en annen løsning to måneder senere i sak C-568/08 *Combinatie Spijker*. Videre har EFTA-domstolen lagt til grunn at det er *Combinatie Spijker* som gjeldende rett i E-7/18 *Fosen II*. Vi mener derfor at man ut fra det foreliggende rettskildebildet heller ikke bør bruke *Strabag* for å underbygge at det gjelder et eget effektivitetsprinsipp etter artikkel 1 nr. 1 som fastsetter krav til det nærmere innholdet av rettsmidlene/håndhevelsesmekanismene. *Strabag* og *Combinatie Spijker* er utførlig behandlet i kapittel 9 punkt 3.2.

Det ser imidlertid ut som at den kommende avgjørelse i sak C-547/22 *INGSTEEL*, kan gi det endelige svaret her. Innstillingen til dom fra generaladvokat Collins gir anvisning på en løsning som gir støtte for et syn om at det gjelder et eget effektivitetsprinsipp etter håndhevelsesdirektivene som også stiller krav til innholdet i vilkårene til det enkelte rettsmiddel.

¹¹⁶ Jf. C- 532/20 *Alstom Transport SA* avsnitt 22, C-61/14 *Orizzonte Salute* avsnitt 48-49 og C-470/99 *Universale-Bau mfl.* avsnitt 76

KAPITTEL 3 KLAGEFRISTER/SØKSMÅLSFRISTER

1. INNLEDNING

Håndhevelsesdirektivene inneholder to bestemmelser om klagefrister. Dette er for det første regelen om frister for klager i direktivenes artikkel 2c. For det andre er det regelen i direktivenes artikkel 2f om frister i forbindelse med sanksjonen «uten virkning». Temaet for dette kapittelet er følgelig direktivets klage-/søksmåls-frister.

Direktivenes artikkel 2c gjelder minimumsfrister for klager på beslutninger som er truffet som ledd i, eller i forbindelse med, anskaffelsesprosessen. Klagefrister omfattet av artikkel 2c er eksempelvis frister underveis i anskaffelsesprosessen knyttet til å klage på beslutninger om avvisning, avlysning, valg av anskaffelsesprosedyre og så videre. Artikkel 2c behandles i kapittelets punkt 2.

Direktivenes artikkel 2f gjelder minimumsfrister for klager med sanksjonen «uten virkning». Artikkel 2f vil behandles i kapittelets punkt 3.

I kapittelets punkt 4 behandles kort EU-rettens ulovfestede krav til frister, utover artikkel 2c og 2f. I kapittelets punkt 5 behandles krav til frister for kontrakter under EØS-terskelverdi med grensekryssende interesse, og i punkt 6 behandles det tilgrensede prinsippet om prekontraktuell lojalitet som begrunnelse for preklusive frister.

Reglene om frister i artikkel 2c og 2f kom inn i håndhevelsesdirektivene i 2007 for både klassisk sektor og for forsyningssektorene. Formålet med minimumsfristene er å hindre at medlemsstatene setter så korte klagefrister at det utgjør en hindring for et effektivt rettslig vern av tilbydere, kandidater¹¹⁷ og potensielle leverandører.

Bestemmelsene om frister har sammenheng med reglene om karenperiode, som er behandlet i kapittel 5 punkt 2.

Direktivenes artikkel 2c og 2f regulerer altså minimumsfrister for å klage. Med «klage» forstås klage til den instans som medlemsstatene har utpekt til klageorgan. Når klageprosedyrene er lagt til domstolene – slik som i Norge – vil eventuelle klagefrister i realiteten fungere som søksmålsfrister.

I norsk rett er det i utgangspunktet ikke innført generelle minimumsfrister for søksmål i henhold til artikkel 2c. Det nærmeste vi kommer et unntak, er anskaffelsesforskriften § 20-7, som gir oppdragsgiver adgang til å sette en frist for begjæring om midlertidig forføyning mot en beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen m.m. Minimumsfrister etter artikkel 2f for søksmål om å kjenne kontrakter uten virkning, er innført i anskaffelsesloven § 15.

Det er inntatt klagefrister i forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser § 6, men disse fristene er ingen gjennomføring av artikkel 2c og 2f.

For en nærmere redegjørelse for hvordan direktivreglene er gjennomført i norsk rett, vises det til NOU 2010: 2 kapittel 9, samt departementets tre høringsnotater av 17. juni 2015.

¹¹⁷ Det vil si leverandører som har levert forespørsel om å delta i en konkurranse.

2. GENERELLE KLAGEFRISTER

2.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2c lyder i dag slik:

Dersom en medlemsstat fastsetter at en søknad om klagebehandling av en beslutning truffet av en offentlig oppdragsgiver som ledd i, eller i forbindelse med, en kontraktstildeling som faller inn under virkeområdet for direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, må framsettes før utløpet av en nærmere angitt frist, skal denne fristen være minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da den offentlige oppdragsgiverens beslutning ble sendt til anbyderen eller kandidaten, dersom faks eller elektroniske hjelpemidler benyttes, eller, dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, enten minst 15 kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da den offentlige oppdragsgiverens beslutning ble sendt til anbyderen eller kandidaten, eller minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da den offentlige oppdragsgiverens beslutning ble mottatt. Meldingen om den offentlige oppdragsgiverens beslutning til hver av anbyderne eller kandidatene skal være vedlagt et sammendrag av de relevante begrunnelsene. Dersom en søknad om klagebehandling med hensyn til beslutninger omhandlet i artikkel 2 nr. 1 bokstav b) i dette direktiv som ikke må meddeles særskilt, skal tidsfristen være minst ti kalenderdager fra datoen da den aktuelle beslutningen ble kunngjort.

En materielt tilsvarende bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2c.

Bestemmelsen gir medlemsstatene adgang til å fastsette minimumsfrister for klager på beslutninger som er truffet av oppdragsgiver som ledd i, eller i forbindelse med, anskaffelsesprosessen. Ordlyden i den norske oversettelsen over («kontraktstildelingen») er etter vår oppfatning noe for snever. I den engelske versjonen er ordlyden «contract award procedure», hvilket best oversettes til anskaffelsesprosessen. Det at bestemmelsen knytter seg til hele anskaffelsesprosessen, samsvarer godt med EU-domstolens vide fortolkning av ordlyden «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» i håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt.¹¹⁸

Artikkel 2c inneholder også en særregulering for beslutninger som nevnt i artikkel 2 nr. 1 bokstav b som ikke må meddeles særskilt. Beslutninger som ikke er omfattet av en konkret meddelelse, er blant annet oppdragsgivers fastsettelse av tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget.

Bestemmelsen omfatter derfor samtlige beslutninger oppdragsgiver treffer i forbindelse med anskaffelsesprosessen, enten de meddeles særskilt, eller kun blir synlige på et senere tidspunkt.

Når det gjelder fristens lengde, kan spørsmålet deles opp i tre underspørsmål: (1) Når starter fristen å løpe, (2) hvor lenge fristen løper, og (3) hvordan fristen avbrytes. Dette vil behandles i det følgende.

2.2 Klagefristens lengde

Klagefristens lengde avhenger av hvilket kommunikasjonsmiddel oppdragsgiver benytter for å sende sin beslutning. Dersom beslutningen sendes per faks eller ved elektroniske hjelpemidler, skal klagefristen være minst *ti kalenderdager* regnet fra dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble sendt til tilbyderne eller kandidatene. Dersom beslutningen sendes

¹¹⁸ Se blant annet sak C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 28, sak C-391/15 *Marina del Mediterráneo* avsnitt 26 og 27 og sak C-260/17 *Anodiki Services* avsnitt 42 til 44

med et annet kommunikasjonsmiddel, skal fristen være minst *15 kalenderdager* regnet fra dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble sendt til tilbyderne eller kandidatene. Alternativt skal fristen være minst *ti kalenderdager* regnet fra dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble mottatt. Starttidspunktet for fristen behandles som nevnt i dette kapittelets punkt 2.3.

Med innføringen av krav til elektronisk kommunikasjon med anskaffelsesdirektivene i 2014 er bestemmelsene om bruk av både faks og andre kommunikasjonsmidler blitt lite praktiske. Det vil likevel gjelde visse unntak fra krav til bruk av elektronisk kommunikasjon, for eksempel på grunn av sensitive opplysninger, slik at det vil være nødvendig å innføre ulike frister for de ulike kommunikasjonsmidlene. Når det gjelder bruk av annet kommunikasjonsmiddel, er det imidlertid vår forståelse at medlemsstatene må kunne beslutte fritt om det skal innføres en frist på 15 kalenderdager fra dagen etter meddelelsen er sendt, eller ti dager fra dagen etter meddelelsen er mottatt.

For beslutninger i artikkel 2 nr. 1 bokstav b som ikke må meddeles særskilt, skal søksmålsfristen være minst ti kalenderdager fra datoen da den aktuelle beslutningen ble kunngjort. Dersom det for eksempel er fastsettelsen av ulovlige økonomiske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget det skal klages over, vil fristen være ti kalenderdager fra konkurransegrunnlaget ble kunngjort.

Fristene regnes i kalenderdager. For øvrig gjelder den såkalte fristforordningen ved fastsettelse av klagefrister.¹¹⁹ Det følger blant annet av denne forordningen at hvis en frist som ikke er uttrykt i timer, faller på for eksempel en helligdag, lørdag eller søndag, løper fristen først ut ved slutten av den siste timen av neste virkedag.¹²⁰

2.3 Starttidspunktet for klagefristen – krav til begrunnelse

Starttidspunktet for klagefristen er *dagen etter* beslutningen ble sendt eller mottatt av tilbyderne og kandidatene, det vil si leverandører som har levert tilbud, eller levert invitasjon om deltakelse i konkurransen. Det betyr at leverandøren skal ha henholdsvis ti eller 15 fulle dager til å vurdere en eventuell klage. I praksis innebærer dette at når en beslutning sendes elektronisk på dag 1, kan klagefristen utløpe tidligst ved midnatt på dag 11. Når beslutningen sendes med alminnelig post på dag 1, kan klagefristen tidligst utløpe ved midnatt på dag 16.

For beslutninger som ikke må meddeles særskilt, starter fristen å løpe på dagen for kunngjøringen. Dersom konkurransegrunnlaget kunngjøres på dag 1, kan altså fristen for å klage på for eksempel ulovlige tekniske spesifikasjoner utløpe tidligst ved midnatt på dag 10.

Friststart knyttes til dagen etter oversendelsen eller mottaket, eller på dagen for kunngjøringen av «beslutningen». Av artikkel 2c annet punktum følger det at meddelelsen om oppdragsgivers beslutning skal inneholde en «kort begrunnelse». Dette er viktig, og henger sammen med at tilbyderne eller kandidatene skal ha en reell mulighet til å vurdere om det har skjedd et brudd på regelverket. Begrunnelsesplikten må ses i lys av kravet til begrunnelse som oppstilles i anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2 og konsesjonskontraktivediktivet artikkel 40 nr. 1 for visse av oppdragsgiveres beslutninger.¹²¹

De krav som må stilles til begrunnelsen for beslutningen, har vært tema i EU-domstolen en rekke ganger.

I EU-domstolens sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco* ble det uttalt at en preklusiv klagefrist, for å være i tråd med håndhevelsesdirektivet, ikke må gå utover rettsikkerheten. Fristene må være tilstrekkelig klare og gi tilstrekkelig forutberegnelighet. EU-domstolen uttalte videre at

¹¹⁹ Rådsforordning (EØF, EAF) nr. 1182/71 av 3. juni 1971 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter

¹²⁰ Se artikkel 3 punkt 3 og 4

¹²¹ Arrowsmith, Vol. 2, avsnitt 22-89

formålet med artikkel 1 nr. 1 kun kan nås dersom klagefristene starter å løpe fra en dato hvor klageren hadde, eller burde hatt, kjennskap til det forhold det klages over. I forlengelsen av dette uttalte EU-domstolen i avsnitt 32 at en preklusiv frist på 30 dager for å klage, kun var forenelig med håndhevelsesdirektivet «if the decisions sent contain a summary of the relevant reasons ensuring that the parties concerned knew or ought to have known of the infringements of EU law alleged».

Begrunnelsen må altså gi leverandøren mulighet til å avdekke hvorvidt det faktisk foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket.

I EU-domstolens sak C-241/06 *Lämmerzahl* ble det uttalt at nasjonale preklusive klagefrister ikke må gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å klage. Det var tilfellet i denne saken, ettersom klager ikke hadde fått opplysninger om anskaffelsens verdi, på tross av direkte forespørslers til oppdragsgiver. Det sentrale var altså at klager ikke hadde fått de opplysningene som var nødvendige for å bedømme hvorvidt det forelå et brudd på anskaffelsesregelverket.

Et annet eksempel fra rettspraksis er EU-domstolens sak C-166/14 *MedEval*. Saken gjaldt en nasjonal regel om at erstatningssøksmål var betinget av at det i en forutgående sak var konstatert at anskaffelsesregelverket var brutt. Den forutgående saken var underlagt en søksmålsfrist på seks måneder. Denne seks månedersfristen begynte å løpe fra dagen etter tildelingen av kontrakten, helt uavhengig av om skadelidte hadde kunnskap om bruddet på anskaffelsesreglene. EU-domstolen kom til at fristen var ulovlig ettersom den startet å løpe uavhengig av hva den skadelidte kjente eller burde kjenne til. Også her fremheves altså hensynet til at leverandøren må gis mulighet til å sette seg inn i hvorvidt regelverket er brutt.

Dersom det i nasjonale regler settes en frist for å klage på anskaffelsesprosedyrens lovlighet, har EU-domstolen i sak C-538/13 *eVigilo* slått fast at denne klagefristen må forlenges til utløpet av karenperioden dersom det for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ikke var mulig å avdekke ulovligheten før dette tidspunktet. I saken viste EU-domstolen til fanebestemmelsen i håndhevelsesdirektivet om effektiv klagebehandling.¹²² EU-domstolen uttalte at bestemmelsen om effektiv klagebehandling medførte et krav om at beslutningens lovlighet skal kunne prøves etter utløpet av klagefristen i nasjonal rett, dersom det for en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder først var mulig å forstå konkurransegrunnlaget etter at oppdragsgiver hadde gitt utfyllende informasjon om begrunnelsen for sin beslutning. Denne klageretten kan utøves inntil utløpet av fristen for å klage over avgjørelsen om tildeling av kontrakten.

Dersom det er gitt tilstrekkelig begrunnelse underveis i anskaffelsesprosessen, er det ikke i strid med EU-retten at en klagefrist prekluderer klagerens mulighet til å angripe et eventuelt brudd på anskaffelsesreglene i etterfølgende klagesaker om for eksempel tildelingsbeslutningen, jf. *Cooperativa Animazione Valdocco*.

2.4 Fristavbrytelsen

Fristen avbrytes på tidspunktet for fremsettelsen av søknaden om klagebehandling. Når håndhevelsessystemet er lagt til domstolene, vil fristen avbrytes når søksmålet eller begjæringen om midlertidig forføyning sendes til domstolen.

2.5 Medlemsstatenes handlingsrom etter artikkel 2c

Håndhevelsesdirektivene artikkel 2c gir altså en adgang til å oppstille preklusive klagefrister for de beslutningene oppdragsgiver treffer i forbindelse med anskaffelsesprosessen.

¹²² Någjeldende artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt i håndhevelsesdirektivet

De preklusive klagefristene kan utløpe underveis i anskaffelsesprosessen eller etter kontraktsignering. Det at fristene kan utløpe underveis, er blant annet slått fast i EU-domstolens sak C-241/06 *Lämmerzahl*. I saken var spørsmålet om det var lovlig med en preklusiv frist for klager over valget av anskaffelsesprosedyre, vurderingen av kontraktens verdi og andre handlinger oppdragsgiver foretar under de første fasene i anskaffelsesprosessen. EU-domstolen uttalte at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for nasjonale regler om preklusive klagefrister. En preklusjonsregel kan altså medføre at muligheten til å gjøre gjeldende en påstått feil eller uregelmessighet går tapt dersom leverandøren ikke klager innen fristen som er satt for å klage på slike feil og uregelmessigheter.

En forutsetning for at det skal være lovlig med preklusive klagefrister, er at medlemsstatene etablerer et system med tidsfrister som har en tilstrekkelig klarhet og forutberegnelighet, jf. EU-domstolens sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco*. I saken ble det uttalt at en preklusiv klagefrist på 30 dager prinsipielt var forenelig med EU-retten.

Direktivet oppstiller kun minimumsfrister. Det vil derfor være mulig for medlemsstatene å innføre regler om klagefrister som går lenger enn det som følger av direktivbestemmelsen. Det vil også være mulig å ikke operere med klagefrister overhodet, utover allerede etablerte nasjonale preklusjonsregler slik som foreldelse.

Oppdragsgivers beslutninger er svært mange og ulike. Adgangen til å oppstille klagefrister gir derfor medlemsstatene en rekke handlingsalternativer.

For det første kan fristen for å klage på et brudd på anskaffelsesreglene gjøres avhengig av selve kravet som fremmes. For eksempel kan medlemsstatene fastsette egne frister for begjæringer om midlertid forføyning på den ene siden, og for søksmålsfrister for krav om erstatning eller andre krav på den andre siden.¹²³ Dette innebærer at en påstått ulovlig avvisning vil kunne måtte angripes underveis i konkurransen dersom leverandøren begjærer midlertidig forføyning, men at adgangen til å fremme et erstatningssøksmål på grunnlag av den samme påstått ulovlige avvisningen vil kunne være i behold.

I norsk rett i dag kan en begjæring om midlertidig forføyning ikke fremsettes etter kontraktsinngåelse, jf. anskaffelsesloven § 9 første ledd annet punktum. For søksmål om erstatning finnes det ingen prosessuelle frister. Adgangen til å fremme krav om erstatning for domstolene vil imidlertid materielt begrenses av de alminnelige foreldelsesreglene.

En annen mulighet direktivet gir, er å skille mellom lovfestede klagefrister og en lovfestet rett for oppdragsgiver til å selv fastsette klagefrister for visse typer av beslutninger i visse typer av anskaffelser. Dette vil gi oppdragsgiver frihet til å vurdere om klagefrister underveis i anskaffelsesprosessen er hensiktsmessig. Forutsetningen er at fristene fastsettes av oppdragsgiver på en slik måte at det blir forutberegnelig for leverandørene.

Det faller utenfor vårt oppdrag å vurdere om det bør innføres klagefrister/søksmålsfrister i norsk rett. For en gjennomgang av noen av hensynene som gjør seg gjeldende, vises det til NOU 2010: 2 punkt 9.3.2.

Vi påpeker imidlertid at innføring av preklusive klagefrister reiser flere uavklarte problemstillinger. Eksempelvis er det et spørsmål hvilke konsekvenser det vil ha at oppdragsgiver fastsetter klart ulovlige tildelingskriterier, som ikke blir påklaget innenfor en preklusiv klagefrist. Er tildelingskriteriene etter klagefristens utløp lovlige, eller har oppdragsgiver fortsatt en avlysningsplikt? Videre er det uklart hva som blir tilfellet dersom man hevder at oppdragsgiver har en avlysningsplikt, samtidig som denne

¹²³ Unntaket er krav om at kontrakten skal kjønnnes uten virkning, hvor klagefristene reguleres av artikkel 2f, jf. punkt 3 nedenfor.

plikten ikke kan håndheves og alle krav som springer ut av de ulovlige tildelingskriteriene, er prekludert. Dette har også en side til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen.

For øvrig nevner vi at nasjonalt fastsatte frister for klage eller søksmål ikke er til hinder for at ESA/Kommisjonen følger opp brudd på anskaffelsesregelverket. Det betyr at en part kan fremme en klage gjennom ESA selv om fristene for å klage er utløpt, jf. sak C-17/09 *Kommisjonen mot Tyskland*.

3. KLAGEFRISTER FOR KRAV OM "UTEN VIRKNING"

3.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2f lyder i dag slik:

1. Medlemsstatene kan fastsette at en klage i samsvar med artikkel 2d nr. 1, skal innleveres

- a) *før utløpet av minst 30 kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da*
- *den offentlige oppdragsgiveren offentliggjorde en kunngjøring om tildeling av kontrakt i samsvar med artikkel 50 og 51 i direktiv 2014/24/EU eller artikkel 31 og 32 i direktiv 2014/23/EU, forutsatt at denne meldingen inneholder en begrunnelse for den offentlige oppdragsgiverens beslutning om å tildele kontrakten uten forhåndskunngjøring av konkurranse i Den europeiske unions tidende, eller*
 - *den offentlige oppdragsgiveren underrettet de berørte anbyderne og kandidatene om inngåelsen av kontrakten, forutsatt at denne underretningen inneholder et sammendrag av de relevante årsakene fastsatt i artikkel 55 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU, med forbehold for bestemmelsene i artikkel 55 nr. 3 i nevnte direktiv, eller artikkel 40 nr. 1 annet ledd i direktiv 2014/23/EU med forbehold for artikkel 40 nr. 2 i det direktivet; dette alternativet gjelder også for tilfellene omhandlet i artikkel 2b bokstav c) i dette direktiv*
- b) *og uansett før utløpet av en frist på minst seks måneder regnet fra dagen som følger etter datoen da kontrakten ble inngått.*

2. I alle andre tilfeller, herunder søknader om klagebehandling i samsvar med artikkel 2e nr. 1, skal søknadsfristene for en klagebehandling fastsettes i henhold til nasjonal lovgivning, med forbehold for bestemmelsene i artikkel 2c.

En materielt tilsvarende bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2f.

Artikkel 2f nr. 1 knytter seg til klager i samsvar med artikkel 2d nr. 1, det vil si sanksjonen «uten virkning».¹²⁴ Bestemmelsen regulerer altså minimumsfrister for – i norsk terminologi – søksmål om å få kjent en kontrakt uten virkning.

Artikkel 2f nr. 2 knytter seg til alle andre tilfeller, herunder klage i samsvar med artikkel 2e nr. 1. I disse tilfellene skal klagefristen fastsettes i henhold til nasjonal lovgivning og artikkel 2c som gjennomgått

¹²⁴ Reguleringen av sanksjonen «uten virkning» er behandlet i kapittel 6 punkt 2.

over. Artikkel 2e nr. 1, som altså ikke er omfattet av artikkel 2f nr. 1, gjelder visse mindre alvorlige brudd på reglene om karenperiode og suspensjon hvor medlemsstatene kan velge mellom å innføre sanksjonen uten virkning eller alternative sanksjoner. For en nærmere gjennomgang av artikkel 2e nr. 1 vises det til kapittel 6 punkt 3. Det sentrale i denne sammenheng er at fristen for å klage i disse tilfellene fastsettes i nasjonal rett, men innenfor rammene av artikkel 2c.

3.2 Søksmålsfristens lengde, starttidspunkt og avbrytelse

I likhet med artikkel 2c er de tre sentrale spørsmålene (1) når fristen starter, (2) hva som er fristens lengde, og (3) hvordan fristen avbrytes.

Artikkel 2f nr. 1 bokstav a og b oppstiller to alternative minimumsfrister. I det følgende vil de to alternative minimumsfristene behandles hver for seg.

Artikkel 2f nr. 1 bokstav a fastsetter at klagefristen skal være minst 30 kalenderdager fra dagen etter friststart. Friststart er forskjellig i bokstav a første og andre strekpunkt. De to strekpunktene regulerer ulike situasjoner hvor kontrakter kan kjennes uten virkning.

Første strekpunkt gjelder situasjoner som er omfattet av håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 1 bokstav a, det vil si når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.¹²⁵ Fristen skal da løpe fra det tidspunkt oppdragsgiver har kunngjort kontraktsinngåelsen i samsvar med reglene i anskaffelsesdirektivet artikkel 50 og 51.¹²⁶ Forutsetningen er at kunngjøringen inneholder en begrunnelse for beslutningen om å tildele kontrakt uten forhåndskunngjøring. Det vises til redegjørelsen for begrunnelseskravet i punkt 2.3 over. Det sentrale er følgelig at begrunnelsen er tilstrekkelig til at det er mulig for potensielle leverandører å vurdere hvorvidt regelverket er brutt.

Annet strekpunkt gjelder de to de andre situasjonene hvor det er aktuelt å kjenne en kontrakt uten virkning – dels de tilfeller hvor oppdragsgiver ikke har overholdt håndhevelsesdirektivenes regler om karenperiode eller suspensjon og samtidig brutt anskaffelsesdirektivenes materielle regler, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 1 bokstav b, dels er det de tilfeller hvor oppdragsgiver har tildelt kontrakt under en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning i strid med anskaffelsesreglene, jf. håndhevelsesdirektivet.¹²⁷ I disse tilfellene skal fristen løpe fra det tidspunkt oppdragsgiver har underrettet de berørte tilbyderne og kandidatene om kontraktsinngåelsen. Det er en forutsetning at underretningen inneholder en begrunnelse som oppfyller kravene til begrunnelse i anskaffelsesdirektivene.¹²⁸

Når det gjelder utregningen av antallet kalenderdager og forholdet til fristforordningen, vises det til punkt 2.2 over. Kravet til begrunnelse er nærmere omtalt i sammenheng med kravet til karenperiode, jf. kapittel 5 punkt 2.

Artikkel 2f nr. 1 bokstav b er felles for alle krav om å kjenne en kontrakt uten virkning i artikkel 2d nr. 1. Dersom oppdragsgiver ikke har gått frem som beskrevet i bokstav a, skal klagefristen være minst seks måneder regnet fra dagen som følger etter datoen da kontrakten ble inngått. Også her vises det til redegjørelsen i punkt 2.2 over om beregningen av kalenderdager.

¹²⁵ Jf. kapittel 6 punkt 2

¹²⁶ Alternativt forsyningsdirektivet artikkel 70 og 71 eller konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 og 32

¹²⁷ Jf. kapittel 6 punkt 2

¹²⁸ Jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 75 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1

Felles for fristene i bokstav a og b er tidspunktet for fristavbrytelse. I begge tilfeller avbrytes fristen ved fremsettelsen av klagen. Etter gjeldende norsk rett er dette altså tidspunktet hvor søksmålet er sendt til domstolen.

3.3 Medlemsstatenes handlingsrom etter artikkel 2f

I likhet med artikkel 2c oppstiller artikkel 2f kun minimumsfrister. Dette innebærer at medlemsstatene står fritt til å innføre lengre frister. For krav om å kjenne en kontrakt uten virkning er det imidlertid viktig også å hensynta valgte leverandørs interesser. Det kan derfor ikke utelukkes at kravet til effektiv håndhevelse medfører at urimelig lange frister for å kjenne en kontrakt uten virkning er i strid med håndhevelsesdirektivet.¹²⁹

Et særlig spørsmål reiser seg i forbindelse med seksmånedersfristen i artikkel 2f nr. 1 bokstav b. Seksmånedersfristen løper fra kontraktsinngåelsen, uavhengig av hvilken kunnskap potensielle leverandører har, eller burde hatt, om at kontrakt faktisk er blitt inngått. Virkningen av å oversitte denne frist er imidlertid begrenset til at søksmål om å kjenne kontrakten uten virkning prekluderes. Det kan ikke trekkes slutninger om at det også vil være adgang til å begrense andre krav med en tilsvarende frist. Eksempelvis kom EU-domstolen i sak C-166/14 *MedEval* til at en frist på seks måneder for å fremsette et krav på erstatning var ulovlig, ettersom fristen startet å løpe uavhengig av hvilken kunnskap skadelidte hadde om bruddet på regelverket. For andre krav enn krav med å kjenne en kontrakt uten virkning er det følgelig artikkel 2c som regulerer minstefristen.

For øvrig nevner vi at ettersom det er adgang med preklusive frister på henholdsvis 30 dager eller seks måneder, avhengig av friststart-tidspunktet, er det vår vurdering at det ut fra en «mer til det mindre»-betraktning også er mulig å oppstille en høyere terskel for å kjenne kontrakten uten virkning etter utløpet av minimumsfristen. Med dette menes at det for eksempel kan settes en frist på 30 dager som avskjærer krav om uten virkning i noen tilfeller, og så en frist på 60 dager som avskjærer ethvert krav om uten virkning. Minimumsfristene håndhevelsesdirektivet gir tillatelse til kan på denne måten brukes som et verktøy ved at det eksempelvis kun er de groveste tilfellene av brudd på anskaffelsesregelverket som kan kjennes uten virkning etter utløpet av 30-dagersfristen.

Det faller utenfor rammene av dette oppdraget å vurdere nærmere hensynene for og imot å innføre klagefrister/søksmålsfrister knyttet til sanksjonen uten virkning i norsk rett. For en gjennomgang av noen av hensynene som gjør seg gjeldende, vises det til NOU 2010: 2 punkt 9.4.3.

4. ULOVFESTEDE KRAV TIL KLAGEFRISTER

Etter håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt følger det at det skal være adgang til å klage på beslutninger truffet av offentlige oppdragsgivere.¹³⁰ Etter artikkel 2c gjelder det minstefrister for klage på beslutninger truffet av oppdragsgiver som ledd i, eller i forbindelse med, anskaffelsesprosessen. Det kan stilles spørsmål ved om det som følge av denne ulikheten i ordlyden finnes beslutninger som faller innenfor klageretten i artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, men som faller utenfor minstefristen i artikkel 2c. Det neste spørsmålet er om det finnes minstefrister etter EU/EØS-retten som eventuelt gjelder for disse beslutningene.

Et første tilfelle hvor det er uklart om artikkel 2c kommer til anvendelse, er situasjonen i EU-domstolens sak C-682/21 *HSC Baltic mfl*. Saken gjaldt en beslutning om å «svarteliste» en leverandør etter heving av en kontrakt. EU-domstolen kom til at beslutningen var omfattet av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, og derfor var en beslutning som kunne påklages.¹³¹ Hvorvidt en slik beslutning kan anses å

¹²⁹ Se Arrowsmith, VOL 2, avsnitt 22-96

¹³⁰ Jf. kapittel 2 punkt 2

¹³¹ Jf. kapittel 2 punkt 2.4

være en beslutning som er truffet som ledd i, eller i forbindelse med, anskaffelsesprosessen, er derimot uklart.

Det sentrale er imidlertid at det også for beslutninger som faller utenfor artikkel 2c, følger visse krav til lengden på eventuelle klagefrister. EU-domstolen har i flere saker uttalt at klagefristen ikke kan være kortere enn at klager får rimelig tid fra tidspunktet hvor hen ble, eller burde blitt, klar over de faktiske forhold som begrunner bruddet på anskaffelsesregelverket.¹³²

Som et eksempel på en situasjon utenfor artikkel 2c nevner Arrowsmith at oppdragsgiver fatter en ny beslutning som påvirker lovligheten av den tidligere beslutningen. Arrowsmith skriver videre at EU-retten i et slikt tilfelle stiller krav om at minimumsfristen ikke løper fra den opprinnelige beslutningen, men fra tidspunktet leverandøren ble eller burde blitt klar over den siste beslutningen.¹³³ Hvorvidt det er riktig at en slik situasjon faller utenfor artikkel 2c, er imidlertid uklart.

5. KRAV TIL FRISTER FOR KONTRAKTER UNDER EØS-TERSKELVERDI

For anskaffelser under EØS-terskelverdi gjelder ikke håndhevelsesdirektivet, og derfor heller ikke artikkel 2c eller 2f.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi med grensekryssende interesse vil det imidlertid, i likhet med det som er skrevet i punkt 4 over, gjelde visse krav til klagefristens lengde. Klagefristen kan ikke være kortere enn at klager får rimelig tid fra tidspunktet hvor hen ble eller burde blitt klar over de faktiske forhold som begrunner bruddet på anskaffelsesregelverket.¹³⁴

6. ER PREKLUSIVE FRISTER ET UTSLAG AV ET GENERELT PRINSIPP OM LOJALITET I DEN PREKONTRAKTUELLE FASEN?

EU-domstolen har akseptert preklusive frister med henvisning til behovet for å unngå at anskaffelsesprosesser strekker unødig ut i tid. Spørsmålet er om aksepten av preklusive frister er utslag av et mer generelt prinsipp om at tilbyderne har en lojalitetsplikt i den prekontraktuelle fasen. Leverandører må agere så raskt som mulig når de har oppdaget eller burde ha oppdaget en feil som oppdragsgiver har gjort, og dersom de ikke gjør det, risikerer de å tape muligheten til å gjøre feilen gjeldende.

Det fins flere dommer fra EU-domstolen som underbygger at det gjelder et slikt generelt prinsipp om lojalitet i den prekontraktuelle fasen i EU-retten.

I EU-domstolens sak C-538/13 *eVigilo* var spørsmålet om en nasjonal klagefrist som utløp underveis i anskaffelsen, skulle forlenges til utløpet av fristen for å klage på tildelingsbeslutningen. Det avgjørende for om fristen skulle forlenges, var om tilbyderen på det tidligere tidspunkt var i stand til å fastlegge at det forelå et brudd på anskaffelsesregelverket, jf. punkt 2.3 over. Det bakenforliggende anførte bruddet på anskaffelsesregelverket var at konkurransebetingelsene var for uklare. EU-domstolen uttalte i avsnitt 55 at den nasjonale domstolen måtte prøve om en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder faktisk var ute av stand til å forstå tildelingskriteriene. Videre uttalte EU-domstolen at den nasjonale rett i denne forbindelse måtte ta hensyn til at tilbyderne faktisk hadde vært i stand til å levere tilbud, og at den berørte tilbyderen ikke hadde bedt om en avklaring av oppdragsgiver. Det manglende forsøket på avklaring fra tilbyder skulle altså vektlegges i tilbyders disfavør.

¹³² Se EU-domstolens sak C-470/99 *Universale-Bau mfl.* og sak C-327/00 *Santex*

¹³³ Arrowsmith, VOL II, avsnitt 22-90

¹³⁴ Se EU-domstolens sak C-470/99 *Universale-Bau mfl.* og sak C-327/00 *Santex*

Betydningen av manglende spørsmål om avklaring fra tilbyderne ble også vektlagt i Underrettens sak T-10/17 *Proof IT SIA*. Det ble her uttalt at:

*it is necessary to take into account the fact that the tenderer concerned and the other tenderers were capable of submitting tenders and that the tenderer concerned, before submitting his tender, did not request clarification from the contracting authority [...].*¹³⁵

Underretten kom i den konkrete saken til at tildelingskriteriet ikke var uklart, og vektla klagers manglende forespørsel om avklaring i klagers uheld ved vurderingen.

I EU-domstolens sak C-23/20 *Simonsen & Weel* var blant annet spørsmålet om å kjenne en rammeavtale uten virkning. Rammeavtalen var kunngjort, men det var ikke opplyst om hverken rammeavtalens maksimale verdi eller maksimal mengde av de produkter som skulle leveres under rammeavtalen. EU-domstolen kom til at unnlatelsen av å oppgi maksimal verdi/mengde var et brudd på regelverket, men at bruddet ikke var tilstrekkelig grovt til å utløse sanksjonen uten virkning. EU-domstolen uttalte følgende¹³⁶:

The contracting authority's failure to comply with its obligation to indicate the extent of a framework agreement is, in such circumstances, sufficiently noticeable for it to be detected by an economic operator who intended to submit a tender and who ought, as a result, to be regarded as being duly informed.

EU-domstolen la altså avgjørende vekt på tilbyders kunnskap og muligheten til å identifisere bruddet på anskaffelsesregelverket.

De tre nevnte avgjørelser fra EU-domstolen kan tas til inntekt for at tilbyderes eller kandidaters manglende bruk av muligheten til å be om avklaring, i situasjoner hvor feilen eller uklarheten er synlig for en rimelig og normalt påpasselig tilbyder, kan medføre at de ikke senere kan påberope den aktuelle feilen.

I Sverige har Högsta förvaltningsdomstolen tatt stilling til spørsmålet i to nyere avgjørelser.¹³⁷ I begge saker forelå det brudd på anskaffelsesregelverket ved at oppdragsgiver ikke hadde gitt tilstrekkelige opplysninger om maksimal mengde eller maksimal verdi ved kunngjøringen av rammeavtaler. Etter at kontrakt var blitt tildelt, krevde en av tilbyderne at konkurransen skulle avlyses.

Högsta förvaltningsdomstolen kom til at en leverandør som unnlater å varsle oppdragsgiver underveis i konkurransen, mister muligheten til å få håndhevet denne feilen senere. Domstolen viste til at leverandørene kunne ha bedt om en avklaring fra oppdragsgiver om verdien. I tillegg uttalte domstolen at når en leverandør, uten akseptable grunner, ikke stiller spørsmål til oppdragsgiver om en feil eller uklarhet i konkurransegrunnlaget under konkurransen, men venter med å gjøre dette til etter tildelingsbeslutningen er fattet, kan denne leverandøren normalt ikke få medhold i at han har lidt eller risikerer å lide tap.

I norsk rett er rettstilstanden per i dag uavklart. I Rt-1985-1066 *Ran-Ko* kom Høyesterett til at tilbyderen hadde en oppfordring til å stille spørsmål, og at konsekvensen av manglende avklaring måtte gå utover tilbyderen. I Rt-2001-473 *Concord* uttalte Høyesterett at det alminnelige kravet til lojalitet også gjelder i tilbudskonkurranser. I Rt-2007-1489 *Byggholt* uttalte Høyesterett at en plikt for tilbyder til å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget i praksis betyr at tilbyder må ta et forbehold. Høyesterett uttalte derfor at det var vanskelig å se at tilbyders subjektive oppfatning burde være

¹³⁵ Avsnitt 49

¹³⁶ Avsnitt 89

¹³⁷ Högsta förvaltningsdomstolens dom 10. januar 2022 (mål nr. 196-21) og dom 10. januar 2022 (mål nr. 6151-6159-20). Avgjørelsene er behandlet nærmere i kapittel 8 punkt 3.7.

avgjørende. Betydningen av avgjørelsen er vanskelig å fastlegge ettersom Høyesterett for det første synes å ha oversett den dagjeldende anskaffelsesforskriften 2001 § 5-4 annet ledd om at oppdragsgiver kunne rette eller supplere konkurransegrunnlaget etter forespørsel fra en av leverandørene. For det andre etterfølges uttalelsen av en henvisning til Rt-2003-1531 *Veidekke* som gjaldt spørsmålet om retting av tilbud, og ikke retting av konkurransegrunnlaget. I Rt-2012-1729 *Mika* holdt Høyesterett spørsmålet åpent. I HR-2019-1801-A *Fosen-linjen* uttalte Høyesterett at «hvis tilbyderne velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget, kan det normalt ikke være årsakssammenheng til tapet.»¹³⁸ I den konkrete saken fant Høyesterett derimot at årsakssammenheng forelå, og det ble nettopp vist til at tilbyderen hadde påpekt feilen til oppdragsgiver to ganger under konkurransens gang.

¹³⁸ *Fosen-linjen* avsnitt 135

KAPITTEL 4 KRAV TIL ORGANISERING AV KLAGESYSTEMET

1. INNLEDNING

I EU/EØS-retten gjelder det et grunnleggende prinsipp om nasjonal prosessuell autonomi. Det betyr at det som utgangspunkt er opp til medlemsstatene selv å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves på nasjonalt plan, etter nasjonal forvaltnings- og prosessrett.

Direktivet stiller krav til medlemstatenes klagesystem både når det gjelder kompetanse og hvilke prosedyrer som skal gjelde for klagebehandlingen. Direktivet stiller derimot ikke krav til selve organiseringen av klagesystemet.

Medlemsstatene kan altså selv velge hvorvidt klageorganet skal være domstolene, nemnder eller en blanding av disse to typene organer. Det sentrale er imidlertid at klageorganet som velges, oppfyller de grunnleggende rettssikkerhetsprinsippene. Det grunnleggende ekvivalensprinsippet må altså følges, det vil si at håndhevelsen av EU/EØS-regler ikke må være mer byrdefull enn håndhevelsen av tilsvarende nasjonale regler. Enten man velger en nemndsmodell eller en domstolsmodell, må altså de generelle kravene til tvisteløsning som følger av norsk rett, oppfylles.

Det tilligger altså medlemsstatene selv å utpeke et kompetent håndhevelsesorgan. I norsk rett har man valgt en domstolsmodell, der det er domstolene som har kompetanse etter håndhevelsesdirektivene til å benytte de ulike rettsmidlene. I tillegg har man i Norge supplert håndhevelsen med KOFA som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud. KOFA har i utgangspunktet en rent rådgivende rolle, men nemda fikk fra januar 2007 også adgang til å ilegge et overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser.

Kravene som stilles til klagesystemets kompetanse og prosedyrer henger sammen med det alminnelige EU/EØS-rettslige prinsippet om effektivitet, som generelt tilsier at statene må etablere effektive systemer for å håndheve rettigheter.

I det følgende punktet vil vi kortfattet behandle de krav håndhevelsesdirektivene stiller til medlemsstatenes klageorganer.

2. KRAV TIL KLAGEORGANER

Myndigheten som er angitt i direktivet artikkel 2 nr.1 og art 2d og 2e, kan fordeles mellom forskjellige organer, som har ansvar for ulike deler av klagebehandlingen, jf. artikkel 2 nr. 2.

Som nevnt i innledningen over presiseres det ikke hvilken type organer dette må være. Oppdragsgiver står dermed fritt til å legge myndigheten til et organ i tråd med eget lands tradisjoner, som for eksempel kan være en administrativ domstol eller ordinære domstoler. Alternativt kan myndigheten i første instans tillegges nye eller eksisterende organer som ikke tilhører rettssystemet, og som til og med kan være nært knyttet til oppdragsgiver.¹³⁹

Ordninger med spesialistorganer kan effektivisere klageprosessen og gjøre den mindre kostbar sammenlignet med rettslige prosesser.

Der et organ i første instans ikke er en rettsinstans («judicial in character»), oppstiller artikkel 2 nr. 9 noen tilleggskrav: For det første skal deres avgjørelser alltid begrunnes skriftlig. I tillegg skal klageorganets avgjørelser kunne overprøves av en domstol eller en instans som er en domstol i

¹³⁹ Arrowsmith, Vol. 2, side 945

henhold til traktatens artikkel 234¹⁴⁰, og som skal være uavhengig av både oppdragsgiver og klageorganet som fattet avgjørelsen i første instans.¹⁴¹ Videre reguleres organet som overprøver førsteinstans sin avgjørelse i artikkel 2 nr. 9 andre avsnitt:

Medlemmene av en slik uavhengig instans skal, med hensyn til den myndigheten som er ansvarlig for deres utpeking, funksjonstid og avgang, utpekes og avsettes på samme vilkår som domstolens medlemmer. Minstekravet er at formannen for denne uavhengige instansen skal ha de samme juridiske og faglige kvalifikasjonene som domstolens medlemmer. Den uavhengige instansen skal treffe sine beslutninger etter en framgangsmåte som tilsier at begge sider blir hørt, og disse beslutningene skal, ved metoder fastsatt av hver enkelt medlemsstat, være rettslig bindende.

Artikkel 2 nr. 9 sikrer at endelige avgjørelser av om lovligheten av avgjørelser på anskaffelsesområdet, alltid skal kunne behandles av en instans som oppfyller en viss rettslig standard.¹⁴²

Medlemsstatene må ifølge artikkel 2 nr. 8 sørge for at avgjørelser som fattes av et klageorgan kan håndheves på en effektiv måte. Se om dette under kapittel 2 punkt 6.

¹⁴⁰ TEC artikkel 234 og TFEU artikkel 267

¹⁴¹ Ordlyden i artikkel 2 nr. 9 første avsnitt er forskjellig i de ulike oversettelsene av direktivet. Den engelske versjonen sier at avgjørelsen i førsteinstans skal kunne «be the subject of judicial review or review by another body which is a court or tribunal within the meaning of Article 234 of the Treaty». I den norske oversettelsen står: «av en domstol eller innklages for en annen instans som er en domstol i henhold til traktatens artikkel 234». Den danske bruker: «kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikkel 234». Og den svenske: «domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel 234 i fördraget».

¹⁴² Arrowsmith, Vol. 2, side 946

KAPITTEL 5 RETTSMIDLER

1. INNLEDNING

Håndhevelsesdirektivene stiller krav om at de nasjonale håndhevelsesorganene skal kunne anvende følgende rettsmidler:

- midlertidige tiltak
- tilsidesettelse av beslutninger som er i strid med regelverket
- erstatning
- sanksjoner ved særlige alvorlige overtredelser (uten virkning og alternative sanksjoner)
- mulkt (gjelder bare forsyningssektorene)

Med unntak av reglene om sanksjoner skal virkningen av ovennevnte rettsmidler fastsettes i nasjonal rett, jf. håndhevelsesdirektivenes artikkel 2 nr. 7 første avsnitt. For samtlige rettsmidler kreves det imidlertid at vedtakene som gjøres av håndhevelsesorganet kan gjennomføres på en effektiv måte, jf. artikkel 2 nr. 8.¹⁴³

Rettsmidlene i de to første og det siste strekpunktet – midlertidige tiltak, tilsidesettelse og mulkt – vil først og fremst være aktuelle å benytte i den prekontraktuelle fasen, det vil si før kontrakt er inngått. Dette er rettsmidler som har som det primære formålet å forhindre at oppdragsgiver begår brudd på regelverket og inngår kontrakter i strid med regelverk. Disse rettsmidlene får da som virkning at brudd korrigeres før kontraktsinngåelsen.

Etter kontraktsinngåelse vil illeggelse av erstatning og sanksjoner være de primære rettsmidlene. Det er likevel ikke noe til hinder for at medlemsstatene kan beslutte at de «prekontraktuelle rettsmidlene» også skal kunne benyttes etter kontraktsinngåelse.

Vi vil i det følgende redegjøre nærmere for disse «prekontraktuelle rettsmidlene», i dette kapittel punkt 4 til 6.

Reglene om karens og suspensjon har nær sammenheng med den prekontraktuelle håndhevelsen, selv om ikke dette er rettsmidler som klageorganet beslutter i en klageprosess. Overholdelse av en karensperiode er derimot en forpliktelse som oppdragsgiver må overholde ved gjennomføringen av anskaffelsen, og må ses på som en integrert del av de materielle anskaffelsesregler. Suspensjon vil inntre automatisk, og innebærer således også en forpliktelse for oppdragsgiver til å vente med å inngå kontrakter. Dette er altså regler som skal sikre at klager effektivt kan benytte de «prekontraktuelle rettsmidlene». Disse reglene vil derfor også behandles i dette kapittel, i punkt 2 og 3.

Reglene om erstatning og sanksjoner redegjør vi for i henholdsvis kapittel 9 og 6.

¹⁴³ Merk at den engelske språkversjonen bruker formuleringen «can be effectively enforced», altså håndhevet.

2. KRAV TIL KARENSPERIODE

2.1 Innledning

Reglene om karenperiode finnes i håndhevelsesdirektivene artikkel 2a og 2b. Reglene innebærer at det må innføres en karenperiode fra oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakt kan inngås. Dette er altså en obligatorisk ventetid i anskaffelsesprosessen, der oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt.¹⁴⁴

Formålet med reglene er å gi leverandører tid til å gjennomgå tildelingsbeslutningen og vurdere om det er grunnlag for å klage, på et tidspunkt hvor det fortsatt er mulig å stoppe kontraktsinngåelsen.¹⁴⁵ Innføringen av regler om karenperiode er således et viktig grep for å sikre den effektive håndhevelsen, og er i tråd med ønsket med endringsdirektivet om å styrke den prekontraktuelle håndhevelsen, jf. kapittel 1 punkt 6.

Reglene om karen kom inn i håndhevelsesdirektivene med endringsdirektivet i 2007, nettopp fordi EU-lovgiver fant at det var en vesentlig svakhet at det ikke gjaldt noen slik frist som gjorde det mulig å klage effektivt i perioden mellom beslutningen om å tildele kontrakten og inngåelsen av denne.¹⁴⁶ Dette betød i praksis at oppdragsgiver i en klagesituasjon ofte ville signere kontrakten raskest mulig for å gjøre virkningene av en omtvistet tildelingsbeslutning endelige (såkalt «race to sign»).

Reglene om karen er stort sett materielt identiske i de to håndhevelsesdirektivene, med et unntak: Direktiv 92/13/EØF inneholder ikke et spesifikt unntak for kravet til karenperiode ved kontrakter basert på rammeavtaler. Dette unntaket og denne forskjellen omtales nærmere i punkt 2.4 under.

Reglene om karenperiode har også sammenheng med sanksjonsreglene: Manglende overholdelse av bestemmelsene om karenperiode vil kunne føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, herunder at anskaffelsen kjennes uten virkning, jf. artikkel 2d og artikkel 2e. Dette betyr at det vil kunne få store konsekvenser dersom oppdragsgiver ikke overholder reglene om karenperiode. Sanksjoner ved manglende overholdelse av reglene om karenperiode omtales nærmere i kapittel 6.

Regelen om karenperiode er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 25-2, forsyningsforskriften § 21-2 og konsesjonskontraktforskriften § 12-2. For en nærmere redegjørelse for hvordan direktivreglene er gjennomført i norsk rett, vises det til NOU 2010: 2 kapittel 7 og 12.3.3.

2.2 Nærmere om bakgrunnen for reglene

Reglene om karenperiode har sin bakgrunn i EU-domstolens avgjørelse i sak C-81/98 *Alcatel*. Denne saken gjaldt en konkurranse om en IT-anskaffelse omfattet av det tidligere vareanskaffelsesdirektivet¹⁴⁷, der kontrakten ble underskrevet samme dag som den ble tildelt. Øvrige leverandører fikk beskjed om kontraktsinngåelsen gjennom pressen. Dette betød i praksis at erstatning var den eneste mulige sanksjonen for å imøtegå brudd på anskaffelsesreglene. EU-domstolen uttalte følgende:¹⁴⁸

It follows from those considerations that the combined provisions of Article 2(1)(a) and (b) and the second subparagraph of Article 2(6) of Directive 89/665 are to be interpreted as meaning that the Member States are required to ensure

¹⁴⁴ I C-444/06 *Kommisjonen mot Spania* omtaler EU-domstolen dette som “a mandatory waiting period between the award of the contract and its conclusion”.

¹⁴⁵ Jf. fortalen avsnitt 6

¹⁴⁶ Jf. fortalen avsnitt 4

¹⁴⁷ Direktiv 93/36/EØF

¹⁴⁸ *Alcatel* avsnitt 43

that the contracting authority's decision prior to the conclusion of the contract as to the bidder in a tender procedure with which it will conclude the contract is in all cases open to review in a procedure whereby an applicant may have that decision set aside if the relevant conditions are met, notwithstanding the possibility, once the contract has been concluded, of obtaining an award of damages.

Som følge av denne saken innledet EU-kommisjonen en rekke traktatbruddsaker mot medlemsstatene for å få disse til å innføre karensregler.¹⁴⁹ Dette ledet blant annet til sak C-212/02 *Kommisjonen mot Østerrike* der EU-domstolen uttalte at en fullstendig rettsbeskyttelse først og fremst forutsetter at det består en forpliktelse til å underrette leverandører om tildelingsbeslutningen, slik at disse reelt vil ha en mulighet til å inngi en klage, og at bestemmelser om innsyn ikke vil være tilstrekkelige.¹⁵⁰ Domstolen uttalte videre følgende:¹⁵¹

Complete legal protection also requires that it be possible for the unsuccessful tenderer to examine in sufficient time the validity of the award decision. Given the requirement that the Directive have practical effect, a reasonable period must elapse between the time when the award decision is communicated to unsuccessful tenderers and the conclusion of the contract in order, in particular, to allow an application to be made for interim measures prior to the conclusion of the contract.

Det forelå således allerede før endringsdirektivet en forpliktelse til å innføre en form for karensperiode.

2.3 Nærmere om kravet til karensperiode

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 første avsnitt lyder slik:

En kontrakt kan ikke inngås som en følge av beslutningen om å tildele en kontrakt som faller inn under virkeområdet for direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU, før utløpet av en frist på minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da beslutningen om kontraktstildelingen ble sendt til de berørte anbyderne og kandidatene, dersom faks eller elektroniske hjelpemidler benyttes, eller, dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, før utløpet av en frist på enten minst 15 kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da beslutningen om kontraktstildelingen ble sendt til de berørte anbyderne eller kandidatene, eller minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da beslutningen om kontraktstildelingen ble mottatt

En materielt tilsvarende bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2a nr. 2.

Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt som omfattes av henholdsvis anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, etter utløpet av en karensperiode.

Karensperioden starter å løpe fra meddelelsen om tildeling sendes til berørte tilbydere og kandidater. Når karensperioden har løpt ut, kan oppdragsgiver og valgte leverandører være trygge på at kontrakt kan inngås, uten risiko for at kontrakten etterfølgende vil kunne kjennes uten virkning, jf. nærmere kapittel 6.

¹⁴⁹ Se også sak ovennevnte sak C-444/06 *Kommisjonen mot Spania* samt C-455/08 *Kommisjonen mot Irland*

¹⁵⁰ *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 21.

¹⁵¹ *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 23.

Kravet om karenperiode gjelder bare oppdragsgivers beslutning om tildeling. Det er ikke noe krav om å innføre karenperiode for andre beslutninger, som for eksempel beslutninger om å kvalifisere en leverandør eller avvisningsbeslutninger.

Hvor lang fristen skal være, avhenger av hvilket kommunikasjonsmiddel som benyttes for å sende meddelelsen om tildeling.¹⁵² Der meddelelsen sendes per telefaks eller elektronisk, skal karenperioden være minst ti kalenderdager. Dersom meddelelsen sendes med et annet kommunikasjonsmiddel, skal fristen være enten minst 15 dager fra meddelelsen er sendt til berørte tilbydere eller kandidater, eller minst ti dager fra meddelelsen er mottatt. Dersom det anvendes ulike kommunikasjonsmidler samtidig, kan medlemsstatene fritt beslutte hvilken av fristene som skal gjelde.

Med innføringen av krav til elektronisk kommunikasjon med 2014-anskaffelsesdirektivene har bestemmelsene om bruk av både telefaks og andre kommunikasjonsmiddel blitt lite praktiske. Det vil likevel gjelde visse unntak fra krav til bruk av elektronisk kommunikasjon, for eksempel på grunn av sensitive opplysninger, slik at det vil være nødvendig å innføre ulike frister for de ulike kommunikasjonsmidlene. Når det gjelder bruk av annet kommunikasjonsmiddel er det imidlertid vår forståelse at medlemsstatene må kunne beslutte fritt om det skal innføres en frist på 15 dager fra meddelelsen er sendt, eller ti dager fra meddelelsen er mottatt.

Fristen regnes fra *dagen etter* at meddelelsen er sendt/mottatt. De berørte leverandørene skal da få henholdsvis ti eller 15 fulle dager til å vurdere en eventuell klage. Dette betyr at dersom en meddelelse om tildeling sendes elektronisk på dag 1, utløper karenperioden ved midnatt på dag 11, slik at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt på dag 12. Sendes meddelelsen med alminnelig post på dag 1, utløper karenperioden ved midnatt på dag 16, slik at oppdragsgiver i dette tilfellet tidligst kan inngå kontrakt på dag 17.

Fristene regnes i kalenderdager. For øvrig gjelder den såkalte fristforordningen ved fastsettelse av karenperioden.¹⁵³ Det følger av denne forordningen at hvis en frist som ikke er uttrykt i timer, faller på for eksempel en helligdag, lørdag eller søndag, løper fristen først ut ved slutten av den siste timen av neste virkedag.¹⁵⁴

Hvem som er berørte leverandører, er definert direkte i bestemmelsens nr. 2 annet og tredje avsnitt. Her sondres det mellom «berørte anbydere», det vil si leverandører som har levert tilbud (tilbydere), og «berørte kandidater», det vil si leverandører som har levert søknad om å delta, men som ennå ikke har levert tilbud.

Tilbydere anses som berørte hvis de ennå ikke er blitt «endelig utelukket». Det er ikke nærmere definert når en tilbyder må anses som utelukket, men det må antas å omfatte tilfeller der leverandøren er avvist eller der leverandøren har fått sitt tilbud eller sin løsning forkastet i en situasjon der oppdragsgiver reduserer antallet tilbud eller løsninger som det skal forhandles eller gjennomføres dialog om. En slik utelukkelse er endelig hvis den er meddelt tilbyderen og enten er funnet lovlig av en uavhengig klageinstans¹⁵⁵ eller ikke lenger kan bli gjenstand for en klageprosess, det vil si der det er innført en klagefrist etter artikkel 2c, jf. nærmere i kapittel 3 punkt 2.¹⁵⁶ Det bemerkes at

¹⁵² Det fremgår av fortalen avsnitt 5 at der det benyttes «raske kommunikasjonsmidler», kan det innføres en kortere karenperiode enn der det anvendes andre kommunikasjonsmidler.

¹⁵³ Rådsforordning (EØF, EAF) nr. 1182/71 av 3. juni 1971 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter

¹⁵⁴ Se artikkel 3 nr. 3 og 4

¹⁵⁵ Det vil for Norges vedkommende etter dagens regler innebære at en den utelukkede tilbudsgiver har anlagt sak ved domstolene med henblikk på å få utelukkelsesbeslutningen kjent ulovlig, men uten å ha fått medhold.

¹⁵⁶ Ettersom det i Norge ikke er innført klagefrister, har man i definisjonen av berørte leverandører inkludert «alle leverandørene som har gitt tilbud», jf. § 4-5 bokstav f i både anskaffelsesforskriften og

håndhevelsesdirektivene ikke synes å stilles krav om at avgjørelsen fra en uavhengig klageinstans må være rettskraftig, slik at utelukkelsen vil være endelig når førsteinstansavgjørelsen foreligger.

Kandidater anses som berørte hvis oppdragsgiver ikke har gitt dem opplysninger om at deres søknad er avvist. Dette må også antas å omfatte tilfeller der en kandidat i en konkurranse der det settes en grense for antallet leverandører som velges ut til å gi tilbud, ikke er blitt valgt ut.

Det følger av bestemmelsens nr. 2 fjerde avsnitt at meddelelsen om tildeling skal inneholde et «sammendrag av de relevante årsakene» i henhold til anskaffelsesdirektivets artikkel 55 nr. 2, jf. nr. 3, forsyningsdirektivets artikkel 75 nr. 2, jf. nr. 3, og konsesjonskontraktdirektivets artikkel 40 nr. 1, jf. nr. 2, altså en begrunnelse. Se nærmere i punkt 2.5 for en gjennomgang av betydningen reglene om begrunnelse for karenperioden.

Videre skal meddelelsen om tildeling inneholde en presis angivelse av den nøyaktige karenperioden som gjelder. Dette er ifølge fortalen avsnitt 6 viktig, særlig fordi varigheten av karenperioden vil være forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat. Det vil for eksempel ikke være tilstrekkelig bare å opplyse om at oppdragsgiver overholder karenperioden, eller at karenperioden løper minst ti dager. Det må derimot oppgis på en utvetydig måte når karenperioden faktisk løper ut, for eksempel ved å angi den nøyaktige datoen og klokkeslettet for opphør av karenperioden. Det følger eksplisitt av bestemmelsen at dette skal angis «i henhold til bestemmelsene i nasjonal lovgivning der dette nummer er innarbeidet». Dette er altså noe lovgiver bør ta stilling til i den nasjonale regelen.

Slik det også eksplisitt fremgår av artikkel 2a nr. 1¹⁵⁷ oppstiller regelen i nr. 2 bare minstekrav. Det vil derfor være mulig for medlemsstatene å innføre regler om karenperiode som går lenger enn det som følger av direktivet.¹⁵⁸ Eksempelvis vil det være mulig å innføre regler om karenperiode også for andre beslutninger enn beslutningen om tildeling. Det kan også fritt innføres minstefrister eller absolutte frister som er lengre enn direktivets minstekrav på 10/15 dager, se også fortalen avsnitt 5.

2.4 Unntak fra krav til karenperiode

Håndhevelsesdirektivene artikkel 2b åpner for at medlemsstatene kan fastsette nærmere angitte unntak fra kravet til karenperiode, jf. første avsnitt. Bestemmelsen i direktiv 89/665/EØF har følgende ordlyd:

Medlemsstatene kan fastsette at fristene omhandlet i artikkel 2a nr. 2 i dette direktiv, ikke får anvendelse i følgende tilfeller:

- (a) dersom det i direktiv 2014/24/EU eller, der relevant, direktiv 2014/23/EU ikke kreves forhåndskunngjøring av konkurranse i Den europeiske unions tidende,*
- (b) dersom den eneste berørte anbyderen i henhold til artikkel 2a nr. 2 i dette direktiv er den som tildeles kontrakten, og det ikke finnes noen berørte kandidater,*
- (c) dersom det dreier seg om en kontrakt basert på en rammeavtale som fastsatt i artikkel 33 i direktiv 2014/24/EU, og dersom det dreier seg om en særskilt*

forsyningsforskriften. Dette fordi det anses lite praktisk at det vil foreligge en slik avgjørelse om utelukkelse fra domstolene når meddelelsen sendes ut.

¹⁵⁷ Det følger av denne bestemmelsen at medlemsstatene skal sikre at det foreligger effektive muligheter til å klage over oppdragsgivers tildelingsbeslutninger, og at dette innebærer fastsettelse av bestemmelser som oppfyller minstekravene i artikkel 2a nr. 2

¹⁵⁸ Så vidt vi er kjent med, har for eksempel Italia valgt å innføre en karenperiode på 35 dager, jf. Treumer side 242.

kontrakt basert på en dynamisk innkjøpsordning som fastsatt i artikkel 34 i nevnte direktiv.

Det kan således fastsettes at det ikke skal gjelde en karenperiode i følgende tilfeller:

- der det ikke gjelder noen forutgående kunngjøringsplikt etter anskaffelsesdirektivene, jf. bestemmelsens bokstav a
- der den eneste berørte tilbyderen er den tilbyderen som tildeles kontrakten, og det ellers ikke er noen berørte kandidater, jf. bestemmelsens bokstav b
- der kontrakten er basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, jf. bokstav c

Unntaket i bokstav a vil omfatte de tilfeller der det gjennomføres en konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring. I slike tilfeller har man ansett det tilstrekkelig å sikre effektive klageprosedyrer etter inngåelse av kontrakten. Det er for øvrig i fortalen avsnitt 8 vist til at det er særlig viktig med unntak for anskaffelser av ytterst hastende karakter, jf. for eksempel anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.

Med de nye anskaffelsesdirektivene fra 2014 er det blitt mulig å kunngjøre konkurranser gjennom en veiledende kunngjøring (det som i gjeldende norske forskrifter omtales som en forhåndskunngjøring). Her vil det altså ikke være krav om å kunngjøre en «contract notice». Spørsmålet er da om det for slike anskaffelser vil være krav til å overholde en karenperiode, eller om unntaket i artikkel 2b bokstav a vil gjelde. Ettersom slike anskaffelser faktisk er kunngjøringspliktige (men gjennom en forhåndskunngjøring), tilsier imidlertid en formålsfortolkning at unntaket i bokstav a ikke får anvendelse, slik at det også for slike anskaffelser vil være krav til karens.¹⁵⁹

Når det gjelder unntaket i bokstav b, vil det heller ikke være nødvendig med en karenperiode der den eneste berørte tilbyderen¹⁶⁰ får tildelt kontrakten, og det ikke er noen andre berørte kandidater.¹⁶¹ I et slikt tilfelle er det ikke andre gjenværende deltakere i konkurransen som har interesse i å motta meddelelsen om tildelingsbeslutningen og dra fordel av en karenperiode med henblikk på en effektiv klageadgang.

Unntaket i bokstav c, som gjelder kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, er begrunnet med effektivitetsgevinstene som disse prosessene er ment å gi.¹⁶² Hvis oppdragsgiver må iakttas en karenperiode før kontrakt kan inngås, vil en slik gevinst gå tapt.

Unntaket for kontrakter basert på rammeavtaler er imidlertid utelukkende tatt inn i direktiv 89/665/EØF. Årsaken til at unntaket ikke gjenfinnes i direktiv 92/13/EØF, er noe uklar. Antakelig henger det sammen med at rammeavtaler er regulert på forskjellig måte i de to anskaffelsesdirektivene. I anskaffelsesdirektivet er rammeavtaler detaljert regulert, og det gis regler om tildeling på grunnlag av henholdsvis fastsatte vilkår og etter minikonkurranser. Tilsvarende detaljerte regler finnes ikke i forsyningsdirektivet.

Spørsmålet er om den manglende henvisningen skal forstås slik at det i alle tilfeller må gjelde en karenperiode for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale omfattet av forsyningsdirektivet. Dette er lite trolig, da det ville medført strengere regler for slike kontrakter etter forsyningsdirektivet,

¹⁵⁹ Se Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 14-201. Merk at det også i dagens forskrifter generelt vises til kunngjøringsplikten, og ikke de spesifikke kunngjøringsmetoder, jf. for eksempel anskaffelsesforskriften § 25-2 (2).

¹⁶⁰ Det følger av bestemmelsen at «berørte anbydere» her skal forstås på samme måte som i artikkel 2a nr. 2.

¹⁶¹ Se fortalen avsnitt 8

¹⁶² Se fortalen avsnitt 9

som generelt har mer fleksible regler. I juridisk litteratur er det tatt til orde for at kravet til karens ikke gjelder for kontrakter under en rammeavtale i forsyningssektorene i det hele tatt.¹⁶³

Dette kan uansett være et hensiktsmessig punkt å klargjøre i nasjonale regler.¹⁶⁴

Medlemsstatene står for øvrig fritt til å beslutte om ett eller flere av unntakene i bokstav a til c skal innføres. Det vil for eksempel også være mulig å innføre et unntak bare for kontrakter basert på dynamiske innkjøpsordninger uten å innføre et tilsvarende unntak for kontrakter basert på rammeavtaler.

Dersom unntaket i bokstav c innføres, har det imidlertid den konsekvens at en kontrakt som er tildelt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, i visse tilfeller vil kunne kjønnnes uten virkning i samsvar med håndhevelsesdirektivene artikkel 2d eller 2f, jf. artikkel 2b annet avsnitt. I et slikt tilfelle kan oppdragsgiver velge å overholde en frivillig karensperiode for å unngå eventuelle etterfølgende sanksjoner. Se nærmere i kapittel 6 punkt 2.4 for en omtale av reglene om sanksjonen «uten virkning».

2.5 Nærmere om forholdet til reglene om begrunnelse

Som vi har redegjort for i punkt 2.3 over, er det en forutsetning for den effektive håndhevelsen at forbigåtte leverandører meddeles tildelingsbeslutningen, og at meddelelsen ledsages av en kort begrunnelse i henhold til anskaffelsesdirektivenes regler. Dette er ifølge fortalen avsnitt 6 nødvendig for å sikre en effektiv klageadgang.

I håndhevelsesdirektivene artikkel 2a nr. 2 er det vist til reglene om begrunnelse i henholdsvis anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2, jf. nr. 3, forsyningsdirektivet artikkel 75 nr. 2, jf. nr. 3, og konsesjonskontraktordirektivet artikkel 40 nr. 1, jf. nr. 2. Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver først på forespørsel fra en leverandør skal gi en begrunnelse for valg av leverandør. Begrunnelsen skal inneholde navnet på den valgte leverandøren og en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. En slik begrunnelse skal gis innen 15 dager. Etter anskaffelsesdirektivene er det altså ikke et krav om at en begrunnelse skal gis automatisk sammen med tildelingsbeslutningen.

Ettersom håndhevelsesdirektivene viser til disse bestemmelsene i anskaffelsesdirektivene, må det imidlertid forstås slik at det følger en forpliktelse etter håndhevelsesdirektivene til å gi en slik begrunnelse sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.¹⁶⁵ Det er altså en viss inkonsistens i reguleringen knyttet til begrunnelse i henholdsvis anskaffelsesdirektivene og håndhevelsesdirektivene.¹⁶⁶ Det er derfor underlig at man ikke i forbindelse med revisjonen av

¹⁶³ Se Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 17-303. Se også direktivets fortale avsnitt 10 som viser til artikkel 40 (3) i det tidligere forsyningsdirektivet (hvoretter det ikke gjelder noen kunngjøringsplikt for kontrakter basert på en rammeavtale), og som slår fast at det ikke gjelder en karensperiode i slike tilfeller.

¹⁶⁴ I gjeldende forsyningsforskrift er det gjort eksplisitt unntak for kontrakter basert på rammeavtaler, jf. § 21-2 (2) bokstav c. Dette betyr imidlertid også at slike kontrakter kan kjønnnes uten virkning etter anskaffelsesloven § 13, jf. nærmere kapittel 6 punkt 2.4.

¹⁶⁵ Det er blant annet også derfor man i dagens anskaffelsesforskrift § 25-1, forsyningsforskriften § 21-1 og konsesjonskontraktforskriften § 12-1 har valgt at denne begrunnelsen i alle tilfeller skal gis sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

¹⁶⁶ Dette var også årsaken til at man i Norge endret reglene om begrunnelse, slik at oppdragsgiver ble forpliktet til å sende begrunnelsen etter artikkel 55 (2) sammen med tildelingsbeslutningen, se nærmere NOU 2010: 2, kapittel 13.2.

anskaffelsesdirektivene i 2014 endret begrunnelsesreglene slik at de samsvarer med kravene etter håndhevelsesdirektivene.¹⁶⁷

Denne inkonsistensen var et tema i sak C-455/08 *Kommisjonen mot Irland*.¹⁶⁸ Her uttalte EU-domstolen at en irsk bestemmelse om at en begrunnelse for tildelingsbeslutningen først skulle gis på anmodning fra leverandørene og da innen 15 dager, ville kunne ha den konsekvens at karenperioden allerede hadde løpt ut når leverandøren fikk den fulle begrunnelsen for tildelingen.

Et annet spørsmål som oppstår i denne sammenhengen, er hva som blir konsekvensen dersom oppdragsgiver ikke gir en begrunnelse, eller der begrunnelsen er mangelfull. Betyr dette at karenperioden ikke begynner å løpe? Svaret på dette fremgår ikke direkte av håndhevelsesdirektivene, og spørsmålet er om det da er opp til medlemsstatene å regulere dette i den nasjonale lovgivningen.

Håndhevelsesutvalget la til grunn at det ikke vil få noen betydning for om karenperioden begynner å løpe, om begrunnelsen mangler eller er mangelfull.¹⁶⁹ Utvalgets syn var at en leverandør som mener at det ikke er gitt en tilstrekkelig begrunnelse, må benytte karenperioden til å klage på den manglende/mangelfulle begrunnelsen. Utvalget utalte i den forbindelse følgende:

Skulle karenperiodens utløp avhenge av en skjønsmessig vurdering av på hvilket tidspunkt oppdragsgiver har gitt tilfredsstillende begrunnelse til samtlige som har krav på dette, ville forutberegneligheten som er ment å følge karenperioden være illusorisk for oppdragsgiver og valgte leverandør.

EU-domstolen har imidlertid i etterfølgende saker uttalt seg om betydningen av om leverandøren får en tilstrekkelig begrunnelse. Spørsmålet er om håndhevelsesutvalgets syn fortsatt kan legges til grunn.

Sak C-35/15 P(R) *Kommisjonen mot Vanbreda Risk & Benefits* gjelder Kommisjonens anskaffelse av forsikringstjenester der det kom inn to tilbud i konkurransen.¹⁷⁰ Her mottok den forbigåtte leverandøren meddelelse om at dennes tilbud ikke var valgt fordi tilbudet ikke hadde den laveste prisen. Kommisjonen inngikk kontrakt etter 27 dager. Innen da hadde den forbigått leverandøren stilt flere spørsmål til Kommisjonen og begjært innsyn i evalueringsdokumenter m.m. Leverandøren hadde grunn til å tro at de berørte forsikringsselskapene ikke hadde oppfylt konkurransegrunnlagets krav om å hefte solidarisk og uten begrensning med valgte leverandør, slik at valgte leverandør skulle ha vært avvist.

EU-domstolen slo først fast at leverandøren var blitt underrettet om tildelingsbeslutningen, og at Kommisjonen hadde ventet med å inngå kontrakt i 27 dager. Domstolen uttalte deretter følgende om betydningen av begrunnelsen (understrekert her):¹⁷¹

None the less, it must be noted that the 10-day standstill period can place interested parties in the position of being able to contest in law the award of a contract before the contract is concluded only if those interested parties have

¹⁶⁷ Se for eksempel Arrowsmith, Vol. 1 avsnitt 13-11, der det uttales at bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 55 (1) har begrenset selvstendig betydning, ettersom denne bestemmelsen er konsumert av håndhevelsesdirektivets regel om begrunnelse.

¹⁶⁸ Her omtales for øvrig både begrunnelse for avvising og begrunnelse for tildeling.

¹⁶⁹ NOU 2010: 2 kapittel 7.3

¹⁷⁰ Denne saken gjelder anskaffelsesreglene for EU-institusjonene. Disse inneholder imidlertid tilsvarende bestemmelser som håndhevelsesdirektivene og avgjørelsen er derfor også av betydning i denne sammenheng.

¹⁷¹ *Kommisjonen mot Vanbreda Risk & Benefits* avsnitt 47 til 49

sufficient information to ascertain whether the award decision was unlawful in any way.

The view cannot be taken that the 10-day standstill period was complied with in circumstances where the possibility of making an application for interim measures before the contract is concluded was not effective because the unsuccessful tenderer did not have, during that period, sufficient information to enable it to make such an application. Otherwise the principle enshrining the right to effective legal protection would be infringed.

Having regard to the requirements of the principle of legal certainty, that exception to the purely mechanical application of the 10-day standstill period must, however, be reserved for exceptional cases in which the unsuccessful tenderer had no reason to believe that the contract award decision was vitiated by unlawfulness before the contract was concluded with the successful tenderer.

I den konkrete saken undersøkte derfor EU-domstolen om leverandøren hadde tilstrekkelig informasjon til å gjøre bruk av karensperioden til å inngi en klage. Ettersom den forbigåtte leverandøren før kontraktsinngåelsen hadde grunn til å betvile tildelingsbeslutningen, fant domstolen at den forbigåtte leverandøren hadde vært i stand til å inngi en begjæring om midlertidig avgjørelse innen utløpet av karensperioden. Domstolen konkluderte derfor med at Kommisjonen hadde overholdt karensperioden fullt ut.

Praksis knyttet til begrunnelsens betydning for om klagefrister etter artikkel 2c har begynt å løpe, er også relevant i denne sammenhengen, jf. kapittel 3 punkt 2.3. EU-domstolen har i sak C-406/08 *Uniplex* slått fast at formålet om effektiv klageadgang, kun kan oppfylles dersom klagefristen begynner å løpe fra den dato hvor leverandøren hadde kjennskap, eller burde hatt kjennskap, til overtredelsen av regelverket.¹⁷² Se også sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco* som er omtalt i kapittel 3 punkt 2.3.

Utgangspunktet må altså være at leverandøren skal ha en tilstrekkelig begrunnelse, og at karensperioden først begynner å løpe fra dette tidspunktet. Det må likevel være slik at dersom leverandøren faktisk har grunn til å tro at det kan ha skjedd et brudd, basert på en mangelfull begrunnelse, må han angripe tildelingsbeslutningen innen utløpet av karensperioden.

Det kan derfor argumenteres for at håndhevelsesutvalgets syn fortsatt står seg når det gjelder de tilfeller der det ikke er gitt en begrunnelse i det hele tatt eller det er åpenbart at begrunnelsen er mangelfull. I disse tilfellene må leverandøren angripe tildelingsbeslutningen med henvisning til den manglende begrunnelsen. Dersom det konstateres at begrunnelsen ikke er tilstrekkelig, må det gis en ny begrunnelse, og det er først når denne gis, at karensperioden begynner å løpe.

Hvis leverandøren velger ikke å angripe tildelingsbeslutningen til tross for at leverandøren skjønner at begrunnelsen mangler eller er mangelfull, vil oppdragsiveren anses å ha overholdt reglene om karens slik at han ikke i etterkant kan ilegges sanksjoner.

Motsatt må imidlertid antas å gjelde der oppdragsgiver har gitt en skinnbegrunnelse eller utelatt helt sentrale elementer fra begrunnelsen, slik at forbigåtte leverandører ikke får mistanke om at det kan ha skjedd brudd på regelverket. I et slikt tilfelle kan neppe oppdragsgiver sies å ha overholdt reglene om karens, med den konsekvens at oppdragsgiver etterfølgende kan ilegges sanksjoner, jf. kapittel 6.

Disse spørsmålene knyttet til begrunnelse bør utvalget omtale i NOU-en.

¹⁷² Saken gjaldt frist for å klage på avvisningsbeslutning.

I svensk rett starter karenperioden å løpe først når det er gitt en begrunnelse som er tilstrekkelig. Dersom det inngås kontrakt før tilstrekkelig begrunnelse er gitt, og karenperioden derfor ikke har startet å løpe, kan avtalen kjennes ugyldig. Så lenge kontrakt ikke er inngått, har oppdragsgiver mulighet til å sende ut en ny og tilfredsstillende meddelelse. Karenperioden vil da starte fra sist utsendte meddelelse. I tillegg kan tilbydere som har levert et «godtagbart» tilbud, be om en utfyllende begrunnelse. Se mer om den svenske reguleringen av karen i kapittel 8 punkt 2.1.

I dansk rett er det meddelelsen om tildelingen som starter karenperioden, ikke begrunnelsen. Det betyr at karenperioden begynner å løpe fra det tidspunktet meddelelsen sendes, uavhengig av om begrunnelsen er mangelfulle eller mangler helt, jf. nærmere kapittel 7 punkt 6.2.

2.6 Særlig om krav til karen ved anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester

Det følger av håndhevelsesdirektivene artikkel 2a at karenperioden gjelder ved tildeling av «kontrakt som faller inn under virkeområdet for» anskaffelsesdirektivene. Dette gjelder altså i utgangspunktet også for kontrakter om sosialtjenester og andre særlige tjenester, jf. kapittel 1 punkt 1.7.

I juridisk litteratur er det diskutert om kravet til karenperiode gjelder for slike tjenester, med henvisning til unntaksbestemmelsen i artikkel 2b bokstav a.¹⁷³ Etter denne unntaksbestemmelsen gjelder det ikke krav om karen når det ikke er plikt til å foreta en forutgående kunngjøring av en «contract notice».¹⁷⁴ Det gjelder ikke noen plikt til å foreta en alminnelig kunngjøring av sosialtjenester og andre særlige tjenester – slike anskaffelser kan også gjennomføres etter kunngjøring av en «veiledende kunngjøring» (en såkalt «PIN» som i norsk rett omtales som en forhåndskunngjøring)¹⁷⁵. Dette kan tale for at det kan gjøres unntak fra kravet til karenperiode.

Det er imidlertid sannsynlig at det her må gjøres en formålsfortolkning, slik at det avgjørende blir om det skal foretas en form for forutgående kunngjøring, uavhengig av om det kan skje ved en alminnelig kunngjøring eller ved en PIN. Det bemerkes for øvrig også at det i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2a bare brukes begrepet «notice».

Det er derfor vår vurdering at kravet til karen i artikkel 2 a i utgangspunktet vil gjelde også for anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester, med mulighet for å innføre unntak i samsvar med artikkel 2b. Etter vårt syn vil dette trolig også innebære at det må gjelde visse krav til meddelelse og begrunnelse for slike anskaffelser.

2.7 Krav til karen for kontrakter under EØS-terskelverdi

Som det fremgår av kapittel 1 punkt 8, gjelder håndhevelsesdirektivene bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Det betyr at det ikke etter disse direktivene gjelder noen plikt til å innføre regler om karenperiode for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Spørsmålet er om det kan utledes en plikt til å overholde en form for karenperiode av primærretten for kontrakter som har grensekryssende interesse. Så vidt vi vet, er ikke dette spørsmålet avklart av EU-domstolen. Det er heller ikke enighet om spørsmålet i juridisk litteratur

På den ene siden kan man argumentere med at det neppe vil gjelde noe generelt krav om karenperiode, ettersom det heller ikke uten videre gjelder noe krav om at beslutninger skal kunne

¹⁷³ Se Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 14-201

¹⁷⁴ Her er den norske oversettelsen ikke helt treffende, da den bruker begrepet «forhåndskunngjøring».

¹⁷⁵ Prior information notice, jf. for eksempel anskaffelsesdirektivet artikkel 75 nr. 1 bokstav b

settes til side for slike anskaffelser.¹⁷⁶ Videre kan det etter håndhevelsesdirektivene innføres et generelt unntak for kontrakter som ikke skal kunngjøres.

Samtidig har EU-domstolen slått fast at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse innebærer at nasjonale domstoler skal kunne treffe foreløpige tiltak for å sikre den fulle virkningen av den endelige avgjørelsen, jf. sak C-432/05 *Unibet*.¹⁷⁷ Hvis kontrakter med grensekryssende interesse skal underlegges en effektiv klageadgang, og foreløpige tiltak ha noen realitet, bør det i utgangspunktet også her gjelde en karensperiode, i hvert fall for de kontrakter som må kunngjøres.

Det kan derfor ikke utelukkes at EU-domstolen vil kunne komme til at oppdragsgiver må overholde en form for karensperiode også for kontrakter som ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivene, men som har grensekryssende interesse. Gjelder det først regler om karensperiode, er det gode grunner til at det også må gjelde en forpliktelse til å gi en viss begrunnelse sammen med tildelingsbeslutningen.¹⁷⁸

3. SUSPENSJON

3.1 Innledning

Reglene om suspensjon finnes i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 3 og 4 og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3 og 3a. Reglene om suspensjon innebærer at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt ved en klage over tildelingsbeslutningen (adgangen suspenderes).

Reglene om suspensjon kom inn med endringsdirektivet i 2007 og har nær sammenheng med reglene om karensperiode. EU-lovgiver har understreket at det forhold at en klage sendes kort tid før utløpet av karensperioden, ikke bør føre til at klageinstansen ikke har den nødvendige tiden til å gripe inn, særlig med henblikk på å forlenge suspensjonen av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt.¹⁷⁹ Formålet med suspensjonsregelen er altså å sikre virkningen av karensperioden, slik at forbigåtte leverandører har mulighet til å klage på et tidspunkt hvor det fortsatt er mulig å rette opp feil som måtte være begått. Dette er i tråd med et av hovedformålene med endringsdirektivet, nemlig å styrke den prekontraktuelle håndhevelsen, jf. kapittel 1 punkt 6.

Direktivene stiller også krav om suspensjon ved klage til oppdragsgiver, såfremt medlemsstaten krever at klage først må inngis til oppdragsgiver før klage kan innbringes for klageorganet, jf. artikkel 1 nr. 5. Denne bestemmelsen er nærmere behandlet i kapittel 2 punkt 4.

Reglen om suspensjon er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 25-3, forsyningsforskriften § 21-3 og konsesjonskontraktforskriften § 12-3. For en nærmere redegjørelse for hvordan direktivreglene er gjennomført i norsk rett, vises det til NOU 2010: 2 kapittel 8 og 12.3.4.

3.2 Krav til suspensjon

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 3 har følgende ordlyd:

Når et førsteinstansorgan, som er uavhengig av den offentlige oppdragsgiveren, vurderer en beslutning om kontraktstildeling, skal medlemsstatene sikre at den offentlige oppdragsgiveren ikke kan inngå kontrakten før klageinstansen har tatt stilling til søknaden om enten midlertidige tiltak eller klagebehandling. Utsettelsen

¹⁷⁶ Se Hammersvik side 38

¹⁷⁷ Sak C-432/05 *Unibet* avsnitt 66-67

¹⁷⁸ Se Risvig Hansen (2012) kapittel 9.6

¹⁷⁹ Fortalen avsnitt 12

skal ikke opphøre før karensperioden omhandlet i artikkel 2a nr. 2 og artikkel 2d nr. 4 og 5 er utløpt

En materielt identisk bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3.

Kravet til suspensjon gjelder for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet.

Det følger av reglene om suspensjon at når et klageorgan i første instans behandler en klage over en tildelingsbeslutning, kan ikke oppdragsgiver inngå kontrakt før klageorganet har truffet en avgjørelse.

Suspensjonen skal bare inntre ved klage over oppdragsgivers «beslutning om kontraktstildeling». Dette samsvarer godt med at kravet til karensperiode også bare gjelder i tilknytning til tildelingsbeslutningen. Håndhevelsesdirektivet krever derimot ikke at det inntre suspensjon ved andre klager, for eksempel ved klage som inngis før oppdragsgiver har tildelt kontrakten eller ved klage over at en leverandør er urettmessig avvist. Dette er også i tråd med hovedregelen i henholdsvis håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 4 og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3a om at klager ikke ellers skal gis oppsettende virkning:¹⁸⁰

Med mindre det er fastsatt i nr. 3 og artikkel 1 nr. 5, trenger ikke klagebehandlingen nødvendigvis å ha en automatisk utsettende virkning på de kontraktstildelingene som er knyttet til den.

Medlemstatene står imidlertid fritt til å gi regelen om suspensjon videre anvendelse.

Dette har man valgt blant annet i Danmark, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.3.2. Der inntre suspensjonen for alle klager som inngis i karensperioden, uavhengig av om det nedlegges uttrykkelig påstand om at tildelingsbeslutningen er feil.¹⁸¹ Dette valget har man truffet fordi det ikke i alle tilfeller vil være klart om klagen gjelder tildelingsbeslutningen.¹⁸² Eksempelvis vil en klage i karensperioden over valg av konkurranseform eller over en avvisningsbeslutning i realiteten også kunne være en klage over tildelingsbeslutningen.

I Sverige forlenges karensperioden automatisk når det inngis en klage innen karensperiodens utløp, og det gjelder i første omgang ingen krav til klagens innhold. Se mer om den svenske reguleringen i kapittel 8 punkt 2.2.

Suspensjon inntre bare når klagen inngis i karensperioden, jf. henvisningen artikkel 2a og 2d nr. 4 og nr. 5. Dette inkluderer de tilfeller der oppdragsgiver overholder en frivillig karensperiode etter inngåelse av en kontrakt basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, jf. artikkel 2d nr. 5. Også klage i tidagersperioden oppdragsgiver må avvente kontraktsinngåelse ved intensjonskunngjøring, utløser suspensjon, jf. henvisningen til artikkel 2d nr. 4.

Regelen om suspensjon innebærer i realiteten en automatisk forlengelse av karensperioden når det inngis en klage over tildelingsbeslutningen innen utløpet av denne.

Inngis klage *etter* utløpet av karensperioden eller de ti dager som følger en intensjonskunngjøring, krever direktivet derimot ikke at klagen skal føre til automatisk suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. Det vil heller ikke være krav om suspensjon ved klage over anskaffelser som ikke omfattes av kravet til karensperiode. Det er således opp til medlemsstatene å beslutte om en klage

¹⁸⁰ Jf. også reglene om suspensjon ved klage til oppdragsgiver etter artikkel 1 nr. 5, jf. kapittel 2 punkt 4

¹⁸¹ Jf. Klagenævnsløven § 12, stk. 2

¹⁸² Se bl.a. L 110 FT 2009-10

som inngis i en frivillig karenperiode, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i artikkel 2d nr. 4 og nr. 5, skal føre til suspensjon.¹⁸³

Bestemmelsen må tolkes slik at suspensjon skal inntre automatisk ved klage til klageorganet: Klageorganet skal altså ikke «godkjenne» at suspensjon inntre.

Oppdragsgiver kan heller ikke motsette seg suspensjonen, for eksempel ved å anføre at klagen er grunnløs eller sjikanøs, eller at det foreligger tvingende grunner til at kontraktsinngåelse ikke bør suspenderes. I juridisk litteratur er det likevel tatt til orde for at medlemsstatene i medhold av primærretten vil kunne påberope seg hensyn til for eksempel nasjonal sikkerhet for å unngå suspensjon.¹⁸⁴

Det er en forutsetning for at oppdragsgiver faktisk skal unnlate å inngå kontrakt, at han blir gjort kjent med suspensjonen. Det fremgår imidlertid ikke av direktivet hvordan oppdragsgiver skal bli underrettet om suspensjonen, og dette overlates til medlemsstatene å beslutte.

Her kan det tenkes ulike løsninger. I Danmark har man valgt en løsning der klager pålegges å orientere oppdragsgiver samtidig med at klagen innbringes for Klagenævnet for Udbud.¹⁸⁵ I Sverige skal derimot forvaltningsdomstolen underrette oppdragsgiver når den mottar en klage, og forlenget karenperiode inntre først når oppdragsgiver underrettes. I Norge har man også, som i Sverige, valgt en løsning der suspensjonen først inntre når domstolen forkynner den suspensive virkningen for oppdragsgiver.¹⁸⁶ Selv om en slik løsning kan være praktisk, kan det nok stilles spørsmål ved om dette er i tråd med direktivets krav om at suspensjonen skal inntre automatisk ved klage. I prinsippet vil den norske og svenske løsningen bety at oppdragsgiver lovlig vil kunne inngå kontrakt i et tilfelle der det er klaget innen utløp av karenperioden, men hvor klageorganet ikke har rukket å orientere oppdragsgiver om den suspensive virkningen. Dette er i hvert fall i strid med intensjonen bak direktivbestemmelsen.¹⁸⁷

Det fremgår ikke uttrykkelig av håndhevelsesdirektivene om suspensjon kan begrenses til tilfeller der klager faktisk begjærer oppsettende virkning, eller om suspensjon skal inntre i alle tilfeller der det klages over tildelingsbeslutningen i karenperioden. Håndhevelsesutvalget uttalte om dette spørsmålet at direktivets ordlyd ikke taler for at en slik begrensning kan innføres, men at reelle hensyn gjør det.¹⁸⁸

Suspensjonen løper til klageorganet enten (1) har tatt stilling til om det skal gis oppsettende virkning (i norsk sammenheng midlertidig forføyning), eller (2) har truffet endelig avgjørelse i klagesaken i sin helhet, det vil si tatt endelig stilling til om det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket. Suspensjonen kan likevel tidligst opphøre ved utløpet av karenperioden som nevnt i artikkel 2a nr. 2 og artikkel 2d nr. 4 og 5. Dette innebærer at dersom klageorganet skulle rekke å ta stilling til en begjæring om midlertidig forføyning eller en klage innen karenperiodens utløp, må oppdragsgiver uansett vente med å inngå kontrakt til karenperioden faktisk løper ut. At klageorganet har tatt stilling

¹⁸³ Dette har man valgt i Norge av praktiske grunner, fordi det ikke alltid vil være enkelt for domstolene å konstatere om en karenperiode er obligatorisk eller ikke. I Danmark har man valgt den motsatte løsningen, jf. kapittel 7 punkt 6.3.2.

¹⁸⁴ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-128.

¹⁸⁵ Jf. klagenævnsløven § 6, stk. 4. Dersom klager glemmer å orientere oppdragsgiver, vil suspensjon likevel inntre. Inngår oppdragsgiver kontrakt et slikt tilfelle, vil oppdragsgiver da kunne ilegges sanksjoner, også selv om oppdragsgiver inngår kontrakt i god tro.

¹⁸⁶ Se anskaffelsesforskriften § 25-3 (2), forsyningsforskriften § 21-3 (2) og konsesjonskontraktforskriften § 12-3 (2)

¹⁸⁷ Jf. endringsdirektivets fortale avsnitt 12

¹⁸⁸ Jf. NOU 2010: 2 punkt 8.2

til en begjæring eller en klage, avskjærer ikke andre leverandører fra å sende en egen begjæring eller klage innen utløpet av karenperioden.

Det er ellers ikke oppstilt noen regler om hvor lenge en suspensjonsperiode kan vare. Medlemsstatene står fritt til å innføre frister for klageorganets behandling av spørsmålet.¹⁸⁹

Krav til suspensjon gjelder ikke ved anke til ankeinstansen. Dette følger av formuleringen i bestemmelsen om at suspensjon inntreffer ved klage til «et førsteinstansorgan, som er uavhengig av den offentlige oppdragsgiveren».

I Norge betyr det i praksis at en klager som ikke får medhold i en begjæring om midlertidig forføyning, som oftest vil være avskåret fra å anke domstolens beslutning. Det skyldes at oppdragsgiver tilnærmet alltid vil inngå kontrakt med en gang domstolens kjennelse foreligger. Klager vil da ikke lenger ha rettslig interesse i en forføyning.

Dersom oppdragsgiver bryter reglene om suspensjon, det vil si inngår kontrakt selv om adgangen til dette er suspendert, kan oppdragsgiver ilegges sanksjoner, jf. håndhevelsesdirektivene artikkel 2d nr. 1 bokstav b og artikkel 2e, jf. nærmere omtale i kapittel 6 punkt 3.

3.3 Sammenheng med bestemmelser om mulkt i forsyningssektorene

Som redegjort for innledningsvis gjelder de samme reglene etter håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene.

Bestemmelsen om suspensjon har imidlertid en viss sammenheng med særbestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Etter denne bestemmelsen kan klageorganet i stedet for å treffe tiltak etter artikkel 2 nr. 1 bokstav a eller b, treffe andre tiltak som har til formål å bringe den konstaterede overtredelsen til opphør, samt å hindre at de berørte interessene skades ytterligere, herunder især ved å ilegge mulkt, jf. nærmere i punkt 6.

Medlemsstatene kan gjøre dette valget enten for alle oppdragsgivere eller for kategorier av oppdragsgivere fastlagt på grunnlag av objektive kriterier. Under alle omstendigheter skal det sikres at tiltakene for å hindre at de berørte interessene skades, skal være effektive.

En slik løsning hadde man valgt i Norge forut for endringsdirektivet, jf. anskaffelsesloven 1999 § 8 slik den lød frem til lovendring 1. juli 2012. Det kunne altså ikke gis midlertidig forføyning, men oppdragsgiver kunne ilegges mulkt.

Med endringsdirektivet vil suspensjon gjelde også for anskaffelser som omfattes av forsyningsdirektivet, uavhengig av om det innføres alternative regler om mulkt.

Dersom håndhevelsesorganet ikke gis kompetanse til å treffe beslutning om midlertidig forføyning, betyr det i utgangspunktet at suspensjonen må løpe til klageorganet har truffet endelig avgjørelse i klagesaken.¹⁹⁰ Ifølge håndhevelsesutvalget betyr dette at suspensjonen da i praksis vil få virkning som en midlertidig forføyning uten at de normale vilkårene for dette er vurdert. Utvalget uttalte følgende:¹⁹¹

Dette er spesielt uheldig i forsyningssektorene, idet man nettopp her har valgt å ikke åpne for å kunne gi midlertidig forføyning, da det kan få store konsekvenser

¹⁸⁹ I Danmark er det for eksempel oppstilt en frist på 30 dager for Klagenævnet for Udbud til å treffe avgjørelse om klagen skal tillegges oppsettende virkning til den endelige avgjørelse i klagesaken foreligger

¹⁹⁰ Se likevel en annen mulig tolking i punkt 6

¹⁹¹ NOU 2010: 2 kapittel 8.6

og føre til store tap å stoppe en anskaffelse i disse sektorene. Utvalget anbefaler derfor at det gis adgang til å beslutte midlertidig forføyning også i forsyningssektorene, og at det innføres samme bestemmelser om suspensjon i klassisk sektor og forsyningssektorene.

3.4 Særlig om krav til suspensjon ved anskaffelser av særlige tjenester

Som redegjort for over, inntretr suspensjon når det klages over oppdragsgivers tildelingsbeslutning i karensperioden. Dette tilsier at reglene om suspensjon bare vil gjelde der det gjelder et krav om å overholde en karensperiode.

Det er vår vurdering at kravet til karens i utgangspunktet vil gjelde for anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenester etter artikkel 2a, jf. nærmere i punkt 2.6. Dette innebærer etter vårt syn at suspensjonsbestemmelsen i artikkel 2 nr. 3 også vil gjelde for slike tjenester.

3.5 Krav til suspensjon for kontrakter under EØS-terskelverdi

Som det fremgår av kapittel 1 punkt 8, gjelder håndhevelsesdirektivet bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Det betyr at det ikke etter disse direktivene gjelder noen plikt til å innføre regler om karensperiode for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

På tilsvarende vis som for reglene om karens, er det så vidt vi vet, ikke avklart av EU-domstolen om det kan utledes et krav om en form for suspensjon av adgangen til å inngå kontrakter som har grensekryssende interesse. Det kan derfor ikke utelukkes at EU-domstolen vil kunne komme til at det gjelder en form for suspensjon.

Det er imidlertid vår vurdering at en slik suspensjonsplikt neppe kan utledes av traktatens prinsipper, og at det derfor trolig ikke må innføres regler om automatisk suspensjon for kontrakter med grensekryssende interesse, selv hvis det konstateres at det for slike kontrakter gjelder et krav til karensperiode.

Ytterligere et argument mot at det gjelder en generell suspensjonsplikt, er at hovedregelen i håndhevelsesdirektivene er at en klage ikke skal tillegges oppsettende virkning, jf. direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 4 og direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 3a. Slik sett er suspensjonsregelen altså en unntaksregel.

4. MIDLERTIDIGE AVGJØRELSER

4.1 Innledning

Direktivet stiller krav til at medlemstatene skal påse at håndhevelsesorganet har adgang til å treffe midlertidige avgjørelser.

Dersom håndhevelsesorganet ikke har kompetanse til å treffe midlertidige avgjørelser, vil det ofte ikke være mulig å sikre at de brudd på regelverket som er begått, blir reparert. En avgjørelse som setter en beslutning om å tildele kontrakt til side, har liten verdi om kontrakt allerede er signert og gjennomført. Kompetansen til å treffe midlertidige avgjørelser styrker med andre ord den prekontraktuelle håndhevelsen av brudd på anskaffelsesregelverket.

Midlertidige avgjørelser er i Norge gjennomført ved de alminnelige reglene om midlertidig forføyning som er inntatt i tvisteloven § 32-1, jf. § 34-1.

4.2 Krav om midlertidige avgjørelser

Bestemmelsen om midlertidige avgjørelser er inntatt i artikkel 2 nr. 1 bokstav a, som lyder:

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

treffe, ved første anledning og ved hjelp av midlertidige forføyninger, midlertidige tiltak som har som mål å rette opp den påståtte overtredelsen eller forebygge ytterligere skade på berørte interesser, herunder tiltak for å utsette eller sikre utsettelse av tildelingen av en offentlig kontrakt eller gjennomføringen av eventuelle beslutninger truffet av den offentlige oppdragsgiveren,

Bestemmelsen gjelder for klassisk sektor. Den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 92/13/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav a har følgende utforming:

Medlemsstatene skal sørge for at de tiltak som treffes med henblikk på klagebehandlingen nevnt i artikkel 1, omfatter myndighet til enten [...]

så raskt som mulig og som et foreløpig skritt, å treffe midlertidige tiltak for å bringe den påståtte overtredelse til opphør eller hindre at berørte interesser påføres annen skade, herunder tiltak for å avbryte eller sørge for å avbryte behandlingen i forbindelse med kontraktstildeling eller iverksettelsen av ethvert vedtak gjort av oppdragsgiveren,

Tilsvarende forskjell i ordlyden finnes ikke i de engelske språkversjonene, og ulikhetene i de norske språkversjonene kan ikke anses å ha materiell betydning.

Det er etter ordlyden et krav at den midlertidige avgjørelsen skal treffes hurtigst mulig, og som en hastesak. Bestemmelsen er et utslag av håndhevelsesdirektivenes overordnede formål om en effektiv og hurtig behandling av klager, jf. håndhevelsesdirektivet fortalen avsnitt 2, og hensynet til å sikre at prøvingen medfører at feilen kan rettes før kontrakt er inngått, jf. endringsdirektivets fortale avsnitt 28.

Innholdet i den midlertidige avgjørelsen kan enten gå ut på å stanse anskaffelsesprosedyren som sådan eller å stille gjennomføringen av en beslutning i bero. Begge typer avgjørelser kan være aktuelle ved påståtte brudd på anskaffelsesreglene under konkurransen.

Krav om midlertidige avgjørelser som gjelder stansing av anskaffelsesprosessen, vil ofte rette seg mot oppdragsgivers tildelingsbeslutning.

Krav om å stille gjennomføringen av en beslutning i bero, vil typisk kunne være aktuelt for avvinningsbeslutninger som treffes tidlig i konkurransen. Får klager medhold i et slikt krav, kan oppdragsgiver fortsette anskaffelsesprosedyren ved for eksempel å gjennomføre forhandlinger, men må inkludere den avviste leverandøren inntil det foreligger en endelig avgjørelse. Et praktisk eksempel fra norsk rett er der oppdragsgiver har valgt å sette en 15-dagers frist for begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen eller ikke velge ut en leverandør ved to-trinnsprosedyrer, jf. anskaffelsesforskriften § 20-7.

Også andre beslutninger enn tildelingsbeslutninger og avvinningsbeslutninger kan være gjenstand for oppsettende virkning ved midlertidig avgjørelse. I EU-domstolens sak C-391/15 *Marina del*

Mediterráneoble det lagt til grunn følgende om hva som ligger i begrepet «any decision» i artikkel 2 nr. 1 bokstav a:¹⁹²

That broad construction of the concept of a 'decision' taken by a contracting authority is confirmed by the fact that Article 1(1) of Directive 89/665 does not lay down any restriction with regard to the nature or content of the decisions it refers to. Moreover, a restrictive interpretation of that concept would be incompatible with the terms of Article 2(1)(a) of that directive which requires Member States to make provision for interim relief procedures in relation to any decision taken by the contracting authorities [...].

Alle oppdragsgivers beslutninger under anskaffelsesprosessen skal derfor kunne være gjenstand for suspensjon ved midlertidig avgjørelse. Det må derimot legges til grunn at handlinger som bare er uttrykk for interne overveielser, faller utenfor begrepet beslutninger.¹⁹³

Domstolen uttalte seg i *Marina del Mediterráneo* videre om på hvilket tidspunkt det skal være adgang til å få en midlertidig avgjørelse:¹⁹⁴

31. As the Court has already held, although Directive 89/665 has not formally laid down the time from which the possibility of review, as provided for in Article 1(1), must be open, the objective of that directive, as referred to in the preceding paragraph, does not authorise Member States to make the exercise of the right to apply for review conditional on the fact that the public procurement procedure in question has formally reached a particular stage

[...]

34. As regards, more specifically, a decision such as that at issue in the main proceedings allowing a tenderer to participate in a public procurement procedure, the fact that the national legislation at issue in the main proceedings requires, in all cases, a tenderer to wait for a decision awarding the contract in question before it may apply for a review of a decision allowing another tenderer to participate in that procurement procedure infringes the provisions of Directive 89/665.

Medlemstatene har følgelig ikke adgang til å begrense muligheten til å få en midlertidig avgjørelse til et bestemt stadium, som for eksempel til etter at tildelingsbeslutning er fattet.

En midlertidig avgjørelse er nettopp midlertidig, det vil si at den ikke innebærer at det tas endelig stilling til rettsstillingen mellom partene. Den sikrer i utgangspunktet kun at prosessen stanses inntil en endelig beslutning foreligger. I praksis medfører midlertidige avgjørelser som stanser anskaffelsesprosessen eller gjennomføringen av en beslutning, likevel at det gjøres en foreløpig vurdering av realiteten i saken. Oppdragsgiver vil derfor ofte rette seg etter den midlertidige avgjørelsen, og om mulig rette opp feilen, og der det ikke er mulig, avlyse konkurransen.

Det følger også av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 5 og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 4 at det ikke skal ha innvirkning på eventuelle andre krav fra personen som har krevd midlertidig avgjørelse at avgjørelsen forkastes. At en klager ikke får medhold i et krav om midlertidige tiltak, skal altså ikke uten videre bety at klager ikke vil kunne få medhold i for eksempel at beslutningen settes til side, et erstatningskrav eller et krav om sanksjoner (forutsatt at vilkårene for disse reaksjonene er oppfylt). For ordens skyld påpeker vi at dette også gjelder motsatt

¹⁹² Avsnitt 27

¹⁹³ Jf. C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 35

¹⁹⁴ Avsnitt 31 og 34

vei, det vil si at selv om en tilbyder har fått midlertidig avgjørelse, så er ikke dette bindende for håndhevelsesorganets endelige avgjørelse.

4.3 Vilkår for midlertidige avgjørelser

4.3.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivene fastsetter at medlemsstatene kan fastsette nærmere vilkår for når midlertidig avgjørelse skal besluttes.

Rammen for disse vilkårene er fastsatt i håndhevelsesdirektivene artikkel 2 nr. 5. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Member States may provide that the body responsible for review procedures may take into account the probable consequences of interim measures for all interests likely to be harmed, as well as the public interest, and may decide not to grant such measures when their negative consequences could exceed their benefits.

*A decision not to grant interim measures shall not prejudice any other claim of the person seeking such measures.*¹⁹⁵

Bestemmelsen angir momenter som det åpnes for at håndhevelsesorganet kan vektlegge ved vurderingen av om midlertidig avgjørelse skal treffes.

Bestemmelsen nevner ikke sannsynligheten for at det foreligger et brudd som et av momentene som håndhevelsesorganet kan vektlegge.

EU-domstolen konstaterte i sak C-424/01 *Communication Systems Austria* at artikkel 2 nr. 5 ikke var uttømmende, og at det ikke var i strid med det grunnleggende effektivitetsprinsippet å vektlegge sannsynligheten for at det forelå et brudd på anskaffelsesregelverket.¹⁹⁶ *Communication Systems Austria* kan videre tas til inntekt for at det kan åpnes for at håndhevelsesorganet kan vektlegge også andre momenter som ikke er regnet opp i artikkel 2 nr. 5.

De vilkårene for midlertidig avgjørelse som medlemsstatene oppstiller, må være i samsvar med de grunnleggende EU-rettslige prinsippene om ekvivalens og effektivitet.¹⁹⁷

Arrowsmith hevder også at det av håndhevelsesdirektivene følger et effektivitetsprinsipp som rekker lenger enn de grunnleggende prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse. Vi er usikre på om det er riktig, jf. kapittel 2 punkt 6 ovenfor.

I norsk rett må tre vilkår være oppfylt for at domstolen kan beslutte en midlertidig forføyning. For det første må det være sannsynliggjort et hovedkrav, jf. tvisteloven § 34-2 (1). For det andre må det være sannsynliggjort en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1. Dette innebærer at enten må saksøktes atferd gjøre det nødvendig med midlertidig sikring fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort eller så må det være nødvendig med en midlertidig ordning for å avverge vesentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter som saksøktes atferd gir grunn til å frykte. For det tredje kan forføyning bare besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir

¹⁹⁵ Se tilsvarende 92/13/EØF artikkel 2 (4). Også her er det store forskjeller i de to norske språkversjonene, uten at dette er tilfellet i de engelske språkversjonene, og de norske oversettelsene er upresise. Vi har derfor her forholdt oss til den engelske oversettelsen.

¹⁹⁶ Sak C-424/01 *Communication Systems Austria* avsnitt 29 og 32

¹⁹⁷ Se blant annet sak C-424/01 *Communication Systems Austria* avsnitt 31

påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 (2).

Norsk rettspraksis har utviklet seg slik at vilkåret om sikringsgrunn ikke har noe selvstendig innhold ved prøving av tildelingsbeslutninger i anskaffelsessaker. Dersom det foreligger en feil som medfører at tildelingsbeslutningen er ulovlig, foreligger det også sikringsgrunn. Synspunktet er at dersom forføyning ikke gis, vil oppdragsgiver inngå kontrakt og saksøker vil miste muligheten til å få kontrakten. Norske oppdragsgivere bestrider ut fra dette stort sett ikke at det foreligger sikringsgrunn dersom domstolene kommer til at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket som medfører at tildelingsbeslutningen er ulovlig.¹⁹⁸

Norsk rett skiller seg her sterkt fra løsningen i Danmark, se punkt nærmere kapittel 7 punkt 6.3.3, og også det som Underretten legger til grunn ved vurderingen av om det skal gis midlertidig forføyning i anskaffelsessaker der det er EU-institusjonene som er oppdragsgiver.

Vi mener derfor det er interessant å se litt nærmere på hvor store begrensinger medlemsstatene kan legge på klagers rett til å få midlertidig avgjørelse.

4.3.2 Kravet til sikringsgrunn

I praksisen fra Underretten er det oppstilt to vilkår for å få midlertidig avgjørelse. Det må være sannsynlig at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket («fumus boni juris»). For det andre må det haste å få kravet prøvd («urgency»).

Kravet til at det må haste å få prøvd kravet, ble av Underretten lenge stilt så høyt at det ikke var praktisk mulig for saksøkere i en anskaffelsessak å oppfylle vilkåret. Vilkåret var at det ville oppstå en alvorlig og uopprettelig skade dersom midlertidig forføyning ikke ble truffet, og økonomisk skade ble bare ansett som en uopprettelig skade i ekstreme tilfeller.¹⁹⁹ Muligheten for å få erstatning ble gjennomgående ansett for å være tilstrekkelig til at skaden ikke var uopprettelig.

EU-domstolen kom i C-35/15 *Vanbreda Risk & Benefits* til at vilkåret om at det må haste å få prøvd kravet, må lempes der det foreligger «a particularly serious prima facie» sak. I slike saker kunne det ikke være et krav om at det vil oppstå en uopprettelig skade.²⁰⁰ Det er imidlertid fortsatt et krav om at skaden vil bli alvorlig.

Denne lempingen av vilkåret om at det må haste å få prøvd kravet, har imidlertid i liten grad påvirket leverandørers mulighet til å få medhold i saker om midlertidige avgjørelser. Det er ingen eksempler på at Underretten har truffet midlertidige avgjørelser i anskaffelsessaker i perioden 2015-2020.²⁰¹

Underretten legger til grunn at det bare er der det er fare for konkurs dersom tilbyder ikke får kontrakten at vilkåret om at det haster, kan være oppfylt. Og i en slik situasjon må man også ta hensyn til at selskapet er en del av et konsern, og kan få støtte av morselskapet.²⁰²

Vilkårene for å få medhold i et krav om midlertidig avgjørelse er altså fortsatt meget høy.

I Danmark har man lagt seg på linjen til Underretten, se nærmere kapittel 7 punkt 6.3.3.

¹⁹⁸ Se blant annet LE-2021-113410, LE-2021-130025, LH-2021-72273, LB-2021-90164, LB-2021-52198 og LB-2018-37955

¹⁹⁹ C-35/15 *Vanbreda Risk & Benefits* avsnitt 24

²⁰⁰ C-35/15 *Vanbreda Risk & Benefits* avsnitt 41

²⁰¹ Skovgaard Ølykke, Telles og Petersen (2021) side 242

²⁰² T-796/19 *HB* avsnitt 56 flg.

Det ser ikke ut som EU-domstolen tar noe oppgjør med denne praksisen. I C-478/22 *Telefónica de España* legger EU-domstolen i avsnitt 69 følgende krav til grunn:

It is apparent from the case-law cited in paragraph 47 above that, where the criteria for assessing the condition relating to urgency must be eased, that condition is satisfied where the unsuccessful tenderer is able to demonstrate the existence of a particularly serious prima facie case and the risk of serious harm occurring.

Vilkåret om at det må haste å få prøvd kravet, lempes altså fortsatt bare der det foreligger en «particularly serious prima facie» sak. Og det er fortsatt et vilkår om at det foreligger fare for at en alvorlig skade vil oppstå dersom midlertidig forføyning ikke gis.

Siden EU-domstolen i *Telefónica de España* bygger sitt tolkningsresultat på håndhevelsesdirektivene, er det nærliggende å anta at EU-domstolen vil akseptere at medlemsstatene oppstiller tilsvarende vilkår.

4.4 Krav til sannsynliggjøring av hovedkravet

EU-domstolen har altså lagt til grunn at det er adgang til å legge vekt på leverandørens utsikter til å få medhold i realiteten ved vurderingen av om det skal treffes en midlertidig avgjørelse.²⁰³ Dette er også et alminnelig vilkår i flere land, herunder i Norge og Danmark.²⁰⁴

Utgangspunktet er at det skal sannsynliggjøres en «prima facie sak». En sak vil være en prima facie-sak der det er sannsynlig at klagen vil føre frem.

Etter håndhevelsesdirektivene ser det videre ut til å ha betydning for terskelen på sikringsgrunnen, om det foreligger «a particularly serious prima facie»-sak. Hva som ligger i dette kravet, er mer uklart.

I Danmark foreligger det noen få avgjørelser der Klagenævnet for Udbud har slått fast at det forelå «særlig alvorlig fumus boni juir». Se for eksempel kjennelse av 26. juni 2017 *Eitel Networks A/S* der oppdragsgiver anvendte en annen evalueringsmodell enn den som var beskrevet i konkurransegrunnlaget, og kjennelse av 12. juli 2019 *Semi-Stål A/S* der valgte leverandør hadde tatt forbehold mot minstekrav, og oppdragsgiver hadde foretatt grunnleggende endringer i konkurransegrunnlaget. Dette hører imidlertid til unntakstilfellene.

Det er også et spørsmål om kravet til prøvingsintensitet er en annen i saker om midlertidig avgjørelse enn i hovedsaken.

I EU-domstolens sak C-171/15 *Connexion Taxi Services* reiste generaladvokat *Sánchez-Bordona* i sitt forslag til avgjørelse spørsmål om håndhevelsesdirektivet stiller krav til hvor inngående prøvingen av realiteten må være ved midlertidige avgjørelser.²⁰⁵ Han uttalte for det første at det ved midlertidige avgjørelser vil være adgang til å anvende «a simple test of the reasonableness» av kravet. Dette ivaretar viktigheten av å treffe midlertidige avgjørelser så hurtig som mulig, og formålet med midlertidige avgjørelser som sådan, i påvente av en endelig avgjørelse. Generaladvokaten gikk imidlertid videre basert på faktum i den konkrete saken, hvor det fremgikk at Nederland i 92 % av sakene i perioden 2004-2009 i praksis ble løst på det midlertidige stadiet, slik at den midlertidige avgjørelsen i de fleste nederlandske saker var «the sole and final ruling on a procurement dispute».

Generaladvokaten modifiserte deretter utgangspunktet om at en rimelighetstest ville være tilstrekkelig ved å presisere at håndhevelsen i slike tilfeller, til tross for at den vil «gain in efficiency and speed»,

²⁰³ Jf. C-424/01 *CS Communications Systems Austria mot AUV* avsnitt 29-30

²⁰⁴ Jf. tvisteloven § 34-2 om krav til sannsynliggjøring av hovedkrav

²⁰⁵ Forslaget til avgjørelse avsnitt 78 flg.

samtidig vil miste «their responsiveness to all kind of possible irregularities», og at det ville medføre at håndhevelsesdirektivene ikke fullt ut vil bli overholdt. Spørsmålet ble ikke nødvendig å behandle for EU-domstolen, og generaladvokatens synspunkt på dette punktet er kritisert i litteraturen. Arrowsmith²⁰⁶ fremhever at det faktum at mange saker blir løst på det midlertidige stadiet ikke har betydning for spørsmålet om hvor grundig prøvelsen av realiteten skal være på dette stadiet. Hun påpeker at et eventuelt fravær av endelige vurderinger av klager eventuelt må vurderes som et spørsmål om slikt fravær av endelige vurderinger, og det nasjonale håndhevelsessystemet som helhet, er i strid med effektivitetsprinsippet.

4.4.1 Interesseavveiningen

I norsk rett vil interesseavveiningen bare utelukke at forføyning gis der det er åpenbart misforhold mellom leverandørens interesse i å få kontrakten og oppdragsgivers ulemper ved at forføyning gis.

Dette er en høyere terskel enn det som håndhevelsesdirektivene artikkel 2 nr. 5 krever.

Underretten legger også til grunn at det er en interesseovervekt som er avgjørende. I sak T-393/10 R *Westfälische Drahtindustrie GmbH mot Kommisjonen*²⁰⁷ uttalte Underretten:²⁰⁸

According to consistent case-law, in interim relief proceedings the risks of each of the possible solutions must be balanced against each other. In practice, that means in particular that it must be examined whether the interest of the applicant in suspension of operation of the contested decision weighs more heavily than the interest in immediate implementation of that decision [...]

4.5 Særlig om midlertidige avgjørelser etter kontraktsinngåelse

En midlertidig avgjørelse er først og fremst relevant i den prekontraktuelle håndhevelsen, altså så lenge kontrakt ennå ikke er inngått. I disse tilfeller gir det god mening å få stoppet kontraktsinngåelsen, slik at eventuelle feil kan rettes opp eller, der feilen ikke kan rettes, at konkurransen avlyses.

Det vil imidlertid uansett være mulig også å gi klageorganet kompetanse til å treffe midlertidige avgjørelser etter kontraktsinngåelsen.

Etter at kontrakt er inngått vil en midlertidig avgjørelse måtte rette seg mot gjennomføringen av kontrakten. I praksis er det derfor først og fremst av interesse der noen ønsker å få kjent en kontrakt uten virkning fordi den er resultat av en ulovlig direkteanskaffelse.

Spørsmålet er om håndhevelsesdirektivet krever at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å treffe midlertidig avgjørelse i en slik situasjon.

Det følger av håndhevelsesdirektivene at medlemsstatene kan fastsette at adgangen til å få en midlertidig avgjørelse opphører etter at kontrakt er inngått, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 7 annet avsnitt:²⁰⁹

Videre kan en medlemsstat, etter at en kontrakt er inngått i samsvar med artikkel 1 nr. 5 og nr. 3 i denne artikkel eller i samsvar med artikkel 2a-2f, fastsette at myndigheten til den instansen som er ansvarlig for klagebehandlingen, skal

²⁰⁶ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-118 side 986

²⁰⁷ Saken gjelder ikke suspensjon av tildelingsbeslutning, men av betaling av bot.

²⁰⁸ Avsnitt 62

²⁰⁹ Se tilsvarende 92/13/EØF artikkel 2 (6)

begrenses til tildeling av skadeserstatninger til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse, unntatt når en beslutning må settes til side før skadeserstatningene tildeles.

En slik begrensning er gjennomført i Norge ved anskaffelsesloven § 9 første ledd andre setning, hvoretter retten ikke kan beslutte midlertidig forføyning mot oppdragsgiveren for brudd på anskaffelsesregelverket.

Spørsmålet er om disse bestemmelsene må tolkes slik at de også gjelder midlertidig forføyning mot gjennomføringen av en kontrakt.

Vi kan ikke se at EU-domstolen har behandlet dette spørsmålet eksplisitt, men EU-domstolen kan i C-478/22 *Telefónica de España* forstås slik at adgangen til å begrense kompetansen til å treffe midlertidige avgjørelser bare gjelder for de situasjoner der det ikke er utsikt til sanksjoner. EU-domstolen uttalte i denne saken:²¹⁰

Second, it follows from Article 2(7) of Directive 89/665 that, after the conclusion of the contract, the powers of the body responsible for the procedures referred to in that provision may be limited, provided that the contract has been concluded in accordance with Article 2a of that directive, that is to say after the expiry of a suspension period.

Det synes altså å være en forutsetning at kontrakten må være inngått i tråd med reglene om karenperiode, suspensjon og sanksjoner. Er det ikke tilfellet, vil kontrakten kunne kjennes uten virkning, og denne avgjørelsen må kanskje forstås slik at der i slike tilfeller – der det er utsikt til sanksjoner – også må gis adgang til midlertidige avgjørelser.

I Danmark har man for eksempel innført en regel om at Klagenævnet for Udbud også kan gi oppsettende virkning i de saker hvor det vil kunne være aktuelt å kjenne kontrakten uten virkning. En beslutning om oppsettende virkning i et slikt tilfelle vil da innebære at forberedelsen av kontraktgjennomføringen eller leveransen skal stanses, slik at det blir mulig for Klagenævnet å erklære en større del av kontrakten uten virkning, se kapittel 7 punkt 3.3.2.

4.6 Særlig om krav til midlertidige avgjørelser for kontrakter under EØS-terskelverdiene

Som det fremgår av kapittel 1 punkt 8, gjelder håndhevelsesdirektivet bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Det betyr at det ikke etter disse direktivene gjelder noen plikt til å innføre regler om midlertidige avgjørelser for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Spørsmålet er imidlertid om det for kontrakter under EØS-terskelverdiene med grensekryssende interesse følger et krav om en rett til midlertidige avgjørelser etter ulovfestet rett.

Vi viser her til Hammersvik avsnitt 2.8.3, som drøfter spørsmålet. Hammersvik viser blant annet til sak C-432/05 *Unibet* hvor det ble uttalt at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse kan innebære at nasjonale domstoler må kunne treffe midlertidige avgjørelser for å sikre virkningen av den endelige avgjørelsen som skal treffes. Vi går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

²¹⁰ C-478/22 *Telefónica de España* avsnitt 66

5. TILSIDESETTELSE AV ULOVLIGE BESLUTNINGER

5.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivene stiller i artikkel 2 nr. 1 bokstav b krav om at det nasjonale håndhevelsesorganet har kompetanse til enten å sette til side ulovlige beslutninger, eller å sørge for at ulovlige beslutninger settes til side.

Dette er et rettsmiddel som primært har en funksjon før kontraktinngåelse. Håndhevelsesdirektivene gir medlemsstatene adgang til å fastsette at håndhevelsesorganet kun skal ha kompetanse til å sette en beslutning til side frem til kontraktinngåelse, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 7 annet avsnitt. Svært mange av EU/EØS-statene har valgt å benytte seg av denne muligheten.

Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesloven § 8, hvoretter retten frem til kontrakt er inngått, kan sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

5.2 Krav til tilsidesettelse

Bestemmelsen i håndhevelsesdirektiv artikkel 2 nr. 1 bokstav b lyder:

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

enten sette til side eller sørge for å sette til side beslutninger som er truffet ulovlig, herunder fjerning av diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i anbudsinnbydelsen, i kontraktsdokumentene eller eventuelle andre dokumenter i forbindelse med kontraktstildelingen

Bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav b lyder:

Medlemsstatene skal sørge for at de tiltak som treffes med henblikk på klagebehandlingen nevnt i artikkel 1, omfatter myndighet til enten [...]

å oppheve eller sørge for å oppheve ulovlige vedtak, herunder å fjerne diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i kunngjøringen av anbudsinnbydelsen, den periodiske veiledende kunngjøringen, kunngjøringen om bruk av en kvalifiseringsordning, anbudsinnbydelsen, anbudsgrunnlaget eller i andre dokumenter om behandlingen i forbindelse med vedkommende kontraktstildeling

Mens håndhevelsesdirektivet omtaler tilsidesettelse av ulovlige beslutninger, omtaler håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene altså opphevelse av ulovlige vedtak. En slik språkforskjell finnes ikke i den engelske versjonen der det brukes «setting aside», og den danske språkversjonen bruker begrepet «annullering», i begge direktiv. Denne forskjellen i de norske språkversjonene kan således ikke anses å ha materiell betydning.

Bestemmelsen viser til «beslutninger som er truffet ulovlig», og det fremheves i bestemmelsen noen konkrete eksempler på slike beslutninger som kan settes til side. Adgangen til å sette til side

beslutninger favner imidlertid samtlige beslutninger som oppdragsgiver treffer underveis i anskaffelsesprosessen, og EU-domstolen har tolket begrepet «decisions» vidt.²¹¹

I Norge er det først og fremst beslutningene som oppdragsgiver treffer om tildeling av kontrakt og avvisning av leverandører som kreves satt til side.

Bestemmelsen innebærer da at dersom oppdragsgiver for eksempel avviser en leverandør eller tildeler en kontrakt i strid med regelverket, må det være mulig å få satt den ulovlige avvisnings- eller tildelingsbeslutningen til side. Det samme vil gjelde beslutninger om ikke å avvise en leverandør. I praksis vil en tilsidesettelse som skjer før kontraktsinngåelse i slike tilfeller normalt bety at oppdragsgiver vil måtte gå tilbake til stadiet i prosedyren før den ulovlige beslutningen ble truffet, rette feilen og ta opp igjen prosessen derfra. Det kan likevel tenkes at anskaffelsesprosessen kan ha kommet så langt, eller at feilen for øvrig er av en slik karakter, at det ikke vil være mulig å rette feilen. I et slikt tilfelle kan en mulig konsekvens være at oppdragsgiver i stedet må avlyse konkurransen og eventuelt gjennomføre en ny.

De nasjonale reglene kan imidlertid variere slik at de eksakte konsekvensene av å få satt en beslutning til side, vil kunne variere.

Som nevnt over, angir ordlyden spesielt «fjerning av diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i anbudsinnbydelsen». Det kan for eksempel tenkes at oppdragsgiver har oppstilt ulovlige kvalifikasjonskrav eller fastsatt en kravspesifikasjon der det i strid med regelverket henvises til bestemte varemerker. Det samme må også gjelde der oppdragsgiver for eksempel har fastsatt ulovlige tildelingskriterier eller ulovlige kontraktsvilkår.²¹²

Hvis slike spesifikasjoner, krav og kriterier i anskaffelsesdokumentene blir satt til side, må oppdragsgiver følgelig fjerne eller endre spesifikasjonene. Bestemmelsen må leses i lys av likebehandlingsprinsippet og adgangen til å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene. Dersom det vil innebære en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget å fjerne de diskriminerende spesifikasjonene, eller feilen ikke kan rettes innenfor rammene av konkurransen, kan det også i dette tilfellet bli nødvendig for oppdragsgiver å avlyse konkurransen.

At det kan foreligge en slik avlysningsplikt som følge av at en beslutning har blitt satt til side, har også blitt slått fast i sak C-448/01 *Wienström*. I denne saken var et tildelingskriterium ulovlig og domstolen uttalte følgende (vår understrekning):²¹³

93. As far as the award criteria themselves are concerned, it is a fortiori clear that they must not be amended in any way during the tender procedure.

94. It follows that where the review body annuls a decision relating to an award criterion, the contracting authority cannot validly continue the tender procedure leaving aside that criterion, since that would be tantamount to amending the criteria applicable to the procedure in question.

95. Therefore, the answer to the fourth question must be that the Community legislation on public procurement requires the contracting authority to cancel an invitation to tender if it transpires in review proceedings under Article 1 of Directive 89/665 that a decision relating to one of the award criteria laid down by that authority is unlawful and it is therefore annulled by the review body.

²¹¹ Jf. EU-domstolens sak C-391/15, omtalt i punkt 4.2 over

²¹² Se for eksempel EU-domstolen sak C-314/01 *Siemens AG Österreich*

²¹³ Avsnitt 93-95

Dette vil også kunne gjelde for andre beslutninger i anskaffelsesprosessen som ikke er en del av anskaffelsesdokumentene. Det kan for eksempel være fastsettelse av en ulovlig evalueringsmodell, gjennomføring av ulovlige forhandlinger og så videre. Det finnes også praksis fra Underretten der tildelingsbeslutningen har blitt satt til side som følge av manglende begrunnelse.²¹⁴

Også beslutninger om å avlyse en konkurranse skal kunne påklages og settes til side, jf. blant annet EU-domstolens sak C-15/04 *Koppensteiner* avsnitt 31.²¹⁵ Hvis en beslutning om å avlyse ikke angripes svært raskt, vil det imidlertid være vanskelig å se at en beslutning om å sette en avlysning til side vil ha særlig betydning, da det vil være vanskelig å få fortsatt konkurransen på en lovlig måte.

Det kan reises spørsmål om håndhevelsesorganet alltid har plikt til å sette en ulovlig beslutning til side.

I norsk rett er det gjennomgående ikke adgang til å knytte virkninger til en feil som ikke kan ha virket inn på beslutningen. Det er nærliggende å legge til grunn at et tilsvarende prinsipp også gjelder etter håndhevelsesdirektivene.

Arrowsmith legger i alle fall til grunn at det gjelder et innvirkningskrav.²¹⁶ Hun viser til at dette må være en logisk konsekvens av at det er lovlig å oppstille krav til rettslig interesse for å håndheve rettigheter etter håndhevelsesdirektivene. Når det gjelder selve innvirkningskravet, mener hun at det ikke kan være strengt. Hun skriver:

[A]rguably the appropriate approach is to deny a remedy only when the contracting authority can show that the violation would not have made a difference.

Underrettens praksis underbygger også at det gjelder et innvirkningskrav for at en beslutning skal tilsidesettes. I Underrettens sak T-345/03 heter det:²¹⁷

If such a defect is established, the Court will then examine whether, but for that defect, the procedure could have had a different outcome. From that point of view, such a defect can constitute an infringement of the equality of opportunity of tenderers only in so far as the explanations provided by the applicant demonstrate, in a plausible and sufficiently detailed manner, that the procedure could have had a different outcome as far as it was concerned.

Her kreves det altså at leverandøren, på en plausibel og tilstrekkelig detaljert måte, underbygger at tildelingsbeslutningen hadde blitt en annen dersom den anførte feilen ikke var begått. I EU-rettens sak T-461/08²¹⁸ legges det til grunn at en beslutning må settes til side dersom beslutningen fratok saksøkeren en reell mulighet for å få tildelt kontrakten. Kravene til å sannsynliggjøre at feilen har innvirket, ser derfor ut til å være rimelig liberale.

Dette er også i tråd med det som gjelder i dansk rett, der det må konstateres enten at kontrakten på grunn av feilen kan ha blitt (eller vil kunne bli) tildelt feil leverandør, eller at anskaffelsesdokumentene ikke lovlig kan danne grunnlag for tildeling, for at en beslutning eller en konkurranse skal kunne settes til side, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.5.

²¹⁴ Se for eksempel sak T-447/10 *Evropaiki Dynamiki* og sak T-667/11 *Veloss International SA*

²¹⁵ Se også sak C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 55

²¹⁶ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-148

²¹⁷ Avsnitt 149

²¹⁸ Se også Underrettens sak T-70/05

Det neste spørsmålet er om håndhevelsesorganet kan unnlate å sette en beslutning til side selv om det foreligger en feil som kan ha virket inn på beslutningens innhold.

Arrowsmith²¹⁹ mener at EU-domstolens sak C-225/97 *Kommisjonen mot Frankrike* indikerer at håndhevelsesorganet ikke må sette til side beslutninger i alle tilfeller der det foreligger et brudd, men kan gis et visst skjønn. Hun skriver videre at adgangen først og fremst synes å være forbeholdt situasjoner der det er stor offentlig interesse i at anskaffelsesprosedyren blir gjennomført.

Denne saken gjaldt blant annet spørsmålet om et nasjonalt system i Frankrike som åpnet for å ilegge overtredelsesgebyr i stedet for å sette til side beslutninger, var i samsvar med håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene. EU-domstolen kom til at det var tilfellet, og Arrowsmith mener at det også må bety at det generelt er adgang til å ikke tilsidesette beslutninger.²²⁰ Arrowsmith mener imidlertid at det er uklart hvor langt adgangen til å nekte å tilsidesette en beslutning går.

Den løsningen Arrowsmith oppstiller har gode grunner for seg, men vi kan ikke se at et slikt prinsipp kan forankres i C-225/97 *Kommisjonen mot Frankrike*. Denne saken gjelder forsyningssektorene der EU-lovgiver uttrykkelig har gitt medlemsstatene en mulighet til å velge et alternativ til å sette beslutningen til side som følge av de særlige hensynene som gjør seg gjeldende på forsyningssektorenes område.

Dersom EU/EØS-staten ikke har benyttet muligheten til å begrense håndhevelsesorganets kompetanse til å sette en beslutning til side til å gjelde perioden frem til kontraktsinngåelse, oppstår spørsmålet hva virkningen av å sette en beslutning til side skal være etter at kontrakt er inngått.

Det vil være mulig å fastsette i nasjonal rett at en slik tilsidesettelse ikke skal ha noen konsekvenser for den inngåtte kontrakten, og at en tilsidesettelse da i realiteten bare må anses som en form for konstatering av brudd, altså en type fastsettelsesavgjørelse. Slik var det for eksempel tidligere i Danmark, der tilsidesettelse av for eksempel tildelingsbeslutningen retter seg mot den forvaltningsrettslige avgjørelsen om tildeling, uten at en slik tilsidesettelse fikk noen som helst konsekvens for den inngåtte kontrakten, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.5.3.

Det vil også være mulig å gjøre en tilsidesettelse til et valgfritt eller obligatorisk første skritt på vei mot erstatning.

I Norge er det for eksempel ikke uvanlig at en tilbyder først klager en sak inn for KOFA for å få vurdert om det er begått brudd på anskaffelsesregelverket. På den måten får klager en indikasjon på om det kan være grunnlag for å fremme et erstatningssøksmål.

At det også kan gjøres obligatorisk å først få en beslutning satt til side, før det kan tilkjennes erstatning, følger også direkte av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 6:²²¹

Medlemsstatene kan fastsette at dersom skadeserstatning kreves fordi en beslutning ble truffet ulovlig, må den omstridte avgjørelsen først settes til side av en dertil bemyndiget instans

En tilsvarende bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene i artikkel 2 nr. 1 siste avsnitt.

²¹⁹ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-148 (side 1007)

²²⁰ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-148 (side 1008)

²²¹ Se også sak C-300/17 *Hochtief*

Dette må imidlertid ses i sammenheng med bestemmelsen om at medlemsstatene kan beslutte at det etter kontraktsinngåelse bare skal være mulig å få tilkjent erstatning. I et slikt tilfelle vil det ikke være mulig å kreve at kontrakten først settes til side, da erstatningsmuligheten i så fall blir illusorisk.

Muligheten for å få satt til side en beslutning før kontraktsinngåelse kan videre ikke avskjæres med den begrunnelse at klager etterfølgende vil kunne oppnå erstatning, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-81/98 Alcatel avsnitt 43.

Der EU/EØS-staten har benyttet muligheten til å begrense håndhevelsesorganenes kompetanse til å sette avgjørelsen til side frem til kontrakt er inngått, oppstår spørsmålet om dette gjelder helt ubetinget eller om det også i disse tilfeller fins situasjoner der medlemsstatene har plikt til å sørge for at en ulovlig inngått kontrakt oppheves.

Sak C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland* gir holdepunkter for at et brudd i noen tilfeller må gis virkning selv om kontrakt er inngått og medlemsstaten har benyttet muligheten til å begrense håndhevelsesorganets kompetanse til å sette beslutninger til side til perioden frem til kontraktsinngåelse.

Saken gjaldt en kontrakt om levering av renovasjonstjenester som en lokal myndighet i Tyskland hadde inngått for en periode på 30 år. EU-domstolen hadde i forente saker C-201/01 og C-28/01 konkludert med at tildelingen var i strid med anskaffelsesregelverket i EU. Da Tyskland ikke brakte kontrakten til opphør, tok EU-kommisjonen ut nytt traktatbrudssøksmål.

EU-domstolen la her til grunn at håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 6 ikke regulerte forholdet mellom EU og medlemsstatene. Det var det EF-traktaten artikkel 226 og 228 som gjorde. Tyskland var derfor forpliktet til å avhjelpe det ulovlige forholdet, det vil si bringe den inngåtte avtalen til opphør.²²²

Det er uklart hvor generelle slutninger man kan trekke av dommen. Saken er spesiell ved at avtalen om leveranse av renovasjonstjenester løp i 30 år. Direkte gjelder saken også bare der EU-domstolen har konstatert brudd på anskaffelsesregelverket i EU. Vi mener man skal være forsiktig med å utlede mer vidtrekkende prinsipper av avgjørelsen.

5.3 Særlig om krav til tilsidesettelse for kontrakter under EØS-terskelverdiene

Som det fremgår av kapittel 1 punkt 8, gjelder håndhevelsesdirektivet bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Det betyr at det ikke etter disse direktivene gjelder noen plikt til å innføre regler tilsidesettelse for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Spørsmålet er imidlertid om det for kontrakter under EØS-terskelverdiene med grensekryssende interesse følger et krav om en rett til tilsidesettelse etter ulovfestet rett.

Vi viser her til Hammersvik avsnitt 2.8.3 som drøfter spørsmålet. Hammersvik skriver, med henvisning til sak E-24/13 *Wolfgang Egger* og generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-91/08 *Wall*, at det ved vurderingen av hvorvidt det foreligger et krav på at en ulovlig tildelingsbeslutning skal settes til side må ses hen til hvor alvorlig feilen er og hensynet til allmennhetens interesser. Videre skriver han at krav på erstatning etter omstendighetene må antas å kunne være et tilstrekkelig rettsmiddel. Vi går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

²²² C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 33-42

6. SÆRLIGE REGLER FOR FORSYNINGSSEKTORENE OM MULKT

6.1 Innledning

Selv om artikkel 2 i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene i det vesentligste samsvarer med artikkel 2 i håndhevelsesdirektivet, er det likevel én vesentlig forskjell. I håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene er det i artikkel 2 nr. 1 bokstav c gitt en særregel om alternative rettsmidler som kan benyttes i disse sektorene. Denne bestemmelsen gir medlemsstaten mulighet til å velge mellom å innføre rettsmidlene midlertidig forføyning og tilsidesettelse av ulovlige tildelingsbeslutninger, eller bestemmelser om mulkt. Ved gjennomføringen av direktivet har lovgiver altså en valgfrihet mellom disse to regelsettene.

Artikkel 2 nr. 1 bokstav d fastslår at reglene om erstatning skal innføres uavhengig av hvilke av disse to regelsettene som innføres.

Bestemmelsen om mulkt kom inn ved vedtakelsen av direktivet, og har ikke blitt endret siden.

Formålet med reglene om mulkt er først og fremst å gi lovgiver en valgfrihet i implementeringen av direktivet. Enkelte medlemsstater hadde konstitusjonelle bekymringer med å innføre rettsmidler med direkte virkning overfor private forsyningsvirksomheter.²²³ Fordi pliktsubjektene etter forsyningsdirektivet også omfatter private virksomheter i tillegg til offentlige oppdragsgivere, valgte EU-lovgiver derfor å innføre alternative regelsett som skulle ha tilsvarende preventiv og gjenopprettende effekt.²²⁴

Reglene om mulkt ble også innført på grunn av sektorhensyn. I forsyningssektorene kan inngripende og oppsettende virkemidler som midlertidig forføyning ha store skadefølger for virksomhetene selv og storsamfunnet rundt. Det kan også tenkes tilfeller der retting av feil vil ha langt større økonomiske konsekvenser for oppdragsgiver enn for leverandørene.²²⁵

6.2 Reglene om mulkt etter direktiv 92/13/EØF

6.2.1 Innholdet i bestemmelsen

I artikkel 2 nr.1 bokstav c fastsettes det at:

Medlemsstatene skal sørge for at de tiltak som treffes med henblikk på klagebehandlingen nevnt i artikkel 1, omfatter myndighet til (...)

c) snarest mulig, om mulig som et foreløpig skritt og om nødvendig ved en endelig fremgangsmåte for realitetsavgjørelse, å treffe andre tiltak enn dem nevnt i bokstav a) og b) med sikte på å bringe enhver konstatert overtredelse til opphør samt å hindre at de berørte interesser skades ytterligere, herunder særlig å pålegge betaling av en bestemt sum, dersom overtredelsen ikke bringes til opphør eller unngås.

Medlemsstatene kan gjøre dette valget enten for alle oppdragsgivere eller for kategorier oppdragsgivere fastlagt på grunnlag av objektive kriterier, men under alle omstendigheter skal det sikres at tiltakene for å hindre at de berørte interesser skades, er effektive,

²²³ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-295

²²⁴ Dragsten og Lindalen (2005) side 302

²²⁵ Se i denne retning Dragsten og Lindalen (2005) side 301

Første avsnitt tilsvarer reguleringen i klassisk sektor.

Av bokstav c andre avsnitt fremgår det at valgfriheten mellom regelsettet med midlertidig forføyning og tilsidesettelse eller mulkt kan gjennomføres i nasjonal rett ved å skille mellom ulike kategorier oppdragsgivere. Disse ulike kategoriene må være fastlagt på grunnlag av objektive kriterier. Slike kriterier kan eksempelvis være spesifikke bransjeområder eller oppdragsgivers juridiske natur, da særlig om oppdragsgiver er offentlig eller en privat virksomhet med særrett eller enerett.²²⁶

Et eksempel på at det er innført ulike regler for forskjellige kategorier av oppdragsgivere finnes i Danmark, der man har valgt å innføre særregler om mulkt bare for oppdragsgivere i olje- og gasssektorene, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.8.

Hvis lovgiver innfører regler om mulkt, stiller bestemmelsen krav til gjennomføringen av disse bestemmelsene. For det første stilles det krav til at det håndhevelsesorganet «snarest mulig» skal treffe de alternative tiltakene.

Videre fremmer direktivet en preferanse om at de alternative tiltakene skal fattes som et «foreløpig skritt»,²²⁷ men at dersom det er «nødvendig» kan tiltaket treffes «ved en endelig fremgangsmåte for realitetsavgjørelse». Av dette følger det altså at den mest direktivtro tilnærmingen er at mulkten skal kunne ilegges ved bruk av et «foreløpig skritt», men at det også er åpnet for at mulkt kan ilegges når håndhevelsesorganet tar stilling til de materielle spørsmålene i saken.

Ordlyden synes heller ikke å stenge for at lovgiver innfører andre beføyelser for håndhevelsesorganet enn mulkt.²²⁸ Også her synes imidlertid direktivet å ha en sterk preferanse. Den mest direktivtro beføyelsen er altså å «pålegge betaling av en bestemt sum», i det tilfellet at «overtredelsen ikke bringes til opphør eller unngås». I den engelske språkversjonen viser bestemmelsen til tilfeller der overtredelsen ikke har blitt rettet eller unngått, uten at dette synes å ha en reell betydning.²²⁹ Formålet med dette rettsmiddelet etter ordlyden er å korrigere konstaterte overtredelser, og hindre at berørte interesser påføres skade.²³⁰

Det er også fastsatt enkelte bestemmelser i direktivets artikkel 2 nr. 6 som har betydning for bestemmelsen om mulkt. Denne lyder:

Unntatt når det er fastsatt i artikkel 2d-2f, skal virkningene av myndighetsutøvelsen omhandlet i nr. 1 i denne artikkel på en kontrakt som inngås etter at den er tildelt, fastsettes i nasjonal lovgivning.

Videre kan en medlemsstat, etter at en kontrakt er inngått i samsvar med artikkel 1 nr. 5 og nr. 3 i denne artikkel eller artikkel 2a-2f, fastsette at myndigheten til den instansen som er ansvarlig for klagebehandlingen, skal begrenses til tildeling av skadeserstatninger til personer som er påført skade som følge av en

²²⁶ Sue Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-295

²²⁷ At prøvingen «om mulig» skal skje som et midlertidig skritt er særegent for bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene, men formuleringene om «så raskt som mulig» og «foreløpig skritt» er lik i bokstav a og bokstav c, og tilsvarer ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a. Den norske oversettelsen av de to direktivene er ulik, uten at det bør tillegges betydning. Hva som ligger i henvisningene til hurtighet og foreløpige skritt tilsvarer derfor det som er skrevet i punkt 4.2.

²²⁸ Sammenlikn den norske ordlyden «herunder særlig ved å ...», i engelsk språkversjon «in particular» og på fransk «notamment».

²²⁹ Engelsk ordlyd er «in cases where the infringement has not been corrected or prevented».

²³⁰ Også her er norsk oversettelse noe upresis i forhold til de engelske, svenske og franske direktivene. Vi har derfor tatt utgangspunkt i konsensusen mellom disse tre oversettelsene.

overtredelse, unntatt når en beslutning må settes til side før skadeserstatningene tildeles.

Av første avsnitt følger det at rettsvirkningene av mulkten på en kontrakt som inngås etter tildeling, skal fastsettes i nasjonal rett.²³¹

Andre avsnitt inneholder et unntak for mulkt som innebærer at medlemsstatene kan fastsette at håndhevelsesorganets kompetanse begrenses til å tilkjenne erstatning når oppdragsgiver har inngått kontrakt. Det betyr at det kan besluttes at mulkt bare kan ilegges så lenge kontrakt ennå ikke har blitt inngått. Denne unntaksbestemmelsen er beskrevet i dette kapittel punkt 4.5.

6.2.2 Utmåling av mulkten

Direktivet gir i artikkel 2 nr. 5 en bestemmelse om utmålingen av mulkten. Bestemmelsen lyder:

Beløpet som skal betales i samsvar med nr. 1 bokstav c), må være høyt nok til at oppdragsgiveren avstår fra å begå eller opprettholde en overtredelse. Innbetaling av beløpet kan gjøres avhengig av et endelig vedtak om at overtredelsen faktisk har funnet sted.

Mulkten skal altså ha en avskrekkende eller dempende effekt, og ha den virkningen at oppdragsgiver ikke begår, eller avslutter, overtredelsen av regelverket.

Nasjonal lovgiver kan videre gi regler om at innbetaling avhenger av at det i et endelig vedtak slås fast at regelverket var brutt. Med «endelig vedtak» legges det til grunn at det menes en rettskraftig avgjørelse av håndhevelsesorganet. Denne regelen betyr at en oppdragsgiver som anser sin atferd som lovlig, og får medhold i dette, da kan gå videre med sin anskaffelse uten å ha blitt ilagt en sanksjon.²³²

I EU-domstolens avgjørelse i sak C-225/97 *Kommisjonen mot Frankrike* fastslås det at medlemsstaten ikke må lovfeste kravet om at mulkten skal ha en størrelse som er tilstrekkelig avskrekkende. Mulkt ble ansett som et pressmiddel av natur, og retten anså det slik at dette ville overtale oppdragsgiver til å etterkomme håndhevelsesorganets avgjørelse.²³³ I svensk rett har det blitt hevdet at mulkten trolig ikke burde være under 1 prosent, med henvisning til tidligere forslag til ordlyd i direktivet og direktivets forarbeider.²³⁴

Logiver har et bredt skjønn til å enten innføre en strukturert, lovfestet tilnærming til utmåling av mulkten, eller la utmålingen ligge til håndhevelsesorganets skjønn. Mulkten kan være periodisk (for eksempel dagmulkt) eller en fastsatt sum (bot). I vurderingen av mulktens størrelse kan man også ta hensyn til oppdragsgivers atferd og hvor vanskelig det vil være å etterkomme avgjørelsen.²³⁵ Arrowsmith tar også til orde for at hensynene i artikkel 2 nr. 4 også kan hensyntas i utmålingen, selv om bestemmelsen etter ordlyden ikke kan anvendes.²³⁶

²³¹ Også her er norsk oversettelse noe upresis i forhold til engelsk direktivtekst. Vi har tatt utgangspunkt i den engelske direktivteksten.

²³² Slik også Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-298

²³³ Se videre Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-296-298

²³⁴ Prop. 2009/10:180 side 153-154

²³⁵ C-225/97 *Kommisjonen mot Frankrike*, se videre Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-297

²³⁶ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-297

6.3 Nasjonalt handlingsrom og reglens betydning etter endringsdirektivet

I dag er det usikkert hvilken betydning mulktreglene har som følge av endringsdirektivets bestemmelser om automatisk suspensjon. Disse bestemmelsene innebærer at det skal inntre automatisk suspensjon ved klage i karensperioden, uavhengig av om medlemsstaten har valgt modellen med midlertidig avgjørelser etter bokstav a, eller modellen med mulkt etter bokstav c.²³⁷ Reglene om mulkt kan etter direktivets ordlyd ikke erstatte reglene om suspensjon, og suspensjon vil derfor nødvendigvis løpe til håndhevelsesorganet beslutter at suspensjonen opphører.²³⁸

Dette ser ut til å stride med grunntanken bak innføringen av mulktbestemmelsene. Det var et behov for å unngå midlertidig forføyning i forsyningssektorene, nettopp fordi det å stanse kontraktsinngåelser i disse sektorene over tid kan ha store samfunnskONSEKVENSER. Denne forståelsen var også grunnlaget for at mulktbestemmelsene ble tatt ut av norsk rett da endringsdirektivet skulle implementeres, i tillegg til ønsket om en enhetlig regulering på tvers av forsyningssektorene og klassisk sektor.²³⁹

I Sverige så man det på samme måte. Både modellen med midlertidig forføyning og tilsidesettelse og modellen med mulkt var gjennomført før endringsdirektivet. Mulktbestemmelsene ble også her opphevet da endringene skulle implementeres. I Sverige var det etter departementets syn ikke grunn til å tro at behovet for mulkt var større i forsyningssektoren enn i klassisk sektor. Reglene var i tillegg lite brukt.²⁴⁰

Også Arrowsmith stiller spørsmål ved hvor praktiske reglene er i dag. Hun viser særlig til at reglene om suspensjon og det å kjenne en kontrakt uten virkning kan ha mange av de samme virkningene som en midlertidig forføyning og tilsidesettelse av tildelingsbeslutninger. Formålet med disse er henholdsvis å stille kontraktsinngåelsen i bero og sette til side en kontrakt eller en tildelingsbeslutning.²⁴¹ Å innføre reglene om mulkt kan derfor ha begrenset praktisk betydning.

Noe nasjonalt handlingsrom og praktisk betydning ser det likevel ut til at reglene har.²⁴²

Suspensjon etter artikkel 2 nr. 3 kan opphøre når håndhevelsesorganet har tatt stilling til spørsmålet om «midlertidige tiltak». Uttrykket «midlertidige tiltak» finnes i artikkel 2 nr. 1 bokstav a, mens mulktbestemmelsen i artikkel 2 nr. 1 bokstav c bruker uttrykket «andre tiltak». Vi mener at det kan argumenteres for at mulkt derfor må kunne anses som et *annet midlertidig tiltak* som kan avbryte suspensjon av oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt.

I et tilfelle hvor lovgiver velger mulktmodellen, vil en klage i karensperioden automatisk suspendere oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt. Etter vårt syn vil en beslutning om å ilegge mulkt altså kunne være et midlertidig tiltak som kan avbryte den automatiske suspensjonen, og dermed fungere som sikkerhetsstillelse. Dette vil gi kunne gi oppdragsgiver større fleksibilitet, særlig hvis oppdragsgiver kan velge mellom mulkt eller oppsettende virkning til den endelige avgjørelsen foreligger, og vil være i tråd med hensynet til forsyningssektorens samfunnskritiske oppgaver.

Håndhevelsesorganet må derfor ta stilling til og bestemme, som en hastesak, om oppdragsgiver skal ilegges mulkt. Dersom det ilegges mulkt, vil suspensjonen opphøre (mulkten trer da i stedet for

²³⁷ Se nærmere om suspensjonsreglene under punkt 3 og om midlertidige avgjørelser under punkt 4

²³⁸ Slik NOU 2010: 2 side 143-144

²³⁹ NOU 2010: 2 side 144, se også Håndhevingsutvalgets redegjørelse om tidligere norsk rett.

²⁴⁰ Prop. 2009/10:180 side 153-154. Se videre om de svenske reglene i kapittel 8 punkt 2.5. Reglene er innført i dansk rett for olje- og gassektoren, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.8.

²⁴¹ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-295

²⁴² Også Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-295 påpeker dette, men går ikke videre inn på hvilken betydning reglene har i dag.

suspensjon). Der det ikke er grunnlag for å ilegge mulkt, må suspensjonen kunne opphøre.²⁴³ Betaling av mulkten kan, som nevnt i punkt 6.2.1, gjøres betinget av endelig vedtak om at anskaffelsesregelverket var brutt.²⁴⁴ Denne forståelsen vil gi reglene om mulkt praktisk betydning, og synes å være i tråd med reglene om karenperiode og suspensjon, samtidig som den gir et reelt og effektivt sanksjonsmiddel mot anskaffelser som klages inn.

Det presiseres at denne løsningen er usikker. Det er uklart om mulkt er ment å være et «midlertidig tiltak» som kan avbryte suspensjon. Samme tolkningstil finnes i danske, franske og engelske versjonen. Den svenske versjonen ser imidlertid ut til å tolkes i den retning vi har skissert over. Det er også en betydelig usikkerhet knyttet til om en slik løsning vil være praktisk.

Vi viser for øvrig til at det i Danmark er valgt en modell med mulkt i olje- og gasssektoren der oppdragsgiver kan velge om det skal benyttes de «alminnelige» rettsmidlene eller om det i stedet skal ilegges mulkt, se nærmere i kapittel 7 punkt 6.8.

²⁴³ Suspensjonsperioden kan i alle tilfeller ikke være kortere enn etter reglene i artikkel 2a nr. 2 og 2d nr. 4 – 5, jf. artikkel 2 nr. 3 siste setning.

²⁴⁴ Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 5

KAPITTEL 6 SANKSJONER

1. OVERORDNET OM REGULERINGEN AV SANKSJONENE

1.1 Innledning

Reglene om sanksjoner finnes i håndhevelsesdirektivene artikkel 2d og 2e. Bestemmelsene pålegger medlemsstatene å innføre to former for sanksjonsregler.

I artikkel 2d gis det regler om sanksjonen «uten virkning». I artikkel 2e er det gitt regler om to ulike «alternative sanksjoner»: ileggelse av overtredelsesgebyr og avkortning av en kontrakts varighet.

Bestemmelse om sanksjoner er gjennomført i norsk rett i anskaffelsesloven §§ 13 til 15. Det er videre i § 12 innført en bestemmelse om at KOFA kan ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser, men dette er ikke en direkte oppfyllelse av forpliktelser etter håndhevelsesdirektivene. Dette bidrar likevel til å sikre en samlet effektiv klageadgang ved ulovlige direkteanskaffelser.

1.2 Nærmere om bakgrunnen for sanksjonsreglene

Sanksjonene ble innført ved endringsdirektivet i 2007. Reglene skulle styrke håndhevelsen av alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket, særlig ulovlige direkteanskaffelser, og sørge for at de øvrige håndhevelsesreglene ble mer effektive. Bakgrunnen var at EU-lovgiver mente at de eksisterende håndhevelsesreglene kom til kort.²⁴⁵

For det første var det vanskelig å sørge for at brudd på anskaffelsesregelverket ble rettet opp mens det enda var mulig, det vil si før kontraktsinngåelse. Grunnen var at oppdragsgivere ofte sørget for å inngå kontrakt så raskt som mulig dersom en leverandør forsøkte å prøve lovligheten av tildelingsbeslutningen.²⁴⁶ Når kontrakten var signert, var den forbigåtte leverandørens alternativ å kreve erstatning. Dette virkemiddelet ble ansett som lite attraktivt, bant annet fordi det tar lang tid, krever at flere tvistetemaer behandles (for eksempel utmåling og årsaksspørsmål), og fordi erstatning uansett ikke er noe fullgodt alternativ til faktisk å få kontrakten. Oppdragsgivers hurtige kontraktsinngåelse førte derfor ofte til at leverandøren valgte ikke å forfølge saken videre. Ved å innføre regler om karenperiode og suspensjon, og i tillegg sanksjonere brudd på karen- og suspensjonsreglene strengt, antok EU-lovgiver at slik atferd ville bli motvirket.²⁴⁷

For det andre fantes det ikke noen god mekanisme for å håndheve ulovlige direkteanskaffelser. Ved ulovlige direkteanskaffelser er kontrakten vanligvis signert når andre potensielle leverandører får kunnskap om hva som har skjedd. Sanksjonen til rådighet etter de opprinnelige håndhevelsesdirektivene var da erstatning. Etter alminnelige erstatningsrettslige regler vil imidlertid potensielle leverandører normalt ikke klare å sannsynliggjøre noe tap. Erstatning gjenoppretter heller ikke konkurransesituasjonen.²⁴⁸ Håndhevelsesdirektivene hadde derfor ikke noen virkningsfull mekanisme for å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser – og det til tross for at EU-domstolen anså dette som «the most serious breach of Community law in the field of public procurement».²⁴⁹ Sanksjonene som ble innført ved endringsdirektivet i 2007, endret dette.

²⁴⁵ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 3

²⁴⁶ Se for eksempel omtalen i direktiv 2007/66/EF fortale avsnitt 4

²⁴⁷ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 18-19

²⁴⁸ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 14

²⁴⁹ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 13, se også sak C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 37

1.3 Sanksjonene

Den prinsipale sanksjonen som ble innført ved endringsdirektivet i 2007, er sanksjonen «uten virkning». Sanksjonens rettsvirkninger kan likestilles med at kontrakten blir ansett som ugyldig, helt eller delvis. Grunnen til at direktivet innførte en slik sanksjon, fremgår av endringsdirektivets fortale.²⁵⁰ Her har EU-lovgiver understreket at å gjøre kontrakten «uten virkning» er den mest effektive måten å gjenopprette konkurransen på, fordi det sikrer nye markedsmuligheter for leverandører som på ulovlig vis er blitt fratatt muligheten til å konkurrere om kontrakten.

I fortalen står det videre at det å kjenne en kontrakt «uten virkning» er et inngripende virkemiddel. For å balansere de ulike interessene som gjør seg gjeldende, forbeholdes sanksjonen derfor alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket og regler som er viktige for å sikre en effektiv håndhevelse. Regelen gjelder således for ulovlige direkteanskaffelser og nærmere bestemte alvorlige brudd på karensperiode- og suspensjonsreglene.

Sanksjonen «uten virkning» gjelder også for kontrakter tildelt under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger dersom medlemsstatene benyttet friheten til å ikke innføre karensperiode- og suspensjonsregler for avrop gjort under slike avtaler og ordninger.

Medlemsstatene kan fastsette en adgang for det nasjonale håndhevelsesorganet til å unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning, der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten eller det det foretas en intensjonskunngjøring, jf. artikkel 2d nr. 3.

Videre er det gitt et unntak i artikkel 2d nr. 4 som gjelder ved ulovlige direkteanskaffelser, der oppdragsgivere kan unngå sanksjoner ved å foreta en intensjonskunngjøring.

Endelig gjelder det et unntak etter artikkel artikkel 2d nr. 5 for tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, i tilfeller der medlemstaten har benyttet seg av muligheten til å gjøre unntak fra reglene om karens for slike kontrakter. Her kan oppdragsgiver unngå sanksjoner ved å overholde en frivillig karensperiode.

I artikkel 2e gir håndhevelsesdirektivene regler om alternative sanksjoner som enten trer i stedet for, eller kommer i tillegg til sanksjonen «uten virkning». Disse alternative sanksjonene er adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og avkorte kontraktens varighet.

De alternative sanksjonene skal innføres for mindre alvorlige brudd på karensperiode- og suspensjonsreglene som ikke blir rammet av sanksjonen «uten virkning» etter artikkel 2d nr. 1 bokstav b. Bestemmelsen presiserer imidlertid at medlemstatene står fritt til å innføre sanksjonen «uten virkning» også ved slike regelbrudd. I tillegg krever håndhevelsesdirektivene at alternative sanksjoner ilegges når kontrakten opprettholdes selv om vilkårene for å kjenne kontrakten uten virkning er oppfylt. Alternative sanksjoner skal også benyttes dersom medlemsstaten benytter adgangen til ikke å kansellere kontrakten med tilbakevirkende kraft, jf. artikkel 2d nr. 2.

1.4 Kort om rettskildebildet

Det finnes ikke så mange avgjørelser fra EU-domstolen som kaster lys over tolkningen av håndhevelsesdirektivene artikkel 2d og 2e. Dette henger nok sammen med at håndhevelsesdirektivene inneholder en nokså overordnet regulering av sanksjonene, og at den nærmere reguleringen er overlatt til medlemsstatene. Et eksempel på dette er reguleringen av rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt uten virkning.

²⁵⁰ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 14

Med unntak av Arrowsmith, finnes det heller ikke så mye litteratur som direkte behandler kravene etter håndhevelsesdirektivene. Fremstillingene tar som regel utgangspunkt i nasjonal rett.²⁵¹

2. UTEN VIRKNING

2.1 Nærmere om sanksjonen «uten virkning»

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2d er bygget opp ved at det først, i artikkel 2d nr. 1 bokstav a til c, presiseres hvilke overtredelser sanksjonen «uten virkning» skal innføres for. Rettsvirkningene blir deretter regulert i artikkel 2d nr. 2. Til slutt angis unntak og situasjoner der sanksjonen likevel ikke skal få anvendelse, jf. artikkel 2d nr. 3 til 5.

Artikkel 2d nr. 1 bokstav a til c lyder slik:

Medlemsstatene skal sikre at en klageinstans, som er uavhengig av den offentlige oppdragsgiveren, kjenner en kontrakt uten virkning, eller at kontraktens manglende virkning er en følge av en beslutning truffet av en slik klageinstans, i følgende tilfeller:

- a) *dersom den offentlige oppdragsgiveren har tildelt en kontrakt uten forhåndskunngjøring²⁵² av konkurranse i Den europeiske unions tidende, uten at dette er tillatt i samsvar med direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU,*
- b) *ved overtredelse av artikkel 1 nr. 5, artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 2a nr. 2 i dette direktiv, dersom overtredelsen har fratatt anbyderen som søker om klagebehandling, muligheten til å be om rettslige tiltak forut for kontraktsinngåelsen når overtredelsen kombineres med en overtredelse av direktiv 2004/18/EF, dersom den nevnte overtredelsen har innvirket på anbyderens sjanser til å søke om klagebehandling for å få kontrakten,²⁵³*
b) in case of an infringement of Article 1(5), Article 2(3) or Article 2a(2) of this Directive, if this infringement has deprived the tenderer applying for review of the possibility to pursue pre-contractual remedies where such an infringement is combined with an infringement of Directive 2014/24/EU or 2014/23/EU, if that infringement has affected the chances of the tenderer applying for a review to obtain the contract
- c) *i tilfellene omhandlet i artikkel 2b bokstav c) annet ledd i dette direktiv, dersom medlemsstatene har gjort bruk av unntaket fra karenperioden for kontrakter som er basert på en rammeavtale og en dynamisk innkjøpsordning.*

En materielt tilsvarende bestemmelse finnes i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2d nr. 1 bokstav a til c.

Bestemmelsen krever at medlemsstatene må innføre sanksjonen «uten virkning» i situasjonene nevnt i bokstav a til c. I tillegg er det et krav om at sanksjonen ilegges av et uavhengig håndhevelsesorgan.

Med unntak for bokstav b gir ordlyden ingen føringer for hvem som kan kreve en kontrakt kjent uten virkning. EU-domstolen har imidlertid i sak C-263/19 *T-Systems*²⁵⁴ behandlet det tilsvarende

²⁵¹ Se blant annet Kristian Strømsnes, Anskaffelsesrettslig «uten virkning», 2021

²⁵² Begrepet er forhåndskunngjøring kan misforstås. Riktig oversettelse er «uten forutgående kunngjøring».

²⁵³ Siste setning inneholder en materielt feil oversettelse av direktivet. Den engelske versjonen er derfor også inkludert i sitatet.

²⁵⁴ Sak C-263/19 *T-Systems* avsnitt 49 til 55

spørsmålet for artikkel 2e om alternative sanksjoner. EU-domstolen kom her til at det var de generelle reglene om klageadgang etter håndhevelsesdirektivene som gjaldt. EU-domstolens begrunnelse har overføringsverdi også for artikkel 2d.

De generelle reglene om klageadgang krever at klageprosedyrene skal være tilgjengelige for «enhver person som har, eller har hatt, en interesse av å bli tildelt en bestemt kontrakt, og som har blitt, eller risikerer på bli, skadelidende som følge av en påstått overtredelse», jf. artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt.²⁵⁵ Enhver som har hatt eller har en interesse i få en konkret kontrakt, og som har blitt eller kan bli skadelidende av et påstått brudd, kan derfor kreve at en kontrakt blir kjent uten virkning etter håndhevelsesdirektivene. Vi har redegjort nærmere for kravene til rettslig klageinteresse i kapittel 2 punkt 3.

EU-domstolen presiserte i sak C-263/19 *T-Systems*²⁵⁶ at dette ikke innebærer noen fullstendig harmonisering av reglene om klageadgang. Medlemsstatene står fritt til å innføre en videre klageadgang enn den som følger av håndhevelsesdirektivene.²⁵⁷ Vi peker likevel på at det i en del situasjoner vil være lite praktisk å åpne for at andre enn berørte leverandører kan kreve å kjenne kontrakten uten virkning, for eksempel ved de brudd på karensperiode- og suspensjonsreglene som omfattes av artikkel 2d nr. 1 bokstav b.

2.2 Brudd på kunngjøringsplikten (ulovlige direkteanskaffelser)

Artikkel 2d nr. 1 bokstav a bestemmer at sanksjonen «uten virkning» skal innføres ved brudd på kunngjøringsplikten etter anskaffelsesdirektivene:

dersom den offentlige oppdragsgiveren har tildelt en kontrakt uten forhåndskunngjøring av konkurranse i Den europeiske unions tidende, uten at dette er tillatt i samsvar med direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU

Som den klare hovedregel skal anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivene, kunngjøres i Den europeiske unions tidende (TED-databasen).²⁵⁸ Anskaffelser som faller utenfor anskaffelsesdirektivenes virkeområde, er ikke kunngjøringspliktige. Kunngjøringsplikt foreligger heller ikke dersom vilkårene for å benytte prosedyren anskaffelse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring er oppfylt, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32. En anskaffelse som ikke er kunngjort i TED-databasen, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter anskaffelsesdirektivene, utgjør en ulovlig direkteanskaffelse.²⁵⁹ Medlemsstatene har i utgangspunktet en plikt til å kjenne disse kontraktene «uten virkning».

Når kunngjøringsplikten aktualiseres, er imidlertid ikke uttømmende regulert i anskaffelsesdirektivene. I sak C-454/06 *Pressetext* kom EU-domstolen til at vesentlige endringer i en kontrakt måtte likestilles med inngåelse av en ny kontrakt som dermed utløser kunngjøringsplikt.²⁶⁰ Ved å foreta vesentlige

²⁵⁵ Sak C-263/19 *T-Systems* avsnitt 51, med videre henvisning til de forente saker C-496/18 og C-997/18 *HUNGEOD* mfl. avsnitt 71

²⁵⁶ Sak C-263/19 *T-Systems* avsnitt 53

²⁵⁷ I Norge kan enhver fremme en klage på en ulovlig direkteanskaffelse til KOFA, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a

²⁵⁸ Tenders Electronic Daily, som er den europeiske offisielle databasen for kunngjøringer

²⁵⁹ Det vil altså også foreligge en ulovlig direkteanskaffelse der en anskaffelse som skal kunngjøres i TED-databasen, bare kunngjøres på en nasjonal kunngjøringsplattform som for eksempel Doffin.

²⁶⁰ Reglene om endringer i kontrakt er i dag kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 72, forsyningsdirektivet artikkel 89 og konsesjonskontraktordirektivet artikkel 43.

endringer i en kontrakt, har oppdragsgiver plikt til å kunngjøre ny konkurranse om (den endrede) kontrakten. Sanksjonen vil derfor få anvendelse i et slikt tilfelle.²⁶¹

En annen problemstilling er om endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen i en anbudskonkurranse, og før tilbudsfristen for endelige tilbud i en konkurranse med forhandling, kan medføre at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. I disse tilfellene vil kontrakten riktignok være gjenstand for konkurranse. Er endringene store nok, vil potensielle tilbydere med større eller mindre berettigelse likevel kunne hevde at de ville ha deltatt dersom endringene hadde vært en del av den opprinnelige kunngjøringen. Et minstevilkår for at endringene skal utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse, må være at de går utover det anskaffelsesregelverket tillater. Spørsmålet er imidlertid om grensen kan trekkes der.

Vi er ikke kjent med praksis fra EU-domstolen som behandler problemstillingen.

I Norge ser KOFA ut til å legge til grunn at enhver vesentlig endring av konkurransegrunnlaget innebærer at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.²⁶² KOFA synes å mene at denne situasjonen er tilstrekkelig lik til å bli behandlet på samme måte som en kontrakt som blir vesentlig endret. Det betyr etter KOFAs syn at også vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget utløser plikt til å kunngjøre konkurransen på nytt av hensyn til potensielle leverandører. Manglende kunngjøring ved vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget vil da utgjøre et brudd på kunngjøringsplikten.

Spørsmålet er om KOFAs praksis er i samsvar med håndhevelsesdirektivet.

En viss veiledning finner vi i EU-domstolens avgjørelse i sak C-23/20 *Simonsen & Weel*, hvor domstolen var skeptisk til å utvide anvendelsesområdet til artikkel 2d nr. 1. I avgjørelsen tok EU-domstolen blant annet stilling til om det utgjorde et brudd på kunngjøringsplikten at en rammeavtales maksimale verdi ikke var oppgitt i kunngjøringen.²⁶³

EU-domstolen bekreftet i avgjørelsen at oppdragsgiver hadde en plikt til å angi en rammeavtales maksimale verdi. Dette hadde EU-domstolen tidligere uttalt seg om i sak C-216/17 *Autorita Garante*, men rekkevidden og de rettslige konsekvensene av uttalelsen var uklare. I sak C-23/20 *Simonsen & Weel* ble dette utdypet. EU-domstolen la til grunn at rammeavtalen ikke lenger er gyldig etter at det er foretatt avrop hvis verdi samlet sett overstiger det maksimale taket som oppdragsgiver har en plikt til å oppgi i kunngjøringen.

Domstolen ble også bedt om å ta stilling til hvilken konsekvens det ville ha dersom den maksimale verdien ikke var oppgitt i kunngjøringen. EU-domstolen tok dermed stilling til om et slikt regelbrudd skulle likestilles med et brudd på selve kunngjøringsplikten, slik at kontrakten kunne kjennes uten virkning etter artikkel 2d nr. 1. EU-domstolen besvarte dette negativt, og uttalte i den forbindelse:²⁶⁴

It thus follows from Article 2d(1)(a) of Directive 89/665, read in the light of recitals 13 and 14 of Directive 2007/66, that, when Directive 2007/66 was adopted, the EU legislature intended to introduce into the applicable law a serious penalty, the application of which should however be confined to the most serious cases of infringements of EU law on public procurement, namely those in which a contract is awarded directly without having been the subject of any prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union.

It follows that it would be disproportionate to extend the application of that provision to a situation such as that at issue in the main proceedings, in which

²⁶¹ Dette er også lagt til grunn av Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-169

²⁶² Se blant annet KOFAs saker 2019/590 avsnitt 29 og 2018/521 avsnitt 35

²⁶³ Sak C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 81 til 90

²⁶⁴ Sak C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 86 til 88

the Regions published a contract notice and made the tender specifications accessible without mentioning, in that notice or those tender specifications, the estimated quantity and/or estimated value and the maximum quantity and/or maximum value of the supplies under that framework agreement.

In such a situation, the infringement of Article 49 of Directive 2014/24, read in conjunction with points 7, 8 and 10(a) of Part C of Annex V to that directive, does not reach the degree of seriousness required to entail the application of the penalty provided for in Article 2d(1)(a) of Directive 89/665.

EU-domstolen mente altså at det ikke var grunnlag for å utvide anvendelsesområdet til sanksjonen «uten virkning» til mangelfulle kunngjøringer. Grunnen var at sanksjonen skal være forbeholdt de mest alvorlige overtredelsene av regelverket. I tillegg ble det i de etterfølgende avsnittene lagt vekt på at regelbruddet i dette tilfellet vil være synbart for leverandørene, og at leverandørene dermed må anses informert om regelbruddet. EU-domstolen må forstås slik at det da ikke er nødvendig å beskytte dem ytterligere gjennom muligheten til å gjøre sanksjonen «uten virkning» gjeldende. Situasjonen er dermed ikke helt parallell ved vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget siden potensielle leverandører ikke vil kunne oppdage regelbruddet ved å gjøre seg kjent med kunngjøringen.

EU-domstolens avgjørelse i C-23/20 *Simonsen & Weel* viser uansett at EU-domstolen utviser varsomhet med å utvide rammene for hva som anses som et brudd på kunngjøringsplikten.

Arrowsmith mener også at sanksjonen «uten virkning» mest sannsynlig ikke kan gjøres gjeldende der det er foretatt vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget.²⁶⁵ Hun begrunner det med at sanksjonen er tiltenkt kontrakter som ikke er kunngjort i det hele tatt, og ikke er ment brukt til å fange opp øvrige feil ved gjennomføringen av anbudskonkurranser. Et annet argument er at når det faktisk har vært gjennomført en konkurranse, så vil det i utgangspunktet være andre deltakere som vil kunne påtale eventuelle brudd som skjer underveis i konkurransen. Da er det ikke samme behov for å innføre en sanksjon som der kontrakten bare tildeles direkte (i det skjulte).

Arrowsmith holder det åpent om endringer som gjør at innholdet i selve *kunngjøringen* ikke lengre dekker anskaffelsen, kan anses som en ulovlig direkteanskaffelse.²⁶⁶ Grunnen er at det i denne situasjonen kan «be argued [that] the call for competition does not refer to the contract actually awarded». Hun viser i forlengelsen av dette til saken *Alstom* fra High Court of England and Wales, der dette ble lagt til grunn.²⁶⁷

Arrowsmiths tilbakeholdenhet synes å være i tråd med de generelle synspunktene EU-domstolen presenterer i sak C-23/20 *Simonsen & Weel*. Vi mener det kan være hensiktsmessig å vurdere nærmere om vesentlige endringer av konkurransegrunnlaget omfattes av sanksjonen «uten virkning», og det kan argumenteres med at KOFA i noen tilfeller går for langt. En regel om at vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget anses som et brudd på kunngjøringsplikten, øker risikoen for oppdragsgivere som ønsker å foreta fornuftige justeringer av konkurransegrunnlaget. En slik regel kan derfor motvirke at endringer av konkurransegrunnlaget blir gjennomført, og kan medføre en sterk prioritering av interessen til potensielle leverandører på bekostning av oppdragsgivernes fleksibilitet.

2.3 Brudd på karenperiode- og suspensjonsreglene

Artikkel 2d nr. 1 bokstav b alvorlige brudd på karenperiode- og suspensjonsreglene, og formålet er å sikre at disse reglene blir overholdt:

²⁶⁵ Se Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-169 og avsnitt 22-301

²⁶⁶ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-169 og avsnitt 22-301

²⁶⁷ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-301 med videre henvisning til *Alstom Transport v Eurostar International* [2011] EWHC 1828 Ch; T.C.L.R. 8

*in case of an infringement of Article 1(5), Article 2(3) or Article 2a(2) of this Directive, if this infringement has deprived the tenderer applying for review of the possibility to pursue pre-contractual remedies where such an infringement is combined with an infringement of Directive 2014/24/EU or 2014/23/EU, if that infringement has affected the chances of the tenderer applying for a review to obtain the contract.*²⁶⁸

Bestemmelsen krever altså at sanksjonen «uten virkning» innføres når fire vilkår er oppfylt:

- 1) det foreligger brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon
- 2) bruddet har fratatt muligheten til prekontraktuell håndhevelse
- 3) brudd på anskaffelsesreglene
- 4) dette bruddet har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten

Etter bestemmelsen må leverandøren altså ha blitt forhindret fra å benytte prekontraktuelle håndhevelsesmekanismer som følge av bruddet på karenperiode- og suspensjonsreglene. Det tilsier at det må være årsakssammenheng mellom bruddet på karenperiode- og suspensjonsreglene og den manglende muligheten til å prøve lovligheten av tildelingsbeslutningen. Begrepet «deprived» indikerer også at kravet til årsakssammenheng er kvalifisert. Arrowsmith viser for eksempel til at det neppe vil være grunnlag for at kjenne kontrakten uten virkning etter denne bestemmelse at oppdragsgiver har latt være å gi opplysninger om karenperiodens lengde etter artikkel 2a nr. 2.²⁶⁹ På den andre siden kan det ikke være tvil om at bruddet er kvalifisert der oppdragsgiver inngår kontrakt før karenperioden har løpt ut eller mens adgangen til å inngå kontrakt er suspendert.

Vilkåret om at oppdragsgiver må ha begått et brudd på anskaffelsesreglene som «has affected the chances of the tenderer applying for a review to obtain the contract», innebærer en vesentlig begrensning. Kontrakten kan ikke bli kjent uten virkning etter artikkel 2d dersom feilen ikke har påvirket klagerens mulighet til å bli tildelt kontrakten. For eksempel vil kontrakten ikke kunne bli kjent uten virkning etter denne bestemmelsen, når leverandøren som angriper tildelingsbeslutningen, er blitt avvist eller skulle ha vært avvist.

Samtidig er det tilstrekkelig at leverandørens *mulighet* til å bli tildelt kontrakten er påvirket. Det betyr at det ikke stilles strenge krav til potensiell innvirkning dersom det foreligger feil ved tildelingsbeslutningen og leverandøren eller tilbudet ikke skulle vært avvist.

Det virker klart at leverandøren ikke må sannsynliggjøre at han faktisk ville blitt tildelt kontrakten. Hvor liberalt kravet skal tolkes, er mer usikkert. Dersom oppdragsgiver kan sannsynliggjøre at feilene ved tildelingsbeslutningen etter sin art ikke har kunnet påvirke tildelingsbeslutningen, vil leverandørens mulighet til å få kontrakten nok ikke anses påvirket. Vanskeligere blir det dersom leverandøren påstår at det er begått feil ved evalueringen som etter sin art, i hvert fall i teorien, kan ha hatt betydning for tildelingsbeslutningen.²⁷⁰

Arrowsmith anser det usikkert hva som skal til for at leverandørens mulighet har blitt påvirket, men at kravet i lys av sanksjonens «drastic nature», ikke bør tolkes for liberalt.²⁷¹ Det vil i for stor grad gå på bekostning av hensynet til raske og effektive anskaffelser, samt hensynet til leverandøren som er tildelt kontrakten. Hun virker også skeptisk til å akseptere at en leverandør skal kunne nå frem dersom

²⁶⁸ Vi har vist til den engelsk versjonen av direktivteksten fordi siste setning i den norske oversettelsen er materielt feil.

²⁶⁹ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-171

²⁷⁰ Se i samme retning NOU 2010: 2 side 104

²⁷¹ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-172

det er en mer teoretisk mulighet for at leverandøren ville fått kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått brudd på anskaffelsesreglene.²⁷²

Vi er ikke kjent med praksis fra EU-domstolen som kaster lys over bestemmelsens rekkevidde. Det henger nok sammen med at oppdragsgivere overholder reglene om karenperiode- og suspensjon, og at spørsmålet derfor sjeldent blir aktualisert.

2.4 Brudd på regler – rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Artikkel 2d nr. 1 bokstav c fastsetter at sanksjonen «uten virkning» skal innføres ved brudd på reglene for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale og ved dynamiske innkjøpsordninger. Dette gjelder likevel bare dersom medlemsstaten har valgt å benytte valgfriheten til ikke å innføre karenperiode- og suspensjonsreglene for tildeling av kontrakter under disse ordningene, jf. kapittel 5 punkt 2.4.

i tilfellene omhandlet i artikkel 2b bokstav c) annet ledd i dette direktiv, dersom medlemsstatene har gjort bruk av unntaket fra karenperioden for kontrakter som er basert på en rammeavtale og en dynamisk innkjøpsordning.

Denne bestemmelsen er også noe ulik i håndhevelsesdirektivet og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene. For forsyningssektorene omfatter den bare dynamiske innkjøpsordninger. Grunnen er at det ikke er gitt detaljerte regler for tildeling av kontrakter i anskaffelsesdirektivet for forsyningssektoren, se nærmere kapittel 5 punkt 2.4.

Det er likevel ikke alle kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning som må kunne kjennes uten virkning. Dette følger av artikkel 2b annet avsnitt:

Dersom det gjøres bruk av dette unntaket, skal medlemsstatene sikre at kontrakten er uten virkning i samsvar med artikkel 2d og 2f i dette direktiv når

- det foreligger en overtredelse av artikkel 33 nr. 4 annet ledd annet strekpunkt, eller av artikkel 34 nr. 6 i direktiv 2014/124/EU, og

- kontraktssummen anslås å være lik eller overstige terskelverdiene i artikkel 4 i direktiv 2014/24/EU

For håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren gjelder en tilsvarende regel, der det vises til artikkel 52 nr. 6 i forsyningsdirektivet.

Det betyr altså for rammeavtaler at det bare skal innføres sanksjonen «uten virkning» for kontrakter som skal tildeles etter gjenåpning av konkurransen, det vil si i parallelle rammeavtaler med minikonkurranser. Slike kontrakter skal kjennes uten virkning hvis de tildeles i strid med reglene om gjenåpning, jf. artikkel 33 nr. 4 annet avsnitt annet strekpunkt.

For dynamiske innkjøpsordning følger det av artikkel 34 nr. 6 at alle deltagerne må få tilbud om å delta i konkurransen, og det er videre gitt nærmere regler om tildelingen av kontrakten. Er disse reglene brutt, skal kontrakten kjennes uten virkning.

Formålet med å åpne for å bruke sanksjonen «uten virkning» i disse tilfellene, er å balansere hensynet til fleksibilitet og effektive sanksjoner. En eventuell innføring av regler om karenperiode og suspensjon ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger reduserer mye av fleksibiliteten med disse ordningene. I direktivet ble det derfor åpnet for at fleksibiliteten kunne

²⁷² Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-172

beholdes dersom det var adgang til å sanksjonere brudd strengt.²⁷³ Samtidig har kontrakter som tildeles under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, ofte kort varighet. Det vil ofte være lite praktisk å forsøke å få slike kontrakter kjent uten virkning; kontrakten vil være gjennomført før leverandøren får avgjort kravet om å få kontrakten kjent uten virkning. Men oppdragsgiver vil da bli ilagt overtredelsesgebyr etter artikkel 2e. Håndhevelsen blir derfor samlet sett effektiv nok.

2.5 Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»

I håndhevelsesdirektivene artikkel 2d nr. 2 blir rettsvirkningene regulert:

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning, skal fastsettes i nasjonal lovgivning. Nasjonal lovgivning kan inneholde bestemmelser om at alle kontraktsforpliktelser skal oppheves med tilbakevirkende kraft, eller at opphevingen bare skal omfatte forpliktelser som ennå ikke er oppfylt. I sistnevnte tilfelle skal medlemsstatene sørge for at andre sanksjoner i henhold til artikkel 2e nr. 2, får anvendelse.

Her bestemmes det altså at medlemsstatene må regulere rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning», men det er opp til medlemstatene om det skal inkludere kansellering av kontrakten med tilbakevirkende kraft (*ex tunc*) eller kun en adgang til kansellering av kontrakten med virkning for fremtiden (*ex nunc*). Medlemsstatene kan også overlater dette valget til håndhevelsesorganet. Dersom medlemsstaten kun åpner for kansellering med virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, må også alternative sanksjoner ilegges. Det betyr i praksis at det må ilegges et overtredelsesgebyr.²⁷⁴

Reguleringen av selve oppgjøret mellom partene dersom en kontrakt blir kjent uten virkning, om det er med tilbakevirkende kraft eller bare for fremtidig kontraktsoppfyllelse, overlater direktivet til nasjonal rett. Nærmere vurderinger av hvilke rettsvirkningen sanksjonen «uten virkning» ville ha i nasjonal rett, er inntatt i NOU 2010: 2 kapittel 10.2.

Det er likevel ikke utelukket at EU/EØS-retten stiller enkelte krav til implementeringen av rettsvirkningen. For eksempel stiller Arrowsmith spørsmål om det vil være i samsvar med kravene etter EU-retten dersom nasjonal rett gir oppdragsgivers medkontrahent krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse.²⁷⁵ Samtidig peker hun på at det ikke er gitt at dette er i strid med EU-retten. Grunnen er at konkurransesituasjonen gjenopprettes, og at hensikten med sanksjonen ikke først og fremst er å ramme leverandøren som har fått tildelt en kontrakt i strid med anskaffelsesregelverket.

Et annet spørsmål oppstår der det foreligger brudd på kunngjøringsplikten ved at oppdragsgiver har foretatt vesentlige endringer i en kontrakt. Problemstillingen er da om bare selve den ulovlige endringen eller hele kontrakten skal kjennes uten virkning.

Håndhevelsesdirektivene gir ikke noen regulering av problemstillingen, og vi er heller ikke kjent med praksis fra EU-domstolen som behandler dette. Spørsmålet synes derfor å være uavklart.²⁷⁶

Det kan argumenteres for at alene det å kjenne *endringen* uten virkning ikke vil gi tilstrekkelig avskrekkende effekt, og at det derfor er kontrakten i sin helhet som må kjennes uten virkning. Samtidig vil det innebære at endringen også «drar med seg» en lovlig inngått kontrakt fordi oppdragsgiver feilbedømmer endringsadgangen, noe som er prinsipielt problematisk. Ofte kan det også være krevende å avgjøre om en endring er lovlig eller ikke. Det å feilbedømme endringsadgangen vil med en

²⁷³ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 8 og 9

²⁷⁴ Se nærmere om dette i punkt 3.1 om alternative sanksjoner

²⁷⁵ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-174

²⁷⁶ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-176

slik regel få svært store konsekvenser. En slik regel kan derfor bidra til at oppdragsgiver ikke tør å utnytte endringsadgangen i regelverket fullt ut.

Arrowsmith ser ut til å mene at det som best balanserer de kryssende hensynene, er å kjenne endringen uten virkning.²⁷⁷ Også Strømsnes synes å mene som et utgangspunkt at det bare er den ulovlige endringen som skal sanksjoneres.²⁷⁸ Han problematiserer imidlertid blant annet at det ofte vil kunne være vanskelig å «isolere» den ulovlige endringen der det er foretatt mange mindre endringer som til sammen blir ansett vesentlige, og at spørsmålet kanskje må løses annerledes i disse tilfellene.

Det å bare kjenne deler av en kontrakt uten virkning kan også by på nokså betydelige utfordringer i praksis, for eksempel når det foretas ulovlige endringer i tilvirkningskontrakter. Det hadde derfor vært nyttig med nærmere føringer fra lovgiver på dette punkt.

Et annet spørsmål som også er interessant, er om kontrakten som kjennes uten virkning ex nunc må kjennes uten virkning umiddelbart, eller om oppdragsgiver kan få noe tid til å områ seg, altså hva som er skjæringspunktet for virkningen. I Norge la håndhevelsesutvalget til grunn at virkningen måtte inntre fra det tidspunktet avgjørelsen ble rettskraftig,²⁷⁹ mens det i Danmark er gitt en adgang til å utsette iverksettelsen noe. Regelen i Danmark er nærmere omtalt i kapittel 7 punkt 9.3.

2.6 Unntak begrunnet i vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Et generelt og valgfritt unntak fra å ilegge sanksjonen «uten virkning» gis i håndhevelsesdirektivene artikkel 2d nr. 3. Bestemmelsen lyder:

Medlemsstatene kan fastsette at den av den offentlige oppdragsgiveren uavhengige klageinstansen ikke kan²⁸⁰ kjenne en kontrakt uten virkning, selv om den er blitt ulovlig tildelt av årsakene omhandlet i nr. 1, dersom klageinstansen, etter å ha undersøkt alle relevante forhold, finner at tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse krever at kontraktens virkning bør opprettholdes. I slike tilfeller skal medlemsstatene fastsette alternative sanksjoner i henhold til artikkel 2e nr. 2, som skal anvendes i stedet.

Økonomiske interesser i at kontrakten har virkning kan bare anses som tvingende hensyn dersom det at kontrakten er uten virkning i særlige tilfeller ville få uforholdsmessige følger.

Økonomiske interesser som er direkte knyttet til den berørte kontrakten, bør imidlertid ikke være tvingende allmenne hensyn. Økonomiske interesser direkte knyttet til kontrakten omfatter blant annet kostnader ved forsinket gjennomføring av kontrakten, kostnader ved innledning av en ny framgangsmåte ved tildeling av kontrakter, kostnader ved bytte av markedsdeltaker for gjennomføring av kontrakten og kostnader ved juridiske forpliktelser som følger av at kontrakten er uten virkning.

Medlemsstatene kan altså innføre en adgang for det nasjonale håndhevelsesorganet til å unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning, selv om den er tildelt ulovlig i henhold til artikkel 2d nr. 1. Dette gjelder bare dersom vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde

²⁷⁷ Arrowsmith Vol. 2, avsnitt 22-176

²⁷⁸ Strømsnes (2021) side 296 til 301

²⁷⁹ Se NOU 2010: 2 kapittel 10.2.6.

²⁸⁰ Oversettelsen er materielt feil. Det som står i direktivet, er at det kan åpnes for at tvisteløsningsorganet får en valgfrihet, et «kan-skjønn», til å opprettholde kontrakten.

kontrakten. Dersom håndhevelsessorganet velger å benytte denne adgangen, må det også ilegges alternative sanksjoner etter artikkel 2e.

Ordlyden indikerer at unntaket er snevert. EU-domstolen har også oppstilt en generell regel om at unntak fra anskaffelsesdirektivene skal tolkes restriktivt.²⁸¹ Det å kjenne kontrakten uten virkning må nok derfor føre til store samfunnsmessige konsekvenser for at unntaket skal komme til anvendelse.²⁸²

Direktivet gir ikke nærmere føringer for hva som kan utgjøre allmenne interesser. Antakelig vil begrepet omfatte hensynet til liv, helse og sikkerhet samt andre viktige samfunnshensyn. Ordlyden indikerer videre at det ikke er spesifikke allmenne hensyn i seg selv som er avgjørende for om kontrakten skal opprettholdes, men hvilke skadevirkninger de beskyttede interessene samlet sett vil kunne bli påført dersom kontrakten kjennes «uten virkning».

På bakgrunn av ordlyden antar Arrowsmith at medlemsstatene har en viss frihet til å bestemme hvilke hensyn som er relevante, og hvilke krav som skal stilles for bruk av unntaket, innenfor rammene av den generelle EU/EØS-retten. Av samme grunn kan medlemsstatene overlate denne skjønnsfriheten til håndhevelsessorganet.²⁸³

Økonomiske hensyn er imidlertid særskilt regulert i artikkelens andre avsnitt. Her fremgår det at økonomiske hensyn kan anses som vesentlige bare dersom det å kjenne kontrakten uten virkning vil få uforholdsmessig store konsekvenser. Det er i neste avsnitt presisert at økonomiske hensyn som er direkte relatert til kontrakten, ikke er relevante. Slike økonomiske hensyn omfatter også det en gjerne anser som mer indirekte kostnader, som for eksempel kostnader som følge av forsinkelser ved utførelsen av kontrakten, kostnader ved å gjennomføre en ny anskaffelsesprosedyre og andre merkostnader. Det er imidlertid naturlig at det er gitt føringer om at slike hensyn ikke kan brukes til å opprettholde kontrakten. At det er kostbart og upraktisk å få kjent en kontrakt uten virkning, er tilsiktet. På den måten sikrer en at sanksjonen skal få tilstrekkelig preventiv virkning.

Unntaket vil nok særlig være aktuelt i de tilfeller hvor det å kjenne kontrakten uten virkning vil få konsekvenser for liv og helse. Men hensynet til liv og helse kan gjøre seg gjeldende på mange ulike måter, og ofte vil det være slik at oppdragsgiver vil kunne sette inn avbøtende tiltak. Også i slike situasjoner må det derfor foretas konkrete vurderinger.

Det virker rimelig klart at unntaket også vil være aktuelt der det å kjenne en kontrakt uten virkning vil kunne få betydning for nasjonale sikkerhetsinteresser og andre vektige samfunnsinteresser.

I tillegg synes unntaket synes å være relevant for større prosjekter der det inngås en rekke kontrakter som er avhengige av hverandre, og der det å kjenne én enkelt kontrakt uten virkning helt eller delvis kan få store konsekvenser for de øvrige kontraktene. Et eksempel på en kontrakt der begge disse forholdene ble aktualisert, gir Østre Innlandet tingretts dom 28. juni 2021, som gjaldt anskaffelse av avansert og plasskrevende kreftbehandlingsutstyr.²⁸⁴

I fortalen avsnitt 23 er det også gitt et konkret eksempel på en annen situasjon der vilkårene for å opprettholde kontrakten vil kunne være oppfylt:

In exceptional cases the use of the negotiated procedure without publication of a contract notice within the meaning of Article 31 of Directive 2004/18/EC or Article

²⁸¹ Se for eksempel sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 57

²⁸² TOIN-2021-130644 gir et eksempel på en situasjon der unntaket ble anvendt av en norsk domstol. Saken ble anket, og oppdragsgiver ble frifunnet LE-2022-141058.

²⁸³ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-177

²⁸⁴ Se TOIN-2021-130644. Som nevnt ovenfor ble saken anket og oppdragsgiver frifunnet i LE-2022-141058.

40(3) of Directive 2004/17/EC is permitted immediately after the cancellation of the contract. If in those cases, for technical or other compelling reasons, the remaining contractual obligations can, at that stage, only be performed by the economic operator which has been awarded the contract, the application of overriding reasons might be justified.

Det ser altså ut til å være mulig å opprettholde kontrakten dersom oppdragsgiver uansett kan «snu seg rundt» og engasjere den samme leverandøren i medhold av anskaffelsesdirektivet artikkel 32 (konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring). I en slik situasjon gir det liten mening å kjenne kontrakten uten virkning.

2.7 Unntak ved intensjonskunngjøring

Håndhevelsesdirektivene artikkel 2d nr. 4 angir at medlemstatene skal innføre en regel som gjør at sanksjonen «uten virkning» etter artikkel 2d nr. 1 bokstav a (ulovlige direkte anskaffelser) ikke kan anvendes når følgende tre vilkår er oppfylt:

- *den offentlige oppdragsgiveren anser at tildelingen av en kontrakt uten forhåndskunngjøring²⁸⁵ av konkurranse i Den europeiske unions tidende, er tillatt i samsvar med direktiv 2014/25/EU or direktiv 2014/23/EU,*
- *den offentlige oppdragsgiveren i Den europeiske unions tidende har kunngjort en melding som beskrevet i artikkel 3a i dette direktiv, der den gir uttrykk for at den har til hensikt å inngå kontrakten, og*
- *kontrakten ikke er blitt inngått før utløpet av en frist på minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da denne meldingen ble kunngjort.*

Dette innebærer at oppdragsgiver kan sikre seg mot sanksjonen «uten virkning» når oppdragsgiver

- 1) anser vilkårene til å foreta en direkteanskaffelse som oppfylt,
- 2) publiserer en intensjonskunngjøring i tråd med reglene i artikkel 3a og
- 3) overholder en karenperiode på ti dager fra dagen etter intensjonskunngjøringen.

Følger oppdragsgiver denne oppskriften, kan det heller ikke ilegges alternative sanksjoner ved ulovlige direkteanskaffelser.

Bestemmelsen er et resultat av at lovgiver erkjenner at det noen ganger kan være krevende å avgjøre om det er adgang til å gjennomføre en direkteanskaffelse. I endringsdirektivets fortale avsnitt 26 heter det at:

In order to avoid legal uncertainty which may result from ineffectiveness, Member States should provide for an exemption from any finding of ineffectiveness in cases where the contracting authority or contracting entity considers that the direct award of any contract without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union is permissible.

I håndhevelsesdirektivene er det derfor åpnet for at oppdragsgiver kan sikre seg mot sanksjonen «uten virkning» ved å foreta en intensjonskunngjøring. Regelen balanserer oppdragsgivers behov for rettslig forutberegnelighet knyttet til risikoen for å bli ilagt sanksjoner på den ene siden og

²⁸⁵ «Forutgående kunngjøring» er riktig oversettelse

leverandørens behov for å få kjennskap til kontrakter som tildeles uten kunngjøring etter regelverket, på den andre.

Bruken av formuleringen «oppdragsgiveren anser» indikerer at oppdragsgiver må være i god tro om adgangen til å foreta en direkteanskaffelse. EU-domstolen har i tillegg i sak C-19/13 *Fastweb* innfortolket et krav om at intensjonskunngjøringen kun beskytter oppdragsgivere som må anses å ha handlet i *aktsom* god tro.²⁸⁶ Formålet med å innfortolke et slikt krav synes å være en frykt for at det ellers ville være vanskelig å hindre at oppdragsgivere misbruker adgangen til å foreta intensjonskunngjøringer.

De nærmere kravene til selve innholdet i intensjonskunngjøringen er gitt i håndhevelsesdirektivene artikkel 3a. De fleste kravene er av formell karakter, men det stilles også krav om at det gis en begrunnelse for adgangen til å foreta en anskaffelse uten kunngjøring. Kravene til begrunnelse er også behandlet i *Fastweb*:²⁸⁷

On that last point, the 'justification' must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice, so that interested persons are able to decide with full knowledge of the relevant facts whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review.

EU-domstolen oppstiller her et nokså strengt krav til begrunnelsen som skal gis: Potensielle leverandører skal ha mulighet til å vurdere med «full knowledge» hvorvidt de skal angripe tildelingsbeslutningen. I praksis er det også ganske vanskelig å vurdere hvor utfyllende begrunnelsen må være for at dette kravet skal anses oppfylt.

Realiteten er at *Fastweb* reduserer den rettslige forutberegneligheten intensjonskunngjøringene var ment å ha. Det er vanskelig å vite hvilke krav som stilles til oppdragsgivers aktsomhet, og hva som er en tilstrekkelig god begrunnelse.

2.8 Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 5 angir at medlemstatene skal innføre en regel som gjelder kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. I håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor lyder bestemmelsen:

Medlemsstatene skal fastsette at nr. 1 bokstav c) i denne artikkel ikke får anvendelse dersom

- *den offentlige oppdragsgiveren anser at tildelingen av en kontrakt er i samsvar med artikkel 33 nr. 4 bokstav c, eller med artikkel 34 nr. 6 i direktiv 2014/24/EU,*
- *den offentlige oppdragsgiveren har sendt en beslutning om kontraktstildeling, sammen med et sammendrag av årsakene nevnt i artikkel 2a nr. 2 fjerde ledd første strekpunkt, til de berørte anbyderne, og,*
- *kontrakten ikke er inngått før utløpet av en frist på minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da beslutningen om kontraktstildelingen ble sendt til de berørte anbyderne, dersom faks eller elektroniske hjelpemidler benyttes, eller, dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, før utløpet av en frist på enten minst 15 kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen*

²⁸⁶ Sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 50

²⁸⁷ Sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 48

da beslutningen om kontraktstildelingen ble sendt til de berørte anbydere, eller minst ti kalenderdager regnet fra dagen som følger etter datoen da beslutningen om kontraktstildelingen ble mottatt.

Bestemmelsen innebærer kontrakter basert på rammeavtaler med gjenåpning av konkurransen (ved bruk av minikonkurranser) og dynamiske innkjøpsordninger skal i utgangspunktet kunne kjønes uten virkning, i tilfeller der medlemstaten har benyttet seg av muligheten til å gjøre unntak fra reglene om karens for slike kontrakter.

Dersom oppdragsgiver har overholdt en frivillig karensperiode, kan kontrakten likevel ikke kjønes uten virkning etter artikkel 2d nr. 1 bokstav c. Dette innebærer at det skal sendes ut en begrunnelse sammen med meddelelsen om tildeling.

Dette forutsetter videre at oppdragsgiver må være i god tro om at tildelingen er lovlig,

Regelen er tilsvarende i håndhevelsesdirektiv for forsyningssektorene, men gjelder der kun dynamiske innkjøpsordninger fordi det ikke er gitt særskilte regler for rammeavtaler, se nærmere i kapittel 5 punkt 2. Dette unntaket er ikke aktuelt for konsesjonskontrakter i det hele tatt, ettersom hverken rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger er regulert i konsesjonskontraktdirektivet.

Unntaket i bokstav c, som gjelder kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, er begrunnet med effektivitetsgevinstene som disse prosessene er ment å gi.²⁸⁸ Hvis oppdragsgiver må overholde en karensperiode før kontrakt kan inngås, vil en slik gevinst gå tapt. For rammeavtaler vil det kun være behov for den økte fleksibiliteten der det er inngått parallelle rammeavtaler med tildeling av kontrakt etter gjenåpning av konkurransen (minikonkurranse). Med denne unntaksbestemmelsen får altså oppdragsgiver økt fleksibilitet: Oppdragsgiver kan velge å inngå kontrakter uten å overholde en karensperiode, men da med risiko for etterfølgende å bli ilagt sanksjoner, eller han kan velge å overholde en frivillig karensperiode og være sikret mot etterfølgende sanksjoner.

3. ALTERNATIVE SANSKJONER

3.1 Oversikt

I endringsdirektivets fortale blir det gitt uttrykk for at sanksjonen «uten virkning» er inngripende, og at det finnes situasjoner der den ikke bør anvendes.²⁸⁹ Det er derfor gitt regler om alternative sanksjoner for disse situasjonene i håndhevelsesdirektivet artikkel 2e. Bestemmelsen lyder:

1. I tilfelle av en overtredelse av artikkel 1 nr. 5, artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 2a nr. 2 som ikke omfattes av artikkel 2d nr. 1 bokstav b), skal medlemsstatene fastsette at kontrakten er uten virkning i samsvar med artikkel 2d nr. 1-3, eller fastsette andre sanksjoner. Medlemsstatene kan fastsette at den av den offentlige oppdragsgiveren uavhengige klageinstansen, etter å ha vurdert alle relevante forhold, skal treffe beslutning om kontrakten skal kjønes uten virkning, eller om alternative sanksjoner skal pålegges.

2. De alternative sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Alternative sanksjoner skal være

- overtredelsesgebyrer som ilegges den offentlig oppdragsgiveren, eller,

²⁸⁸ Se fortalen avsnitt 9

²⁸⁹ Direktiv 2007/66/EF fortalen avsnitt 19

- forkorting av kontraktens varighet.

Medlemsstatene kan gi klageinstansen stor frihet til å utøve skjønn, slik at den kan ta hensyn til alle relevante faktorer, herunder overtredelsens alvorlighetsgrad, den offentlige oppdragsgiverens atferd og, i tilfellene omhandlet i artikkel 2d nr. 2, i hvilken grad kontrakten fortsatt er i kraft.

Tildeling av skadeserstatninger utgjør ikke en hensiktsmessig sanksjon i henhold til dette nummer.

Det er gitt en materielt tilsvarende regel i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene.

De alternativene sanksjonene er overtredelsesgebyr og avkortning av kontraktens varighet. Det er også særskilt presisert i bestemmelsens siste avsnitt at erstatning ikke kan benyttes som en alternativ sanksjon.

Det følger av EU-domstolens sak C-263/19 *T-Systems*²⁹⁰ at det er de generelle reglene om klageadgang etter håndhevelsesdirektivet som gjelder. Enhver som har hatt eller har en interesse i få en konkret kontrakt og som har blitt eller kan bli skadelidende av et påstått brudd, kan derfor kreve at alternative sanksjoner ilegges etter artikkel 2e. Dette kravet er nærmere behandlet i kapittel 2 punkt 3.

Det synes å ligge innenfor ordlyden at medlemstatene selv kan velge om begge eller bare en av de alternative sanksjonene skal innføres. I Sverige har lovgiver for eksempel kun innført regler om ilegging av overtredelsesgebyr.²⁹¹

Det er nok likevel tvilsomt om en medlemsstat står fritt til kun å innføre sanksjonen om å avkorte en kontrakts varighet. Grunnen er at denne sanksjonen ikke alltid vil være et reelt alternativ til sanksjonen «uten virkning». For eksempel kan medlemsstaten etter artikkel 2d nr. 2 bestemme at rettsvirkningen av sanksjonen «uten virkning» kun skal inntre for fremtidig oppfyllelse. Dette forutsetter i så fall at det ilegges alternative sanksjoner. Her vil ikke en avkortning av kontraktens varighet ha noe realitet.

Også der kontrakten blir opprettholdt fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser tilsier det, vil det nok i mange situasjoner være lite praktisk å avkorte kontrakten, selv om det nok tenkes situasjoner der dette vil være mulig, for eksempel der kontrakten er langvarig og oppdragsgiver gjennom avkortning får tid til å områ seg og inngå en ny kontrakt.²⁹² Der kontrakten ikke kan avkortes vil den eneste effektive og anvendbare sanksjonen være overtredelsesgebyr.

Etter vårt syn må derfor medlemstatene under alle omstendigheter innføre en adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, men at det er kanskje er adgang til å unnlate å innføre den alternative sanksjonen om å avkorte kontraktens varighet.

3.2 Anvendelsesområde

Anvendelsesområdet til artikkel 2e følger dels av unntaksbestemmelser i artikkel 2d, dels av artikkel 2e selv.

I artikkel 2d er det blant annet bestemt at de alternative sanksjonene anvendes der sanksjonen «uten virkning» av ulike grunner ikke benyttes. Dette vil være tilfellet der kontrakten opprettholdes under

²⁹⁰ Sak C-263/19 *T-Systems* avsnitt 49 til 55

²⁹¹ Se kapittel 8 punkt 3.

²⁹² I samme retning Strømsnes (2021) side 169

henvisning til vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, jf. artikkel 2d nr. 3. I et slikt tilfelle trer de alternative sanksjonene i stedet for sanksjonen «uten virkning».

Når det gjelder mindre alvorlige brudd på reglene om karen- og suspensjon, har medlemsstatene som beskrevet i foregående punkter et valg mellom om slike kontrakter skal kunne kjennes uten virkning eller om det bare skal kunne ilegges alternative sanksjoner. Der medlemstatene velger at kontrakter ikke skal kunne kjennes uten virkning for slike mindre alvorlige brudd, vil også de alternative sanksjoner tre i stedet for sanksjonen «uten virkning». Det følger av artikkel 2e nr. 1:

I tilfelle av en overtredelse av artikkel 1 nr. 5, artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 2a nr. 2 som ikke omfattes av artikkel 2d nr. 1 bokstav b), skal medlemsstatene fastsette at kontrakten er uten virkning i samsvar med artikkel 2d nr. 1-3, eller fastsette andre²⁹³ sanksjoner.

Her angis det altså at medlemsstatene må innføre alternative sanksjoner for mindre alvorlige brudd på

- 1) regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved klage til oppdragsgiver i en karenperiode dersom slik klage gjøres obligatorisk før klage til klageorganet, jf. artikkel 1 nr. 5
- 2) regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved førsteinstansbehandling av klage som sendes i karenperioden, jf. artikkel 2 nr. 3
- 3) regelen om karenperiode i artikkel 2a nr. 2

Dette gjelder altså ikke ved alvorlige brudd på slike regler, der bruddet omfattes av sanksjonen «uten virkning» etter artikkel 2d nr. 1 bokstav b.

I andre tilfeller skal de alternative sanksjonene ilegges i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning. Dette er tilfellet der kontrakten kjennes uten virkning bare for fremtidig kontraktsoppfyllelse, jf. artikkel 2d nr. 2

3.3 Krav til utformingen av de alternative sanksjonene

Når det gjelder den nærmere utformingen av sanksjonene, er det ikke så mye konkret veiledning å hente i håndhevelsesdirektivene. Bestemmelsen indikerer imidlertid at medlemstatene har stor frihet med hensyn til utformingen og praktiseringen av de alternative sanksjonene, jf. artikkel 2 nr. 2 annet avsnitt.²⁹⁴

Member States may confer on the review body broad discretion to take into account all the relevant factors, including the seriousness of the infringement, the behaviour of the contracting authority and, in the cases referred to in Article 2d(2), the extent to which the contract remains in force.

Medlemstatene har altså anledning til å gi regler som gir håndhevelsesorganet adgang til å foreta en bred skjønnsmessig vurdering av alle relevante faktorer.

Medlemsstatene kan også gi håndhevelsesorganet frihet til å velge hvilke alternative sanksjoner som skal ilegges, med de begrensninger som er beskrevet i forrige punkt.

Utover dette gir ikke håndhevelsesdirektivene ytterligere veiledning for den nærmere utformingen av reglene. Medlemstatene må derfor selv avgjøre hva som er tilstrekkelig for å oppfylle de generelle

²⁹³ Det som menes, er alternative sanksjoner.

²⁹⁴ Den norske oversettelsen er så upresis på dette punkt at den engelske språkversjonen er benyttet.

EU/EØS-rettslige prinsippene, særlig effektivitetsprinsippet.²⁹⁵ Ved denne vurderingen må man se håndhevelsessystemet under ett.²⁹⁶

Dersom det er tale om å avkorte en kontrakts varighet, vil det nok være vanskelig å oppstille mer presise retningslinjer. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering av om avkortning av kontraktens varighet skal foretas. Men den reelle skjønnsfriheten ved denne vurderingen vil antakelig i noen grad være begrenset av de generelle EU/EØS-rettslige prinsippene. For eksempel vil det neppe være i tråd med disse prinsippene å avkorte kontrakten i helt begrenset grad dersom det er begått et grovt regelbrudd. Dette vil heller ikke være en effektiv sanksjon, der kontrakten er ferdig eller nesten ferdig gjennomført. Når det gjelder nivået på overtredelsesgebyret, behandles dette nedenfor.

3.4 Nærmere om hvilke krav som stilles til overtredelsesgebyrets størrelse

Den manglende veiledningen knyttet til utformingen av og størrelsen på overtredelsesgebyret kan kanskje bidra til å forklare hvorfor Norge har vesentlig strengere regler om overtredelsesgebyr enn Danmark og Sverige. Nivået i Sverige og Danmark kan i det minste indikere at de generelle EU/EØS-rettslige prinsippene ikke krever et så høyt gebyrnivå som det som er innført i Norge, og det er derfor av interesse å se nærmere på hvordan nivået på overtredelsesgebyret er vurdert i Sverige og Danmark.

I Norge kan det ilegges et overtredelsesgebyr på maksimalt 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje avsnitt siste setning og § 14 siste avsnitt siste setning. Reglene om overtredelsesgebyr ble innført før, og helt uavhengig av, endringsdirektivet fra 2007.²⁹⁷ Det skjedde i forlengelsen av at en arbeidsgruppe den 31. mars 2003 avga en rapport som anbefalte at det ble innført en adgang til å ilegge overtredelsesgebyr til oppdragsgivere som foretok ulovlige direkteanskaffelser.²⁹⁸ Arbeidet ble etter hvert fulgt opp, og hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr ble gitt til KOFA 1. januar 2007.²⁹⁹

Ved innføringen av overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser mente departementet at en gebyrsats på 15 prosent av anskaffelsens verdi på en god måte balanserte hensynet til prevensjon og oppdragsgivers økonomi.³⁰⁰ Det er ikke fastsatt noe maksimalt tak for hvor stort overtredelsesgebyret kan være, slik at dette i milliard-kontrakter kan utgjøre ganske betydelige beløp.

Ved gjennomføringen av endringsdirektivet i norsk rett i 2012 ble KOFAs hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr fjernet fordi de nye reglene ikke harmonerte med reglene om overtredelsesgebyr og fordi reglene som ble innført ved endringsdirektivet alene ble ansett å gi tilstrekkelig effektiv håndhevelse.³⁰¹ Overtredelsesgebyrets størrelse ble imidlertid ikke endret eller vurdert nærmere.³⁰² Denne lovendringen førte imidlertid til en stor, og uønsket, reduksjon i antallet saker om ulovlige

²⁹⁵ Se til illustrasjon HR-2019-1801-A *Fosen-linjen* avsnitt 73-77, EFTA-domstolens sak E-11/12 *Koch* avsnitt 121 flg. og Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-46.

²⁹⁶ Sak C-312/93 *Peterbroeck* avsnitt 14 og sak C-246/09 *Susanne Bulicke* avsnitt 35

²⁹⁷ Reglene om overtredelsesgebyr i Norge er nok også preget av dette.

²⁹⁸ Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlig Direkte Anskaffelser

²⁹⁹ Lov 30. juni 2006 nr. 41 om endringer i lov 1. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, , jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 25

³⁰⁰ Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 16

³⁰¹ Lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett), jf. Prop. 12 L (2011–2012) side 39–40

³⁰² Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 87

direkte anskaffelser. KOFA ble derfor på nytt gitt gebyrmyndighet fra 1. januar 2017.³⁰³ Heller ikke da ble overtredelsesgebyrets størrelse vurdert nærmere fra departementets side.³⁰⁴

Etter at KOFA fikk tilbake gebyrmyndigheten i 2017, er vi kjent med to saker med påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning for domstolene.³⁰⁵ Til sammenligning har KOFA hittil ilagt 53 overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser etter at gebyrmyndigheten ble gjeninnført i 2017.³⁰⁶ I Norge er ileggelse av overtredelsesgebyr derfor i praksis benyttet som den primære sanksjonen etter regelverket.³⁰⁷ Størrelsen på overtredelsesgebyret er derfor et viktig spørsmål, men er i liten grad blitt vurdert av lovgiver.

I Sverige finnes det lovfestede minimums- og maksimumsgrenser for overtredelsesgebyr. Disse utgjør p.t. henholdsvis SEK 10 000 og SEK 10 millioner, jf. LOU kapittel 21 § 4.³⁰⁸ Samme bestemmelse fastslår at gebyret ikke kan overstige 10 prosent av anskaffelsens verdi etter lovreglene om beregning av anskaffelsesverdien. Det er vedtatt endringer i reglene som trer i kraft 1. januar 2024. Her er det maksimale taket økt til SEK 20 millioner samtidig som maks grensen på 10 prosent beholdes. Det er ikke gjort tilsvarende endringer i LUFs.³⁰⁹

Ved forslaget om økningen av det maksimale taket viste den svenske lovgiveren til at gebyret må være effektivt, proporsjonalt og avskrekkende.³¹⁰ Blant høringsinstansene var det diskusjon om det var proporsjonalt å ilegge det maksimale beløpet for de minste oppdragsgiverne. Regjeringen minnet her om at endringsdirektivets krav til effektiv og avskrekkende alternativ sanksjon setter rammer for ileggelsen av gebyret.³¹¹ Spørsmålet var dermed ikke om en maksimal grense på SEK 20 millioner var for lav, men om den var for høy.

I 2022 lå de ilagte overtredelsesgebyrene i Sverige på mellom SEK 50 000 og SEK 10 millioner. Median var SEK 650 000, og 17 av 19 søksmål om gebyr lå på under SEK 2 millioner. Det var bare to gebyr på under SEK 100 000.³¹²

I Danmark er overtredelsesgebyrets størrelse regulert gjennom forarbeidene til lov om Klagenævnet for udbud, jf. nærmere i kapittel 7 punkt 9.4.³¹³ Her er det gitt føringer om at overtredelsesgebyret, som den helt klare hovedregelen, skal være minimum DKK 25 000 og maksimum DKK 10 millioner. Det er videre bestemt at gebyrets størrelse maksimalt skal utgjøre 5 prosent av anskaffelsens verdi, og at gebyrspennet bør ligge på 3–5 prosent. Det er videre laget en detaljert utmålingsmodell.

I forarbeidene gir lovgiver uttrykk for at det foreslåtte nivået er ansett som høyt, og dermed avskrekkende.³¹⁴ Selv om det ikke finnes noen eksplisitt drøftelse av det generelle effektivitetsprinsippet etter EU-retten, må en anta at den danske lovgiver dermed mente at gebyrnivået var godt innenfor kravene etter EU-retten.

³⁰³ Prop. 51 L (2015–2016) side 66-67 og 86-87

³⁰⁴ Prop. 51 L (2015–2016) side 66-67

³⁰⁵ LE-2022-141058 og TAHER-2017-180764

³⁰⁶ Tallene er hentet fra KOFAs hjemmesider. KOFA har i tillegg valgt å ikke ilegge overtredelsesgebyr i en god del saker. Se <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/statistikk>

³⁰⁷ Dette henger nok sammen med at det er veldig enkelt å klage inn en ulovlig direkteanskaffelse for KOFA.

³⁰⁸ Tilsvarende regulering finnes i LUF, LUFs og LUK.

³⁰⁹ Se kapittel 8 punkt 4

³¹⁰ Proposition 2023/24:3 side 49.

³¹¹ Proposition 2023/24:3 side 49–50.

³¹² Konkursverket, Rapport 2023:1 Konkursverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023) side 4–46.

³¹³ 110 FT 2009-10, se også Risvig Hamer (2020) side 534 flg.

³¹⁴ 110 FT 2009-10

Det må dermed antas at lovgiverne både i Sverige og Danmark mener at det ikke er noe i veien etter EU-retten for å innføre regler som gir vesentlig lavere maksimale grenser for overtredelsesgebyr enn det som følger av gjeldende norsk rett. De mener videre at dette gir tilstrekkelig preventiv virkning.

Etter vår vurdering bør det derfor foretas en grundigere vurdering av overtredelsesgebyret størrelse i norsk rett.

3.5 Utmålingen av overtredelsesgebyr ved vesentlige endringer

Et annet spørsmål ved utmålingen av overtredelsesgebyr oppstår der det er foretatt vesentlige endringer. På samme måte som for sanksjonen «uten virkning» er det et spørsmål om det er kontrakten i sin helhet eller bare endringen som skal sanksjoneres.

I norsk rett skal overtredelsesgebyret beregnes med utgangspunkt i anskaffelsens verdi. Men det er ikke gitt noen føringer for hvordan beregningen skal skje ved vesentlige endringer av kontrakt. Det finnes eksempler hvor KOFA kun har ilagt overtredelsesgebyr for den delen av kontrakten som er ulovlig endret.³¹⁵ På den annen side finnes det flere eksempler på at KOFA ikke gjør noe forsøk på skille ut den ulovlige endringen.³¹⁶

Som nevnt i punkt 2.5, er ikke problemstillingen regulert i håndhevelsesdirektivene. Det finnes heller ikke kjent praksis fra EU-domstolen.

Vi mener at utgangspunktet bør være at kun den ulovlige endringen sanksjoneres. Dette synes også å være synspunktet til både Arrowsmith og Strømsnes.³¹⁷ Samtidig ser vi at det kan oppstå vanskelige spørsmål både med å identifisere og sanksjonere den ulovlige endringen i praksis. Hvordan vesentlige endringer skal sanksjoneres, er derfor en viktig problemstilling som bør analyseres nærmere ved utformingen av det norske regelverket.

For å illustrere problemstillingen kan det vises til nevnte dom 28. juni 2022 fra Østre Innlandet tingrett.³¹⁸ Her mente tingretten at det var foretatt en ulovlig endring av to kontrakter på grunn av en feilbedømmelse av endringsadgangen etter en endringsklausul. Kontraktene ble opprettholdt under henvisning til vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, og det skulle derfor ilegges et overtredelsesgebyr. Tingretten fastsatte gebyret til 10 prosent av hele kontraktens verdi, selv om endringen bare omfattet en av tre hovedkomponenter som skulle leveres. Det ble heller ikke foretatt noen reduksjon i overtredelsesgebyrets størrelse på grunn av kontraktens høye verdi.³¹⁹ Konsekvensen var at Helse Bergen HF og Helse Sør-Øst RHF til sammen ble idømt et overtredelsesgebyr på nesten 50 millioner kroner. Helseforetakene ble imidlertid frifunnet i lagmannsretten fordi lagmannsretten kom til at endringen hadde hjemmel i kontrakten og ikke var i strid med anskaffelsesregelverket.³²⁰

4. SÆRLIG OM KRAV TIL SANKSJONER FOR KONTRAKTER UNDER EØS-TERSKELVERDIENE

Som det fremgår av kapittel 1 punkt 8, gjelder håndhevelsesdirektivene bare for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene. Det betyr at det ikke etter disse direktivene gjelder noen plikt til å

³¹⁵ KOFA 2017/145 og 2011/209

³¹⁶ Se Strømsnes (2021) side 301 med videre henvisninger

³¹⁷ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-176 og Strømsnes (2021) side 296-301

³¹⁸ TOIN-2021-130644

³¹⁹ Oppdragsgiver anførte at begge deler måtte føre til et lavere gebyr

³²⁰ Jf. LE-2022-141058. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at advokatfirmaet Haavind bistod helseforetakene i saken.

innføre sanksjonen «uten virkning» eller alternative sanksjoner for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Spørsmålet er imidlertid om det for kontrakter under EØS-terskelverdiene med grensekryssende interesse kan følge et krav om å innføre sanksjoner etter ulovfestet rett.

Vi kan ikke se at det er tilfellet. Vi viser her til Hammersvik avsnitt 2.8.3 som drøfter spørsmålet. Hammersvik anfører at sanksjonene fremstår som positivrettslige, og derfor ikke uten videre kan overføres til primærretten. Han viser også til E-24/13 *Casino Admiral* og sak C-91/08 *Wall* der det slås fast at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet «do not require the national authorities to terminate a contract». Vi går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

**DEL II:
HÅNDHEVELSE AV
ANSKAFFELSESREGELVERKET I
DANMARK OG SVERIGE**

KAPITTEL 7 HÅNDHEVELSE AV ANSKAFFELSESREGELVERKET I DANMARK

1. INNLEDNING

I Danmark håndheves anskaffelsesreglene i hovedsak av Klagenævnet for Udbud (heretter også omtalt som Klagenævnet). Klagenævnet er et domstolslignende administrativt klageorgan. Håndhevelsesdirektivenes bestemmelser er primært gjennomført gjennom lov om Klagenævnet for Udbud.

Vi vil i de følgende redegjøre nærmere for organiseringen av klagesystemet og de ulike retsmidlene som er til rådighet i Danmark.

Innledningsvis nevner vi at i dansk terminologi brukes for øvrige begrepet «udbud» om anskaffelser, og et «nævn» er en nemnd.

2. GENERELT OM HÅNDHEVELSESYSTEMET

2.1 Oversikt over gjeldende regler

2.1.1 De materielle anskaffelsesreglene

Udbudsloven

Anskaffelsesdirektivet er gjennomført i dansk rett gjennom udbudsloven, lov nr. 1564 av 15. desember 2015 med senere endringer.³²¹

De alminnelige prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet som gjelder for anskaffelser av varer, tjenester og bygge- anleggskontrakter over EØS-terskelverdiene, er gjennomført i udbudsloven del II, mens direktivreglene for anskaffelse av såkalte sosiale og andre spesifikke tjenester³²² over EØS-terskelverdiene er gjennomført i udbudsloven del III.³²³

Videre gjelder udbudsloven del IV for anskaffelser av varer og tjenester som ikke omfattes av del II og III, men som har klar grensekryssende interesse. For slike anskaffelser er det innført en kunngjøringsplikt (såkalt «annonseringsplikt»).

Udbudsloven inneholder også i del V nasjonale regler for anskaffelser av varer- og tjenester over en nasjonal terskelverdi på DKK 500 000 ekskl. mva. Disse reglene gjelder bare når anskaffelsen ikke omfattes av del II til IV, det vil si for anskaffelser under EØS-terskelverdiene uten klar grensekryssende interesse. Del V består av én bestemmelse som pålegger oppdragsgivere å sikre seg at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, for eksempel ved markedsundersøkelser og innhentning av ett tilbud, ved innhentning av flere tilbud eller ved kunngjøring.

Tilbudsloven

³²¹ Se lovbekendtgørelse nr. 10 av 6. januar 2023 som inneholder en konsolidert versjon av loven med senere endringer: [Udbudsloven \(retsinformation.dk\)](https://retsinformation.dk)

³²² Jf. anskaffelsesdirektivet avsnitt III, kapittel I og vedlegg XIV

³²³ I dansk lovgivningen brukes her begrepet «afsnit», hvor det i norsk rett brukes del. Vi har i omtalen brukt de norske begrepene.

Nasjonale regler for inngåelse av bygge- og anleggskontrakter finnes i lov nr. 338 av 18 mai 2005 om innhentning av tilbud i bygge- og anleggsektoren (tilbudsloven)³²⁴ med senere endringer. Tilbudsloven gjelder for bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdiene og inneholder betydelig mer detaljerte prosedyreregler enn udbudsloven del V.

Anskaffelser innen forsyningssektorene, på forsvars- og sikkerhetsområdet og konsesjonskontrakter

Når det gjelder både forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktordirektivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, er alle disse innført som de i dansk rett gjennom en forholdsvis kort forskrift («bekendtgørelse»). I disse forskriftene slås det fast at oppdragsgiverne skal overholde bestemmelsene i de respektive direktivene. Videre gjøres en rekke valg når det gjelder de «frivillige» bestemmelsene i direktivene, det vil si der det er overlatt til medlemsstatene å beslutte om og hvordan disse skal gjennomføres.

De tre direktivene er altså gjennomført ved følgende forskrifter:

- Bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester³²⁵
- Bekendtgørelse nr. 1080 af 29. juni 2022 om tildeling af koncessionskontrakter³²⁶
- Bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet³²⁷

Det er ikke innført nasjonale regler under terskelverdi for slike kontrakter.

2.1.2 Håndhevelsesreglene

Håndhevelsesdirektivene er i hovedsak gjennomført i dansk rett i lov nr. 492 av 12. mai 2010 om Klagenævnet for Udbud med senere endringer (heretter klagenævnsloven).³²⁸ Virkeområdet til denne loven er nærmere beskrevet i neste punkt.

Enkelte av bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor er gjennomført i udbudsloven. Det gjelder bestemmelsene om karenperiode og intensjonskunngjøring. Disse bestemmelsene omtales nærmere i punkt 6.2 og 6.3.2.

2.2 Håndhevelsesorganer og virkeområdet til klagenævnsloven

Følgende danske organer bidrar til håndhevelsen av anskaffelsesregelverket:

- Klagenævnet for Udbud, heretter også omtalt som Klagenævnet

³²⁴ Se lovbekendtgørelse av 7. desember 2007 som er en konsolidert versjon av tilbudsloven frem til denne datoen: [Tilbudsloven \(retsinformation.dk\)](https://www.retsinformation.dk)

Det har imidlertid skjedd flere endringer etter dette, blant annet har tilbudsloven del II blitt opphevet, se oversikten over senere endringer på samme side.

³²⁵ [Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester \(retsinformation.dk\)](https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2022/1078)

³²⁶ [Bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter \(retsinformation.dk\)](https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2022/1080)

³²⁷ <https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2022/1077>

³²⁸ Se lovbekendtgørelse nr. 593 av 2. juni 2016 for en konsolidert versjon av klagenævnsloven frem til denne datoen: [Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud \(retsinformation.dk\)](https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2016/593)

Det har imidlertid skjedd endringer etter dette, se oversikten over senere endringer på samme side.

- Ordinære domstoler
- SØ- og Handelsretten
- Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

Forbigåtte leverandører kan i prinsippet velge om en skal innbringes klage for Klagenævnet eller søksmål for de ordinære domstolene. Det gjelder imidlertid to unntak fra denne hovedregelen.

For det første skal klage som innbringes i karensperioden innbringes for Klagenævnet, jf. Klagenævnsløven § 5, stk. 1. Søksmål kan altså ikke innbringes for domstolene i denne perioden. Saken kan likevel etterfølgende innbringes for domstolene når Klagenævnet har truffet en avgjørelse, jf. nærmere om dette i punkt 4.5. Regelen om at Klagenævnet i realiteten er obligatorisk førsteinstans ble innført fordi det ble ansett som uhensiktsmessig dersom samtlige av landets domstoler skulle håndtere reglene om automatisk suspensjon, herunder kravet om at avgjørelse om ytterligere oppsettende virkning må treffes innen 30 dager, se nærmere punkt 6.3.2.

Selv om forbigåtte leverandører kan velge å gå direkte til domstolene i andre saker, skjer dette så vidt vi vet tilnærmet aldri i praksis. Dette skyldes i hovedsak at det er både billigere og raskere å klage til Klagenævnet. Det har trolig også stor betydning at leverandørene i en sak for Klagenævnet bare i begrenset grad risikerer å måtte betale sakskostnader til oppdragsgiver, jf. punkt 4.4.

Det betyr i realiteten at domstolene i hovedsak bare blir en overprøvingsinstans for Klagenævnet i anskaffelsessaker.

Det andre unntaket gjelder saker i olje- og gasssektoren, der søksmål skal innbringes for SØ- og Handelsretten. SØ- og Handelsretten er en spesialisert domstol som behandler sivile saker om utvalgte næringsrettslige forhold.³²⁹ Dette unntaket er nærmere omtalt i punkt 6.8.

Ved søksmål for domstolene, er det alminnelige danske sivilprosessuelle regler som gjelder (retsplejeloven)³³⁰. Her er utgangspunktet at søksmål skal innbringes for byretten, men saker av prinsipiell karakter kan likevel henvises til landsretten som førsteinstans, jf. retsplejeloven § 226, stk. 1.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rolle er kort omtalt i punkt 3.

En generell omtale av Klagenævnet for Udbud er gitt i punkt 4.

Når det gjelder virkeområdet til klagenævnsløven, følger det § 1, stk. 2 og 3 at denne gjelder for håndhevelse av følgende regler:

- Udbudsloven med tilhørende forskrifter
- EU-retten vedrørende inngåelse av offentlige kontrakter og kontrakter innenfor forsyningsvirksomhet (EU-anskaffelsesreglene)
- Tilbudsloven

³²⁹ Særlig saker om internasjonale handelsforhold, transportrett, konkurranserett, markedsføringsrett og IP-rettigheter, herunder patenter, varemerker, design og bruksmodeller, samt prinsipielle saker om ansettelse og opphavsrett som henvises fra byrettene, i tillegg til saker om insolvens i Storkøbenhavn.

³³⁰ Se lovbekendtgørelse af lov om rettens pleje nr 1101 af 22. september 2017 med senere endringer (retsplejeloven)

- EUs økonomiske sanksjoner overfor tredjeland som gjelder offentlige anskaffelser
- Andre regler som Klagenævnet er tillagt kompetanse til å behandle klager over.

Som det fremgår av første strekpunkt, kan nemnda altså behandle klager over brudd på udbudsloven. Dette gjelder likevel ikke anskaffelser som omfattes av udbudsloven del V, det vil si for anskaffelser av varer- og tjenester under EØS-terskelverdiene uten klar grensekryssende interesse, jf. § 1. stk. 4. Når det gjelder klager over nasjonale anskaffelsesregler, har Klagenævnet derfor bare kompetanse til å behandle klager over brudd på tilbudsloven, jf. tredje strekpunkt.

Det følger videre av § 1, stk. 4 at nemnda ikke kan ta stilling til overtredelse av udbudsloven § 1, som inneholder lovens formålsbestemmelse.³³¹ Dette betyr at nemnda ikke kan tillegge det betydning om oppdragsgivere på beste måte har sikret effektiv konkurranse og med dette sikret best mulig utnyttelse av offentlige midler.

Med EU-retten i andre strekpunkt menes her først og fremst anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet. Klagenævnet har imidlertid også kompetanse til å behandle klager over overtredelser av konsesjonskontraktivediktivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. Dette følger også av hhv. § 10 i forskriften som implementerer konsesjonskontraktivediktivet og av § 11 i forskriften som implementerer forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet.

Dette omfatter videre EU-traktatene. Klagenævnet har altså også kompetanse til å behandle klager over anskaffelser som bare omfattes av EU-traktatene, det vil si anskaffelser som ikke omfattes av direktivene, men hvor der det foreligger en klar grensekryssende interesse. Klagenævnet har imidlertid ikke kompetanse til å behandle klager over andre deler av EU-retten, og nemnda har for eksempel heller ikke kompetanse til å behandle en klage over en anskaffelse som kan unntas etter TEUF artikkel 346.³³²

Som det fremgår av siste strekpunkt, kan Klagenævnet også tillegges kompetanse til å behandle klager over andre regler. For eksempel er Klagenævnet gitt kompetanse til å behandle klager over avgjørelser om innsyn, jf. offentlighedsloven § 37.³³³ Klagenævnet er derimot ikke gitt kompetanse til å behandle klager om habilitetsspørsmål etter forvaltningsloven, og slike klager må prøves av de ordinære domstolene.³³⁴

Klagenævnet behandler bare klager over konkrete anskaffelser. Klagenævnet kan derfor ikke ta stilling til spørsmålet om en oppgave skal konkurranseutsettes eller løses i egenregi.

Videre er oppdragsgivere i forsyningssektorene pålagt noen forpliktelser direkte i klagenævnsloven, slik at denne altså ikke bare gjelder håndhevelse. Det gjelder regler om meddelelse om tildelingsbeslutninger, karenperiode og intensjonskunngjøringer, og det følger således av klagenævnsloven § 1, stk. 2 at denne også gjelder for oppdragsgivere ved inngåelse av kontrakter innen forsyningssektorene. For oppdragsgivere i klassisk sektor følger slike regler derimot i hovedsak av udbudsloven.

³³¹ Formålet med loven er å fastlegge prosedyrene for offentlige innkjøp, slik at det gjennom en effektiv konkurranse oppnås best mulig utnyttelse av offentlige midler.

³³² Se for eksempel kjennelser av 16. februar 2009 *Saab Danmark A/S* og 20. desember 2013 *Agusta Westland Limited*. Det fremgår av disse avgjørelsene at nemnda derimot kan ta stilling til om for eksempel vilkårene for å benytte artikkel 346 er til stede.

³³³ Nævnet har bl.a. også kompetanse etter lov om færgefart, lov om erhvervsfremme og bekendtgjørelse om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud.

³³⁴ Se kjennelse av 14. januar 2008 LSI Metro Gruppen

2.3 Klageinteresse

Klageadgang til Klagenævnet for Udbud har enhver som har rettslig interesse i å klage, jf. Klagenævnsløven § 6, stk. 1 nr. 1.

Leverandører som har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt vil være klageberettigede. Dette vil typisk omfatte leverandører som har deltatt i konkurransen, herunder søkt om prekvalifikasjon eller inngitt tilbud.

Dette vil også kunne omfatte leverandører som kunne deltatt i konkurransen (potensielle leverandører). Dersom en potensiell leverandør for eksempel skulle vært avvist som følge av en av anskaffelsesdirektivenes utelukkelsesgrunner, anses leverandøren ikke å ha rettslig interesse.³³⁵

Videre er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tillagt klageadgang, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 1 nr. 2, jf. nærmere omtale i punkt 3.

Det er også hjemmel for at det i forskrift kan fastsettes at andre organisasjoner og offentlige myndigheter skal ha klageadgang, jf. § 6, stk. 1 nr. 2. Denne adgangen har blitt benyttet, gjennom bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud³³⁶ (klagenævnsløven), der en lang rekke organisasjoner og offentlige myndigheter er gitt klageadgang. Dette omfatter blant annet Finansministeriet, Dansk Industri, Dansk Erhverv, Dansk Byggeri og KL (tidligere Kommunernes Landsorganisasjon).

Når slike organisasjoner gis klageadgang, vil også tilsvarende organisasjoner i EØS ha klageadgang, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 1, nr. 4. Det betyr at for eksempel også norske NHO, Virke, BNL og KS vil ha klageadgang.

2.4 Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver

Man har i Danmark valgt å benytte seg av muligheten for å innføre regler om at klager først må underrette oppdragsgiver, før enn det kan inngis en klage til Klagenævnet, jf. håndhevelsesdirektivets artikkel 1 nr. 4.

Det følger av klagenævnsløven § 6, stk. 4 at klager skriftlig skal underrette oppdragsgiver om at klage vil bli innbragt for Klagenævnet. Dette skal skje senest samtidig med at klagen innbringes for nemnda.

Det skal i underretningen opplyses om klagen er inngitt i karensperioden eller i perioden på 10 dager etter en intensjonskunngjøring. Dersom klagen ikke er inngitt i en av disse periodene, skal klageren opplyse om det begjæres oppsettende virkning.

Det følger for øvrig også av klagenævnsløven § 5, stk. 2 at klager ved inngivelse av klage til Klagenævnet skal sende en kopi av underretningen sammen med klagen.

Manglende underretning innebærer imidlertid ikke at klagen ikke medfører automatisk suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt, jf. punkt 6.3.2. Dette har blitt slått fast av Klagenævnet i kjennelse av 6. januar 2014 *KMD A/S*. I denne saken uttalte nemnda følgende om konsekvensene av manglende underretning at:

[...] de spørsmål, der kan opstå, hvis en ordregiver, som ikke har fået underretningen som krævet i håndhevelseslovens § 6, stk. 4, om en klage, der

³³⁵ Se for eksempel kjennelse av 24. oktober 2022 *Rengjøring v/Henrik Krogstrup Nielsen*

³³⁶ Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud med senere ændringer: [Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud \(retsinformation.dk\)](https://www.retsinformation.dk)

er indgivet til Klagenævnet inden for standstill-fristen, og herefter indgår kontrakt efter udløbet af standstill-fristen i tiltro til, at der ikke er klaget, må i givet fald løses ved en fortolkning af håndhævelseslovens § 16-17, jf. §§ 18-20. Bestemmelserne må herved sammenholdes med art. 2 d, stk. 1, litra b, i direktiv 2007/66 og forudsætningen i art. 2 e, stk. 2, om, at sanktionen skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen samt det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip. Sådanne spørgsmål kan så vidt ses ikke blive aktuelle i denne sag, hvor indklagede efter det oplyste ikke har indgået kontrakt, inden indklagede modtog underretning fra klageren.

Dette tyder altså på at suspensjonen inntretr på tidspunktet for innlevering av klage, uavhengig av om oppdragsgiver orienteres eller ikke. Om oppdragsgiver ikke har blitt underrettet, vil det derimot kunne få betydning for om kontrakten kjennes uten virkning etter § 16.

Man har derimot ikke valgt å innføre regler om at klager først må ha klaget til oppdragsgiver, jf. håndhævelsesdirektivenes artikkel 1 nr. 5.

3. KORT OM KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSENS ROLLE

Når det gjelder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST), er dette myndigheten i Danmark som har ansvar for forvaltning av anskaffelsesregelverket.

KFST er i klagenævnsløven § 6 tillagt kompetanse til å klage til Klagenævnet. Dette benyttes typisk i prinsipielle saker eller ved særlige grove overtredelser.³³⁷

At KFST har en slik klageadgang henger blant annet sammen med at styrelsen i prinsippet også selv på uformell basis kan behandle klager over brudd på anskaffelsesregelverket. KFST har ikke formell kompetanse til å treffe avgjørelse, men kan bare uttale seg veiledende. Dette skjedde tidligere i stort omfang, men de seneste årene har styrelsen begrenset seg til å yte generell veiledning og slike klager behandles ikke lenger.³³⁸

KFST er videre i klagenævnsløven § 25 gitt hjemmel til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt. Formålet med bestemmelsen var å gi styrelsen mulighet til å foreta undersøkelser foranlediget av for eksempel en klage eller henvendelser om problemer på et gitt område, konstatert gjentatte brudd, offentliggjorte tall eller anskaffelsesstatistikker, kommunale regnskaper eller lignende datakilder. Det var derimot ikke tanken at KFST skulle utøve en intensiv kontroll eller fungere som et tilsynsorgan på anskaffelsesområdet.³³⁹

Det kan også innhentes opplysninger om Klagenævnets påbud eller pålegg etter § 13 og 15 har blitt etterlevd, jf. nærmere i punkt 6.

Hvis en forespørsel om opplysninger ikke etterkommes, kan KFST pålegge daglige eller ukentlige tvangsbøter, jf. Klagenævnsløven § 24. Det kan også ilegges en slik tvangsbøt hvis ikke et påbud eller et pålegg som nevnt over har blitt etterkommet.³⁴⁰ Adgangen til å ilegge tvangsbøt har, så vidt vi vet, aldri blitt benyttet.

³³⁷ Dette har skjedd i fem tilfeller, se kjennelser av 17. mars 1998, 24. april 2007, 16. oktober 2009, 10. februar 2012 og 8. august 2017

³³⁸ Det fremgår nå av KFSTs hjemmeside at leverandører skal klage til Klagenævnet for Udbud

³³⁹ Se forarbeider til lovendringen, lovforslag L 152 FT 2006-07, punkt 2.8

³⁴⁰ KFST kan også ilegge en slik tvangsbøt der en oppdragsgiver ikke har kunngjort kontraktsinngåelse i TED etter reglene i anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet

Dersom det forsettlig eller grovt uaktsomt gis uriktige eller villedende opplysninger til KFST (eller til Klagenævnet for Udbud) eller forties forhold av betydning for saken, kan dette straffes med bot, jf. klagenævnsløven § 21. En slik bot er underlagt offentlig påtale. Vi er heller ikke kjent med at denne adgangen har blitt benyttet.

4. KORT OM KLAGENÆVNET FOR UDBUD³⁴¹

4.1 Organisering

Klagenævnet for Udbud er som nevnt innledningsvis et domstolslignende administrativt klageorgan. Klagenævnet treffer avgjørelser i klagesaker ved kjennelse.

Hvordan Klagenævnet er organisert følger av klagenævnsløven § 9 og klagenævnsbekendtgjørelsen § 1. Klagenævnet består av en formann og et antall nestformenn som alle er juridiske dommere (per i dag 6 dommere fra landsretten³⁴² og 4 dommere fra byretten³⁴³), i tillegg til et antall sakkyndige medlemmer. De sakkyndige medlemmene utnevnes blant personer som har kjennskap til blant annet bygge- og anleggsvirksomhet, offentlig innkjøpsvirksomhet, transportvirksomhet, forskningsvirksomhet eller som har juridisk sakkunnskap. Dommerne og de sakkyndige medlemmene utnevnes for en periode på fire år, og kan gjenoppnevnes.

I en konkret sak utpekes som hovedregel en formann blant dommerne, og denne formannen utpeker det sakkyndige medlemmet som skal delta i sakens behandling, jf. klagenævnsløven § 10, stk. 4. Klagenævnets formann kan også beslutte å utvide antallet dommere og sakkyndige i en konkret sak til to dommere og to sakkyndige medlemmer. I 2022 ble det avsagt fem kjennelser av et slik utvidet nemnd.

I saker som avgjøres på skriftlig grunnlag og som ikke er av prinsipiell karakter, kan formannen avgjøre saken uten medvirkning av en sakkyndig, jf. § 10, stk. 6. Denne muligheten benyttes sjelden. Formannen kan også selv treffe avgjørelser om prosessuelle spørsmål, herunder om oppsettende virkning og avvisning av klage som følge av manglende klageadgang.

Klagenævnet bistås av et sekretariat som er plassert i Nævnenes Hus, som er et direktorat under Erhvervsministeriet. I 2022 bestod sekretariatet av tre jurister og to sekretærer. Juristene forbereder sakene og bistår i utvalgte saker med å utarbeide utkast til kjennelser.

4.2 Klagegebyr

Ved klage til Klagenævnet skal det betales et klagegebyr, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5. For klager over brudd på EØS-anskaffelsesdirektivene utgjør klagegebyret DKK 20 000. For andre klager, herunder klager over brudd på tilbudsloven, utgjør klagegebyret DKK 10 000.

Klagegebyret tilbakebetales hvis klagen avvises, jf. § 5, stk. 4. Hvis klager helt eller delvis får medhold i klagen, eller hvis oppdragsgiver endrer sin avgjørelse i samsvar med klagers påstand, tilbakebetales gebyret, jf. klagenævnsbekendtgjørelsen § 9, stk. 3.

³⁴¹ Opplysningene i dette avsnittet er i hovedsak hentet fra Klagenævnets årsberetning fra 2022

³⁴² Svarer til den norske lagmannsretten

³⁴³ Svarer til den norske tingretten

4.3 Klagenævnets saksbehandling

Klage til Klagenævnet skal inngis skriftlig, og skal inneholde påstander som presist beskriver de bruddene Klagenævnet skal ta stilling til.

Under saksforberedelsene utveksler sakens parter prosesskriv, jf. § klagenævnnsloven 11, stk. 1. Klagenævnet kan også kreve alle opplysninger den anser nødvendige for saken, jf. § 11, stk. 2.

Det er ikke slik at klager vil få full adgang til sakens dokumenter. I hvilket omfang klager skal ha tilgang, avgjøres etter reglene om innsyn. Selv om klager ikke får fullt innsyn, vil Klagenævnet likevel ha adgang til hele materialet og vil kunne inndra dette ved bedømmelsen av om det har skjedd et brudd. Dette er altså en markant annen løsning enn i Norge, der partene vil få tilgang til samme materiale som klageorganet og hvor en rekke saksdokumenter/opplysninger vil kunne unntas.

For Klagenævnets saksbehandling gjelder den såkalte «forhandlingsmaksimen». Det betyr at Klagenævnet er bundet av partenes påstander og anførsler, jf. klagenævnnsloven § 10, stk. 1. Det betyr blant annet at Klagenævnet ikke kan bistå med formulering av egnede påstander, men bare kan veilede. Dersom klager ikke klarer å utforme egnede påstander, avvises klagen.

Forhandlingsmaksimen ble innført i 2011. Før dette tidspunktet gjaldt den såkalte «officialmaksimen» Dette innebar at Klagenævnet bistod med å identifisere og utforme relevante påstander som partene selv hadde oversett. Klagenævnet kunne også tilkjenne parten annet og mer enn det parten hadde nedlagt påstand om, og av eget tiltak ta opp andre spørsmål til behandling.

Saken vil som hovedregel avgjøres skriftlig, med mindre formannen beslutter at det skal avholdes muntlige forhandlinger, jf. klagenævnnsbekendtgørelsen § 8. Dette avhenger av den konkrete saken, og vil særlig kunne være aktuelt i kompliserte og prinsipielle saker og hvor forklaringer er nødvendig eller ønskelig, herunder når partene er enige om at saken bør føres muntlig. Muntlige forhandlinger vil typisk vare 4-5 timer, men kan i de største sakene vare opp til 1-2 dager. Muntlige forhandlinger gjennomføres i ganske få saker og denne adgangen har ikke blitt benyttet siden 2019.

Avgjørelser treffes ved alminnelig stemmeflertall, der formannen stemme blir avgjørende ved stemmelikhet, jf. klagenævnnsloven § 10, stk. 5. Før votering drøftes kjennelsesutkastet internt blant dommerne, særlig når saken inneholder prinsipielle aspekter.

4.4 Sakskostnader

Klagenævnet kan bestemme at den tapende part helt eller delvis skal betale motpartens sakskostnader, jf. klagenævnnsbekendtgørelsen § 9, stk. 4. Dette beløpet kan som hovedregel ikke overstige DKK 75 000, jf. § 9, stk. 5. Dette maksimalbeløpet kan likevel fravikes når oppdragsgiver pålegges å betale sakskostnader til klager i store eller prinsipielle saker, jf. § 9 stk. 6.

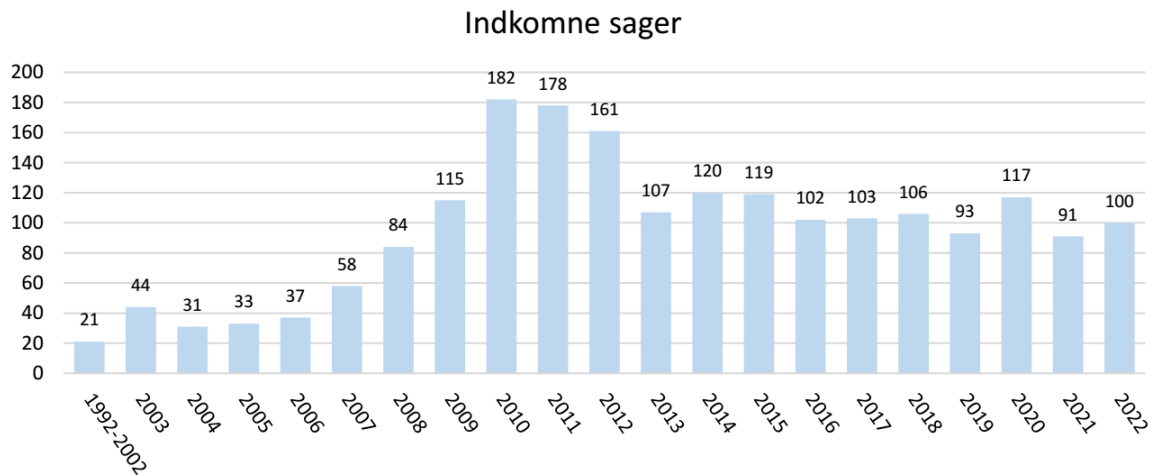
At klager også risikerer å måtte betale sakskostnader til oppdragsgiver er en regel som først kom inn i 2013. Før dette tidspunktet var det bare oppdragsgiver som kunne pålegges å betale sakskostnader til klager, ikke omvendt.

4.5 Innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene

Innbringelse av Klagenævnets avgjørelse for domstolene skal skje innen 8 uker etter at avgjørelsen er meddelt partene, jf. Klagenævnnsloven § 8. Hvis Klagenævnet har utskilt spørsmålet om erstatning, kan partene imidlertid vente med å innbringe klage også over den materielle avgjørelsen til innen senest 8 uker fra avgjørelsen av erstatningsspørsmålet er meddelt partene. Klages det ikke innen denne åtteukers fristen, blir Klagenævnets avgjørelse rettskraftig.

4.6 Generell statistikk

Generell statistikk om Klagenævnet for Udbud finnes i Klagenævnets årsberetninger. Her fremgår det at Klagenævnet i 2022 mottok 100 klager. Gjennomsnittet de siste ti årene har ligget på om lag 105 klager.



Figur fra Klagenævnets årsberetning fra 2022

Det markante fallet i antallet av klager som skjedde i 2013, henger sammen med at klagegebyret i perioden 2010 til 2013 ble forhøyet fra DKK 4 000 til DKK 20 000 (som det klagegebyret som gjelder i dag) og det ble innført nye regler om at klager kunne pålegges å betale sakskostnader til oppdragsgiver.

Det er tatt inn spesifikk statistikk om erstatningssaker og saker om oppsettende virkning i henholdsvis punkt 8.7.1 og punkt 6.3.3.

Som redegjort for i forrige punkt, kan Klagenævnets avgjørelser innbringes for domstolene. Dette skjer i begrenset grad. Ifølge opplysninger hentet fra Klagenævnets hjemmeside, ser det ut til at 33 avgjørelser har blitt innbragt for domstolene i perioden fra 2011 til dags dato.

5. KLAGEFRISTER/SØKSMÅLSFRISTER

5.1 Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser

Det er i klagenævnetslov § 7 innført en rekke preklusive klagefrister.

For klager over brudd på anskaffelsesdirektivene gjelder det følgende klagefrister, jf. § 7, stk. 1:

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klage over at en leverandør ikke har blitt prekvalifisert i en totrinns-prosedyre, jf. § 7, stk. 1	20 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse er sendt om hvem som er valgt ut</i>

Endelig klagefrist etter inngåelse av kontrakt, når oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED, jf. § 7, stk. 2. nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen</i>
Klager som gjelder tildeling av en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen eller en dynamisk innkjøpsordning, og hvor oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildelingen, jf. § 7, stk. 2, nr. 2	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>
Klager som gjelder inngåelse av en rammeavtale, og hvor oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandører om inngåelsen, jf. § 7, stk. 2 nr. 3	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>
Klager over at oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, jf. § 7, stk. 2 nr. 4	20 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om beslutningen</i>
Klage over ulovlig direkte anskaffelse, hvor oppdragsgiver først har foretatt en intensjonskunngjøring, og heretter – etter inngåelse av kontrakten – har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelse i TED, jf. § 7, stk. 3.	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen av kontraktsinngåelsen</i>

Fristforordningen gjelder ved beregning av fristen, jf. nærmere kapittel 3 punkt 2.2.

Når det gjelder fristen på 20 dager til å klage over manglende prekvalifikasjon, har man her lagt seg på en frist som er lenger enn håndhevelsesdirektivenes minstefrist på 10/15 dager, jf. kapittel 3 punkt 2.2. Etter utløp av fristen er klager avskåret fra å klage over at klager ikke selv har blitt prekvalifisert. Klager vil derimot ikke senere, etter tildeling av kontrakt, være avskåret fra å klage over at valgte leverandør skulle vært avvist.

Når det gjelder klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt, har man også her lagt seg på en lenger frist enn det som følger av håndhevelsesdirektivene. Slik vi forstår dette, gjelder dette uavhengig av om kontrakt er inngått etter forutgående kunngjøring av konkurransen eller ikke. Denne fristen vil derfor også gjelde der oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse (uten en intensjonskunngjøring), men hvor kontraktsinngåelsen etterfølgende blir kunngjort. Har oppdragsgiver både foretatt en intensjonskunngjøring (og ventet 10 dager med å inngå kontrakt) og en kunngjøring av kontraktsinngåelsen, gjelder det en kortere frist på 30 dager etter bestemmelsens stk. 3.

Denne fristen på 45 dager gjelder likevel ikke ved inngåelse av en rammeavtale, jf. bestemmelsens nr. 3 hvoretter det i slike tilfeller gjelder en klagefrist på 6 måneder. Årsaken til at det er valgt en lengre klagefrist for rammeavtaler er ifølge forarbeidene at en potensiell klager ikke alltid har samme muligheter til å oppdage et brudd på regelverket når det gjelder rammeavtaler som når det gjelder øvrige kontraktsinngåelser.³⁴⁴ Det vil særlig kunne være tilfellet der rammeavtalen inngås av en innkjøpsentral.

Fristen på 45 dager vil imidlertid også gjelde for inngåelse av kontrakter basert på en rammeavtale. Dette gjelder likevel ikke for kontrakter som er tildelt etter gjenåpning av konkurransen og der det er sendt en meddelelse om tildeling. I et slikt tilfelle (eller der kontrakten er basert på en dynamisk

³⁴⁴ Lovbemerkninger til klagenævnsløven, L 100 FT 2009-10

innkjøpsordning) gjelder den kortere fristen på 30 dager etter bestemmelsens nr. 2. Denne fristen på 30 dager svarer til minsteferien i håndhevelsesdirektivene.

Når det gjelder klagefristen på 20 dager som gjelder for klager over oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, omfatter det de tilfellene der en tildelingsbeslutning har blitt satt til side, jf. nærmere i punkt 6.5.3.

For de klagefrister som er angitt med *, følger det eksplisitt av bestemmelsen at klagefristen først begynner å løpe når enten meddelelsen er ledsaget av en begrunnelse for beslutningen, eller når kunngjøringen inneholder en slik begrunnelse. En slik begrunnelse skal sette klageren «i stand til å vurdere, hvorvidt der skal indgives klage til Klagenævnet».³⁴⁵ Hvis begrunnelsen mangler eller er mangelfull, vil fristen altså først begynne å løpe når det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse.

Det er noe uklart hvorfor det ikke i bestemmelsen er stilt krav om begrunnelse når det gjelder klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt. I juridisk litteratur er det lagt til grunn at et slikt krav trolig må innfortolkes.³⁴⁶ Tilsvarende er det uklart hvorfor et slikt krav ikke er stilt når det gjelder klagefristen på 6 måneder for rammeavtaler.

Har oppdragsgiver hverken sendt en meddelelse til berørte leverandører eller publisert en kunngjøring, vil klagefristen heller ikke begynne å løpe.

Fristen gjelder innbringelse av selve klagen. Klager er altså ikke avskåret fra å komme med nye påstander etter fristen, når klagen først er inngitt innen fristens utløp.³⁴⁷

Klagenævnet tar for øvrig ikke av eget tiltak stilling til om klagefristene er overholdt. Dette forutsetter påstand om at en frist er overskredet, og at klagen av den grunn skal avvises.

Det gjelder også en særlig søksmålsfrist for Konkurrence- og Forbudsstyrelsen (KFST), jf. § 7, stk. 7. KFST må inngi klage innen 2 år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED. Denne lange klagefristen er særlig begrunnet i behovet for effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser, der det kan gå noe lenger tid innen brudd avdekkes.

5.2 Frister for klage til Klagenævnet over «nasjonale» anskaffelser

Det er også fastsatt ulike klagefrister for «nasjonale» anskaffelser, det vil si anskaffelser etter tilbudsloven eller udbudsloven del IV og V:

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klager over anskaffelser der oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildeling av kontrakt, jf. § 4, stk. 4, nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klager som gjelder en rammeavtale, der oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandørene, jf. § 7, stk. 4 nr. 2	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klage over at leverandøren ikke har blitt prekvalisert i en begrenset anbudskonkurranse, jf. § 7, stk. 5	20 kalenderdager

³⁴⁵ Se kjennelse av 22. juni 2010 *Entreprenørfirmaet Poul Pedersen A/S*

³⁴⁶ Se Risvig Hamer (2020)

³⁴⁷ Se lovbemerkninger til lov nr. 511 av 27. mai 2013

	<i>Regnes fra dagen etter meddelelse om hvem som er prekvalifisert, er sendt</i>
--	--

I alle disse tilfellene må meddelelsen inneholde en begrunnelse for at klagefristen skal begynne å løpe.

Det gjelder en tilsvarende lang klagefrist for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen når det gjelder «nasjonale» anskaffelser. Etter § 7, stk. 7 skal KFST inngi klage innen 2 år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen.

5.3 Søksmålsfrister

De fristene som gjelder for klage til Klagenævnet for Udbud gjelder tilsvarende for innbringelse av søksmål for domstolene, jf. § 7, stk. 7. Dette forutsetter at saksøkeren ikke først har inngitt en klage til Klagenævnet for Udbud.

Frist for innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene er nærmere omtalt i punkt 4.5.

6. RETTSMIDLER

6.1 Innledning

Klagenævnet for Udbud kan benytte følgende rettsmidler der det konstateres brudd på anskaffelsesregelverket:

- Suspensjon av konkurransen eller av oppdragsgivers beslutninger i konkurransen og oppsettende virkning, jf. § 13, stk 1, nr. 1 og § 12 (se punkt 6.3)
- Konstatning av brudd (se punkt 6.4)
- Tilsidesettelse, jf. § 13, stk. 1, nr. 2 (se punkt 6.5)
- Påbud om retting, jf. § 13, stk. 1, nr. 3 (se punkt 6.6)
- Erstatning, jf. § 14 (se punkt 8)
- Sanksjonen «uten virkning» og økonomiske sanksjoner, jf. § 13, stk. 1 nr. 4 og §§ 16-20 (se punkt 9)
- Påbud om å bringe en kontrakt til opphør, jf. § 13, stk. 2 (se punkt 6.5.3)

I de følgende punktene redegjøres det nærmere for innholdet i disse reaksjonene samt for reglene om karenperiode (se punkt 6.2) og automatisk suspensjon (se punkt 6.3.2).

Avslutningsvis redegjøres det i punkt 6.8 for de særlige håndhevelsesregler som gjelder innen olje- og gasssektoren.

6.2 Karenperiode

Reglene om karenperiode i håndhevelsesdirektivene artikkel 2a og 2b er i hovedsak regulert i klagenævnsløven § 3. Det danske regelverket bruker uttrykket «standstill-periode».

Det følger direkte av § 3 at kravet til karenperiode gjelder for kontrakter som omfattes av anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.³⁴⁸ Bestemmelsen gjelder imidlertid også for anskaffelser som omfattes av konsesjonsdirektivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. Det er derimot ikke innført krav til karenperiode for nasjonale anskaffelser, det vil si for anskaffelser som omfattes av udbudsloven del IV³⁴⁹ eller V, eller tilbudsloven.

Det følger av klagenævnsløven § 3 at oppdragsgiver som beslutter å tildele en kontrakt, tidligst kan inngå kontrakten etter utløpet av en karenperiode på 10 kalenderdager, når meddelelse om tildeling skjer elektronisk, jf. § 3 stk. 1 nr. 1. Sendes meddelelsen per brev, er karenperioden 15 dager, jf. § 3, stk. 1 nr. 2. Hvilken frist som gjelder, er altså – i tråd med direktivbestemmelsene – avhengig av hvilket kommunikasjonsmiddel oppdragsgiver benytter til å sende meddelelsen om tildeling. I begge tilfeller regnes fristen fra dagen etter den dagen oppdragsgiver har sendt denne meddelelsen.

Det er i bestemmelsens stk. 2 presisert at oppdragsgiver kan fastsette en lenger karenperiode enn periodene nevnt i stk. 1. Fristene på henholdsvis 10 og 15 dager er altså minstefrister som følger minstefristene i direktivenes artikkel 2a.

Det følger for øvrig også av udbudsloven § 173 og 188,³⁵⁰ med henvisning til klagenævnsløven § 3, at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt etter utløpet av karenperiode. Videre følger det av udbudsloven § 171 stk. 4, med henvisning til klagenævnsløven § 3, at oppdragsgiver i meddelelsen om tildelingsbeslutningen skal angi når karenperioden løper ut.

Unntak fra kravet til karenperiode er innført i klagenævnsløven § 3, stk. 3. Her har man i Danmark innført samtlige unntaksmuligheter i direktivenes artikkel 2b, slik at oppdragsgivere ikke er forpliktet til å innføre en karenperiode dersom:

- kontrakten tildeles uten forutgående kunngjøring av konkurransen
- kontrakten tildeles en leverandør i henhold til en rammeavtale med og uten gjenåpning av konkurransen
- kontrakten tildeles en leverandør innenfor en dynamisk innkjøpsordning, eller
- den eneste berørte tilbyderen er den tilbyderen som tildeles kontrakt, og det ikke er andre berørte kandidater.

Oppdragsgivere kan likevel en frivillig karenperiode i disse tilfeller. Konsekvensen av ikke å fastsette en slik frivillig karenperiode er at kontrakten i visse tilfeller vil kunne kjøpes uten virkning, jf. punkt 9.

En leverandør som ønsker å klage i karenperioden, må innlevere klagen til Klagenævnet. Det er altså ikke mulig å bringe et søksmål inn for domstolene i karenperioden. Dette gjelder likevel ikke for klager over anskaffelser på offshore-området, der sak skal innbringes for Sør- og Handelsretten, jf. lovens § 15, jf. § 5, stk. 3.

³⁴⁸ Når det gjelder anskaffelsesdirektivet vises det i bestemmelsen til udbudsloven del II og III som gjennomfører reglene for hhv. anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, jf. direktivets avsnitt II, og anskaffelser av sosiale og andre særlige tjenester, jf. direktivets avsnitt III kapittel 1

³⁴⁹ Merk at det diskuteres i den juridiske teori om det gjelder et EØS-rettslig krav om standstill for kontrakter som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivene, men hvor det foreligger grensekryssende interesse, se bl.a. Risvig Hamer (2020) side 140.

³⁵⁰ Disse to bestemmelser gjelder for henholdsvis anskaffelser som omfattes av udbudsloven del II og III.

Konsekvensen av et en klage i karensperioden er at klagen får automatisk oppsettende virkning (suspensjon), jf. artikkel 12. stk. 2 og nærmere omtale i punkt 6.3.2. De aller fleste klager inngis i karensperioden, se figuren i punkt 6.3.3.

Bestemmelsen i det danske regelverket om karensperiode har også nær sammenheng med reglene om meddelelse om tildelingsbeslutningen («underretning») og begrunnelse.

For anskaffelser som omfattes av forsyningsdirektivet, finnes reglene om underretning og begrunnelse i klagenævnsløven § 2. Det følger av denne bestemmelsen, som bare gjelder oppdragsgivere i forsyningssektorene, at oppdragsgivere samtidig skal underrette berørte kandidater og tilbydere om hvilke beslutninger som er truffet med hensyn til tildeling av kontrakt, og at denne underretningen skal være ledsaget av en begrunnelse. Begrunnelsen skal også angi når karensperioden utløper.

For anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivet finnes reglene om underretning og begrunnelse derimot i udbudsloven § 171.³⁵¹ Også denne bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å hurtigst mulig og samtidig underrette alle berørte kandidater og tilbydere skriftlig om tildelingsbeslutningen. Det slås videre fast at det skal gis en begrunnelse og angis når karensperioden løper ut. Kravet til automatisk begrunnelse, altså at den ikke bare skal gis på forespørsel med inngi i meddelelsen, gjelder likevel ikke for kontrakter som tildeles under en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 171, stk. 5. For slike kontrakter skal begrunnelse først gis etter anmodning fra en berørt leverandør. Ved en slik anmodning skal leverandøren motta begrunnelsen innen 15 dager.

Hvem som er berørte tilbydere og kandidater er ikke definert direkte i regelverket; direktivets definisjoner er utelukkende tatt inn i forarbeidene.³⁵²

Det følger av fast praksis fra Klagenævnet at det er meddelelsen om tildelingen som starter karensperioden, ikke begrunnelsen.³⁵³ Det betyr at karensperioden begynner å løpe fra det tidspunktet meddelelsen sendes, uavhengig av om begrunnelsen er mangelfulle eller mangler helt. Det er også fast Klagenævnspraksis at en manglende begrunnelse ikke fører til tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen, og det er derfor i praksis ingen konsekvenser ved å gi en utilstrekkelig begrunnelse. Det er i den juridiske teorien diskutert om dette er i samsvar med praksis fra EU-domstolen.³⁵⁴

6.3 Oppsettende virkning og suspensjon

6.3.1 Innledning

I dansk rett brukes begrepet «oppsettende virkning» om rettsmidler som suspenderer oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt, og omfatter både det som etter norsk terminologi tilsvarer suspensjon og midlertidige avgjørelser. Disse gjennomgås i henholdsvis punkt 6.3.2 og punkt 6.3.3.

Bestemmelsen i §12 har følgende ordlyd:

§ 12. Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på

³⁵¹ Dette henger sammen med den ulike måten de to direktivene er gjennomført på. § 171 gjelder også for særlige tjenester, jf. § 188, stk. 2.

³⁵² Se 2009/1 LSF 110, bemerkninger til § 2

³⁵³ Se for eksempel kjennelse av 19. desember 2012 *Lyreco Danmark A/S*, 15. januar 2013 *Cowi A/S* og 22. februar 2013 *Marius Pedersen*

³⁵⁴ Se Risvig Hamer (2020) side 103

Klagenævnet for Udbuds vegne efter påstand tillægge en klage opsættende virkning.

Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.

Stk. 3. I de tilfælde, der er nævnt i stk. 2, skal Klagenævnet for Udbud inden udløbet af 30 kalenderdage underrette ordregiveren om den afgørelse, der er truffet. Fristen regnes fra Klagenævnet for Udbuds modtagelse af klagen.

6.3.2 Suspensjon

Reglene om suspensjon i håndhevelsesdirektivene artikkel 2 (3) og (4) er i hovedsak regulert i klagenævnsløven 12, stk. 2.

Det følger av § 12, stk. 2 at inngivelse av klage til Klagenævnet i karensperioden gir automatisk suspensjon (oppsettende virkning). Dette gjelder inntil Klagenævnet har truffet avgjørelse om klagen skal tillegges ytterligere oppsettende virkning, det vil si inntil den endelige avgjørelsen i saken foreligger etter de alminnelige reglene om midlertidige avgjørelser (oppsettende virkning) i § 12, stk. 1 (det vil si det som svarer til midlertidige avgjørelser etter håndhevelsesdirektivenes artikkel 2 nr. 1 bokstav a), jf. nærmere punkt 6.3.3.

Som det fremgår av punkt 2.4 skal klager underrette oppdragsgiver om at det er inngitt en klage i karensperioden, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 4. Suspensjonen inntre imidlertid på tidspunktet for innlevering av klagen, uavhengig av om oppdragsgiver har blitt orientert eller ikke. Om oppdragsgiver ikke har blitt underrettet, vil det derimot kunne få betydning for om kontrakten kjennes uten virkning etter § 16, se nærmere punkt 9.

Det er ikke noe krav for at suspensjon skal inntre at klager begjærer ytterligere oppsettende virkning. Det betyr at Klagenævnet i slike tilfeller av eget tiltak må vurdere om klagen skal tillegges ytterligere oppsettende virkning etter stk. 1. En slik avgjørelse om ytterligere oppsettende virkning som treffes for klager som er inngitt i karensperiode, omtales som «standstill-kjennelser».

Som det fremgår av kapittel 5 punkt 3.2, er det etter håndhevelsesdirektivene bare plikt til å innføre regler om suspensjon når det klages over «en beslutning om tildeling av kontrakt». I Danmark har man imidlertid bestemt at samtlige klager, uavhengig av hva det klages over, fører til suspensjon. Dette er i forarbeidene begrunnet med at det kan oppstå tvil om det i en konkret sak er klaget over tildelingsbeslutningen, og at det – fordi brudd på regler om karens kan føre til at kontrakten kjennes uten virkning – er viktig at det er klarhet i om kontrakt kan inngås.³⁵⁵

Som det fremgår av de ovennevnte forarbeidene, gjelder reglene om automatisk suspensjon der det er obligatorisk å overholde en karensperiode. Automatisk suspensjon inntreer altså ikke, i motsetning til i Norge, der oppdragsgiver frivillig har valgt å overholde en karensperiode.³⁵⁶

³⁵⁵ Se lovforslag L110 av 27. oktober 2010, merknader til § 12

³⁵⁶ Dette har blitt kritisert i juridisk litteratur, se for eksempel Berg (2012) side 874, der det tas til orde for at dette neppe er i tråd med reglene i håndhevelsesdirektivene

Det er også innført automatisk suspensjon når det klages innenfor 10 dager etter en intensjonskunngjøring.³⁵⁷

Når det gjelder spørsmålet om hvor lenge en klage skal ha automatisk oppsettende virkning, jf. håndhevelsesdirektivenes artikkel 2 (3), har man i Danmark valgt 30 kalenderdager. Det følger av klagenævnsloven § 12, stk. 3 at Klagenævnet har 30 dager til å treffe en beslutning om eventuell fortsatt oppsettende virkning, jf. § 12, stk. 3. Fristen regnes fra dagen nemnda mottok klagen.

Klagenævnets formann Michael Ellehauge har i en artikkel om erfaringene med håndhevelsen av EUs anskaffelsesregler uttalt følgende om denne 30-dagers fristen:³⁵⁸

Det er på den ene side meget resursekrævende for Klagenævnet at skulle træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning inden for 30-dages-fristen, navnlig i de meget komplicerede og omfattende sager, som Klagenævnet har mange af. Af samme grund affattes disse kendelser ofte uden fuldstændig sagsfremstilling og uden gengivelse af parternes anbringender. Klagenævnets afgørelser vedrørende opsættende virkning giver på den anden side parterne den service, at Klagenævnet, hvor det er muligt, fremkommer med en foreløbig vurdering af, hvad klagen kan føre til.

Klagenævnet fastsetter i praksis oftest en frist på en uke for oppdragsgiver til å redegjøre for sitt syn på om det skal gis ytterligere oppsettende virkning. Klagenemnda kan videre etterspørre opplysninger fra både klager og oppdragsgiver. Dersom slike opplysninger ikke gis, kan dette får prosessuell skadevirkning for oppdragsgiver.

Dersom Klagenævnet beslutter at det ikke skal gis ytterligere oppsettende virkning, kan oppdragsgiver underskrive kontrakten umiddelbart. Dette kan likevel ikke skjer ført utløp av karenperioden.

Det er noe uklart hva som gjelder der Klagenævnet ikke treffer avgjørelse innen 30-dagers fristen. I et slikt tilfelle vil trolig klagen fortsatt ha automatisk oppsettende virkning.³⁵⁹

Ettersom det ikke gjelder regler om karen hverken etter udbudsloven del VI eller V, eller tilbudsloven, gjelder det heller ikke noen regler om automatisk suspensjon for slike anskaffelser som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivene. Ønskes oppsettende virkning i slike saker, må klager begjære dette etter reglene i § 12, stk. 1.

Hvis det er gitt oppsettende virkning, men Klagenævnet kommer til at det ikke foreligger brudd, vil innbringelse av Klagenævnets avgjørelse for domstolene ikke ha oppsettende virkning. Domstolen kan likevel i ekstraordinære tilfeller tillegge søksmålet oppsettende virkning uten lovhjemmel, jf. U.1994.823 H og U.2000.1203 H. Dette må imidlertid anses å gjelde absolutte unntakstilfeller.³⁶⁰

Noe statistikk om klager som er inngitt i karenperioden er tatt inn i neste punkt.

6.3.3 Midlertidige avgjørelser (oppsettende virkning etter § 12, stk. 1)

6.3.3.1 Kort om systemet med midlertidige avgjørelser

³⁵⁷ Dette er tatt inn i loven etter forslag fra det såkalte Udbudslovsudvalget, jf. Rapport fra Udvalg om dansk udbudslovgivning av desember 2014: [Microsoft Word - 14-07014-1 SAMLET - rapport_lovforslag_bemærkninger og bilag.docx 1475626_790496_0.DOCX \(windows.net\)](#)

³⁵⁸ Ellehauge

³⁵⁹ Se Risvig Hamer (2020) side 346

³⁶⁰ Se Berg (2012) side 868

Systemet med oppsettende virkning er noe annerledes i Danmark enn i Norge.

Der man i Norge ber om en midlertidig forføyning og domstolene treffer en midlertidig avgjørelse, gis oppsettende virkning av Klagenævnet for Udbud som et ledd i klagebehandlingen. Klager vil derfor i den materielle klagen kunne nedlegge en påstand om oppsettende virkning, istedenfor å levere inn en egen begjæring om oppsettende virkning. Som redegjort for i forrige punkt, vil en klage som inngis i karensperioden ha automatisk oppsettende virkning inntil Klagenævnet treffer avgjørelse om at det skal gis ytterligere oppsettende virkning. Klagenævnet treffer avgjørelse om det skal gis oppsettende virkning ved beslutning.

Ved klager som inngis i karensperioden der det inntreer automatisk suspensjon, eller når det i andre klager nedlegges en påstand om oppsettende virkning, vil Klagenævnet foreta en foreløpig vurdering av saken på skriftlig grunnlag, jf. nærmere om innholdet i denne vurderingen i de følgende underpunkter. At dette er en foreløpig vurdering, innebærer at Klagenævnet ikke med beslutningen om oppsettende virkning har tatt endelig stilling til sakens utfall. Beslutningen om oppsettende virkning prejudiserer altså ikke den endelige avgjørelsen i saken. Det finnes flere eksempler på at Klagenævnet for eksempel har satt en tildelingsbeslutning til side, selv om ikke klagen er tillagt oppsettende virkning.

Dersom det gis oppsettende virkning, innebærer dette at oppdragsgiver må vente med å underskrive kontrakt til den endelige avgjørelsen i klagesaken foreligger. Dersom det ikke gis oppsettende virkning, kan oppdragsgiver inngå kontrakten, men Klagenævnet vil uansett fortsette klagebehandlingen og komme med en endelig avgjørelse i saken.

Som ved en avgjørelse om midlertidig forføyning etter norsk rett, vil imidlertid Klagenævnets beslutning om oppsettende virkning gi en viss pekepinn på om klager vil få medhold eller ikke, jf. *fumus boni juri*-vilkåret som beskrives nærmere under. I praksis skjer det derfor ofte at klagen trekkes eller at oppdragsgiver avlyser konkurransen som følge av en slik foreløpig avgjørelse.

Hvis Klagenævnet finner at en sak kan vurderes på det foreliggende grunnlaget, kan Klagenævnet også velge å fatte en endelig avgjørelse uten å ta stilling til spørsmålet om oppsettende virkning. Slike saker omtales som «straks-avgjørelser». Der det er aktuelt, vil partene få anledning til å fremkomme med supplerende prosesskriv. I 2022 ble det avsagt tre slike straks-avgjørelser.³⁶¹

6.3.3.2 Nærmere om gjennomføring av artikkel 2 nr. 1 bokstav a

Håndhevelsesdirektivenes artikkel 2 nr. 1 bokstav a er i hovedsak gjennomført i § 12, stk. 1 om mulighetene for å tillegge en klage oppsettende virkning. Denne reglen gjelder både for EØS-anskaffelser og «nasjonale anskaffelser».

Utgangspunktet i dansk rett som følger av Grundloven § 63, stk. 1, er at den som vil påklage en offentlig beslutning, ikke kan unndra seg fra foreløpig å etterkomme beslutningen ved å bringe en sak inn for domstolene. Dette utgangspunktet kan imidlertid fravikes ved lov, slik som etter klagenævnsloven.

Det følger dermed av § 12, stk. 1 at Klagenævnet etter påstand kan tillegge en klage oppsettende virkning.

Når det inngis en klage utenfor karensperioden, må klager begjære oppsettende virkning for at Klagenævnet skal kunne beslutte slik virkning. Inngis derimot klage innenfor karensperiode må

³⁶¹ Se for eksempel kjennelse av 16. september 2022 *Electrolux Professional A/S*

Klagenævnet i alle tilfeller ta stilling til spørsmålet om oppsettende virkning, se nærmere i forrige punkt.

Oppsettende virkning er først og fremst relevant i den prekontraktuelle håndhevelsen, altså så lenge kontrakt ennå ikke er inngått. Det følger imidlertid av forarbeidene at klage også kan tillegges oppsettende virkning der kontrakt er inngått.³⁶²

Det er op til Klagenævnet at vurdere rækkevidden af de beslutninger, der kan gives opsættende virkning for. Klagenævnet kan fx vælge at tillægge en klage opsættende virkning, selvom kontrakten er underskrevet, hvis betingelserne for opsættende virkning i øvrigt er opfyldt.

Oppsettende virkning etter kontraktsinngåelse vil likevel kunne være aktuelt i saker der kontrakten vil kunne bli erklært uten virkning. En beslutning om oppsettende virkning i et slikt tilfelle vil da innebære at forberedelsen av kontraktsgjennomføringen eller leveransen skal stanses, slik at det blir mulig for Klagenævnet å erklære en større del av kontrakten uten virkning.

I saker hvor det ikke er aktuelt å erklære kontrakten uten virkning, er det derimot fast praksis at det ikke gis oppsettende virkning når først kontrakt er inngått.³⁶³

Oppsettende virkning etter § 12, stk. 1 kan bare gis der «særlige grunner» taler for dette. Dette er i tråd med håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 5, som fastslår at medlemsstatene kan fastsette at klageorganet skal ta hensyn til alle interesser som vil kunne skades, samt til allmenhetens interesser, og beslutte ikke å gi samtykke når de negative følgene av slik oppsettende virkning kan være større enn fordelene.

I tråd med dette har nemnda oppstilt tre kumulative vilkår for at en klage skal kunne tillegges oppsettende virkning:

- 1) En umiddelbar vurdering må være at klagen sannsynligvis vil føre frem (fumus boni juri).
- 2) Det skal foreligge «uopsættelighed» («urgency» eller det som i norsk rett omtales som sikringsgrunn)
- 3) En interesseavveining skal tale for oppsettende virkning, det vil si at klagers interesse i at klagen tillegges oppsettende virkning, må veie tyngre enn oppdragsgivers interesse i det motsatte.

Særlig vilkåret om sikringsgrunn er strengt. Vilkåret anses i utgangspunktet ikke som oppfylt når leverandøren har en mulighet til etterfølgende å nå frem med et erstatningskrav, og det gis i praksis oppsettende virkning i ganske få saker. I de følgende underpunkter redegjøres det nærmere for innholdet i de tre vilkårene.

Det er i juridisk litteratur stilt spørsmål ved om det forehold at klager så sjeldent tillegges oppsettende virkning, er i strid med prinsippet om effektivitet.³⁶⁴ Dette harmonerer i hvert fall ikke godt med formålet bak endringsdirektivet om å styrke den prekontraktuelle håndhevelsen. Samtidig er også terskelen for faktisk å oppnå erstatning ganske høy, slik at den danske modellen på dette området ikke nødvendigvis er et eksempel til etterfølgelse. Dette må likevel også ses i sammenheng med at oppdragsgiver etter kontraktsinngåelse kan bli pålagt å bringe kontrakten til opphør, jf. punkt 6.5.3.

³⁶² Se lovforslag L110 av 27. oktober 2010

³⁶³ Se for eksempel Høegh og Thorup (2016) punkt 2.2 med videre henvisninger

³⁶⁴ Se for eksempel Treumer og Fejø side 106 og Poulsen side 543

Avslutningsvis nevnes at det også er tatt inn en generell bestemmelse i Klagenævnetsloven § 13, stk. 1, nr. 1 om Klagenævnets kompetanse til å treffe midlertidige beslutninger. Denne bestemmelsen lyder:

Har en ordregiver overtrådt de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, kan Klagenævnet for Udbud suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning.

Denne bestemmelsen har imidlertid lite – om noe – selvstendig innhold ved siden av reglene om oppsettende virkning i § 12. Dette er ikke nærmere behandlet i forarbeidene til loven, og at bestemmelsen har blitt tatt inn skyldes trolig at man ønsket å sikre at håndhevelsesdirektivet var korrekt gjennomført.³⁶⁵

6.3.3.3 Nærmere om fumus boni juri-vilkåret

Fumus boni juri-vilkåret innebærer at Klagenævnet må gjøre en vurdering av om klagen vil kunne føre frem. Dette har blitt formulert som et vilkår om oppdragsgiver må ha begått kvalifiserte overtredelser av anskaffelsesregelverket og at klager må ha utsikt til å få medhold. Er det ikke tilfellet, anses klagen som «utsiktsløs».

Det er derfor ikke alle typer brudd som vil kunne føre til oppsettende virkning. Overtredelsen må kunne føre til at tildelingsbeslutningen settes til side («annulleres» i dansk terminologi), at anskaffelsen kjennes uten virkning eller at klager får medhold i at klager ikke skulle vært avvist. Klage over for eksempel manglende begrunnelse eller andre formelle feil som ikke påvirker utfallet av konkurransen, vil derimot ikke kunne tillegges oppsettende virkning.

6.3.3.4 Nærmere om kravet til sikringsgrunn

Vilkåret om uoppsettelse – det som svarer til sikringsgrunn i norsk rett – innebærer at oppsettende virkning må være nødvendig for å avverge et alvorlig og uopprettelig tap for klager. Det er klager som har bevisbyrden for at det foreligger et slikt tap.

Det forhold at en leverandør har tapt en konkurranse, og med dette har tapt omsetning, er i Danmark ansett som en alminnelig risiko ved deltakelse i konkurranser om offentlige anskaffelser, se for eksempel kjennelse av 23. mai 2019 *Formpipe Software A/S*:

Det bemærkes, at når en tilbudsgiver deltager i et udbud, er det en sædvanlig, kommerciel risiko, at tilbudsgiveren ikke vinder udbuddet og dermed mister en omsætning. Et sådant tab af omsætning indebærer ikke et alvorligt og uopretteligt tab.

Det skal altså noe mer til enn risiko for økonomisk tap for at klagen skal tillegges oppsettende virkning. Vilkåret vil derfor som oftest ikke være oppfylt der leverandøren har en (teoretisk) mulighet til å nå frem med et erstatningskrav, uansett om dette gjelder positiv eller negativ kontraktsinteresse.³⁶⁶ Da vil tapet ikke være uopprettelig. Det har i utgangspunktet heller ikke noe å si at det kan være vanskelig å beregne en eventuell erstatning.³⁶⁷

Dette betyr i praksis at klager for eksempel må sannsynliggjøre at klagers eksistens er truet eller at tildelingen av kontrakten vil kunne forrykke klagers markedsposisjon dersom klagen ikke gis oppsettende virkning. Dette kan være vanskelig å dokumentere.³⁶⁸

³⁶⁵ Se Risvig Hamer (2020) side 351

³⁶⁶ Se kjennelse av 5. mars 2012 *Bombardier* vedr. negativ kontraktsinteresse

³⁶⁷ Se for eksempel kjennelser av 20. januar 2012 *Ansaldo STS SpA* og 12. juli 2012 *Abena A/S*. Se likevel kjennelse av 30. juli 2012 *NCC Construction Danmark A/S*

³⁶⁸ Se kjennelse av 5. oktober 2011 *Køge Taxa*

Et eksempel på dette er kjennelse av 29. september 2010 *BKI foods A/S*, som gjaldt en kontrakt til en verdi av DKK 340 millioner. Her ble vilkåret ansett oppfylt fordi «en senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det image- og markedsføringstab, klageren vil lide, når henses til værdien af kontrakten og til, at der på markedet for varme drikke, som delaftalen vedrører, er en intensiv konkurrence». Et betydelig tap av renommé var derimot ikke tilstrekkelig i den etterfølgende kjennelsen av 20. januar 2012 *Ansaldo ST*.

Klagenemnda har videre i flere saker vist til at det heller ikke vil foreligge sikringsgrunn der det er utsikt til at tildelingsbeslutningen settes til side, og hvor dette medfører en plikt for oppdragsgiver til å bringe kontrakten til opphør, jf. udbudsloven § 185, stk. 2.³⁶⁹ Her vil leverandøren ha en teoretisk mulighet til å by på kontrakten i en ny konkurranse.

Ved en direkte anskaffelse (hvor kontrakt ennå ikke er inngått), vil sikringsgrunn ofte kunne foreligge, fordi leverandøren i et slikt tilfelle ikke i praksis vil kunne nå frem med et erstatnings søksmål.³⁷⁰

I saker der spørsmålet er om klager har blitt urettmessig avvist i forbindelse med en prekvalifikasjon, vil vilkåret om sikringsgrunn ofte heller ikke være avgjørende for om en klage tillegges oppsettende virkning.³⁷¹ Dette henger sammen med at leverandøren i slike saker der det ennå ikke er innlevert et tilbud, tilsvarende heller ikke vil kunne nå frem med et erstatningskrav. Se for eksempel kjennelse av 18. desember 2018 *KMD A/S*, der Klagenævnet uttaler om kravet til sikringsgrunn at:

[...] da KMD's klage vedrører, at selskabet med urette ikke blev prækvalificeret til at deltage i udbuddet, er KMD ikke tilstrækkeligt beskyttet af de almindelige erstatningsregler, såfremt KMD ved en endelig afgørelse måtte få medhold i klagen. KMD, der ikke har afgivet tilbud, vil således i sagens natur ikke kunne kompenseres med erstatning i form af negativ kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet finder på den baggrund, at der foreligger uopsættelighed, da opsættende virkning vil være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for KMD.

I juridisk litteratur synes det også å være bred enighet om, med henvisning til praksis fra EU-domstolen og Underretten, at kravet til uoppsettelighet kan lempes der det foreligger en åpenlys og grov overtredelse.³⁷²

Skal klagers tilbud avvises, vil det derimot som det klare utgangspunkt ikke foreligge sikringsgrunn, fordi klager i slike situasjoner ikke har lidt et tap.³⁷³ Også klagers passivitet vil innebære at kan være vanskelig å nå frem med et krav om «uopsættelighet».³⁷⁴ Det vil kunne være tilfellet der en klager for eksempel i månedsvis har deltatt i en konkurranse med forhandling, og først etter tildeling klager på at det ikke var lovlig å anvende en slik prosedyre.

Terskelen for at kravet til sikringsgrunn er altså høyt, og det er i praksis dette vilkåret som i mange saker ikke er oppfylt. Dette er en vesentlig forskjell fra det norske systemet med midlertidig forføyning. Her stilles det i praksis ikke noe krav til sikringsgrunn. Dersom det er sannsynlig at kontrakt vil bli inngått dersom midlertidig forføyning ikke gis, er dette i norsk rettspraksis blitt ansett for å være tilstrekkelig for at sikringsgrunn foreligger.

6.3.3.5 Nærmere om interesseavveiningen

Når det gjelder *interesseavveiningen*, blir dette en vurdering av om klagers interesse i å få stoppet kontraktsinngåelsen overstiger oppdragsgivers interesse i å få inngått kontrakt. Her kan det blant

³⁶⁹ Se for eksempel kjennelse av 9. januar 2019 *Wedel Installation ApS*.

³⁷⁰ Se for eksempel Høegh og Thorup, punkt 2.4

³⁷¹ Se for eksempel Hansen og Thorup (2010), punkt 3.2.2

³⁷² Se for eksempel Risvig Hamer (2020) side 330 med videre henvisning til Klagenævnspraksis

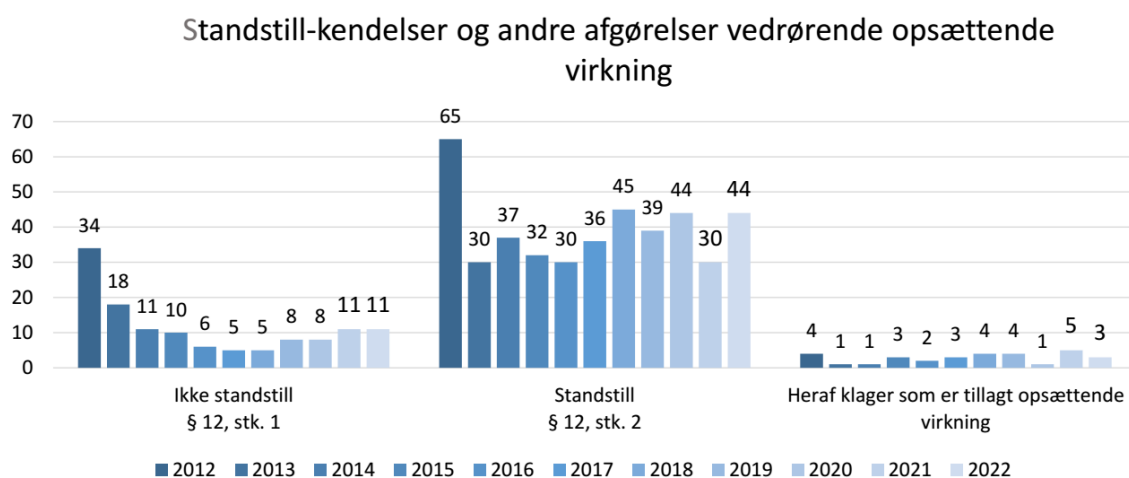
³⁷³ Se for eksempel kjennelse av 13. april 2010 *KMD*

³⁷⁴ Se for eksempel kjennelse av 22. januar 2012 *Bombardier Transportation Denmark A/S*

annet ses hen til allmenhetens interesser, konsekvensen for borgerne som skal benytte de aktuelle varene/tjenestene,³⁷⁵ allerede inngåtte kontrakter med andre leverandører mv. Allmenhetens interesser vil ofte få avgjørende rolle ved anskaffelser i forsyningssektorene. Her har Klagenævnet blant annet uttalt at det i slike saker foreligger «generelt tungtvejende samfundsmæssige interesser, som taler imod at tillægge sådanne klager opsættende virkning»³⁷⁶ og det vises til «risikoen for negative samfundsmæssige konsekvenser ved annullation»³⁷⁷.

6.3.4 Praksis om oppsettende virkning, herunder suspensjon

Oppsettende virkning blir vurdert i de aller fleste klager, men det er sjelden at Klagenævnet faktisk tillegger en klage oppsettende virkning. I 2022 har dette bare skjedd i 3 ganger. I perioden 2012 til 2022 har det blitt gitt oppsettende virkning i 1-5 saker per år, se figur fra Klagenavnets årsberetning fra 2022.



Figur fra Klagenavnets årsberetning 2022

«Standstill-kendelser» er de saker der det har inntrådt automatisk suspensjon, og hvor Klagenævnet av egen drift må ta stilling til om det skal gis videre oppsettende virkning. «Andre avgjørelser» er de klager det innbringes før eller etter karenperioden, der Klagenævnet på begjæring skal ta stilling til oppsettende virkning. I 2022 kom det altså inn 44 klager i karenperioden og 11 andre klager der det ble begjært oppsettende virkning. I disse 55 saker der spørsmålet om (ytterligere) oppsettende virkning etter klagenavnsløven § 12, stk. 1 som har blitt behandlet i 2022, kom altså nemda bare til at det skulle gis slik oppsettende virkning i 3 tilfeller.

6.4 Konstatning av brudd

Etter Klagenavnsløven § 10, stk. 1 treffer Klagenævnet avgjørelse om hvorvidt det har skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket.

En klage vil typisk inneholde både påstander om at det har skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket og om en bestemt rettsvirkningen. Klager er likevel ikke forpliktet til å nedlegge påstand om en bestemt rettsvirkning, slik at klager i prinsippet bare kan fremme en anerkjennelsespåstand. Det vil

³⁷⁵ Se for eksempel kjennelse av 26. juni 2017 *Eitel Networks A/S* der pasientsikkerhet ble tillagt vekt.

³⁷⁶ Se kjennelse av 27. juli 2009 *Alfa Laval Nordic A/S*

³⁷⁷ Se kjennelse av 22. januar 2012 *Bombardier Transportation Denmark A/S*

særlig kunne være aktuelt for en rekke brudd på regelverket som ikke har innvirkning på utfallet av konkurransen, som for eksempel brudd på reglene om begrunnelse.

Klagenævnet har da adgang til slå fast at det har skjedd et brudd på anskaffelsesreglene.³⁷⁸

6.5 Tilsidesettelse («annullasjon»)

6.5.1 Hvilke beslutninger som kan settes til side

Håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav b er gjennomført i § 13, stk. 1 nr. 2. Etter denne bestemmelsen kan Klagenævnet, når oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, sette til side («annulere» etter dansk terminologi) oppdragsgivers ulovlige beslutninger eller konkurransen i sin helhet («udbudsforretningen»). Klager må nedlegge påstand om tilsidesettelse for at Klagenævnet skal kunne benytte en slik reaksjon.

I de fleste klagesakene vil spørsmålet om å sette til side en ulovlig beslutning gjelde tildelingsbeslutningen. Spørsmålet om tilsidesettelse kan imidlertid i prinsippet gjelde samtlige beslutninger som oppdragsgiver treffer i løpet av en anskaffelsesprosedyre, for eksempel beslutninger om å (ikke) kvalifisere eller avvise en leverandør.³⁷⁹

Tilsidesettelse av selve konkurransen («udbudsforretningen») kan bare skje så lenge konkurransen fortsatt pågår. Dette har skjedd i enkelte tilfeller, se for eksempel kjennelse av 10 juli 2009 *NCC Construction Danmark A/S*. Her kom Klagenævnet til at konkurransen var beheftet med så vesentlige feil at det ikke var mulig å rette feilen, og konkurransen ble tilsidesatt.

Når oppdragsgiver først har tildelt kontrakten, kan Klagenævnet derimot ikke lenger sette konkurransen til side, men vil i stedet kunne sette tildelingsbeslutningen til side.³⁸⁰

Dersom oppdragsgiver selv har avlyst konkurransen eller brakt kontrakten til opphør, vil Klagenævnet i utgangspunktet heller ikke ta stilling til spørsmålet om tilsidesettelse.³⁸¹ Hvis oppdragsgiver har avlyst konkurransen kan Klagenævnet prøve om avlysningen var saklig, men vil i så fall ikke sette oppdragsgivers beslutning om å avlyse konkurransen til side. Klager kan i stedet i et slikt tilfelle nedlegge påstand om erstatning.³⁸²

Dersom det har skjedd en ulovlig endring av en eksisterende kontrakt, kan Klagenævnet tilsidesette beslutningen om å endre kontrakten.³⁸³ I et slikt tilfelle er det altså ikke tildelingsbeslutningen til den opprinnelige kontrakten som settes til side.

6.5.2 Vilkårene for tilsidesettelse

For at Klagenævnet skal kunne sette en beslutning eller en konkurranse til side, er det tre vilkår som må være oppfylt: Det må foreligge et kvalifisert brudd på regelverket, bruddet må være vesentlig, og det kan ikke foreligge forhold som taler mot tilsidesettelse.

³⁷⁸ Se for eksempel nærmere i Berg (2012) side 883 og Fabricius (2017) side 820

³⁷⁹ Se for eksempel kjennelse av 13. november 2006 *Cowi A/S*

³⁸⁰ Se for eksempel kjennelse av 7. november 2007 *SJ AB*

³⁸¹ Se for eksempel kjennelse av 2. februar 2009 *Konsortiet Damm Cellular A/S*

³⁸² Se Risvig Hamer (2020) side 355 som uttaler at «det savner mening at tale om, at Klagenævnet skulle kunne annullere ordregiverens beslutning om at aflyse udbuddet».

³⁸³ Se for eksempel kjennelse av 17. juli 2012 *Multitrans*

At det må foreligge et kvalifisert brudd formuleres slik at det må foreligge en «rettslig mangel», og overtredelsen må være av en viss grovhet. Det innebærer at det må foreligge et brudd på de materielle anskaffelsesreglene som kan være egnet til å påvirke utfallet av kontrakten.³⁸⁴

Brudd på rent formelle regler, for eksempel der oppdragsgiver ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse, kan derimot i utgangspunktet ikke føre til tilsidesettelse. Dette fordi slike brudd i utgangspunktet ikke vil påvirke selve tildelingen.³⁸⁵

Når det gjelder kravet om vesentlighet, innebærer det at det etter en konkret vurdering må konstateres enten at kontrakten på grunn av feilen kan ha blitt (eller vil kunne bli) tildelt feil leverandør, eller at anskaffelsesdokumentene ikke lovlig kan danne grunnlag for tildeling, som etter norsk rett er spørsmålet om oppdragsgivers avlysningsplikt.³⁸⁶ Det oppstilles altså et innvirkningskrav.

Vesentlig brudd kan for eksempel omhandle evalueringen, spørsmål om avvisning, brudd på forhandlingsforbudet, uklart konkurransegrunnlag, ulovlige betingelser og ulovlige endringer av konkurransegrunnlaget. Flere mindre feil kan også til sammen føre til tilsidesettelse.

Det er derimot ikke noe krav at klagers tilbud må være «konditionsmessig», det vil si at det ikke har betydning om klagers tilbud har blitt eller skulle blitt avvist.³⁸⁷ I en slik situasjon vil klager uansett kunne ha en interesse i at konkurransen avlyses.

Når det gjelder kravet om at det ikke må foreligge forhold som taler imot tilsidesettelse, kan det omfatte hensyn til ressursbruk (for eksempel der kontrakten helt eller delvis oppfylt eller det er foretatt betydelige investeringer i tillit til kontraktens oppfyllelse), konsekvenser av forsinkelser, karakteren og varigheten av kontrakten,³⁸⁸ klagers passivitet (det vil si om klagen er inngitt tilstrekkelig hurtig).³⁸⁹ Det vil derimot i utgangspunktet ikke tas hensyn til oppdragsgivers kontraktsmotpart.³⁹⁰

Om en beslutning eller konkurranse skal settes til side beror altså på en konkret helhetsvurdering.

6.5.3 Virkningen av tilsidesettelse

Når kontrakt ennå ikke er inngått, er konsekvensen av å sette konkurransen i sin helhet til side at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.

Er det tildelingsbeslutningen som settes til side før kontrakten er inngått, så er konsekvensen at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt på grunnlag av denne beslutningen. Hvis det er mulig å rette opp feilene som har blitt begått, for eksempel ved å foreta en ny lovlig evaluering, vil det være mulig å omgjøre tildelingsbeslutningen. Er det ikke mulig å rette opp feilen, blir konsekvensen også i dette tilfellet at konkurransen må avlyses.

³⁸⁴ Se for eksempel kjennelse av 18. desember 2019 *Jørns Rutetrafik A/S*

³⁸⁵ Se for eksempel kjennelse av 14. oktober 2014 *Grontmij A/S*

³⁸⁶ Se for eksempel 31. oktober 2013 *Top Rengøring*

³⁸⁷ Se for eksempel kjennelse av 24. november 2015 *GKV Brandmateriel ApS*.

³⁸⁸ Se for eksempel kjennelse av 15. september 2009 *Almenbo a.m.b.a.*, der nemnda valgte å ikke sette til side en tildelingsbeslutning for en kontrakt som bare hadde en varighet på 1 år.

³⁸⁹ Se for eksempel kjennelse av 21. desember 2011 *Ortos A/S*, der klage først ble innbrakt ca. seks måneder etter kontraktsinngåelsen. Om overtredelsen er grov, vil dette likevel ikke nødvendigvis få betydning, se for eksempel kjennelse av 7. november 2017 *Vojens Taxi*

³⁹⁰ Se for eksempel kjennelse av 14. juli 2009 *Updata Danmark A/S*

Det var tidligere noe mer uklart hva rettsvirkningen av tilsidesettelse er når kontrakt er inngått. Klagenævnet har ikke kompetanse til å oppheve en inngått kontrakt.³⁹¹ At en beslutning settes til side medfører altså hverken at kontrakten kjennes ugyldig eller uten virkning.

Av forarbeider til tidligere versjoner av loven fremgår følgende (vår understrekning):³⁹²

Annulatio af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annullationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt. Det kan være bestemte, konkrete beslutninger eller dispositioner, men det kan også omfatte udbudsprocessen som helhed. Kontrakten kan dog være underlagt forslagets §§ 16 og 17, hvilket medfører, at kontrakten i visse tilfælde skal erklæres for uden virkning.

Praksis var da at oppdragsgiverne ikke anså seg forpliktet til å bringe kontrakten til opphør som følge av en tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen. En beslutning om tilsidesettelse hadde altså i praksis ikke noen konsekvenser, og innebar i realiteten ikke noe mer enn en konstatering av brudd.

Med innføringen av udbudsloven kom det imidlertid inn en bestemmelse i udbudsloven, § 185, stk. 2, om at oppdragsgiver – når tildelingsbeslutningen er satt til side – av eget tiltak må bringe kontrakten til opphør med et passende varsel. Dette gjelder likevel ikke der det foreligger særlige forhold eller når kontrakten kan kjennes uten virkning.

Denne plikten til å bringe en kontrakt til opphør ble tatt inn i udbudsloven etter forslag fra det såkalte «Udbudslovutvalget» med det formål å sikre en effektiv håndhevelse av anskaffelsesreglene, ved at forbigåtte leverandører vil få en ny sjanse til å konkurrere om kontrakten. Dette anses som en ren nasjonal bestemmelse, og er altså ikke et utslag av en EØS-rettslig forpliktelse.³⁹³

Klager trenger ikke nedlegge påstand om at kontrakten bringes til opphør, men oppdragsgiver må av eget tiltak vurdere om det foreligger særlige forhold, og offentliggjøre sin beslutning om hvorvidt kontrakten skal videreføres. Dette skal skje senest syv kalenderdager etter offentliggjøring av Klagenævnets endelige avgjørelse om tilsidesettelse av avgjørelsen.

Ifølge spesialmerknadene til § 185, stk. 2 kan særlige forhold for eksempel foreligge når opphør av kontrakten vil stride mot vesentlige samfunnsinteresser, som offentlig sikkerhet, mennesker og dyrs liv og helse, eller hvis opphør av kontrakten vil medføre helt ekstraordinær sløsing av ressurser.³⁹⁴ Dette samsvarer i det store og hele med de situasjonene der en kontrakt ikke kjennes uten virkning på grunn av allmenhetens interesser. En kontrakt kan også videreføres hvis den leverandøren som skulle hatt kontrakten har fått erstatning i form av positiv kontraktinteresse, og den valgte leverandøren ville fått kontrakten dersom den forbigåtte leverandøren ikke hadde avgitt tilbud.

Klagenemnda kan i en sak som gjelder tilsidesettelse av en tildelingsbeslutning, etter påstand fra klager eller innklagede, avsi en ikke-bindende foreløpig uttalelse om at det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres, jf. klagenævnetsloven § 14a.³⁹⁵

³⁹¹ Se for eksempel kjennelse av 11. desember 2009 *Tabulex*

³⁹² Se lovforslag L110 av 27. oktober 2010

³⁹³ Jf. likevel EU-domstolens sak C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland* som medfører at medlemsstatene i visse tilfeller har plikt til å bringe en kontrakt som er inngått i strid med anskaffelsesreglene, til opphør, se nærmere kapittel 5 punkt 6.5.

³⁹⁴ Se lovforslag L110 av 27. oktober 2010

³⁹⁵ Se for eksempel kjennelse av mars 2018 *AV Form A/S*

Det er vår forståelse, etter samtaler med danske kolleger, at det skjer ganske ofte at kontrakter må bringes til opphør etter § 185, stk. 2. Dette er ikke en bestemmelse som nå synes å skape mye debatt, og som oppdragsgivere synes å ha akseptert. Vi har også forstått at det er ganske vanlig at det, særlig i store kontrakter, tas inn kontraktsbestemmelser som regulerer hva konsekvensen skal være mellom kontraktspartene, der Klagenævnet skulle komme til at en tildelingsbeslutning settes til side.

Plikten til å bringe en kontrakt til opphør etter § 185, stk. 2, gjelder for øvrig utelukkende for anskaffelser som omfattes av udbudsloven del II (anskaffelser som omfattes av de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet). Det er uklart om og i hvilket omfang det gjelder en oppsigelsesplikt for øvrige kontrakter. Det vil trolig være tilfellet ved særlig grove eller kvalifiserte overtredelser.³⁹⁶

Vi nevner for øvrig at det også følger av Klagenævnets praksis at dersom tildelingsbeslutningen ved inngåelse av en rammeavtale har blitt satt til side, så vil ikke oppdragsgiver lovlig kunne inngå kontrakter basert på rammeavtalen. Dette gjelder uavhengig av om rammeavtalen er inngått av oppdragsgiver selv eller av en innkjøpsentral.³⁹⁷

6.6 Påbud om retting

Klagenævnet kan gi påbud om at anskaffelsesprosessen eller beslutninger truffet i forbindelse med en anskaffelsesprosess skal rettes («påbud om lovliggjørelse af udbudsproceduren eller beslutninger»), jf. klagenævnsløven § 13, stk. 1 nr. 3. Dette er en særdansk bestemmelse.

Et påbud om retting forutsetter at feilen som har blitt begått, etter sin art kan rettes.³⁹⁸ Videre forutsetter det at oppdragsgiver fortsatt ønsker å gjennomføre den aktuelle anskaffelsen. Et eksempel på en slik sak er kjennelse av 29. september 2010 *BKI foods A/S*. I denne saken satte nemnda til side både oppdragsgivers beslutning om å avvise klagers tilbud og tildelingsbeslutningen, og påla oppdragsgiveren å la klagers tilbud inngå i evalueringen.

Nemnda kan derimot ikke påby oppdragsgiver å gjennomføre en anskaffelse eller inngå en kontrakt.³⁹⁹

Denne reaksjonsmuligheten anvendes i dag ytterst sjeldent og har lite praktisk betydning. Klagenævnet vil oftest velge i stedet å sette oppdragsgivers beslutning til side.

6.7 Påbud om bringe kontrakten til opphør

Når en kontrakt erklæres uten virkning, får det ikke noen automatisk effekt på den inngåtte kontrakten. Oppdragsgiver må derfor selv sørge for at kontrakten oppheves, jf. nærmere i punkt 9.

Klagenævnet skal, når en kontrakt erklæres uten virkning, utstede et påbud om at oppdragsgiver skal bringe kontrakten til opphør innen en nærmere fastsatt dato, jf. klagenævnsløven § 13, stk. 2.⁴⁰⁰ Dersom oppdragsgiver ikke etterkommer et slikt påbud, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen illegge tvangsbøt, jf. § 24, stk. 1 nr. 3.

³⁹⁶ Se for eksempel dom fra Retten i Roskilde BS 9A 108/2010. Se også omtalen i Risvig Hamer (2020) side 375 flg.

³⁹⁷ Se for eksempel kjennelse av 29. november 2012 *Mediq Danmark A/S*

³⁹⁸ Det finnes imidlertid også noen eksempler på at Klagenævnet har pålagt oppdragsgiver å rette en anskaffelse ved å utlyse på nytt, se for eksempel kjennelse av 24. oktober 2001.

³⁹⁹ Se kjennelse av 9. oktober 2013 *Botex Five*. Her avviste nemnda en påstand om at kontrakten skulle tildeles klager, fordi nemnda ikke hadde hjemmel for å treffe en slik beslutning.

⁴⁰⁰ Se for eksempel kjennelse av 10. februar 2014 *Sønderborg Affald A/S*

6.8 Særlige regler for forsyningssektorene

Håndhevelsesreglene og sanksjonsmulighetene gjelder i utgangspunktet likt for anskaffelser i henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene. Det er imidlertid innført en særregel for visse anskaffelser i olje- og gassektoren.

Klagenævnsløven § 15 har en særregel for oppdragsgivere som utnytter et geografisk område med henblikk på leting etter eller utvinning av olje, gass, kul eller annet fast brensel. Denne bestemmelsen innebærer at klager over slike oppdragsgiveres brudd på anskaffelsesregelverket skal innbringes for SØ- og Handelsretten, og ikke for Klagenævnet for Udbud.⁴⁰¹ Saken er underlagt privat påtale, det vil si en privat straffesak som må reises av klager.

Bakgrunnen for regelen er de særlige forholdene som gjør seg gjeldende især på offshore-området, og da særlig sektorens væravhengighet.⁴⁰² En forsinkelse i et prosjekt kan ofte medføre risiko for at hele prosjektet forsinkes vesentlig eller eventuelt må oppgis helt, og at det derfor i slike saker kan være hensiktsmessig å anvende alternative reaksjonsmuligheter.

SØ- og Handelsretten har i saker om overtredelse av anskaffelsesregelverket følgende reaksjonsmuligheter, jf. § 15, stk. 2 og 3:

- Suspendere anskaffelsesprosedyren eller beslutninger i forbindelse med anskaffelsesprosedyren
- Sette oppdragsgivers ulovlige beslutninger eller anskaffelsesprosedyre til side
- Pålegge oppdragsgiver å rette anskaffelsesprosedyren eller beslutninger i forbindelse med anskaffelsesprosedyren
- Pålegge oppdragsgiver en bot (mulkt) etter § 20
- Pålegge oppdragsgiver å bringe en kontrakt som har blitt erklært uten virkning, til opphør

Disse reaksjonsmulighetene svarer til reaksjonsmulighetene som også gjelder øvrige sektorer. Det som er særegent for olje- og gassektoren er at oppdragsgiver selv kan nedlegge påstand om mulkt. Hvis oppdragsgiver gjør det, kommer reaksjonsmulighetene nevnt i de tre første kulepunktene ikke til anvendelse, jf. § 15, stk. 4.

Dette er altså en gjennomføring av artikkel 2 nr. 1 bokstav c i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene – det som tidligere var omtalt som mulkt-bestemmelsen i norsk rett – der valget mellom om det skal anvendes «ordinære» reaksjoner eller en «alternativ» reaksjon overlates til oppdragsgiver.

Det følger av § 15, stk. 5 at en rekke av de øvrige regler i klagenævnsløven vil gjelde også når SØ- og Handelsretten behandler en anskaffelsessak. Det gjelder følgende regler:

- § 12 (oppsettende virkning)
- § 14 (erstatning)
- §§ 6, stk. 5, 16, 17 og 18, stk. 1 og 2 (regler om sanksjonen «uten virkning»)

⁴⁰¹ Det følger også direkte av lovens § 5, stk. 3 at slike klager ikke kan innbringes for Klagenævnet.

⁴⁰² Jf. forarbeider til loven, L 110 FT 2009-10

Når det gjelder henvisningen til § 12, bemerker vi at dette medfører at også bestemmelsen om automatisk oppsettende virkning (suspensjon) gjelder i denne sektoren,⁴⁰³ uten at vi har klart å identifisere hvordan dette fungerer i praksis.

Vi har for øvrig ikke klart å finne noen slike avgjørelser fra SØ- og Handelsretten.

7. KLAGEFRISTER /SØKSMÅLSFRISTER

7.1 Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser

Det er i klagenævnsløven § 7 innført en rekke preklusive klagefrister.

For klager over brudd på anskaffelsesdirektivene gjelder det følgende klagefrister, jf. § 7, stk. 1:

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klage over at en leverandør ikke har blitt prekvalifisert i en totrinns-prosedyre, jf. § 7, stk. 1	20 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om hvem som er valgt ut, er sendt</i>
Endelig klagefrist etter inngåelse av kontrakt, når oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED, jf. § 7, stk. 2. nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen</i>
Klager som gjelder tildeling av en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen eller en dynamisk innkjøpsordning, og hvor oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildelingen, jf. § 7, stk. 2, nr. 2	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>
Klager som gjelder inngåelse av en rammeavtale, og hvor oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandører om inngåelsen, jf. § 7, stk. 2 nr. 3	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>
Klager over at oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, jf. § 7, stk. 2 nr. 4	20 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om beslutningen</i>
Klage over ulovlig direkte anskaffelse der oppdragsgiver først har foretatt en intensjonskunngjøring, og heretter – etter inngåelse av kontrakten – har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelse i TED, jf. § 7, stk. 3.	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen av kontraktsinngåelsen</i>

Fristforordningen gjelder ved beregning av fristen, jf. nærmere kapittel 3 punkt 2.2.

Når det gjelder fristen på 20 dager til å klage over manglende prekvalifikasjon, har man her lagt seg på en frist som er lenger enn håndhevelsesdirektivenes minstefrist på 10/15 dager, jf. kapittel 3 punkt 2.2. Etter utløp av fristen er klager avskåret fra å klage over at klager ikke selv har blitt prekvalifisert.

⁴⁰³ Se nærmere om vår forståelse av mulkt-bestemmelsens funksjon i dag i kapittel 5 punkt 6.8.

Klager vil derimot ikke senere, etter tildeling av kontrakt, være avskåret fra å klage over at valgte leverandør skulle vært avvist.

Når det gjelder klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt, har man også her lagt seg på en lenger frist enn det som følger av håndhevelsesdirektivene. Slik vi forstår dette, gjelder dette uavhengig av om kontrakt er inngått etter forutgående kunngjøring av konkurransen eller ikke. Denne fristen vil således også gjelde der oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse (uten en intensjonskunngjøring), men hvor kontraktsinngåelsen etterfølgende kunngjøres. Har oppdragsgiver både foretatt en intensjonskunngjøring (og ventet 10 dager med å inngå kontrakt) og en kunngjøring av kontraktsinngåelsen, gjelder det en kortere frist på 30 dager etter bestemmelsens stk. 3.

Denne fristen på 45 dager gjelder likevel ikke ved inngåelse av en rammeavtale, jf. bestemmelsens nr. 3 hvoretter det i slike tilfeller gjelder en klagefrist på 6 måneder. Årsaken til at det er valgt en lenger klagefrist for rammeavtaler er ifølge forarbeidene at en potensiell klager ikke alltid har samme muligheter til å oppdage et brudd på regelverket når det gjelder rammeavtaler som når det gjelder øvrige kontraktsinngåelser. Det vil særlig kunne være tilfellet der rammeavtalen inngås av en innkjøpsentral.

Fristen på 45 dager vil imidlertid gjelde for inngåelse av kontrakter basert på en rammeavtale. Dette gjelder likevel ikke for kontrakten som er tildelt etter gjenåpning av konkurransen og hvor det er sendt en meddelelse om tildeling. I et slikt tilfelle (eller der kontrakten er basert på en dynamisk innkjøpsordning) gjelder den kortere fristen på 30 dager etter bestemmelsens nr. 2. Denne fristen på 30 dager svarer til minsteferien i håndhevelsesdirektivene.

Når det gjelder klagefristen på 20 dager som gjelder for klager over at oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, så omfatter det de tilfellene der en tildelingsbeslutning har blitt satt til side, jf. nærmere punkt 6.5.

For de klagefrister som er angitt med *, følger det eksplisitt av bestemmelsen at klagefristen først begynner å løpe når enten meddelelsen er ledsaget av en begrunnelse for beslutningen, eller når kunngjøringen inneholder en slik begrunnelse. En slik begrunnelse skal sette klageren «*i stand til at vurdere, hvorvidt der skal indgives klage til Klagenævnet*». ⁴⁰⁴ Hvis begrunnelsen ikke er gitt eller er mangelfull, vil fristen altså først begynne å løpe når det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse.

Det er noe uklart hvorfor bestemmelsen ikke stiller krav om begrunnelse når det gjelder klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt. I juridisk litteratur er det lagt til grunn at et slikt krav trolig må innfortolkes. ⁴⁰⁵ Tilsvarende er det uklart hvorfor et slikt krav ikke er stilt når det gjelder klagefristen på 6 måneder som gjelder for rammeavtaler.

Har oppdragsgiver hverken sendt en meddelelse til berørte leverandører eller publisert en slik kunngjøring, vil klagefristen heller ikke begynne å løpe.

Fristen gjelder innbringelse av selve klagen. Klager er derfor ikke avskåret fra å komme med nye påstander etter fristen, når først klagen er inngitt innen fristens utløp. ⁴⁰⁶

Klagenævnet tar for øvrig ikke av egen drift stilling til om klagefristene er overholdt. Det forutsetter altså en påstand om at en frist er overskredet og at klagen av den grunn skal avvises.

Det gjelder også en særlig søksmålsfrist for Konkurrence- og Forbugerstyrelsen (KFST), jf. § 7, stk. 7, som angir at KFST må inngi klage innen 2 år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av

kontraktsinngåelsen i TED. Denne lange klagefristen er særlig begrunnet i behovet for effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser, hvor det kan gå noe lenger tid før brudd avdekkes.

7.2 Frister for klage til Klagenævnet over «nasjonale» anskaffelser

Det er også fastsatt ulike klagefrister for «nasjonale» anskaffelser, det vil si anskaffelser etter tilbudsloven eller udbudsloven avsnitt IV og V:

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klager over anskaffelser der oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildeling av kontrakt, jf. § 4, stk. 4, nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klager som gjelder en rammeavtale, og hvor oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandører, jf. § 7, stk. 4 nr. 2	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klage over at leverandøren ikke har blitt prekvalifisert i en begrenset anbudskonkurranse, jf. § 7, stk. 5	20 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om hvem som er prekvalifisert, er sendt</i>

I alle disse tilfellene må meddelelsen inneholde en begrunnelse for at klagefristen skal begynne å løpe.

Det gjelder en tilsvarende lang klagefrist for KFST når det gjelder «nasjonale» anskaffelser. Etter § 7, stk. 7 skal KFST inngi klage innen 2 år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen.

7.3 Søksmålsfrister

De fristene som gjelder for klage til Klagenævnet for Udbud gjelder tilsvarende for innbringelse av søksmål for domstolene, jf. § 7, stk. 7. Dette forutsetter at saksøkeren ikke først har inngitt en klage til Klagenævnet for Udbud.

Frist for innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene er nærmere omtalt i punkt 4.5.

8. ERSTATNING

8.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav c om erstatning er gjennomført i klagenævnsloven § 14, stk. 1 som har følgende ordlyd:

Efter påstand fra klageren kan Klagenævnet for Udbud pålægge en ordregiver at yde klageren erstatning for det tab, som denne har lidt som følge af en overtrædelse af de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2.

Etter denne bestemmelsen kan altså Klagenævnet pålegge oppdragsgiver å betale erstatning. Dette gjelder både for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene og de nasjonale anskaffelsesreglene i udbudsloven del IV og V, samt tilbudsloven.

Erstatning kan bare tilkjennes når klager nedlegger påstand om erstatning.

Også domstolene kan ilegge erstatning, og domstolene anvender de samme erstatningsvilkårene som Klagenævnet.

8.2 Klagenævnets behandling av erstatningskrav

Som den klare hovedregel, skiller Klagenævnet spørsmålet om erstatning ut til selvstendig behandling i en separat sak.⁴⁰⁷ Det vil si at Klagenævnet først tar stilling til det materielle spørsmålet om brudd på anskaffelsesregelverket og avsier en separat kjennelse om dette (materieell kjennelse). Der det konstateres brudd på regelverket, og det er nedlagt påstand om erstatning, vil Klagenævnet da etterfølgende avsi en separat kjennelse om erstatningsspørsmålet (erstatningskjennelse).

Det er også ganske vanlig at klager ikke nedlegger en erstatningspåstand, men bare forbeholder seg retten til å nedlegge en slik påstand senere dersom klager får medhold i at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket.⁴⁰⁸

At erstatningsspørsmålet utskilles i en egen sak, er kostnadsbesparende for alle parter. Dette spørsmålet vil kun bli relevant hvis klager får medhold i at det har blitt begått et brudd på anskaffelsesregelverket, slik at partene da ikke trenger å argumentere for om erstatningsvilkårene er oppfylt, og klager ikke trenger å beregne og dokumentere tapet dersom det ikke konstateres brudd.

Erfaringen fra Klagenævnet viser også at erstatningsspørsmålet i mange av de sakene der det konstateres brudd, løses utenfor Klagenævnet ved at partene inngår forlik. Ikke alle materielle kjennelser der det konstateres brudd vil altså etterfølges av en erstatningskjennelse.

I en etterfølgende erstatningssak vil partene være bundet av Klagenævnets avgjørelse i den materielle kjennelsen. Det betyr også at partene i utgangspunktet ikke kan komme med nye påstander og anførsler knyttet til det materielle bruddet. Oppdragsgiver er likevel ikke avskåret fra først under erstatningssaken å gjøre gjeldende at klagers tilbud skulle vært avvist.

8.3 Innholdet i erstatningsvilkårene

8.3.1 Generelt om erstatningsvilkårene

Det følger av forarbeidene til Klagenævnetsloven at det skal avgjøres etter dansk retts alminnelige erstatningsregler om det skal tilkjennes erstatning.⁴⁰⁹ Dette innebærer at følgende fire vilkår må være oppfylt for at en forbigått leverandør skal kunne få erstatning:

- 1) Det skal foreligge et ansvarsgrunnlag (en ansvarsbetingende handling eller unnlattelse)
- 2) Den forbigåtte leverandøren må ha lidt et tap
- 3) Det skal være årsakssammenheng mellom den begåtte feilen og tapet (kausaltitet)
- 4) Tapet skal være en påregnelig følge av oppdragsgivers ansvarsbetingende feil (adekvans)

⁴⁰⁷ Se Klagenævnetsloven § 8, stk. 1 som gjelder frister for å innbringe en avgjørelse for domstolen

⁴⁰⁸ Se for eksempel kjennelse av 17. desember 2018 *Joca Trading A/S*

⁴⁰⁹ Se også Klagenævnets uttalelser i kjennelse av 22 november 2001 *Forlaget Magnus A/S*

Klagenævnet tar ikke alltid stilling til alle vilkår. Hvis det er klart at det ikke foreligger årsakssammenheng, er det ikke gitt at Klagenævnet tar stilling til for eksempel spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

Det vil også være relevant å dra inn momenter som egen skyld i at tapet oppstod, passivitet og aksept av risiko, se punkt 8.4.

I Danmark kan en forbigått leverandør tilkjennes erstatning for tapt fortjeneste, det vil si positiv kontraktsinteresse («positiv oppfyldelsesinteresse») og for tilbudskostnader som har vært forgjeves, det vil si negativ kontraktsinteresse. Det gis ikke erstatning for såkalt sjansetap.⁴¹⁰

8.3.2 Nærmere om vilkåret om ansvarsgrunnlag

Vilkåret om ansvarsgrunnlag innebærer først og fremst at oppdragsgiver skal ha brutt anskaffelsesregelverket. Det er likevel ikke alle overtredelser som innebærer at det foreligger et ansvarsgrunnlag.⁴¹¹

Tidligere ble det i dansk rett lagt til grunn at culpa-ansvaret var den relevante ansvarsnormen. Dette gikk man imidlertid bort fra, som en konsekvens av EU-domstolens avgjørelse i C-314/09 *Strabag*.

Det er ikke entydig slått fast hva ansvarsgrunnlaget nå er.⁴¹² Høyesteret har i flere avgjørelser vist til at brudd «etter deres karakter» er ansvarsbetingende, uten at ansvarsgrunnlagets karakter omtales nærmere.⁴¹³ Det må likevel kunne slås fast at ansvarsgrunnlaget i Danmark er et tilnærmet objektivt ansvar, og dette er i juridisk litteratur formulert slik:⁴¹⁴

Det skal i utgangspunktet anlegges en culpabedømmelse, også når der er tale om ansvar for forhold, der ligger forud for aftaleindgåelsen, dvs, en bedømmelse af, om udbyder har udvist forsømmelighed (forsæt eller uagtsomhed). Culpabedømmelsen på udbudsområdet er imidlertid i retspraksis objektiviseret. Der skal navnlig etter den seneste retspraksis fra EU-Domstolen og Høyesteret anlægges en så streng ansvarsnorm, at ansvarsgrunnlaget nærmere sig et objektivt ansvar.

Så vidt vi er kjent med, finnes det bare ett eksempel der en oppdragsgiver har blitt frifunnet fra erstatningsansvar med henvisning til ansvarsnormen. Det gjelder en avgjørelse fra Østre Landsret, der oppdragsgiver ikke ble ansett for å ha handlet ansvarsbetingende ettersom oppdragsgiver hadde rettet seg etter danske myndigheters tolkning av EU-anskaffelsesreglene, og ikke hadde hatt grunnlag for å stille spørsmål ved denne tolkningen.⁴¹⁵

Det legges derfor til grunn at oppdragsgiver i utgangspunktet har handlet ansvarsbetingende når EU-anskaffelsesreglene har blitt brutt.⁴¹⁶ Dette vil typisk gjelde når det begås feil i forbindelse med kvalifikasjon av leverandørene, ved tilbudsevaluering og i forbindelse med avvisning for øvrig. Feil i konkurransegrunnlaget og ulovlige endringer i dette vil også ofte være ansvarsbetingende.

Det vil likevel være noen typer av feil som ikke anses som tilstrekkelig kvalifiserte, og som ikke vil utløse ansvarsgrunnlag.⁴¹⁷ Dette vil gjelde mindre «formelle feil» som for eksempel der oppdragsgiver

⁴¹⁰ Se for eksempel omtalen i Berg (2012) side 898

⁴¹¹ Se for eksempel Risvig Hamer (2020) side 402 flg.

⁴¹² Se Fabricius (2017) side 828

⁴¹³ Se for eksempel U.2011.1955

⁴¹⁴ Se Berg (2012) side 892 flg.

⁴¹⁵ U.2009.1331 Ø *Taxi-Stig*

⁴¹⁶ Se Risvig Hamer (2020) side 404 flg.

⁴¹⁷ Se for eksempel Fabricius (2017) side 831

ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse. I slike tilfeller vil da ofte heller ikke kravet til årsakssammenheng være oppfylt.

Vi merker oss at det for øvrig i den danske juridiske teorien anføres at spørsmålet om ansvarsgrunnlag mest er av akademisk interesse om normen er culpa eller et tilstrekkelig kvalifisert brudd, med henvisning til at forskjellen mellom disse to modellene vil utlignes av de øvrige vilkårene for erstatning.⁴¹⁸

Når det gjelder brudd på det nasjonale anskaffelsesregelverket, er det imidlertid godt mulig at ansvarsnormen er noe nærmere culpa.⁴¹⁹

8.3.3 Nærmere om vilkåret om tap

Når det gjelder vilkåret om at den forbigåtte leverandøren må ha lidt et tap, innebærer det at klager må godtgjøre at det foreligger et tap og dokumentere eller sannsynliggjøre størrelsen på dette.⁴²⁰

Det finnes eksempler fra den generelle erstatningsretten på at denne bevisbyrden lempes ved særlige grove overtredelser, og dette vil trolig også gjelde ved overtredelser av anskaffelsesregelverket.

Når det gjelder tapsoppgjørelsen og utmålingen vises det til avsnitt 8.5.

8.3.4 Nærmere om kravet til årsakssammenheng

8.3.4.1 Innledning

Innholdet i kravet til årsakssammenheng, avhenger av om det gjelder erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

8.3.4.2 Den positive kontraktsinteressen

Når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteressen, må det godtgjøres at kontrakten – dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen – med overveiende sannsynlighet ville blitt tildelt klager. Denne bevisbyrden ligger på klager. Er det ikke ubetydelig tvil om at klager ville fått kontrakten, vil det ikke foreligge nødvendig årsakssammenheng.

I juridisk litteratur legges det til grunn at det vil være ganske vanskelig for klager å sannsynliggjøre at klager ville fått kontrakten.⁴²¹ Dette vil i hovedsak være mulig der klager har blitt nr. 2 i konkurransen, og vinnende leverandør skulle vært avvist.

En helt sentral betingelse for at det foreligger årsakssammenheng er imidlertid at klager lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten.

Dette innebærer for det første at det i det hele tatt må være mulig å foreta en lovlig tildelingsbeslutning på grunnlag av anskaffelsesdokumentene og den gjennomførte konkurransen. Er det ikke mulig vil det foreligge en avlysningsplikt. Det er derfor fast praksis at kontrakten ikke lovlig vil kunne tildeles klager der det foreligger så alvorlige feil at konkurransegrunnlaget «ikke kan danne grunnlag for en lovlig

⁴¹⁸ Se for eksempel Fabricius (2017) side 831 flg.

⁴¹⁹ Se Fabricius (2017) side 832

⁴²⁰ Se for eksempel kjennelse av 9. februar 2017 *Bricks A/S*

⁴²¹ Se Fabricius (2017) side 835 flg. Se også kjennelse av 3. juli 2002 *Judex A/S*.

tildelingsbeslutning». Det kan for eksempel være tilfellet der tildelingskriteriene er ulovlige⁴²² eller der konkurransegrunnlaget er uklart.⁴²³

Der det ikke forelå en avlysningsplikt, men hvor oppdragsgiver faktisk har avlyst konkurransen og det forelå saklig grunn til dette, for eksempel på grunn av manglende konkurranse eller fordi tilbudene oversteg budsjettet, vil dette som det klare utgangspunktet også avskjære erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁴²⁴ Se i den forbindelse kjennelse av 4. august 2009 *Mölnlycke Health Care ApS* der Klagenævnet uttaler:

Ved at annullere et fejlbehæftet udbud får den ordregiveren mulighed for at gennemføre et nyt udbud uden fejl, og der vil som udgangspunkt ikke være grundlag for at pålægge en ordregiver, der med den anførte saglige grund annullerer et udbud, at betale tilbudsgivere erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse.

Der det bare forelå avvisningsrett (det vil si at oppdragsgiver hadde saklig grunn til å avlyse), men hvor oppdragsgiver ikke har benyttet seg av denne, vil kravet til årsakssammenheng i utgangspunktet være oppfylt. Erstatning kan likevel avskjæres, dersom det med overveiende grad av sannsynlighet kan bevises at oppdragsgiver faktisk ville avlyst konkurransen. Det er ikke tilstrekkelig å pretendere dette.⁴²⁵ Oppdragsgiver må nedlegge påstand om at konkurransen ville blitt avlyst, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden.⁴²⁶ Bevisbyrden er altså snudd i dette tilfellet.

Kontrakten vil for det andre heller ikke lovlig kunne tildeles klager der klagers tilbud er avvist eller skulle vært avvist. I et slikt tilfeller foreligger det ingen årsakssammenheng mellom klagers tap og oppdragsgivers håndtering av anskaffelsesprosessen.⁴²⁷ Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at klagers tilbud ikke lovlig kunne aksepteres, slik at bevisbyrden altså også her snus. Dette fremgår for eksempel av U.2002.1180H der landsretten uttaler:

*Det er sagsøgte, der skal bevise, at Krüger i forbindelse med sit arbejde i tiden forud for licitationen havde begået alvorlige fejl, således at sagsøgte i medfør af udbudsdirektivets artikel 23, litra d, kunne se bort fra tilbuddet.
[...]*

En rett til å avvise tilbudet vil derimot i utgangspunktet ikke bety at det ikke foreligger årsakssammenheng hvis ikke oppdragsgiver faktisk har benyttet seg av denne retten.

Årsakssammenheng vil heller ikke foreligge der klager ikke har deltatt i en konkurranse om kontrakten. Det vil for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, eller der det er gjennomført en konkurranse, men hvor klager ikke har inngitt tilbud.⁴²⁸ I disse tilfellene vil det ikke med overveiende grad av sannsynlighet kunne godtgjøres at klager ville fått kontrakten, om feilen ikke hadde blitt begått.

8.3.4.3 Den negative kontraktsinteressen

⁴²² Se for eksempel kjennelse av 8. januar 2011 *OK Entreprise A/S* der det var oppstilt ulovlige tildelingskriterier.

⁴²³ Se for eksempel kjennelse av 20. mai 2014 *Maxys A/S*

⁴²⁴ Se for eksempel kjennelse av 19. oktober 2010

⁴²⁵ Se for eksempel U.2012.2952 H *Montenaisien* om oppdragsgivers bevisbyrde i et slikt tilfelle. I denne saken fant man det ikke godtgjort, fordi myndigheten var internasjonalt forpliktet til å utøve oppgaven og man hadde dårlig tid. Se også kjennelser av 16. januar 2013 og 7. juli 2005 *Brunata A/S*.

⁴²⁶ Se Risvig (2020) side 417 flg.

⁴²⁷ Se for eksempel kjennelse av 24. mars 2004 *M.J. Eriksson A/S*

⁴²⁸ Se for eksempel U.2009.1331 Ø

Hva som ligger i kravet til årsakssammenheng ved den negative kontraktsinteressen er ikke helt klart, og Klagenævnet synes i noen tilfeller å tilkjenne erstatning ut ifra rimelighetsbetraktninger.⁴²⁹ Det dominerende synspunktet er imidlertid at leverandøren i slike tilfeller må godtgjøre at leverandøren «ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt», jf. formuleringen i § 14, stk. 2 som etter sin ordlyd bare gjelder for forsyningssektorene.⁴³⁰

I utgangspunktet gjelder der altså også for den negative kontraktsinteressen den betingelsen at klager lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten.

Det vil i utgangspunktet ikke være tilfellet der leverandørens tilbud har blitt eller skulle vært avvist.⁴³¹

Som for positiv kontraktsinteresse vil en avvisningsrett i utgangspunktet ikke avskjære erstatning hvis ikke oppdragsgiver har benyttet seg av denne retten (eller for øvrig ikke kan bevise at man ville benyttet seg av denne retten).

Når det gjelder spørsmålet om betydningen av at det foreligger avlysningsplikt, er det imidlertid en forskjell fra den positive kontraktsinteressen. I slike tilfeller vil ikke erstatning for den negative kontraktsinteressen alltid være avskåret. Dette avhenger av om det foreligger «synlige feil», altså feil som klager var eller burde være kjent med. Ut fra praksis ser det gjennomgående ut til at det er tilstrekkelig at forholdet som utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket, fremgår av konkurransegrunnlaget. Det stilles med andre ord høye krav til tilbydernes aktsomhet.

Et eksempel på en synlig feil i konkurransegrunnlaget er at det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium.⁴³²

Et annet eksempel finnes i U.2005.1799 H *Metro-saken* der et av spørsmålene i saken gjaldt rådgiverhabilitet og om valgte leverandør hadde fått en fordel. Her kjente leverandøren til at en av deltakerne i konsortiet hadde bistått som rådgiver, og Højesteret uttalte følgende:

Det kan endvidere ikke antages, at EMG, der efter prækvalifikationen vidste, at Carl Bro var rådgiver for CMG, ville have undladt at afgive tilbud, hvis de havde vidst, at Carl Bro også skulle deltage som rådgiver for ØSS i evalueringen vedrørende miljø. Der er heller ikke de fornødne holdepunkter for at antage, at den manglende overholdelse af udbudsreglerne har medført, at en reel mulighed for EMG for at få kontrakten er blevet forspildt, jf. den dagældende § 13 a i lov om Klagenævnet for Udbud. Der er derfor ikke grundlag for at tilkende EMG erstatning for udgifterne ved deltagelse i konkurrencen.

Dette spørsmålet om synlige feil blir i noen sammenheng også vurdert under temaet klagers egen skyld, se punkt 8.4.

Utgangspunktet er altså at en forbigått leverandør bare vil kunne få erstatning for den negative kontraktsinteressen, der leverandøren først hadde mulighet for å oppdage bruddet etter tilbudsinngivelse. Erstatning vil da kunne gis uavhengig av om oppdragsgiver lovlig vil kunne avlyse konkurransen, se for eksempel kjennelse av 12. august 2011 *Falck Danmark A/S*, der Klagenævnet uttaler:

Klageren havde ikke mulighed for at forudse de pågældende fejl, som alle angik kontrolbuddet. Tværtimod var klageren berettiget til at forvente, at sådanne fejl

⁴²⁹ Se Risvig (2020) side 422

⁴³⁰ Selv om denne regelen etter sin ordlyd bare gjelder forsyningssektorene, er det generelt antatt at dette uansett gjelder etter alminnelig dansk anskaffelsesrett, se dette kapittel punkt 8.6.

⁴³¹ Se for eksempel kjennelse av 24. november 2015 GKV Brandmateriel ApS

⁴³² Se for eksempel kjennelse av 14. september 2011

ikke blev begået. Det lægges til grund, at klageren ikke ville have afgivet tilbud, hvis klageren havde vidst, at fejlene ville opstå. Kravet om årsagsforbindelse er derfor opfyldt. Det ændrer ikke herved, at indklagede lovligt kunne annullere udbuddet.

Det finnes likevel noen eldre eksempler på at klager har fått erstatning for den negative kontraktsinteressen, på tross av synlig feil hvor disse har vært særlig grove.⁴³³ Nyere praksis kan likevel tyde på at man har beveget seg vekk fra dette.⁴³⁴

Der det har skjedd flere overtredelser, vurderes hver overtredelse for seg.⁴³⁵ Er de synlige overtredelsen så grove at konkurransebetingelsene ikke kan danne grunnlag for en lovlig tildeling, vil det imidlertid uansett ikke foreligge årsakssammenheng på grunnlag av andre usynlige feil.⁴³⁶

Klager vil heller ikke kunne få negativ kontraktsinteresse, der overtredelsen ikke har hatt noen betydning for utfallet av konkurransen, eksempelvis hvis det har skjedd en mindre feil i evalueringen som ikke har påvirket rangeringen.⁴³⁷ Det oppstilles altså et innvirkningskrav.

8.3.5 Nærmere om kravet til adekvans

Vilkåret om adekvans innebærer at oppdragsgiver ikke kan bli pålagt erstatningsansvar for helt upåregnelige følger av brudd på anskaffelsesregelverket.

I juridisk litteratur tas det til orde for at kravet til adekvans har liten betydning i anskaffelsesrettslige sammenhenger, fordi krav knyttet til tapt fortjeneste eller forgjeves avholdte kostander til å delta alltid vil være påregnelig.⁴³⁸ Vilkåret om adekvans vil derfor i utgangspunktet alltid være oppfylt i slike tilfeller.

Tap som følge av at klager ikke kunne gi tilbud i andre konkurranser eller krav om erstatning for mistet goodwill vil derimot ikke oppfylle kravet til adekvans.⁴³⁹

8.4 Nedsettelse eller bortfall som følge av egen skyld eller aksept av risiko

Erstatningskravet kan nedsettes eller bortfalle der den forbigåtte leverandøren selv har medvirket til skadens inntreden. Hvis leverandøren har vært kjent med risikoen, vil erstatningskravet i utgangspunktet bortfalle helt.

Når det gjelder leverandørens egen medvirkning, vil dette bare sjeldent være aktuelt ved erstatningskrav for overtredelse av anskaffelsesreglene.⁴⁴⁰ Et eksempel på at et erstatningskrav har bortfalt et slikt tilfelle finnes i U.2006.993 V. I den saken hadde leverandøren rettet uformell henvendelse til ansatte hos oppdragsgiver og hadde da mottatt feilaktige opplysninger. Her la landsretten til grunn at leverandøren ved å ha lagt slike opplysninger til grunn, uten at det ble endret i konkurransegrunnlaget eller at opplysningene i øvrig hadde blitt kommunisert til samtlige leverandører, hadde pådratt seg risikoen for opplysningenes riktighet.

⁴³³ Se for eksempel kjennelse av 26. november 2012

⁴³⁴ Se Fabricius (2017) side 840

⁴³⁵ Se for eksempel kjennelse av 5. mars 2009

⁴³⁶ Se for eksempel kjennelse av 25. november 2011

⁴³⁷ Se for eksempel kjennelse av 23. februar 2012

⁴³⁸ Se for eksempel Fabricius (2017) side 832 og Berg (2012) side 897

⁴³⁹ Se for eksempel kjennelse av 13. desember 2022 *Øens Taxa*

⁴⁴⁰ Se for eksempel Risvig Hamer (2020) side 424 flg.

Det forhold at leverandørene inngir tilbud selv om konkurransegrunnlaget inneholder synlige feil, er behandlet over under vilkåret om årsakssammenheng. Dette er imidlertid også et utslag av aksept av risiko, og slike argumenter har i noen saker blitt dratt inn med denne begrunnelsen i stedet for under årsakssammenhengskravet.⁴⁴¹

Etter den alminnelige erstatningsretten vil også passivitet kunne føre til bortfall. Leverandøren må således i utgangspunktet fremme erstatningskravet innen rimelig tid. Vi er imidlertid ikke kjent med at det foreligger saker der passivitet har blitt påberopt/har blitt tillagt betydning.

8.5 Utmåling av erstatning

Når det gjelder den **positive kontraktsinteressen**, så knytter tapsoppstillingen seg til som hovedregel både til den mistede nettofortjenesten og det dekningsbidraget (bidrag til de faste utgifter).⁴⁴² Leverandøren må legge frem for eksempel regnskap, kalkuleringer og eventuelt innhente revisorerklæringer. Kravene til bevis er relativt strenge,⁴⁴³ og erstatningskrav vil som utgangspunkt bli avvist der det bare nedlegges en påstand om erstatning av en gitt sum.⁴⁴⁴

Ved utmåling av erstatningsbeløpet tas det i utstrakt grad hensyn til at situasjonen vil kunne utviklet seg i mer negativ retning enn det klager har kalkulert med. Både Klagenævnet og domstolen vil derfor ved utmålingen normalt foreta et skjønnsmessig fradrag begrunnet i den usikkerheten som knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget. Et slikt fradrag inkluderer den sparte prosjektrisikoen, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse.

Ved utmålingen ses det også hen til om klager generelt i sin virksomhet kan oppnå denne graden av dekningsbidrag, og om det er særlige risikoer forbundet med den aktuelle kontrakten.

Flere eksempler på slike fradrag finnes i rettspraksis.⁴⁴⁵

I U.2011.1955H *Amager Strandpark* regnet leverandøren ut tapet til drøyt DKK 20 millioner, som tilsvarte ca. 10 % av tilbudssummen. Leverandøren ble tilkjent DKK 8 millioner, litt under 5 % av tilbudssummen. Høyesteret uttalte da følgende:

Per Aarsleff A/S har herefter krav på erstatning for sit tab i form af mistet fortjeneste. Ved fastsættelsen af erstatningens størrelse må der bl.a. tages hensyn til usikkerheden med hensyn til, om virksomheden faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og usikkerheden med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forøgelse af de faste omkostninger. Erstatningen for mistet fortjeneste fastsættes herefter skønsmæssigt til 8 mio. kr. Der er ikke grundlag for herudover

⁴⁴¹ Se for eksempel kjennelse av 21. februar 2007 *MT Højgaard A/S* og kjennelse av 15. september 2016 *SIM Lægekørsel I/S*

⁴⁴² Se for eksempel U.2011,1955 H

⁴⁴³ Se Fabricius (2017) side 843

⁴⁴⁴ Se for eksempel kjennelse av 1. november 2004 *H.O. Service A/S*. Eller i hvert fall bli redusert. I kjennelse 9. februar 2017 *Brick A/S* var det fremmet krav om 1,7 mill., men dette var ikke tilstrekkelig dokumentert, og klager fikk tilkjent DKK 20 000. I kjennelse av 12. august 2011 *Falck Danmark A/S* hadde klager fremmet et krav på DKK 206 788, men hadde bare fremlagt en beregning i et Excel-ark. Her var det imidlertid utvilsomt at klager hadde hatt et ikke ubetydelig tap, og fikk tilkjent DKK 100 000.

⁴⁴⁵ Se for eksempel U.2012.2952H *Montenaisen* der leverandøren hadde fremsatt et krav på DKK 8 millioner, svarende til et dekningsbidrag på 8 %. Dette ble skjønnsmessig nedsatt til DKK 4 millioner på grunn av usikkerhet ved om leverandøren ville klart å realisere dette.

at yde erstatning for de lønudgifter mv., som er medtaget i Per Aarsleff A/S' erstatningsoppgørelse.

Et annet eksempel er U.2007.2106H der saksøker hadde fremmet et krav på DKK 11,7 millioner, men bare fikk tilkjent DKK 3 millioner. Højesteret la her vekt på at leverandøren opererte i et sterkt konkurransepreget marked og generelt hadde lav inntjeningsmargin. Videre ble det lagt vekt på at oppstillingen av tapet var beheftet med en betydelig usikkerhet, blant annet en spesiell usikkerhet knyttet til at det skulle anvendes en ny og uprøvd busstype.

Det finnes også en rekke kjennelser fra Klagenævnet der leverandøren får nedsatt erstatningsbeløpet.⁴⁴⁶

Et eksempel er kjennelse av 16. januar 2013 *Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S*, der klager hadde krevde drøyt DKK 4 millioner, men bare fikk tilkjent DKK 1,2 millioner. Oppdragsgiver hadde blant annet anført at klager hadde estimert kostnader til uforutsette omstendigheter, selv om klager ikke skulle utføre entreprisen, og at klager heller ikke hadde tatt hensyn til at klager ved å ikke skulle utføre entreprisen, ville få frigjort kapasitet som ville gi klager mulighet til å utføre andre entrepriser. Klagenævnet uttalte i den forbindelse følgende:

Bevisbyrden, for i hvilket omfang klageren har lidt et tab, påhviler klageren.

Denne bevisbyrde er alene søgt løftet ved klagerens egen tilbudskalkulation. Flere af posterne vedrørende kostpriser for underleverandører er udokumenterede eller ikke medregnet. Opgørelsen over egenproduktion indeholder ingen nærmere redegørelse herfor udover, at der opereres med en dækningsgrad på 13,7 % inden beregning af totalentreprenørvederlag. Klageren har ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger om gennemsnitlige dækningsbidrag eller tilsvarende, der kan bestyrke det opgjorte tab. Klageren har endvidere medregnet tillægsarbejder uanset indklagedes ubestridte oplysning om, at der ikke under den indgåede kontrakt er medtaget tillægsarbejder. Klagerens opgørelse er herefter ikke i sig selv tilstrækkelig til at løfte bevisbyrden for tabets størrelse.

Klagenævnet fastsætter derfor erstatningen skønsmæssigt ud fra de foreliggende oplysninger. Ved fastsættelsen er der taget hensyn til den usikkerhed, der er i klagerens opgørelse af tabet, den hos klageren frigjorte kapacitet ved ikke at skulle udføre opgaven, og at klageren er frigjort for den risiko, der er ved gennemførelse af en entreprise.

Praksis viser altså at det skjer en betydelig redusering av erstatningsbeløpet. I U.2011.1955H *Amager Strandpark* omtalt over, utgjorde erstatningsbeløpet som nevnt rundt 5 % av tilbudsprisen.

Fabricius formulerer seg om det generelle erstatningsnivået slikt:

I praksis udmåles erstatning for positiv opfyldelsesinteresse skønsmæssigt, og det er vel det almindelige indtryk, at erstatningsniveauet er relativt beskedent.

Når det gjelder tapsoppstillingen for den **negative kontraktsinteressen**, må leverandøren kunne fremlegge dokumentasjon for de faktisk pådratte kostnadene og forbrukte ressurser i forbindelse med

⁴⁴⁶ Se for eksempel også kjennelser av 20. juli 2010 *Otto P. Nedergaard A/S* der klager hadde fremsatt et krav på knapp DKK 3,5 millioner og fikk tilkjent DKK 1 million, og kjennelse av 21. september 2010 *Balle Blik & VVS ApS* der klager hadde fremsatt et krav på knapp DKK 1,3 millioner og fikk tilkjent DKK 400 000, og kjennelse av

deltakelsen i konkurransen, for eksempel i form av timelister, lønnsutgifter, utgifter til underleverandører osv.

Det finnes likevel noen eksempler på at Klagenævnet tilkjenner en beskjeden erstatning basert på skjønn uten slik dokumentasjon, hvis det står klart at det er lidt et tap.⁴⁴⁷

Det vil også kunne tas hensyn til om klager vil kunne gjenbruke tilbudsarbeidet i en senere konkurranse, for eksempel i forbindelse med en ny konkurranse etter en avlysning. Kostnader til advokat i forbindelse med en etterfølgende sak for Klagenævnet kan derimot ikke inngå i selve erstatningsbeløpet; slike kostnader kan derimot eventuelt dekkes gjennom tilkjenning av sakskostnader, jf. punkt 4.4.

Vi viser for øvrig til punkt 8.7 der vi redegjør for de faktiske erstatningsbeløp.

8.6 Særlig om erstatning i forsyningssektorene

Det gjelder i utgangspunktet de samme erstatningsregler for brudd på anskaffelsesregelverket for forsyningssektorene.

Det er likevel for disse sektorene innført en særlig bevisregel i klagenævnsløven § 14, stk. 2 som har følgende ordlyd:

Når en klager nedlægger påstand om erstatning for omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller for deltagelse i et udbud, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal klageren alene godtgøre, at ordregiveren har overtrådt EU-udbudsreglerne, og at klageren ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt.

Dette er en gjennomføring av håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7.

Dette må imidlertid antas å være en presisering av hva som uansett gjelder etter alminnelig dansk anskaffelsesrett.⁴⁴⁸ Dette innebærer altså ikke noen materiell forskjell mellom det som gjelder i klassisk sektor og forsyningssektorene.

8.7 Omfanget av klagesaker og rettsaker om erstatning

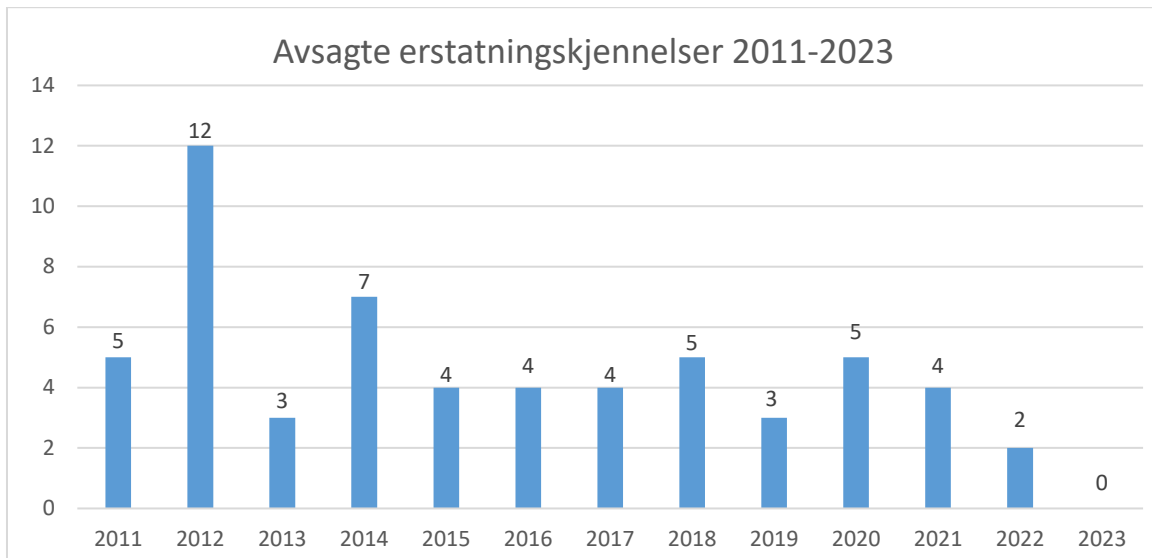
8.7.1 Erstatningskjennelser fra Klagenævnet

I perioden fra 2011 til dags dato, har Klagenævnet avsagt totalt 58 erstatningskjennelser.⁴⁴⁹ Så langt er det ikke offentliggjort noen erstatningskjennelser i 2023.

⁴⁴⁷ Se for eksempel 19. august 2011 *VMaaling-Fyn v/Jakob Storm* der klager hadde fremsatt et krav om DKK 50 000 og fikk tilkjent DKK 5 000.

⁴⁴⁸ Se Risvig Hamer (2020) side 437

⁴⁴⁹ Erstatningskjennelsene fra denne perioden er tilgjengelige på Klagenævnets hjemmeside: <https://klfu.naevneshus.dk/>. Vi har gjennomgått samtlige tilgjengelige erstatningskjennelser fra 2011 og frem.



Erstatningskjennelser avsies som redegjort for i punkt 8.2 som hovedregel bare etter at det er avsagt en materiell kjennelse, der det konstateres brudd på anskaffelsesregelverket. Det er derfor fremsatt erstatningskrav i langt flere saker enn statistikken gir uttrykk for, men disse resulterer da ikke i en etterfølgende erstatningskjennelse når det ikke konstateres brudd. Det hører også med til det totale bildet, at erstatningssøksmålet – som også nevnt i ovenstående avsnitt – i en rekke saker blir trukket eller, hvor klager bare har tatt forbehold om å fremme erstatningssøksmål og som ikke blir fremmet fordi partene inngår forlik.

Av de totalt 58 erstatningskjennelsene som er avsagt i denne perioden har det blitt tilkjent erstatning i totalt 32 saker. Dette svarer til drøyt 55 % av erstatningskjennelsene.

I 20 av disse sakene har klager blitt tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, tilsvarende knapt 35 %. Erstatningsbeløpene ligger i størrelsesordenen fra DKK 80 000 til 6 millioner.

Erstatningsbeløpene utgjør:

- Under DKK 1 millioner i ni saker
- Mellom DKK 1 millioner og 1,5 millioner i seks saker
- Mellom DKK 2 millioner og 2,5 millioner i tre saker
- DKK 5 millioner i én sak
- DKK 6 millioner i én sak

Det er sammenlagt i disse 20 sakene ilagt erstatning for den positive kontraktsinteressen på DKK 29 758 140, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen da utgjør knappe DKK 1,5 million DKK.

I 12 saker er det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen, tilsvarende drøyt 20 % av de totalt 58 erstatningskjennelsene. Erstatningsbeløpene for den negative kontraktsinteressen ligger i størrelsesordenen DKK 5 000 til 650 000. Erstatningsbeløpene utgjør:

- Mellom DKK 5 000 og 50 000 i seks saker
- Mellom DKK 60 000 og 100 000 i tre saker
- DKK 175 000 i én sak
- DKK 406 210 i én sak

- DKK 650 000 i én sak

Det er sammenlagt ilagt erstatning for DKK 1 680 210 for den negative kontraktsinteressen, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen da utgjør drøye DKK 140 000.

8.7.2 Rettspraksis

Som redegjort for i punkt 4.5, kan Klagenævnets avgjørelser innbringes for domstolene. Ifølge opplysninger på Klagenævnets hjemmeside, har imidlertid bare 4 erstatningskjennelser blitt innbragt for domstolen. Det gjelder følgende avgjørelser:

- Kjennelse av 19. november 2015 *Kai Andersen A/S*: Her nedsatte Landsretten erstatningsbeløpet fra DKK 6 millioner til 4 millioner.
- Kjennelse av 8. oktober 2020 *G4S Security Services A/S*: Her stadfestet byretten Klagenævnets avgjørelse om frifinnelse.
- Kjennelse av 17. desember 2020 *De Forende Dampvaskerier A/S*: Her forhøyet byretten erstatningsbeløpet fra DKK 2,5 millioner til drøyt 4,1 millioner.
- Kjennelse av 10. februar 2021 *EkspONENT ApS*: Her hadde Klagenævnet tilkjent en erstatning på DKK 1,2 millioner, men oppdragsgiver ble frifunnet av landsretten.

Det er en også rekke materielle avgjørelser som har blitt innbragt for domstolene, og hvor erstatningspåstand da har blitt nedlagt under domstolsbehandlingen. Vi har ikke en full oversikt over disse sakene. Ved en gjennomgang av relevante saker i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR), har vi imidlertid identifisert syv avgjørelser fra Højesteret om erstatning for brudd på anskaffelsesdirektivene:⁴⁵⁰

- I én av sakene konstaterte Højesteret at det ikke forelå noe brudd på anskaffelsesregelverket.⁴⁵¹
- I to av sakene ble det konstatert brudd på regelverket, men den forbigåtte leverandøren ble ikke tilkjent erstatning.⁴⁵²
- I tre av sakene ble det tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse på henholdsvis DKK 3, 4 og 8 millioner.⁴⁵³
- I én av sakene ble det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen på DKK 893 018.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Vi har også identifisert 4 eldre avgjørelser som gjelder erstatning for brudd på licitationsloven/tilbudsloven: U.1985.550H, U.1997.1308H, U.1999.11H og U.2000.1561H. Disse går vi ikke nærmere inn i her.

⁴⁵¹ U.2011.3129H

⁴⁵² U.2004.1294H og U.2005.1799H

⁴⁵³ U.2007.2106H, U.2012.2952H og U.2011.1955H

⁴⁵⁴ U.2002.1180H

9. SANKSJONER

9.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivenes bestemmelser om sanksjoner, uten virkning og alternative sanksjoner er gjennomført i klagenævnsløven §§ 16-19. Dette er langt på vei en direkte gjennomføring av direktivbestemmelsene.

Det er likevel noen sentrale forskjeller mellom de danske og de norske sanksjonsreglene. Særlig fremtredende er denne forskjellen når det gjelder bøtenivået. I Danmark er høyeste bøtesats 5 % av kontraktsverdien, og det er innført et maksimalt tak på DKK 10 millioner, se nærmere i punkt 9.4. En annen forskjell er at man i Danmark ikke har valgt å innføre sanksjonen «uten virkning» ex tunc, se punkt 9.3. Det er også interessant å merke seg at Klagenævnet, med henvisning til EMK artikkel 6, ikke er gitt kompetanse til å gi bøter til oppdragsgivere som ikke er en del av den offentlige forvaltningen, men som er etablert på et privatrettslig grunnlag, se nærmere i punkt 9.4.

Tilsvarende regler om sanksjoner er ikke innført for «nasjonale» anskaffelser, det vil si anskaffelser som omfattes av udbudsloven avsnitt IV og V eller tilbudsloven.

9.2 Regler om «uten virkning»

Regler om sanksjonen «uten virkning» er tatt inn i klagenævnsløven § 16 og 17. Her sondres det mellom tilfeller der en kontrakt *kan* og *skal* erklæres uten virkning.

En kontrakt som er omfattet av anskaffelsesdirektivene **kan erklæres uten virkning** i følgende to tilfeller, jf. § 16:

- Når kontrakten er inngått i karenperioden
- Når kontrakt er inngått i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning etter § 12.

Dette er en gjennomføring av håndhevelsesdirektivenes artikkel 2e, nr. 1.

Når Klagenævnet ikke erklærer en kontrakt uten virkning etter § 16, skal oppdragsgiver i stedet ilegges en alternativ sanksjon etter §§ 19 eller 20, jf. § 18, stk. 2, se nærmere i punkt 9.3. Det betyr altså at Klagenævnet her har et valg mellom å erklære kontrakten uten virkning eller ilegge en alternativ sanksjon – i motsetning til i Norge, der domstolene i en slik situasjon bare har mulighet til å ilegge alternative sanksjoner, jf. LOA § 14 (1) bokstav a nr. 2. Det forutsettes i forarbeidene at Klagenævnet vil velge den mest proporsjonale sanksjonen.

Når det gjelder kontrakter som inngås i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning, omfatter dette både suspensjonsperioden og der Klagenævnet har tillagt klagen oppsettende virkning. Som redegjort for i punkt 2.4 skal klager underrette oppdragsgiver om klagen, men dette er ikke en betingelse for at suspensjonen inntreffer. Har oppdragsgiver ikke blitt underrettet og har inngått kontrakt i god tro, kan kontrakten uansett erklæres uten virkning eller det kan ilegges alternative sanksjoner. Et eksempel på dette finnes i kjennelse av 7. mai 2015 *Rengoering.com*, der oppdragsgiver ble ilagt den laveste mulige økonomiske sanksjonen på DKK 25 000, se nærmere i punkt 9.4.

En kontrakt som er omfattet av anskaffelsesdirektivene **skal erklæres uten virkning** i følgende fire tilfeller som følger av håndhevelsesdirektivene, jf. § 17, stk. 1:

- Når oppdragsgiver i strid med anskaffelsesdirektivene har inngått en kontrakt uten forutgående kunngjøring (ulovlig direkteanskaffelse)

- Når kontrakt er inngått i karenperioden eller i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning, samtidig som oppdragsgiver har brutt anskaffelsesdirektivene på en måte som har påvirket klagers muligheten til å få tildelt kontrakt
- Når en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen er inngått i strid med reglene i direktivet og den anslåtte kontraktsverdien overstiger EØS-terskelverdiene
- Når en kontrakt basert på en dynamisk innkjøpsordning, er inngått i strid med reglene i direktivet og den anslåtte kontraktsverdien overstiger EØS-terskelverdiene.

Når det gjelder regelen i andre kulepunkt, der det etter håndhevelsesdirektivet også et vilkår at bruddet på karenregelen eller suspensjonsregelen, at dette bruddet skal ha fratatt klager muligheten for å iverksette rettslige skritt. Dette vilkåret er ikke tatt med i den danske bestemmelsen og Klagenævnet ser ikke ut til å ha tolket dette inn.⁴⁵⁵

I Danmark har man også valgt å innføre følgende mulige unntaksregler der kontrakten likevel ikke erklæres uten virkning:

Når en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen eller en dynamisk innkjøpsordning, kan kontrakten likevel ikke erklæres uten virkning, hvis oppdragsgiver gir en begrunnelse og overholder en frivillig karenperiode, jf. § 17, stk. 2.

Hva gjelder en ulovlig direkte anskaffelse, når oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring og ventet 10 kalenderdager med å inngå kontrakt, jf. § 4.

Når allmennhetens interesser gjør det nødvendig at kontrakten fortsatt skal ha virkning, jf. § 17, stk. 3.

For unntakene i både første og andre kulepunkt er det en eksplisitt forutsetning at oppdragsgiver finner at kontraktsinngåelsen er lovlig. Oppdragsgiver må altså være i god tro. Om dette skrives følgende i forarbeidene til klagenævnsloven (vår understrekning):⁴⁵⁶

Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås på basis af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem, og Klagenævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med hensyn til, lovligheden af den indgåede kontrakt, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning. Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering, må ske ud fra en objektiv vurdering af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen.

Et nyere eksempel fra Klagenævnet som kan nevnes i den forbindelse er kjennelse av 21. juni 2022 *Inlead ApS* der en ulovlig direkte anskaffelse ikke ble erklært uten virkning fordi oppdragsgiver ble ansett å ha utvist tilstrekkelig aktsomhet. Klagenævnets vurdering ble foretatt på grunnlag av en vurdering av sakens samlede omstendigheter, herunder kontraktens gjenstand, kompleksiteten i tjenesten og kontraktens verdi. Klagenævnet tilsidesatte den etterfølgende tildelingsbeslutningen fordi det ikke var hjemmel for direkte tildeling, men dette medførte altså ikke i seg selv at oppdragsgiver ikke hadde vist tilstrekkelig aktsomhet.

⁴⁵⁵ Se Risvig Hamer (2020) side 491

⁴⁵⁶ Lovforslag L 110 FT 2009-10

For unntaket i tredje kulepunkt, der allmennhetens interesser nødvendiggjør at kontrakten fortsetter, har dette unntaket så vidt vi vet bare blitt benyttet én gang.⁴⁵⁷ I et slikt tilfelle skal oppdragsgiver i stedet illegges alternative sanksjoner, jf. nærmere i punkt 9.4.

Etter § 17, stk. 3 kan en kontrakt som skal erklæres uten virkning, likevel opprettholdes hvis det på bakgrunn av en undersøkelse av alle relevante aspekter på konstateres at vesentlige hensyn til allmenhetens interesser gjør det nødvendig at kontrakten fortsatt skal ha virkning.

Det er også tatt inn en særbestemmelse i § 17, stk. 5 som fastsetter at en kontrakt basert på en rammeavtale inngått av en innkjøpsentral ikke kan kjennes uten virkning med henvisning til at innkjøpsentralen har begått feil, dersom innkjøpsentralens beslutning om å tildele rammeavtalen ikke har blitt satt til side. Dette medfører omvendt at dersom Klagenævnet har satt innkjøpsentralens beslutning om å tildele rammeavtalen til side, kan kontrakter basert på denne rammeavtalen kjennes uten virkning.

9.3 Rettsvirkningen av at en kontrakt kjennes uten virkning

Sanksjonen «uten virkning» var også et helt nytt begrep i dansk rett som skiller seg fra de obligasjonsrettslige begrepene «ugyldighed» og «uvirksomhed». Dette omtales i juridisk litteratur slik:⁴⁵⁸

Der er tale om et helt nyt (EU-retligt) begreb, hvis formål alene er, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere kan håndhæves og opfyldes, jf. præambelbetragtning 21.

At kontrakten erklæres uten virkning har ikke noen automatisk effekt på kontrakten, og oppdragsgiver må sørge for at kontrakten oppheves. Klagenævnet skal derfor, når en kontrakt erklæres uten virkning, pålegge oppdragsgiver å bringe kontrakten til opphør, jf. klagenævnsløven § 13, stk. 2.

I § 18 fastsettes den nærmere rettsvirkning av sanksjonen «uten virkning». Her har man i dansk rett – i motsetning til i norsk rett – valgt at en kontrakt bare skal kunne erklæres uten virkning for fremtidige leveranser (ex nunc), jf. klagenævnsløven § 18, stk. 1.

Tidligere hadde Klagenævnet også mulighet til å erklære kontrakter uten virkning med tilbakevirkende kraft (ex tunc), men dette ble endret i 2013 fordi denne muligheten aldri ble benyttet.

Når en kontrakt erklæres uten virkning, skal det angis fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uten virkning, eller hvilke deler av kontrakten som skal anses for uten virkning.

Når det gjelder tidspunktet er det opp til Klagenævnet å fastsette dette. Det gir nemnda mulighet for å legge vekt på behovet for forsyninger i en kort periode. Et eksempel på dette er kjennelse av 3. januar 2012 *Danske Arkitektvirksomheter*, der Klagenævnet ga oppdragsgiver snaue to måneder. Klagenævnet uttalte følgende:

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, har Klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art, projektets stade og hensynet til afviklingen af kontrakten. Herefter erklæres kontrakten for uden virkning fra den 1. marts 2012.

⁴⁵⁷ Se kjennelse av 11. oktober 2019 *Kinnarps A/S* som gjaldt levering av møbler til Rigshospitalet

⁴⁵⁸ Se Risvig Hamer (2020) side 520

I kjennelse av 10. januar 2014 Sønderborg Affald A/S fikk oppdragsgiver ca. 6 måneder, og Klagenævnet synes å anlegge en fleksibel tilgangsvinkel.⁴⁵⁹

Når det gjelder omfanget av sanksjonen «uten virkning», det vil si hvilke deler som kjennes uten virkning, omfattes de tilfellene der deler av kontrakten allerede har blitt gjennomført, og det altså bare er de fremtidige kontraktsforpliktelsene som erklæres uten virkning.

Når det gjelder spørsmålet om det er den opprinnelige kontrakten eller bare endringen av kontrakten som erklæres uten virkning, så avhenger dette trolig av en konkret vurdering. Hvis endringen kan anses som en separat kontrakt, vil det sannsynligvis bare være endringen som erklæres uten virkning.⁴⁶⁰

9.4 Alternative sanksjoner og størrelsen på bøter

Det skal i følgende situasjoner ilegges en alternativ sanksjon, i tillegg til eller i stedet for at kontrakten erklæres uten virkning, jf. § 18, stk. 2:

- når kontrakten som *kan* erklæres uten virkning etter § 16, ikke erklæres uten virkning (ved mindre alvorlige brudd på regler om karens og oppsettende virkning)
- når en kontrakt ikke erklæres uten virkning som følge av at allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten
- når bare en del av kontrakten erklæres uten virkning

Når det gjelder siste kulepunkt, så omfatter det som redegjort for i foregående punkt de tilfeller der deler av kontrakten allerede har blitt (eller vil bli) gjennomført, slik at det bare er de fremtidige kontraktsforpliktelsene som erklæres uten virkning.

Vi viser til at det følger av håndhevelsesdirektivenes artikkel 2d nr. 2 at når kontrakten erklæres uten virkning *ex nunc*, skal det i tillegg ilegges alternative sanksjoner, se nærmere kapittel 6 avsnitt 2.5. Når det ennå ikke har blitt utført noen deler av kontrakten og det heller ikke vil bli utført kontraktsforpliktelser, slik at kontrakten erklæres uten virkning i sin helhet, må det imidlertid være i tråd med direktivet at det ikke ilegges alternative sanksjoner i tillegg.

Hvis oppdragsgiver en del av den offentlige forvaltningen, og ikke etablert på et privatrettslig grunnlag, kan Klagenævnet selv ilegge oppdragsgiver en slik alternativ sanksjon, i form av en økonomisk sanksjon, jf. § 19, stk. 1. Det følger av § 19, stk. 3 at slike økonomiske sanksjoner kan pålegges selv om overtredelsen hverken kan tilregnes oppdragsgiver som forsettlig eller uaktsom. Den økonomiske sanksjonen skal innbetales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen innen 8 uker, hvis ikke saken innbringes for domstolene.

Er derimot oppdragsgiver ikke en del av den offentlige forvaltningen, har Klagenævnet som et administrativt organ ikke selv hjemmel til å ilegge en økonomisk sanksjon. Dette er begrunnet i kravet til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Ettersom en bot anses å ha strafferettslig karakter, må Klagenævnet da i stedet inngi en politianmeldelse, jf. § 18, stk. 3. En straffebestemmelse finnes da i § 20, som fastsetter at slike oppdragsgivere kan straffes med en bot («bøde»)⁴⁶¹.

Man har i Danmark valgt å ikke innføre den alternative sanksjonen «avkortning av kontrakt».

⁴⁵⁹ Se Risvig Hamer (2020) side 513

⁴⁶⁰ Se Risvig Hamer (2020) side 483 med videre henvisninger

⁴⁶¹ Et nyere eksempel på en slik sak finnes i kjennelse av 16. september 2022 *Electrolux Professional A/S*.

Når det gjelder størrelsen på den økonomiske sanksjonen, så fremgår det av forarbeidene at den forutsettes at sanksjonen som minimum vil utgjøre DKK 25 000 og maksimalt DKK 10 millioner.⁴⁶² Tilsvarende beløpsbegrensninger bør vurderes i norsk rett.

Det er videre i forarbeidene oppstilt en veiledende beregningsmodell som hensyntar to faktorer:

- kategorisering av selve overtredelsen
- hvor stor en del av kontrakten som opprettholdes

Det oppgis noen faste prosentsatser i størrelsesordenen 3 til 5 %. Dette er altså betydelig lavere enn i norsk rett, der KOFA tar utgangspunkt i et overtredelsesgebyr på 10 % av kontraktsverdien.

Den høyeste prosentsatsen på 5 %, likevel ikke mer enn DKK 10 millioner, skal anvendes ved de mest alvorlige overtredelsene. Dette omfatter ulovlige direkte anskaffelser og brudd på karensregler og oppsettende virkning, når det samtidig har skjedd brudd på de materielle anskaffelsesregler.

Prosentstansen på 4 % skal anvendes ved tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger i strid med reglene.

Prosentstansen på 3 %, likevel ikke mindre enn DKK 25 000, skal anvendes når kontrakten som kan erklæres uten virkning etter § 16, ikke erklæres uten virkning (ved mindre alvorlige brudd på regler om karens og oppsettende virkning).

Jo større del av kontrakten som opprettholdes, jo større vil også boten bli. Også her gis det en skala, for det tilfellet at det ikke er enkelt å konstatere hvor stor en del av kontrakten som opprettholdes:

- opprettholdes 100 % av kontrakten, beregnes sanksjonen med utgangspunkt i den totale kontraktsverdien
- opprettholdes 75-100 % av kontrakten, beregnes sanksjonen med utgangspunkt i 80 % av den totale kontraktsverdien
- opprettholdes 50-75 % av kontrakten, beregnes sanksjonen med utgangspunkt i 60 % av den totale kontraktsverdien
- opprettholdes 25-50 % av kontrakten, beregnes sanksjonen med utgangspunkt i 40 % av den totale kontraktsverdien
- opprettholdes opp til 25 % av kontrakten, beregnes sanksjonen med utgangspunkt i 20 % av den totale kontraktsverdien
- opprettholdes ingen deler av kontrakten, forutsettes det at økonomisk sanksjon ikke blir ilagt.

Selve modellen og prosentsatsen må imidlertid bare anses å være veiledende, og det fremgår at de tilknyttede prosentsatser kan «fraviges i op- eller nedgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger formildende eller skærpene omstændigheder».

⁴⁶² Se lovforslag 110 FT 2009-2010

KAPITTEL 8 HÅNDHEVELSE AV ANSKAFFELESREGLVERKET I SVERIGE

1. GENERELT OM HÅNDHEVELSESYSTEMET

1.1 Organisering

I Sverige er det en utstrakt bruk av forvaltningsdomstoler, som er allmenne klageorganer for myndighetsbeslutninger.⁴⁶³ Forvaltningsdomstolene er utvilsomt de viktigste organene også når det gjelder håndhevelsen av anskaffelsesregelverket. I 2022 ble 2632 saker om offentlige anskaffelser klaget inn for svenske forvaltningsretter i førsteinstans.⁴⁶⁴ Saksbehandlingen ved forvaltningsdomstolene er rask, rimelig og lokal, noe som blir ansett som en styrke ved håndhevelsessystemet.

Det skilles mellom håndhevelse før og etter inngåelse av kontrakt. I begge tilfeller er det adgang til å klage i forvaltningsdomstolens tre instanser. Første instans er den lokale forvaltningsretten («förvaltningsrätten»)⁴⁶⁵ Som hovedregel er det én juridisk dommer i første instans.⁴⁶⁶

Forvaltningsrettens dom kan påankes, først til kammerretten («kammarrätten») og i siste instans til Högsta förvaltningsdomstolen.⁴⁶⁷ Det må gis ankesamtykke («prövningstillstånd») dersom avgjørelsen fra første instans ankes til kammerretten eller videre til Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).⁴⁶⁸

Det er bare noen få prosent av sakene fra kammerrettene som får ankesamtykke til Högsta förvaltningsdomstolen. Det gis kun ankesamtykke i saker med viktige prinsipielle spørsmål (prejudikater). Det vil si at kammerrettene i de fleste tilfeller blir siste instans. I kammerretten er hovedregelen at saker behandles av tre juridiske dommere.⁴⁶⁹ I Högsta förvaltningsdomstolen er retten som hovedregel satt med fem juridiske dommere.⁴⁷⁰

Det er som regel skriftlig behandling av klageprosesser i forvaltningsdomstolene, men i noen tilfeller komplementeres den skriftlige behandlingen med muntlige forhandlinger.

Før inngåelse av kontrakt kan leverandører som mener det har skjedd feil i anskaffelsesprosessen, eller som mener seg forbigått ved kontraktstildelingen, klage til forvaltningsdomstolen. Domstolen kan i disse sakene pålegge oppdragsgiveren å starte prosessen på nytt eller foreta nødvendige rettelser.

Etter at kontrakt er inngått kan avtalens gyldighet påklages og overprøves av forvaltningsdomstolen.

Videre kan leverandører, etter at kontrakt er inngått, fremme krav om erstatning for de ordinære domstolene. Førsteinstans i Sveriges ordinære domstoler er tingretten («tingsrätten»). Andreinstans er hovretten («hovrätten»), og siste instans er Högsta domstolen (HD).

I Sverige utøver i tillegg Konkurrencesverket tilsyn med at anskaffelsesreglene overholdes. Konkurrencesverket har til formål å sikre effektive offentlige anskaffelser til nytte for allmennheten og

⁴⁶³ Lag om allmänna förvaltningsdomstolar (LAFD) (1971:289) og förordningen om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. (1977:937)

⁴⁶⁴ Se nærmere om statistikk under punkt 1.7

⁴⁶⁵ Fra og med 15. februar 2010 ble de 23 daværende «länsrätter» redusert i antall og erstattet med 12 forvaltningsretter.

⁴⁶⁶ Jf. LAFD § 18

⁴⁶⁷ Högsta förvaltningsdomstolen het frem til 2011 Regeringsrätten.

⁴⁶⁸ Jf. henholdsvis förvaltningsprocesslag (1971:291) § 34a jf. LOU kapittel 20 § 5 andre ledd og förvaltningsprocessloven § 35

⁴⁶⁹ Jf. LAFD § 12

⁴⁷⁰ Jf. LAFD § 4 a

markedsaktørene.⁴⁷¹ Dette gjøres ved å utrede og vurdere om oppdragsgivere etterlever anskaffelsesregelverket. I den forbindelse har Konkurrencesverket også rett til å innhente nødvendige opplysninger og dokumenter fra oppdragsgivere.⁴⁷² Konkurrencesverket har myndighet til å fatte tilsynsvedtak. Tilsynsmyndigheten må imidlertid be forvaltningsdomstolen om å ilegge overtredelsesgebyr da de ikke selv har kompetanse til å ilegge gebyr.⁴⁷³

1.2 Gjeldende lover på anskaffelsesområdet

1.2.1 Generelt

I Sverige er EU-direktivene om offentlige anskaffelser gjennomført gjennom fire lover: Lag om offentlig upphandling (LOU),⁴⁷⁴ lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF),⁴⁷⁵ lag om upphandling av koncessioner (LUK)⁴⁷⁶ og lag om upphandling på försvars- og säkerhetsområdet (LUFS).⁴⁷⁷

Lovene har stort sett blitt sett på, og revidert, samlet. En reform i 2009 kom som følge av endringsdirektivet, med ny reform i 2016 for LOU, LUF og innføring av LUK i forbindelse med de nye materielle anskaffelsesdirektivene fra 2014. Lovene ble revidert på nytt i 2021 med blant annet endringer i de materielle reglene under EØS-terskelverdi og effektivitetsreformer.^{478 479}

LOU, LUF og LUFS har tilnærmet lik regulering av håndhevelsesmekanismene. LUK har ikke like detaljregulerte materielle regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi, men er for øvrig svært lik de øvrige lovene når det kommer til håndhevelsesmekanismene.⁴⁸⁰ For oversiktens skyld tar fremstillingen videre utgangspunkt i reguleringen i LOU. Der det er forskjeller i reguleringene, kommenteres dette særskilt.

Reglene om håndhevelse finnes i LOU og LUF kapitlene 20-22 og i LUK og LUFS kapitlene 16-18. Disse er gitt anvendelse for samtlige anskaffelser over og under EØS-terskelverdi, samt sosiale tjenester og særskilte tjenester.⁴⁸¹

⁴⁷¹ Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrencesverket § 2

⁴⁷² LOU/LUF kapittel 22 § 4, LUK/LUFS kapittel 18 § 4

⁴⁷³ Et nytt lovforslag trer i kraft 1.1.2024. Se ytterligere om dette under punkt 4.4

⁴⁷⁴ Lag om offentlig upphandling (2016:1145)

⁴⁷⁵ Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2016:1146)

⁴⁷⁶ Lag om upphandling av koncessioner (2016:1147)

⁴⁷⁷ Lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (2011:1029), også lag (2010:1065) om kollektivtrafik kapittel 4a, som gjennomfører forordning 1370/2007/EF, inneholder enkelte regler om anskaffelser. Disse henviser i stor grad til bestemmelsene i LOU, LUF og LUK, og behandles derfor ikke videre her.

⁴⁷⁸ For en fullstendig oversikt over den materielle lovgivingen, vises det til NOU 2023: 26 kapittel 6.1. Denne fremstillingen omhandler håndhevingsmekanismene og -reglene slik de er innført i svensk rett.

⁴⁷⁹ Lovendringene trådte i kraft sommeren 2022

⁴⁸⁰ Nasjonal terskelverdi er SEK 700 000 i LOU jf. LOU kapittel 19a § 2, SEK 1,2 millioner i LUF jf. LUF kapittel 19a § 2 og SEK 1,2 millioner i LUFS jf. LUFS kapittel 15 a § 2. I LUK er nasjonal terskelverdi 5% av EØS-terskelverdi jf. LUK kapittel 15 § 16 nr. 1. Det foreligger ingen opplysninger om at terskelverdiene skal endres som følge av at EØS-terskelverdiene oppjusteres fra 1. januar 2024, se Upphandlingsmyndigheten, hentet 24. november 2023 fra:

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/nyheter/2023/nya-troskelvarden-den-1-januari-2024/>

⁴⁸¹ LOU og LUFS kapittel 19 § 1 og kapittel 19a § 1, LUFS kapittel 15 § 1 og kapittel 15a § 1 og LUK kapittel 15 § 11. For sosiale tjenester og særskilte tjenester, se LOU kapittel 19 § 1 nr. 2. Reguleringen over og under EØS- og nasjonale terskelverdier kan være noe ulike. Dette presiseres særskilt der det er relevant.

Før implementeringen av anskaffelsesdirektivene fra 2004 var lovgivingsteknikken i større grad preget av svensk rett, noe som medførte flere kommentarer fra EU-kommisjonen. Det ble derfor foretatt nødvendige justeringer i lovverket for å sikre at de EU-rettslige forpliktelsene ble overholdt.⁴⁸² Under implementeringen av anskaffelsesdirektivene fra 2004, tok lovgiver også konsekvensen av dette ved å foreta en mer direktivnær gjennomføring. Sverige har fortsatt denne praksisen også for 2016-lovgivingen. Strukturelt er imidlertid lovene ment å følge anskaffelsesprosessen for å lette leservennligheten.⁴⁸³

Reglene om håndhevelse er inkorporert i hver av lovene, og kompletteres av de grunnleggende prosessrettslige bestemmelsene i den svenske forvaltningsprosessloven.⁴⁸⁴ Effektivitetsreformen i 2021 innførte blant annet strengere preklusjonsregler i klageprosessen, og et krav til hurtighet i behandlingen av anskaffessaker i forvaltningsdomstolene.⁴⁸⁵ Effektivitetskravet kom som følge av en bekymring om at tilbydere ikke deltok, eller la inn store sikkerhetsmarginer i sine tilbud, som følge av usikkerheten klage og overprøving i domstolene kunne medføre. Særlig ønsket regjeringen å gjøre prosessen smidigere for små og mellomstore bedrifter.⁴⁸⁶

Riksdagen har den 30. november 2023 vedtatt et lovforslag om endringer i Konkurrentvernets beføyelser. Endringene trer i kraft 1. januar 2024 og omtales nærmere i punkt 4.4.

1.2.2 Lagen om offentlig upphandling (LOU)

LOU gjennomfører, sammen med LUK, håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor i svensk rett. Håndhevelsesreglene på feltet har blitt endret først og fremst gjennom endringsdirektivet fra 2007.⁴⁸⁷ Håndhevelsesreglene er gitt i LOU kapittel 20 og 21. I tillegg kommer reglene om tilsynsmyndigheten i kapittel 22.

Håndhevelsesreglene i anskaffelsesloven for klassisk sektor av 1992, var ansett som veldig oppdragsgivervennlige,⁴⁸⁸ og en omfattende reform av regelverket ble først gjennomført i forbindelse med at endringsdirektivet ble implementert i svensk rett.⁴⁸⁹ De nye bestemmelsene ble innført i 2010 og inneholdt regler om suspensjon, muligheten til å kjenne kontrakter uten virkning og så videre. Det svenske Konkurrentverket fikk også søksmålskompetanse i saker om overtredelsesgebyr.⁴⁹⁰

Endringene har, sammen med lovendringene som trådte i kraft i 2022, gjort det lettere å klage på offentlige anskaffelser i klassisk sektor i Sverige. Økningene i antall søksmål har fulgt forandringene i lov og rettspraksis.⁴⁹¹

⁴⁸² Prop. 2015/16:195 side 300

⁴⁸³ Prop. 2015/16:195 side 300-304

⁴⁸⁴ Förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL). Eventuelle særregler i anskaffelseslovene går ved motstrid foran forvaltningsprosessloven, jf. FPL § 2. Vi går ikke videre inn på rent forvaltningsprosessuelle spørsmål.

⁴⁸⁵ Svensk rett bruker uttrykket «överprövning» om det som etter norsk rett omfatter «klage», «overprøving» og «søksmål». Begrepsbruken videre er valgt for leservennligheten for et norsk publikum.

⁴⁸⁶ Prop. 2021/22:120 side 27-30

⁴⁸⁷ Prop. 2021/22:120 side 21

⁴⁸⁸ Upphandlingsmyndigheten: *Kartläggning och analys om mål av överprövning* (2017) side 27

⁴⁸⁹ Upphandlingsmyndigheten: *Kartläggning och analys om mål av överprövning* (2017) side 29

⁴⁹⁰ Upphandlingsmyndigheten: *Kartläggning och analys om mål av överprövning* (2017) side 29

⁴⁹¹ Upphandlingsmyndigheten: *Kartläggning och analys om mål av överprövning* (2017) side 30-31

1.2.3 Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

LUF gjennomfører sammen med LUK håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene i svensk rett, og håndhevelsesreglene på feltet har blitt endret først og fremst gjennom endringsdirektivet.⁴⁹² Håndhevelsesreglene er i LUF kapittel 20 og 21, med reglene om tilsynsmyndigheten i kapittel 22, slik som i LOU. Endringene av LUF har i stor grad fulgt endringene i LOU, og i senere tid også LUK og LUFs.

1.2.4 Lagen om upphandling av koncessjoner (LUK)

LUK gjennomfører sammen med LOU håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor, og sammen med LUF håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene i svensk rett. Håndhevelsesreglene på feltet har blitt endret først og fremst gjennom endringsdirektivet fra 2007.⁴⁹³ Håndhevelsesreglene er i LUK kapittel 16 og 17, med regler om tilsynsmyndigheten i kapittel 18. Det fantes ingen egen lov om anskaffelser på konsesjonsområdet før LUK.⁴⁹⁴

Å ha LUK i en separat lov var et ønske fra lovgiver.⁴⁹⁵ Selv om det var foreslått av flere å gjennomføre direktivet direkte i LOU, ble det sett på som avgjørende at majoriteten av anskaffelser etter en slik lov ville vært i klassisk sektor, og at LOU fra før var lang og omfattende.⁴⁹⁶ Pliktsubjektene i direktivene er også forskjellig. LUK følger likevel i hovedsak samme struktur som LOU og LUF, men er i likhet med LUFs noe kortere enn disse. LUK har en mindre detaljert regulering av anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

1.2.5 Lagen om upphandling på försvars- og säkerhetsområdet (LUFs)

LUFs gjennomfører direktiv 2009/81/EF i svensk rett, både for de materielle reglene og håndhevelsesmekanismene i direktivet.⁴⁹⁷ Også LUFs ble endret for å avspeile valgene som ble gjort ved endringen av LOU og LUF i 2016.⁴⁹⁸ Ved endringene i 2022 ble det også gjort endringer i LUFs, som innføringen av preklusjonsfrist.⁴⁹⁹ Håndhevelsesreglene er i LUFs kapittel 16 og 17 med reglene om tilsynsmyndigheten i kapittel 18, slik som i LUK.

1.3 Klagebehandling i forvaltningsdomstolene

Dersom en leverandør mener han har lidd et økonomisk tap («skade»)⁵⁰⁰, eller kan komme til å lide⁵⁰¹ et tap, kan han klage til forvaltningsretten, jf. Kap. 20 § 4.⁵⁰² Bestemmelsen skiller mellom to ulike

⁴⁹² Prop. 2021/22:120 side 21

⁴⁹³ Prop. 2021/22:120 side 21

⁴⁹⁴ Nord (LUF), kapittel 1 § 1

⁴⁹⁵ Prop. 2015/16:195 side 308

⁴⁹⁶ Prop. 2015/16:195 side 308

⁴⁹⁷ Prop. 2021/22:120 side 21

⁴⁹⁸ Nord (LUFs) kapittel 1 § 1

⁴⁹⁹ Se for eksempel LUFs kapittel 16 § 17 og § 21 jf. endringslov til LUFs (2022:781). Se nærmere om preklusjonsfrister i punkt 5

⁵⁰⁰ Prop. 1992/93:88 side 139: Ordet «men» ble byttet ut med «skada» siden kun økonomisk tap skulle omfattes.

⁵⁰¹ Prop. 1992/93:88 side 139: Ordlyden ble endret slik at den også omfattet risiko for tap, i tråd med direktivets bestemmelse.

⁵⁰² Se nærmere om rettslig klageinteresse i punkt 1.5

klagesituasjoner: 1. klage i en pågående anskaffelsesprosess og 2. overprøving av gyldigheten av en inngått avtale.⁵⁰³ Dette er behandlet nærmere i henholdsvis punktene 1.3.1 og 1.3.2.

1.3.1 Klage i en pågående anskaffelsesprosess

Den første klagesituasjonen omfatter klager før kontrakt er inngått, jf. Kap. 20 § 6 andre ledd. Denne klagesituasjonen omfatter også klage på en beslutning om å avlyse en konkurranse.

En leverandør som mener det er begått feil i anskaffelsesprosessen, kan klage til forvaltningsdomstolen. Klageadgangen starter når oppdragsgiver har påbegynt en anskaffelse med noe mer enn bare forberedelser. Det kreves at prosessen har kommet så langt at det er tydelig at oppdragsgiver har en intensjon om å inngå kontrakt, for eksempel ved at konkurransen er kunngjort eller at det er innledet forhandlinger. Det er imidlertid ikke nødvendig at det er innledet en prosedyre etter regelverket. Det er slått fast i svensk rettspraksis at denne forståelsen er mest i tråd med håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 3 da det også må være mulig å klage på direkteanskaffelser.⁵⁰⁴

Dersom retten kommer til at en oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket, og dette har påført eller kan komme til å påføre leverandøren et økonomisk tap, skal retten beslutte at anskaffelsen skal omgjøres eller at den ikke kan avsluttes før feilen er rettet, jf. Kap. 20 § 6. Dette betyr at en feil kan rettes opp og korrigeres før et faktisk tap oppstår. I sak RÅ 2008 ref. 26, slo Högsta förvaltningsdomstolen fast at dersom domstolen kom til at en anskaffelsesprosess skulle rettes, innbar dette et forbud mot å avslutte anskaffelsen før den var rettet i samsvar med dommens avgjørelse.

En dom som slår fast at en anskaffelse skal endret eller rettes, gjelder umiddelbart ved forkynning av dommen.⁵⁰⁵

Når oppdragsgiver beslutter å avlyse en konkurranse, skal dette begrunnes skriftlig overfor leverandørene så snart som mulig, jf. kap. 12 § 12 andre ledd og kap. 19 § 21. Avlysningen kan påklages til forvaltningsdomstolen, jf. kap. 20 § 12.

1.3.2 Prøving av en kontrakts gyldighet

Den andre klagesituasjonen gjelder overprøving av en inngått kontrakts gyldighet. Disse reglene ble innført i det svenske regelverket ved implementeringen av artikkel 2d i endringsdirektivet fra 2007. I norsk rett kalles sanksjonen «uten virkning». De materielle reglene om når avtaler skal kjennes uten virkning, behandles i punkt 4.2.

En kontrakt kan kjennes uten virkning i følgende tre grupper av situasjoner:

- Ved ulovlige direkteanskaffelser
- Når oppdragsgiver har inngått kontrakt i strid med karens-/suspensjonsbestemmelser. I slike tilfeller kreves det i tillegg at oppdragsgiver, i den bakenforliggende anskaffelsesprosessen, har brutt regelverket, og at regelbruddet har ført til at klager har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap.
- Når oppdragsgiver, etter en minikonkurranse i en rammeavtale, inngår kontrakt i strid med regelverkets bestemmelser eller i strid med vilkårene som er oppstilt i rammeavtalen. Eller når

⁵⁰³ Se henholdsvis LOU kapittel 20 §§ 13-15, LUF kapittel 20 §§ 13-15, LUK kapittel 16 §§ 13-15 og LUF kapittel 16 §§ 13-15

⁵⁰⁴ Asplund m.fl. (2012) side 176 flg.

⁵⁰⁵ Ulfsson kapittel 20 § 13

oppdragsgiver har inngått kontrakt gjennom en dynamisk innkjøpsordning, i strid med reglene for slike ordninger. I disse tilfellene kreves det også at regelverksbruddet har medført at klager har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap.

Sistnevnte situasjon gjelder kun for anskaffelser over EU-terskelverdi, jf. LOU kapittel 20 §§ 13 og 13a. Sanksjonen kan likevel ilegges under terskelverdi dersom oppdragsgiver har benyttet seg av en avtaleform som innebærer løpende kontraktstildelinger (for eksempel en rammeavtale), og ordningens beskrevne regler ikke er fulgt.

For de to sistnevnte situasjonene gjelder det et vilkår om økonomisk tap. Dersom dette vilkåret ikke er oppfylt, kan likevel Konkurransverket be forvaltningsdomstolen om å ilegge overtredelsesgebyr. Se nærmere om dette i punkt 4.3.2.

Dersom det ved anke til kammerretten eller Högsta forvaltningsdomstolen ikke besluttes midlertidig forføyning,⁵⁰⁶ kan det oppstå en situasjon der oppdragsgiver inngår kontrakt underveis i klagebehandlingen. I disse tilfellene synes det å være slik at leverandøren kan endre påstanden til å be om at avtalen kjennes ugyldig.⁵⁰⁷ Dette synes å være i tråd med preklusjonsreglene i LOU kapittel 20 § 17.

En avgjørelse om å kjenne en kontrakt uten virkning, vil ikke gjelde før den er rettskraftig, i motsetning til i andre klagesaker.⁵⁰⁸

1.4 Saker som behandles av ordinære domstoler

En leverandør som mener at en oppdragsgiver har brutt regelverket, og at bruddet har medført at leverandøren har lidd et tap eller vil kunne komme til å lide et tap, kan ta ut erstatningssøksmål for tingrätten. I praksis legges det da ofte frem en rettskraftig dom fra forvaltningsdomstolen som grunnlag for at anskaffelsesregelverket er brutt.

I NJA 2016 s. 369 *NBB* punkt 19 fremhevet imidlertid Högsta domstolen at de ordinære domstolene skal gjøre en selvstendig prøving av om regelverket er brutt. Dette er et viktig skille fordi reglene om bevisføring og vurdering er ulike for de to prosessformene. Blant annet er muntlig bevisføring uvanlig i forvaltningsdomstolene.⁵⁰⁹ Av HDs avgjørelse fremgår det imidlertid at de ordinære domstolene, ved sin prøving av ansvarsgrunnlaget, kan se hen til forvaltningsdomstolens resonneringer og argumenter.⁵¹⁰

1.5 Rettslig klage- og søksmålsinteresse

Det følger av LOU kap. 20 § 4 at en leverandør som mener at han har lidd et økonomisk tap eller kan komme til å lide et tap i forbindelse med en anskaffelse, kan klage til forvaltningsdomstolen. Ifølge ordlyden er det altså to vilkår som må være oppfylt for at det foreligger søksmålsinteresse. Det må være en *leverandør* som klager, og leverandøren må mene den *har lidd et tap, eller kan komme til å lide et tap*. Gjennom rettspraksis er det i tillegg oppstilt et tredje vilkår, «interessevilkåret».⁵¹¹

⁵⁰⁶ Se punkt 2.3

⁵⁰⁷ Se tilsvarende Upphandlingsmyndigheten, hentet 22. november 2023 fra <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/overprovning-och-andra-rattsmedel/overprovning/avtals-giltighet/> og mer om sanksjonen under punkt 4

⁵⁰⁸ HFD 2012 ref. 27

⁵⁰⁹ Ulfsson kapittel 20 § 20

⁵¹⁰ NJA 2016 side 369 avsnitt 19

⁵¹¹ HFD 2017 ref. 62

Med «leverandør» menes en aktør som leverer varer eller tjenester i et marked, eller utfører bygge- og anleggsarbeider, og omfatter også grupper av leverandører, jf. kap. 1 § 16.⁵¹²

Det er ikke klart etter svensk rettspraksis om det er et krav om at leverandøren må kunne tilby den konkrete ytelsen som anskaffelsen gjelder. Det kreves imidlertid ikke at leverandøren har levert inn tilbud eller søknad om å delta i den konkrete konkurransen.⁵¹³

En forutsetning for at en leverandør skal ha rett til å få en bestemt anskaffelse overprøvd, er at leverandøren har eller kunne hatt en interesse i å få tildelt kontrakt i den konkrete anskaffelsen. Andre leverandører, personer eller organisasjoner som er misfornøyde med en anskaffelse, kan derfor ikke få en klage behandlet. Underleverandører har heller ikke blitt ansett å kunne klage siden de ikke ville hatt et direkte avtaleforhold med oppdragsgiver, og derfor ikke er «leverandører» i LOUs forstand.⁵¹⁴

I lengre tid har det vært diskutert om tilsynsmyndigheten og bransjeorganisasjoner skulle få klagerett, men det har ikke materialisert seg.⁵¹⁵ Heller ikke da de nye håndhevelsesreglene ble innført i svensk rett sommeren 2010.⁵¹⁶

Hva gjelder vilkåret om økonomisk tap for å kunne klage på en anskaffelsesprosess, er det tilstrekkelig at leverandøren selv mener at den har lidd eller kan komme til å lide et tap, jf. kap. 20 § 4. Begrepet «skada» som vilkår for rettslig klageinteresse, innebærer at leverandørens mulighet til å tildeles kontrakt er svekket.⁵¹⁷

Skadevilkåret i den materielle prøvingen av saken reguleres imidlertid i kap. 20 § 6 og har et annet innhold. For at klager skal kunne få medhold i selve klagen, som medfører at domstolen pålegger oppdragsgiver å gjøre endringer i prosessen, må domstolen ta stilling til om leverandøren objektivt sett har lidd eller kan komme til å lide tap. Det er leverandøren som har bevisbyrden for dette.⁵¹⁸ Leverandøren må på en tydelig og konkret måte redegjøre for hvordan regelverksbruddet har påvirket leverandørens mulighet til å konkurrere om kontrakten.⁵¹⁹

Dette skillet, mellom generell klagerett og vilkår for å få medhold i en konkret sak, følger ikke av EU-retten. Hvem som har rettslig klageinteresse etter svensk rett, strekker seg derfor lengre enn etter EU-retten. Tapsvilkåret i LOU kap. 20 § 6 er utformet på samme måte som håndhevelsesdirektivet artikkel. 1 nr. 3, og skal derfor tolkes i samsvar med EU-rettspraksis på området.⁵²⁰

Tapet må videre knytte seg til leverandørens mulighet til å konkurrere om kontrakten i den konkrete anskaffelsen.⁵²¹ Leverandøren har også en plikt til å begrense tapet. Dersom en leverandør oppdager feil og uklarheter i konkurransegrunnlaget underveis i konkurransegjennomføringen, men ikke forsøker å oppklare forholdene med oppdragsgiver og heller venter med å anføre regelverksbrudd til etter kontraktstildeling, vil skadevilkåret normalt sett ikke bli ansett som oppfylt.⁵²²

Det tredje vilkåret for klageinteresse som ble slått fast av HFD, interessevilkåret, innebærer at klager har eller hadde en interesse i å bli tildelt kontrakt i den aktuelle anskaffelsen. I juridisk litteratur er

⁵¹² Begrepet tilsvarer direktivenes begrep «økonomiske aktører», jf. Asplund m.fl. (2012) side 102

⁵¹³ Asplund m.fl. (2012) side 102-103

⁵¹⁴ Asplund m.fl. (2012) side 102-103

⁵¹⁵ SOU 1999:139 side 328

⁵¹⁶ Prop. 2009/10:180 side 175 flg. For en oversikt over Konkurrentvernets søksmålskompetanse i gebyrsaker, se punkt 4.3.

⁵¹⁷ Arksand (2023) side 27

⁵¹⁸ HFD 2013 ref. 53

⁵¹⁹ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 23

⁵²⁰ HFD 2022 ref. 4 II avsnitt 20

⁵²¹ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 24

⁵²² HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 25

vilkåret tolket som at det oppstiller en objektiv del av tapsvilkåret som skal vurderes rettslig, selv om den er andre delen av tapsvilkåret kun er leverandørens egen subjektive vurdering:

*Det är möjligt, och inom HFD:s behörighet som domstol, att genom en direktivkonform tolkning av begreppet skada också tolka in intresserekvisitet i lagens ordalydelse då det enbart är en viss skada som ska beaktas av rättsordningen. Tolkningen resulterar i en mindre krets taleberättigade leverantörer med färre överprövningar som följd och uppfyller därmed rättsmedelsdirektivets mål om skyndsamhet bättre. Införandet av intresserekvisitet ålägger inte heller leverantörer en ny skyldighet, utan avgränsar endast den skada som är relevant vid bedömningen. I ett systematiskt perspektiv hade dock HFD:s prövning varit lämpligare i förhållande till det striktare skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU, vilket avser domstolens eventuella ingripande mot felaktiga beslut.*⁵²³

I sak HFD 2022 ref.4 I og II hadde oppdragsgiver tildelt en rammeavtale uten at rammeavtalens maksimale verdi var angitt. Leverandøren mente at dersom de hadde hatt den manglende informasjonen, kunne de inngitt et bedre tilbud i konkurransen. HFD konstaterte at leverandøren kunne bedt oppdragsgiver om en klargjøring med tanke på maksimal verdi mens konkurransen pågikk, og fordi de ikke hadde benyttet seg av denne muligheten, kunne ikke leverandøren anses å ha gjort det nødvendige for å unngå tapet som følge av regelbruddet. Siden tapsvilkåret ikke var oppfylt, fikk ikke leverandøren medhold i saken, selv om oppdragsgiver hadde brutt regelverket. Se mer om avgjørelsen og kritikken av den under punkt 3.6 om tapbegrensingsplikten og punkt 5 om preklusjon.

Før kontrakt er inngått gjelder tapsvilkåret uavhengig av hvilken type feil klager mener det er begått, jf. § 6 første ledd. Dette inkluderer direkteanskaffelser. Etter at kontrakt er inngått, oppstilles det derimot ikke et vilkår om økonomisk tap ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse, jf. § 13 nr.1. I sistnevnte tilfelle skal derfor ikke forvaltningsdomstolen vurdere om klager kunne hatt mulighet til å vinne kontrakten dersom anskaffelsesprosessen hadde vært gjennomført på korrekt måte. Dette kan virke som en lite hensiktsmessig ordning, siden en leverandør som mener oppdragsgiver er i ferd med å gjennomføre en ulovlig direkteanskaffelse, ikke har mulighet til å få medhold uten at tapsvilkåret er oppfylt. Det hevdes likevel i juridisk teori at denne forskjellen har liten praktisk betydning, da skadevilkåret normalt vil anses oppfylt når det er snakk om en ulovlig direkteanskaffelse.⁵²⁴

1.6 Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver

Som en del av implementeringsprosessen av endringsdirektiv 2007/66/EC ble det i Sverige diskutert om en leverandør som ønsket å klage, først måtte underrette oppdragsgiver om at han ønsket å klage, eller sende klagen direkte til oppdragsgiver, før leverandøren klagde til forvaltningsretten. Lovgiver endte med ikke å innføre slike regler, først og fremst av hensyn til en rask klagebehandlingsprosess.⁵²⁵

⁵²³ HFD 2017 ref. 62 og Arksand (2023) side 27

⁵²⁴ Asplund m.fl. (2012) side 255

⁵²⁵ Prop. 2009/10:180 side 161-163

1.7 Statistikk – antall klager/domstolsavgjørelser mm

1.7.1 Klager til forvaltningsdomstolene

I 2022 mottok forvaltningsretten totalt 2632 klager på offentlige anskaffelser.⁵²⁶ Andelen av kunngjorte anskaffelser som klages inn, har ligget stabilt på mellom 6–8 %.⁵²⁷ Bare 557 anker ble inngitt til kammerrettene, og 170 anker til Högsta förvaltningsdomstolen. De fleste sakene ser derfor ut til å stanse i førsteinstansen.⁵²⁸ At antallet registrerte saker er markant lavere i andre og tredje instans, kan nok til dels forklares med at ankesamtykkeordningen har en dempende effekt.⁵²⁹

Det klages oftest over tolkningen av anskaffelsesdokumentene («brister i forfrågningsunderlaget»), med kvalifikasjonskrav («krav på leveratören») og krav i kravspesifikasjonen («krav på opphandlingsföremålet») rett bak, som grunnlag for klagen.⁵³⁰ I bare 13 % av sakene klages det over tildelingsevalueringen («hur anbudsutvärderingen har genomförts»).⁵³¹ I forhold til antall kunngjorte konkurranser klages det mest i anskaffelser etter LUK, og minst i anskaffelser etter LUF.⁵³² Av alle kunngjorte konkurranser i 2020, ble det klaget oftest i anskaffelser foretatt av regionale myndigheter, og minst i anskaffelser kunngjort av statlige myndigheter.⁵³³

Et interessant poeng er at kun 9 % av klagen fikk helt eller delvis medhold i forvaltningsrettene i 2022.⁵³⁴ ⁵³⁵ I absolutte tall utgjør dette 253 av totalt 2726 klager.⁵³⁶ Hele 40 % av sakene som kom inn

⁵²⁶ Upphandlingsmyndigheten oppgir at dette ikke er ensbetydende med hvor mange anskaffelser det klages på i løpet av et år. Dersom anskaffelsen skjer på vegne av flere oppdragsgivere, lages det klagenummer hvor hver oppdragsgiver. Det samme gjelder der flere forvaltningsdomstoler er kompetente til å håndtere en sak. Statistikken kan også telle en klage flere ganger dersom den har gått for en underordnet og en overordnet domstol i samme kalenderår. Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.10.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵²⁷ Upphandlingsmyndigheten, hentet 10.11.2023 fra: https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/#i_genomsnitt_2_8_overprovningssmal_per_upphandling

⁵²⁸ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.10.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵²⁹ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.10.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>, se nærmere om ordning med ankesamtykke i punkt 1.1.

⁵³⁰ Upphandlingsmyndigheten (2017): Kartläggning och analys av mål om överprövning, Rapport 2017:7 side 8-9

⁵³¹ Upphandlingsmyndigheten (2017): Kartläggning och analys av mål om överprövning, Rapport 2017:7 side 8-9

⁵³² Upphandlingsmyndigheten, hentet 15.11.2023 fra: https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/andelen-overprovningar-minskar/#vanligast_att_i_ou_upphandlingar_overprovas

⁵³³ Klageprosenten var 9,7 % og 6,2 % for henholdsvis regionale og statlige konkurranser. Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik-som-utvecklar-den-offentliga-affaren/fortsatt-okat-intresse-for-offentliga-upphandlingar/overprovningar/>

⁵³⁴ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵³⁵ Ordningen med ankesamtykke medfører at saker som ikke får samtykke til realitetsbehandling, også regnes som «avgjort» i statistikken. Det må altså sondres mellom avgjorte og realitetsbehandlede klager.

⁵³⁶ Disse tallene baserer seg på EU-kommisjonens definisjoner, og tallene kan derfor avvike fra tallene Upphandlingsmyndigheten selv innhenter. Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

til forvaltningsrettene, blir imidlertid ikke realitetsbehandlet.⁵³⁷ Dette betyr at ca. 15,4 % av sakene som blir realitetsbehandlet i forvaltningsrettene, får helt eller delvis medhold. Av leverandørene som klager, vinner store foretak frem i større grad enn mindre foretak.⁵³⁸

Upphandlingsmyndigheten oppgir at håndteringstiden i de ulike domstolsnivåene varierer stort. I forvaltningsrettene lå gjennomsnittlig behandlingstid i 2022 på 2,5 måneder, og ca. 4,2 måneder for de sakene som ble realitetsbehandlet.⁵³⁹ I kammerrettene var behandlingstiden henholdsvis 6,7 måneder og 9 måneder, hvor noe av tiden kan forklares med prosessen med ankesamtykke.⁵⁴⁰ Dette innebærer at det fort tar ett år å få en sak realitetsbehandlet i to instanser. I Högsta förvaltningsdomstolen var behandlingstiden betydelig lengre, og forskjellene på realitetsbehandling og ikke, enda større. Gjennomsnittlig behandlingstid var på 11 måneder, og for sakene som ble realitetsbehandlet 28 måneder. Et viktig poeng i denne sammenheng er at Högsta förvaltningsdomstolen jevnlig stiller tolknings spørsmål til EU-domstolen, som dermed virker forlengende på behandlingstiden.^{541 542}

I 2022 ble en femtedel av forvaltningsrettens avgjørelser anket til kammerrettene.⁵⁴³ Kammerrettene realitetsbehandlet 25 % av de påankede sakene, og endret underinstansens avgjørelse i bare 12 % av de avgjorte sakene.⁵⁴⁴ Det samme bildet tegnes opp i Högsta förvaltningsdomstolen, der bare 3 av 159 saker ble realitetsbehandlet.⁵⁴⁵ Rundt tre av ti avgjørelser fra kammerrettene ble anket til Högsta förvaltningsdomstolen.⁵⁴⁶

1.7.2 Søksmål til de ordinære domstolene

Vår oppfatning er at det er relativt få søksmål med krav om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i Sverige. Det har ikke vært mulig å innhente konkrete statistikker, men ved våre henvendelser til de ordinære domstolene, var det et stort flertall som opplyste ikke å ha noen slike saker i sin database.

Vi har i forbindelse med vår utredning sendt henvendelser til alle hovrettene og tingrettene fordi deres avgjørelser i utgangspunktet ikke ligger fritt tilgjengelig på internett uten å måtte oppgi konkret saksnummer. Mange avgjørelser må også bestilles hos den enkelte domstol. Samtlige domstoler har

⁵³⁷ Disse tallene baserer seg på EU-kommisjonens definisjoner, og tallene kan derfor avvike fra tallene Upphandlingsmyndigheten selv innhenter. Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵³⁸ Upphandlingsmyndigheten (2017): Kartläggning och analys av mål om överprövning, Rapport 2017:7 side 9

⁵³⁹ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/>

⁵⁴⁰ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/>

⁵⁴¹ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/>

⁵⁴² Sommeren 2022 trådte lovendringer med krav til effektiv håndtering i alle anskaffelseslover i kraft, se punkt 1.2.1. Disse endringene kan påvirke tallene fra 2022.

⁵⁴³ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵⁴⁴ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵⁴⁵ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

⁵⁴⁶ Upphandlingsmyndigheten, hentet 9.11.2023 fra: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

besvart våre henvendelser, og vi har mottatt relevante avgjørelser fra fem av seks hovretter, og fra ni av 48 tingretter. Av domstolene som ikke har oversendt avgjørelser, har flere svart at de ikke har mulighet til å søke konkret på avgjørelser om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene i sine databaser. Det er derfor sannsynlig at det foreligger tingrettsavgjørelser som vi ikke er kjent med. I tillegg har vi funnet enkelte avgjørelser gjennom nettsøk, akademiske artikler og masteroppgaver som ligger åpent tilgjengelig.

Basert på det materialet vi har fått oversendt og funnet, synes inntrykket å være at svenske domstoler behandler svært få saker om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene. Vi har mottatt 10 avgjørelser fra hovrettene fra 2012 og frem til i dag, der hovretten har vært siste behandlende instans. I tillegg kommer de fem sakene som har blitt anket og tatt til behandling i Högsta Domstolen.

Vi har mottatt til sammen 10 avgjørelser fra de 48 tingrettene. Dommene strekker seg over en periode fra februar 2008 til september 2023, med to dommer fra 2008, én fra 2011, én fra 2014, to fra 2015, to fra 2021, én fra 2022 og én fra 2023. Det synes som om de fleste svenske tingretter er temmelig ukjente med krav om erstatning for offentlige anskaffelser. Eksempelvis uttalte en sorenskriver i en mellomstor svensk tingrett i deres svar til oss at han ikke kunne huske at domstolen hadde behandlet saker om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i løpet av hans tid i domstolen, som strakk seg tilbake til 2006. Et annet eksempel er at hos Göteborg tingrett, som er av de aller største førsteinstansdomstolene i Sverige, kunne arkivaren opplyse om at det kun var én av totalt 255 avgjørelser om erstatning i deres database som gjaldt offentlige anskaffelser. Enkelte domstoler henviste også videre til forvaltningsdomstolene, og uttalte at de alminnelige domstolene ikke behandler anskaffelsessaker overhodet. Dette indikerer at erstatningskrav for alminnelige domstoler er en nokså ubetydelig del av svensk anskaffelsesrett.

Vi tror at forklaringen på det lave antallet erstatningssaker, er innretningen mot administrativ overprøving i forvaltningsdomstolene, og da særlig forvaltningsrettens pålegg til oppdragsgiver om å rette feil i pågående anskaffelsesprosessen. Som vi kommer tilbake til i punkt 3.6, om tapsbegrensningsplikten, gjelder det i Sverige dessuten et utgangspunkt om at feil i konkurransegrunnlaget må påpekes for oppdragsgiver i løpet av konkurransegjennomføringen. Dersom dette ikke er gjort, vil tapsvilkåret normalt ikke anses som oppfylt.⁵⁴⁷

Når manglende angrep på tildelinger og avlysninger også kan medføre at et etterfølgende erstatningskrav reduseres eller bortfaller, gjør dette at de fleste brudd på anskaffelsesregelverket antakelig rettes opp ved administrativ overprøving. Konsekvensen er at det sjelden kommer på tale med et erstatningssøksmål for positiv kontraktsinteresse.⁵⁴⁸ Ut fra Högsta domstolens avgjørelse i sak NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, vil også krav om negativ kontraktsinteresse bare være aktuelt dersom leverandøren ikke hadde mulighet til å begrense sitt tap ved å delta i en eventuell ny utlysning.

2. PREKONTRAKTUELL HÅNDHEVELSE

2.1 Karens

Karens er regulert i LOU kap. 20 §§ 6-7, som gjennomfører artiklene 2a og 2b i håndhevelsesdirektivene. Bestemmelsen sier at det gjelder en karenperiode på minimum 10 dager når meddelelse om tildeling av kontrakt er sendt elektronisk. Er tildelingsbeslutningen sendt på annen måte gjelder en karenperiode på 15 dager fra meddelelsen er sendt.

Det følger av ordlyden at karenperiodens oppstart er knyttet til tidspunktet for utsendelsen av meddelelsen om kontraktstildeling: «...får den opphandlende myndigheten inte ingå avtal (avtalspär)

⁵⁴⁷ HFD 2022 ref. 4 I og II

⁵⁴⁸ Se i samme retning Fredriksen og Strandberg (2018) side 171-172

förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.» Kravene knyttet til selve meddelelsen er regulert i kap. 12 § 12 og kap. 19 § 19. Ifølge bestemmelsene skal meddelelsen gis så snart som mulig, være skriftlig, inneholde en begrunnelse for valg av leverandør, og opplyse om karensperioden.

Dersom en avtale inngås før meddelelse om tildelingsbeslutning er sendt, vil ikke dette anses som et brudd på karensbestemmelene, da startpunktet for karensperioden nettopp er utsendelsen av slik meddelelse. Konsekvensen av ikke å sende pliktig meddelelse før kontrakt inngås blir likevel den samme, nemlig at kontrakten kan kjennes ugyldig (uten virkning), jf. kap. 20 § 13 b nr. 2. Se nærmere punkt 4.2.

Karensperioden vil heller ikke begynne å løpe dersom en meddelelse ikke oppfyller de kravene som stilles til en meddelelse. Dette gjelder også kravet om tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.⁵⁴⁹ Dersom oppdragsgiver i første omgang har gitt en mangelfull begrunnelse, slik at karensperioden ikke er igangsatt, har oppdragsgiver likevel mulighet til å sende ut en ny og tilfredsstillende meddelelse, så lenge kontrakt ikke er inngått. Karensperioden vil da starte fra sist utsendte meddelelse.⁵⁵⁰

Når det gjelder krav til innholdet i begrunnelsen, fremgår følgende av forarbeidene:⁵⁵¹

I förarbetena till ÄLOU (prop. 2001/02:142 s. 59–61) uttalade regeringen följande. För att en leverantör ska kunna bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning innan upphandlingen får avslutas och överprövning inte längre är möjlig bör upphandlande enheter vara skyldiga att på eget initiativ lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet i så nära anslutning till beslutet som möjligt. Endast om skälen för tilldelningsbeslutet redovisas har en missnöjd leverantör möjlighet att bedöma om det finns möjlighet att ansöka om överprövning. Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Om upphandlingen har skett enligt reglerna i [Ä]LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte.

Det følger videre av kap. 12 § 13 at leverandører, som har levert et «godtagbart» tilbud kan be om en utfyllende begrunnelse for valg av leverandør, som inkluderer:

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.”

⁵⁴⁹ Prop. 2009/10:180 side 134 og 338

⁵⁵⁰ Asplund m.fl. (2012) side 145-146

⁵⁵¹ Prop. 2009/10:180 side 114

Bestemmelsen i kap. 20 § 1 angir minstekravet for karenperiodens varighet. Oppdragsgiver kan velge å fastsette en lengre karenperiode, og kontrakt kan da ikke inngås før oppdragsgivers fastsatte karenperiode er over, jf. kap. 20 § 1 siste ledd.

Klager som mottas av forvaltningsretten etter utløp av karenperioden skal avvises som for sent innkomne. Dette har ingen betydning om oppdragsgiver har rukket å inngå kontrakt eller ikke.⁵⁵²

Ved intensjonskunngjøringer gjelder karenperiode på 10 dager fra kunngjøring, jf. kap. 20 § 3. Bestemmelsen gjennomfører endringsdirektivet artikkel 2d nr. 4. Dersom ingen påklager påfølgende direkteanskaffelse i løpet av karenperioden, kan ikke kontrakten ugyldiggjøres, uansett om kontrakt faktisk kunne inngås uten en forutgående kunngjøring av konkurranse.⁵⁵³

Det følger av § 2 at det ikke gjelder et krav om karenperiode for anskaffelser etter forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring, kontraktstildeling under rammeavtaler ved minikonkurranse⁵⁵⁴ og anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning.⁵⁵⁵ Unntaket for kontraktstildeling under rammeavtaler ved minikonkurranse er ikke inntatt i tilsvarende bestemmelse i LUF. Grunnen til dette er den generelt mer fleksible reguleringen i forsyningssektoren, herunder fravær av detaljregulering av rammeavtaler.

Hvis det bare er én tilbyder igjen i konkurransen, behøver heller ikke oppdragsgiver å sende ut meddelelse om tildeling. Langvarig svensk praksis tilsier at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke trenger å forholde seg til en karenperiode.⁵⁵⁶

Etter svensk rett kan oppdragsgiver bli avtalerettslig bundet til vinnende leverandør allerede gjennom tildelingsbeslutningen. Avhengig av meddelelsens utforming, samt det som fremgår av konkurransegrunnlaget, kan meddelelsen om tildelingsbeslutningen anses som en avtalerettslig bindende aksept av tilbudet. I forarbeidene til loven fremgår det at oppdragsgiver derfor bør innta formuleringer i konkurransegrunnlaget, som sier at avtalen skal inngås gjennom en kontrakt og at dette er en forutsetning for den avtalerettslige forpliktelsen, eller på annen måte forsikre seg om at meddelelsen om tildeling ikke blir avtalerettslig bindende.⁵⁵⁷

Der det gjelder en karenperiode, skjer det en automatisk forlengelse av karenperioden ved klage til forvaltningsdomstolen, jf. kap. 20 § 8.⁵⁵⁸ En forlengelse av karenperioden gjelder derimot ikke i alle tilfeller, og det kan derfor oppstå behov for midlertidige forføyninger.⁵⁵⁹

2.2 Suspensjon

Reguleringen av suspensjon i Sverige er ment å innføre håndhevelsesdirektivets artikkel 1 nr.5 og 2 nr. 3.⁵⁶⁰ Når en tildelingsbeslutning påklages til forvaltningsdomstolen, forlenges karenperioden i påvente av klagebehandlingen, jf. kap. 20 § 8 første ledd. Suspensjonen inntreder automatisk og det kreves ingen beslutning fra forvaltningsdomstolen. På denne måten suspenderes oppdragsgivers rett

⁵⁵² Asplund m.fl. (2012) side 184-185

⁵⁵³ Asplund m.fl. (2012) side 184

⁵⁵⁴ Begrunnelsen for dette unntaket er at lovgiver ønsker en effektiv tildelingsprosess under rammeavtaler, og at dette her veier tyngre enn leverandørens behov for en overprøving, jf. Prop. 2009/10:180 side 118. Det finnes ikke tilsvarende bestemmelse i LUF, se nærmere punkt 4.2.3 og prop. 2015/16:195 (del I) side 525.

⁵⁵⁵ Kap. 6 §§ 12-19, kap. 7 §§ 7 og 8 og kap. 8

⁵⁵⁶ Prop. 2015/16:195 side 670-671

⁵⁵⁷ Asplund m.fl. (2012) side 147 med henvisninger til tidligere forarbeider

⁵⁵⁸ Se nærmere punkt 2.1

⁵⁵⁹ Se nærmere punkt 2.3

⁵⁶⁰ Prop. 2009/10:180 side 10

til å inngå kontrakt til etter at forvaltningsdomstolen har behandlet klagen eller besluttet at den forlengede karensperioden skal oppheves, jf. § 8. Den forlengede karensperioden gjelder i 10 dager fra forvaltningsdomstolens avgjørelse foreligger, jf. § 10 første ledd.

Klagen må være mottatt av forvaltningsretten inne utløpet av opprinnelig karensfrist. Det gjelder ingen krav til klagens form eller innhold i første omgang for at den forlengede karensperioden inntreffer. Dette er en viktig forskjell fra begjæringer om midlertidig forføyning.⁵⁶¹ Dersom klagen er ufullstendig, kan forvaltningsretten be klager rette klagen innen en kort frist.

Så snart forvaltningsdomstolen mottar en klage, må den aktuelle oppdragsgiveren raskt få beskjed om at det gjelder en forlenget karensperiode. Dersom oppdragsgiver rekker å inngå kontrakt før beskjeden om en forlenget karensperiode er mottatt, men etter at opprinnelig karensperiode er utløpt, vil ikke anskaffelsesprosessen lenger kunne påklages. Leverandøren må da eventuelt heller påklage avtalens gyldighet.⁵⁶² Leverandøren det er inngått avtale med kan i slike tilfeller ha krav på erstatning dersom avtalen kjennes ugyldig, eller oppdragsgiver kan ilegges et overtredelsesgebyr for brudd på karens- og suspensjonsreglene.⁵⁶³

I tilfeller der det er uenighet mellom partene om den forlengede karensfristen har inntrådt, kan forvaltningsretten ta stilling til spørsmålet, selv om suspensjonen skjer automatisk. Dersom retten kommer til at karensperioden er forlenget, betyr dette at forlenget karensperiode har vært gjeldende fra retten mottok klagen.⁵⁶⁴

Forvaltningsretten kan også beslutte at en forlenget karensperiode ikke skal gjelde, jf. § 8 andre ledd. Muligheten til å oppheve den forlengede karensperioden er en unntaksbestemmelse, som er inntatt for tilfeller der suspensjonen vil ha urimelige konsekvenser for oppdragsgiver. Siden en oppheving vil frata leverandøren muligheten til å overprøve anskaffelsesprosessen, skal bestemmelsen brukes med forsiktighet.⁵⁶⁵

Bestemmelsen om forlenget karensperiode gjelder kun for klager i første instans. Lovgiver mente blant annet at en automatisk forlengelse av karensperioden ved anke over forvaltningsdomstolens avgjørelse, kunne bidra til å forsinke anskaffelsesprosessen.⁵⁶⁶

Der det ikke gjelder en karensperiode, eller eventuelt en forlenget karensperiode, må retten beslutte midlertidig forføyning for å hindre kontraktsinngåelse.⁵⁶⁷ Når forvaltningsretten eller kammerretten beslutter midlertidig forføyning etter § 9, er oppdragsgiver rett til å inngå kontrakt suspendert i 10 dager etter at domstolen har avgjort klagesaken, «avgjort målet», eller opphevet den midlertidige forføyningen, jf. § 10 andre ledd. Ifølge forarbeidene omfatter begrepet «avgjort målet», i tillegg til dom, også når retten «skiljer sig frå målet» i form av beslutninger om «avskrivning» (at klagen trekkes), «avvisning» (at anken ikke oppfyller prosessuelle vilkår) eller «återforvisning» (ny behandling i lavere instans).⁵⁶⁸

Denne 10-dagerssuspensjonen gjelder ikke for avgjørelser fra Högsta forvaltningsdomstolen, da dette er siste instans. Det gjelder likevel en 10-dagersfrist dersom Högsta forvaltningsdomstolen sender en

⁵⁶¹ Asplund m.fl.(2012) side 153, og nærmere omtale i punkt 2.3

⁵⁶² Se punkt 4.2

⁵⁶³ Se punkt 4.3.2

⁵⁶⁴ Asplund m.fl. (2012) side 154

⁵⁶⁵ Prop. 2009/10:180 side 125 flg. og side 355

⁵⁶⁶ Diskusjon og avveininger rundt spørsmål om forlenget karensperiode også skulle gjelde ved anke, se prop. 2009/10:180 side 122 flg.

⁵⁶⁷ Se nærmere punkt 2.3

⁵⁶⁸ Prop. 2009/10:180 side 126

sak tilbake til underrettene for ny behandling. Da gjelder det en suspensjon på 10 dager fra beslutningen om tilbakesending er tatt, jf. § 10 andre ledd siste setning.

Retten har alltid mulighet til å beslutte at 10-dagerssuspensjonen, som gjelder etter at klagesaker er ferdigbehandlet i løpet av en forlenget karenperiode eller under en midlertidig forføyning, ikke skal gjelde, jf. kap. 20 § 10 siste ledd.

Generelt har lovgiver fremhevet at suspensjon er et drastisk inngrep, særlig for den private tilbyderer som ikke kan lastes for det eventuelle bruddet på regelverket.⁵⁶⁹ At man har innført bestemmelser som pålegger forvaltningsdomstolene å behandle sakene «skyndsamt», bør leses i lys av dette.⁵⁷⁰

Tidligere inntraff ikke suspensjon automatisk ved klage. I forbindelse med lovarbeidet bemerket regjeringen at man gikk bort fra ordningen med midlertidig forføyning fordi det skapte betydelig merarbeid for forvaltningsrettene, som måtte vurdere skadepotensialet i hver enkel sak, og fordi klageren vanligvis uansett fikk medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning.⁵⁷¹ Ordningen fremstod derfor som unødvendig prosessdrivende, uten at det faktisk ga større rettssikkerhet eller bedre behandling. Den gamle ordningen med midlertidig forføyning ble imidlertid beholdt for behandlingen i kammerretten. Grunnet for dette synes å være av effektivitetshensynet, som står sterkt i forvaltningsrettene på grunn av den store saksmengden, gjør seg langt mindre gjeldende i kammerretten der det behandles langt færre saker.⁵⁷²

Det følger av rettspraksis at en avgjørelse som gir leverandøren medhold i en klage på en anskaffelsesprosess, medfører at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt etter det opprinnelige prosessen, før feil er rettet i tråd med rettens avgjørelse.⁵⁷³

Dersom det ikke gjelder en karenperiode eller en midlertidig forføyning under rettens behandling av en sak, inntre det heller ingen 10-dagersfrist etter at saken er avgjort. Dette følger av ordlyden i § 10. Det kan derfor være hensiktsmessig for leverandøren å begjære om en midlertidig forføyning etter § 9 i slike tilfeller.

2.3 Midlertidig forføyning

Midlertidig forføyning («interimistisk beslut») i anskaffessaker er regulert i kap. 20 §§ 9 og 16, og er ment å innføre direktivets artikler 2 nr. 1 a og 2 nr. 4 i svensk rett.⁵⁷⁴ Det er forvaltningsdomstolene som har kompetanse til å beslutte midlertidig forføyning i en klagesak etter anskaffelsesregelverket.

LOU og LUF regulerer to ulike situasjoner der det er aktuelt med midlertidig forføyning. Som det fremgår under punkt 2.1 (karens) og 2.2 (suspensjon) kan midlertidig forføyning for det første besluttes for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt. Dette gjelder når det ikke automatisk påløper en karenperiode etter en tildelingsbeslutning, og der det ikke inntre en forlenget karenperiode, jf. kap. 20 § 9.⁵⁷⁵ For det andre er det aktuelt med midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent, jf. § 16.

⁵⁶⁹ Prop. 2021/22:120 side 32 flg.

⁵⁷⁰ Se som eksempel LOU kapittel 20 § 5a etter endringsloven (2022:778)

⁵⁷¹ Prop. 2021/22:120 side 64 flg.

⁵⁷² Prop. 2021/22:120 side 64 flg.

⁵⁷³ RÅ 2005 ref. 17

⁵⁷⁴ Prop. 2009/10:180 side 391

⁵⁷⁵ Kap. 20 § 9 ble endret i implementeringsprosessen av endringsdirektivet i 2010. Tidligere var bestemmelsens ordlyd at anskaffelsesprosessen ikke kunne avsluttes før noe annet var bestemt. Endringen i ordlyden til at avtale ikke kan inngås før noe annet er bestemt, ble gjort for å tilpasse

Det første alternativet (§ 9) omfatter tilfeller der karens ikke inntreffer automatisk; nemlig andre tilfeller enn der oppdragsgivers må sende meddelelse om tildelingsbeslutning, jf. § 1, ved intensjonskunngjøringer, jf. § 3, og ved klage på en anskaffelsesprosess og forlenget karensperiode, jf. § 8. Utenfor disse tilfellene vil det nettopp være behov for en midlertidig forføyning for å forhindre kontraktsinngåelse.

Et tilfelle der forlenget karensperiode ikke gjelder, er ved direkteanskaffelser, fordi oppdragsgiver da ikke plikter å sende meddelelse om tildelingsbeslutningen. I disse tilfellene kan en overprøving av en anskaffelse dreie seg om hvorvidt en direkteanskaffelse er i tråd med regelverket og de grunnleggende prinsippene. Ved en klage i denne situasjonen, vil det være nødvendig med en midlertidig forføyning for å forhindre kontraktinngåelse. Forvaltningsdomstolens avgjørelse kan påklages etter de samme reglene som gjelder for kunngjorte kontrakter.

Når det gjelder ordningen med automatisk forlengelse av karensfristen i klagesaker etter § 8, vil suspensjonen bare gjelde så lenge saken behandles i forvaltningsretten som første instans. Når en leverandør anker en avgjørelse til kammerretten eller til Högsta forvaltningsdomstolen, blir det derfor nødvendig med midlertidig forføyning for at oppdragsgiver skal være forhindre fra å inngå kontrakt. Kammerretten eller Högsta forvaltningsdomstolen kan beslutte midlertidig forføyning før spørsmålet om ankesamtykke for selve klagesaken er avgjort. Retten tar ofte en begjæring om midlertidig forføyning til følge i påvente av avgjørelsen om det skal gis ankesamtykke.⁵⁷⁶

Også ved klagebehandling i første instans kan det være situasjoner hvor en forlengelse av karensperioden ikke gjelder, og hvor det derfor kan være behov for midlertidige forføyninger. Når en avgjørelse er anket til kammerretten eller Högsta forvaltningsdomstolen, kan forvaltningsrettens dom bli opphevet og sendt tilbake til underinstansen for ny behandling («återförvisning»). For den nye behandlingen i forvaltningsretten gjelder det ikke en forlenget karensperiode, som i første behandlingsrunde, og leverandøren bør derfor begjære midlertidig forføyning av forvaltningsretten for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt før saken er ferdigbehandlet.⁵⁷⁷

Suspensjon som følge av en midlertidig forføyning, gjelder i utgangspunktet 10 dager etter at saken er avgjort eller suspensjonen er opphevet, jf. § 10 andre ledd.⁵⁷⁸ Motsatt kan oppdragsgiver inngå kontrakt umiddelbart når en forlenget karensperiode oppheves.

En begjæring om midlertidig forføyning skal behandles raskt.⁵⁷⁹ Ofte vil begjæringen behandles samme dag som den kommer inn.⁵⁸⁰

Behandling av en begjæring om midlertidig forføyning etter disse bestemmelsene, innebærer ikke en innledende undersøkelse av realitetene i klagesaken eller en vurdering av utfallet i klagesaken. Videre vil domstolen trolig bare behandle spørsmålet om midlertidig forføyning etter begjæring fra en part, men det synes ikke å være noe formelt til hinder for at domstolen treffer slike avgjørelser av eget tiltak.⁵⁸¹

Når retten skal ta stilling til en begjæring om midlertidig forføyning, skal det foretas en interesseavveining mellom partene, jf. § 9 andre og tredje ledd. Dersom tapet eller ulempen en

bestemmelsen til reguleringen av karens. Endring innebærer imidlertid ingen materiell endring, se Prop. 2009/10:180 side 152.

⁵⁷⁶ Asplund m.fl. (2012) kapittel 6.4

⁵⁷⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 side 356

⁵⁷⁸ Begrunnelsen for denne suspensjonsperioden synes å være at leverandør skal ha noe tid til å ta stilling til eventuell anke, uten å måtte bekymre seg for at oppdragsgiver umiddelbart inngår kontrakt.

⁵⁷⁹ Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a

⁵⁸⁰ Asplund m.fl. (2012) kapittel 6.4

⁵⁸¹ Asplund m.fl. (2012) kapittel 6.4

midlertidig forføyning kan medføre anses å være større enn tapet for leverandøren, skal retten avslå begjæringen. I sin vurdering skal retten ta hensyn til partenes interesser, allmenne interesser og andre relevante interesser.

At hensyn til partenes interesser, allmenne interesser og andre relevante interesser skal vektlegges, ble tatt inn i bestemmelsen fra 1. juni 2016. Lovendringen skjerpet kravene til interesseavveiningen, med økt vekt på oppdragsgivers interesser.⁵⁸² Endringen var foranlediget av den rådende flyktnings situasjonen, men hadde som mål å gjøre det enklere å gjennomføre raske anskaffelser.⁵⁸³ I forarbeidene ble det presisert at hensynet til partenes interesser refererer både til partene selv og til andre som bruker det som anskaffes. Dette kan omfatte enkeltpersoner, bedrifter og representanter for offentlig sektor. Allmennhetens interesser omfatter både samfunnsøkonomiske og samfunnspolitiske aspekter. I tillegg til hensynet til grupper av brukere av det som anskaffes, omfatter denne interessen også generelle hensyn som vedlikehold av fysisk eller organisatorisk infrastruktur.

Rettspraksis til nå viser at det er en sterk presumsjon for å ta begjæring om midlertidig forføyning til følge.⁵⁸⁴

I Lexinos lovkommentar til bestemmelsen⁵⁸⁵ står det:

I praktiken har förvaltningsrätten hittills varit mycket leverantörsvänlig vid denna intresseavvägning och regelmässigt meddelat interimistiskt beslut om det av en ansökan om överprövning inte framstår som osannolikt att den upphandlande myndigheten begått fel som har betydelse för utgången i målet (se t.ex. Kammarrättens i Göteborgs beslut den 20 april 2004 i målen 515–04 och 841–04). Det krävs således för ett interimistiskt beslut inte att det är visat eller ens framstår som klart att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Av rubriken till RÅ 2003 ref. 64 framgår även att interimistiskt beslut ska fattas när domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra, dvs. när det finns risk för att den upphandlande myndigheten ingår avtal med överprövningsavskärande verkan. Vidare har Kammarrätten i Jönköping i beslut den 24 september 2010, mål nr 2597–10, ansett att det inte funnits skäl att upphäva ett interimistiskt beslut som fattats av förvaltningsrätten, trots att den sökande leverantören inte hade anfört några skäl för sin ansökan om överprövning.

Ordningen med midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent, jf. § 16, ble innført gjennom implementeringen av endringsdirektivet i 2010. En slik beslutning er aktuell i forbindelse med overprøving av en avtales gyldighet.⁵⁸⁶ Hensikten er å hindre videre kontraktoppfyllelse mens retten behandler saken, fordi dette kan medføre at leverandøren mister sin mulighet til å konkurrere om kontrakten i en eventuell påfølgende og korrekt gjennomført konkurranse.⁵⁸⁷

Også i disse tilfellene skal det foretas en interesseavveining mellom partene. Oppdragsgivers interesser vil i slike saker kunne veie tyngre, da et avslag på begjæringen ikke nødvendigvis innebærer at leverandøren mister muligheten til å påklage avtalens gyldighet. Dette er annerledes enn klagesaker knyttet til en pågående anskaffelsesprosess, fordi muligheten til å klage på prosessen går

⁵⁸² Prop. 2015/16:129 side 18

⁵⁸³ Ulfsson kapittel 20 § 9

⁵⁸⁴ Asplund m.fl. (2012) side 162, med videre henvisning til Kammerretten i Göteborg sin avgjørelse i sak nr. 515-04, 841-04 og 5524-03

⁵⁸⁵ Ulfsson kapittel 20 § 9

⁵⁸⁶ Se punkt 1.3.2 og 4.2

⁵⁸⁷ Asplund m.fl. (2012) side 163

tapet idet kontrakt inngås. Den sterke presumsjonen for å innvilge midlertidig forføyning i klager på anskaffelsesprosessen, vil derfor ikke gjøre seg gjeldende i like stor grad for tilfeller etter § 16.⁵⁸⁸

2.4 Sette til side beslutninger

Direktivets bestemmelse i artikkel 2 nr. 1 bokstav b sier at håndhevelsesorganet må kunne sette til side ulovlige beslutninger. Hva som skal anses som ulovlige beslutninger er ikke nærmere angitt, men det er presisert i bestemmelsen at kompetansen i hvert fall skal omfatte en tilsidesettelse av diskriminerende spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget mv.

Etter kap. 20 § 6 første ledd kan forvaltningsdomstolen, nå den gir en leverandør medhold i at det er begått regelverksbrudd i en anskaffelsesprosess, beslutte at feilen skal rettes eller at anskaffelsesprosessen først kan avsluttes når feilen er rettet. På denne måten setter domstolen til side beslutninger tatt av oppdragsgiver i tråd med direktivbestemmelsen.

For at en leverandør skal kunne få medhold i en klage og at forvaltningsdomstolen dermed pålegger oppdragsgiver å rette feilen i tråd med anførselene i saken, kreves det både at oppdragsgiver har brutt regelverket (herunder de grunnleggende prinsippene), og at feilen medfører at leverandøren har lidd eller kan komme til å lide et tap, jf. Kap. 20 § 6. I praksis er det ikke uvanlig at domstolen kommer til at regelverket er brutt, men at klagen avslås fordi tapskravet ikke er oppfylt.

2.5 Særlige regler i forsyningssektorene

I den nå opphevede LUF av 2007 kapittel 16 § 2 (1) siste setning hadde Sverige gitt forvaltningsdomstolen mulighet til å ilegge mulkt istedenfor å treffe midlertidig tiltak, eller oppheve eller sørge for oppheving av ulovlige vedtak. Mekanismene gjennomfører håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c, 2 nr. 1 bokstav a og 2 nr. 1 bokstav b. Tilsvarende bestemmelse fantes også før LUF av 2007.⁵⁸⁹

Hensikten med å innføre mulkt i sin tid var at denne beføyelsen kunne velges istedenfor at anskaffelsen måtte gjøres om eller rettes. Særlig ble det vist til at pliktsubjektene etter forsyningsdirektivet også inkluderer private virksomheter, og at mulkt kunne være et bedre alternativ overfor disse.⁵⁹⁰

Da Sverige skulle innføre endringene som fulgte av endringsdirektivet, viste departementet til direktivets fortale, der det angis at noe av hensikten med å ha alternativer i direktivet var at det skulle tas hensyn til det nasjonale rettssystemets særtrekk.⁵⁹¹ I forarbeidene fremgår det at departementet forstod henholdsvis bokstav a og b og bokstav c som alternative, og at Sverige etter daværende rettstilstand hadde overoppfyllt direktivet ved å gjennomføre begge alternativ.⁵⁹²

Ved gjennomføringen av endringsdirektivet lovfestet man muligheten for å få midlertidig forføyning når suspensjonsreglene ikke kommer til anvendelse. Departementet anså det derfor slik at svensk rett med dette ville oppfylle det andre håndhevelsesdirektiv artikkel 2 (1) a) og b). Det var etter lovgivers syn ikke nødvendig å også videreføre de alternative reglene om mulkt.⁵⁹³

⁵⁸⁸ Asplund m.fl. (2012) side 163

⁵⁸⁹ Prop. 2009/10:180 side 153

⁵⁹⁰ Prop. 2009/10:180 side 153

⁵⁹¹ Prop. 2009/10:180 side 154

⁵⁹² Prop. 2009/10:180 side 154

⁵⁹³ Prop. 2009/10:180 side 154

Videre la departementet til grunn at det uansett ikke var grunn til å tro at behovet for mulkt er større i forsyningssektoren enn i klassisk sektor, der denne beføyelsen ikke har et motstykke. Det ble også vist til at reglene om mulkt var lite brukt.⁵⁹⁴

Lovgiver fjernet derfor muligheten til å ilegge mulkt etter artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Denne delen av håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene har ikke blitt endret med endringsdirektivet.⁵⁹⁵

3. ERSTATNING

3.1 Generelt

I svensk rett er erstatningsreglene ved offentlige anskaffelser regulert i LOU og LUF kap. 20 §§ 20 og 21. Reglene er utviklet gjennom rettspraksis fra Högsta domstolen. Sentrale høyesterettsdommer som har vært retningsgivende på erstatningsområdet er NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, NJA 2007 s. 349 *Ishavet*, NJA 2013 s. 762 *Fidelia*, NJA 2016 s. 358 *Bergfors* og NJA 2016 s. 369 *NBB*. Disse dommene oppstiller blant annet hvilke beviskrav som gjelder i ulike situasjoner og hvilke erstatninger som kan utmåles ved brudd på anskaffelsesregelverket.

Reglene om erstatning i anskaffelsessammenheng bygger på de generelle erstatningsreglene i svensk rett. For det første skiller svensk rett mellom erstatning basert på et avtaleforhold («inomobligatorisk») og erstatning utenfor avtaler («utomobligatorisk»). I noen tilfeller foreligger det ikke en avtale mellom partene, men situasjonen er likevel så lik et avtaleforhold at den bør løses basert på avtalerettslige prinsipper. Sistnevnte situasjon omtales som «kvasikontraktuelle».

Skadeståndslagen (1972:207, SkL) er den sentrale loven på erstatningsområdet. Denne regulerer hovedsakelig erstatning utenfor avtaleforhold hva gjelder tings- og personskade. Det følger av SkL kap.1 § 1 at denne loven gjelder så langt forholdet ikke er regulert av annen lov. Reguleringen i LOU og LUF medfører derfor at SkL som regel ikke aktualiseres i offentlige anskaffelser. Det kan likevel forekomme grensetilfeller. Högsta domstolen har også slått fast at erstatningsreglene i LOU ikke utelukker erstatning etter SkL.⁵⁹⁶

Grensedragningen mellom på den ene siden erstatning på grunnlag av SkL eller et avtaleforhold, og på den andre siden erstatning på grunnlag av LOU eller LUF, har også betydning for foreldelsesfrister. For erstatningskrav basert på SkL eller et avtaleforhold, gjelder alminnelige foreldelsesfrister i preskripsionslagen (1981:130).

Utgangspunktet i svensk erstatningsrett er at erstatning er betinget av uaktsomhet (*culpa*). Her har det imidlertid skjedd en utvikling i rettspraksis på anskaffelsesområdet. I den første dommen fra Högsta Domstolen om erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene, NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, ble det lagt til grunn at det gjaldt et objektivt ansvar. I NJA 2016 s. 358 *Bergfors* slo imidlertid Högsta domstolen fast at det må foreligge en tilstrekkelig kvalifisert feil, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*.⁵⁹⁷ Videre er det et vilkår for erstatning at det foreligger årsakssammenheng («kausalsamband») og det må foreligge et økonomisk tap.⁵⁹⁸ I svensk rett er kravet om årsakssammenheng tett knyttet til tapsvilkåret fordi det gjelder strenge tapsbegrensningsplikter for leverandører. Se nærmere om dette under punkt 3.6.

⁵⁹⁴ Prop. 2009/10:180 side 154

⁵⁹⁵ Prop. 2009/10:180 side 153

⁵⁹⁶ NJA 2013 s. 909

⁵⁹⁷ C-568/08 *Combinatie Spijker*.

⁵⁹⁸ Asplund m.fl. (2012), side 371 flg.

3.2 Gjennomføringen av håndhevelsesdirektivenes bestemmelser

Regelen om erstatning på anskaffelsesområdet, jf. LOU og LUF kap. 20 § 20, gjelder alle anskaffelser, uavhengig av verdi og kategori, og gjennomfører artikkel 2 nr. 1 bokstav c i håndhevelsesdirektivet.⁵⁹⁹

Bestemmelsen i LOU har følgende ordlyd:

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

Første ledd fastsetter den generelle hjemmelen for erstatning, ved at en offentlig oppdragsgiver som har brutt regelverket skal erstatte leverandørens tap som følge av bruddet. Hjemmelen omfatter den positive kontraktsinteresse.⁶⁰⁰ Det opprinnelige lovforslaget for implementering håndhevelsesdirektivet var utformet på en annen måte, og omfattet kun den negative kontraktsinteresse. Universitetet i Stockholm var imidlertid kritisk til formuleringen i sitt høringsinnspill. Universitetet mente at erstatningshjemmelen burde omfatte den positive kontraktsinteressen, dels fordi dette var reguleringen i de fleste andre EU-landene og dels fordi det var stor usikkerhet rundt hvordan tapsbegrepet i håndhevelsesdirektivet skulle forstås. Videre la Universitetet vekt på at kravet til årsakssammenheng ville ha en meget begrensende effekt på muligheten til å få tilkjent den positive kontraktsinteressen. Høringsinnspillet ble tatt til følge, og bestemmelsen ble endret.⁶⁰¹

Også senere har det vært diskusjoner i juridisk litteratur rundt utformingen av de svenske erstatningsreglene på anskaffelsesområdet, og om de skal omfatte muligheten for den positive kontraktsinteresse. Palm og Riberdahl har kalt utformingen grunnleggende tvilsom fordi erstatningsreglene for kontraktsforhold utvides til å omfatte situasjoner der det ikke er inngått noen kontrakt mellom partene. Kritikken har imidlertid blitt imøtegått av flere, blant annet Wahl, Hentze og Sylvén, som mener at utformingen av bestemmelsene er i tråd med kravene i håndhevelsesdirektivene, og at en korrekt implementering krever at bestemmelsene omfatter muligheten for å kunne kreve den positive kontraktsinteressen. Wahl har uttalt at selv om disse erstatningsreglene innholdsmessig skulle stride mot svenske erstatningsrettslige prinsipper, vil det ikke ha noen betydning for utformingen.⁶⁰²

Etter ordlyden i § 20 første ledd stilles det ikke nærmere krav til ansvarsgrunnlaget ut over et objektivt ansvar, men som vi kommer tilbake til, har HD i nyere tid lagt til grunn at det kreves en tilstrekkelig klar overtredelse av anskaffelsesreglene for at det skal kunne bli snakk om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Se nærmere i punkt 3.3.

Bestemmelsen i § 20 andre ledd regulerer retten til erstatning for leverandørens kostnader ved å delta i konkurransen; den negative kontraktsinteressen, dersom bruddet på regelverket «menligt» har påvirket leverandørens muligheter til å vinne konkurransen. Bestemmelsen er basert på særbestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene i artikkel 2 nr. 7, som ikke er inntatt i håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor. Direktivbestemmelsen i artikkel 2 nr. 7 har følgende ordlyd:

⁵⁹⁹ Se LOU kapittel 19 § 1 og kapittel 19a § 1, og tilsvarende regulering i øvrige lover

⁶⁰⁰ Prop. 1992/93:88 side 45 flg.

⁶⁰¹ Bjernestedt (2011), side 44-45 med videre henvisninger

⁶⁰² Bjernestedt(2011), side 46-47 med videre henvisninger

Dersom det reises krav om skadeserstatning for kostnadene ved å fremlegge et anbud eller ved å delta i en anbudsrunde, må den som krever erstatningen, bevise bare at det foreligger overtredelse av fellesskapsretten på området kontraktstildeling eller på de nasjonale regler som gjennomfører denne retten, samt at vedkommende hadde en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten og at denne muligheten ble redusert som en følge av overtredelsen.

Svensk lovgiver var skeptisk til å innføre bestemmelsen fordi de mente anvendelsen av bestemmelsen var uklart med tanke på forholdet til den alminnelige erstatningsbestemmelsen i § 20 første ledd. Lovgiver landet likevel på at den skulle tas inn i LUF, siden den fulgte direkte av direktivteksten.⁶⁰³ Ved revideringen av anskaffelsesreglene i 2010 ble bestemmelsen tatt inn også i loven for klassisk sektor.⁶⁰⁴ Det fremgår av forarbeidene at dette er en følge av at HD i sak NJA 2000 s. 712 *Tvåttsvamparna* slo fast at også leverandører i anskaffelser som reguleres av LOU har krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse:

Med hänsyn till att det numera är klarlagt av HD att det negativa intresset kan utgå även vid offentlig upphandling inom den klassiska sektorn och behovet av klargörande gör sig gällande i lika hög grad vid upphandlingar inom denna sektor bör, enligt regeringens mening, en kompletterande regel efter mönster av bestämmelsen om ersättning för det negativa intresset i LUF föras in i LOU.⁶⁰⁵

Uttalelsen fra HD i NJA 2000 s. 712 *Tvåttsvamparna*, som det vises til i forarbeidene er følgende:

En specialregel för fall då ersättningsyrkandet avser kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingsförfarandet finns i 7 kap 7 §. Bestämmelsen har enligt vad som uttalas i förarbetena tagits in i lagen med hänsyn till att den är direkt hämtad från det andra rättsmedelsdirektivet. Även om paragrafen avviker från motsvarande bestämmelse i det andra rättsmedelsdirektivet får den därför tolkas i överensstämmelse med direktivtexten. Detta innebär att leverantören för att få ersättning för kostnader inte behöver visa att han skulle ha fått kontraktet om någon överträdelse inte skett utan att det är tillräckligt att han visar, förutom att en överträdelse skett, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet (jfr ingressen och artikel 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet).

Bestämmelsen i 7 kap 7 § är, i likhet med bestämmelsen i det andra rättsmedelsdirektivet, begränsad till upphandling inom vatten-, energi-, transport- och kommunikationsområdena. I avsaknad av sakskäl som talar för annat får dock samma principer antas vara tillämpliga vid annan upphandling som regleras i lagen (jfr lagrådets yttrande i prop 1992/93:88 s 140 f).

Etter dette gjelder samme regler om erstatning for den negative kontraktsinteresse etter både LOU og LUF. Se nærmere om innholdet § 20 andre ledd under punkt 3.5.

⁶⁰³ Prop. 1992/93:88 side 140-141

⁶⁰⁴ Prop. 2009/10:180 side 222

⁶⁰⁵ Prop. 2009/10:180 side 224

3.3 Erstatning for positiv kontraktsinteresse

3.3.1 Ansvarsgrunnlag

Som nevnt oppstiller ordlyden i § 20 første ledd i utgangspunktet et objektivt erstatningsansvar for overtredelse av anskaffelsesregelverket. Dette la også HD til grunn i NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, og erstatning ble tilkjent uten en nærmere vurdering av grovheten av det aktuelle regelverksbruddet.

Både i juridisk teori og i rettspraksis ble det lenge kun lagt til grunn at en *feil* ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess var tilstrekkelig til å statuere ansvarsgrunnlag for erstatning.⁶⁰⁶ Tilnærmingen var basert på forståelsen om at en anskaffelse, allerede fra utlysningen av en konkurranse, skaper et kvasikontraktuelt forhold mellom oppdragsgiver og potensielle leverandører.⁶⁰⁷ Ansvarsgrunnlaget har i tråd med denne forståelsen vært ansett som kontraktsrettslig, hvor det ikke stilles krav om anskaffelsesfeilens alvorlighetsgrad.⁶⁰⁸

Dette endret seg med NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Her uttalte HD, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*, at det i svensk rett kreves at overtredelsen av anskaffelsesreglene er «tillräckligt klar» for at oppdragsgiver skal kunne bli ansvarlig for den positive kontraktsinteresse. Gjeldende svensk rett er dermed i overensstemmelse med norsk rett, som krever et «tilstrekkelig klart brudd» på anskaffelsesreglene for at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteressen.⁶⁰⁹

3.3.2 Årsakssammenheng

Svensk rett synes å oppstille en noe lavere bevismessig terskel enn i norsk rett, når det gjelder å påvise årsakssammenheng mellom regelverksbruddet og det økonomiske tapet. For å kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse etter norsk rett, kreves «klar sannsynlighetsovervekt» for at leverandøren skulle blitt tildelt kontrakten dersom regelverksbruddet ikke hadde skjedd.⁶¹⁰ I svensk rett kreves det imidlertid bare at det var «sannolikt» at leverandøren som krever erstatning skulle blitt tildelt kontrakten dersom anskaffelsesfeilen ikke hadde skjedd.

Det svenske beviskravet følger av langvarig rettspraksis i Sverige, tilbake til NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*. Rettssetningen er gjentatt i NJA 2007 s. 349 *Ishavet* og NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Beviskravet i anskaffelsesretten er lavere enn hva som gjelder i alminnelig svensk sivilrett, nemlig et relativt strengt krav til at saksøker må ha «styrkt» eller «visat» at kravet er sannsynliggjort. Antakelig er det svenske beviskravet for positiv kontraktsinteresse det samme som det alminnelige beviskravet i norsk rett, som krever sannsynlighetsovervekt.⁶¹¹

På samme måte som Høyesterett slo fast i HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*, har HD uttalt at svensk rett som utgangspunkt ikke verner den positive kontraktsinteressen i tilfeller der det ikke skjer noen kontraktstildeling, jf. NJA 2013 s. 762 *Fidelía*.⁶¹² Her uttales det at det er kontraktsinngåelsen som er den ansvarsbetingende handlingen. På den andre siden la HD i NJA 2016 s. 369 *NBB* til grunn at erstatning for positiv kontraktsinteresse i prinsippet ikke var utelukket selv om konkurransen ble avlyst. Denne dommen synes å fravike *Fidelía*, iallfall et stykke på vei.⁶¹³ Forutsetningen for å kunne kreve

⁶⁰⁶ NJA 2013 s. 762 *Fidelía* avsnitt 15, NJA 2007 s. 349 *Ishavet*, Andersson m.fl. (2012) side 685

⁶⁰⁷ NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*

⁶⁰⁸ Wistrand (2019) side 103

⁶⁰⁹ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 110

⁶¹⁰ Rt-2001-1062 *Nucleus* og HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø* avsnitt 37

⁶¹¹ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) side 170

⁶¹² I samme retning Svea hovrett i T 7298-12 og Göta hovrett i T 3621-20

⁶¹³ Slik også Lindén m.fl. (2022) side 89, med note 24

erstatning, er at det er årsakssammenheng mellom anskaffelsesfeilen og behovet for å avlyse konkurransen, og at det er bevist med tilstrekkelig sannsynlighet at tilbyderen som krever erstatning ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke var begått, og konkurransen ikke hadde blitt avlyst. Det var tilfelle i den aktuelle saken, ettersom saksøkeren hadde fått sitt tilbud feilaktig avvist, men lå lavest i pris, og konkurransen var en ren priskonkurranse. Konkurransen hadde deretter blitt avlyst utelukkende grunnet at overprøvingen av avvisningen og tildelingsprosessen hadde trukket for langt ut i tid. Saksøkeren fikk da medhold i sitt krav på positiv kontraktsinteresse.

HDs dom i NJA 2016 s. 369 *NBB* synes å utgjøre et unntakstilfelle. Göta hovrett kom i T 3621-20 til at en tilbyder ikke hadde krav på positiv kontraktsinteresse der en konkurranse hadde blitt avlyst fordi behovet ikke lenger var til stede. Saken gjaldt en anskaffelse av flyktningboliger, og det bortfalte behovet skyldtes at asylreglene i Sverige mellom konkurransen og avlysningen hadde blitt strammet inn, noe som medførte en reduksjon i flyktningstrømmen. Det var da ingen årsakssammenheng mellom den eventuelle feilen og den tapte fortjenesten. Leverandøren hadde i tråd med hovedregelen om at det er en feilaktig kontraktsinngåelse som gir grunnlag for erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse, ikke krav på slik erstatning.

For at erstatning skal komme på tale, kan det ikke være slik at tilbyderen, som hevder at den ville blitt tildelt kontrakten i fravær av oppdragsgiverens feil, selv skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller minstekrav. Dette følger av Hovretten for Västra Sveriges dom i sak T 6007-20. Her hadde tingretten tilkjent erstatning på grunnlag av en anskaffelsesfeil, som bestod i at valgte leverandør skulle vært avvist. Oppdragsgiver hadde imidlertid ikke vurdert om klageren selv oppfylte konkurransegrunnlagets krav. Hovretten kom til at det ikke var grunnlag for erstatning, siden det var klart at klager selv skulle vært avvist. Sistnevnte avgjørelse synes å være i tråd med det man i norsk rett har lagt til grunn, nemlig at forventningen om positiv kontraktsinteresse bare har erstatningsrettslig vern der den aktuelle tilbyderen lovlig kunne bli tildelt kontrakten.⁶¹⁴

3.3.3 Utmåling av den positive kontraktsinteressen

Når det gjelder utmålingen av den positive kontraktsinteressen, uttalte HD i NJA 1998 side 873 *Arkitektjänst* at den positive kontraktsinteressen bør beregnes ut fra differansen mellom inntekten leverandøren ville hatt på grunnlag av kontrakten og kostnadene leverandøren ville blitt påført gjennom å påta seg oppdraget. Det er lagt til grunn i svensk rett at erstatning for positiv kontraktsinteresse bare kan komme på tale til én tilbyder.⁶¹⁵ HD har dessuten lagt til grunn at faste kostnader ikke skal komme til fradrag ved beregningen av fortjenestetapet. Det er bare de særlige kostnader som ville vært pådratt i anledning kontraktens gjennomføring som skal trekkes fra.⁶¹⁶

Den konkrete størrelsen på erstatningen vil naturligvis avhenge av kontraktens størrelse. Vårt inntrykk er at svenske domstoler gjør en temmelig inngående prøving av erstatningsbeløpet i saker om positiv kontraktsinteresse. Eksempelvis vurderte Hovretten for Nedre Norrland i T 643-12 (senere overprøvd av HD i NJA 2016 s. 358 *Bergfors*) i detalj hvilken andel av leverandørens personalkostnader som kunne antas henført til den aktuelle kontrakten. I tillegg ble det lagt til grunn at erstatningen for tapt fortjeneste i løpet av kontraktens løpetid måtte neddiskonteres. Leverandørens krav om SEK 9 059 498 i erstatning ble da satt ned til SEK 4 465 445.

Et annet eksempel er NJA 2016 s. 369 *NBB*, der HD tilkjente SEK 596 040 i erstatning for positiv kontraktsinteresse. Tilbudet var på SEK 4 280 000 ekskl. mva. HD la saksøkers krevde beløp til grunn etter å ha vurdert kostnadenes nokså inngående.

⁶¹⁴ HR-2023-206-A *Perpetuum miljø* avsnitt 61

⁶¹⁵ NJA 2007 s. 349 *Ishavet* og Andersson m.fl. (2012) side 687-688

⁶¹⁶ NJA 2007 s. 349 *Ishavet*

HD uttalte:

Beloppet är beräknat på grundval av det pris som angavs i anbudet med avdrag för kostnaderna för underentreprenörernas arbete och för beräknade lönekostnader avseende arbetsledning och snickeriarbete. Lönekostnaderna är specificerade, liksom kostnaderna för bodar och etablering av projektet samt material. Kostnaderna för underentreprenörerna styrks bl.a. av de offerter de lämnade till NBB i samband med upphandlingen. Rimligheten av kostnaderna har bekräftats genom förhör. Avdrag för intäkter från ersättningsuppdrag har inte gjorts; enligt vad som är utrett har inte några uppdrag utförts. NBB har därmed styrkt att skadan uppgår till det yrkade beloppet.⁶¹⁷

HD vurderte også om det forelå forhold som tilsa en reduksjon i erstatningsbeløpet. Faktorer som ble vurdert var om leverandøren kunne klandres for ikke å ha klaget på avlysningen av konkurranse til forvaltningsretten, og at leverandøren ikke leverte inn tilbud i den etterfølgende konkurransen. Ingen av disse forholdene tilsa en reduksjon i den konkrete saken. HDs avgjørelse tilsier at det etter omstendighetene gjøres en inngående rimelighetsvurdering av leverandørens erstatningskrav. Se mer om denne saken under punkt 3.4.

Et tredje eksempel er T 5455-17 fra Svea hovrett. Saken gjelder anskaffelse av en rammeavtale der leverandøren ble tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse. Rammeavtalen hadde en grense på 6000 timer, og leverandøren hadde beregnet sin positive kontraktsinteresse ut fra dette timeantallet. Oppdragsgiver anførte at erstatning for 6000 timers arbeid ikke kunne kreves, da rammeavtalen ikke inneholdt noen forpliktelse til å gjøre avrop. Det ble imidlertid ansett bevist at oppdragsgiver hadde til hensikt å utnytte rammeavtalen til det fulle, og at det ikke var noen omstendigheter som tilsa at det ikke ville bli gjort maksimale avrop. Leverandøren hadde da krav på erstatning tilsvarende fortjenestetapet for 6000 timers arbeid, som i denne saken kom på SEK 2 012 354 (kontraktsverdien var på SEK 4 344 000).

3.4 Erstatning for tap av sjanse ved ulovlige direkteanskaffelser

3.4.1 Ansvarsgrunnlag

Svenske domstoler har i enkelte tilfeller tilkjent erstatning til leverandører ved ulovlige direkteanskaffelser, som for eksempel i NJA 2000 side 712 *Tvättsvamparna* og NJA 2007 side 349 *Ishavet*, i tillegg til en rekke hovretts- og tingrettsavgjørelser.⁶¹⁸ Ansvarsgrunnlaget synes ikke å ha vært problematisert i HDs rettspraksis, slik at det fremstår som uklart om det etter HDs dom i NJA 2016 side 358 *Bergfors* gjelder et krav om «tillräckligt klar överträdelse» også for erstatningskrav ved ulovlige direkteanskaffelser.

I underrettspraksis har vi funnet to avgjørelser hvor domstolen har vært inne på ansvarsgrunnlaget: Hovretten for Övre Norrland kommenterte i T 417-20 på spørsmålet om ansvarsgrunnlag, men gikk rett fra å konstatere at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse til å vurdere om det forelå tilstrekkelig årsakssammenheng.⁶¹⁹ I T 7658-18 la imidlertid Svea hovrett til grunn at det krevdes et tilstrekkelig klart brudd på reglene også der oppdragsgiver hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.⁶²⁰

⁶¹⁷ NJA 2016 s. 369 *NBB* avsnitt 30

⁶¹⁸ Eksempler er Svea hovrett i T 7651-18, Hovretten for Övre Norrland i T 417-20, Lund tingrett i T 2582-14, Uppsala tingrett i T 7257-20 m.fl. og Borås tingrett i T 3993-19

⁶¹⁹ Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 side 10

⁶²⁰ Svea hovrett i T 7658-18 side 10-11

Det synes derfor noe uklart om det kreves et tilstrekkelig klart brudd på anskaffelsesreglene i tilfeller hvor oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Det kan se ut som svenske domstoler uansett mener det skal lite til før en ulovlig direkteanskaffelse utgjør et tilstrekkelig alvorlig brudd. Et eksempel på dette fra tingrettspraksis er Borås tingretts dom i T 3993-19. Domstolen kommenterer kort på at det var «ostridigt» at det var gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse og at kontrakten var kjent ugyldig av forvaltningsdomstolen. Det forelå derfor et tilstrekkelig klart brudd på anskaffelsesreglene.

3.4.2 Årsakssammenheng

I NJA 2000 s. 712 *Tvåttsvamparna* formulerte HD beviskravet for årsakssammenheng i ulovlig direkteanskaffelsestilfellene likt som tilfeller der det har skjedd feil i en kunngjort konkurranse som medfører at en leverandør sannsynligvis mistet kontrakten den ellers ville fått dersom feilen ikke var begått. HD skriver at kravet til årsakssammenheng er oppfylt dersom det kan bevises som «sannolikt» at leverandøren ville få kontrakten:

Övervägande skäl får därför anses tala för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.

Haukeland Fredriksen og Strandberg skriver at denne setningen trolig henger sammen med at HD kom til at erstatningsutmålingen skulle baseres på en bredt sammensatt rimelighetsvurdering.⁶²¹ I den skjønsmessige vurderingen skulle også sannsynligheten for at leverandøren ville fått kontrakten inngå. Dette har følgende karakter av en *sjansetapserstatning*, noe norske domstoler har lagt til grunn at ikke kan kreves i norsk anskaffelsesrett.⁶²²

I NJA 2007 s. 349 *Ishavet* oppstiller domstolen imidlertid beviskravet i ulovlig direkteanskaffelse-situasjonen som at tilbyderer må ha «visat att det sannolikt skulle ha lämnat ett anbud samt att det skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet».⁶²³ Domstolen synes her å oppstille den samme terskelen – «realistisk möjlighet» - som for negativ kontraktsinteresse.⁶²⁴

Rettsstilstanden i Sverige med hensyn til beviskravet for erstatning i slike tilfeller, synes å ha gått i en retning som senker terskelen for å tilkjenne erstatning, sammenlignet med saker der det kreves positiv kontraktsinteresse. Det oppstilles tilsynelatende et rent objektivt ansvar for brudd på anskaffelsesregelverket, med krav om sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville inngitt tilbud og en realistisk mulighet for at leverandøren kunne blitt tildelt kontrakten, for at erstatning for sjansetapet skal tilkjennes.

Ved bedømmelsen av om det er grunnlag for sjansetapserstatning i slike tilfeller, er vurderingstemaet for domstolen hva det hypotetiske hendelsesforløpet måtte antas å ha blitt dersom anskaffelsen ble kunngjort i henhold til regelverkets krav.⁶²⁵ Dette prinsippet medfører at leverandøren kan få en betydelig erstatning, selv om retten ikke finner at det er sannsynliggjort at leverandøren ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde skjedd.

Et eksempel på dette er sak T 5214-17 for Svea hovrett. I denne saken fant retten at beviskravet for positiv kontraktsinteresse ikke var oppfylt. Retten fant det imidlertid sannsynliggjort at leverandøren

⁶²¹ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) punkt 3.3

⁶²² LF-2015-187242 og LB-2021-152543

⁶²³ I samme retning Svea hovrett i T 761-18 og Borås tingrett i T 3993-19

⁶²⁴ Se nærmere under punkt 3.5.2

⁶²⁵ For eksempel Svea hovrett i T 7651-18 side 11

ville «lämnat anbud och därvid haft en realistisk möjlighet att få ett delkontrakt.» Leverandøren hadde da krav på sjansetapserstatning.⁶²⁶

Det synes imidlertid som om leverandøren må sannsynliggjøre at vedkommende faktisk har lidd et tap for å ha krav på sjansetapserstatning. Hovretten for Nedre Norrland la i sak T 57-18 til grunn at det hadde skjedd en ulovlig direkteanskaffelse, og leverandøren hadde hatt en realistisk mulighet til å bli tildelt kontrakten. Leverandøren hadde imidlertid ikke bevist noe tap, og partsrepresentanten hadde i sin vitneforklaring erkjent at kontrakten var et tapsprosjekt.⁶²⁷ Dette indikerer at synspunktet om at sjansetapserstatning har et preventivt formål ikke kan strekkes så langt at leverandøren har krav på erstatning også i tilfeller hvor leverandøren ikke har ført bevis for noe tap.

3.4.3 Erstatningsutmåling ved tap av sjanse

Når det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og det foreligger tilstrekkelig sannsynlighet for at en leverandør ville levert inn tilbud og blitt tildelt kontrakten, har svenske domstoler som nevnt lagt en skjønsmessig erstatningsutmåling til grunn. Blant annet ble det lagt vekt på overtredelsens alvor, nedlagte kostnader og sannsynligheten for at leverandøren ville blitt tildelt kontrakten i NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*.⁶²⁸

Slik utmåling tilsvarer ikke full positiv kontraktsinteresse, men utgjør likevel mer enn påløpte kostnader.⁶²⁹ Domstolene synes imidlertid å benytte fortjenestetapet, det vil si den positive kontraktsinteressen, som et utgangspunkt ved utmålingen.⁶³⁰

Erstatningsnivået kan som nevnt bli betydelig. For eksempel ble leverandøren i dom T 417-20 fra Hovretten i Övre Norrland, tilkjent SEK 600 000 i erstatning, mens den positive kontraktsinteressen var beregnet til SEK 777 499. I T 5214-17 tilkjente Svea hovrett erstatning med SEK 1 049 320, mens den positive kontraktsinteressen var vurdert til SEK 1,3 millioner. I T 7651-18 tilkjente Svea hovrett en erstatning på SEK 800 000, der beregnet samlet fortjeneste var på SEK 1,5 millioner.

Av avgjørelsene vi har funnet som omhandler ulovlig direkteanskaffelser, finner vi også et eksempel der leverandøren tilkjennes full positiv kontraktsinteresse basert på utmålingsnormen «skålig belopp». Dette er Borås tingsretts avgjørelse i T 3993-19. Sakens faktum inneholdt imidlertid den særegenhet at den ulovlige direkteanskaffelsen skjedde etter at oppdragsgiver hadde tildelt en identisk kontrakt til saksøkeren, og denne tildelingen hadde blitt satt til side etter prøving i forvaltningsdomstolene. Som nevnt i punkt 3.4.1 forelå det her et tilstrekkelig klart brudd på anskaffelsesreglene.

Som HD uttalte i NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, har idømmelse av erstatningsansvar ved ulovlige direkteanskaffelser et *preventivt* formål. Graden av klander for den ulovlige direkteanskaffelsen kan også lede til at erstatningsbeløpet økes.⁶³¹

⁶²⁶ Svea hovrett i T 5214-17 side 8

⁶²⁷ Hovretten for Nedre Norrland i T 57-18 side 11. Se i samme retning Lund tingrett i T 2582-14.

⁶²⁸ NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna* og Svea hovrett i T 7651-18 side 12-13

⁶²⁹ Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 og Andersson m.fl. (2012), s. 689-690

⁶³⁰ Se for eksempel Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 side 12

⁶³¹ Se for eksempel Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 og Svea hovrett i T-5214-17. I begge avgjørelser utmåler hovretten en erstatning tett opp mot positiv kontraktsinteresse, under henvisning til preventive og reparative hensyn.

3.5 Erstatning for negativ kontraktsinteresse

3.5.1 Ansvarsgrunnlag

Ifølge ordlyden i kapittel 20 § 20 annet ledd, har oppdragsgiver et objektivt ansvar for regelverksbrudd ved krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse. Ansvarsgrunnlaget synes ikke å ha vært problematisert i rettspraksis. I NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, som gjelder negativ kontraktsinteresse, viser HD til NJA 2016 s. 358 *Bergfors* hvor HD fastslo at det kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd for å kunne tilkjenne positiv kontraktsinteresse. Selv om HD viser til denne avgjørelsen, kommenteres ikke om tilsvarende ansvarsgrunnlag, eller et objektivt ansvar, gjelder for den negative kontraktsinteresse.

I norsk rett gjelder det som kjent et krav om tilstrekkelig kvalifisert brudd også for å tilkjennes negativ kontraktsinteresse, jf. HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 114. Selv om ordlyden i den svenske lovbestemmelsen i utgangspunktet tilsier at ansvaret er objektivt, synes spørsmålet etter vårt syn å være uavklart etter NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Spørsmålet er derfor om det fremdeles gjelder et rent objektivt ansvar for negativ kontraktsinteresse eller om HDs uttalelse i nevnte avgjørelse også omfatter den negative kontraktsinteressen. Svaret fremstår som usikkert. I svensk juridisk litteratur synes det heller ikke å sondres mellom ansvarsgrunnlag for henholdsvis positiv og negativ kontraktsinteresse.⁶³²

3.5.2 Årsakssammenheng

Når det gjelder årsakssammenheng, er ordlyden i § 20 andre ledd ikke helt lik direktivet artikkel 2 nr. 7. I direktivbestemmelsen er det oppstilt et vilkår om at leverandøren som klager «hadde en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten». Dette vilkåret er utelatt i den svenske bestemmelsen, som bare krever at «åsidossättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.». Når det gjelder kravet til årsakssammenheng fremgår følgende uttalelse i forarbeidene:

*Leverantören behöver då inte visa, som gäller beträffande andra upphandlingar och alltid i fråga om förlorat handelsvinst, att han förlorat kontraktet på grund av att den upphandlande enheten har åsidossatt bestämmelserna. Det räcker om han kan visa att hans möjligheter att erhålla kontraktet påverkats menligt av felet (se Lagrådets yttrande).*⁶³³

HD har imidlertid tolket den svenske bestemmelsen i tråd med ordlyden i direktivet og slått fast at det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng dersom leverandøren hadde en «realistisk mulighet att tilldelas kontraktet och att åsidossättandet har minskat denna möjlighet».⁶³⁴ Dette beviskravet samsvarer for øvrig med terskelen for å kreve erstatning for sjansetapet ved en ulovlig direkte anskaffelse.⁶³⁵

⁶³² Nilsson (2020) side 31 synes å legge til grunn at NJA 2016 s. 358 *Bergfors* er retningsgivende for alt erstatningsansvar, ikke bare positiv kontraktsinteresse. Det samme gjelder Lindén m.fl. (2022). Upphandlingsmyndigheten skiller heller ikke på positiv og negativ kontraktsinteresse ift. ansvarsgrunnlag på deres nettsider, hvor det står at «[r]ätt till skadestånd förutsätter ... att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen» (<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/overprovning-och-andra-rattsmedel/skadestand/>)

⁶³³ Prop. 1992/93:88 side 102

⁶³⁴ NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, NJA 2013 s. 762 *Fidelia* avsnitt 19 og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* avsnitt 25.

⁶³⁵ Jf. avsnitt 12.5 over.

Det er noe uklart hva som ligger i begrepet «realistisk möjlighet». I juridisk teori er det hevdet at «*rekvisitet* «realistisk möjlighet» innefattar ... en viss sannolikhetsprövning, varför krav på utredning om kärandepartens tidigare prisbild etc måste uppställas». ⁶³⁶ Det synes altså som at leverandøren blant annet må føre bevis for at tilbudets prisnivå ikke kunne forventes å ligge vesentlig høyere enn øvrige tilbud, og/eller at tilbudet ikke ville vært vesentlig dårligere på kvalitet enn øvrige tilbud.

HD har uttalt at flere leverandører kan få erstatning for negativ kontraktsinteresse, også i de tilfellene der en leverandør har fått erstatning for den positive kontraktsinteressen. ⁶³⁷

For å kunne konstatere et tap må pådratte kostnader dessuten ha blitt verdiløse grunnet anskaffelsesfeilen. Dersom kontraktstildelingen omgjøres, vil tilbudskostnadene ikke ha vært verdiløse, såfremt arbeidet i forbindelse med det opprinnelige tilbudet fremdeles har verdi. I tillegg har leverandøren en tapsbegrensningsplikt, som innebærer en hovedregel om at anskaffelsesprosessen må angripes ved klage til forvaltningsdomstolen, når dette vil kunne ha en betydning for tapet. Se mer om dette under punkt 6.3.

Det er etter svensk rett i utgangspunktet ikke grunnlag for å kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse når en konkurranse avlyses, iallfall når det foreligger en saklig grunn for avlysning. ⁶³⁸ I NJA 2013 s. 762 *Fidelía* behandlet HD ikke spørsmålet om det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. HD slo imidlertid fast at når feilen i anskaffelsesprosessen rettes opp ved administrativ overprøving, blir leverandøren stilt i samme posisjon som vedkommende ville vært i dersom feilen ikke hadde blitt begått. Feilen påvirker ikke da lenger leverandørens muligheter til å bli tildelt kontrakten, selv om konkurransen avlyses.

Det er noe uklart om det samme synspunktet gjelder også i tilfeller der avlysningen står i direkte årsakssammenheng med anskaffelsesfeilen, for eksempel ved at oppdragsgivers behov har bortfalt fordi anskaffelsen og/eller kontrakten ikke kan gjennomføres innenfor den planlagte tidsrammen. I NJA 2016 side 369 kom HD som nevnt til at leverandøren i et slikt tilfelle hadde krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. HD behandlet imidlertid heller ikke i denne dommen spørsmålet om det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. En fra det mer til det mindre-betraktning tilsier at avlysning på grunn av slik feil også kan gi grunnlag for negativ kontraktsinteresse, ettersom det også her kan tenkes tilfeller hvor en leverandør ville hatt en «realistisk möjlighet» til å bli tildelt kontrakten, men mister muligheten fordi det gjøres en feil som fører til avlysning.

3.5.3 Utmåling av den negative kontraktsinteressen

Erstatningen for negativ kontraktsinteresse skal omfatte utgifter pådratt til å utarbeide tilbudet, og «i øvrigt delta i opphandlingen», jf. ordlyden i kapittel 20 § 20 andre ledd.

HD gir i NJA 2013 s. 762 *Fidelía* og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* veiledning om hvilke kostnader en leverandør kan kreve dekket gjennom den negative kontraktsinteressen. ⁶³⁹ Etter svensk rett har leverandøren som utgangspunkt ikke krav på erstatning for sakskostnader som er pådratt i forbindelse med prøving for forvaltningsdomstolen. ⁶⁴⁰ HDs synspunkt har dermed vært at det i utgangspunktet ikke bør være noen utvidet adgang til å kreve slike kostnader gjennom et selvstendig saksanlegg i

⁶³⁶ Andersson (2014) side 26

⁶³⁷ NJA 2007 s. 349 *Ishavet*

⁶³⁸ NJA 2013 s. 762 *Fidelía* og NJA 2001 s. 3 *Lillebil*. I motsatt retning Svea hovrett i T 7298-12. Se også diskusjoner om temaet i Prop. 1993/94:35 side 47 flg., Prop. 1994/95:153 side 16 og SOU 1999:139 side 310 flg. og side 169 flg.

⁶³⁹ NJA 2013 s. 762 *Fidelía* avsnitt 21 og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* avsnitt 29-30. Førstnevnte avgjørelse er på dette punktet avsagt under dissens (3-2).

⁶⁴⁰ HFD 2022 ref. 10. Svensk forvaltningsprosess har ingen regel som tilsvarer reglene om sakskostnader i alminnelige domstoler, som følger av rättegångsbalkens (1942:740) kapittel 18

alminnelige domstoler.⁶⁴¹ Dette er et utslag av den alminnelige tapsbegrensningsplikten, som redegjøres for i punkt 3.6.

3.6 Tapsbegrensningsplikt

Det gjelder i svensk erstatningsrett, som i norsk, en generell forpliktelse til å gjøre en innsats for å begrense det økonomiske tapet. Dette gjelder også på anskaffelsesområdet. Dersom leverandøren ikke har gjort rimelige tiltak for å begrense tapet, vil erstatningen kunne avkortes.

I svensk rett er det lagt til grunn at EU-retten overlater til nasjonal rett å undersøke om leverandøren har gjort nok for å forhindre eller begrense tapet, og spesielt om den skadelidte i god tid har benyttet seg av alle tilgjengelige rettsmidler. EU-rettspraksis tas til inntekt for at den skadelidte må utvise en viss grad av aktsomhet hva gjelder å begrense omfanget av et tap.⁶⁴² HD har følgende prinsipielle uttalelse om dette i NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, avsnitt 21:

Vid tolkningen av de svenska skadeståndsreglerna får också förekomsten av ett annat rättsmedel, överprövning, betydelse. En grundtanke i rättsmedelsdirektiven är att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen ska rättas på ett så tidigt stadium som möjligt, dvs. i första hand innan kontrakt har tecknats. Överprövning framträder därigenom som det primära rättsmedlet i direktiven; genom överprövningen ska den skada som en överträdelse av upphandlingsreglerna skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas. Den möjlighet till skadestånd som direktiven påbjuder fyller därför främst en funktion i de speciella situationer där unionsrättens fulla genomslag och den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel annars inte skulle kunna garanteras (jfr artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna). En sådan syn på skadeståndets funktion stämmer väl överens med vad som gäller om skadestånd som rättsmedel inom unionsrätten i stort. (Se bl.a. Francovich, C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, framför allt p. 39, Alcatel Austria m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534 p. 33–38 och Fosen-Linjen p. 72-75.)

I anskaffelsessaker er altså tapsbegrensningsplikten særlig aktuell der leverandøren kunne klaget en feil i prosessen inn for forvaltningsdomstolen, men heller valgte å forfølge et erstatningskrav i ettertid. I svensk rett stilles det strengere krav til at leverandøren skal handle aktivt for å begrense sitt tap enn det som har vært lagt til grunn etter norsk rett.⁶⁴³

HD uttalte i NJA 2016 s. 369 *NBB* at en reduksjon i erstatningsbeløpet kan være aktuelt der den skadelidte selv kan sies å ha medvirket til at tapet oppstod eller der den skadelidte ikke har utvist rimelig aktsomhet for å begrense tapet:

*Jämknigen får dock inte drivas så långt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Vidare kan hänsyn behöva tas till att syftet med det upphandlingsrättsliga skadeståndet i viss mån skiljer sig från vad som gäller vid andra typer av ren förmögenhetsskada.*⁶⁴⁴

⁶⁴¹ Prop. 2021/22:120 side 60 og SOU 2015:12 side 119–122

⁶⁴² Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 84-85

⁶⁴³ I saker om erstatning i norsk rett har domstolene typisk avvist anførsler om at leverandøren kunne begrenset sitt tap ved å begjære midlertidig forføyning mot tildelingsbeslutningen, jf. for eksempel LE-2022-19926.

⁶⁴⁴ NJA 2016 s. 369 *NBB* avsnitt 31

HD uttalte i denne saken at en grunnleggende tanke med sanksjonssystemet i LOU, er at en klagebehandling for forvaltningsdomstolen skal skje mens det ennå er mulig å rette feil og dermed unngå at tap oppstår. Videre heter det:

Slutsatsen är att övervägande skäl talar för att det ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan hade kunnat fylla en reell funktion (jfr beträffande statens skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen NJA 2013 s. 842 p. 41-44).⁶⁴⁵

I den aktuelle saken hadde imidlertid saksøker ikke klaget avlysningen inn for forvaltningsretten. HD kom likevel til at det ikke skulle gjøres noen nedjustering av beløpet. Begrunnelsen var at en klage i dette tilfellet ikke ville hatt noen funksjon fordi behandlingstiden ville medført at det ikke var mulig å ferdigstille entreprisen i tråd med konkurransegrunnlaget, jf. avsnitt 34 i dommen.

I samme sak ble det også anført at leverandørens manglende innlevering av tilbud i den etterfølgende konkurransen måtte få betydning for erstatningsbeløpet da deltakelse i konkurransen kunne ha forhindret eller begrenset tapet. Selv om HD var enig i at dette generelt sett bør tillegges vekt, og at erstatningsbeløpet vil kunne reduseres som følge av at leverandører har forholdt seg passive i slike situasjoner, tilsa de konkrete forholdene i denne saken at beløpet likevel ikke ble redusert. Konkurranses grunnlaget i den etterfølgende konkurransen var endret, og oppstilte andre kvalifikasjonskrav enn foregående konkurranse. Til dette uttalte HD i avsnittene 35-36:

Det leder till frågan hur långt skyldigheten att begränsa en skada kan sträckas både i omfattning och i tiden och till betydelsen av att villkoren vid den nya upphandlingen förändras på ett sätt som medför att den skadeståndsberättigade inte kan kvalificera sig som leverantör.

NBB:s skada avser vinst på en entreprenad som skulle ha uppstått på arbeten utförda under sensommaren och hösten 2012. Den nya upphandlingen avsåg arbeten som skulle genomföras under motsvarande tid året därpå. Upphandling avser alltså en tjänst som skulle utföras under en bestämd tid. Vid en skada bestående i utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan jämkning av skadeståndet i regel endast komma ifråga om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period. Någon jämkning av skadeståndet med hänvisning till att NBB inte lämnade något nytt anbud ska därför inte ske redan av detta skäl.

Dersom det derimot er mulig å levere tilbud i en påfølgende konkurranse, som erstatter den første konkurransen på grunn av avlysning, plikter leverandøren å søke å begrense sitt tap ved å delta. Dette var temaet i NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, hvor anskaffelsesfeilen ble rettet opp i tråd med kammerrettens avgjørelse og leverandøren dermed ble satt i samme situasjon som om feilen ikke hadde skjedd. At leverandøren da ikke forsøkte å begrense skade ved å innlevere et nytt tilbud, gjorde at erstatningskravet ikke ble innvilget.

Tilsvarende tapsbegrensningsplikt er lagt til grunn av HFD i vurderingen tapsvilkåret i den materielle prøvingen av en klagesak for forvaltningsdomstolen, jf. kap. 20 § 6. I dommene fra 10. januar 2022fastslår HFD på generelt grunnlag at en klager har en plikt til aktivt å prøve å oppklare feil og uklarheter i løpet av konkurransegjennomføringen:⁶⁴⁶

Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser

⁶⁴⁵ NJA 2016 s. 369 *NBB* avsnitt 33

⁶⁴⁶ HFD 2022 ref. 4 I og II, se også omtalen av sakene under punkt 1.5 om rettslig klageinteresse.

att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 20 kap. 6 § på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (se eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 55 och 56; jfr även Simonsen & Weel, punkt 89)⁶⁴⁷

I disse konkrete sakene hadde ikke klager, under gjennomføringen av konkurransen, påpekt overfor oppdragsgiver at rammeavtalens maksimale omfang ikke var angitt. HFD kom derfor til at klager ikke hadde gjort det nødvendige for å unngå tapet som følge av regelbruddet påberope, og tapsvilkåret var derfor ikke oppfylt.

4. SANKSJONER

4.1 Generelt

Det er to sanksjonsbeføyelser i svensk rett: Å kjenne en inngått kontrakt «uten virkning» («ogiltigförklara», «överprövning av ett avtals giltighet») eller å ilegge overtredelsesgebyr («upphandlingsskadeavgift»). I tillegg har Konkursverket adgang til å fatte rådgivende tilsynsvedtak («tillsynsbeslut»).⁶⁴⁸ Tilsynsvedtak er en stadfestelse av at oppdragsgiver har brutt regelverket. Vedtaket kombineres ikke med bøter eller andre sanksjoner.

Det er forvaltningsdomstolene som behandler klager med påstand om å kjenne en kontrakt uten virkning,⁶⁴⁹ og som ilegger overtredelsesgebyr.⁶⁵⁰ Det er imidlertid Konkursverket som må klage til forvaltningsdomstolen for at overtredelsesgebyr skal ilegges.⁶⁵¹

Riksdagen har nylig vedtatt endringer i sanksjonsreglene. Endringene går i hovedsak ut på at Konkursverket skal få mulighet til å ilegge overtredelsesgebyr uten å måtte klage til forvaltningsdomstolene. I tillegg er det vedtatt endringer i tidsfrister og opplysningsplikt overfor Konkursverket. Reglene gjennomgås under i punkt 4.4.

4.2 Sanksjonen «uten virkning»

Alle de fire anskaffelseslovene gir hjemmel til forvaltningsdomstolene for å kjenne en kontrakt uten virkning. Sanksjonen er regulert i LOU og LUF kapittel 20 §§ 13-15, og i LUK og LUF kapittel 16 §§ 13-15. Reglene gjennomfører håndhevelsesdirektivenes artikkel 2d i svensk rett. Men reglene går lengre enn det direktivet krever ved at reglene, med enkelte særreguleringer i LOU, LUF og LUF, ⁶⁵² også gjelder under EØS-terskelverdiene.

⁶⁴⁷ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 25

⁶⁴⁸ Prop. 2023/24:3 side 26 flg.

⁶⁴⁹ LOU kapittel 20 § 13 flg.

⁶⁵⁰ LOU kapittel 21 § 1

⁶⁵¹ LOU kapittel 21 § 2, jf. § 1

⁶⁵² Selv om LUK har en noe annen regulering enn LOU, LUF og LUF, som følge av at de tre øvrige har mer detaljregulering under EØS-terskelverdi, har reglene materielt sett det samme innholdet, se Nord (LUK) note 202-204.

Bestemmelsene om at sanksjonen også gjelder utenfor EU-direktivenes virkeområde er nye fra 2021. Innføringen er et resultat av arbeidet med at anskaffelser på ikke-direktivstyrte områder ble detaljregulert.⁶⁵³

Som nevnt innledningsvis i dette kapittelet i punkt 1.3.2, er det er tre hovedgrupper av situasjoner hvor denne sanksjonen kan ilegges. Sanksjonen kan ilegges ved ulovlige direkteanskaffelser, for nærmere bestemte brudd på karens- og suspensjonsreglene og ulovlig kontraktstildeling gjennom minikonkurranse under rammeavtale eller gjennom en dynamisk innkjøpsordning.

4.2.1 Ulovlige direkteanskaffelser

Bestemmelsen i LOU kap. 20 § 13 nr. 1 gjelder for anskaffelser over EU-terskelverdi, og slår fast at kontrakter som inngås i strid med kunngjøringsplikten i loven, skal kjønes uten virkning. Tilsvarende bestemmelse for anskaffelser som ikke er regulert av EU-direktiv, herunder under terskelverdi, følger av § 13a.

I disse tilfellene gjelder det ikke et krav om at leverandøren har lidt et tap eller vil kunne komme til å lide et tap. Forvaltningsdomstolen skal derfor ikke vurdere om klager kunne hatt mulighet til å vinne kontrakten dersom anskaffelsesprosessen hadde vært gjennomført på korrekt måte.⁶⁵⁴

4.2.2 Kontrakter inngått i strid med karens- og suspensjonsbestemmelser

Det følger av § 13b at kontrakter som inngås i strid med bestemmelser om midlertidig forbud mot å inngå kontrakt, skal kjønes uten virkning. Tilsvarende gjelder der kontrakt har blitt inngått før tildelingsbeslutningen er meddelt leverandørene i tråd med lovens regler.

Bestemmelsen omfatter følgende fem tilfeller:

- Kontrakter inngått før det er sendt ut pliktig meddelelse om tildelingsbeslutning, jf. kap. 19 § 19
- Kontrakter inngått i strid med karensperioden, jf. kap. 20 § 1
- Kontrakter inngått i strid med forlenget karens, jf. kap. 20 § 8
- Kontrakter inngått i strid med midlertidig forføyning, jf. kap. 20 § 9
- Kontrakter inngått i strid med 10-dagersfristen ved behandling av klager, jf. kap. 20 § 10

Det følger ikke en plikt etter direktivet til å innføre sanksjonen for de to sistnevnte punktene. Lovgiver kom likevel til at sanksjonen skulle kunne ilegges også i disse tilfellene.⁶⁵⁵

Bestemmelsen gjelder både for anskaffelser som omfattes av direktivene og de som ikke er omfattet. For at avtalen skal kjønes «uten virking», kreves det i tillegg at oppdragsgiver har brutt en bestemmelse i loven i den bakenforliggende anskaffelsen, og at bruddet har medført at leverandøren har lidt eller kan komme til å lide et økonomisk tap, jf. siste ledd.

⁶⁵³ Prop. 2021/22:5 side 174-177

⁶⁵⁴ Om rettslig klageinteresse, se punkt 1.5

⁶⁵⁵ Prop. 2009/10:180 side 134

Der er uten betydning om oppdragsgiver var klar over, eller burde vært klar over, forbudet mot å inngå kontrakt eller ikke.

4.2.3 Kontrakter basert på rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning

I hvilke tilfeller sanksjonen skal ilegges for kontrakter som inngås gjennom rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, reguleres i siste del av § 13, jf. punktene 2 og 3. Disse bestemmelsene gjelder kun over EUs terskelverdier, fordi det ikke finnes tilsvarende detaljerte regler for tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger utenfor direktivets virkeområde.⁶⁵⁶ Sanksjonen gjelder likevel under terskelverdi der oppdragsgiver selv har valgt en ordning som innebærer løpende kontraktstildeling, for eksempel en rammeavtale eller dynamiske innkjøpsordning. Dette følger av den nye bestemmelsen fra 2021 i § 13 a. Tilsvarende bestemmelse finnes heller ikke i LUF, da rammeavtaler ikke er detaljregulert i regelverket for forsyningssektoren.

Når det gjelder rammeavtaler (og lignende ordninger) er sanksjonen kun aktuell der kontrakt inngås etter en fornyet konkurranseutsetting (det vi i Norge kaller en minikonkurranse), jf. § 13 nr. 2 og § 13 a nr. 2 bokstav a. Håndhevelsesdirektivene gir medlemsstatene en valgmulighet når det gjelder karensbestemmelser i disse tilfellene, og i Sverige har man valgt ikke å innføre karensbestemmelser kap. 20 § 2 nr. 2. Leverandøren har derfor kun mulighet til å stoppe en kontraktsignering ved å begjære en midlertidig forføyning, jf. § 9.

For rammeavtaler der fordelingsnøkkelen er fastsatt i rammeavtalen, og kontrakter inngås uten gjenåpning av konkurranse, kan rammeavtalen og fordelingsnøkkelen påklages frem til karensperioden er over. Etter dette tidspunktet er det ikke mulig å påklage selve rammeavtalen til forvaltningsdomstolen. Avrop under slike rammeavtaler kan bare påklages dersom de ikke foretas i tråd med rammeavtalens fastsatte vilkår. Foretas avrop som må anses som en vesentlig endring av kontrakten, vil dette måtte anses som en ny anskaffelse.⁶⁵⁷

Det følger av bestemmelsene at kontrakten skal kjønnnes uten virkning når vilkårene som følger av loven eller oppdragsgivers oppstilte regler for kontraktstildeling ikke er fulgt, og dette har medført at leverandøren har lidt eller kan komme til å lide et tap.

4.2.4 Unntak fra sanksjonen «uten virkning»

Det kan gjøres unntak for bruk av sanksjonen på grunn av tvingende hensyn jf. LOU kapittel 20 § 14. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 2d nr. 3. Dersom vilkårene i §§ 13, 13a eller 13b er oppfylt, skal forvaltningsdomstolen likevel opprettholde kontrakten når det kan begrunnes med «tvingende hänsyn til ett allmänintresse». Ved implementeringen av endringsdirektivet ble det bemerket at liknende unntak forekommer også andre steder i EU-retten.⁶⁵⁸

Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og i lys av begrensningene i muligheten til å ta hensyn til økonomiske aspektene som følger av håndhevelsesdirektivene. Konkurrensverket er også forpliktet til å be forvaltningsdomstolene om å ilegge overtredelsesgebyr dersom unntaksbestemmelsen anvendes.⁶⁵⁹

Det kan synes som om vilkåret, som i utgangspunktet bare gjennomfører EU-rettslige forpliktelser, har blitt tolket strengere i svensk praksis enn håndhevelsesdirektivene gir uttrykk for. I HFD 2019 ref. 18 vises det til den svenske oversettelsen av endringsdirektivet, som omtaler unntaket som

⁶⁵⁶ LOU kapittel 19

⁶⁵⁷ Asplund m.fl. (2012) side 223

⁶⁵⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 side 362

⁶⁵⁹ Nord (LOU) note 398, se nærmere om plikten til å ilegge overtredelsesgebyr i punkt 4.3.2

«exceptionella omständigheter». Dette er en høyere terskel enn den som finnes i tysk og dansk oversettelse, og er derfor særsvensk.⁶⁶⁰

Juridisk teori gir uttrykk for at det er mange dommer som vurderer om unntaket for tvingende omstendigheter er oppfylt, og at det er her det «reelle slaget» står ved vurderingen av om en kontrakt skal kjennes uten virkning.⁶⁶¹

Andre unntak fra sanksjonen følger av kapittel 20 § 15. Oppdragsgiver kan for det første ved direktivstyrte anskaffelser, unngå å få kjent kontrakten uten virkning når kontrakt tildeles etter en minikonkurranse under en rammeavtale, eller etter en dynamisk innkjøpsordning, forutsatt at tildelingsbeslutningen er meddelt og karensperioden er overholdt, jf. nr. 1 og 2.

Tilsvarende unntak gjelder for ikke-direktivstyrte anskaffelser, som tildeles under rammeavtaler eller «någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt», jf. § 15 nr. 3. Også her er forutsetningen at oppdragsgiver har sendt ut meddelelse om tildelingsbeslutning og at karensperioden er overholdt. Det samme gjelder for direkteanskaffelser dersom oppdragsgiver har kunngjort en intensjonskunngjøring og overholdt karensperioden, jf. § 15 nr. 4.

Den svenske lovgiveren har sett unntakene i sammenheng med preklusjonsreglene. Ved intensjonskunngjøring, meddelelse om tildelingsbeslutning i slike tilfeller, samt karensperiode, ivaretas tilbyderens tilstrekkelig, og leverandøren får god nok informasjon til å eventuelt klage innenfor karensperioden.⁶⁶²

4.2.5 Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning, er avtalerettslig ugyldighet. Det innebærer at ingen av partene lenger kan tillegges rettigheter eller plikter etter kontrakten. I tillegg har en dom som kjenner en kontrakt uten virkning, tilbakevirkende kraft. Dette innførte man særlig på grunn av den preventive effekten tilbakevirkende kraft kan ha, og fordi lovgiver regnet med at en tilbyder ville ha større interesse av å kreve en kontrakt kjent uten virkning dersom dette ga mulighet for en ny anskaffelse for hele kontrakten – ikke bare de delene som ikke allerede er levert. Lovgiver mente også at ugyldighet uten tilbakevirkende kraft ikke ville vært retts teknisk enklere å gjennomføre i praksis.⁶⁶³ Det presiseres i lovforarbeidene at leverandøren som får sin avtale kjent uten virkning, i tillegg kan føre sak om erstatning.⁶⁶⁴

I et restitusjonsoppgjør skal alle ytelsene tilbakeføres til hver av partene. Hvis dette ikke er mulig skal formuesforholdet mellom partene gjenopprettes slik det var før kontrakten ble inngått. I praksis vil dette sannsynligvis innebære at vederlaget oppdragsgiver har betalt skal tilbakeføres, fratrukket leverandørens fortjenestemargin. Dette skal sikre at varer eller tjenester ikke har kommet oppdragsgiver til gode uten at oppdragsgiver har betalt for det.⁶⁶⁵ At sanksjonen har tilbakevirkende kraft, og grunnlaget for beregningsmetoden, er imidlertid kritisert i juridisk teori.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ Nord (LOU) note 398

⁶⁶¹ Ulfsson kapittel 20 § 13

⁶⁶² Nord (LOU) note 398

⁶⁶³ Prop. 2009/10:180 side 136

⁶⁶⁴ Prop. 2009/10:180 side 226. Se mer om reglene om erstatning i punkt 3.

⁶⁶⁵ Ulfsson kapittel 20 § 13

⁶⁶⁶ Ulfsson kapittel 20 § 13

4.3 Alternative sanksjoner

4.3.1 Generelt om alternative sanksjoner i Sverige

En nyvinning i endringsdirektivet var å innføre alternative sanksjoner som skulle forsterke eller avhjelpe sanksjonen «uten virkning» og erstatning. Ordlyden i håndhevelsesdirektivenes artikkel 2e, som kom ved endringsdirektivet, kan tilsa at medlemsstatene har en valgfrihet med tanke på hvilke alternative sanksjoner som skal innføres.⁶⁶⁷ I svensk rett la man til grunn at det fantes en slik valgfrihet, og lovgiver landet på å kun innføre overtredelsesgebyr.

I forarbeidene til loven som gjennomførte endringsdirektivet, skriver lovgiver at det antas å være et begrenset behov for begge sanksjonene, og at hensynet til forutsigbarhet talte for at oppdragsgivere og leverandører kun hadde ett alternativt sanksjonsmiddel å forholde seg til. Dette ville også føre til et mindre komplisert regelverk.⁶⁶⁸

Adgangen til å avkorte en kontrakts varighet etter håndhevelsesdirektivenes artikkel 2e er følgelig ikke innført i svensk rett. Avkortning av kontrakter er generelt ukjent i svensk rett og lovgiver fant det uforutsigbart hvordan en slik sanksjon ville slå ut i det enkelte tilfellet, og hvordan domstolen skulle ta stilling til for eksempel hvor mye kontrakts varighet skulle avkortes med. Lovgiver la også vekt på at avkortning hadde en negativ effekt for medkontrahenten, som vanligvis er uten skyld i at anskaffelsesregelverket er brutt. Overtredelsesgebyr ble derimot ansett som negativt utelukkende for oppdragsgiver.⁶⁶⁹

4.3.2 Overtredelsesgebyr

Reglene om overtredelsesgebyr er regulert i LOU og LUF kapittel 21 og LUK og LUF kapittel 17. Svensk lovgivning skiller mellom tilfeller der Konkurrencesverket henholdsvis kan og skal be om at gebyr ilegges, jf. LOU kapittel 21 §§ 1 og 2. Det er kun Konkurrencesverket som har søksmålskompetanse i gebyrsaker. Reglene om når gebyr skal ilegges speiler forpliktelsene etter håndhevelsesdirektivene.⁶⁷⁰ Det følger av § 2 første ledd at Konkurrencesverket skal be om at gebyr ilegges hvis:

- En forvaltningsdomstol i en rettskraftig avgjørelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes selv om det er i strid med karens- og suspensjonsreglene, jf. § 1 nr.1, eller
- En forvaltningsdomstol i en rettskraftig avgjørelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser tilsier det, jf. § 1 nr. 2

Videre følger det av § 2 andre ledd at Konkurrencesverket har mulighet til å be forvaltningsretten ilegge gebyr hvis oppdragsgiver har inngått kontrakt med en leverandør i strid med kunngjøringsplikten etter loven, jf. § 1 nr. 3. I motsetning til tilfellene over kreves det altså ikke en rettskraftig dom fra forvaltningsretten for å kunne be om at gebyr ilegges i saker om ulovlige direkteanskaffelser.

Det er videre slik at i sakene der Konkurrencesverket skal be om at gebyr ilegges basert på en rettskraftig dom fra forvaltningsdomstolene, så skal ikke forvaltningsdomstolen prøve den underliggende rettskraftige avgjørelsen i gebyrsaken.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Se kapittel 6

⁶⁶⁸ Prop. 2009/10:180 side 182 flg.

⁶⁶⁹ Prop. 2009/10:180 side 182 flg.

⁶⁷⁰ Se kapittel 6

⁶⁷¹ Jf. HFD 2014 ref. 49

Et spørsmål som skapte diskusjon ved innføringen av overtredelsesgebyret, var hvilket organ som skulle ha myndighet til å ilegge slikt gebyr. Lovgiver anså det som betenkelig at et statlig organ skulle overprøve og sanksjonere et annet statlig organ.⁶⁷² Videre mente lovgiver at det var hensiktsmessig at det samme organet som behandler klager på anskaffelsesprosesser og prøver avtalers gyldighet, også behandler søksmål om ileggelse av overtredelsesgebyr. Dette ble ansett som rettssikkerhetsmessig mer gunstig, også fordi ilegging og beregning av gebyret vil være basert på skjønn.⁶⁷³

Lovgiver ønsket heller ikke at prøving av en kontrakts gyldighet skulle føres samtidig med spørsmålet om overtredelsesgebyr. Departementet anså det som upraktisk og vanskelig håndterbart dersom Konkurrensvirket, enten på oppfordring eller av eget tiltak, skulle tre inn i en pågående sak mellom oppdragsgiver og leverandør om prøving av en kontrakts gyldighet. At Konkurrensvirket skulle intervenere og stille seg på linje med private tilbydere i et søksmål mot andre statlige myndigheter ble også ansett som problematisk.⁶⁷⁴ Dagens løsning med at Konkurrensvirket må saksøke særskilt overfor forvaltningsdomstolene ble derfor valgt.

Verneting for gebyrsakene er oppdragsgivers hjemting, jf. LOU kapittel 21 § 3. Også dette diskuteres i forarbeidene, med henvisning til at gebyr etter konkurranselovverket behandles i Stockholm tingrett. Enkelte instanser så dette som en god løsning også for overtredelsesgebyr. Lovgiver var ikke enig i dette, blant annet fordi det nettopp var gjennomført en domstolsreform med sammenslåing av forvaltningsdomstoler for å legge til rette for spesialisering og mer robuste fagmiljøer.⁶⁷⁵

Søksmålsfristene for Konkurrensvirket behandles under punkt 5.3. Disse blir endret ved lovendring fra 2024, se punkt 4.4.4.

4.3.3 Unntak fra reglene om overtredelsesgebyr

Det følger av LOU kapittel 21 § 5 andre ledd at overtredelsesgebyr ikke skal ilegges i mindre alvorlige tilfeller, og kan ettergis hvis det finnes særlige grunner for dette.⁶⁷⁶ Lovgiver nevner at en særlig grunn for å ikke ilegge overtredelsesgebyr, kan være der det ville fremstått som urimelig eller støtende å kreve gebyr.

Et eksempel på en sak som omhandlet et mindre alvorlig tilfelle, hvor gebyr ikke skulle ilegges, er HFD 2014 ref. 49. Oppdragsgiver foretok en direkteanskaffelse, som var et dekningskjøp på grunn av en pågående prøving av den nye anskaffelsens gyldighet. Kontrakten ble opprettholdt fordi tvingende allmennhensyn tilsa det. Fordi det var en direkteanskaffelse, hadde Konkurrensvirket plikt til å be om ileggelse av overtredelsesgebyr. HFD kom til at det ikke vil ha noen preventiv virkning å ilegge overtredelsesgebyr i en slik situasjon. Oppdragsgiver hadde ikke så mye valg og det ble ikke ilagt overtredelsesgebyr. I Norge er det eksempler på at KOFA, i lignende situasjoner, har valgt å ilegge overtredelsesgebyr, og dermed ikke hensyntatt at oppdragsgiver ikke hadde noen gode alternativer.⁶⁷⁷

Det kan stilles spørsmål ved om den svenske reguleringen er fullt ut i overensstemmelse med håndhevelsesdirektivene. Selv om håndhevelsesdirektivene gir en vid adgang til å vektlegge en rekke forhold ved ilegges av overtredelsesgebyr, følger det også av direktivene at nærmere spesifiserte brudd *skal* sanksjoneres med alternative sanksjoner. I lovforarbeidet ble det uttrykt at utgangspunktet er at det skal sanksjoneres, og at det er «ytterst begrænsat» når unntaksbestemmelsene skal brukes.

⁶⁷² Prop. 2009/10:180 side 202

⁶⁷³ Prop. 2009/10:180 side 202

⁶⁷⁴ Prop. 2009/10:180 side 205

⁶⁷⁵ Prop. 2009/10:180 side 201 og 204

⁶⁷⁶ Den svenske ordlyden er at gebyr ikke ilegges i «ringa fall» og kan ettergis ved «synnerliga skäl».

⁶⁷⁷ Se for eksempel KOFA sak 2021/1601

Lovgiver viste til at liknende unntak fantes i markedsføringsloven og konkurranseloven som gjaldt på det tidspunktet.⁶⁷⁸

4.3.4 Beregning av overtredelsesgebyret

I Sverige har det vært stort fokus på hvordan størrelsen på gebyr skal beregnes, særlig på grunn av hensynet til forutberegnelighet. Av lovteksten fremgår det at Konkurrentverket særlig skal ta hensyn til hvor alvorlig overtredelsen er.⁶⁷⁹ Det er også presisert i forarbeidene at man ved fastsettingen av gebyrets størrelse skal ta hensyn til at feil i små anskaffelser ikke skal straffes hardere enn feil i de store anskaffelsene.⁶⁸⁰

Utgangspunktet for beregningen er altså at gebyrets størrelse skal stå i forhold til hvor alvorlig bruddet er. Dersom overtredelsen er klar, skal gebyret reflektere dette, mens ved uklar rettsstilling bør gebyret settes ned. Ulovlig direkteanskaffelser er i forarbeidene fremhevet som et brudd som typisk er svært alvorlig og bør sanksjoneres hardt.⁶⁸¹ I saker der det var uklart om anskaffelsen var underlagt kunngjøringsplikt, skal det motsetningsvis illegges et lavere overtredelsesgebyr. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver fortsetter å kjøpe på en utløpt avtale som følge av at ny avtale ikke kan inngås på grunn av en pågående klageprosess med suspensjon. Overtredelsesgebyrets størrelse skal også ta hensyn til avtalens varighet og verdi.

I tilfeller der forvaltningsdomstolen kommer til at en ulovlig anskaffelse likevel står seg på grunn av unntaket om tvingende allmenne hensyn, hvilket gjør at Konkurrentverket er pliktig til å søke om illeggelse av gebyr,⁶⁸² anså departementet at gebyret normalt vil være lavere.⁶⁸³

Gjentatte brudd er antatt å være skjerpende, men dette gjelder sannsynligvis bare gjentatte brudd begått av samme oppdragsgiver.⁶⁸⁴ HFD har avgjort at det ikke er en skjerpende omstendighet at en oppdragsgiver fortsetter å bruke en avtale som er under klagebehandling i domstolen.⁶⁸⁵ Forvaltningsdomstolen kan også ta hensyn til at oppdragsgiver har fått andre negative sanksjoner. Vi har ikke klart å finne eksempler på at dette har skjedd.⁶⁸⁶

Det ble søkt om illeggelse av overtredelsesgebyr i 19 saker i 2022. Konkurrentverket ba om at domstolen ila gebyr i 15 saker der tilsynet har skjønnet til å bestemme om gebyr skal illegges, og i fire saker var Konkurrentverket pålagt å søke om gebyr i henhold til anskaffelsesregelverket.⁶⁸⁷ Av de 15 sakene som var rettskraftig avgjort i domstolene da rapporten ble offentliggjort, fikk Konkurrentverket medhold i 14 saker og delvis medhold i den siste.⁶⁸⁸

Det er lovfestede minimums- og maksimumsgrenser for overtredelsesgebyr. Disse utgjør p.t. henholdsvis SEK 10 000 og SEK 10 millioner, jf. LOU kapittel 21 § 4. Samme bestemmelse fastslår at

⁶⁷⁸ Prop. 2009/10:180 side 198

⁶⁷⁹ LOU kapittel 21 § 5, se også Prop. 2009/10:180 side 183

⁶⁸⁰ Prop. 2009/10:180 side 195

⁶⁸¹ Prop. 2009/10:180 side 197

⁶⁸² Se punkt 4.2.4

⁶⁸³ Prop. 2009/10:180 side 198

⁶⁸⁴ HFD 2018 ref. 67. Det ble ikke ansett skjerpende at en annen oppdragsgiver i samme kommune hadde gjort samme overtredelse som den som var stevnet.

⁶⁸⁵ HFD 2022 ref. 19

⁶⁸⁶ Prop. 2009/10:180 side 198

⁶⁸⁷ Konkurrentverket, *Rapport 2023:1 Konkurrentverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 36. Se mer om når gebyr må illegges i punkt 4.3.2

⁶⁸⁸ Konkurrentverket, *Rapport 2023:1 Konkurrentverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 45-46

gebyret uansett ikke kan overstige 10 % av anskaffelsens verdi etter lovreglene om beregning av anskaffelsens verdi.

I 2022 lå overtredelsesgebyrene på mellom SEK 50 000 og SEK 10 millioner. Median var SEK 650 000. 17 av 19 søksmål om gebyr lå på under SEK 2 millioner. Det var bare to gebyr på under SEK 100 000.⁶⁸⁹

4.3.5 Tilsynsvedtak

Konkurrensverket kan, gjennom sin tilsynsfunksjon med anskaffelsesregelverket, fatte tilsynsvedtak etter gjennomført granskning av oppdragsgivers virksomhet. Dette er en beføyelse som ikke følger av håndhevelsesdirektivene, men som er innført som et særsvensk supplement. Formålet med tilsynsvedtaket er å gjøre oppdragsgiver oppmerksom på at de har brutt loven.⁶⁹⁰ Antallet tilsynsvedtak har ligget stabilt på 0-3 per år.⁶⁹¹

Vedtakene sendes til oppdragsgiver og publiseres offentlig. Oppdragsgiver er forventet å løse eller rette opp i feilen selv, eller ved å ikke gjøre samme feil på nytt.⁶⁹² HFD har fremhevet at vedtakene skal kunne gjøre andre aktører oppmerksomme på Konkurrensverkets forståelsen av regelverket.⁶⁹³ Konkurrensverket har tatt til orde for at et tilsynsvedtak, som fastslår at oppdragsgiver har brutt regelverket, bør kunne hensyntas dersom oppdragsgiveren senere skal ilegges overtredelsesgebyr. I hvilken grad dette er gjeldende rett, er fortsatt et åpent spørsmål.⁶⁹⁴

Vedtak kan fattes for alle typer brudd på anskaffelsesregelverket.⁶⁹⁵ HFD skal i nær fremtid ta stilling til hvor langt retten til å klage inn vedtaket for forvaltningsdomstolene går.⁶⁹⁶ Konkurrensverket anser det slik at vedtakene som hovedregel kan klages inn for forvaltningsdomstolene, men det er uavklart i hvor stor grad vedtaket må ha hatt konsekvenser for oppdragsgiver eller påvirket oppdragsgivers rettsstilling før vedtaket kan innklages. Konkurrensverket fremhever at muligheten til å klage inn vedtak, i alle fall i visse saker, vil gi en mulighet til å utvikle praksis om brudd på anskaffelsesregelverket ved siden av søksmålene om illeggelse av overtredelsesgebyr.⁶⁹⁷

4.4 Nye regler fra 2024 om alternative sanksjoner

4.4.1 Generelt om den nye lovgivingen

Riksdagen vedtok 30. november 2023 endringer i Konkurrensverkets funksjoner. Endringene trer i kraft 1. januar 2024. Disse endringene gjør at Konkurrensverket får myndighet til å legge overtredelsesgebyr uten å måtte gå til forvaltningsdomstolene. Det gjøres også endringer i minimums- og maksimumsgrensene for overtredelsesgebyr, samt fristene for å legge overtredelsesgebyr. Videre

⁶⁸⁹ Konkurrensverket, *Rapport 2023:1 Konkurrensverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 45-46

⁶⁹⁰ Prop. 2023/24:3 side 29

⁶⁹¹ Konkurrensverket, *Rapport 2023:1 Konkurrensverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 36. Antallet for 2022 var langt høyere, men dette er i hovedsak på grunn av to enkeltprosjekter som til sammen sto for 24 av 25 tilsynsvedtak det året.

⁶⁹² Prop. 2023/24:3 side 29-30 og 32 flg.

⁶⁹³ HFD 2018 ref. 71

⁶⁹⁴ Konkurrensverket argumenterte slik i Kammerretten i Stockholm dom 2023-06-20 i sak nr. 1379-23. HFD skal vurdere saken, men det er uklart om Konkurrensverkets anførsel vil bli realitetsavgjort.

⁶⁹⁵ HFD 2018 ref. 71 og Konkurrensverket, *Rapport 2023:1 Konkurrensverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 35

⁶⁹⁶ Kammerretten i Stockholms beslutning 2023-06-20 i sak nr. 1379-23 har fått ankesamtykke til HFD, ifølge Upphandling24, hentet 1.12.2023 fra: <https://upphandling24.se/till-ny-hfd-provning/>

⁶⁹⁷ Konkurrensverket, *Rapport 2023:1 Konkurrensverkets tilsynsverksamhet 2022 (2023)* side 35

ble det gjort lovtekniske endringer ved å slå sammen kapitlene om tilsyn og overtredelsesgebyr, i tillegg til enkelte endringer i dokumentasjonsplikt og rett til å etterspørre retningslinjer.⁶⁹⁸

Det ble ikke gjort endringer i LUFs. Etter regjeringens syn står forsvarssektoren i en særstilling. Den typen sensitive anskaffelser som LUFs regulerer, gjorde at departementet ikke anså det som hensiktsmessig at Konkurrencesverket fikk samme sanksjonsmyndighet her. Av denne grunn ble heller ikke de øvrige endringene innført, og LUFs beholder derfor dagens utforming.⁶⁹⁹

4.4.2 Konkurrencesverkets myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr

Den største endringen er at Konkurrencesverket skal få myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr som førsteinstans. Dette har det vært betydelig diskusjon rundt i høringsrundene, noe det også var da endringsdirektivet skulle innføres.

Den sterkeste innvendingen mot at Konkurrencesverket skal få denne beføyelsen, er at det er betydelig skepsis mot at et forvaltningsorgan skal føre tilsyn med og bedømme en annen myndighets atferd. Enkelte høringsinstanser viste til at dette var oppgaver som best egnet seg for forvaltningsdomstolene.⁷⁰⁰

Departementet var uenig i dette. Særlig viste de til at Konkurrencesverket allerede har denne typen myndighet etter konkurranseloven (2008:579) kapittel 3 § 5, som ble innført i 2021. Konkurrencesverket har også hatt en viss mulighet til å ilegge dagmulkt for brudd på konkurranselovgivningen siden 1993.⁷⁰¹ Det ble videre vist til at ordningen med tilsynsvedtak allerede har et noe sanksjonerende og overprøvende preg. Denne typen tilsyn gjøres også av andre statlige organer, som for eksempel Riksarkivet.⁷⁰² Særlig pekte departementet på at Konkurrencesverkets tilsynsmyndighet ikke ville prøve et annet organs hovedoppgaver, slik enkelte høringsinstanser var skeptiske til. Tilsynsmyndigheten er begrenset til å prøve anskaffelsene organet foretar.⁷⁰³

Enkelte høringsinstanser var også usikre på hvilke beviskrav og prosedyreregler som ville gjelde for Konkurrencesverket. Her viser departementet til at de allmenne forvaltningsrettslige prinsippene vil gjelde her. Altså på tilsvarende måte som for andre statlige organer med myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr.⁷⁰⁴ Videre var departementet heller ikke enig i at vurderingene ville bli utpreget skjønnsmessige, fordi overtredelsesgebyr kun kan ilegges i klart definerte situasjoner. Disse vurderingene kan være kompliserte og konkrete, men departementet anså det ikke som skjønnsmessig.⁷⁰⁵

At klager, prøving av en avtales gyldighet og overtredelsesgebyr ikke lenger vil føres i første instans for samme organ (forvaltningsrettene) var heller ikke avgjørende. Departementet viste til at HFD har angitt at den underliggende dommen som fastsetter at en direkteanskaffelse har skjedd, uansett ikke skal prøves i gebyrsaken.⁷⁰⁶

⁶⁹⁸ Prop. 2023/24:3 side 1. De to sistnevnte endringene blir ikke behandlet her, i henhold til avgrensningen som er avtalt med departementet. At sanksjonskapitlene slås sammen, gjør at henvisningene i kapitlet refererer til paragrafinndelingen slik den var før 1. januar 2024.

⁶⁹⁹ Prop. 2023/24:3 side 34 og 66

⁷⁰⁰ Prop. 2023/24:3 side 32 flg.

⁷⁰¹ Prop. 2023/24:3 side 36, se videre Prop. 2020/21:51 side 55

⁷⁰² Prop. 2023/24:3 side 33-34

⁷⁰³ Prop. 2023/24:3 side 33-34

⁷⁰⁴ Prop. 2023/24:3 side 34-35 og 37

⁷⁰⁵ Prop. 2023/24:3 side 36

⁷⁰⁶ Prop. 2023/24:3 side 33 jf. HFD 2014 ref. 49

Departementet tok også stilling til om illeggelse av overtredelsesgebyr fra et statlig organ, og da særlig overfor private foretak som omfattes av LUF på grunn av enerett eller særrett, var problematisk sett opp mot kravene som stilles etter EMK artikkel 6 og EUs pakt om grunnleggende rettigheter. Etter departementets syn kunne gebyret utgjøre en strafferettslig reaksjon i henhold til EMK. At Konkurrentverket har hatt tilsvarende gebyrmyndighet for konkurranselovgivningen, i tillegg til at de formelle prosedyrekravene i forvaltningsloven ville gjelde ved illeggelse, gjorde imidlertid at departementet ikke anså motforestillingene som tungtveiende.⁷⁰⁷ Departementet mente at ordningen heller ikke ville stride med EUs pakt om grunnleggende rettigheter, og viste til at gebyret uansett kan klages inn til forvaltningsdomstolene. Dette er i tråd med kravene som stilles i endringsdirektivet artikkel 2 nr. 9.⁷⁰⁸

Regjeringen anså det også slik at ordningen ville ha effektivitetsgevinster. Konkurrentverket har en svært høy andel medhold i gebyrsakene; på over 90 %.⁷⁰⁹ I enkelte saker har oppdragsgiver gått med på at brudd har skjedd og da vil et søksmål være fordyrende og ta unødvendig lang tid. Oppdragsgiver vil også ha insentiv til å oppklare saken for Konkurrentverket dersom de har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr som førsteinstans, istedenfor dagens ordning der enkelte oppdragsgivere «venter» med å fremføre sine innvendinger til saken kommer opp for forvaltningsdomstolen.⁷¹⁰

Klage på overtredelsesgebyret skal rettes mot oppdragsgivers hjemting. Departementet anså det som gunstig at det var samme domstol som behandlet klager og prøving av en avtales gyldighet, som også behandlet klage over gebyret. Videre er det også et politisk ønske om at prøving skjer der rettssubjektet er, istedenfor der myndigheten befinner seg.⁷¹¹

Reglene om når Konkurrentverket har plikt til å ilegge overtredelsesgebyr tilsvarer materielt sett dagens regulering, som gjennomfører direktivets artikkel 2e.

Regjeringen viderefører også unntakene for når gebyr ikke skal ilegges. Departementet kom med en særbemerkning om at der Konkurrentverket etter direktivets ordlyd er pliktig å ilegge en alternativ sanksjon, men benytter seg av de lovfestede unntaksreglene, bør tilsynet begrunne hvorfor unntaksbestemmelsen brukes.⁷¹²

4.4.3 Terskelen for overtredelsesgebyret økes til SEK 20 millioner

Departementet viser til at endringene i beløpsgrensen ivaretar endringsdirektivets artikkel 2e, og at overtredelsesgebyret må være effektivt, proporsjonalt og avskrekkende.⁷¹³

Det anses fortsatt som viktig at regelverksbrudd i anskaffelser med lav verdi, straffes proporsjonalt med tilsvarende brudd i større anskaffelser. Konkurrentverket viste til tilfeller der maksgrensen på SEK 10 millioner har blitt ilagt, men der dette bare har tilsvart 3 % av kontraktens verdi. Selv om maksgrensen bare har vært ilagt et fåtall ganger, mente lovgiver at beløpsgrensene skulle økes.⁷¹⁴

Videre har forlengelse av søksmålsfristene også betydning for beløpsgrensene. Med lengre søksmålsfrister ønsket departementet å bidra til at Konkurrentverket får bedre tid til å behandle de

⁷⁰⁷ Prop. 2023/24:3 side 37. Departementet vurderte spørsmålet om forholdet til EMK grundig da Konkurrentstilsynet ble gitt myndighet til å ilegge gebyr etter konkurranselovgivningen, se prop. 2020/21:52 side 64-67.

⁷⁰⁸ Prop. 2023/24:3 side 37

⁷⁰⁹ Prop. 2023/24:3 side 34

⁷¹⁰ Prop. 2023/24:3 side 35

⁷¹¹ Prop. 2023/24:3 side 38

⁷¹² Prop. 2023/24:3 side 39-40

⁷¹³ Prop. 2023/24:3 side 49

⁷¹⁴ Prop. 2023/24:3 side 49

mer komplekse og omfattende saker. Forlengelse av frist for ileggelse av overtredelsesgebyr behandles under i punkt 4.4.4.

Departementet drøftet ikke om beløpsgrensene eller maksimumsgrensen på 10 % av kontraktsverdien skulle fjernes.⁷¹⁵

Blant høringsinstansene var det diskusjon om det var proporsjonalt å ilegge det maksimale beløpet på de minste oppdragsgiverne. Regjeringen minnet her på at endringsdirektivets krav til effektiv og avskrekkende alternativ sanksjon setter rammer for ileggelsen av overtredelsesgebyret.⁷¹⁶

I Sverige synes det også å ha vært en bekymring for at oppdragsgivere har forsikret seg mot overtredelsesgebyr.⁷¹⁷ Regjeringen viste til at denne muligheten nå skal være fjernet.⁷¹⁸

4.4.4 Fristen for ileggelse av overtredelsesgebyr

Dagens ordning der Konkursverket må stevne oppdragsgiver for forvaltningsdomstolene for at overtredelsesgebyr skal ilegges, er som nevnt endret. Dette betyr at fristene ikke lenger er søksmålsfrister, men frister for når Konkursverket kan ilegge overtredelsesgebyr. Dagens frister behandles i punkt 5.3.

At tilsynet kan ilegge gebyr medfører noen lovtekniske endringer. Den store realitetsforskjellen er der Konkursverket har skjønnet til å ilegge gebyr, se nærmere om dette i punkt 4.3.2. Dersom ingen leverandører har bedt forvaltningsdomstolene prøve avtalens gyldighet, har Konkursverket to år på å ilegge gebyr, sammenliknet med ett år etter dagens regler. Konkursverket kan likevel ikke ilegge gebyr før klagefristen for å be om prøving av avtalens gyldighet har gått ut, se nærmere om dette i punkt 4.3.1.⁷¹⁹

En majoritet av høringsinstansene ønsket ikke en lengre frist fordi de mente at det ville bidra en lengre periode med usikkerhet for oppdragsgivere.⁷²⁰ Departementet avviste dette. Det har vært et problem at kontrakter har vært inngått mer enn et år før Konkursverket får agert, eller at det tar for lang tid å forsvarlig undersøke saken innenfor gjeldende søksmålsfrister. Ved endringene av anskaffelseslovene i 2016, viste analyser at mer enn halvparten av sakene Konkursverket åpnet, ble henlagt fordi søksmålsfristene hadde løpt ut.⁷²¹

Ulovlig direkteanskaffelser blir ansett som særlig alvorlige overtredelser både av EU og svenske myndigheter, og det ble påpekt at åpenhet utgjør en garanti for at tilbydere ikke favoriseres.⁷²² Departementet viste til at oppdragsgiverne stort sett er offentlige juridiske personer som er underlagt et strengt regelverk og at oppdragsgivers usikkerhet i møte med Konkursverket derfor ikke kunne tillegges særlig vekt.⁷²³

Videre viste departementet til at Konkursverket bare i et fåtall saker får kjennskap til en avtale som kan være i strid med regelverket ved tidspunktet for avtaleinngåelsen. At søksmålsfristene er et hinder

⁷¹⁵ Prop. 2023/24:3 side 49-50

⁷¹⁶ Prop. 2023/24:3 side 49-50

⁷¹⁷ Også i Norge forsikrer enkelte oppdragsgivere seg mot overtredelsesgebyr, se <https://www.kommunal-rapport.no/innkjoe/fikk-igjen-nesten-hele-millionboten-pa-forsikringen/150965/>

⁷¹⁸ Prop. 2023/24:3 side 50-51

⁷¹⁹ Vedtatt ny tekst i LOU kapittel 21 §§ 10-11 jf. §§ 6-7, tilsvarende i LUF og LUK.

⁷²⁰ Prop. 2023/24:3 side 51

⁷²¹ Prop. 2023/24:3 side 52

⁷²² Prop. 2023/24:3 side 52-53, se også C-223/16 *Casertana*, avsnitt 34

⁷²³ Prop. 2023/24:3 side 55

synes derfor ikke å være på grunn av restanser eller styringsproblemer internt i etaten. Etter dagens regelverk må Konkurrencesverket få kjennskap til avtalen, utrede og bedømme om et brudd har skjedd, og så rette søksmål om gebyr innenfor ett år etter avtaleinngåelsen. Ved å gi Konkurrencesverket en lengre frist, var det et ønske om at Konkurrencesverket kunne prioritere bedre blant potensielle brudd, få bedre gjennomslag og i større utstrekning kunne bidra til rettsutviklingen.⁷²⁴ At Konkurrencesverket får myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr, kan også bidra til effektivisering av tilsynets arbeid.

Enkelte høringsinstanser mente at Konkurrencesverket burde skaffet seg kjennskap til de ulovlig inngåtte avtalene gjennom etterannonsering. Til dette innvendte departementet at det ligger i de ulovlige direkteanskaffelsenes natur at de er lite synlige for omverden og at det forekommer stadige brudd på kravene til etterannonsering.⁷²⁵

4.4.5 Ingen endringer i hvilke brudd som kan medføre overtredelsesgebyr

Utvalget som leverte betenkning til departementet, hadde foreslått endringer i reglene om når Konkurrencesverket kunne ilegge overtredelsesgebyr. Forslaget innebar at overtredelsesgebyr kunne ilegges ved brudd på reglene om etterannonsering, kunngjøring i registrerte databaser, dokumentasjonsplikt, plikten til individuell rapportering og protokollering og begrunnelsesplikten.⁷²⁶ Dette er brudd Konkurrencesverket har fremhevet som særlig viktige i svensk kontekst, fordi de sjelden blir grunnlag for klage.⁷²⁷

Departementet var enige i at dette kunne medført mer innsyn og bedre etterlevelse av anskaffelsesregelverket, men mente at forslaget ikke hadde tatt hensyn til om endringene var proporsjonale og rimelige.⁷²⁸

Dokumentasjonsplikten og begrunnelsesplikten ble ikke ansett som egnet for overtredelsesgebyr. Analyser viser at direkteanskaffelser stort sett blir dokumentert, og det var bekymring for at pliktene var så uklart definert at Konkurrencesverket ville ha stort skjønsmessig spillerom i vurderingene.⁷²⁹

For reglene om etterannonsering er det imidlertid analyser som tilsier mange og grove brudd på regelverket, som igjen har betydning for statistikk, tilsyn og transparens i forvaltningen. Departementet foreslo her som et utgangspunkt at Upphandlingsmyndigheten⁷³⁰ og Konkurrencesverket undersøker hvem som bryter disse reglene, og for eksempel fatter tilsynsvedtak.⁷³¹

Når det gjelder øvrige brudd på anskaffelsesregelverket, var det etter departementets syn ikke tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at etterlevelsen er så manglende at gebyr bør innføres. Forslagene var derfor ikke proporsjonale, særlig fordi det var en bekymring for at brudd på reglene om direkteanskaffelser ville straffes på lik linje med øvrige brudd. Departementet anså disse bruddene som særlig graverende, og var uansett usikre på hvordan gebyrene for brudd på øvrige regler skulle vært beregnet.⁷³²

⁷²⁴ Prop. 2023/24:3 side 54

⁷²⁵ Prop. 2023/24:3 side 54

⁷²⁶ Prop. 2023/24:3 side 44

⁷²⁷ Prop. 2023/24:3 side 45

⁷²⁸ Prop. 2023/24:3 side 44-45

⁷²⁹ Prop. 2023/24:3 side 45

⁷³⁰ Upphandlingsmyndigheten har stort sett en informerende rolle for anskaffelser, og lager årlige statistikker. Funksjonen kan sammenliknes med DFØs rolle på anskaffelsesfeltet.

⁷³¹ Prop. 2023/24:3 side 46

⁷³² Prop. 2023/24:3 side 46-47

5. PREKLUSJONSREGLER/SØKSMÅLSFRISTER

5.1 Klagefrister til forvaltningsdomstolen

I 2022 trådte nye preklusjonsregler i kraft, som er likelydende i de fire lovene. Formålet med innføringen av strengere preklusjonsfrister var å øke forutsigbarheten i prosessen, samt legge til rette for en raskere behandling i domstolen. Lovgiver anså dette som særlig viktig på grunn av den forlengede karensperioden som inntreer automatisk, og som hindrer oppdragsgiver å inngå kontrakt under domstolens behandling av saken.⁷³³

Det følger av LOU kap. 20 § 11 at en klage på en anskaffelsesprosess må ha kommet inn til forvaltningsretten innen karensperiodens utløp, jf. §§ 1 eller 3. Dette gjennomfører håndhevelsesdirektivenes artikkel 2c.⁷³⁴ Klager som kommer inn etter dette tidspunktet vil prekluderes. At en leverandør klager i løpet av karensperioden og dermed oppnår en forlenget karensperiode, betyr ikke at den forlengede karensperioden også gjelder for andre leverandører som ikke har klaget.⁷³⁵

Grunnlaget for klagen må i utgangspunktet påberopes innen tre uker fra klagen er sendt. Dersom klager ønsker å påberope seg nye forhold etter tre uker, kan domstolen bare behandle anførselene dersom leverandøren sannsynliggjør at forholdet ikke kunne vært påberopt tidligere, eller av annen gyldig grunn ikke har vært påberopt, jf. § 5 b.

Forhold som påberopes først for kammerretten, kan bare behandles dersom klager sannsynliggjør at forholdet ikke kunne vært påberopt i første instans eller på annen måte hadde gyldig grunn til å ikke påberope forholdet, jf. § 5 c.

Kammerretten kan imidlertid alltid behandle forhold som påberopes som grunnlag for at en avtale skal videreføres under sakens behandling på grunnlag av tungtveiende allmenne hensyn, jf. § 5 c, jf. § 14.

Bestemmelsene i §§ 5 b og c gjelder likevel ikke prøving av en avtales gyldighet, som er inngått i strid med karensbestemmelser, jf. § 5 d, jf. § 7.⁷³⁶

En anskaffelsesprosess kan ikke påklages etter at kontrakt er inngått, jf. LOU kap. 20 § 6 andre ledd.⁷³⁷ HFD har i en nylig avsagt dom også tolket § 6 første ledd som at denne bestemmelsen kan prekludere en klage på feil i anskaffelsesprosessen, som kommer inn etter tildelingsbeslutningen, når feilen kunne vært påberopt overfor oppdragsgiver under konkurransegjennomføringen.⁷³⁸ HFD mener at tapsvilkåret ikke er oppfylt i en slik situasjon.⁷³⁹ HFDs dom er også omtalt under punkt 1.5 om tapsvilkåret i vurderingen av rettslig klageinteresse og i punkt 3.6 om tapsbegrensningsplikten.

Avgjørelsen har blitt kraftig kritisert, blant annet av Svenskt Näringsliv,⁷⁴⁰ fordi den oppstiller svært strenge krav til at leverandøren aktivt må påpeke uklarheter og ufullstendigheter i konkurransegrunnlaget allerede under konkurransegjennomføringen for å kunne vinne frem med et

⁷³³ Prop. 2021/22:120 side 48

⁷³⁴ Prop. 2009/10:180 side 357

⁷³⁵ Asplund m.fl. (2012) side 185

⁷³⁶ Se tilsvarende bestemmelser i LUF kapittel 20 og LUK og LUF kapittel 16

⁷³⁷ Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 6, og LUK og LUF kapittel 16 § 6

⁷³⁸ HFD 2022 ref. 4 I og II avsagt 10. januar 2022

⁷³⁹ Under henvisning til C-538/15 *eVigilo* avsnitt 55-56

⁷⁴⁰ [Ny praxis försvarar offentlig upphandling för småföretag \(svensknaringsliv.se\)](https://www.svensknaeringsliv.se)

søksmål. Svenskt Näringsliv mener at spørsmålet må vurderes nærmere rettslig og har utarbeidet en rapport om tapsvilkåret og preklusjonsreglene i forhold til EU-retten.⁷⁴¹

I samme sak for HFD anførte leverandøren at dersom oppdragsgiver hadde angitt rammeavtalens maksimale verdi, ville oppdragsgiver måtte kunngjort en ny konkurranse når maksgrensen var nådd. At det ikke var oppgitt en maksimal verdi, fratok derfor leverandøren mulighet til å konkurrere om tilsvarende kontrakt i en senere anskaffelse (når maksimalverdien av gjeldende rammeavtale var nådd og ny konkurranse måtte blitt kunngjort). Heller ikke her fikk leverandøren medhold, da HFD mente at muligheten for å delta i en fremtidig konkurranse ikke kunne vektlegges i vurdering av tapsvilkåret i anskaffelsen som var klaget inn.

Kammerretten i Göteborg (sak nr. 6319-21 av 14. juni 2022) og kammerretten i Sundsvall (sak nr. 768-23 av 14. november 2023) har i etterkant av HFDs avgjørelse avsagt dommer i samme retning. Også disse avgjørelsene har blitt kritisert av svenske jurister og advokater.⁷⁴² Sakene for kammerrettene gjaldt begge klager på rammeavtaler med en lengre varighet enn det loven tillater. I begge sakene kom retten til at tapsvilkåret ikke var oppfylt, og at saken derfor ikke skulle overprøves. Grunnen var at det økonomiske tapet knyttet seg til leverandørenes manglende mulighet til å delta i fremtidige konkurranser i stedet for den aktuelle anskaffelsen. Leverandørene anførte at det nettopp var den ulovlig lange varigheten på rammeavtalene som førte til tapet, ved at de ble fratatt muligheten til å konkurrere på en ny rammeavtale. Dette fikk de altså ikke medhold i. Kritikken går på at en slik forståelse av regelverket i praksis gjør det umulig for leverandører å få medhold i saker om ulovlig langvarige rammeavtaler.

Dersom en leverandør vil påklage gyldigheten av en inngått kontrakt, må klagen etter lovens hovedregel være mottatt av forvaltningsretten innen 6 måneder etter at kontrakt er inngått, jf. LOU kapittel 20 § 17. Dette gjennomfører håndhevelsesdirektivets artikkel 2f.⁷⁴³ Fristen kortes ned til 30 dager dersom tildelingen er kunngjort, anskaffelsen er på et ikke-direktivstyrt område og er annonsert i en registrert annonsedatabase, eller oppdragsgiver skriftlig har underrettet tilbyderne om at avtale er inngått, med de lovkravene som stilles til slik kunngjøring.⁷⁴⁴

Klage over en avlyst anskaffelse må ha kommet inn til forvaltningsretten innen 10 dager fra oppdragsgiver elektronisk har sendt meddelelse om beslutningen med en begrunnelse, jf. LOU kapittel 20 § 12.⁷⁴⁵ Fristen kan ikke forlenges, og det oppstilles ingen krav til innholdet i begrunnelsen.⁷⁴⁶

5.2 Søksmålsfrister ved krav om erstatning for ordinære domstoler

Etter LOU og LUF kapittel 20 § 21 første ledd plikter en leverandør som krever erstatning å reise sak for alminnelige domstoler innen ett år fra den dag leverandøren fikk kjennskap eller burde fått kjennskap til kontraktsinngåelsen med den valgte leverandøren. Dersom forvaltningsdomstolen imidlertid kjenner kontrakten uten virkning, følger det av andre ledd at fristen for å kreve erstatning starter den dagen domstolens avgjørelse blir rettskraftig.

Det fremgår uttrykkelig av tredje avsnitt at dersom erstatningssøksmål ikke er anlagt innen disse fristene, går retten til erstatning tapt.

⁷⁴¹ [Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling \(svensktnaringsliv.se\)](https://www.svensktnaringsliv.se)

⁷⁴² Se [innlegg på LinkedIn](#) av Fanny Eriksson, Jurist/Upphandlingskonsult på Ecenea

⁷⁴³ Prop. 2009/10:180 side 363-364

⁷⁴⁴ LOU kapittel 20 § 17 andre ledd. Bestemmelsen ble endret i 2022, slik at også konkurranser på ikke-direktivstyrte områder får kortere klagefrist. Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 17, og LUK og LUF kapittel 16 § 17. Se videre Prop. 2021/22:120 side 48-49

⁷⁴⁵ Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 12, og LUK og LUF kapittel 16 § 12

⁷⁴⁶ Se henholdsvis HFD 2019 ref. 58 punkt 23 og HFD 2021 ref. 70 punktene 20-21

Det bør bemerkes at en fristbestemmelse som den nevnte ikke finnes i norsk rett. Bortfall av erstatningskrav grunnet tidsforløpet etter kontraktsinngåelse vil kun være aktuelt etter de alminnelige foreldelsesreglene, med tre års foreldelsesfrist etter foreldelsesloven § 9.⁷⁴⁷

5.3 Søksmålsfrister for Konkurrencesverket ved ileggelse av overtredelsesgebyr

Søksmålsfristene for Konkurrencesverket følger av LOU kapittel 21 §§ 6-7. I saker der Konkurrencesverket er pliktig til å reise gebyrsak, må saken reises innen seks måneder fra det tidspunktet avgjørelsen for den bakenforliggende anskaffelse har blitt rettskraftig. I de sakene hvor Konkurrencesverket har skjønnet til å ilegge gebyr, og en eller flere leverandører har bedt om prøving av avtalens gyldighet, gjelder den samme søksmålsfristen på seks måneder etter at samtlige beslutninger i forbindelse med overprøvingen har blitt rettskraftige. Dersom ingen leverandører har klaget i sakene der gebyr kan ilegges, må søksmål fra Konkurrencesverket ha kommet inn innen ett år fra avtalen ble inngått.

Fristen der Konkurrencesverket har et skjønn, og ingen leverandører har bedt om prøving, er vedtatt forlenget til to år fra 1. januar 2024, se nærmere under punkt 4.4.4.

⁷⁴⁷ Det er få eksempler fra norsk rett på at slike erstatningskrav anses foreldet. Vi kjenner ikke til andre avgjørelser enn Senja tingretts dom fra 2019 i sak 19-016572TVI-SENJ.

DEL III: ERSTATNING

KAPITTEL 9 ERSTATNING VED BRUDD PÅ REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1. INNLEDNING

Norsk lovgiver overlot både ved vedtakelsen av anskaffelsesloven av 1999 og ved vedtakelsen av anskaffelsesloven av 2016 den nærmere fastleggelsen av vilkårene for erstatning til domstolene. Siden Høyesterett knesatte at forbigåtte tilbydere har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen på nærmere angitt vilkår i Rt-2001-1062 *Nucleus*, er det behandlet nærmere 80 saker med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i norske lagmannsretter. Vi har ikke statistikk over erstatningssaker i tingrettene for perioden 2001 til 2012. I perioden 2013 til 2021 ble det reist 92 saker for norske tingretter med krav om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket som endte med dom. Summen av erstatningskravene som er tilkjent i de dommene som er publisert på Lovdata fra 2001 frem til i dag, ligger i overkant av 500 millioner kroner.

Det er vanskelig å finne noen endelig fasit på om dette tallet er for høyt, for lavt eller passe. Det som er klart, er at den samlede summen som er tilkjent for brudd på anskaffelsesregelverket i norsk rettspraksis, ligger svært høyt over tilsvarende tall for Danmark og Sverige. Det er også holdepunkter for at vi ligger godt over de fleste andre land i Europa. Det er for eksempel i Storbritannia bare tilkjent erstatning i to publiserte saker (reported cases) i perioden 2001 til 2016.⁷⁴⁸

Vi har fått i oppdrag å utarbeide et kunnskapsgrunnlag for det arbeidet lovutvalget skal gjøre knyttet til erstatningsreglene. I den forbindelse har vi konsentrert oss om tre hovedtemaer. Det ene er hvilke krav som EU/EØS-retten oppstiller for utformingen av reglene for erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i norsk rett. Det andre er på hvilke punkter norsk rett legger terskelen lavere for å tilkjenne erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket enn det som EU/EØS-retten krever. Det siste er omfanget av tilkjente erstatningskrav i Norge sammenlignet med andre land.

2. OMFANGET AV TILKJENT ERSTATNING FOR BRUDD PÅ ANSKAFFELSESREGLENE I NORGE

2.1 En kort oversikt over utviklingen i rettspraksis

Frem til doktoravhandlingen til Lasse Simonsen, som ble utgitt i bokform i 1997,⁷⁴⁹ var den alminnelige oppfatningen i norsk rett at tilbydere i all hovedsak bare hadde krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen dersom oppdragsgiver hadde begått rettslige feil ved gjennomføringen av konkurransen. Med andre ord var oppfatningen at tilbydere bare kunne få erstattet de kostnader tilbyderne hadde hatt med å utarbeide sine tilbud og andre kostnader knyttet til å delta i konkurransen. Krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen var forbeholdt de tilfeller der tilbyder hadde et rettskrav på å få tildelt kontrakten. I praksis innebar dette at det var tilnærmet umulig for en tilbyder å få erstatning for den positive kontraktsinteresse, det vil si å få erstattet den fortjenesten tilbyder ville ha oppnådd dersom han hadde fått tildelt kontrakten.

Simonsen utfordret i sin doktoravhandling rettskravlæren, og påpekte at i de situasjonene der det forelå en mer utførlig regulering av avtaleslutningsprosessen, så var det mulig å trekke veksler på den alminnelige erstatningsretten utenfor kontrakt. Simonsen argumenterte for at det forelå gode grunner for å erstatte den tradisjonelle rettskravlæren med de årsaksbetraktningene som ble brukt i alminnelig erstatningsrett. Simonsen konkluderte med at det var et åpent spørsmål om det var mulig å få erstatning for den positive kontraktsinteressen ved brudd på anskaffelsesregelverket i norsk rett.

⁷⁴⁸ Arrowsmith og Craven s. 227-252

⁷⁴⁹ Simonsen

De påfølgende årene berørte Høyesterett flere ganger spørsmålet om erstatning for den positive kontraktsinteressen uten å ta endelig stilling til om dette var noe tilbydere kunne ha krav på.⁷⁵⁰ I 2001 fant imidlertid Høyesterett ut at tiden var blitt moden for avgjørelse av spørsmålet. I Rt-2001-1062 *Nucleus* foretok Høyesterett en bred drøftelse av spørsmålet om forbigåtte tilbydere hadde krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen, og konkluderte med at dette var tilfellet. Høyesterett mente imidlertid at det var grunn til å oppstille skjerpede krav både til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. For at det skulle foreligge ansvarsgrunnlag, måtte oppdragsgiver ha begått en vesentlig feil. Videre forelå det bare årsakssammenheng der tilbyder med klar sannsynlighetsovervekt kunne vise at han skulle fått kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen.

Høyesteretts dom i *Nucleus* var startskuddet for en relativt omfattende rettspraksis knyttet til erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. På Lovdata er det publisert 17 saker om krav på erstatning for brudd på anbudsregler som er fra tiden før *Nucleus*. I tiden etter *Nucleus* er det publisert 84 rettskraftige dommer på Lovdata som gjelder krav på erstatning for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Det er ikke mulig å si at alle saker etter *Nucleus*, er en følge av at Høyesterett knesatte at tilbydere på visse vilkår har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Den sterke økningen av sakene faller også sammen med at anskaffelsesprosessen ble gjennomregulert som en følge av at Norge inngikk EØS-avtalen og dermed ble forpliktet til å implementere EUs anskaffelsesdirektiver. Denne reguleringen ble videre mer tilgjengelig gjennom loven om offentlige anskaffelser av 1999 og de tilhørende forskriftene av 2001. Vi mener imidlertid at det er svært sannsynlig at antallet erstatningssaker hadde vært langt lavere dersom Høyesterett i 2001 hadde kommet til at den positive kontraktsinteressen ikke hadde erstatningsrettslig vern.

Hvilke krav EU/EØS-retten stilte til innholdet i norske regler om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, var det lite fokus på i *Nucleus*. Dette spørsmålet ble imidlertid trukket frem i lyset i *Trafikk & Anlegg*-saken. Tilbyder anførte her at EØS/EU-retten stilte et krav om at oppdragsgivere må være erstatningsansvarlig for den positive kontraktsinteressen på objektivt grunnlag. Høyesterett avviste dette i Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg*. På grunn av EU-domstolens avgjørelser i sak C-314/09 *Strabag* og sak C-568/08 *Combinatie Spijker* ble imidlertid dette spørsmålet holdt levende også i norsk rett. Etter hvert ble det også problematisert om det kravet til årsakssammenheng som Høyesterett hadde oppstilt i *Nucleus*, var i samsvar med EØS/EU-retten. Både spørsmålet om hvilke krav EØS/EU-retten stiller til vilkåret om at det må foreligge et ansvarsgrunnlag og vilkåret om at det må foreligge årsakssammenheng, ble forelagt EFTA-domstolen to ganger i *Fosen-Linje*-saken. I EØS-rettslig sammenheng er det siste ordet så langt sagt gjennom EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i sak E-16/16 *Fosen I* og sak E-7/18 *Fosen II*. Høyesterett la til grunn *Fosen II* ved avgjørelsen av *Fosen-Linje*-saken.⁷⁵¹

Den foreløpig siste dommen fra Høyesterett om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, er HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*. I saken tar Høyesterett stilling til rekkevidden av det erstatningsrettslige vernet for den positive kontraktsinteressen.

2.2 Tilkjent erstatning – statistikk

Det er innhentet statistikk om antallet erstatningssaker fra Domstoladministrasjonen for perioden 2013 til 2021. Statistikken viser at det i denne perioden kom inn 92 saker som gjaldt lov om offentlige anskaffelser, og som har endt med dom i tingretten. Antallet saker som har kommet inn per år varierer noe, men ligger stort sett på rundt 10 saker per år. Det var flest i 2014 med 19 saker, og færrest i 2018 med 6 saker. Innkomne anker til lagmannsretten som har endt med dom, er i samme periode 46

⁷⁵⁰ Rt-1997-574 *Firesafe*, Rt-1998-1398 *Torghatten* og Rt-2000-1076 *Faber*

⁷⁵¹ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen*

saker. Det høyeste tallet var i 2015 med 10 saker, og det lavest tallet var 2 i 2013 og 2016. Ellers ligger antallet ankesaker rundt 5 saker per år. I snitt ser det altså ut til at rundt halvparten av dommene fra tingretten, blir anket til lagmannsretten.

For å foreta en nærmere kvalitativ analyse, har vi gått gjennom alle dommene som er publisert på Lovdata. Vi har funnet at det er publisert 98 dommer som gjelder erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket på Lovdata fra og med *Nucleus*. 13 av dommene er fra tingretten. Av disse ble 5 anket videre til lagmannsretten. 76 dommer var fra lagmannsretten. Av disse er 9 behandlet i Høyesterett. Det er altså publisert 84 rettskraftige dommer om erstatning for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser på Lovdata. Ut fra statistikken fra Domstoladministrasjonen er det grunn til å anta at mange rettskraftige dommer fra tingretten ikke er publisert på Lovdata.

Av de rettskraftige dommene publisert på Lovdata har det blitt tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse i 23 av sakene, det vil si i 27% av sakene. Det er tilkjent negativ kontraktsinteresse i fem av sakene. Det er altså funnet brudd som leder til erstatning i 32% av de rettskraftige dommene publisert på Lovdata. I de sakene der det er konstatert brudd på anskaffelsesregelverket, blir oppdragsgiver frifunnet i rundt 12% av sakene.

Den samlede utmålte erstatning for den positive kontraktsinteressen i de publiserte dommene fra 2001 til november 2023, er rundt 515 millioner kroner. Det er imidlertid et svært stort spenn i tilkjent erstatning.

Den laveste er den erstatningssummen Høyesterett tilkjente i *Nucleus* på 433 000 kroner. I den andre saken Høyesterett har tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen, Rt-2007-983 *Reno-Vest*, var erstatningssummen på 1 025 000 kroner.

Den så langt største erstatningen er tilkjent av Borgarting lagmannsrett i saken mellom Skanska og Bane NOR.⁷⁵² Erstatningssummen var her på 272,8 millioner kroner.

I snitt er utmålt erstatning per sak der det er tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen på 23,4 millioner kroner. Samtidig er det klart at saken mellom Skanska og Bane NOR trekker opp snittet betydelig. Hvis vi trekker ut denne saken, er snittet på 11 millioner kroner.

Størrelsen på tilkjent erstatning har økt svært mye fra 2010. I perioden fra 2001 til 2010 var høyeste tilkjente erstatning på 3 millioner kroner. Samlet ble det tilkjent erstatning på 6,5 millioner kroner i denne perioden, og snittet per sak var i overkant av 1 million kroner. I perioden 2010 til 2023 ble det tilkjent erstatning på 509 millioner kroner, og et snitt på 32 millioner kroner per sak. Trekker man ut saken mellom Skanska og Bane NOR, er snittet på 16 millioner kroner per sak.

Det er ingen tvil om at vi i Norge har et erstatningsnivå som ligger svært høyt over våre naboland, Danmark og Sverige.

I perioden fra 2010 har vi i Norge tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse for 509 millioner kroner. I samme periode tilkjente Klagenævnet for Udbud erstatning for rundt DKK 30 millioner. I tillegg ble det tilkjent erstatning i noen saker der erstatningskravet først ble fremsatt etter behandlingen i Klagenævnet. Summen av tilkjent erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, ligger altså svært mye høyere i Norge enn i Danmark. Selv om vi trekker ut saken mellom Skanska og Bane NOR, ligger vi altså fortsatt meget høyt over erstatningsnivået i Danmark. Den store forskjellen er størrelsen på erstatning som tilkjennes. Den største erstatningssummen som er tilkjent i Danmark, er så langt DKK 8 millioner.

⁷⁵² LB-2017-94201

Samtidig skulle man forvente at omfanget av tilkjent erstatning i Danmark, skulle være atskillig høyere enn i Norge. Grunnen til dette er at det er svært mye vanskeligere å få midlertidig avgjørelse for få stoppet tildeling av en kontrakt i Danmark enn i Norge.

Når det gjelder Sverige, så har vi ikke noen komplett oversikt over erstatningsnivået her. Etter henvendelse til svenske lagmannsretter, har vi mottatt 11 dommer fra perioden 2012 til 2020. Lagmannsrettene har opplyst at de ikke kan garantere at de har funnet alle saker som gjelder erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i perioden grunnet begrensninger i søkemulighetene (ikke mulighet for fritekstsøk i dommer). Summen av erstatningskravene i de dommene vi har mottatt fra lagmannsrettene, er på SEK 5,7 millioner. Høyeste tilkjente erstatning er på SEK 2 millioner. I perioden er det også én dom fra Högsta domstolen der det ble tilkjent SEK 1,4 millioner. Omfanget av tilkjent erstatning i Sverige er altså nokså ubetydelig.

Forskjellen på omfanget av tilkjent erstatning i Norge og Sverige, ser ut til å være enkel å forklare med det sterke fokuset det er på prekontraktuelle rettsmidler i Sverige.

Forskjellen fra Danmark er det vanskeligere å se en forklaring på. Vi ser at andelen frifinnelser der det er konstatert brudd på anskaffelsesregelverket, er langt høyere i Danmark enn i Norge. I Norge blir oppdragsgiver frifunnet i overkant av 10% av de sakene der det er konstatert brudd på anskaffelsesregelverket, i Danmark er det samme tallet i underkant av 50%. Det er håndteringen av kravet til årsakssammenheng som ser ut til å være hovedforklaringen på denne forskjellen.

Antallet saker der det er tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, er omtrent det samme i Danmark som i Norge i perioden med rundt 20 saker i begge land. Summen av tilkjent erstatning er altså veldig mye lavere i Danmark. Noe av dette skyldes forskjeller i utmålingspraksis. Danske domstoler har lagt til grunn et nivå ved utmålingen av erstatning som ligger langt under nivået i norsk rettspraksis. Av en eller annen grunn ser det også ut til at kontraktsverdien på de saker der det tilkjennes erstatning i Danmark, i gjennomsnitt ligger på et markert lavere nivå enn i Norge. Vi har ikke funnet noen forklaring på denne observasjonen i tiden vi har hatt til rådighet. Det er eksempler på saker der det er krevd svært høye erstatningssummer også i Danmark, men disse sakene har ikke ført frem.

På grunn av den tid som har stått til rådighet har vi ikke gjort noe forsøk på å innhente statistikk fra øvrige europeiske land. Basert på det som fremkommer av de undersøkelser som EU-kommisjonen har gjennomført, kan det imidlertid se ut som Norge ligger på toppen i Europa i å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse.

I den spørreundersøkelsen som EU-kommisjonen gjengir i rapport om håndhevelsesdirektivenes effektivitet fra 2015,⁷⁵³ oppgir leverandører og oppdragsgivere at det har blitt tilkjent erstatning i 3 % av de sakene om har vært gjenstand for prøving.⁷⁵⁴ Vi er usikre på hvordan vi skal lese dette tallet. Det kan se ut som det er 3 % av alle saker om prøving av en anskaffelsessak, også saker som ikke gjaldt erstatning. Det ser imidlertid uansett ut til at det var rapportert et svært lavt antall erstatningssaker i EU-land i perioden 2009-2012, nærmere bestemt rundt 20 saker, jf. rapportens side 91. Dette indikerer at det er mange land som overhodet ikke har hatt erstatningssaker i denne perioden. EU-kommisjonen skriver også at veldig få leverandører og oppdragsgivere har mottatt/utbetalt erstatning eller bøter som følge av feil i begått i en anskaffelse.⁷⁵⁵ Hvis tallene er i nærheten av å være en riktig beskrivelse av virkeligheten, hadde Norge alene omtrent like mange erstatningssaker i perioden som hele resten av Europa til sammen.

⁷⁵³ Final Study Report (2015)

⁷⁵⁴ Final Study Report (2015) side 97 figur 6.12.

⁷⁵⁵ Final Study Report (2015) side 96

I arbeidsrapporten om håndhevelsesdirektivenes effektivitet fra 2017, redegjør EU-kommisjonen nærmere for de undersøkelser som kommisjonen hadde gjennomført som grunnlag for rapporten.⁷⁵⁶ Det vises her til to møter der muligheten til å få erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket ble diskutert.

Det ene er et møte i «Commission Stakeholder Expert Group on Public Procurement» avholdt 23. februar 2013. Ekspertgruppens syn ble referert på følgende måte:

It was concluded that pre-contractual remedies (setting aside of decisions) are more effective than post-contractual remedies (damages, ineffectiveness). With regard to damages, experts underlined that it is notoriously difficult to seek damages in most Member States, mostly because of the need to prove that the economic operator was genuinely a tenderer who had a serious chance of winning the contract. Nonetheless, it was underlined that damages present a less attractive or efficient means of sanction than pre-contractual remedies because economic operators are interested in being awarded a contract and not in compensation.

Det andre var et møte med dommerne i de øverste forvaltningsdomstolene (Supreme Administrative Court Judges) avholdt i Helsinki 22.- 23. oktober 2015. EU-kommisjonen fremhever blant annet det følgende fra møtet:

It was underlined that it is difficult to bring actions for damages in Member States. Member States' legal systems differ on the test of causation and recoverable losses. In particular, in most cases it is practically impossible for the plaintiff to prove that it had genuine chances to win the contract if the public procurement rules had been complied with. Increased harmonisation in this field would be of added value.

Det som fremgår av disse referatene, understøtter at det som ble avdekket i EU-kommisjonens rapport av 2015, er en rimelig dekkende beskrivelse av virkeligheten.

3. HÅNDHEVELSESDIREKTIVENES REGULERING AV ERSTATNINGSANSVARET VED BRUDD PÅ ANSKAFFELSESGELVRKET I EU/EØS

3.1 Oversikt over regulering i håndhevelsesdirektivene

Både håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene har bestemmelser om erstatningsansvar.

I håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor er bestemmelsen inntatt i artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Bestemmelsen har følgende ordlyd

Medlemsstatene skal sørge for at de tiltak som er truffet med henblikk på klagebehandlingen nevnt i artikkel 1 omfatter bestemmelser som gir kompetanse til

[...]

c) å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse

⁷⁵⁶ SWD/2017/013 final

Etter sin ordlyd fastsetter denne bestemmelsen bare at organet som håndhever brudd på anskaffelsesregelverket, skal ha kompetanse til å tilkjenne erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket. Bestemmelsen regulerer ikke nærmere når erstatning skal tilkjennes, det vil si at bestemmelsen ikke oppstiller de nærmere vilkårene for når erstatning skal tilkjennes.

Reguleringen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene er helt annerledes. Her er bestemmelsen inntatt i artikkel 2 nr. 7, og har følgende ordlyd:

Dersom det reises krav om skadeserstatning for kostnadene ved å fremlegge et anbud eller ved å delta i en anbudsrunde, må den som krever erstatningen, bevise bare at det foreligger overtredelse av fellesskapsretten på området kontraktstildeling eller på de nasjonale regler som gjennomfører denne retten, samt at vedkommende hadde en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten og at denne muligheten ble redusert som en følge av overtredelsen.

Her oppstilles det altså ikke bare et krav om at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å tilkjenne erstatning. Bestemmelsen fastsetter hvilket tap tilbyder kan kreve erstattet, og på hvilke vilkår. Bestemmelsen gir tilbyder krav på erstatning for kostnaden med å delta i en tilbudskonkurranse, det vil si at bestemmelsen gir tilbyder et krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen. Ansvarsgrunnlaget er at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket. Kravet til årsakssammenheng er at tilbyder hadde en realistisk mulighet til å få kontrakten, og at bruddet på anskaffelsesregelverket har redusert denne muligheten.

Av EU-kommisjonens forarbeider til håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene fremgår det uttrykkelig at denne forskjellen på reguleringen av erstatning i de to direktivene, var tilsiktet. Forskjellen er begrunnet på følgende måte av EU-kommisjonen i forarbeidene til håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren:

15. Since, in any event, the industrial, public service character of the utilities may well make it more difficult for individuals to obtain effective interlocutory relief due to the utilities' possibility of relying on arguments to show that suspension of procedures is not justified taking account of all possible interests likely to be affected, including the public interest, the proposal also seeks to ensure that in all Member States claims to damages will be a practical proposition and therefore a genuine incentive to compliance. In particular, it should not be necessary for interested parties seeking to recover the costs of bid preparation or of their participation in an illegal procedure to show that they would have been awarded the contract. Such proof will in many cases be extremely difficult and makes the availability of remedies in damages far less effective as an incitation to contracting bodies to comply with the law. Interested parties should be required to show only that their chances of securing the contract were adversely affected.

16. Different considerations apply to claims for other losses such as lost profits. These raise complex issues which are resolved by the Member States in the context of their particular approaches to the quantification of economic loss. Much of the law is Judge made and of general application, applying outside the field of procurement. Harmonisation of these approaches would certainly encounter considerable difficulties. Such matters are accordingly left to be resolved for the time being according to national law as under Council Directive 89/665/EEC. In the longer term, it will be necessary to see whether further action at Community level is necessary.⁷⁵⁷

Synspunktet var altså at det ville være vanskeligere å få stoppet en kontraktsinngåelse gjennom begjæring om midlertidig forføyning på forsyningssektorenes område enn innenfor klassisk sektor.

⁷⁵⁷ COM (90) 297 final, avsnitt 15 og 16

Det var derfor nødvendig å styrke muligheten til å kunne kreve erstatning, og det var retten til å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen som ble regulert nærmere.

Det fremgår helt klart at det ikke var intensjonen verken med håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene eller håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor å regulere nærmere krav på positiv kontraktsinteresse. Om det var behov for en nærmere regulering også av den positive kontraktsinteressen, var noe som måtte vurderes på lengre sikt.

I håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor var det fastsatt at effekten av implementeringen av håndhevelsesdirektivet skulle evalueres senest innen fire år.⁷⁵⁸ Vi har vært i kontakt med EU-kommisjonen, og de opplyser at de ikke har funnet spor av at det ble gjennomført en fullstendig evaluering av håndhevelsesreglene på 1990-tallet.

Om det forelå effektive håndhevelsesmekanismer, var et tema i EU-kommisjonens publikasjon «The single market review, Dismantling of barriers: public procurement. Volume II» fra 1997.⁷⁵⁹ I denne publikasjonen ble uklarhet i måten erstatning utmåles på og hvordan erstatning kunne oppnås, pekt på som en av to hovedproblemer som hindret effektiv gjenoppretting av brudd på anskaffelsesregelverket. Det ble særlig trukket frem at kravet til årsakssammenheng i mange land gjorde det svært vanskelig eller tilnærmet umulig å få erstatning for fortjenestetap. I Tyskland kunne for eksempel krav på erstatning for fortjenestetap bare tilkjennes der det var tilnærmet sikkert at tilbyderen ville ha blitt tildelt den aktuelle kontrakten.⁷⁶⁰

Et mer systematisk arbeid med å evaluere effekten av håndhevelsesdirektivene, ser først ut til å ha kommet i gang i 2003. Arbeidet ledet frem til at EU-kommisjonen la frem et forslag til endringer av håndhevelsesdirektivene i 2006.⁷⁶¹ I den nærmere begrunnelsen for forslaget (Impact Assessment Report) redegjorde EU-kommisjonen også for hvilke vurderinger EU-kommisjonen hadde gjort med hensyn til å regulere erstatningsansvaret for brudd på anskaffelsesreglene nærmere.⁷⁶² Det fremgår her at EU-kommisjonen relativt raskt hadde konkludert med at det ikke var ønskelig å utvide de kravene EØS/EU-retten stilte til utforming av vilkårene for erstatning i medlemsstatenes rettssystemer.

Dette ble begrunnet på følgende måte i rapporten:

4.3. Inherent Limits of Damages Action

An aggrieved supplier faced with a signed public contract, is often deterred from bringing a damages action for the following reasons:

- actions in damages have no real corrective effect. Even if the public contract already signed is held to have been awarded illegally, in the great majority of cases it remains in force when it has already been signed. Hence, even if the damages action is successful and some (limited) financial compensation is granted, the economic operator will ultimately not win the public contract and may also feel that he has compromised his future business with the Awarding Authority. This also limits the deterrent effect.

⁷⁵⁸ Direktiv 89/665/EØF artikkel 4 nr. 1

⁷⁵⁹ The single market review (1997)

⁷⁶⁰ The single market review (1997) kapittel 8.2 *Member State level redress, sanctions and enforcement*.

⁷⁶¹ 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 {SEC(2006)557} /* COM/2006/0195 final - COD 2006/0066 */

⁷⁶² SEC/2006/0557/

- damages actions are hampered by practical difficulties. Actions are rarely successful as a result of the practical difficulty of needing to prove that the economic operator was genuinely a tenderer who had a serious chance of winning the contract. If this is not proved, no compensation for lost business opportunities is awarded to the complainant and often, in practise, any financial award is limited to the reimbursement of costs incurred in bidding for the contract and may not even cover the legal costs of bringing the action. Such actions are even more difficult to bring for a potential tenderer who has not been able to participate in a public procurement procedure as a result of the lack of transparency.

- the process is lengthy and costly. In all Member States, damages is an action on the merits before ordinary Courts (and not by way of interlocutory procedures as in the case of interim measures) which may therefore last for years. Furthermore, given the requirements of proof, the process can be somewhat protracted, and may incur high litigation costs for both parties (economic operators and Awarding Authority).

There appears to be a particular problem with the use of damages as a Remedies action – the figures collected, supported by the feedback from stakeholders during the consultation process, are so low as to be almost non-existent (see Table 1 under 4.6. below). The consultation responses provide further evidence of problems in this area. Results from the EBTP survey showed that only 10% of businesses replying to the questions on damages had been involved in such action, and less than 10% of them had won their cases – an overall figure of less than 1% of respondents. The IPM survey conducted in 2003 found that 60% of businesses who had been involved in Remedies actions, and 35% of lawyers specialising in this area had never brought a damages case. Moreover, the majority of specialists and some Member States confirm that the probability of success in a case for damages is much lower than that for a pre-contractual Remedies action, with the added disincentive that in damages cases the amount of compensation awarded is often not sufficient to meet or to significantly exceed the costs incurred, which must be particularly discouraging to the smaller operators. Thus it would seem that damages, in the specific context of public procurement procedures, present a less attractive or efficient means of sanction than pre-contractual Remedies – the work and costs involved are often disproportionate to the outcome, deterring bidders from using damages.

[...]

6.2. Discarded Options

The following options were discarded at an early stage:

- Changes to post-contractual Remedies which would imply changes to the underlying philosophy of the Remedies Directives requiring a completely new set of Directives to be introduced: various solutions more specific to post-contractual Remedies were considered. The key issue here is to strengthen the deterrent effect induced by the "threat" of bringing a damages action. One possible way to do this would be to amend the Remedies Directives, removing or relaxing the conditions requiring an unsuccessful bidder to provide proof that he had a serious chance of winning the contract. However, this would directly touch upon the basic national principles governing contractual liability (i.e. the rules on compensation where loss of a chance has to be proved by the plaintiff) with few benefits (i.e. no corrective effects on the award procedure and the contract signed). Initially at least, cases would be brought to "test" the willingness of the Review bodies to award such damages, which would increase costs for the taxpayer, as Awarding Authorities which have signed a public contract without

achieving best value for money would have to pay damages more frequently and in a higher amount. Balancing these potential increased costs, coupled with the significant changes required in the national laws of contractual liability, lead the Commission services to discard this solution at an early stage]. Such burdensome measures would produce little benefit in light of the above-mentioned inadequacy of damages in the specific area of public procurement.

Det sentrale synes altså å være at EU-kommisjonen mener at erstatning er et langt mindre attraktivt eller effektivt rettsmiddel enn de prekontraktuelle rettsmidlene. EU-kommisjonen mente at det for å gjøre erstatningsinstituttet til en mer effektiv «trussel», ville være nødvendig å gjøre endringer i grunnleggende strukturer i medlemsstatenes rettssystemer. Samtidig var EU-kommisjonen svært usikker på om det uansett ville gi noen reell effekt.

Etter den vurderingen EU-kommisjonen gjorde av bestemmelsene om erstatning i håndhevelsesdirektivet forut for endringene i håndhevelsesdirektivene i 2007, har ikke EU-kommisjonen gitt uttrykk for at det er behov for å gjøre noe med håndhevelsesdirektivenes regulering av erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket.

EU-kommisjonen utga som nevnt en rapport i 2015 der effektiviteten til håndhevelsesmekanismene i medlemsstatenes rettssystemer ble gjennomgått.⁷⁶³ Det ble her konstatert at det hadde vært 21 erstatningssaker i hele EU i perioden 2009 til 2012. Så vidt vi forstår det, var det få av disse som hadde endt med at erstatning ble tilkjent. Besvarelser fra leverandører og oppdragsgivere viste som nevnt ovenfor at det bare ble tilkjent erstatning i 3% av erstatningssakene. Det ble ikke identifisert et behov for å starte et arbeid med revisjon av bestemmelsene om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket basert på funnene i rapporten.

I 2017 oversendte EU-kommisjonen en rapport om hvorvidt håndhevelsesdirektivene sikrer en effektiv håndhevelse av brudd på anskaffelsesregelverket til EU-parlamentet.⁷⁶⁴ Konklusjonen var her at håndhevelsesdirektivene i stor grad oppfyller sitt formål på en effektiv og virkningsfull måte. Det var identifisert noen svakheter, men ingen av disse var knyttet til reguleringen av erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, jf. punkt 4 *Conclusions*. EU-kommisjonen konstaterte at evalueringen av håndhevelsesdirektivene ikke hadde avdekket noe stort eller presserende behov for å endre direktivene, jf. punkt 5 *Way forward*.

Den vurderingen som EU-kommisjonen i 1990 forutsatte at måtte gjøres med hensyn til om det på lengre sikt var behov for en nærmere regulering av vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse, er altså gjort. Konklusjonen fra EU-kommisjonen så langt, er at det ikke er behov for en nærmere regulering på EU-nivå av innholdet i vilkårene for erstatningsansvar.

3.2 Kan det fra håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor utledes nærmere krav til innholdet i erstatningsbestemmelsene i medlemsstatenes rettssystemer?

3.2.1 EU-domstolens sedvanlige tilnærming til tolkningen av håndhevelsesdirektivene

Ut fra ordlyden i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, er det åpenbart at EU-lovgiver ikke gjorde noe forsøk på å regulere det nærmere innholdet i vilkårene for å tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket.

Håndhevelsesdirektivet stiller krav om at håndhevelsesorganene må ha kompetanse til å tilkjenne erstatning, men de nærmere vilkårene for dette må fastsettes i nasjonal rett. At dette var intensjonen,

⁷⁶³ Final Study Report (2015)

⁷⁶⁴ SWD/2017/013 final

fremgår også klart av EU-kommisjonens forarbeider til håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene.⁷⁶⁵

Håndhevelsesdirektivene er en minimumsharmonisering av de nasjonale håndhevelsesmekanismene. I dette ligger det at håndhevelsesdirektivene er et mer begrenset inngrep i det grunnleggende prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi.

Dette legger også EU-domstolen til grunn ved tolkningen av håndhevelsesdirektivene. Der håndhevelsesdirektivene ikke inneholder en nærmere regulering av hva innholdet i nasjonal rett må være, står medlemsstatene fritt til å fastsette de nærmere vilkårene. EU-domstolen formulerte dette på følgende måte i sak C-300/17 *Hochtief* avsnitt 35 til 37:

*Secondly, it must be recalled that, as the Court has repeatedly held, Directive 89/665 lays down only the minimum conditions to be satisfied by the review procedures established in domestic law to ensure compliance with the requirements of EU law concerning public procurement (see, inter alia, judgment of 15 September 2016, *Star Storage and Others*, C-439/14 and C-488/14, EU:C:2016:688, paragraph 42 and the case-law cited).*

Article 2(6) of Directive 89/665 thus merely provides the Member States with the option to make the introduction of an action for damages subject to the annulment of the contested decision by a body empowered to do so, without giving the slightest indication of any conditions or limits which may, as appropriate, be attached to the transposition and implementation of that provision.

It follows that, as the Advocate General has, in essence, observed in point 39 of his Opinion, the Member States remain free to determine the conditions under which the national rules transposing Article 2(6) of Directive 89/665 must be applied in their legal order and the limits, exceptions or derogations that, as necessary, may be connected with that application.

EU-domstolen har senest stadfestet denne fremgangsmåten ved tolkningen av håndhevelsesdirektivet i forente saker C-274/21 og C-275/21 *EPIC Financial Consulting* avsnitt 72 og 73.

Basert på den generelle tilnærmingen EU-domstolen har hatt til tolkningen av håndhevelsesdirektivene, skulle man tro at EU-domstolen uten videre ville legge til grunn at det var opp til medlemsstatene å fastlegge de nærmere vilkårene for å tilkjenne erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket. Selvfølgelig med den generelle begrensingen at de nasjonale reglene for erstatning ved brudd på EUs anskaffelsesregelverk ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder lignende erstatningskrav basert på nasjonal rett, og at de heller ikke må gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig (*excessively difficult*) å håndheve rettigheter basert på EU-lovgivning.

Vi viser her til at det fremstår som relativt enkelt ut fra ordlyden i bestemmelsen å konkludere med at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke gjør noe forsøk på å regulere det nærmere innholdet av vilkårene for erstatning.

Det skulle imidlertid vise seg at EU-domstolen mente at denne løsningen ikke var opplagt.

Det foreligger per i dag tre avgjørelser fra EU-domstolen som behandler spørsmålet om vilkårene for erstatning er nærmere regulert av håndhevelsesdirektivet: Sak C-275/03 *Kommisjonen mot Portugal*, sak C-314/09 *Strabag* og sak C-568/08 *Combinatie Spijker*

⁷⁶⁵ Se sitatet fra forarbeidene i punkt 3.1 ovenfor

3.2.2 Nærmere om sak C-275/03 Kommisjonen v. Portugal

Denne avgjørelsen foreligger bare på fransk og portugisisk. EU-domstolen avgjorde også saken uten at den innhentet forslag til avgjørelse fra generaladvokaten. I dette ligger det at EU-domstolen mente at dette var en sak som ikke reiste nye rettsspørsmål av betydning.

Saken gjaldt en bestemmelse i portugisisk rett som fastsatte at staten og andre offentligrettslige rettssubjekter var erstatningsansvarlige for ulovlige handlinger der forvaltningsorganet eller dets ansatte hadde utvist skyld. Det var videre fastsatt at det var skadelidte som måtte bevise at skadevolder hadde utvist skyld.

EU-kommisjonen tok ut søksmål mot Portugal med påstand om at landet ikke hadde implementert håndhevelsesdirektivet på riktig måte. Kommisjonen tolket portugisisk rett slik at kravet til at staten eller offentligrettslige rettssubjekter måtte ha utvist skyld, innebar at skadelidte måtte identifisere den person som hadde utvist skyld, og at det ville være vanskelig eller tilnærmet umulig. Kommisjonen mente også at vanskelighetene med å fremlegge bevis uunngåelig ville medføre at skadelidtes erstatningssøksmål ville ta svært lang tid og sannsynligvis ikke føre noe sted.

Den portugisiske stat mente at EU-kommisjonen tolket portugisisk rett feil når den hevdet at det krevdes bevis for at staten hadde begått en alvorlig feil eller forsettlig forsømmelse for at erstatning skulle kunne kreves. Bevis for alvorlig feil eller forsettlig forsømmelse var bare et vilkår for å kreve regress mot de statsansatte som hadde begått feilen. Den portugisiske stat opplyste også at den var i ferd med å vedta en bestemmelse som innførte en presumsjon om at det var utvist uaktsomhet ved ulovlige vedtak.

EU-domstolen konkluderte med at de portugisiske reglene om erstatning var i strid med plikten til å sikre at ulovlige avgjørelser truffet av oppdragsgiver kan etterprøves effektivt og så raskt som mulig,⁷⁶⁶ lest i sammenheng med plikten til at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å tilkjenne erstatning.⁷⁶⁷

Det ser ut som EU-domstolen var uenig med den portugisiske staten i hva som var en riktig tolkning av portugisisk rett. EU-domstolen mente at det fulgte av lovgivningen i Portugal at skadelidte måtte bevise at konkrete personer i statlige organer eller offentligrettslige rettssubjekter hadde opptrådt uaktsomt.

EU-domstolen påpekte at den portugisiske lovgivningen ga mulighet for å få erstatning ved brudd på EU-rettens regler om fremgangsmåten ved tildeling av offentlige kontrakter. Det var imidlertid ikke tilstrekkelig, da erstatning var betinget av at skadelidte måtte bevise feil eller svik fra tjenestemennene i et bestemt forvaltningsorgan.

Etter vårt syn er det uklart hvilket bidrag denne avgjørelsen gir til tolkningen av håndhevelsesdirektivet. Det kan se ut som at det kommisjonen og EU-domstolen reagerte på var at portugisisk rett, slik kommisjonen og EU-domstolen tolket den, krevde at skadelidte måtte identifisere den eller de personen som hadde begått feilen, og bevise at denne personen hadde opptrådt uaktsomt eller svikaktig.

Det er lett å forstå at det ble reagert på et slik krav om individualisering, og at et slikt krav kan synes å være i strid med det grunnleggende effektivitetsprinsippet i EU-retten.

⁷⁶⁶ Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1

⁷⁶⁷ Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c

Rekkevidden av sak C-275/03 *Kommisjonen mot Portugal* er uansett ikke så sentral da EU-domstolen utviklet sine synspunkter videre i sak C-314/09 *Strabag*.

3.2.3 Nærmere om sak C-314/09 *Strabag*

I *Strabag* fikk EU-domstolen forelagt spørsmålet om den østerrikske lovgivningen som fastsatte krav om culpa for å tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, var i strid med håndhevelsesdirektivet.

Heller ikke i denne saken ble det innhentet et forslag til avgjørelse fra generaladvokaten.

EU-domstolen konkluderte med at håndhevelsesdirektivet måtte tolkes slik at det forbød nasjonale bestemmelser som gjorde erstatningsansvar betinget av at det var utvist culpa. Dette var også situasjonen der lovgivningen la til grunn en presumsjon om at oppdragsgiver hadde opptrådt uaktsomt, og selv om oppdragsgiver ikke kunne påberope seg manglende individuelle ferdigheter og dermed manglende subjektiv skyld.

Det er vanskelig å se at EU-domstolens tolkning av håndhevelsesdirektivet på dette punkt er i samsvar med EU-domstolens generelle tilnærming til tolkning av håndhevelsesdirektivene.

EU-domstolen tar riktignok utgangspunkt i at håndhevelsesdirektivet bare fastsetter minimumsvilkår som de nasjonale rettsordenene må oppfylle.⁷⁶⁸ EU-domstolen fastslår også i samme avsnitt at håndhevelsesdirektivet ikke inneholder en regulering av erstatningsansvaret.

EU-domstolen er imidlertid ikke villig til å trekke den sedvanlige slutningen fra denne konstateringen.

EU-domstolen påpeker riktignok at implementeringen av artikkel 2 nr. 1 bokstav c i prinsippet faller inn under medlemsstatenes prosessuelle autonomi.⁷⁶⁹ EU-domstolen mener likevel at artikkel 2 nr. 1 bokstav c må undergis en nærmere tolkning.

Dette gir etter vårt syn lite mening. Når EU-domstolen først har slått fast at artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke inneholder en nærmere regulering av vilkårene for erstatning, er det vanskelig å forstå at det er noe å hente på en nærmere tolkning av bestemmelsen.

EU-domstolen går så videre og påpeker at dette ikke er noe i ordlyden i artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1, nr. 5 og nr. 6 eller avsnitt 6 i fortalet til håndhevelsesdirektivet som indikerer at lovgivning som statuerer at ansvar for brudd på anskaffelsesregelverket skal ha særskilte kjennetegn, som å oppstille et vilkår om culpa.⁷⁷⁰

Dette er selvfølgelig riktig, men det skyldes alene det forhold at håndhevelsesdirektivet ikke gjør noe forsøk på å regulere det nærmere innholdet i erstatningsvilkårene. Det er derfor ikke logisk mulig å slutte fra dette at det vil være i strid med håndhevelsesdirektivet å oppstille vilkår om culpa.

Hadde EU-domstolen fulgt sin sedvanlige tilnærming til tolkningen av håndhevelsesdirektivet, ville EU-domstolen lagt til grunn at medlemsstatene stod fritt til å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning, så lenge de overholder de grunnleggende prinsippene om ekvivalens og effektivitet.⁷⁷¹

Det EU-domstolen derimot gjør, er å fremheve at erstatning i noen tilfeller vil være det eneste rettsmiddelet som er tilgjengelig for en tilbyder som mener at det er begått et brudd på

⁷⁶⁸ Sak C-314/09 *Strabag* avsnitt 33

⁷⁶⁹ Sak C-314/09 *Strabag* avsnitt 34

⁷⁷⁰ Sak C-314/09 *Strabag* avsnitt 35

⁷⁷¹ Se for eksempel sak C-300/17 *Hochtief* avsnitt 35 til 37

anskaffelsesregelverket. EU-domstolen mener at dette innebærer at det å tilkjenne erstatning, ikke kan gjøres betinget av at det er utvist culpa når de andre rettsmidlene ikke oppstiller slike krav.

Det EU-domstolen her overser, er at det er den samlede effekten av håndhevelsesmekanismene som må sikre en effektiv håndhevelse av brudd på anskaffelsesregelverket. EU-domstolen gjør derfor heller ikke noe forsøk på å forklare hvorfor den samlede effekten ikke er god nok, særlig tatt i betraktning de grep som ble gjort gjennom endringen av håndhevelsesdirektivene i 2007.⁷⁷²

Selv om EU-domstolens begrunnelse er beheftet med betydelige svakheter, er det i utgangspunktet liten tvil om at rettssetningen domstolen oppstilte ville ha måttet bli lagt til grunn, hadde det ikke vært for EU-domstolens avgjørelse i sak C-568/08 *Combinatie Spijker*.

3.2.4 Nærmere om sak C-568/08 *Combinatie Spijker*

Strabag ble avsagt av EU-domstolen 30. september 2010. Litt over to måneder senere, 9. desember 2010, avsa EU-domstolen en ny avgjørelse om tolkningen av håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, jf. sak C-568/08 *Combinatie Spijker*.

I denne saken hadde ikke den foreleggende rett stilt spørsmål om hvilke krav håndhevelsesdirektivet fastsatte for alle hovedvilkårene for å tilkjenne erstatning. Spørsmålet var bare om EU-retten fastsatte kriterier for fastsettelsen og beregningen av tapet.⁷⁷³

EU-domstolen fant likevel grunn til å gi et svar som også dekket spørsmål som ikke var stilt av den foreliggende rett.

EU-domstolen konstaterte først at artikkel 2 nr. 1 c ikke inneholdt noen nærmere regulering av vilkårene for erstatning, verken når det gjelder vilkår for å tilkjenne erstatning eller fastsettelsen av tapet.⁷⁷⁴

EU-domstolen er så langt på linje med *Strabag*.⁷⁷⁵

EU-domstol går imidlertid videre og konstaterer at artikkel nr. 1 bokstav c er et konkret uttrykk for statsansvaret for tap og skade påført individer som følge av brudd på EU-retten som staten kan holdes ansvarlig for.⁷⁷⁶ EU-domstolen mener derfor at en skadelidt derfor har krav på erstatning dersom 1) den EU-rettslige bestemmelsen som er tilsidesatt har til formål å gi borgerne rettigheter, 2) bruddet er tilstrekkelig kvalifisert og 3) det er direkte årsakssammenheng mellom bruddet og det tapet borgeren har lidt.

EU-domstolen oppsummerte svaret på spørsmål 4 (c) på følgende måte:

Therefore, the answer to the fourth question, part (c) is that, as regards State liability for damage caused to individuals by infringements of EU law for which the State may be held responsible, the individuals harmed have a right to redress where the rule of EU law which has been infringed is intended to confer rights on them, the breach of that rule is sufficiently serious, and there is a direct causal link between the breach and the loss or damage sustained by the individuals. In the absence of any provisions of EU law in that area, it is for the internal legal order of each Member State, once those conditions have been complied with, to determine the criteria on the basis of which the damage arising from an

⁷⁷² Direktiv 2007/66/EF

⁷⁷³ Sak C-368/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 34 (spørsmål 4 (c) fra foreleggende rett)

⁷⁷⁴ Sak C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86

⁷⁷⁵ Sak C-314/09 *Strabag* avsnitt 33

⁷⁷⁶ Sak C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 87

infringement of EU law on the award of public contracts must be determined and estimated, provided the principles of equivalence and effectiveness are complied with.

3.2.5 Hva er rettstilstanden i EU-retten etter *Strabag* og *Combinatie Spijker*?

Det er i juridisk teori omdiskutert hva som er rettsstillingen i EU etter *Strabag* og *Combinatie Spijker*.

Vi mener at det ikke er mulig å forene de to avgjørelsene.

I *Strabag* la EU-domstolen til grunn en tolkning av håndhevelsesdirektivet som tilsier at det ikke kan oppstilles noen vilkår for å tilkjenne erstatning. I *Combinatie Spijker* legger EU-domstolen til grunn at håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 1 bokstav c er et konkret uttrykk for det alminnelige EU-rettslige statsansvaret overfor private. Etter statsansvaret er ansvarsgrunnlaget at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Dette er ikke mulig å forene med EU-domstolens argumentasjon i *Strabag* avsnitt 35 til 44. På samme måte som det ikke er noen indikasjoner i håndhevelsesdirektivet på at culpa ikke kan oppstilles som et vilkår for ansvar, er det heller ingen holdepunkter for at det kan oppstilles et vilkår om at bruddet må være tilstrekkelig kvalifisert. De øvrige rettsmidlene er heller ikke avhengig av at det er begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd.

Vi mener derfor at man må velge om det er *Strabag* eller *Combinatie Spijker* som skal legges til grunn som gjeldende rett.

Etter vårt syn må *Combinatie Spijker* legges til grunn som gjeldende rett. Vi viser til at *Strabag* er i strid med den sedvanlige tilnærmingen EU-domstolen har ved tolkningen av håndhevelsesdirektivet, og at avgjørelsen bygger på resonnementer som gir liten mening. Tolkningen er også i strid med hvordan bestemmelsene om erstatning i håndhevelsesdirektivene har blitt tolket av medlemsstatene fra vedtakelsen av håndhevelsesdirektivene og frem til i dag. Både Högsta domstolen i Sverige og UK Supreme Court har lagt til grunn at *Combinatie Spijker* er uttrykk for gjeldende rett.⁷⁷⁷

Det mest tungtveiende argumentet er likevel at innholdet i vilkårene for erstatningsansvar da vil bli de samme for medlemsstatene ved brudd på anskaffelsesregelverket som de vilkårene for ansvar som gjelder for EU-institusjonene ved brudd på anskaffelsesregelverket. EU-domstolen har lagt til grunn at ansvaret for medlemsstatene og EU-institusjonene må være det samme, med mindre det foreligger en særskilt begrunnelse for en annen løsning. Noen slik grunn fins ikke på anskaffelsesområdet, jf. punkt 4.3 nedenfor.

I juridisk teori er det imidlertid svært forskjellige synspunkter på hva som er rettsstillingen etter *Strabag* og *Combinatie Spijker*.

Noen synes å argumentere for det er en særskilt regulering av erstatningsansvaret ved brudd på anskaffelsesregelverket i håndhevelsesdirektivet. Schebesta lanserer en «Separation Thesis» I sin doktoravhandling.⁷⁷⁸ Hun beskriver den på følgende måte:

This section criticises the conflation of Member State liability and effectiveness damages which results from the judgment in Combinatie Spijker Infrabouw. It presents a separation thesis and justifies Member State liability as a third, distinct level of liability – a tertiary form of protection of EU law conferred rights. Member State liability should be understood as a constitutional instrument that specifically enforces Member States' implementation duties to transpose, give effect to and

⁷⁷⁷ NJA 2016 s. 358 *Bergfors* Distribution AB mot Regionförbundet og Nuclear Decommissioning Authority v EnergySolutions EU Ltd [2017] UKSC 34

⁷⁷⁸ Schebesta kapittel 4.3.

apply EU law. Effectiveness of EU law on the other hand, is the enforcement of specific EU obligations, which burden particular actors, not Member States as international actors, with specific enforcement duties. Especially in the field of public procurement, enforcement has been endowed with a highly specific regime in which the available remedies are matched to the particular context of the area of law.

Så vidt vi kan forstå, er ikke denne beskrivelsen av statsansvaret i samsvar med EU-domstolens praksis. Vi viser her til at EU-domstolen har anvendt statsansvaret også der det er spørsmål om enkeltvedtak og faktiske handlinger har vært i strid med EU-retten.

Arrowsmith synes også å mene at de beste grunner tilsier at *Strabag* legges til grunn.⁷⁷⁹ Arrowsmith synes imidlertid å legge betydelig vekt på sak E-16/16 *Fosen I*, som ble reversert i sak E-7/18 *Fosen II*. I sin begrunnelse skriver hun også at *Strabag* kom etter *Combinatie Spijker*, mens det er det motsatte som er tilfellet. Hennes standpunkt synes også å bygge på en dyp skepsis mot å bruke ansvarsgrunnlaget tilstrekkelig kvalifisert feil i anskaffelsessaker. Det hadde i denne sammenheng vært naturlig å drøfte betydningen av at Underretten har brukt den samme normen i alle saker om erstatningsansvar for EU-institusjoner ved brudd på anskaffelsesregelverket i finansforordningen.

Skovgaard Ølykke og Nielsen synes også å legge til grunn at det er en særskilt regulering av erstatningsansvaret i håndhevelsesdirektivene, men de viser bare til *Strabag*. Av en eller annen grunn nevner de ikke *Combinatie Spijker* overhodet.⁷⁸⁰

Andre synes å legge til grunn at det ikke er noen utfordring å forene *Strabag* og *Combinatie Spijker*. Fabricius synes å legge til grunn at ansvarsgrunnlaget etter EU-retten er at det er begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd, men at det ikke kan stilles et krav om culpa.⁷⁸¹ Utfordringen med dette er at om overtredelsen er unnskyldelig eller ikke, er et sentralt moment ved vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert feil. Det er uklart hvordan Fabricius mener at dette skal håndteres.

Vornic synes også å argumentere for at det ikke er noen motsetning mellom *Strabag* og *Combinatie Spijker*.⁷⁸² Det er imidlertid noe vanskelig å få tak i hva hennes konklusjon er.

Det er også flere forfattere som legger til grunn at det ikke er mulig å forene *Strabag* og *Combinatie Spijker*.

Den som vel gir klare uttrykk for dette er Sanchez-Graells. Han har skrevet en rekke artikler om emnet, særlig med utgangspunkt i EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i *Fosen-Linje-saken*.⁷⁸³ Sanchez-Graells er veldig tydelig på at *Combinatie Spijker* er uttrykk for gjeldende rett.

Arnesen og Haukeland Fredriksen er også klar på at begrunnelsene i de to avgjørelsene ikke er forenelige.⁷⁸⁴ Arnesen og Haukeland Fredriksen argumenterer imidlertid for at dommene kan forenes ved at *Strabag* for alle praktiske formål bortfortolkes.

Caranta synes å være enig i at det er vanskelig å forene *Strabag* og *Combinatie Spijker*, men synes å holde det mer åpent hvilken avgjørelse som skal legges til grunn som gjeldende rett. Man kan få inntrykk at han foretrekker løsningen i *Strabag*.⁷⁸⁵

⁷⁷⁹ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-225 flg.

⁷⁸⁰ EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, side 748 og 749.

⁷⁸¹ Fabricius (2017) side 829 og 830

⁷⁸² Vornic side 587-614

⁷⁸³ Se bl.a. Sanchez-Graells side 248-254.

⁷⁸⁴ Arnesen og Haukeland Frederiksen side 169-195

⁷⁸⁵ Blant annet Caranta (2019) side 214-221

Risvig Hamer påpeker også at de to avgjørelsene er vanskelig å forene.⁷⁸⁶ Hun mener at det er *Strabag* som er tillagt størst betydning i praksis i Danmark.

Treumer mente at rettskildebildet er uklart, og at medlemsstatene sannsynligvis vil fastholde sine nasjonale tilnærminger frem til det kommer en ny avgjørelse fra EU-domstolen.⁷⁸⁷

Det kan altså se ut til at det er nødvendig med en ny avgjørelse fra EU-domstolen for å få full klarhet i hvilke krav EU-retten stiller til innholdet i vilkårene for erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket.

Det er sannsynlig at EU-domstolen vil uttale seg om i hvilken grad håndhevelsesdirektivet regulerer det nærmere innholdet av vilkårene for erstatning i sak C-547/22 *Ingsteel*. Saken gjelder spørsmålet om håndhevelsesdirektivet krever at skadelidte må kunne kreve erstatning for tap av sjanse.

Generaladvokat *Collins* ga sin innstilling 7. desember 2023, der han legger *Combinatie Spijker* til grunn.⁷⁸⁸ Samtidig presiserer han at krav på erstatning ikke kan være betinget av culpa eller bedrageri under henvisning til *Strabag*.⁷⁸⁹ Han presiserer ikke nærmere hva han legger i dette, og der blir spennende å se hvordan EU-domstolen velger å formulere seg.

3.2.6 Rettsstillingen i EØS-retten er avklart gjennom *Fosen II*

Spørsmålet om håndhevelsesdirektivet inneholder en særlig regulering av innholdet i erstatningsansvaret ved brudd på anskaffelsesregelverket, er avklart i EØS-retten gjennom EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-7/18 *Fosen II*. I denne rådgivende uttalelsen legger EFTA-domstolen til grunn at verken håndhevelsesdirektivet 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i direktivet oppstiller konkrete vilkår for å tilkjenne erstatning.⁷⁹⁰ EFTA-domstolen konkluderer dermed med at det i samsvar med prinsippet om EFTA-statenes prosessuelle autonomi, er opp til den enkelte EFTA-stats rettsorden å fastsette kriteriene for å tilkjenne erstatning for skade som følge av overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.⁷⁹¹

Veien frem til denne konstateringen av hva som er rettstilstanden, var noe kronglete. I juridisk teori er det av flere forfattere blitt betegnet som *Fosen-Linjen-sagaen*.

Saken har sitt utspring i en konkurranse om tildeling av en kontrakt for drift av fergesambandet Brekstad–Valset i Trøndelag fylke. AtB utlyste i juni 2013 tilbudskonkurransen «Rutetransport Ferge 2015». Konkurransen omfattet fire fergesamband i ytre Trondheimsfjord fordelt på to rutepakker. Oppstart for kontrakten var satt til 1. januar 2015. Pakke 1 gjaldt fergesambandet Brekstad–Valset. I konkurransen var det oppstilt tre tildelingskriterier: Kvalitet (25%), pris (50%) og miljø (25%). Tildelingskriteriet miljø skulle evalueres på grunnlag av oppgitt drivoljeforbruk per år. Etter gjennomførte forhandlinger ble kontrakten tildelt Norled. Det viste seg at tildelingskriteriet miljø ble avgjørende for utfallet av konkurransen. Norled hadde oppgitt et drivoljeforbruk på 363 812 liter per år. *Fosen-Linjen*, som kom på andreplass i konkurransen, hadde oppgitt et drivoljeforbruk på 500 500 liter per år.

Fosen-Linjen mente at det ikke var mulig å oppnå det drivoljeforbruket som Norled hadde tilbudt, og tok derfor ut begjæring om midlertidig forføyning for å få stoppet at kontrakt ble tildelt Norled. *Fosen-Linjen* fikk medhold i begjæringen både i tingretten og lagmannsretten. Frostating lagmannsrett mente tildelingsbeslutningen var ulovlig av to grunner. For det første mente lagmannsretten at tilbudet til

⁷⁸⁶ Risvig Hamer (2020) side 395.

⁷⁸⁷ Treumer

⁷⁸⁸ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat *Collins* i sak C-547/22 *Ingsteel* avsnitt 30, 33 og 37

⁷⁸⁹ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat *Collins* i sak C-547/22 *Ingsteel* avsnitt 42

⁷⁹⁰ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 111

⁷⁹¹ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 113

Norled var uklart da lagmannsretten mente det var uklart om drivoljeforbruket som var oppgitt gjaldt uavhengig av hvilken type skrog Norled til slutt valgte for det fartøyet som skulle trafikkere sambandet. For det andre mente lagmannsretten at det var feil av AtB ikke å etterprøve det drivoljeforbruket Norled hadde oppgitt i tilbudet.

Etter lagmannsrettens kjennelse i forføyningssaken, så ikke AtB noen annen mulighet enn å avlyse konkurransen. Fosen-Linjen tok da ut søksmål med krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Fosen-Linjen mente at AtB ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Selskapet mente at AtB skulle ha avvist tilbudet fra Norled, og tildelt kontrakten til Fosen-Linjen.

Fosen-Linjen anførte for domstolene at det gjaldt et objektivt ansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket. Etter å ha tapt saken i tingretten, begjærte Fosen-Linjen for lagmannsretten at blant annet. spørsmålet om ansvarsgrunnlag skulle forelegges EFTA-domstolen. Lagmannsretten besluttet å gjøre dette. Partene var sterkt uenige om formuleringen av spørsmålene til EFTA-domstolen. I stedet for å ta stilling til uenigheten, og formulere sine egne spørsmål, valgte lagmannsretten å oversende spørsmålene som var utformet av Fosen-Linjen. Spørsmålene som var utformet av AtB ble vedlagt for å illustrere uenigheten som hadde foreligget.

EFTA-domstolen la i sak E-16/16 *Fosen I* til grunn at det gjaldt et objektivt ansvar ved brudd på EØS-reglene om tildeling av offentlige kontrakter.⁷⁹² EFTA-domstolen valgte å bygge sin rådgivende uttalelse på *Strabag*. EFTA-domstolen valgte ikke å forholde seg til at EU-domstolen i *Combinatie Spijker* hadde lagt til grunn at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c var et konkret uttrykk for statsansvaret.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ble gjenstand for en del kritikk. Den ble blant annet kritisert i en artikkel av Arnesen og Haukeland Fredriksen i en artikkel inntatt på nettstedet Anbud365.no. Sanchez-Graells var også meget kritisk til dommen på sin blogg «How to Crack a Nut».

Kritikken gikk særlig ut på at det var uholdbart at EFTA-domstolen ikke hadde forholdt seg til *Combinatie Spijker*, og at både svensk og britisk høyesterett hadde lagt *Combinatie Spijker* til grunn ved fastleggelsen av innholdet i kravene til ansvarsgrunnlaget i EU-retten. Det ble også påpekt at EFTA-domstolen tilsynelatende hadde lagt til grunn at håndhevelsesdirektivene tok sikte på en totalharmonisering. Dette var åpenbart feil.

AtB prosederte for lagmannsretten på at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ikke kunne legges til grunn, og at lagmannsretten måtte legge til grunn *Combinatie Spijker* som gjeldende rett. Lagmannsretten ble overbevist av AtBs argumentasjon, og valgte ikke å tillegge den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen noe vekt.⁷⁹³

Da saken ble anket inn for Høyesterett av Fosen-Linjen, endte Høyesterett opp med å forelegge saken for EFTA-domstolen på nytt. Denne gangen ble det bare stilt spørsmål om EØS-retten krever at erstatning må tilkjennes på objektivt grunnlag ved brudd på det EØS-rettslige anskaffelsesregelverket.

I E-7/18 *Fosen II* valgte EFTA-domstolen å bygge den rådgivende uttalelsen på *Combinatie Spijker*. EFTA-domstolen la dermed til grunn at håndhevelsesdirektivet ikke inneholdt noen nærmere regulering av innholdet i vilkårene for erstatning.⁷⁹⁴ I samsvar med prinsippet om EFTA-statenes prosessuelle autonomi er det derfor opp til den enkelte EFTA-stats rettsorden å fastsette kriteriene for

⁷⁹² Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 82

⁷⁹³ LF-2015-187242

⁷⁹⁴ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 111

å tilkjenne erstatning for skade som følge av overtredelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser.⁷⁹⁵

EFTA-domstolen påpekte at EFTA-statenes skjønnsfrihet var begrenset av prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Dette betyr at disse regler ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett, og de må ikke gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettigheter EØS-retten gir.⁷⁹⁶

EFTA-domstolen presiserte uttrykkelig at håndhevelsesdirektivet ikke harmoniserer ansvarsnormen. Samtidig pekte EFTA-domstolen på at det følger av prinsippet om statlig erstatningsansvar at en EFTA-stat kan holdes ansvarlig for brudd på sine EØS-rettslige forpliktelser når tre vilkår er oppfylt: For det første må den overtrådte rettsregel ha til formål å gi enkeltpersoner og økonomiske aktører rettigheter; for det andre må bruddet være tilstrekkelig kvalifisert; og for det tredje må det være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skadelidtes tap.⁷⁹⁷

EFTA-domstolen tolket også *Strabag* slik at avgjørelsen ikke sa noe mer enn at plikten til å yte erstatning ikke kan bero på et skyldbegrep som går ut over et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten.⁷⁹⁸

Med dette legger EFTA-domstolen til grunn at EU-domstolen i *Strabag* ikke la til grunn noe mer enn det EU-domstolen allerede hadde lagt til grunn i forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 78 og 79:

78. So, certain objective and subjective factors connected with the concept of fault under a national legal system may well be relevant for the purpose of determining whether or not a given breach of Community law is serious (see the factors mentioned in paragraphs 56 and 57 above).

79 The obligation to make reparation for loss or damage caused to individuals cannot, however, depend upon a condition based on any concept of fault going beyond that of a sufficiently serious breach of Community law. Imposition of such a supplementary condition would be tantamount to calling in question the right to reparation founded on the Community legal order.

Ved dette bortfortolket EFTA-domstolen *Strabag*.

EFTA-domstolen legger også til grunn at statsansvaret er tilstrekkelig til å ivareta det grunnleggende prinsippet om effektivitet.⁷⁹⁹

Høyesterett la til grunn EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ved avgjørelsen av saken.⁸⁰⁰

Rettstilstanden i EØS-retten er altså at det ikke kan utledes noen særskilte krav til innholdet i vilkårene for å tilkjenne erstatning fra håndhevelsesdirektivet. Det er statsansvaret som fastsetter rammene som de nasjonale rettssystemene må holde seg innenfor, sammen med prinsippene om ekvivalens og effektivitet.

⁷⁹⁵ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 113

⁷⁹⁶ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 114

⁷⁹⁷ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 117

⁷⁹⁸ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 118 og 119

⁷⁹⁹ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 120

⁸⁰⁰ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 73 til 77.

3.3 Reguleringen av erstatningsansvaret i håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene

3.3.1 Innledning

I håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene fastsettes de nærmere vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen i artikkel 2 nr. 7. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke håndhevelsesdirektivet.

Som det fremgår av EU-kommisjonens begrunnelse for forslag til håndhevelsesdirektiv for forsyningssektorene, var dette helt bevisst. EU-kommisjonen mente at det ville være vanskeligere for tilbyderne å få stoppet tildeling av kontrakt gjennom midlertidige avgjørelser på forsyningssektorens område.

Av en eller annen grunn har ikke bestemmelsen blitt inntatt i anskaffelsesloven verken i 1999 eller 2016. Ut fra prinsippet om EU-konform tolkning, er det liten tvil om at bestemmelsen er gjeldende rett også i Norge. Av hensyn til at loven bør gi et så dekkende bilde av rettstilstanden som mulig, bør bestemmelsen tas inn i loven.

3.3.2 Ansvarsgrunnlag

Ansvarsgrunnlaget etter artikkel 2 nr. 7 er objektivt. Det er tilstrekkelig at det er foreligget et brudd på anskaffelsesregelverket i EU/EØS-retten.

Lasse Simonsen la i sin doktoravhandling til grunn at det må innfortolkes et krav om culpa. En slik tolkning er det ingen holdepunkter for.

Vi kan heller ikke se at det er grunnlag for å innfortolke et krav om at feilen må ha vært tilstrekkelig kvalifisert.

3.3.3 Type tap som dekkes

Etter bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningsdirektivene er det bare kostnader med å delta i konkurransen som dekkes.

Høyesterett la i Rt-2008-982 *Catch* til grunn at oppdragsgiver også var erstatningsansvarlig for kostnader en leverandør hadde hatt knyttet til å forsøke å stoppe en konkurranse som ikke var kunngjort på lovlig måte.

Dette er kostnader som ikke dekkes av ordlyden i bestemmelsen. Vi vil imidlertid ikke utelukke at bestemmelsen må tolkes utvidende fordi det er klart at det ut fra den grunnleggende tankegangen bak håndhevelsesdirektivet er ønskelig at leverandøren pådrar seg denne typen kostnader, slik at feilen blir rettet så tidlig som mulig.

Tap som tilbyder har hatt i form av at han har gått glipp av andre kontrakter fordi han deltok i denne konkurransen, gir ikke krav på erstatning etter artikkel 2 nr. 7. Etter norsk rett er det vanskelig å se for seg at det vil være mulig å sannsynliggjøre denne typen tap.

3.3.4 Kravet til årsakssammenheng/erstatningsrettslig vern

Den sentrale begrensningen i ansvaret som artikkel 2 nr. 7 oppstiller, ligger i at erstatningssøker må ha hatt en reell mulighet til å vinne kontrakten, og denne muligheten må ha blitt redusert på grunn av den feilen som er begått.

Det foreligger ingen rettspraksis fra EU-domstolen som behandler når erstatningssøker har hatt en reell mulighet til å vinne kontrakten.

Der erstatningssøkers tilbud inneholder en eller flere feil, vil erstatningssøker ofte ikke ha hatt en reell mulighet til å vinne kontrakten. Det gjelder for det første der oppdragsgiver hadde en plikt til å avvise tilbudet, men det må også gjelde de tilfellene der oppdragsgiver hadde en rett til å avvise tilbudet, og denne retten er benyttet av oppdragsgiver.

Spørsmålet er om vilkåret om at erstatningssøker måtte ha en reell mulighet, innebærer noe mer enn at erstatningssøker har inngitt et tilbud som oppdragsgiver ikke hadde plikt eller rett til å avvise.

Ut fra en alminnelig språklig forståelse av ordlyden foreligger det heller ikke en reell mulighet dersom det er klart at det er flere tilbud som er bedre enn tilbudet til erstatningssøker. I en konkurranse der oppdragsgiver har kommet så langt at han har evaluert tilbudene, kan det argumenteres for at det bare er tilbyderne med de 4-5 beste tilbudene som har krav på erstatning. Man kan også tenke seg at kretsen begrenses ytterligere dersom det er et markert skille også høyere opp. I en anbudskonkurranse der tildelingskriteriet er laveste pris, ligger tilbyder nr. 1 og nr. 2 nærme hverandre i pris, mens tilbyder nr. 3 er 50% dyrere. I en slik situasjon har tilbyder nr. 3 ingen reell mulighet til å vinne kontrakten.

Vi bemerker at avgrensingsspørsmålet kan være viktig. I anbudskonkurranser med mange deltakere, kan det samlede erstatningsansvaret for den negative kontraktsinteressen langt overstige verdien av den positive kontraktsinteressen dersom det er slik at alle som har inngitt et lovlig tilbud, har krav på negativ kontraktsinteresse.

Arrowsmith synes å mene at det er tilstrekkelig at erstatningssøker var en genuin tilbyder.⁸⁰¹

I kravet om at den reelle muligheten må være påvirket av feilen, ligger det i alle fall at feil som ikke kan ha virket inn på utfallet av konkurransen, ikke gir krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen. Graden av påvirkning som kreves, spriker tilsynelatende mellom de forskjellige språkversjonene (adversely affected/forspilt/minskat).

Høyesterett la i *Fosen-Linjen* til grunn at det normalt ikke vil foreligge årsakssammenheng for den negative kontraktsinteressen der tilbyderne velger å inngi tilbud til tross for at de ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget.⁸⁰² Dette er basert på et annet årsaksperspektiv enn det som artikkel 2 nr. 7 bygger på. Høyesterett fastslo at årsaksperspektivet var om tilbyder ville ha deltatt i konkurransen dersom han hadde visst at feilen kom til bli begått.⁸⁰³

Spørsmålet blir derfor om det ved tilkjenning av erstatning etter håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7, er uten betydning at konkurransegrunnlaget på ett eller flere punkter var i strid med anskaffelsesregelverket.

Vi kan ikke se det. Som Høyesterett påpeker i *Fosen-Linjen*, kan bortfall av ansvar i disse tilfellene også begrunnes i medvirkningssynspunkter.

Man kan også merke seg at Høyesterett i *Fosen-Linjen* ikke engang reiste spørsmålet om det var grunnlag for å benytte artikkel 2 nr. 7 analogisk for anskaffelser i klassisk sektor.

⁸⁰¹ Arrowsmith VOL.2 side 1056

⁸⁰² HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 135

⁸⁰³ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt avsnitt 130 til 132

3.3.5 Er ansvarsreguleringen i artikkel 2 nr. 7 uttømmende?

En siste problemstilling er om håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7 uttømmende regulerer erstatningsansvaret innenfor forsyningssektorene, slik at det ikke er aktuelt å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Det avgjørende spørsmålet her, er om dette håndhevelsesdirektivet kan anses for å utgjøre en fullstendig harmonisering av erstatning på forsyningssektorenes område. Hvis det er tilfellet, vil overtredelser ikke også reguleres av primærretten.⁸⁰⁴

Det er klart at håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene ikke er en fullstendig harmonisering av erstatningsreglene på forsyningssektorenes område. Også på forsyningssektorenes område er det derfor statsansvaret som setter rammene for vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse i norsk rett.

4. INNHOLDET I STATSANSVARET PÅ ANSKAFFELSESPRETTENS OMRÅDE

4.1 Innledning

Det foreligger en svært rikholdig rettspraksis fra EU-domstolen om det nærmere innholdet i statsansvaret i EU/EØS-retten. Det faller utenfor rammene av denne utredningen å analysere alle sider av statsansvaret. Dette er allerede gjort meget grundig av Haukeland Fredriksen.⁸⁰⁵ I det følgende vil vi konsentrere fremstillingen om spørsmål som vi har identifisert som viktige for å fastlegge hvilke krav EU/EØS-retten stiller til utforming av vilkårene for erstatning på anskaffelsesrettens område.

4.2 Er det forskjell på statsansvaret i EU-retten og EØS-retten?

EU-domstolen knesatte i forente saker C-6/90 og C-9/90 *Francovich* at medlemsstatene kunne bli ansvarlige for overtredelsene av brudd på EU-retten. EFTA-domstolen fulgte i 1998 opp med i sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* å konstatere at EFTA-statene kunne bli erstatningsansvarlig for brudd på EØS-retten. EFTA-domstolen viste ikke til EU-domstolens rettspraksis knyttet til statsansvaret i begrunnelsen for eksistensen av EFTA-statenes erstatningsansvar ved brudd på EØS-retten.⁸⁰⁶ Vilråene som EFTA-domstolene oppstilte var imidlertid identiske med de vilkår EU-domstolen hadde oppstilt for statsansvaret for EU-stater.⁸⁰⁷

Spørsmålet var om dette innebar at innholdet i vilkårene var det samme selv om statsansvaret i EØS-retten ikke bygde på statsansvaret i EU-retten.

I sak E-4/01 *Karlsson* presiserte EFTA-domstolen at vilkårene for ansvar for brudd på EØS-retten ikke nødvendigvis var de samme som statsansvaret i EU-retten.⁸⁰⁸

Fra norske myndigheters side ble dette tatt til inntekt for at terskelen for ansvar var høyere ved brudd på EØS-avtalen

⁸⁰⁴ Se bl.a. sak C-115/14 *RegioPost* avsnitt 57

⁸⁰⁵ Haukeland Fredriksen

⁸⁰⁶ Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 46 til 63

⁸⁰⁷ Sak E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* avsnitt 64 til 69

⁸⁰⁸ Sak E-4/01 *Karlsson* avsnitt 30

Høyesterett la i Rt-2005-1365 *Finanger II* imidlertid til grunn at innholdet i vilkårene etter EØS-retten måtte være de samme som i EU-retten, siden vilkårene var formulert på samme måte.⁸⁰⁹ Dette er også fulgt opp i senere høyesterettspraksis.⁸¹⁰ EFTA-domstolen selv har ikke uttalt seg om dette. Høyesteretts praksis gir dermed heller ingen holdepunkter for at statsansvaret i EØS-retten er strengere enn statsansvaret i EU-retten.

Så vidt vi kan se, har ikke EFTA-domstolen i sin praksis så langt utdypet hva som ligger i reservasjonen om at innholdet i statsansvaret ikke nødvendigvis må være det samme i alle sammenhenger.

På anskaffelsesrettens område kan ikke vi se at en mulig nyanse mellom statsansvaret i EØS-retten og EU-retten har noen praktisk betydning.

4.3 Er innholdet i statsansvaret det samme som innholdet i EU-institusjonenes erstatningsansvar på anskaffelsesrettens område?

EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at innholdet i vilkårene for å ilegge medlemsstater erstatningsansvar ikke kan avvike fra innholdet i vilkårene for å ilegge EU-institusjonene erstatningsansvar under tilsvarende omstendigheter, med mindre det foreligger en særlig grunn.⁸¹¹

Spørsmålet blir derfor om det foreligger en slik særlig grunn til at innholdet i ansvarsreglene skal være forskjellige på anskaffelsesrettens område.

EUs anskaffelsesdirektiver gjelder for medlemsstatene, og ikke for EU-institusjonene. Anskaffelsesregelverket for EU-institusjonene er i dag tatt inn i finansforordningen av 2018.⁸¹² Det er imidlertid et uttrykkelig uttalt mål at EU-institusjonene skal følge de samme standarder som er pålagt medlemsstatene. Dette har blant annet kommet til uttrykk på følgende måte i finansforordningen artikkel 161:

Detailed rules on procurement are laid down in Annex I to this Regulation. To ensure that Union institutions, when awarding contracts on their own account, apply the same standards as those imposed on contracting authorities covered by Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU, the Commission is empowered to adopt delegated acts in accordance with Article 269 of this Regulation to amend Annex I to this Regulation, in order to align that Annex to amendments to those Directives and to introduce related technical adjustments.

Forut for finansforordningen av 2018, gjaldt finansforordningen av 2011⁸¹³ med tilhørende implementeringsforordning⁸¹⁴. I avsnitt 40 i fortalen til implementeringsforordningen var det også uttrykkelig fastsatt at regler om offentlige anskaffelser skulle baseres på EUs anskaffelsesdirektiv (direktiv 2004/18/EF).

⁸⁰⁹ Rt-2005-1365 *Finanger II* avsnitt 58 og 111

⁸¹⁰ Se blant annet Rt-2010-1500 *Edquist*

⁸¹¹ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 42 og sak C-352/98 *P Bergaderm* avsnitt 41.

⁸¹² Regulation 2018/1046/EU [2018] OJ L 193/1

⁸¹³ Regulation No. 966/2012/EU [2012] OJ L 298/1

⁸¹⁴ Commission Delegated Regulation No. 1268/2012/EU [2012] OJ L362/1

Finansforordningen med tilhørende implementeringsforordning ble også endret for å sikre samsvar med de nye anskaffelsesdirektivene som kom i 2014.⁸¹⁵ At dette var grunnen til endringen, ble uttrykkelig fastslått i fortalen avsnitt 1 til endringen til implementeringsdirektivet.

I og med at det hele veien har vært et uttalt mål om at EU-institusjonene skal følge de samme bestemmelser som er pålagt medlemsstatene gjennom anskaffelsesdirektivene, er det i utgangspunktet vanskelig å se noen grunn til at det skal være forskjell på vilkårene for å tilkjenne erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene.

Haukeland Fredriksen påpeker også at det ikke er lett å rettferdiggjøre et strengere ansvar for statlige anskaffelsesmyndigheter enn det EU-domstolen er beredt til å illegge EU-institusjonene i sammenlignbare tilfeller. Han konstaterer imidlertid at dette så langt ikke er bekreftet i en dom fra EU-domstolen. Han mener at det er en påfallende mangel på krysshenvisninger mellom saker hvor EU-domstolen tar stilling til henholdsvis EU-institusjonene og nasjonale anskaffelsesmyndigheters ansvar overfor forbigåtte leverandører.⁸¹⁶

Vi er for vår del litt usikker på om mangelen på krysshenvisninger er påfallende. Innholdet i erstatningsvilkårene for brudd på anskaffelsesdirektivene, er så langt bare behandlet i tre avgjørelser.⁸¹⁷ De to første nevner ikke statsansvaret overhodet, og det er dermed ikke å forvente at de skulle si noe om forholdet mellom statsansvaret og EU-institusjonenes erstatningsansvar på anskaffelsesrettens område. I den siste konstateres det at det er statsansvaret som regulerer EU-rettens krav til innholdet i nasjonale rettsordener. Saken ga ingen foranledning til å utdype hva som lå i det.

Vi mener derfor at innholdet i EU-institusjonenes erstatningsansvar på anskaffelsesrettens område er høyst relevant ved fastleggelsen av innholdet i statsansvaret på anskaffelsesrettens område. Vi antar med det at også Underrettens avgjørelser knyttet til erstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket er relevant.

Underretten har i perioden fra 2015 og frem til i dag tatt stilling til mellom 20 og 30 anskaffessaker per år. Antall saker der Underretten har kommet til at EU-institusjonene har brutt anskaffelsesregelverket er imidlertid få.

4.4 Nærmere om ansvarsgrunnlaget

4.4.1 Innledning

Siden Høyesterett knesatte at forbigåtte tilbydere kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen ved brudd på anskaffelsesregelverket i *Nucleus* og frem til *Fosen-Linjen*, har man i norsk rett skilt mellom ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteressen og ansvarsgrunnlaget for den negative kontraktsinteressen.

I EU-domstolens praksis knyttet til statsansvaret, kan ikke vi se at EU-domstolen har koblet ansvarsgrunnlaget til drøftelsen av en bestemt kategori tap. Det ser ut som ansvarsgrunnlaget drøftes helt løst fra hvilken kategori tap det er aktuelt å erstatte. En slik mangel på nyansering må antakelig ses i lys av at statsansvaret er ment som en sikkerhetsventil som oppstiller et minstekrav til

⁸¹⁵ Regulation 2015/1929/EU [2015] OJ L286/1 og Commission Delegated Regulation (EU) 2015/2462 [2015] OJ L342/7

⁸¹⁶ Haukeland Fredriksen, TfR., side 306 til 336

⁸¹⁷ Sak C-275/03 Kommisjonen v. Portugal, sak C-314/09 *Strabag* og sak C-568/08 *Combinatie Spijker*

hvilket erstatningsrettslig vern borgerne i EU/EFTA-stater skal ha ved brudd på EU/EØS-retten. Behovet for en nyansering er da mindre.

Innenfor anskaffelsesretten kan det være gode grunner for EU/EFTA-statene å nyansere ansvarsgrunnlaget for de forskjellige kategoriene av tap. For å styrke den preventive virkningen av erstatningsreglene, er det for eksempel en mulighet å operere med et tilnærmet objektivt ansvar for erstatning for den negative kontraktsinteressen, mens terskelen for erstatning for den positive kontraktsinteressen legges høyere. Dette var Høyesteretts tilnærming i *Nucleus*.

Ved analysen av det nærmere innholdet av ansvarsgrunnlaget for statsansvaret på anskaffelsesrettens område, er det to sentrale spørsmål. Det første spørsmålet er hvordan vurderingstemaet skal formuleres. Dette vil også gi anvisning på hvor terskelen for ansvaret ligger. Det andre er hvilke momenter som er relevante i vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag, og hvilken vekt disse momentene har.

4.4.2 Vurderingstema – terskel for ansvar

EU-domstolen har gjentatte ganger formulert at det avgjørende vurderingstemaet for om det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EU-retten, er om medlemsstaten åpenbart og grovt har overtrådt grensene for sin skjønnsmyndighet. EU-domstolen har formulert vurderingstemaet slik uavhengig av om det har vært spørsmål om å knytte ansvar til lovgivingsvirksomhet eller vedtak/beslutninger/handlinger som har gjeldt ett eller et helt begrenset antall rettssubjekter.⁸¹⁸

Formuleringen av vurderingstemaet gir anvisning på en høy terskel for at en feil skal utløse erstatningsansvar.

Det er gjenstand for diskusjon om dette vurderingstemaet bare gjelder der medlemsstatene har en større eller mindre grad av skjønnsfrihet av politisk/økonomisk art, eller om det også gjelder der medlemsstatene ikke har noen slik skjønnsfrihet.⁸¹⁹

I plenumssaken i Rt-2005-1365 *Finanger II* la Høyesteretts flertall til grunn at det gjelder en høy terskel for ansvar der medlemsstatene er gitt en skjønnsfrihet av politisk/økonomisk art.⁸²⁰ Ved overtredelsen av direktiver uten skjønnsadgang ble det lagt til grunn at terskelen for ansvar var lavere.⁸²¹

I Rt-2012-1793 viste Høyesterett til at staten hadde argumentert for at det ikke var grunnlag for å opprettholde det skillet som flertallet tilsynelatende opererte med i *Finanger II*, og at Høyesterett var enig i at nok en del talte for at nyere avgjørelser fra EU-domstolen ikke lenger opererer med ulike normer for situasjoner der medlemsstatene handler på et område hvor den har et vidt skjønn, og situasjoner hvor medlemsstatene har et sterkt begrenset eller intet skjønn. Høyesterett fant imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på den anførte rettsutviklingen.⁸²² Høyesterett konstaterte at terskelen for ansvar skal være høy, men at den ikke må legges så høyt at det ikke blir noen realitet i erstatningsordningen.⁸²³

I *Fosen-Linjen* har ikke Høyesterett funnet grunn til å vise til verken *Finanger II* eller Rt-2012-1793. Høyesterett er heller ikke spesielt klar ved drøftelsen av hvilket vurderingstema som skal oppstilles. Høyesterett slutter seg for det første til Haukeland Fredriksens syn om at man bør være varsom med å anvende kriteriet «åpenbart og grovt» som generelt vurderingstema for å fastlegge når et brudd på

⁸¹⁸ Se for eksempel sak C-470/03 *AMG*, sak C-429/09 *Fuß* og sak C-319/96 *Brinkmann*

⁸¹⁹ Se bl.a. Halvard Haukeland Fredriksen side 239-243, Morten Goller (2023) side 161 og 162

⁸²⁰ Rt-2005-1365 *Finanger II* avsnitt 61

⁸²¹ Rt-2005-1365 *Finanger II* avsnitt 62 og 63

⁸²² Rt-2012-1793 avsnitt 48

⁸²³ Rt-2012-1793 avsnitt 50

EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert». ⁸²⁴ Samtidig legger Høyesterett til grunn at praksisen fra EU- og EFTA-domstolene ikke gir grunnlag for å oppstille to ansvarsnormer. ⁸²⁵

På en side ser det derfor ut som Høyesterett fullfører det steget som ble påbegynt i Rt-2012-1793 avsnitt 48. Det gjelder bare en ansvarsnorm. Basert på EU-domstolens praksis, kan ikke vi skjønne annet enn at det betyr at bruddet på anskaffelsesregelverket må være åpenbart og grovt.

Samtidig er det noe uklart hva som skal legges i at man bør være varsom med å anvende kriteriet «åpenbart og grovt» som det generelle vurderingstemaet for når et brudd på EØS-retten er «tilstrekkelig kvalifisert».

I denne forbindelse vil vi påpeke at det byr på utfordringer å tolke EU-domstolens praksis, fordi EU-domstolen legger et ulikt innhold i begrepet «discretion» i forskjellige dommer.

I *Brasserie du Pêcheur* sikter EU-domstolen nokså klart til det vi i norsk rett tradisjonelt har benevnt som fritt skjønn når den bruker begrepet «discretion», altså der beslutningstaker har en frihet til å avveie en rekke hensyn av politisk og/eller økonomisk art.

Samtidig er det klart at EU-domstolen i andre dommer har lagt til grunn at begrepet «discretion» også omfatter situasjoner der beslutningstaker må utøve et rettsanvendelsesskjønn, jf. for eksempel sak C-452/06 *Synthon* avsnitt 37 til 39:

37 As regards the condition requiring a sufficiently serious breach of Community law, on which the referring court asks the Court for a preliminary ruling, the Court has had occasion to make clear that such a breach is established where it implies manifest and grave disregard by the Member State for the limits set on its discretion, the factors to be taken into consideration in this connection being, inter alia, the degree of clarity and precision of the rule infringed and the measure of discretion left by that rule to the national authorities (Brasserie du Pêcheur and Factortame, paragraphs 55 and 56, and Robins and Others, paragraph 70).

38 If, however, the Member State was not called upon to make any legislative choices and had only considerably reduced, or even no, discretion, the mere infringement of Community law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach (Hedley Lomas, paragraph 28, and Robins and Others, paragraph 71).

39 It follows that the Member State's discretion, which is broadly dependent on the degree of clarity and precision of the rule infringed, constitutes an important criterion in determining whether there has been a sufficiently serious breach of Community law (see, to that effect, Robins and Others, paragraphs 72 and 73).

EU-domstolen har den samme tilnærmingen i sak C-278/05 *Robins*. ⁸²⁶

Det er derfor nærliggende å legge til grunn at vurderingstemaet om at det må foreligge en åpenbar og grov overskridelse av skjønnsmyndigheten, må oppfattes som et spørsmål om det foreligger en grov og åpenbar feil.

Den eneste saken om statsansvaret knyttet til implementering av et anskaffelsesdirektiv, sak C-392/93 *British Telecommunications*, støtter opp om en slik forståelse. Saken gjaldt tolkningen av artikkel 8 i

⁸²⁴ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 120 og 121

⁸²⁵ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 122

⁸²⁶ Sak C-278/05 *Robins* avsnitt 73

Rådsdirektiv 90/531/EØF. Bestemmelsen ga ikke medlemsstatene noen skjønnsfrihet av politisk eller økonomisk art. EU-domstolens begrunnelse for ikke å pålegge ansvar var som følger i avsnitt 43:

In the present case, Article 8(1) is imprecisely worded and was reasonably capable of bearing, as well as the construction applied to it by the Court in this judgment, the interpretation given to it by the United Kingdom in good faith and on the basis of arguments which are not entirely devoid of substance (see paragraphs 20 to 22 above). That interpretation, which was also shared by other Member States, was not manifestly contrary to the wording of the directive or to the objective pursued by it.

EU-domstolens formuleringer gir klar anvisning på at det gjelder en høy terskel for ansvar.

Vi merker oss også at Caranta setter likhetstegn mellom åpenbar og grov overskridelse av skjønnsmyndighet og åpenbar og grov feil. Han omtaler her ansvarsgrunnlaget i *Brasserie du Pêcheur* som «*the MSB condition*» (manifest and serious breach).⁸²⁷

Dette innebærer at det er en høy terskel for å tilkjenne erstatning i samsvar med Høyesteretts oppfatning i Rt-2012-1793, jf. avsnitt 50.

Dette er også godt i samsvar med Underrettens praksis knyttet til EU-institusjonenes ansvar.

Det synes for det første å være alminnelig antatt at terskelen for å pålegge EU-institusjonene erstatningsansvar, er høy.⁸²⁸

Dette illustreres også godt av Underrettens praksis knyttet til krav om erstatning for EU-institusjoners brudd på anskaffelsesregelverket. Den siste avgjørelsen som behandler spørsmålet, er sak T-175/21 *RH*. Den ble avsagt 15. februar 2023.

EU-kommisjonen hadde her utestengt et selskap i 18 måneder fra å delta i blant annet konkurranser som ble gjennomført av EU-institusjoner. Begrunnelsen var at EU-kommisjonen mente at selskapet hadde gjort seg skyld i alvorlige forsømmelser ved utøvelsen av sitt yrke (grave professional misconduct).

Selskapet brakte denne beslutningen inn for Underretten med krav om erstatning på rundt EUR 17 millioner.

Underretten uttalte her i avsnitt 123

As regards the condition relating to the unlawfulness of the conduct alleged against the institutions, case-law requires that a sufficiently serious breach of a rule of law intended to confer rights on individuals be established. The decisive test for a finding that the requirement of not leaving those parties to bear the consequences of flagrant and inexcusable misconduct by the institution concerned has been satisfied is whether the institution concerned has manifestly and gravely disregarded the limits of its discretion. The concept of 'manifest and grave disregard' is not the same as the concept of 'manifest error of assessment', but must be regarded as a distinct concept. If such a distinction were not made, any manifest error of assessment and, therefore, any error made by an administrative authority of the European Union in circumstances where it has some discretion could result in its incurring non-contractual liability. However, it does not follow from the relevant case-law that any unlawful act is, by itself, a basis for such liability. The determining factor in deciding whether there has been

⁸²⁷ Caranta (2019) side 214-221

⁸²⁸ Se for eksempel Caranta (2013) og Haukeland Fredriksen side 102

such an infringement is, therefore, the discretion available to the institution concerned (see, to that effect, judgment of 16 December 2020, SGL Carbon v Commission, T-639/18, not published, EU:T:2020:628, paragraph 82 and the case-law cited).

Man ser her altså at Underretten setter likhetstegn mellom «sufficiently serious breach» og «flagrant and inexcusable misconduct». Dette indikerer en meget høy terskel for ansvar, og bekreftes av at vurderingstemaet er om EU-institusjonen «manifestly and gravely» har «disregarded the limits of its discretion». Synet om at det må foreligge en åpenbar og grov overskridelse av skjønnskompetansen, er i samsvar med en helt entydig og langvarig praksis fra Underretten i anskaffelsessaker.

Underretten var i *RH* også helt klar på at et brudd på anskaffelsesretten alene ikke var nok til å medføre at EU-institusjonene var erstatningsansvarlige. Underretten formulerte det på følgende måte i avsnitt 124 til 128:

124 However, the extent of the discretion enjoyed by the institution concerned, although determinative, is not the only yardstick. On the contrary, account must also be taken, in particular, of the complexity of the situations to be regulated and the difficulties in applying or interpreting the legislation (see judgment of 23 November 2011, Sison v Council, T-341/07, EU:T:2011:687, paragraphs 36 and 37 and the case-law cited) or, more generally, of the field, circumstances and context in which the infringed rule was imposed on the EU institution or body concerned (see, to that effect, judgment of 4 April 2017, Ombudsman v Staelen, C-337/15 P, EU:C:2017:256, paragraph 40 and the case-law cited).

125 It follows that only the finding of an irregularity that an administrative authority, exercising ordinary care and diligence, would not have committed in similar circumstances, can render the European Union liable (see judgment of 16 December 2020, SGL Carbon v Commission, T-639/18, not published, EU:T:2020:628, paragraph 85 and the case-law cited).

126 In that context, it is for the EU judiciary, once it has first determined whether the institution concerned enjoyed any discretion, next to take into consideration the complexity of the situations to be regulated, any difficulties in applying or interpreting the legislation, the clarity and precision of the rule infringed, and whether the error made was inexcusable or intentional (see judgment of 23 November 2011, Sison v Council, T-341/07, EU:T:2011:687, paragraph 40 and the case-law cited).

127 In that regard, the Court of Justice has also held that a mere breach of the principle of diligence cannot be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach that may render the European Union liable (see, to that effect, judgment of 4 April 2017, Ombudsman v Staelen, C-337/15 P, EU:C:2017:256, paragraphs 36 and 37).

128 In the light of the case-law cited in paragraphs 123 to 127 above, it is appropriate to reject, from the outset, the applicant's argument that a manifest error of assessment is, in all circumstances, a sufficiently serious breach of a rule leaving scope for discretion. Indeed, as an action for damages is an independent form of action, the fact that a measure adopted by the Commission is unlawful is not, in itself, enough for the European Union to incur non-contractual liability.

Vi understreker også at når Underretten i anskaffelsessaker krever at EU-institusjonen «manifestly and gravely has disregarded the limits of its discretion» for at erstatningsansvar skal være aktuelt, så omfatter begrepet «discretion» mye mer enn skjønnsfrihet av politisk og/eller økonomisk art.

Graden av skjønn som Underretten mener at EU-institusjonene har i anskaffelsessaker, er beskrevet på følgende måte i sak T-570/13 *Agriconsulting Europe* avsnitt 34:

*Furthermore, according to settled case-law, the Commission has a broad discretion in assessing the factors to be taken into account for the purpose of deciding to award a public contract following a tendering procedure (judgments of 17 December 1998 in *Embassy Limousines & Services v Parliament*, T-203/96, ECR, EU:T:1998:302, paragraph 56, and 20 September 2011 in *Evropaïki Dynamiki v EIB*, T-461/08, ECR, EU:T:2011:494, paragraph 137). Similarly, the Commission enjoys considerable latitude in determining both the content and the application of the rules applicable to the award of a contract, for its own account, following a tendering procedure (see, to that effect, judgments of 14 February 2006 in *TEA-CEGOS and Others v Commission*, T-376/05 and T-383/05, ECR, EU:T:2006:47, paragraphs 50 and 51; in *Evropaïki Dynamiki v EIB*, EU:T:2011:494, paragraph 137; and of 25 October 2012 in *Astrim and Elyo Italia v Commission*, T-216/09, EU:T:2012:574, paragraph 17).*

Også denne tilnærmingen bygger på en fast og langvarig praksis fra Underretten.⁸²⁹

Et eksempel på at Underretten mener at tolkningen av et lovvilkår gir EU-institusjonene et visst skjønn, finner man i sak T-1/23 *Enmacc* avsnitt 51. Her heter det:

*It should be noted that the Financial Regulation does not contain any detailed information making it possible to determine what is covered by the concept of 'unforeseeable events'. It must be stated that, in the absence of such detailed information, the contracting authority has a certain margin of discretion in relation to the assessment of whether such events are present (see, by analogy, judgment of 24 April 2012, *Evropaïki Dynamiki v Commission*, T-554/08, not published, EU:T:2012:194, paragraph 127).*

Et annet eksempel finner man i sak T-554/08 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis*, hvor det i avsnitt 126 og 127 heter:

It is apparent from Articles 93 and 94 of the Financial Regulation and Article 133 of the implementing rules that if the contracting authority, by any means which it can justify, finds there to have been grave professional misconduct on the part of a tenderer, it must exclude that tenderer from participation in a procurement procedure.

*Consequently, the contracting authority is required, as soon as it is informed, during the procedure, of alleged grave professional misconduct by a tenderer to verify that information and, if that grave misconduct is established to the requisite legal standard, to exclude the tenderer in question from the relevant procedure. In the absence of detailed information in that regard in the relevant legislation, it must be found that the contracting authority has a certain margin of discretion in relation to the assessment of the gravity of the misconduct which may be held against the tenderer (judgment of 4 July 2008 in *Case T-333/07 Entrance Services v Parliament*, not published in the ECR, paragraph 59).*

Oppsummeringsvis mener vi altså at vurderingstemaet i erstatningssaker er om det foreligger et åpenbart og grovt brudd på anskaffelsesregelverket. Vi kan ikke se at konklusjonen kan bli en annen

⁸²⁹ Se blant annet sak T-170/22 *Telefónica de España*, sak T-7/20 *Global Translation Solution*, sak T-349/13 *Orange Business Belgium*, sak T-553/11 *European Dynamics Luxembourg*, sak T-216/09 *Astrim SpA and Elyo Italia*, sak T-461/08 *Evropaïki Dynamiki*, sak T-457/07 og forente saker T-376/05 og T-383/05

dersom man legger til grunn at innholdet i ansvarsgrunnlaget er det samme for EU/EØS-statene og EU-institusjonene på anskaffelsesrettens område.

Samtidig gjør vi oppmerksom på at Haukeland Fredriksen i sin avhandling mener at terskelen for ansvar ligger lavere der offentlige myndigheter ikke har en skjønnsfrihet av politisk og økonomisk karakter. Han mener det ikke er mulig å gi en generell presisering av ansvarsterskelen der offentlige myndigheter har sterkt begrenset eller intet skjønn i betydningen skjønnsfrihet av politisk og økonomisk karakter.⁸³⁰ Haukeland Fredriksen har imidlertid ikke foretatt en særskilt analyse av Underrettens praksis på anskaffelsesrettens område.

Så vidt vi kan se, gjør heller ikke Arnesen noe forsøk på å si noe nærmere om hvor terskelen for offentlige oppdragsgiveres ansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket, ligger.⁸³¹ Også Arnesen fremhever imidlertid at det anskaffelsesrettslige skjønn har få, om noen, likhetspunkter med skjønn forbundet med utøvelse av reguleringsmyndighet, og at det kan ha betydning i ansvarsvurderingen.⁸³²

Vi er enig i at de utfordringer som offentlige myndigheter står overfor ved utøvelse av offentlig reguleringsmyndighet, er andre enn de som det offentlige står overfor ved planlegging og gjennomføring av offentlige anskaffelser. Vi kan imidlertid ikke se at det at utfordringene er andre, medfører at terskelen for erstatningsansvar med nødvendighet må være en annen. Hvor høy terskelen for erstatningsansvar for offentlige oppdragsgivere skal være, kan for eksempel ses under synsvinklene om i hvilken grad det å inngå kontrakter med det offentlige skal anses som en rettighet sammenlignet med det å inngå avtaler med private oppdragsgivere.

4.4.3 Nærmere om momentene som skal vektlegges

4.4.3.1 Innledning

Etter å ha fastlagt vurderingstemaet/terskelen for ansvar for når det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd, må man ta stilling til hvilke momenter som skal vektlegges.

Høyesterett har i *Fosen-Linjen* nøydt seg med å vise til momentene listet opp i avsnitt 56 i *Brasserie du Pêcheur*.⁸³³ Dette gjelder følgende momenter:

- Hvor klar og presis den tilsidesatte bestemmelsen er
- Hvor vidt skjønn den tilsidesatte bestemmelse overlater til nasjonale myndigheter
- Om overtredelsen er begått forsettlig eller uaktsomt
- Om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke
- Om EU institusjoners holdning kan være medvirkende til feilen

Det er viktig å være oppmerksom på at EU-domstolens praksis knyttet til statsansvaret før og fremst gjelder manglende eller mangelfull implementering av direktiver, det vil si svikt ved den nasjonale lovgivningen.

⁸³⁰ Haukeland Fredriksen side 276

⁸³¹ Arnesen (2020)

⁸³² Arnesen (2020) punkt 3.4 Graden av skjønn

⁸³³ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 121

Arrowsmith mener av den grunn at vilkåret om at det må foreligge en åpenbar og grov feil ikke passer for å vurdere om det skal knyttes ansvar til oppdragsgivers beslutninger i en anskaffelsesprosess.⁸³⁴

Vi har vanskelig for å se at dette kan være riktig. Situasjonen er at vilkåret om at det må foreligge en åpenbar og grov feil, har blitt anvendt at Underretten i alle saker om erstatningsansvar for EU-institusjonene, inkludert anskaffelsessaker. Det er også anvendt av EU-domstolen i saker som gjelder vedtak/beslutninger/handlinger som er rettet mot ett eller en begrenset krets av rettssubjekter.

Det sentrale spørsmålet er hvordan momentene som EU-domstolen lister opp i *Brasserie du Pêcheur*, skal anvendes i anskaffelsessaker. Videre er det et spørsmål om hvilke andre momenter listen må suppleres med. EU-domstolen er selv klar på at oppregningen av momentene ikke er uttømmende.

Haukeland Fredriksen har foretatt en meget grundig analyse av hvilke momenter som er relevante ved fastleggelsen av om det foreligger et tilstrekkelig klart brudd på EU/EØS-retten.⁸³⁵

Vi vil i det følgende konsentrere oss om momenter som vi mener har særlig betydning i anskaffelsessaker.

4.4.3.2 Regelens klarhet og presisjon

Høyesterett trekker i *Fosen-Linjen* særlig frem betydningen av om den overtrådte regelen var klar og presis.⁸³⁶

Det er utvilsomt at dette er et moment av stor betydning. Arnesen har spissformulert det på følgende måte:

*Anskaffelsesregelverket er både omfattende og krevende, og det sies, kan hende med noen rett, at den anskaffelsesprosess som ikke har reist spørsmål knyttet til anskaffelsesregelverket, ennå ikke er gjennomført.*⁸³⁷

Praksis fra EU-domstolen og Underretten viser at oppdragsgiver anses for å ha et erstatningsrettslig relevant skjønnsordlyden i bestemmelsen gir anvisning på en vurdering, og der den gir mindre veiledning for de avveininger som oppdragsgiver må foreta.

Dette vil være tilfellet for svært mange bestemmelser i anskaffelsesregelverket.

Anskaffelsesdirektivene gir for eksempel ikke nærmere veiledning for når et avvik i et tilbud er av en slik karakter at tilbudet må avvises. Anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor artikkel 56 nr. 1 bokstav a fastsetter at oppdragsgiver må verifisere at tilbudet samsvarer med konkurransegrunnlagets krav før kontrakt tildeles. Det er imidlertid ingen som mener at ethvert avvik gir oppdragsgiver plikt til å avvise tilbudet. Anskaffelsesdirektivet gir ingen nærmere veiledning for hvilke avvik som kan aksepteres. I norsk rett er det fastsatt at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.⁸³⁸ Ordlyden gir imidlertid ingen veiledning om hva som skal regnes som vesentlig.

Et annet eksempel er adgangen til å avlyse konkurransen. Den er overhodet ikke regulert i EUs anskaffelsesdirektiver. I norsk rett er det fastsatt at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom

⁸³⁴ Arrowsmith Vol. 2 avsnitt 22-227

⁸³⁵ Haukeland Fredriksen side 277 til 399

⁸³⁶ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 123

⁸³⁷ Arnesen (2020), punkt 1 Innledning

⁸³⁸ Forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8 (1) bokstav b

det foreligger saklig grunn.⁸³⁹ Forskriftene gir ingen nærmere anvisning på hva som skal regnes som en saklig grunn.

Et tredje eksempel er omfanget av avklaringsadgangen til oppdragsgiver der det er feil eller uklarheter i ett eller flere tilbud etter anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3. Etter denne bestemmelsen har oppdragsgiver adgang til å foreta avklaringer «forutsatt at slike forespørsler gjøres i fullt samsvar med prinsippene om likebehandling og innsyn» (eller «transparency» som det heter i den engelske språkversjonen). Det foreligger så langt ingen avgjørelser fra EU-domstolen som tolker det nærmere innholdet av denne bestemmelsen.

Ut fra EU-domstolens praksis vil bestemmelsens klarhet og presisjon være et moment av stor vekt.

I sak C-392/93 *British Telecommunications* la EU-domstolen vekt på at de britiske myndighetens tolkning av direktivet ikke var «manifestly contrary to the wording of the directive or to the objective pursued by it».⁸⁴⁰

Vi vil også bemerke at der lovteksten oppstiller skjønnsmessige vurderingstemaer, som for eksempel at det må foreligge et vesentlig avvik, vil det ofte være en grense for hvor mye som kan avklares gjennom en tolkning. Det er selve subsumsjonen som skaper utfordringene. Det er ingen tvil om at også utfordringer med å foreta subsumsjoner, er et moment av betydelig vekt i saker om erstatningsansvar i anskaffelsessaker. Blant annet fremhever Underretten i *RH* at både utfordringene med å anvende og utfordringene med å tolke lovgivningen må vektlegges.⁸⁴¹

4.4.3.3 Betydningen av kompleksiteten av de faktiske forholdene

Ved gjennomføring av en konkurranse vil det ofte være mange spørsmål av faktisk karakter som oppdragsgiver må ta stilling til.

Ved spørsmålet om ansvar for EU-institusjoner, er ingen tvil om at det er et moment ved vurderingen hvor utfordrende arbeidet med å fastlegge faktum, er.⁸⁴² Dette er av Underretten også lagt til grunn i anskaffelsessaker.⁸⁴³

Tilsvarende løsning må legges til grunn ved vurdering av om det foreligger ansvar etter statsansvaret for brudd på anskaffelsesregelverket i EU/EØS.

Haukeland Fredriksens oppsummering er at det er et ikke ubetydelig rom for faktisk villfarelse som unnskyldelsesgrunn. Haukeland Fredriksen mener at løsningen i EU/EØS-retten ikke er vesensforskjellig fra Høyesteretts krav om vesentlig feil i *Nucleus*.⁸⁴⁴

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at terskelen for å legge til grunn at oppdragsgiver har bygget på feil faktum, synes å være lagt rimelig høyt av Underretten i anskaffelsessaker. I sak T-352/18 *German Acocats* uttaler Underretten følgende i avsnitt 59:

In particular, in order to establish that, in the assessment of the facts, the contracting authority committed an error so obvious as to justify the annulment of the contested decision, the evidence adduced by the applicant must be sufficient to render implausible the assessments made in the decision at issue. In other words, the plea based on the manifest error must be rejected if, in spite of the

⁸³⁹ Forskrift om offentlige anskaffelser § 25-1

⁸⁴⁰ Sak C-392/93 *British Telecommunications* avsnitt 43

⁸⁴¹ Sak T-175/21 *RH* avsnitt 126

⁸⁴² Se blant annet sak C-440/07 P *Schneider Electric* avsnitt 161

⁸⁴³ Se blant annet. sak T-175/21 *RH* avsnitt 126 og sak T-292/15 *Vakakis kai Synergates* avsnitt 64

⁸⁴⁴ Haukeland Fredriksen side 396

evidence put forward by the applicant, the assessment challenged may be accepted as genuine or valid (see judgment of 7 June 2017, Blaž Jamnik and Blaž v Parliament, T-726/15, EU:T:2017:376, paragraph 38 and the case-law cited; see also, to that effect, judgment of 14 June 2018, Lubrizol France v Council, C-223/17 P, not published, EU:C:2018:442, paragraph 39).

Kriteriet er altså at den forbigåtte leverandøren må føre bevis for at det faktum oppdragsgiver har lagt til grunn er «implausible». Dette fremstår å være noe mer enn å med alminnelig sannsynlighetsovervekt bevise at det er lagt feil faktum til grunn.

Det kan skje at oppdragsgiver tolker en eller flere av tilbudene i konkurransen feil. Det er da et spørsmål om dette er en faktisk villfarelse eller rettsvillfarelse. Vi heller i retning av at det er en faktisk villfarelse da avtaler har en atskillig mer individuell karakter enn lover og forskrifter. Antakelig spiller dette mindre rolle da også rettsvillfarelse kan være en unnskyldelsesgrunn.

4.4.3.4 Betydningen av hvor mye oppdragsgiver er å bebreide

Høyesterett frifant i Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* Statens vegvesen fordi det forelå en unnskyldelig rettsvillfarelse.⁸⁴⁵ Etter *Strabag* ble det hevdet at avgjørelsen ikke var i samsvar med EU/EØS-retten.⁸⁴⁶ I kjølvannet av dette kom det var også flere lagmannsrettsdommer der betydningen av hvilken grad oppdragsgiver kunne bebreides ble ansett som et så uvesentlig moment at lagmannsretten ikke fant grunn til å drøfte det.⁸⁴⁷

Vi kan ikke se annet enn at Høyesterett i *Trafikk & Anlegg* gir et godt eksempel på hvordan en drøftelse om det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert feil, skal legges opp.

I saken var spørsmålet om Statens vegvesen hadde adgang til å hensynta en tilbudt rabatt. Konkurranses grunnlaget inneholdt ingen regulering av om rabatt var lovlig eller ikke. Høyesterett mente likevel at hensynet til forutberegnelighet tilsa at oppdragsgiver bare hadde lov til å hensynta rabatten dersom det var fastsatt i konkurransegrunnlaget at rabatter ville kunne bli hensyntatt. Høyesterett mente likevel ikke at denne feilen ledet til erstatningsansvar.

Høyesterett pekte på at løsningen var langt fra opplagt, og at man ikke befant seg i kjerneområdet for kravet til forutberegnelighet. Det ble vist til at Trafikk & Anlegg hadde fått prøvd sitt krav i en sak om midlertidig forføyning, og at Statens vegvesen risikerte søksmål uansett hvordan rabatten ble håndtert. I en slik situasjon kunne ikke Statens vegvesen klandres for sin avgjørelse, og det forelå derfor en unnskyldelig rettsvillfarelse.⁸⁴⁸

Som også Høyesterett påpeker i *Fosen-Linjen*, bygger alle momentene som EU-domstolen regner opp i *Brasserie du Pecheur* opp mot en vurdering av hvor mye skadevolder er å bebreide.⁸⁴⁹ Klarheten og presisjonen i regelen som er brutt, sier noe om hvor mye skadevolder er å bebreide. Det samme gjør momentet om EU-institusjoner har bidratt til at feilen har oppstått. Tilsvarende gjelder om skaden er voldt forsettlig eller ufrivillig, og om det foreligger en unnskyldelig rettsvillfarelse eller ikke.

De momentene som EU-domstolen oppstilte i *Brasserie du Pecheur*, gir etter vårt syn klar beskjed om at hvor mye oppdragsgiver er å bebreide, er et meget tungtveiende moment i vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert feil.

⁸⁴⁵ Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* avsnitt 57

⁸⁴⁶ Se for eksempel Simonsen (2010)

⁸⁴⁷ Se for eksempel LE-2015-102226

⁸⁴⁸ Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* avsnitt 57

⁸⁴⁹ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 123

Dette bekreftes også av praksis fra Underretten, også i anskaffelsessaker. I noen saker ser man her at Underretten faktisk går så langt at de oppstiller det som et minstevilkår for ansvar at EU-institusjonen har opptrådt uaktsomt. Et helt nylig eksempel på dette er *RH*. Her uttalte Underretten:

It follows that only the finding of an irregularity that an administrative authority, exercising ordinary care and diligence, would not have committed in similar circumstances, can render the European Union liable (see judgment of 16 December 2020, SGL Carbon v Commission, T-639/18, not published, EU:T:2020:628, paragraph 85 and the case-law cited).⁸⁵⁰

Vi gjør oppmerksom på at Haukeland Fredriksen tilsynelatende gir uttrykk for et diametralt motsatt syn på vekten av en rettsvillfarelse i sin avhandling.⁸⁵¹ Vi oppfatter at dette skyldes at Haukeland Fredriksen ser på vekten av rettsvillfarelse isolert fra de andre momentene som EU-domstolen regnet opp i *Brasserie du Pecheur*.⁸⁵² Vi mener at i det praktiske rettsliv er det vanskelig å foreta en slik helt isolert vurdering av momentene. En unnskyldelig rettsvillfarelse vil gjennomgående måtte ha utgangspunkt i en uklar eller upresis lovregel.

Når det gjelder hva som skal inngå i vurderingen av i hvilken grad oppdragsgiver er å bebreide, er det i anskaffelsessaker særlig viktig å ta stilling til om man kan vektlegge:

- Betydningen av at oppdragsgiver følger det som er lagt til grunn om hva som er en riktig løsning av saken i en sak om midlertidig forføyning eller i en uttalelse fra KOFA (eventuelt at en uttalelse fra KOFA ikke er fulgt)
- Betydningen av at oppdragsgiver er underlagt et tidspress
- Betydningen av at det fortsatt er uklart hvilke avklaringer oppdragsgiver har lov til å foreta innenfor rammene av anskaffelsesregelverket⁸⁵³
- Betydningen av at oppdragsgiver vet at det er et åpent spørsmål hva som er riktig løsning
- Betydningen av at oppdragsgiver i mange situasjoner ikke har noen «trygg havn» – uansett hvilken beslutning som treffes, så er det minst én tilbyder som blir misfornøyd
- Betydningen av om det er oppdragsgiver som har skapt uklarheten
- Betydningen av de individuelle forutsetningene til oppdragsgiver

Haukeland Fredriksen drøfter de fleste av disse momentene inngående i sin avhandling.⁸⁵⁴

Etter vårt syn må det legges stor vekt på at oppdragsgiver følger det som er lagt til grunn i en avgjørelse om midlertidig forføyning eller en uttalelse fra KOFA i samme sak. Det vil ha store omkostninger for tilliten til systemet dersom oppdragsgiver kan pålegges et ansvar etter å ha fulgt den veiledningen slike avgjørelser/uttalelser gir.

Høyesterett slår i *Fosen-Linjen* kategorisk fast at oppdragsgivere ikke kan unnskyldes seg med at de ikke hadde tilstrekkelig kompetanse.⁸⁵⁵ Vi har forståelse for synspunktet, og begrunnelsen for dette, så

⁸⁵⁰ Sak T-175/21 *RH* avsnitt 125

⁸⁵¹ Haukeland Fredriksen side 316.

⁸⁵² Halvard Haukeland Fredriksen side 302

⁸⁵³ Se bl.a. anskaffelsesdirektivet for klassiske sektor artikkel 56 nr. 3 og den korresponderende bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser av 2016 § 23-5.

⁸⁵⁴ Haukeland Fredriksen, side 300 til 316

⁸⁵⁵ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 124

lenge det begrenses til rettslig villfarelse. Vi mener det kan argumenteres for at individuelle forutsetninger kan ha større betydning ved vurderingen av om en faktisk villfarelse er unnskyldelig.

4.4.3.5 Betydningen av beslutningens skadeevne

Goller trekker frem beslutningens skadeevne som et tungtveiende moment ved fastleggelsen av erstatningsansvaret.⁸⁵⁶ Han mener ansvarsterskelen derfor må være lav der feilen leder til at feil tilbyder ble utpekt som vinner av konkurransen.

Goller mener at *Vakakis kai Synergates* gir støtte for synet om å vektlegge feilens skadeevne. Problemstillingen i denne saken var om oppdragsgiver hadde gjort nok for å avklare om det forelå rådgiverinhabilitet. Det var klart at en ekspert som hadde tilknytning til en av tilbyderne hadde vært med på å utforme kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget, men det var uklart hvilke deler av kravspesifikasjonen han hadde vært med på å utforme. Oppdragsgiver gjorde ikke noe forsøk på å avklare dette utover å spørre aktuelle tilbydere og deres ekspert og leder for evalueringsgruppa hos oppdragsgiver. Dette mente Underretten ikke var tilstrekkelig i den foreliggende situasjonen. Ved vurderingen av om det utløste ansvar, la Underretten til grunn følgende:

In the present case, since the EU Delegation failed to carefully and impartially examine all the elements precluding the existence of a conflict of interests in favour of company A. and calling into question the existence of a clear risk of a conflict of interests resulting, in accordance with paragraph 2.3.6 of the PRAG, from the involvement of Mr P. in the drafting of the ToR, it was unable to treat all the tenderers in the same way. Therefore, the mere fact that the EU Delegation failed to conduct a proper inquiry allowing the existence of a clear risk of a conflict of interests alleged by several tenderers to be conclusively excluded constitutes an infringement of the principle of equal treatment as set out in Article 89 of the Financial Regulation and in the PRAG and, therefore, a sufficiently serious infringement of rules of law intended to confer rights on individuals, given the seriousness of the consequences of a possible conflict of interests for the outcome of procedures for the award of public contracts.⁸⁵⁷

Ved vurderingen av om oppdragsgiver burde ha gjort ytterligere undersøkelser, la altså Underretten vekt på at konsekvensen av å ikke gjøre disse undersøkelsene, var at det ikke ble avklart om det forelå en rådgiverhabilitet som i tilfelle skulle ledet til avvisning av tilbyderen.

Vi stiller oss tvilende til om Underrettens avgjørelse i *Vakakis kai Synergates* kan tas til inntekt for at en beslutnings skadeevne generelt i anskaffelsessaker er et argument for ansvar.

Skadeevne er en sentral størrelse i culpavurderingen i deliktsretten. Det sentrale i culpavurderingen i deliktsretten er imidlertid at det fins et annet handlingsalternativ som ikke gir risiko for skade eller i alle fall risiko for betydelig mindre skade, det vil si at det finnes en «trygg havn». Slik vil situasjonen ofte ikke være på anskaffelsesrettens område. For eksempel finnes det ved vurderingen av om en tilbyder som er vurdert å ha det beste tilbudet i konkurransen skal avvises, to handlingsalternativer, men de har samme skadeevne. Det er uansett en av tilbyderne som ikke får kontrakten. I en slik situasjon er det vanskelig å se at skadeevne i seg selv skal være et argument for ansvar. Skadeevnen er den samme. Det er bare spørsmål om hvem som skal rammes.

Dette var ikke situasjonen i *Vakakis kai Synergates*. Her kunne og skulle oppdragsgiver foretatt ytterligere undersøkelser. Det var ikke noen skadeevne knyttet til å foreta ytterligere undersøkelser. Det var bare egnet til å bringe faktum på det rene. Tilsvarende var situasjonen i *Fosen-Linjen*. Oppdragsgiver hadde i denne saken oppstilt et ulovlig tildelingskriterium, og valgt ikke å gjøre noe

⁸⁵⁶ Se Goller (2023) side 162

⁸⁵⁷ T-292/15 *Vakakis kai Synergates* avsnitt 152

med dette på tross av at det før utløpet av tilbudsfristen ved to anledninger kom spørsmål om lovligheten av tildelingskriteriet. Oppdragsgiver hadde på dette tidspunktet full mulighet til å endre tildelingskriteriet. Oppdragsgiver hadde altså et handlingsalternativ det ikke var knyttet særlig risiko til. Ved vurderingen av om handlingsalternativet burde vært benyttet, er det i en slik situasjon naturlig at Høyesterett legger vekt på skadepotensialet ved ikke å foreta en revurdering av utformingen av tildelingskriteriet.⁸⁵⁸

Vi slutter oss derfor til vurderingen til Haukeland Fredriksen om at skadeevne på anskaffelsesrettens område isolert sett ikke er særlig egnet til å utpeke hvilke feil som er ansvarsbetingende, og hvilke som ikke er det.⁸⁵⁹

I sin avhandling påpeker Haukeland Fredriksen at det ikke fins noen eksempler på at EU-domstolen har gått inn og vurdert skadeevnen, selv ikke der de påregnelige konsekvensene av medlemsstatenes brudd fremstod som meget store for skadelidte.⁸⁶⁰

4.4.3.6 Betydningen av at det er et grunnleggende prinsipp som er overtrådt

I Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* mente Høyesterett at det ikke var avgjørende at Statens vegvesen hadde brutt det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet.⁸⁶¹

I juridisk teori er det gjort gjeldende at det er et argument for ansvar at det er et grunnleggende prinsipp som er overtrådt.⁸⁶²

Vi understreker at alene det at det er et grunnleggende prinsipp som er overtrådt, ikke er et argument for ansvar. Det er et grunnleggende trekk ved generelle prinsipper at det kan være vanskelig å avgjøre hvilke løsninger de gir anvisning på i konkrete tilfeller. I disse tilfellene vil derfor det typisk foreligge et betydelig skjønnsrom for rettsanvendelsen. Dette er et tungtveiende argument mot erstatningsansvar.

Det ser heller ikke ut til å være noe særlig støtte i EU-domstolens praksis for å legge vekt på karakteren av den overtrådte EU/EØS-regelen.⁸⁶³

4.5 Vilkåret om at det må være lidt et tap

4.5.1 Innledning

Som EU-domstolen slo fast i *Combinatie Spijker*, foreligger det per i dag ikke noen avgjørelser fra EU-domstolen som på anskaffelsesrettens område fastsetter mer detaljerte vilkår for fastsettelse og utmåling av erstatning.⁸⁶⁴

Det foreligger altså så langt ingen rettspraksis som fastsetter hvilke typer tap som kan kreves erstattet ved brudd på EU-rettens anskaffelsesregelverk. Dette er imidlertid et tema i C-547/22 *Ingsteel, der* Generaladvokaten nettopp har kommet med sitt forslag til avgjørelse. Som påpekt ovenfor i punkt 3.2.5, ser det her ut til at EU-domstolen må ta stilling til om en tilbyder har krav på erstatning for tap av sjanse etter EU-retten. Det er nærliggende å anta at man gjennom denne avgjørelsen får avklart både

⁸⁵⁸ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 126

⁸⁵⁹ Haukeland Fredriksen, TfR side 206 til 336.

⁸⁶⁰ Haukeland Fredriksen side 376

⁸⁶¹ Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* avsnitt 57

⁸⁶² Se for eksempel Arnesen (2020) punkt 3.4 Graden av skjønn

⁸⁶³ Haukeland Fredriksen side 370-372

⁸⁶⁴ Sak C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 88

om tilbyder har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen og krav på erstatning for tap av sjanse.

Da det er ukjent når denne avgjørelsen vil foreligge, og man ikke med sikkerhet kan vite hvordan EU-domstolen vil håndtere denne saken, gir vi likevel en redegjørelse for hvordan rettsstilstanden er per i dag.

Det foreligger heller ingen EU-dommer om utmåling av erstatning på anskaffelsesrettens område. Den konkrete utmålingen er som utgangspunkt overlatt til nasjonale domstoler å foreta. I tilknytning til statsansvaret har EU-domstolen lagt til grunn at nasjonale domstoler kan vektlegge hensynet til å unngå ubegrunnet berikelse ved utmålingen av erstatning, og at nasjonale domstoler kan vektlegge om erstatningssøker har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Vi behandler derfor disse to momentene kort i det følgende.

4.5.2 Krever EU-retten at en forbigått tilbyder må ha muligheten til å få erstattet den positive kontraktsinteressen?

EFTA-domstolen har i *Fosen II* lagt til grunn at den nasjonale rettsordenen ikke fullstendig kan utelukke muligheten til å tilkjenne erstatning for tapt fortjeneste ved brudd på EØS-retten.⁸⁶⁵ Dette er i samsvar med det EU-domstolen uttalte i sak C-295/04 *Manfredi* avsnitt 96.

Hva som nærmere ligger i at erstatning for positiv kontraktsinteresse ikke kan utelukkes fullstendig, utdypes ikke.

EU-domstolen har samtidig i C-501/18 *BT* lagt til grunn at verken statsansvaret eller prinsippet om effektivitet er til hinder for at nasjonal rett oppstiller et vilkår om at tapet er aktuelt og sikkert («actual og certain»)⁸⁶⁶.

Spørsmålet er hvordan kravet om at den nasjonale rettsordenen ikke fullstendig kan utelukke mulighet for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen, kan forenes med vilkåret om at et tap må være aktuelt og sikkert.

Vilkåret om at tapet må være aktuelt og sikkert, er det samme vilkåret som EU-domstolen har oppstilt som vilkår for at det skal være et tap som EU-institusjonene er forpliktet til å erstatte der disse har begått feil.⁸⁶⁷

Underretten har i en lang rekke saker tolket dette vilkåret slik at det stort sett ikke er mulig å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen (tapt fortjeneste). Synspunktet er at EU-institusjonene ikke har plikt til å signere kontrakt med den som er utpekt til vinner av konkurransen, og at tapet derfor ikke er aktuelt og sikkert, men hypotetisk. Underretten har formulert dette på litt forskjellige måter, i sak T-570/13 *Agriconsulting Europe* var formuleringen som følger:

95 Even if it were to be accepted that the applicant's tender ought to have been placed first and that the applicant should therefore have been awarded the contract, that would not have obliged the Commission to sign the contract with the applicant. Indeed, there is no principle or rule applicable to the Commission's tendering procedures which requires it to sign the relevant contract with the person designated as the contractor at the conclusion of the tendering procedure

⁸⁶⁵ Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 116

⁸⁶⁶ Sak C-501/18 *BT* avsnitt 127

⁸⁶⁷ Se blant annet sak C-243/05 P *Agraz* m.fl. avsnitt 27

(see, to that effect, judgment in *Evropaiki Dynamiki v EIB*, cited in paragraph 34 above, EU:T:2011:494, paragraph 211).

96 *Consequently, the harm corresponding to the applicant's loss of profit linked to the loss of the contract in question is not actual and certain, but hypothetical. It cannot therefore be the subject of compensation.*

Resonnementet minner sterkt om den rettskravlæren man opererte med i norsk rett før *Nucleus*.

Det er uklart om resonnementet kan overføres til erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesdirektivene i EU-retten. EU-domstolen har her lagt til grunn at oppdragsgiver i anskaffelser som er regulert av anskaffelsesdirektivene, ikke står helt fritt til å avslutte konkurransen uten å tildele kontrakt, det vil si at oppdragsgiver ikke står helt fritt til å avlyse konkurransen.⁸⁶⁸ En avlysning må være i samsvar med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Det er usikkert hvilke reelle begrensinger dette innebærer for oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen, og om det avviker fra adgangen EU-institusjoner har til å avlyse konkurranser.

I norsk rett synes Høyesterett å ha lagt til grunn at oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen, er snevrere enn det som følger av EU-retten.⁸⁶⁹ Det kan innebære at Underrettens resonnement knyttet til hva som er et aktuelt og sikkert tap, uansett ikke kan utelukke at oppdragsgiver er ansvarlig for den positive kontraktsinteressen i norsk rett.

4.5.3 Erstatning for tap av sjanse som et substitutt for erstatning av den positive kontraktsinteressen

Det er også viktig å være oppmerksom på at Underretten har etablert et ansvar for tap av mulighet/sjansse (loss of opportunity).

Den første saken Underretten gjorde dette i var sak T-199/14 *Vanbreda*. Underretten har så fulgt dette opp i sak T-556/11 *European Dynamics Luxembourg and Others v EUIPO* og sak T-292/15 *Vakakis kai Synergates*.

Det Underretten synes å gjøre, er å argumentere seg rundt egen praksis knyttet til tolkningen av at tapet skal være aktuelt og sikkert, og legge til grunn at det er adgang til å tilkjenne erstatning knyttet opp mot den fortjenesten kontrakten ville ha generert, selv om det ikke er 100% sikkert at tilbyderne ville blitt tildelt kontrakten. Sannsynligheten for at tilbyder ville ha fått kontrakten, er ett av flere momenter som må hensyntas ved utmålingen av tapet.

Det er nærliggende å anta at Underretten i *Vanbreda* så hvor urimelig det var å utelukke erstatning for tapt fortjeneste fordi EU-kommisjonen ikke var forpliktet til å inngå kontrakt med den tilbyderen som var utpekt som vinner av konkurransen. I *Vanbreda* var det inngitt to tilbud, og Underretten mente at det andre tilbudet skulle vært avvist. Underretten mente derfor at det var 90 % sannsynlighet for at tilbyder ville ha fått kontrakten dersom feilen ikke hadde blitt begått.⁸⁷⁰

Vi gjør oppmerksom på at det fortsatt er uavklarte spørsmål knyttet til vilkårene for å få erstatning for tap av sjansse. Et helt sentralt spørsmål er hvor stor sannsynlighet det må være for at tilbyder ville ha fått kontrakten dersom feilene ikke hadde blitt begått, for at det skal foreligge et krav på erstatning for tap av sjansse.

⁸⁶⁸ Sak C-27/98 *Fracasso* avsnitt 35 og 35 og sak C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 31, 35 og 36.

⁸⁶⁹ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 83

⁸⁷⁰ Sak T-199/14 *Vanbreda* avsnitt 200

I *Vakakis kai Synergates* ser det ut som Underretten mener det er tilstrekkelig at det er sannsynlighetsovervekt (det vil si mer enn 50% sannsynlig) for at tilbyder ville ha fått kontrakten dersom feilen ikke hadde blitt begått.

For oss er det vanskelig å se at det er i samsvar med det syn EU-domstolen la til grunn i sak C-376/16 P *EUIPO*. I denne saken behandlet EU-domstolen anke over sak T-556/11 *European Dynamics Luxembourg and Others v EIPO*.

Underretten hadde lagt til grunn at *EUIPO* hadde begått en rekke feil ved gjennomføringen av konkurransen. For det første hadde *EUIPO* ikke utvist tilstrekkelig aktsomhet i vurderingen av om en konkurrent skulle vært avvist. Videre hadde *EUIPO* begått en rekke feil ved vurderingen av erstatningssøkers tilbud. Underretten konkluderte imidlertid ikke med hensyn til om *EUIPO* hadde hatt en plikt til å avvise konkurrenten eller hva som ville vært utfallet av konkurransen dersom de mange feilene i evalueringen av erstatningssøkers tilbud, ikke hadde blitt begått. Underretten påpekte bare at feilene påvirket erstatningssøkers mulighet til å få kontrakten.⁸⁷¹

En slik tilnærming aksepterte ikke EU-domstolen. Det at Underretten hadde unnlatt å undersøke om og i hvilken grad erstatningssøker ville ha fått en bedre plassering i konkurransen dersom feilene ikke hadde blitt begått, medførte at vilkåret om årsakssammenheng ikke var anvendt riktig.⁸⁷²

Underrettens dom måtte derfor oppheves. EU-domstolen mente også den hadde tilstrekkelig grunnlag til å avgjøre saken. EU-domstolen la til grunn at den som krever erstatning må føre avgjørende bevis («adduce conclusive proof») for årsakssammenheng.⁸⁷³ EU-domstolen mente at erstatningssøker ikke hadde etablert om og i hvilken utstrekning han ville ha blitt rangert først, eller ville ha blitt tildelt kontrakten, dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilene.

Underretten har i senere avgjørelse tolket kravet til at det må foreligge avgjørende bevis («conclusive proof») slik at årsakssammenheng bare foreligger der det ikke er noen tvil (no doubt) om at den forbigåtte tilbyderen ville ha blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde blitt begått.⁸⁷⁴

Det er litt usikkert hva som er igjen av muligheten for å få erstatning for tap av sjanse etter dette. Vi oppfatter det slik at Underrettens intensjon med å introdusere tap av sjanse som en kategori av tap som har erstatningsrettslig vern, var å kunne operere med et lavere krav til årsakssammenheng. Det kan imidlertid altså se ut som EU-domstolen har satt ned foten for dette inntil videre.

Vi oppfatter det slik at generaladvokat *Collins* i forslag til avgjørelse av 7. desember 2023 mener at en tilbyder må kunne kreve erstatning for tap av sjanse der han er urettmessig avvist.⁸⁷⁵ Han presiserer imidlertid at det er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere vilkårene for erstatning. Det er for oss uklart om dette var en konkurranse med forhandling eller ikke slik at det er uklart om erstatningssøker hadde inngitt et tilbud som var sammenlignbart med øvrige tilbud i konkurransen. Det blir spennende å se om, og eventuelt i hvilken grad, EU-domstolen velger å følge innstillingen fra *Collins*.

I norsk rett foreligger det to saker der erstatningssøker har krevd erstatning for tap av sjanse. I begge sakene har lagmannsretten lagt til grunn at tap av sjanse er ukjent i norsk rett.⁸⁷⁶ Den første av disse sakene var Fosen-Linje-saken. Det ble her for Høyesterett ikke anført at erstatningssøker hadde krav

⁸⁷¹ Sak T-556/11 *European Dynamics Luxembourg and Others v EIPO* avsnitt 269

⁸⁷² Sak C-376/19 P *EUIPO* avsnitt 75 til 83

⁸⁷³ Sak C-376/19 P *EUIPO* avsnitt 92

⁸⁷⁴ Sak T-849/19 *Lenardo SpA* avsnitt 50

⁸⁷⁵ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat *Collins* i sak C-547/22 *INGSTEEL* avsnitt 43

⁸⁷⁶ LF-2015-187242 og LB-2021-152543

på erstatning for tap av sjanse. Den andre saken ble anket inn for Høyesterett, men ikke fremmet til behandling.

4.5.4 Skadelidtes tapsbegrensningsplikt

EU-domstolen har slått fast at nasjonale domstoler ved utmålingen av erstatning kan vektlegge om erstatningssøker har overholdt sin tapsbegrensningsplikt.⁸⁷⁷ EU-domstolen fremhevet at dette særlig gjelder om erstatningssøker benyttet seg av de rettsmidler som var tilgjengelige.

I dette ligger det at EU-retten åpner for at det i nasjonal rett vektlegges om den forbigåtte tilbyderen forsøkte å få omgjort den ulovlige beslutningen ved å klage til oppdragsgiver og/eller bringe saken inn for domstolene.

I *Fosen-Linjen* la Høyesterett til grunn at det normalt ikke tilkjennes erstatning for den negative kontraktsinteressen der en tilbyder velger å legge inn tilbud på tross av at de har sett, eller måtte ha sett, at det var feil i konkurransegrunnlaget.⁸⁷⁸

Dette er det altså full adgang til etter EU/EØS-retten, under synsvinkelen skadelidtes tapsbegrensningsplikt.

Den praktiske betydningen av dette synspunktet vil særlig være avhengig av om det avgjørende er om tilbyder er kjent med det forholdet som utgjorde et brudd på anskaffelsesregelverket eller om det avgjørende er om tilbyder også er kjent med at forholdet utgjorde et brudd på regelverket.

Høyesterett drøfter ikke dette spørsmålet direkte i *Fosen-Linjen*. Her hadde tilbydere før utløpet av tilbudsfristen ved to anledninger påpekt at tildelingskriteriet ikke anga hvordan de etterspurte opplysningene skulle etterprøves av oppdragsgiver. Høyesterett ser da ut til å mene at tilbyderne må kunne stole på oppdragsgivers vurdering av at tildelingskriteriet er i samsvar med anskaffelsesregelverket.

I situasjoner der tilbydere ikke har påpekt svakheter i konkurransegrunnlaget overfor oppdragsgiver før tilbudsfristen, er det imidlertid av stor betydning om tilbyder også må ha vært kjent med at forholdet utgjorde et brudd på anskaffelsesregelverket eller om det er tilstrekkelig at tilbyder burde ha forstått det.

Det er ikke opplagt hvilken løsning man bør velge her.

På den ene siden kan man argumentere for at anskaffelsesregelverket er rettet mot offentlige oppdragsgivere, og at tilbydere ikke har noen plikt til å gjøre seg kjent med dette regelverket. Det kan derfor bare forventes at de reagerer på forhold som de faktisk forstod at var i strid med anskaffelsesregelverket. Det kan anføres at det vil svekke oppdragsgivers aktsomhet ved utformingen av konkurransegrunnlaget dersom tilbyderne får i oppgave å være oppdragsgivers kvalitetssikrer.

På den annen side kan man argumentere for at næringsdrivende må gjøre seg kjent med regelverket på området de opererer, og at de derfor også må forventes at de er godt kjent med innholdet i regelverket for offentlige anskaffelser. Det vil også medføre en betydelig effektivisering av regelverket, og sterkt fremme hovedformålet om mest mulig effektiv bruk av offentlige ressurser, dersom feil avdekkes så tidlig som mulig. Dette kan tilsi at det avgjørende blir om tilbyderne burde ha forstått at reguleringen i konkurransegrunnlaget var i strid med anskaffelsesregelverket.

⁸⁷⁷ Forente saker 46/93 og 48/93 *Brasserie du Pecheur* avsnitt 84 og 85

⁸⁷⁸ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 135

I Danmark har man lagt seg på en linje der det i utgangspunktet er tilstrekkelig for bortfall av erstatningsansvar at feilen fremgikk av konkurransegrunnlaget. Det er mulig at det er et implisitt vilkår om at tilbyderne burde ha forstått at forholdet utgjorde et brudd på anskaffelsesregelverket, men det er ikke oppstilt som et eksplisitt vilkår i praksis fra Klagenævnet, se nærmere i kapittel 8, punkt 8.3.

4.5.5 Prinsippet om uberettiget berikelse

EU-domstolen har lagt til grunn at nasjonale domstoler kan vektlegge hensynet til å unngå uberettiget berikelse ved utmålingen av erstatning.⁸⁷⁹

Spørsmålet er om prinsippet om uberettiget berikelse ikke bare er noe den som utmåler erstatning har adgang til å hensynta, men også plikt til å hensynta. Vi har ikke funnet noe rettspraksis som direkte berører dette spørsmålet. Antakelig skal det en god del til.

4.6 Kravet til årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det påståtte tap

4.6.1 Innledning

EU-domstolen har i *Combinatie Spijker* fastslått at det per i dag ikke foreligger noen avgjørelser som fastlegger de nærmere vilkår for at det skal foreligge årsakssammenheng ved brudd på EUs anskaffelsesregelverk. EU-domstolen konstaterte også i sak C-531/16 *Ecoservice projektai* at verken håndhevelsesdirektivet eller anskaffelsesdirektivet for forsyningssektorene regulerer bevisføring eller bevisvurderinger vedrørende brudd på EU/EØS-regler om anskaffelser.⁸⁸⁰

Det er derfor så langt bare EFTA-domstolen som har måttet ta stilling til hvilke krav til årsakssammenheng som følger av statsansvaret. EFTA-domstolen måtte i *Fosen I* ta stilling til to spørsmål knyttet til årsakssammenheng. Det første var om EFTA-statene kunne ha bestemmelser om krav til kvalifisert årsakssammenheng for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen ved brudd på anskaffelsesregelverket. Det andre var spørsmålet om betydningen av at det forelå feil i konkurransegrunnlaget slik at oppdragsgiver ikke under noen omstendighet lovlig kunne ha tildelt kontrakten til erstatningssøker.

I saker om erstatningsansvar for EU-institusjonene, har spørsmålet om årsakssammenheng i betydelig grad blitt konsumert av spørsmålet om det foreligger et erstatningsrettslig vernet tap, det vil si om tapet er aktuelt og sikkert.

4.6.2 Adgangen til å kreve klar sannsynlighetsovervekt for at erstatningssøker skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde vært begått

For å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen oppstilte Høyesterett i *Nucleus* vilkår om at den forbigåtte tilbyderen måtte dokumentere med klar sannsynlighetsovervekt at han skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde blitt begått, det vil si bruk av den alminnelige betingelseslæren med et skjerpet beviskrav.

For EFTA-domstolen anførte Fosen-Linjen at dette kravet til årsakssammenheng, var i strid med EØS-retten.

⁸⁷⁹ Sak C-501/18 *BT* avsnitt 125 med videre henvisninger

⁸⁸⁰ Sak C-531/16 *Ecoservice projektai* avsnitt 35

EFTA-domstolen konstaterte at spørsmålet ikke var regulert i håndhevelsesdirektivet,⁸⁸¹ og at det ikke i seg selv er i strid med effektivitetsprinsippet å oppstille et krav om klar sannsynlighetsovervekt.⁸⁸²

Dette synspunktet er godt i samsvar med det beviskravet EU-domstolen og Underretten har stilt til årsakssammenheng ved vurdering av erstatningskrav mot EU-institusjonene, jf. punkt 4.5.3 ovenfor.⁸⁸³ Beviskravet synes her å være at det må være *utvilsomt* at den forbigåtte tilbyderen skulle ha fått kontrakten. Dette beviskravet stiller nok et enda høyere krav til sannsynlighet enn kravet til klar sannsynlighetsovervekt.

4.6.3 Betydningen av at oppdragsgiver har begått andre feil som innebærer at den forbigåtte tilbyderen uansett ikke kunne tildeles kontrakten

Det andre spørsmålet EFTA-domstolen ble bedt om å ta stilling til knyttet til årsakssammenheng, var betydningen av at det var begått andre feil som medførte at kontrakt ikke lovlig kunne tildeles erstatningssøker.

Bakgrunnen for spørsmålet var at oppdragsgiver hadde avlyst konkurransen etter at lagmannsretten i en sak om midlertidig forføyning hadde nedlagt forbud mot å inngå kontrakt med den tilbyderen som var utpekt som vinner av konkurransen.⁸⁸⁴ Grunnen var at oppdragsgiver ikke kunne se hvordan konkurransen lovlig skulle kunne slutføres med de feil som lagmannsretten mente at oppdragsgiver hadde begått ved gjennomføringen av konkurransen.

Fosen-Linjen mente at grunnene som var påberopt som grunnlag for avlysningen, ikke var rettmessige. Selskapet mente at valgte tilbyder skulle vært avvist, og kontrakten skulle vært tildelt Fosen-Linjen. Selskapet krevde derfor erstatning for den positive kontraktsinteressen med rundt 100 millioner kroner.

For domstolene anførte oppdragsgiver at det forelå feil i konkurransegrunnlaget slik at kontrakten uansett ikke lovlig kunne tildeles Fosen-Linjen, og at kravet til årsakssammenheng derfor ikke var oppfylt.

Når det gjaldt betydningen av at oppdragsgiver hadde gjort andre feil i konkurransen, skilte EFTA-domstolen mellom erstatning for negativ kontraktsinteresse, og erstatning for positiv kontraktsinteresse.

For erstatning av negativ kontraktsinteresse kunne ikke retten til erstatning avskjæres under henvisning til at konkurransen uansett skulle vært avlyst som følge av en annen urettmessig beslutning fra oppdragsgiver.⁸⁸⁵

Dette stilte seg annerledes for erstatning for positiv kontraktsinteresse. EFTA-domstolen la her til grunn at det var en forutsetning for erstatning for tapt fortjeneste at den forbigåtte tilbyderen hadde gyldig krav på kontrakten.⁸⁸⁶ Der det var begått en feil som ga plikt til å avlyse konkurransen, ville det være et brudd på anskaffelsesregelverket å inngå kontrakt med den forbigåtte tilbyderen. Under slike

⁸⁸¹ Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 89

⁸⁸² Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 92

⁸⁸³ Dette er også utførlig behandlet av Haukeland Fredriksen punkt 8.3.2 Forutsetningen om at årsakssammenheng er «sikker» - bevissspørsmål

⁸⁸⁴ LF-2014-32160

⁸⁸⁵ Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 102

⁸⁸⁶ Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 91

omstendigheter foreligger det ikke noen årsakssammenheng mellom feilen som er begått og kravet på erstatning på positiv kontraktsinteresse.⁸⁸⁷

Synspunktet er i samsvar med generaladvokat *Cruz Villalóns* forslag til avgjørelse i *Combinatie Spijker*. Også Cruz Villalón mente at det er et vilkår at den forbigåtte tilbyderen ville fått kontrakten dersom konkurransen hadde blitt lovlig gjennomført.⁸⁸⁸

Ved vurdering av årsakssammenhengen i de situasjonene der oppdragsgiver påberoper seg at det er begått en annen feil som medfører at det uansett ikke er årsakssammenheng med den positive kontraktsinteressen, er det viktig å holde tunga rett i munnen.

Problemstillingen er altså knyttet til at oppdragsgiver har begått en annen feil enn den erstatningssøker påberoper som grunnlag for den positive kontraktsinteressen. I prinsippet må man vurdere om også denne andre feilen kunne lede til at erstatningssøker har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Da må denne feilen tenkes bort. Gjennomgående vil det imidlertid være en grunn til at erstatningssøker ikke har påberopt også denne feilen som grunnlag for kravet om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Ofte vil det være umulig å ha noen begrunnet oppfatning om hva utfallet av konkurransen ville ha blitt dersom denne feilen tenkes bort, i alle fall i de situasjonene der feilen knytter seg til utformingen av konkurransegrunnlaget.

I *Fosen-Linjen* mente altså erstatningssøker at feilen som ledet til ansvar for den positive kontraktsinteressen, var at den valgte tilbyderen ikke hadde blitt avvist. Hadde den valgte tilbyderen blitt avvist, hadde det ikke vært noen grunn til å avlyse konkurransen.

Den andre feilen som oppdragsgiver mente var begått, var at det var brukt et ulovlig tildelingskriterium. Fosen-Linjen gjorde ikke engang forsøk på å anføre at det var årsakssammenheng mellom denne feilen og den positive kontraktsinteressen. Det er forståelig. Det var helt umulig å si hva utfallet av konkurransen ville ha blitt dersom oppdragsgiver hadde oppstilt et annet tildelingskriterium.

Der den andre feilen ikke knytter seg til utformingen av konkurransegrunnlaget, er det lettere å tenke seg at denne feilen kan stå i årsakssammenheng med den positive kontraktsinteressen. Gjennomgående vil den da også være påberopt av erstatningssøker som et grunnlag for erstatning av den positive kontraktsinteressen.

I norsk rett måtte Høyesterett ta stilling til den samme problemstillingen i HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*. Høyesterett kom til at løsningen i norsk rett var den samme som i EØS-retten, men avgjorde spørsmålet ut fra et synspunkt om manglende erstatningsrettslig vern, og ikke ut fra vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag. Kjernen i resonnementet var imidlertid det samme. En forbigått tilbyder kan ikke ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen der kontrakten ikke lovlig kunne tildeles ham.⁸⁸⁹

I *Perpetuum Miljø* ble det anført av leverandøren at EFTA-domstolen hadde tolket sak C-315/01 *GAT* feil.

I *GAT* var EU-domstolen bedt om å besvare et spørsmål om håndhevelsesorganet kunne avvise en klage fra en tilbyder med den begrunnelsen at det var begått andre feil enn de som skadelidte hadde påberopt seg, og som uansett medførte at skadelidte ikke ville ha fått kontrakten. EU-domstolen uttalte at håndhevelsesorganet ikke hadde adgang til dette. Begrunnelsen var at kravet på erstatning ikke

⁸⁸⁷ Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 107

⁸⁸⁸ Forslaget til avgjørelse avsnitt 85

⁸⁸⁹ HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø* avsnitt 58 til 62

kunne avskjæres under henvisning til at oppdragsgiver hadde begått andre feil ved gjennomføringen av konkurransen.⁸⁹⁰

EU-domstolen foretok ingen sontring mellom erstatning for den negative og erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Det synes imidlertid rimelig klart at det er erstatning for den negative kontraktsinteressen som EU-domstolen hadde for øyet. Det var erstatning for den negative kontraktsinteressen som den foreleggende domstol viste til i spørsmålet.⁸⁹¹ Det var også bare vist til nasjonale bestemmelser om erstatning for den negative kontraktsinteressen i redegjørelsen for sakens bakgrunn.⁸⁹²

EU-domstolen hadde altså ingen foranledning til å tenke på hva situasjonen var for erstatning for positiv kontraktsinteresse, og det fremstår for oss som helt korrekt at EFTA-domstolen fant grunn til å sondre mellom erstatning for negativ og erstatning for positiv kontraktsinteresse ved tolkningen av avgjørelsen.

Vi nevner for ordens skyld også at årsakskravet for negativ kontraktsinteresse i Østerrike på dette tidspunktet var at erstatningssøker ville hatt det beste tilbudet dersom feilen ikke hadde blitt begått. Dette forklarer hvorfor den foreleggende rett stilte spørsmål på denne måten.

Vi kan også bemerke at EU-domstolen mente at den foreleggende rett ikke hadde kompetanse til å tilkjenne erstatning. EU-domstolen avviste derfor å besvare et spørsmål fra foreleggende rett som gikk ut på når en tilbyder som hadde deltatt i en konkurranse der det var oppstilt et ulovlig tildelingskriterium, hadde krav på erstatning.⁸⁹³

Det har vært reist kritikk mot *Perpetuum Miljø* fra forbigåtte tilbyders prosessfullmektiger i *Peerpetum Miljø* på Anbud365.no.⁸⁹⁴

Vi mener det er lite hold i denne kritikken. Et argument er at det i alle konkurranser begås en feil som gir oppdragsgiver plikt til å avlyse konkurransen. Vi kan ikke se at dette er en holdbar påstand. Hvis den skulle stemme, viser det at det er noe grunnleggende galt med anskaffelsesregelverket. Et annet argument er at oppdragsgiver bevisst kan begå feil i konkurranse for å kunne avlyse konkurransen. Det er vanskelig å forene med at oppdragsgiver uansett har en meget vid adgang til lovlig å avlyse en konkurranse. Endelig hevdes det at oppdragsgiver kan legge inn feil i konkurransegrunnlaget som en forsikring i tilfelle han skulle komme til å begå andre feil. Vi kan ikke se annet enn at det å bevisst legge inn feil i konkurransegrunnlaget, vil være svært risikofylt for oppdragsgiver. Det ville da alltid være en mulighet for at feilen blir oppdaget før kontrakt er signert. Vi har svært liten tro på en oppdragsgivere vil være villig til å løpe en slik type risiko.

Vi finner grunn til å understreke at den løsningen som Høyesterett falt ned på, er den samme som er praktisert i Danmark i alle år. Så vidt vi forstår, er den samme løsningen også praktisert i Sverige, Finland, Tyskland og Frankrike. Andre land har ikke vi noen kunnskap om.

Haukeland Fredriksen og Strandberg har reist spørsmålet om det har noen betydning om konkurransen faktisk blir avlyst der oppdragsgiver hadde en plikt til å avlyse konkurransen.⁸⁹⁵ De

⁸⁹⁰ Sak C-315/01 GAT avsnitt 55

⁸⁹¹ Sak C-315/01 GAT avsnitt 40

⁸⁹² Sak C-315/01 GAT avsnitt 12

⁸⁹³ Sak C-315/01 GAT avsnitt 38 og 39, jf. Spørsmål 5 i saken

⁸⁹⁴ Kjersti Holum Karlstrøm m.fl., «Avgjørelsen fra Høyesterett vil føre til svekket håndhevelse av regelverket for anskaffelser», publisert på Anbud365.no 2. mars 2023

⁸⁹⁵ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018)

konkluderer med at det ikke har betydning, det vil si at erstatning uansett er utelukket for den forbigåtte tilbyderen.

Vi er enig i den vurderingen. Det er vanskelig å se at en erstatningssøker skal kunne ha krav på erstatning for det tapet han lider ved ikke å ha fått en kontrakt når kontrakten ikke lovlig kunne tildeles ham ut fra resonnementet til EFTA-domstolen og Høyesterett i henholdsvis *Fosen I* og *Perpetuum Miljø*. En slik løsning vil kreve en lovregulering.

4.6.4 Betydningen av at erstatningssøker har begått feil slik at tilbudet skulle ha vært avvist

EFTA-domstolens vilkår om at erstatningssøker må ha gyldig krav på kontrakten, innebærer også at erstatning er utelukket dersom erstatningssøkers tilbud inneholder feil som medfører at oppdragsgiver hadde plikt til å avvise tilbudet.

I norsk rett la Høyesterett til grunn dette i Rt-1998-1951 *E. Klubben Transport*.⁸⁹⁶

I lagmannsrettspraksis er det et eksempel på at lagmannsretten mener at erstatning for negativ kontraktsinteresse kan tilkjennes selv om erstatningssøkers tilbud skulle vært avvist.⁸⁹⁷ Saken er svært spesiell, og det bærende synspunktet til lagmannsretten er at det ikke var noen reell konkurranse. I en slik situasjon er tilbyderne forledet til å inngi tilbud, og det kan da ikke spille noen rolle om også deres tilbud inneholdt feil som ga grunnlag for avvisning. Når konkurransen det ble innbudt til ikke er reell, mener vi at lagmannsrettens syn må være riktig.

Et vanskeligere spørsmål oppstår dersom det er feil i erstatningssøkers tilbud som gir rett, men ikke plikt til å avvise tilbudet.

Hvis feilen er avdekket av oppdragsgiver før tildeling, og oppdragsgiver har valgt ikke å avvise tilbudet, er det en skjønnsmessig beslutning som oppdragsgiver ikke har lov til å omgjøre etter at tildeling er meddelt tilbyderne.

Spørsmålet er vanskeligere der feilen i erstatningssøkers tilbud ikke ble avdekket før tildelingen. I prinsippet blir det et spørsmål om denne feilen ville ha blitt oppdaget dersom den andre feilen ikke hadde blitt begått, og hva oppdragsgiver i så fall ville ha gjort. For avgjørelsen av dette spørsmålet blir det sentralt om dette er noe erstatningssøker med klar sannsynlighetsovervekt må dokumentere at ikke ville ha skjedd.

4.6.5 Krever EU/EØS-retten at bevisbyrden i noen tilfeller snus?

I E-16/16 *Fosen I* legger EFTA-domstolen til grunn at bevisbyrden snus der oppdragsgiver i sitt forsvar mot et krav om erstatning påberoper seg at det forelå en annen feil som uansett ga plikt til å avlyse konkurransen.⁸⁹⁸

Det reiser spørsmålet i hvilke tilfeller bevisbyrden snus slik at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at den aktuelle omstendigheten ville inntreffe (eventuelt ikke inntreffe).

⁸⁹⁶ Rt-1998-1951 *E. Klubben Transport* side 1957

⁸⁹⁷ LH-2018-99242

⁸⁹⁸ Sak E-16/16 *Fosen I* avsnitt 109

Haukeland Fredriksen og Strandberg har foretatt en dyptpløyende analyse av dette spørsmålet.⁸⁹⁹

Haukeland Fredriksen og Strandberg foretar først en drøftelse av hvordan man skal fastlegge det hypotetiske hendelsesforløpet ved anvendelsen av betingelseslæren. De stiller spørsmål om den erstatningsbetingende feilen bare skal tenkes bort, eller også erstattes med en annen handling. Deres svar er at det må bero på en konkret vurdering av feilen. I noen tilfeller er det tilstrekkelig å tenke seg feilen bort. I andre tilfeller er det nødvendig også å tenke seg en annen handling i stedet for den ulovlige handlingen. De mener at det under enhver omstendighet er et minstekrav at det hypotetiske hendelsesforløpet må være lovlig.

Videre mener de i utgangspunktet at kravet til klar sannsynlighetsovervekt gjelder alle elementene i det hypotetiske hendelsesforløpet. De mener at det er erstatningssøker som med klar sannsynlighetsovervekt blant annet må vise at 1) kontrakten ikke ville ha gått til en annen leverandør fordi dennes tilbud var bedre, 2) at erstatningssøkers tilbud ikke ville ha blitt avvist, 3) at oppdragsgiver ikke ville valgt egenregi og 4) at oppdragsgiver ikke ville ha avlyst konkurransen dersom feilen ikke hadde blitt begått.

Haukeland Fredriksen og Strandberg mener at EFTA-domstolens uttalelse ikke kan tolkes slik at den dekker de tilfellene som regnes opp. Det ser ut som de mener man må sondre mellom tilfeller der konkurransen faktisk er avlyst, og der den ikke er det.

Vi er usikre på om det er helt god sammenheng i argumentasjonen på dette punktet. Synspunktet blir da at hvis oppdragsgiver faktisk avlyser, så er det oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det forelå feil ved konkurransen, men hvis han ikke avlyser, er det den forbigåtte tilbyderen som med klar sannsynlighetsovervekt må vise at det ikke forelå feil som ville ha ledet til avlysning. Det er ikke helt lett å skjønne hvorfor oppdragsgiver skal være bedre beskyttet ved å ikke overholde plikten til å avlyse, enn ved å overholde plikten til å avlyse.

Det å begrense EFTA-domstolens uttalelse om at oppdragsgiver har bevisbyrden for at det er begått en annen feil som uansett ga oppdragsgiver plikt til å avlyse konkurranse til de situasjonene der konkurransen ble avlyst, må i tilfelle begrunnes ut fra EU-domstolens praksis knyttet til EU-institusjonenes eget erstatningsansvar. EU-domstolen har her vært tilbakeholden med å snu bevisbyrden.⁹⁰⁰

4.6.6 Kravet til årsakssammenheng for å tilkjenne erstatning for den negative kontraktsinteressen

Dersom betingelseslæren brukes for å fastlegge om det foreligger årsakssammenheng, vil det i utgangspunktet bare være en tilbyder som kan kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen. Det vil også ved mange typer feil være umulig å bevise årsakssammenheng, for eksempel der det er brukt et ulovlig tildelingskriterium. Det vil være vanskelig å ha en begrunnet oppfatning om hvem som ville ha vunnet uten dette kriteriet da også tilbudene ville sett annerledes ut i en slik situasjon.

I norsk rett gikk man derfor tidlig bort fra at årsaksperspektivet er hva situasjonen ville ha vært uten feilen, til at årsaksperspektivet er hvilke kostnader tilbyderne ville ha pådratt seg dersom de før oppstart av tilbudsarbeidet hadde forstått at oppdragsgiver ville begå den feilen han endte opp med å begå. Dersom det er sannsynlig at tilbyderen ville ha unnlatt å delta i konkurransen i en situasjon der

⁸⁹⁹ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) side 179 flg.

⁹⁰⁰ Se nærmere gjennomgang av praksis i Haukeland Fredriksenside 435 følgende.

han denne hadde forutsett at feilene ville bli begått, så har han krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Vi kan ikke se at statsansvaret krever at EU/EFTA-statene må operere med et annet årsakskrav for erstatning for negativ kontraktsinteresse enn betingelseslæren.

Selv om mange EU/EFTA-stater har valgt å implementere en bestemmelse med samme innhold som håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7 også i klassisk sektor, kan vi ikke se noe grunnlag for en plikt til å anvende denne i klassisk sektor.

Prinsippet om ekvivalens innebærer imidlertid at årsakskravet som benyttes i den alminnelige anskaffelsesretten, også må anvendes ved erstatningskrav basert på EØS-retten. Lovgiver vil derfor ikke kunne endre erstatningsvilkåret for negativ kontraktsinteresse for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser uten også å endre den alminnelige anskaffelsesretten.

5. DE GRUNNLEGGENDE PRINSIPPENE OM EKVIVALENS OG EFFEKTIVITET

I tillegg til at erstatningsansvaret nasjonale myndigheter oppstiller for brudd på anskaffelsesregelverket må ligge innenfor rammene av statsansvaret, må vilkårene for erstatningsansvaret også være i samsvar med ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet.

Ekvivalensprinsippet innebærer at prosessuelle regler for å beskytte individers rettigheter ved brudd på EU/EØS-regelverket ikke kan være mindre fordelaktige enn de reglene som gjelder for tilsvarende søksmål vedrørende rene nasjonale bestemmelser,

Effektivitetsprinsippet innebærer at det ikke må være praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve brudd på EU/EØS-regelverket.

Når det gjelder ekvivalensprinsippet, er det sentrale spørsmålet hva som kan anses for å være lignende regler i nasjonal rett. Anskaffelsesregler må anses for å være *sui generis*, slik at sammenligningen må være hvordan nasjonale anskaffelsesregler utenfor EØS-regelverket om offentlige anskaffelser håndheves i norsk rett. Det fins ingen eksempler i rettspraksis på at erstatningsansvar for den positive kontraktsinteressen ved brudd på anskaffelsesreglene etter eksempel NS 8400, har blitt krevd. Det er derfor et åpent spørsmål om det gjelder et erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesregler som ikke følger av regelverket for offentlige anskaffelser. I den grad et slik ansvar gjelder, så der det al grunn til å tro at terskelen for ansvar i alle fall ikke er lavere enn den Høyesterett knesatte i *Nucleus*.

Når det gjelder effektivitetsprinsippet, er et sentralt spørsmål om hva som skal hensyntas i vurderingen.

EU-domstolen har konstatert at man må se håndhevelsesystemet under ett når man skal vurdere om en håndhevelsesmekanisme er tilstrekkelig effektiv.⁹⁰¹

Det er heller ingen tvil om at statsansvaret må anses for å være i tråd med det grunnleggende prinsippet om effektivitet.⁹⁰² Det skulle derfor i utgangspunktet ikke være grunnlag for å sensurere enkelte av vilkårene i statsansvaret med grunnlag i det grunnleggende prinsippet om effektivitet.

En sensur av vilkårene i statsansvaret må derfor eventuelt bygge på at det gjelder et eget prinsipp om effektivitet som stiller krav til innholdet til vilkårene for erstatning som går videre enn det

⁹⁰¹ Sak C-312/93 *Peterbroeck* avsnitt 14 og sak C-246/09 *Susanne Bulice* avsnitt 35

⁹⁰² Sak E-7/18 *Fosen II* avsnitt 120

grunnleggende prinsippet om effektivitet i primærretten, jf. kapittel 2 punkt 6. Dette er igjen et spørsmål om *Strabag* er uttrykk for gjeldende rett, jf. punkt 3.2.5 ovenfor.

6. TILKJENNING AV ERSTATNING FOR ANSKAFFELSER SOM IKKE ER OMFATTET AV HÅNDHEVELSESDIREKTIVENE

Siden rammene for erstatningsansvaret ikke følger av håndhevelsesdirektivet, men av statsansvaret og de grunnleggende prinsippene om ekvivalens og effektivitet, så oppstår det ingen særskilte problemstillinger for anskaffelser som ikke er regulert av håndhevelsesdirektivene, men er regulert av primærretten, det vil si typisk ved anskaffelser med klar grensekryssende interesse. Rammene for erstatningsansvaret vil her være det samme.

7. PUNKTER DER NORSK RETTSPRAKSIS HAR LAGT TERSKELEN LAVERE FOR ERSTATNING ENN KRAVENE I EU/EØS-RETTE

7.1 Innledning

Som påpekt i punkt 2 ovenfor, ser det ut til at Norge ligger helt i toppen i Europa med å tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Vi har derfor funnet det naturlig å peke på hvilke punkter norsk rettspraksis klart synes å ha lagt terskelen for erstatning lavere enn det som EU/EØS-retten krever. Det gir indikasjon på hvilke grep lovgiver kan ta dersom det er ønskelig å gjøre noe med erstatningsnivået.

Siden vi i Norge har lagt terskelen for erstatning lavere enn det EU/EØS-retten krever, har vi innledningsvis funnet grunn til å si noe kort om vektingen av de legislative hensynene ved utformingen av erstatningsvilkårene.

7.2 Vekting av de legislative hensynene ved utformingen av erstatningsvilkårene for ansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket

Erstatningsregler har to grunnleggende funksjoner: reparasjon og prevensjon. Det er altså hensynet til reparasjon og prevensjon som er den bærende begrunnelse for å pålegge et erstatningsansvar der det er begått en feil. Hvilken vekt man legger på disse hensynene kan ha stor betydning for hvor strengt eller mildt man mener at det offentlige erstatningsansvar bør være.

Hvor stor vekt det er grunn til å tillegge disse hensynene, vil variere fra rettsområdet til rettsområde.

Hvor stor vekt hensynet til reparasjon skal tillegges på anskaffelsesrettens område, vil i betydelig grad bero på i hvilken utstrekning man skal anse det å inngå kontrakt med det offentlige som en rettighet.

Flertallet i Håndhevelsesutvalget understreket at hovedformålene med anskaffelsesregelverket er felles offentlige hensyn. Flertallet understreket at en oppfatning om at anskaffelsesretten først for fremst er gitt av hensynet til de private tilbydernes interesser, er et feil perspektiv både i EU/EØS-retten og i norsk rett.⁹⁰³ Flertallet så på de rettigheter som anskaffelsesregelverket gir private aktører for i hovedsak å være rettigheter som er korresponderende og avledede av de omfattende og detaljerte plikter som offentlige oppdragsgivere har ved kjøp av varer og tjenester. Flertallet mente at det fortsatt ikke er noen privat rettighet å få en offentlig kontrakt. Ut fra et slikt syn er det grunn til å tillegge hensynet til reparasjon mindre vekt ved utformingen av erstatningsvilkårene. De som mener at

⁹⁰³ NOU 2012: 2 side 48

hovedformålet med anskaffelsesregelverket er å ivareta private aktørers interesser, vil legge større vekt på reparasjonshensynet ved utformingen av erstatningsvilkårene.

Ved vektleggingen av reparasjonshensynet, er det også grunn til å hensynta at det i alle kontrakter ligger større eller mindre grad av risiko knyttet til gjennomføringen av kontrakten, det vil si om den forbigåtte tilbyderen faktisk har lidt et tap ved ikke å bli tildelt kontrakten. Dette var noe Høyesterett vektla ved utformingen av vilkårene for erstatningsansvaret for den positive kontraktsinteressen i *Nucleus*.⁹⁰⁴

Når det gjelder hensynet til prevensjon, er det slik at håndhevelsen av regelverket i de fleste land i Europa er overlatt til leverandørene, det vil si at det er privat håndhevelse av anskaffelsesregelverket som skal gi oppdragsgivere et tilstrekkelig insitamant til å etterleve regelverket. Dette er også situasjonen i Norge.

I dette ligger det at hensynet til erstatningsreglenes preventive virkning, er et hensyn av stor vekt ved utformingen av erstatningsvilkårene for brudd på anskaffelsesregelverket. Effektiviseringen av anskaffelsesregelverket ser for eksempel ut til å være den bærende begrunnelsen for at Høyesterett i *Nucleus* knesatte at forbigåtte tilbydere har krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesregelverket.⁹⁰⁵ Høyesterett mente at erstatning for negativ kontraktsinteresse ikke ville være tilstrekkelig da den negative kontraktsinteressen ville gjelde forholdsvis små beløp.

Hvor stor vekt man legger på hensynet til prevensjon ved utformingen av erstatningsreglene, vil imidlertid blant annet bero på i hvilken grad man hensyntar at det på anskaffelsesrettens område også fins andre rettsmidler for å håndheve brudd på anskaffelsesregelverket. Muligheten til å få satt til side beslutninger oppdragsgiver har tatt i anskaffelsesprosessen, er særlig viktig her. Det er ikke tvilsomt at dette rettsmidlet i større grad fremmer hovedformålet med regelverket om en mest mulig effektiv bruk av det offentliges ressurser enn tilkjenning av erstatning da det muliggjør at feilen rettes opp før det er lidt noen skade. Høyesteretts avgjørelse i *Perpeetum Miljø* viser at også muligheten for å få erstatning for den negative kontraktsinteressen, kan redusere behovet for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁹⁰⁶

Ved utformingen av erstatningsvilkårene for brudd på anskaffelsesregelverket er det også viktig å være oppmerksom på at det er omkostninger knyttet til å oppstille et strengt erstatningsansvar for oppdragsgivere ved brudd på anskaffelsesregelverket. I ytterste fall kan et strengt erstatningsansvar medføre at hovedformålene med anskaffelsesregelverket ikke styrkes, men undergraves.

Ved utformingen av de nærmere erstatningsvilkårene i *Brasserie du Pêcheur* fremhevet EU-domstolen at utøvelsen av lovgivningsfunksjonen ikke måtte hindres av risiko for erstatningssøksmål.⁹⁰⁷

Det er også den samme type avveining som Høyesterett foretar ved drøftelsen av om det skal oppstilles et generelt objektivt erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak. Høyesterett viser her til at et objektivt ansvar for ugyldige vedtak lett vil kunne lede til at forvaltningen blir for tilbakeholden i sin myndighetsutøvelse, og at viktige samfunnsmessige hensyn kunne bli skadelidende.⁹⁰⁸

Denne typen avveining er det også behov for å foreta på anskaffelsesrettens område. Et strengt erstatningsansvar kan lede til at oppdragsgivere får fokus på å ikke overtre regelverket for offentlige anskaffelser, fremfor på å sikre at anskaffelsen dekker oppdragsgivers behov på en god måte. Dette vil i betydelig grad undergrave hovedformålet med anskaffelsesregelverket om å sikre en mest mulig

⁹⁰⁴ Rt-2001-1062 *Nucleus* side 1079

⁹⁰⁵ Rt-2001-1062 *Nucleus* på side 1077

⁹⁰⁶ HR-2023-206-A *Perpeetum Miljø* avsnitt 61

⁹⁰⁷ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 45

⁹⁰⁸ Rt-2010-291 *Vangen Eiendom* avsnitt 34

effektiv bruk av offentlige midler. Forenklingsutvalget synes å mene at frykten for å gjøre feil hemmer norsk anskaffelsespraksis.⁹⁰⁹

Et strengt erstatningsansvar kan også lede til at det blir store kostnader knyttet til klagebehandling, og eventuelt også behandling i KOFA og domstolene, i en lang rekke saker der oppdragsgiver ikke har begått noen feil som kan lede til erstatningsansvar.

Det er heller ikke til å komme unna at betydelig erstatningsutbetalinger reduserer oppdragsgivers mulighet til å ivareta de oppgaver som oppdragsgiver er satt til å ivareta.

Avslutningsvis nevner vi også at det er vanskelig å måle effekten av et strengt erstatningsansvar for offentlige oppdragsgivere sammenlignet med det å operere med et mildere erstatningsansvar.

7.3 Gjelder det et objektivt erstatningsansvar for noen typer brudd på anskaffelsesregelverket i norsk rett?

Høyesterett fastsatte i *Nucleus* at ansvarsgrunnlaget for erstatning for positiv kontraktsinteresse var at oppdragsgiver hadde begått en vesentlig feil. Høyesterett pekte på at det måtte være et visst rom for å gjøre feil uten at det skulle gi grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressen. I en vurdering av om feilen var vesentlig, skulle det tas hensyn til feilens størrelse, typen av feil og hvor mye oppdragsgiver var å bebreide.

Etter vårt syn la Høyesterett her opp til en vurdering av ansvarsgrunnlaget som hadde store likhetstrekk med statsansvaret i EU-retten. Høyesterett la i *Trafikk & Anlegg* til grunn at statsansvaret oppstilte en høyere terskel for ansvar enn det som fulgte av kravet til vesentlig feil.⁹¹⁰

Vi mener at det ut fra praksis fra Høyesterett klart fulgte at spørsmålet om det forelå ansvarsgrunnlag for offentlige anskaffelser, berodde på en bred, skjønnsmessig vurdering der terskelen for ansvar var relativt høy.

I 2013 anla imidlertid Borgarting lagmannsrett en annen tilnærming til spørsmålet om det forelå et ansvarsgrunnlag.⁹¹¹ Her la lagmannsretten til grunn at det at oppdragsgiver hadde tatt feil i avgjørelsen av om en tilbyder skulle avvises, i seg selv utgjorde et ansvarsgrunnlag. I denne saken unnlot dermed lagmannsretten å drøfte betydningen at spørsmålet om avvisning av valgte leverandør hadde blitt behandlet i en begjæring om midlertidig forføyning, og at oppdragsgiver der hadde fått medhold i at det var riktig ikke å avvise valgte tilbyder. Dette var et moment som hadde blitt tillagt betydelig vekt av Høyesterett i Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg*.

Etter vårt syn ser dommen ut til å bygge på en ren misforståelse. Lagmannsretten bygget synspunktet om at en feil vurdering i et avvisningsspørsmål alene var tilstrekkelig for ansvar på en artikkel fra Lasse Simonsen. Det lagmannsretten ikke tok innover seg, var at denne artikkelen gjaldt en beskrivelse av hvordan Simonsen oppfattet rettstilstanden etter EU-domstolens avgjørelse i *Strabag*. En avgjørelse som ble tolket som å oppstille krav om objektivt ansvar. Lagmannsretten unnlot å nevne at Lasse Simonsen hadde skrevet en ny artikkel etter EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*, og at Simonsen her la til grunn at vilkårene oppstilt i *Nucleus* kunne opprettholdes.

Borgarting lagmannsretts avgjørelse festet seg imidlertid i underrettspraksis, og er lagt til grunn som gjeldende rett i en rekke etterfølgende dommer, jf. blant annet LH-2014-16875, LB-2015-29554-1, LE-

⁹⁰⁹ NOU 2014: 4 side 64, 276, 282 og 285

⁹¹⁰ Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg* avsnitt 55

⁹¹¹ LB-2012-36777

2015-10226 og LB-2017-94201. Det har blitt tilkjent erstatning på mange hundre millioner kroner basert på denne rettsoppfatningen.

Det at det gjelder et tilnærmet objektivt ansvar ved feil knyttet til beslutninger om avlysning og avvisning, ble også anført med tyngde av tilbydersiden i *Fosen-Linjen*.

Høyesterett konkluderte her med at det er statsansvaret som setter rammene for hvilken regulering nasjonal rett kan ha av erstatningsvilkårene.⁹¹²

Høyesterett sa ikke noe mer om hvilken betydning det hadde for vilkåret om at det måtte være begått en vesentlig feil. Høyesterett kunne ha nøyd seg med å si at vilkåret om vesentlig feil lå innenfor rammene av kravet til tilstrekkelig kvalifisert feil, men valgte altså å være helt taus om ansvarsgrunnlaget for den positive kontraktsinteressen i norsk rett.

Det Høyesterett gjorde var å oppstille et vilkår om at det måtte være begått en tilstrekkelig kvalifisert feil også for å tilkjenne erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Dommen har imidlertid av de aller fleste blitt tolket slik at også ansvarsgrunnlaget for erstatning for positiv kontraktsinteresse, er at det må være begått en tilstrekkelig kvalifisert feil.

I *Fosen-Linjen* redegjorde også Høyesterett litt for hva den anså for å ligge i kravet til tilstrekkelig klart brudd. Høyesterett ga her anvisning på at det måtte gjøres en bred vurdering, og at det var viktig om den overtrådte regelen var klar og presis.⁹¹³

Vi kan ikke se at den anvisningen som Høyesterett ga for vurderingen av om det foreligger en tilstrekkelig kvalifisert feil, åpnet for å fastholde synspunktet om et tilnærmet objektivt ansvar der oppdragsgiver har grepet feil i vurderingen av et spørsmål om avvisning eller avlysning. (Et synspunkt vi mener er klart i strid også med Høyesteretts vilkår om at det må foreligge en vesentlig feil.)

I underrettspraksis fins det imidlertid dommer som bygger på at det gjelder et tilnærmet objektivt ansvar der oppdragsgiver har gjort feil ved vurdering av et spørsmål om avvisning eller avlysning. Hålogaland lagmannsrett ila for eksempel Bodø kommune i november 2022 et erstatningsansvar på 45 millioner kroner fordi lagmannsretten konkluderte med at kommunen hadde grepet feil i et avvisningsspørsmål, og at det i utgangspunktet var et objektivt ansvar for en slik feil.⁹¹⁴ Lagmannsretten tilla det ingen vekt at dette åpenbart, også for lagmannsretten, var et vanskelig spørsmål, og at KOFA hadde konkludert med at det ikke var avvisningsplikt før kommunen signerte med valgte tilbyder.

Vi mener at det er klart at dette tilnærmet objektive ansvaret ikke er noe som følger av vilkåret om at det må foreligge en tilstrekkelig kvalifisert feil i statsansvaret. Vi viser til vår drøftelse over i punkt 4 ovenfor.

7.4 Årsakssammenheng/rettslig interesse i norsk rett

Haukeland Fredriksen og Strandberg påpeker at til tross for et markert strengere beviskrav for årsakssammenheng i anskaffelsessaker, er inntrykket av lagmannsrettspraksis at det ofte er uklart hvilket beviskrav som faktisk anvendes i disse sakene.⁹¹⁵ Vi er enig i denne observasjonen.

⁹¹² HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 76

⁹¹³ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 120 til 123

⁹¹⁴ LH-2022-43940

⁹¹⁵ Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018) side 183 flg.

I norsk rettspraksis tok det også tid å få etablert at en erstatningssøker ikke har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen dersom han ikke lovlig kunne tildeles kontrakten der feilen som påstås å utløse ansvaret for den positive kontraktsinteressen tenkes bort. Før *Perpetuum Miljø* var det i lagmannsrettspraksis ved noen tilfeller lagt til grunn at erstatningssøker hadde krav på erstatning i disse tilfellene.⁹¹⁶

7.5 Utmåling av tapet

7.5.1 Utgangspunkter for fastsettelsen av den positive kontraktsinteressen

Utmålingen av erstatningen for den positive kontraktsinteressen ved brudd på anskaffelsesregelverket er et tema som gjennomgående er viet liten oppmerksomhet i norsk rettspraksis.

Den forbigåtte tilbyderens tap ved ikke å ha blitt tildelt kontrakten, er vederlaget han skulle ha hatt etter kontrakten dersom han hadde fått denne, fratrukket de kostnader han ville ha hatt knyttet til å gjennomføre kontrakten og som han ikke pådrar seg som følge av at han ikke fikk den. Denne størrelsen er ofte kalt dekningsbidraget eller bruttofortjenesten.

Dekningsbidraget må fastsettes ut fra det omfanget kontrakten mest sannsynlig ville ha fått dersom den forbigåtte tilbyderen hadde fått den. Uten andre konkrete holdepunkter må det legges til grunn at omfanget ville ha blitt det samme som omfanget til den kontrakten som faktisk ble inngått, altså omfanget av kontrakten med valgte leverandør.⁹¹⁷

I norsk rettspraksis er det vanlig å fastsette dekningsbidraget med utgangspunkt i de kalkyler som den forbigåtte tilbyderen utarbeidet som grunnlag for tilbudsinngivelsen, altså kalkylene som ligger til grunn for tilbudssummen.⁹¹⁸ Vi mener at dette er det mest presise utgangspunktet man kan ha for fastsettelsen av dekningsbidraget. I norsk rettspraksis er det imidlertid få spor av at man etterprøver denne kalkylen. Vi mener at det er uholdbart når man vet at leverandører ofte ikke klarer å oppnå den fortjeneste som følger av kalkylen. Antakelig er rettspraksis et uttrykk for at oppdragsgiversiden har gjort for lite for å ettergå den forbigåtte tilbyders kalkyle. Domstolene synes imidlertid også å ha vært lite villige til å sammenholde kalkylene med andre peilepunkter, som for eksempel fortjenesten som fremgår av forbigåtte tilbyders regnskaper. Der dekningsbidraget som kreves erstattet, gir uttrykk for en fortjeneste som er mye høyere enn det regnskapene viser at den forbigåtte tilbyderen i snitt har klart å oppnå, kan man tenke seg at domstolene krever at den forbigåtte tilbyderen sannsynliggjør at nettopp denne kontrakten skulle gi høyere fortjeneste enn det den forbigåtte tilbyderen klarer å oppnå.

Et særlig problem der man tar utgangspunkt i den forbigåtte tilbyderens kalkyle, er risikopåslagene i kalkylen. En forsvarlig kalkyle vil alltid inneholde risikopåslag. De kan være inkludert i de enkelte kostnadsposter i kalkylen, eller de kan være ført opp som en egen post. Ofte vil det være en kombinasjon. Spørsmålet er om den forbigåtte tilbyderen kan kreve erstattet også dette risikopåslaget. I mange tilfeller vil risikopåslaget utgjøre en betydelig del av dekningsbidraget som følger av kalkylen.

Vi mener det er lite logisk at den forbigåtte tilbyderen skal få erstattet et risikopåslag når tilbyderen ikke har løpt den risikoen som er knyttet til å gjennomføre kontrakten. Leverandøren får da betalt for en risiko han ikke løper.

Borgarting lagmannsrett har i minst to saker avvist at risikopåslaget i den forbigåtte tilbyderens kalkyle skal løftes ut ved fastsettelsen av tapet.⁹¹⁹ Den ene saken er avgjørelsen i tvisten mellom Skanska og

⁹¹⁶ Se bl.a. LB-2012-36777

⁹¹⁷ Rt-2001-1062 *Nucleus* på side 1079 og 1080

⁹¹⁸ Se blant annet LB-2017-94201 og LB-2012-36777

⁹¹⁹ LB-2012-36777 og LB-2017-94201

Bane NOR der lagmannsretten tilkjenner Skanska erstatning på 272 800 000 kroner. I denne saken mente lagmannsretten at dekningsbidraget kunne legges til grunn selv om det var høyere enn det Skanska hadde klart å oppnå i tidligere prosjekter. Lagmannsretten viste her til at dekningsbidraget var kalkulert med 90% sikkerhet (P 90). I dette ligger det at dekningsbidraget inneholdt store påslag for usikkerhet. Lagmannsretten gjør ikke noe forsøk på å forklare hvorfor Skanska skal ha erstattet dette risikopåslaget. Det kan ikke utelukkes at Bane NOR måtte betale nærmere 100 millioner kroner for en risiko som Skanska ikke løp fordi selskapet ikke fikk kontrakten.

Tilnærmingen er en helt annen i Danmark. Her ser vi at det ofte gjøres et fradrag fordi den forbigåtte tilbyderen ikke løper den risikoen som det er forbundet med å gjennomføre en kontrakt, og det ses ofte også hen til leverandørens gjennomsnittlige dekningsbidrag i andre kontrakter. Se nærmere i kapittel 7 punkt 8.5.

7.5.2 Den forbigåtte tilbyderens tapsbegrensningsplikt

7.5.2.1 Betydningen av at den forbigåtte tilbyderen har inngått eller burde ha inngått andre kontrakter

Et annet spørsmål det har vært lite oppmerksomhet rundt i utmålingspraksis i Norge, er betydningen av at den forbigåtte tilbyderen har gjennomført andre kontrakter i den perioden som den omtvistede kontrakten skulle vært gjennomført. I utgangspunktet er det ingen tvil om at dekningsbidrag på kontrakter som den forbigåtte tilbyderen har kunnet inngå som følge av at han ikke fikk den omtvistede kontrakten, skal komme til fradrag i erstatningsutmålingen. Likevel er dette sjelden drøftet ved utmålingen av erstatningen for den positive kontraktsinteressen.

Anførselen fra leverandørsiden er gjennomgående at de har full mulighet til å øke kapasiteten, slik at det at de har gått glipp av en kontrakt, ikke har medført at de har inngått kontrakter som de ellers ikke villet kunne ha inngått.

I noen type kontrakter vil dette kanskje være en riktig beskrivelse av virkeligheten. Høyesterett har for eksempel i Rt-2003-486 *Block Watne* lagt til grunn at en produsent av typehus ville kunnet ha økt produksjonskapasiteten dersom kontrakten ikke hadde blitt avbestilt. Produsenten ble derfor tilkjent full erstatning, selv om avbestillingen ikke medførte redusert virksomhet.

Det er imidlertid vanskelig å se at dette kan legges til grunn som et generelt utgangspunkt. Mange virksomheter vil ha begrenset kapasitet knyttet til nøkkelfaktorer som gjør at de reelt sett ikke har muligheten til å skalere virksomheten opp på kort og halvlang sikt. I entreprisekontrakter vil for eksempel gode prosjektledere være en minimumsressurs.

I norsk rettspraksis er det likevel vanskelig å finne eksempler på at det i erstatningsutmålingen er vektlagt at feilen har medført at erstatningssøker har kunnet inngå andre kontrakter.

Igjen ser vi her at tilnærmingen er en helt annen i dansk rett. Her trekkes ofte det at feilen har gitt erstatningssøker mulighet til å inngå andre kontrakter inn som et moment som gir grunn til å redusere erstatningsbeløpet, se kapittel 7 punkt 8.5..

Det er ingen tvil om at betydningen av at det er inngått eller burde vært inngått andre kontrakter, er av svært stor betydning for størrelsen på den erstatningen som utmåles.

7.5.2.2 Manglende aktivitet for å få omgjort en ulovlig beslutning

I Sverige er som nevnt hovedregelen at retten til erstatning for den positive kontraktsinteressen tapes dersom feil ikke bringes inn for den alminnelige forvaltningsdomstoler innen karenstidens utløp.⁹²⁰

I norsk rett åpner også skadeserstatningsloven for at en slik form for mangel på å forsøke å hindre at skaden oppstår, kan vektlegges ved erstatningsutmålingen.⁹²¹

Dette har blitt vurdert og avvist i LE-2022-19926, der lagmannsretten uttalte:

Lagmannsretten kan heller ikke se at Syljuåsen ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. Det kan ikke legges Syljuåsen til skade at de ikke krevde midlertidig forføyning. Det er ikke åpenbart at et slikt krav ville ført frem. Syljuåsen klaget dessuten kommunen inn for KOFA, og Syljuåsens anførsler – som de nå høres med – har så vidt lagmannsretten kan se, hele tiden vært de samme

Dommen inneholder ikke noen nærmere begrunnelse for det standpunkt som inntas.

Det er ønskelig at feil i anskaffelsesprosessen så langt mulig blir reparert før kontrakt blir signert. Dette vil være en fordel både for oppdragsgivere og leverandører.

Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det er mulig at det grunnleggende effektivitetsprinsippet er til hinder for at man per i dag i norsk rett kan vektlegge at den forbigåtte leverandøren ikke har forsøkt å få feilen rettet ved å begjære midlertidig forføyning.

Grunnen til dette er at tvisteloven oppstiller et objektivt ansvar for den som krever midlertidig sikring dersom han i første omgang får medhold, men den senere blir opphevet eller faller bort, og det viser seg at saksøkerens krav ikke bestod da sikringen ble besluttet.⁹²²

I anskaffelser som gjelder kontrakter av en viss størrelse, så kan de kostnader oppdragsgiver er påført på grunn av en midlertidig avgjørelse om at kontrakt ikke kunne inngås, være svært betydelige.

Spørsmålet om risikoen for å bli erstatningsansvarlig for oppdragsgivers kostnader knyttet til en utsettelse av kontraktsinngåelsen, innebærer at det vil være uforholdsmessig vanskelig å fremme et erstatningskrav for brudd på anskaffelsesverket hvis det er et vilkår for å få slik erstatning at kontraktsinngåelse er forsøkt stanset.

Muligheten for erstatningsansvar dersom det skulle vise seg at den forbigåtte skadelidte ikke hadde noe krav, ser ut til å være en av flere grunner til at Høyesterett i Storbritannia ikke ville legge vekt på at erstatningssøker ikke hadde forsøkt å stoppe kontraktsinngåelse.⁹²³

7.5.3 Hensynet til å unngå ubegrunnet berikelse

EU-domstolen har lagt til grunn at nasjonale domstoler har rett til å sikre at håndhevelse av EU/EØS-regler ikke resulterer i en ubegrunnet berikelse for den som krever erstatning.⁹²⁴

For oss ser det ut til at norske domstoler i liten grad har benyttet seg av denne muligheten.

⁹²⁰ Se nærmere kapittel 8 punkt 3.6 ovenfor

⁹²¹ Skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2 (for arbeidsgiveransvaret er det også en særregel i § 2-2 nr. 2)

⁹²² Tvisteloven § 32-11

⁹²³ [2017] UKSC 34 Nuclear Decommissioning Authority v EnergySolutions EU Ltd avsnitt 43 flg.

⁹²⁴ Sak C-501/18 BT avsnitt 125

7.6 Håndhevelsesorganets prøvingsintensitet

Et siste spørsmål vi finner grunn til å nevne som i praksis kan være helt bestemmende for omfanget av erstatning som tilkjennes, er domstolenes prøvingsintensitet.

I norsk rett er det klart at oppdragsgiver ved gjennomføring av offentlige anskaffelser har et innkjøpsfaglig skjønn, men det er mer uklart hvilke beslutninger dette gjelder. Det er klart at oppdragsgivers evaluering av tilbudene er undergitt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁹²⁵ Det samme gjelder i en viss utstrekning vurderingen av om kvalifikasjonskrav er oppfylt.⁹²⁶ Utover dette er det mer uklart hvilke vurderinger som er undergitt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Er for eksempel vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene etter anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b undergitt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn?

Høyesterett har videre lagt til grunn at prøvingen av det innkjøpsfaglige er begrenset til å prøve om skjønnet ikke er vilkårlig eller sterkt urimelig, og om det er i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, det vil si prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.⁹²⁷ Hva som ligger i at håndhevelsesorganet skal prøve om vurderingen er i samsvar med de grunnleggende prinsippene, er ikke videre klart.

Vi har ikke hatt anledning til innenfor den tiden som har stått til rådighet å undersøke nærmere hvordan prøvingsintensiteten i norsk rett er sammenlignet med øvrige land i Europa.

Vi har imidlertid en hypotese om at en høyere terskel på prøvingsintensiteten i en del andre land, kan være en forklaring på de observerte forskjellene i omfanget på tilkjent erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket.

Det er lite praksis om terskelen for håndhevelsesorganets prøvingsintensitet fra EU-domstolen.

EU-domstolen konstaterte i sak C-440/13 *Croce Amica* at håndhevelsesorganet ikke kan nøye seg med å vurdere om beslutningen er vilkårlig. Håndhevelsesorganet må vurdere om beslutningen er lovlig. Det er ikke et krav om at håndhevelsesorganet skal prøve om beslutningen var hensiktsmessig.⁹²⁸ Avgjørelsen utdyper ikke nærmere hva som vil ligge i å prøve lovligheten av en beslutning.

Vi er ikke kjent med andre avgjørelser fra EU-domstolen på anskaffelsesrettens område som behandler spørsmålet. Underretten har lagt til grunn en relativt lav prøvingsintensitet i saker om EU-institusjonene har etterlevd anskaffelsesregelverket i Finansforordningen.

Caranta omtaler krav til nivå på prøvingsintensitet som «The Gaping Black Hole».⁹²⁹ Han peker blant annet på at EU-domstolen har stilt beskjedne krav til håndhevelsesorganenes etterprøving av et komplekst faktum (riktignok på et annet område enn anskaffelsessaker). Han viser til sak C-120/97 *Upjohn* avsnitt 34 og 35.

Arrowsmith påpeker også at EU-domstolen ikke har avklart hvilke krav til prøvingsintensitet som gjelder på anskaffelsesrettens område. Hun mener imidlertid at håndhevelsesorganet alltid må ta stilling til hva som er riktig tolkning av lovregler. Det samme gjelder tolkningen av anskaffelsesdokumentene, selv om hun mener at det er noe mer usikkerhet knyttet til dette. Endelig

⁹²⁵ Rt-2007-1783 *NIDA Entreprenør* avsnitt 44

⁹²⁶ HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 53 og 54

⁹²⁷ Rt-2007-1783 *NIDA Entreprenør* avsnitt 44 og HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 54

⁹²⁸ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 43 og 44

⁹²⁹ Caranta (2011) side 84

mener hun at håndhevelsesorganene må prøve faktum, men hun sier at man her kan tenke seg et unntak for et mer komplekst faktum.⁹³⁰

⁹³⁰ Arrowsmith, Volume 2 avsnitt 22-114 til 22-117 (side 982 til 986)

KILDELISTE

1. INTERNASJONALE RETTSKILDER

1.1 Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG og Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* (ECLI:EU:C:1976:188)

Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Andrea Francovich (sak C-6/90) og Danila Bonifaci mfl. (sak C-9/90) mot Italia* (ECLI:EU:C:1991:428)

Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA mot Tyskland (sak C-46/93) og The Queen mot Secretary of State for Transport (sak C-48/93)* (ECLI:EU:C:1996:79)

Sak C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgia* (ECLI:EU:C:1995:437)

Sak C-392/93 *The Queen mot H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc* (ECLI:EU:C:1996:131)

Sak C-319/96 *Brinkmann Tabakfabriken GmbH mot Skatteministeriet Danmark* (ECLI:EU:C:1998:429)

Sak C-225/97 *Kommisjonen mot Frankrike* (ECLI:EU:C:1999:252)

Sak C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA og Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten* (ECLI:EU:C:1999:420)

Sak C-81/98 *Alcatel Austria AG and Others, Siemens AG Österreich og Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* (ECLI:EU:C:1999:534)

Sak C-337/98 *Kommisjonen mot Frankrike* (ECLI:EU:C:2000:543)

Sak C-352/98 *Laboratoires Pharmaceutiques Bergaderm SA og Jean-Jacques Goupil mot Kommisjonen* (ECLI:EU:C:2000:361)

Sak C-424/99 *Kommisjonen mot Østerrike* (ECLI:EU:C:2001:642)

Sak C-470/99 *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.mbh Salzburg og 2. ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* (ECLI:EU:C:2002:746)

Sak C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs- GmbH (HI) mot Stadt Wien* (ECLI:EU:C:2002:379)

Sak C-327/00 *Santex SpA mot Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, Sca Mólnlycke SpA, Artsana SpA og Fater SpA* (ECLI:EU:C:2003:109)

Sak C-28/01 *Kommisjonen mot Tyskland* (ECLI:EU:C:2003:220)

Sak 57/01 *Makedoniko Metro og Michaniki AE mot Elliniko Dimosio* (ECLI:EU:C:2003:47)

- Sak C-201/01 *Maria Walcher mot Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark* (ECLI:EU:C:2003:450)
- Sak C-249/01 *Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) og Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED)* (ECLI:EU:C:2003:359)
- Sak C-314/01 *Siemens AG Österreich og ARGE Telekom & Partner mot Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger* (ECLI:EU:C:2004:159)
- Sak C-315/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)* (ECLI:EU:C:2003:360)
- Sak C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH mfl. mot Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)* (ECLI:EU:C:2003:362)
- Sak C-424/01 *CS Communications & Systems Austria GmbH mot Allgemeine Unfallversicherungsanstalt* (ECLI:EU:C:2003:213)
- Sak C-448/01 *EVN AG og Wienstrom GmbH mot Østerrike* (ECLI:EU:C:2003:651)
- Sak C-212/02 *Kommisjonen mot Østerrike* (ECLI:EU:C:2004:386)
- Sak C-230/02 *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republik Österreich* (ECLI:EU:C:2004:93)
- Sak C-26/03 *Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (ECLI:EU:C:2005:5)
- Sak C-275/03 *Kommisjonen mot Portugal* (ECLI:EU:C:2004:632)
- Sak C-470/03 *A.G.M.-COS.MET Srl mot Suomen valtio og Tarmo Lehtinen* (ECLI:EU:C:2007:213)
- Sak C-15/04 *Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH* (ECLI:EU:C:2005:345)
- Sak C-129/04 *Espace Trianon og Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) mot Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)* (ECLI:EU:C:2005:521)
- Forente saker C-295/04 til C-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (sak C-295/04), Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA (sak C-295/04), (C-296/04) og Nicolò Tricarico (sak C-297/04) og Pasqualina Murgolo (sak C-298/04) mot Assitalia SpA* (ECLI:EU:C:2006:461)
- Sak C-503/04 *Kommisjonen mot Tyskland* (ECLI:EU:C:2007:432)
- Sak C-243/05 *P Agras, SA mfl. mot Kommisjonen* (ECLI:EU:C:2006:708)
- Sak C-278/05 *Carol Marilyn Robins mfl. mot Secretary of State for Work and Pension* (ECLI:EU:C:2007:56)
- Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* (ECLI:EU:C:2008:203)
- Sak C-432/05 *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern* (ECLI:EU:C:2007:163)

- Sak C-241/06 *Lämmerzahl GmbH mot Hansabyen Bremen* (ECLI:EU:C:2007:597)
- Sak C-444/06 *Kommisjonen mot Spania* (ECLI:EU:C:2008:190)
- Sak C-450/06 *Varec Sa mot Belgia* (ECLI:EU:C:2008:91)
- Sak C-452/06 *The Queen på vegne av Synthon BV mot Licensing Authority of the Department of Health* (ECLI:EU:C:2008:565)
- Sak C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH og APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (ECLI:EU:C:2008:351)
- Sak C-492/06 *Conorzio Elisoccorso San Raffaele mot Elilombarda Srl og Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano* (ECLI:EU:C:2007:583)
- Sak C-440/07 P *Kommisjonen mot Schneider Electric SA* (ECLI:EU:C:2009:459)
- Sak C-91/08 *Wall AG mot Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH og Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH* (ECLI:EU:C:2010:182)
- Forente saker C-145/08 og 149/08 *Club Hotel Loutraki, Athinaiki Techniki AE og Evangelos Marinakis mot Ethniko Simvoulío Radiotileorasis og Ipourgos Epikratías (sak C-145/08), og Aktor ATE mot Ethniko Simvoulío Radiotileorasis (sak C-149/08)* (ECLI:EU:C:2010:247)
- Sak C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd mot NHS Business Services Authority* (ECLI:EU:C:2010:45)
- Sak C-455/08 *Kommisjonen mot Irland* (ECLI:EU:C:2009:809)
- Sak C-456/08 *Kommisjonen mot Irland* (ECLI:EU:C:2010:46)
- Sak C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV og De Jonge Konstruktie BV mot provinsen Drenthe* (ECLI:EU:C:2010:751)
- Sak C-570/08 *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias mot Anatheoritiki Archi Prosforon* (ECLI:EU:C:2010:621)
- Sak C-17/09 *Kommisjonen mot Tyskland* (ECLI:EU:C:2010:33)
- Sak C-246/09 *Susanne Bulicke mot Deutsche Büro Service GmbH* (ECLI:EU:C:2010:418)
- Sak C-314/09 *Stadt Graz mot Strabag, Teerag-Asdag AG og Bauunternehmung Granit GesmbH* (ECLI:EU:C:2010:567)
- Sak C-429/09 *Günter Fuß mot Stadt Halle* (ECLI:EU:C:2010:717)
- Sak C-100/12 *Fastweb SpA mot Azienda Sanitaria Locale di Alessandria* (ECLI:EU:C:2013:448)
- Sak C-19/13 *Ministro dell'Interno mot Fastweb SpA* (ECLI:EU:C:2014:2194)
- Sak C-278/13 P(R) *Kommisjonen mot Pilkington Group Ltd* (ECLI:EU:C:2013:558)
- Sak C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl mot Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)* (ECLI:EU:C:2014:2435)

Sak C-538/13 *eVigilo Ltd mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos* (ECLI:EU:C:2015:166)

Sak C-689/13 *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) mot Airgest SpA* (ECLI:EU:C:2016:199)

Sak C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato mot Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino – Città di Levico Term, Ministero della Giustizia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri og Segretario Generale del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento* (ECLI:EU:C:2015:655)

Sak C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG mot Stadt Landau* (ECLI:EU:C:2015:760)

Sak C-166/14 *MedEval - Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH* (ECLI:EU:C:2015:779)

Sak C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme mot Corporació de Salut del Maresme i la Selva* (ECLI:EU:C:2015:664)

Forente saker C-439/14 og C-488/14 *SC Star Storage SA mot Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI) (C-439/14) og SC Max Boegl România SRL, SC UTI Grup SA, Astaldi SpA og SC Construcții Napoca SA mot RA Aeroportul Oradea, SC Porr Construct SRL, Teerag-Asdag Aktiengesellschaft, SC Col-Air Trading SRL, AVZI SA, Trameco SA og Iamsat Muntenia SA (C-488/14)* (ECLI:EU:C:2016:688)

Sak C-495/14 *Antonio Tita, Alessandra Carlin og Piero Costantini mot Ministero della Giustizia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri og Segretario Generale del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento (TRGA)* (ECLI:EU:C:2016:230)

Sak C-549/14 *Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (ECLI:EU:C:2016:634)

Sak C-35/15 P(R) *Kommisjonen mot Vanbreda Risk & Benefits* (ECLI:EU:C:2015:275)

Sak C-171/15 *Connexion Taxi Services BV mot Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV* (ECLI:EU:C:2016:948)

Sak C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH mot Universität für Bodenkultur Wien og VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien* (ECLI:EU:C:2016:988)

Sak C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL mfl. mot Agencia Pública de Puertos de Andalucía* (ECLI:EU:C:2017:268)

Sak C-517/15 *AGC Glass Europa SA, AGC Automotive Europe SA, AGC France SAS, AGC Flat Glass Italia Srl, AGC Glass UK Ltd og AGC Glass Germany GmbH mot Kommisjonen* (ECLI:EU:C:2017:598)

Sak C-131/16 *Archus sp. z o.o. og Gama Jacek Lipik mot Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.* (ECLI:EU:C:2017:358)

Sak C-223/16 *Casertana Costruzioni Srl mot Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti* (ECLI:EU:C:2017:685)

Sak C-376/16 P *European Union Intellectual Property Office (EUIPO) mot European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA og Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliorforikis kai Tilematikis AE* (ECLI:EU:C:2018:299)

Sak C-531/16 *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras og Ecoservice projektai UAB* (ECLI:EU:C:2018:324)

Sak C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust og Coopservice Soc. coop. arl mot Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST) og Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)* (ECLI:EU:C:2018:1034)

Sak C-260/17 *Anodiki Services EPE mot GNA, O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki og Geniko Okgologiko Nosokomeio Kifisias – (GONK) «Oi Agioi Anargyroi»* (ECLI:EU:C:2018:864)

Sak C-300/17 *Hochtief AG mot Budapest Főváros Önkormányzata* (ECLI:EU:C:2018:635)

Sak C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA og Tpl Linea Srl mot Atp Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA og Regione Liguria* (ECLI:EU:C:2018:958)

Sak C-620/17 *Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe mot Fővárosi Törvényszék* (ECLI:EU:C:2019:630)

Sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus mot Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo m.fl.* (ECLI:EU:C:2019:118)

Sak C-333/18 *Lombardi Srl mot Comune di Auletta, Delta Lavori SpA og Msm Ingegneria Srl* (ECLI:EU:C:2019:675)

Forente saker C-496/18 og C-497/18 *Hungeod Közlekedésfejlesztési, Földmérési, Út- és Vasúttervezési Kft. (sak C-496/18), Sixense Soldata (sak C-496/18) og Budapesti Közlekedési Zrt. (sak C-496/18 og sak C-497/18) mot Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* (ECLI:EU:C:2020:240)

Sak C-501/18 *BT mot Balgarska Narodna Banka* (ECLI:EU:C:2021:249)

Sak C-263/19 *T-Systems Magyarország Zrt. and BKK Budapesti Közlekedési Központ mot Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* (ECLI:EU:C:2020:373)

Sak C-319/19 *Kommisjonen mot ZV e.a.* (ECLI:EU:C:2021:883)

Forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal SpA (sak C-721/19) og Stanleybet Malta Ltd og Magellan Robotech Ltd (C-722/19) mot Agenzia delle Dogane e dei Monopoli og Ministero dell'Economia e delle Finanze* (ECLI:EU:C:2021:672)

Sak C-771/19 *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE – LDK Symvouloi Michanikoi AE, NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE og LDK Symvouloi Michanikoi AE mot Archi Exetasis Prodikastikon Prosfigon (AEPP) og Attiko Metro AE* (ECLI:EU:C:2021:232)

Sak C-927/19 *Klajpėdos regiono atliekų tvarkymo centras UAB* (ECLI:EU:C:2021:700)

Sak C-23/20 *Simonsen & Weel A/S mot Region Nordjylland og Region Syddanmark* (ECLI:EU:C:2021:490)

Sak C-497/20 *Randstad Italia SpA mot Umana SpA, Azienda USL Valle d'Aosta, IN. VA SpA og Synergie Italia agenzia per il Lavoro SpA* (ECLI:EU:C:2021:1037)

Sak 532/20 *Alstom Transport SA mot Compania Națională de Căi Ferate CFR SA, Strabag AG – Sucursala București og Swietelsky AG Linz – Sucursala București* (ECLI:EU:C:2022:128)

Sak C-54/21 *Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o. og Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy mot Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie* (ECLI:EU:C:2022:888)

Forente saker C-274/21 og 275/21 *EPIC Financial Consulting mot Østerrike* (ECLI:EU:C:2022:565)

Sak C-682/21 «*HSC Baltic*» UAB, «*Mitnija*» UAB og «*Montuotojas*» UAB mot *ilniaus miesto savivaldybės administracija* (ECLI:EU:C:2023:48)

Sak C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche SA mot Município de Aveiro, Navalrocha – Sociedade de Construção e Reparações Navais SA og Navaltagus – Reparação e Construção Naval SA* (ECLI:EU:C:2022:414)

Sak C-53/22 *VZ mot CA* (ECLI:EU:C:2023:88)

Sak C-478/22 *Telefónica de España SA mot Kommisjonen* (ECLI:EU:C:2022:914)

Sak C-493/22 *Armaprocare SRL mot Ministerul Apărării Naționale og BlueSpace Technology SRL* (ECLI:EU:C:2023:291)

1.2 Generaladvokatuttalelser

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott i sak C-454/06 *presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext – Service GmbH og APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (ECLI:EU:C:2008:351)

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot i sak C-91/08 *Wall AG mot Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH og Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH* (ECLI:EU:C:2009:659)

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston i forente saker C-145/08 og 149/08 *Club Hotel Loutraki, Athinaiki Techniki AE og Evangelos Marinakis mot Ethniko Simvoulío Radiotileorasis og Ipourgos Epikratías (sak C-145/08), og Aktor ATE mot Ethniko Simvoulío Radiotileorasis (sak C-149/08)* (ECLI:EU:C:2009:668)

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón i sak C-568/08 *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV og De Jonge Konstruktie BV mot provinsen Drenthe* (ECLI:EU:C:2010:515)

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Jääskinen i sak C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme mot Corporació de Salut del Maresme i la Selva* (ECLI:EU:C:2015:445)

Forslag til avgjørelse fra generaldvokat Sánchez-Bordonas i sak C-171/15 *Connexion Taxi Services BV mot Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV* (ECLI:EU:C:2016:506)

Forslag til avgjørelse fra generaldvokat Sánchez-Bordonas i sak C-927/19 *'Klaipėdos regiono atlieky tvarkymo centras' UAB* (ECLI:EU:C:2021:295)

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Collins i sak C-547/22 *INGSTEEL spol. s. r. o. mot Úrad pre verejné obstarávanie* (ECLI:EU:C:2023:967)

1.3 Avgjørelser fra Underretten

Sak T-345/03 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2008:67)

Sak T-70/05 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Det europeiske sjøsikkerhetsbyrå (EMSA)* (ECLI:EU:T:2010:55)

Forente saker T-376/05 og T-383/05 *TEA-CEGOS, SA og Services techniques globaux (STG) SA (sak T-376/05) og GHK Consulting Ltd (sak T-383/05) mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2006:47)

Sak T-457/07 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Den europeiske myndighet for næringsmiddeltrygghet (EFSA)* (ECLI:EU:T:2012:671)

Sak T-461/08 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Den europeiske investeringsbank (EIB)* (ECLI:EU:T:2011:494)

Sak T-554/08 *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2012:194)

Sak T-216/09 *Astrim SpA og Elyo Italia Srl mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2012:574)

Sak T-393/10 *R Westfälische Drahtindustrie GmbH, Westfälische Drahtindustrie Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG og Pampus Industriebeteiligungen GmbH & Co. KG mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2011:178)

Sak T-553/11 *European Dynamics Luxembourg SA mot Den europeiske sentralbank (ECB)* (ECLI:EU:T:2014:275)

Sak T-556/11 *European Dynamics Luxembourg SA, European Dynamics Belgium SA og Evropaïki Dynamiki — Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot EUs immaterialrettskontor (EUIPO)* (ECLI:EU:T:2016:248)

Sak T-349/13 *Orange Business Belgium SA mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2016:385)

Sak T-570/13 *Agriconsulting Europe SA mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2016:40)

Sak T-199/14 *Vanbreda Risk & Benefits mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2015:820)

Sak T-292/15 *Vakakis kai Synergates — Symvouloi gia Agrotiki Anaptixi AE Meleton mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2019:84)

Sak T-10/17 *Proof IT SIA mot Det europeiske institutt for kjønnslikestilling (EIGE)* (ECLI:EU:T:2018:682)

Sak T-352/18 *Germann Avocats LLC mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2021:64)

Sak T-849/19 *Leonardo SpA mot Det europeiske grense- og kystvaktbyrå (Frontex)* (ECLI:EU:T:2022:28)

Sak T-7/20 *Global Translation Solutions ltd. mot Europaparlamentet* (ECLI:EU:T:2021:649)

Sak T-175/21 *RH mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2023:77)

Sak T-170/22 R *Telefónica de España, SA mot Kommisjonen* (uten ECLI-nummer)

Sak T-1/23 *Enmacc GmbH mot Kommisjonen* (ECLI:EU:T:2023:506)

1.4 Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir mot The Government of Iceland*

Sak E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. mot The Icelandic State*

Sak E-11/12 *Beatrix Susanne Koch, Lothar Hummel og Stefan Müller mot Swiss Life (Liechtenstein) AG*

Sak E-24/13 *Casino Admiral AG mot Wolfgang Egger*

Sak E-16/16 *Fosen-Linjen AS mot AtB AS (Fosen I)*

Sak E-7/18 *Fosen-Linjen AS, støttet av Næringslivets Hovedorganisasjon mot AtB AS (Fosen II)*

2. NORSKE RETTSKILDER

2.1 Avgjørelser fra Høyesterett

Rt-1985-1066 *Ran-Ko*

Rt-1997-574 *Firesafe*

Rt-1998-1398 *Torghatten*

Rt-1998-1951 *E. Klubben Transport*

Rt-2000-1076 *Faber*

Rt-2001-473 *Concord*

Rt-2001-1062 *Nucleus*

Rt-2003-486 *Block Watne*

Rt-2003-1531 *Veidekke*

Rt-2005-1365 *Finanger II*

Rt-2007-983 *Reno-Vest*

Rt-2007-1489 *Byggholt*

Rt-2007-1783 *NIDA Entreprenør*

Rt-2008-982 *Catch*

Rt-2008-1705 *Trafikk & Anlegg*

Rt-2010-291 *Vangen Eiendom*

Rt-2010-1500 *Edquist*

Rt-2012-1729 *Mika*

Rt-2012-1793

HR-2019-1801-A *Fosen-linjen*

HR-2022-1964-A *Flage Maskin*

HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*

3. JURIDISK LITTERATUR

3.1 Bøker

Andersson m.fl. (2012): Helena Rosén Andersson, Eva-Maj Mühlenbock, Olof Hallberg, Hugo Norlén, Johanna Näslund, Catharina Piper og Henrik Willquist, *Lagen om offentlig opphandling, en kommentar*, Norstedts Juridik AB, 2012.

Arnesen m.fl. (2022): Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, Simen Hammersvik og Erling Hjelmeng, *Oversikt over EØS-retten*, Universitetsforlaget, 2022

Arrowsmith Vol. 1: Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, Volume 1, Third Edition*, Sweet & Maxwell, 2014

Arrowsmith Vol. 2: Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK, Volume 2, Third Edition*, Sweet & Maxwell, 2018

Asplund m.fl. (2012): Anders Asplund, Magnus Ehn, Daniel Johansson og Erik Olsson, *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag, 2012

Berg (2012): Claus Berg, *Ubudsret i byggeriet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012

Dragsten og Lindalen (2005): Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen, *Offentlige anskaffelser, kommentarutgave bind I*, 2005

Ellingsen (2021): Hilde K Ellingsen, *Standing to Enforce European Union Law before National Courts*, Hart Publishing, 2021

Fabricius (2017): Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave*, Karnow Group, 2017

Haukeland Fredriksen: Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Fagbokforlaget, 2013

Poulsen: Sune Troels Poulsen, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU Udbudsretten, 2. udgave*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2012

Risvig Hamer (2020): Carina Risvig Hamer, Lov om Klagenævnet for Udbud med kommentarer, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020

Risvig Hamer (2021): Carina Risvig Hamer, Udbudsret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021

Risvig Hansen (2012): Carina Risvig Hansen, Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive, 1. udgave, DJØF Publishing

Schebesta: Hanna Schebesta, Damages in EU Public Procurement Law, Springer International Publishing AG, 2015

Skovgaard Ølykke og Nielsen: Girth Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, Djøf/Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave, 2017

Simonsen: Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, Universitetsforlaget, 1997

Strømsnes (2021): Kristian Strømsnes, Anskaffelsesrettslig "uten virkning", Cappelen Damm Akademisk, 2021

Treumer: Steen Treumer, "Enforcement of the EU Public Procurement Rules" i Steen Traumer og François Lichère (red.) "Enforcement of the EU Public Procurement Rules", DJOF Publishing, 2011

Treumer og Fejø: Steen Treumer, National håndhævelse af EU's Udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?, i Steen Treumer & Jens Fejø «EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden», Djøf Forlag, 2006

3.2 Artikler

Andersson (2014): Håkan Andersson, "Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter - en systematiserande probleminventering", *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 1/2014 s. 11

Arksand (2023): Eugenia Arksand, "Skada vid överprövning", *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 1/2023

Arnesen (2020): Finn Arnesen, Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – rettsstillingen etter Fosen, i *Offentlige kontrakter – aktuelle tema* Espen Bakken og Kristian Jåtog Trygstad (red.) (2020)

Arnesen og Haukeland Frederiksen: Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen, Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen i *Tidsskrift for forretningsjus* 2017, 3.-4. udgave

Arrowsmith og Craven: Sue Arrowsmith og Richard Craven, Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system, *Public Procurement Law Review* 2016, 6,

Bjærnestedt (2011): Linna Bjærnestedt, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet, «Skadestånd vid offentlig Upphandling», Lund 25. oktober 2011

Caranta (2019): Robert Caranta. "Damages in EU Public Procurement Law – Fosen-Linjen Can Hardly Be the Last Chapter" i *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4 udgave, 2019

Caranta (2015): Roberto Caranta, «Remedies in EU Public Contract Law: The Proceduralisation of EU Public Procurement Legislation», *Review of European Administrative Law*, vol. 8, nr. 1, 2015

Caranta (2013): "The liability of EU institutions for Breach of Procurement Rules" i *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013

Caranta (2011): Roberto Caranta, *Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?* i Enforcement of the EU Public Procurement Rules, Treumer & Lichére (red), 2011

Fredriksen/Strandberg (2018): Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018/2-3, Årgang 131, s. 141–205.

Goller (2023): Morten Goller, «Tolkning og anvendelse av kvalifikasjonskrav» i *Kontrakter og anskaffelser – Festskrift til Lasse Simonsen*

Hammersvik: Simen Hammersvik, «Utredning av det rettslige handlingsrommet for regulering av offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi», 2023, Lenke: <https://www.regjeringen.no/contentassets/f411c47741154052a371fae50f23d5d6/no/sved/1hammersvik.pdf>

Haukeland Fredriksen, TfR: Halvard Haukeland Fredriksen, *Høyesteretts dom I Fosen-Linjen: Stor ståhei om status quo?* i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2020/2-3, Årgang 154

Haukeland Fredriksen og Strandberg (2018): Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2018/2-3, Årgang 131, side 141-205

Lindén mfl. (2022): Sylvia Lindén, Louise Ljöstad og Karen Arista Lindqvist, «Pendeln svänger i skadeståndsmål», *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 3/2022

Nilsson (2020): Elin Nilsson, «Skadestånd vid avtals ogiltighet», *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 1/2020

Vomic: Roxana Vornic, "The Sufficiently Serious Breach Test in Action. Damages in Procurement Law and a Tale of Three Courts: the CJEU, the UK Supreme Court and the EFTA Court" I *European Public Law*, 2019, 4. Utgave

Sanchez-Graells: Albert Sanchez-Graells, "The EFTA Court's Fosen-Linje Saga on Procurement Damages: There and Back Again Walk" i *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2019, 4 utgave

Simonsen (2010): Lasse Simonsen, «C-319/19 Ansvarsgrunnlag ved krav om erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser», publisert på [Rettsdata.no](https://rettsdata.no) i 2010

Skovgaard Ølykke, Telles og Petersen (2021): Grith Skovgaard Ølykke, Pedro Telles og Cecilie Fanøe Petersen, *Review of Case Law from the General Court (2015 to Mid-2020)* i *Public Procurement Law review*, nr. 5, 2021

Wistrand (2019): Karin Wistrand, «Statens utomobligatoriska skadeståndsansvar — några utvecklingslinjer», *Svensk Juristtidning*

3.3 Ugeskrift for retsvæsen, afdeling B

Høegh og Thorup: U.2016B.403 Katja Høegh og Kirsten Thorup, *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu en gang*

Ellehaug: U.2013B.241, Michael Ellehaug, *Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler*

Hansen og Thorup: U.2010B.303, Mette Frimodt Hansen og Kristen Thorup, *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten*

3.4 Lovkommentarer

Ulfsdotter: Anna Ulfsdotter, Lexinos lovkommentar til lag om offentlig upphandling (2016:1145) (JUNO), sist oppdatert 20. januar 2021.

Nord (LOU): Eskil Nord, *Lag om offentlig upphandling* (2016:1145), Karnov lovkommentar (JUNO), besøkt 21. november 2023

Nord (LUF): Eskil Nord, *Lag om upphandling inom försörjningssektorerna* (2016:1146), Karnov lovkommentar (JUNO), besøkt 14. november 2023

Nord (LUFs): Eskil Nord, *Lag om upphandling på försvars- og säkerhetsområdet* (2011:1029), Karnov lovkommentar (JUNO), besøkt 14. november 2023.

3.5 Andre kilder

SWD/2017/013 final: Commission Staff Working Document, Evaluation of the Modifications Introduced by Directive 2007/66/EC to Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC concerning the European Framework for Remedies in the Area of Public Procurement / Refit Evaluation Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as modified by Directive 2007/66/EC, concerning review procedures in the area of public procurement, COM(2017) 28 final

COM (90) 297 final: Proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors, COM/90/297FINAL - SYN 292

Final Study Report (2015): EU-kommisjonen, Generaldirektoratet for indre marked og tjenester, *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts - Final Study Report*, EU-kommisjonen, 2015

The single market review (1997): European Commission, DG II – Economic and Financial Affairs, DG XV – Internal Market and Financial Services, *The single market review – Dismantling of barriers – Public procurement. Volume II*, Publications Office, 1997

SEC/2006/0557: Commission staff working document - Annex to the 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} - Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement /* SEC/2006/0557 */

Årsberegninger fra Klagenævnet for Udbud: [Årsberetninger \(naevneneshus.dk\)](https://naevneneshus.dk)

Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser: Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser (AUDA) 175229-030331auda.pdf (regjeringen.no)