



NORGES HØYESTERETT

EFTA Court
1 rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg
Luxembourg

Sak nr. 18-077187SIV-HRET, sivil sak, anke over dom: Anmodning om rådgivende tolkingsuttalelse

1. INNLEDNING

- (1) I medhold av Lov om domstolene § 51a, jf. artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i Høyesteretts sak nr. 18-77187SIV-HRET mellom AtB AS (AtB) og Fosen-Linjen AS (Fosen-Linjen).
- (2) Saken som Høyesterett skal behandle, gjelder krav om erstatning fra en tilbyder (her Fosen-Linjen) mot en oppdragsgiver (her AtB) etter angivelige feil ved offentlig tilbudskonkurranse om drift av fergesamband.
- (3) Rådsdirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 (håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor) er innlemmet i EØS-avtalen. Saken reiser blant annet spørsmål om direktivets artikkel 2 nr. 1 bokstav c krever at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv skal være tilstrekkelig til at det foreligger ansvarsgrunnlag for oppdragsgivers erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse (det vil si et tap av rimelig forventet fortjeneste), eller om direktivet åpner for at det i medlemsstatenes nasjonale rett kan kreves at feilen må ha vært vesentlig («sufficiently serious»).
- (4) Etter anmodning om rådgivende uttalelse fra Frostating lagmannsrett har EFTA-domstolen ved dom 31. oktober 2017 (sak E-16/16) tidligere i saken uttalt seg om hvilke krav håndhevelsesdirektivet stiller til nasjonal rett på dette punktet.
- (5) Norges Høyesterett ber nå om en klargjøring og utdypning, eventuelt en revurdering, av det svar som ble gitt til spørsmål 1 og 2 i den tidligere rådgivende uttalelsen.

2. SAKENS PARTER OG ANDRE INVOLVERTE

- (6) De involverte parter i saken for Høyesterett er:

Postadresse: Postboks 8016 Dep 0030 Oslo	Kontoradresse: Høyesteretts plass 1 0180 Oslo	Telefon: 22 03 59 00	E-post: post@hoyesterett.no	Hjemmeside: http://www.hoyesterett.no
---	--	--------------------------------	---------------------------------------	---

- (7) Ankende part og ankemotpart: *Fosen-Linjen AS*
- Prosessfullmektig: advokat Anders Tholfsen Thue
Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS
Postboks 2043 Vika
0125 Oslo
- (8) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 7. november 2018 ble det besluttet at Næringslivets Hovedorganisasjon tillates å opptre som partshjelper til fordel for Fosen-Linjen AS.
- (9) Partshjelper: *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)*
- Prosessfullmektig: advokat Morten Goller
Advokatfirmaet Wiersholm AS
Postboks 1400 Vika
0115 Oslo
- (10) Ankende part og ankemotpart: *AtB AS*
- Prosessfullmektig: advokat Goud Helge Homme Fjellheim
Advokatfirmaet Haavind AS
Postboks 539 Sentrum
0101 Oslo
- (11) Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. september 2018 ble begjæring fra staten v/Justis- og beredskapsdepartementet om deltakelse i saken etter tvisteloven § 30-13 tatt til følge. Bestemmelsen gir under visse forutsetninger staten rett til deltakelse for Høyesterett i saker om internasjonale forpliktelser. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet deltar så langt det er nødvendig for å ivareta det offentlige interesser ved den mulige regelkonflikten.
- (12) Deltakelse, tvisteloven § 30-13: *Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet*
- Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/advokat Helge Røstum
Postboks 8012 Dep.
0030 Oslo
- Rettslig medhjelper: advokat Pål Wennerås, s.a.

3. DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTENE

- (13) Den aktuelle anskaffelsen var omfattet av direktiv 2004/18/EF, slik at håndhevelsesdirektivet i henhold til sistnevntes artikkel 1 nr. 1 kommer til anvendelse. Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c lyder:

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

[...]

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

- (14) I dom 31. oktober 2017 uttalte EFTA-domstolen seg om hvilke krav bestemmelsen stiller til ansvarsgrunnlag for oppdragsgivers erstatningsansvar. Uttalelsen etterlater uklarheter som foranlediger at Høyesterett velger å forelegge saken for EFTA-domstolen på nytt.
- (15) Da tilbudskonkurransen ble gjennomført var de norske reglene for slike konkurranser fastsatt med utgangspunkt i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven 1999). Det fulgte av anskaffelsesloven 1999 § 11 at saksøkeren ved brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter gitt i medhold av loven, har krav på erstatning for det tap han har lidd som følge av bruddet. Bestemmelsen er videreført uten realitetsendringer i lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven 2016) § 10.
- (16) I Norges Høyesteretts dom inntatt i Rt-2001-1062 (Nucleus) ble det lagt til grunn at EØS-retten ikke legger nærmere føringer på de nasjonale vilkårene for ansvarsgrunnlag ved krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Slik erstatning gjelder som nevnt tap av rimelig forventet fortjeneste. Høyesterett oppstilte et krav om at det må foreligge en vesentlig feil, og at det må være klar sannsynlighetsovervekt for at saksøker skulle ha blitt tildelt kontrakten dersom anskaffelsesregelverket hadde blitt fulgt. Også i 2008 forutsatte Høyesterett at EØS-retten ikke stiller nærmere krav til erstatningsansvarets innhold på dette punktet, og det ble lagt til grunn at vilkårene oppstilt i Nucleus-dommen tilfredsstilte EØS-rettens krav til effektive sanksjoner (Rt-2008-1705).
- (17) Denne forståelsen av EØS-retten har også blitt lagt til grunn av lovgiver ved endringer i anskaffelsesregelverket. Lovgiver har forutsatt at erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse er betinget av at vilkårene oppstilt i Nucleus-dommen er oppfylt.

4. SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (18) For å gi en oversikt over bakgrunnen for saken, gjengis følgende fra EFTA-domstolens dom 31. oktober 2017:

«Bakgrunn

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

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

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

Konkurransen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- (19) Grunnlaget for forføyningen var at AtB, ifølge lagmannsretten, under forhandlingene burde ha sørget for en avklaring av hvilket fartøy som skulle benyttes som A-ferge i Norleds tilbud. Dette hadde særlig betydning for vurdering av miljøkriteriet. Den store forskjellen mellom

tilbudene fra Norled og Fosen-Linjen med hensyn til drivstofforbruk ga videre AtB særlig foranledning til å utøve kontroll. Mangelen på slik kontroll innebar at det ifølge forføyningsavgjørelsen ble gjennomført en uforsvarlig evaluering.

- (20) Ved brev 30. april 2014 meddelte AtB at konkurransen ble avlyst. I avlysningsbrevet påpekte AtB at de to feilene som lagmannsretten mente at AtB hadde begått, ikke lot seg rette på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.

5. SAKSGANGEN I NASJONALE DOMSTOLER OG EFTA-DOMSTOLEN

- (21) Fosen-Linjen tok i februar 2014 ut stevning mot AtB. I saken er det krevd erstatning for den nettofortjeneste Fosen-Linjen påstår at det ville ha oppnådd dersom selskapet hadde gjennomført kontrakten om drift av fergesambandet for årene 2016 – 2026. Prinsipalt krever altså selskapet erstattet den positive kontraktsinteresse. Subsidiært krever Fosen-Linjen erstatning for den negative kontraktsinteresse, i hovedsak erstatning for de utgifter selskapet har pådratt seg ved å delta i konkurransen.
- (22) Ved Sør-Trøndelag tingretts dom 2. oktober 2015 ble AtB frifunnet, og Fosen-Linjen anket dommen i sin helhet. Under saksforberedelsen til ankebehandlingen besluttet Frostating lagmannsrett å stille spørsmål til EFTA-domstolen om forståelsen av håndhevelsesdirektivet. Ved brev 24. oktober 2016 stilte lagmannsretten EFTA-domstolen blant annet følgende spørsmål:

«1. Er artikkel 1, pkt.1, og artikkel 2, pkt. 1 litra c) i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, til hinder for nasjonale regler om skadeserstatning, der skadeserstatning, som følge av at oppdragsgiver har tilsidesatt de EØS-rettslige bestemmelser om offentlige kontrakter, er betinget av

a. at det foreligger culpa og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte?

b. at det foreligger en vesentlig feil hvor culpa hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering?

c. at oppdragsgiver har begått en vesentlig, grov og åpenbar feil?

2. Skal artikkel 1, pkt. 1, og artikkel 2, pkt. 1 litra c) i direktiv 89/665/EØF, eller andre bestemmelser i dette direktiv, fortolkes slik at brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår?»

- (23) Ved EFTA-domstolens dom 31. oktober 2017 i sak E-16/16 ga domstolen følgende felles svar til lagmannsrettens spørsmål 1 og 2:

«1. Tilkjenning av erstatning etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c er ikke betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil, eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det foreligger en årsakssammenheng.»

- (24) Ankeforhandling for lagmannsretten ble deretter holdt tidlig i 2018. Ved Frostating lagmannsretts dom 2. mars 2018 fikk Fosen-Linjen ikke medhold i sitt krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse, men selskapet ble tilkjent 1,5 millioner kroner i erstatning for den negative kontraktsinteressen.
- (25) Lagmannsretten oppfattet EFTA-domstolens uttalelse slik at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse. Den kom likevel til at erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at det må foreligge en vesentlig feil, slik Høyesterett som nevnt la til grunn i Rt-2001-1062 (Nucleus). Lagmannsretten ga følgende oppsummerende begrunnelse for ikke å følge EFTA-domstolens uttalelse:
- «Lagmannsretten konkluderer med at spørsmålet om enkeltstatenes rett til å regulere oppdragsgivers ansvar ved krav til alvorlig feil ikke er entydig avgjort av EU-domstolen, at det er forskjellig oppfatning av spørsmålet i land innenfor EØS-området, og at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse på dette punkt ikke fremstår som klart riktig. Lagmannsretten konkluderer også med at Høyesteretts vurdering av spørsmålet i Rt-2001-1062 (Nucleus) er i godt samsvar med *Frankovich and Others* og *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, som EU-domstolen viser til i *Combinatie*.»**
- (26) Lagmannsretten kom til at det forelå feil ved utlysningen av konkurransen, men at AtB rettmessig avlyste den på grunnlag av samme feil. Blant annet i lys av at avlysningen var rettmessig, la lagmannsretten til grunn at det ikke forelå årsakssammenheng for kravet om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- (27) Partene anket hver for seg lagmannsrettens dom. Fosen-Linjen AS innga også avledet anke. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 19. juni 2018 ble saken fremmet til behandling i Høyesterett i avdeling. For Høyesterett vil det være et sentralt spørsmål hvilke betingelser som må være oppfylt for at det foreligger ansvarsgrunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse.

6. EFTA-DOMSTOLENS UTTALELSE I SAKEN

- (28) I EFTA-domstolens svar på lagmannsrettens spørsmål 1 og 2 uttaler domstolen seg om direktivets krav til ansvarsnorm. I begrunnelsen og slutningen skilles det ikke mellom negativ og positiv kontraktsinteresse. Dette ble heller ikke gjort i spørsmålsstillingen fra lagmannsretten. Ut fra sammenhengen i uttalelsen forstås svaret slik at det også gjelder ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse.
- (29) EFTA-domstolens begrunnelse for svaret på spørsmål 1 og 2 fremgår i avsnitt 61 til 82. I det følgende gjennomgås kun hovedtrekkene i de nevnte avsnittene.
- (30) Domstolen fastslår i avsnitt 69 at verken artikkel 1 nr. 1, artikkel 2 nr. 1 bokstav c eller noen annen bestemmelse i håndhevelsesdirektivet sier noe om vilkårene for erstatningsansvar. I avsnitt 70 vises det til at det i lys av manglende EØS-rettslige bestemmelser, i prinsippet er opp til den enkelte medlemsstats rettsorden å fastsette kriteriene for erstatningsplikten, såfremt prinsippene om ekvivalens og effektivitet er ivaretatt, jf. EU-domstolens dom i

Combinatie Spijker avsnitt 90 med videre henvisninger.¹

- (31) Etter å ha gått gjennom ordlyden og betydningen av overordnede hensyn, vises det i avsnitt 77 til at nasjonal lovgivning som gjør retten til erstatning for overtredelse av anskaffelsesregelverket betinget av skyld, er i strid med håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, jf. blant annet EU-domstolens dom i *Strabag*.² Ut fra at direktivet stenger for en skyldregel slutter domstolen at det vil være i strid med direktivet om ansvar gjøres betinget av feil av en viss alvorlighetsgrad. Standpunktet underbygges i de etterfølgende avsnittene særlig med hensynet til rettsenhet i EØS-statene (harmonisering) og behovet for effektive rettsmidler.
- (32) De samme hensynene er imidlertid tillagt begrenset vekt ved spørsmålet om hvilke krav håndhevelsesdirektivet stiller til årsakssammenheng. Jeg viser her blant annet til avsnittene 89, 93, 94, 101, 108 og 110 i den rådgivende uttalelsen.

7. NÆRMERE OM DEN NYE FORELEGGELSEN

- (33) I EFTA-domstolens dom fremgår følgende i avsnitt 42:

«ODA artikkel 34 etablerer et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Dette samarbeid er ment å bidra til ensartet tolkning av EØS-retten ved at domstolene i EFTA-statene får bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se sak E-1/16 *Synnøve Finden*, Sml. 2016 s. 931, avsnitt 27 og rettspraksis som det vises til der).»

- (34) Det vises også til at EFTA-domstolen har foreslått å endre domstolens rettergangsordning (Rules of Procedure) artikkel 97 nr. 2, til å lyde slik fra og med 1. januar 2019:

«It shall be for the national courts or tribunals to assess whether they consider that sufficient guidance is given by an advisory opinion, or whether it appears to them that a further reference to the Court is required.»

- (35) Det er uklart om EFTA-domstolens uttalelse skal forstås slik at domstolen uttaler seg om kravene til ansvarsgrunnlag ved erstatning for positiv kontraktsinteresse. Domstolens svar synes å gjelde uansett hvilket erstatningskrav som fremmes. Som gjennomgangen nedenfor viser, tilsier flere kilder at direktivet ikke harmoniserer ansvarsnormen. Foreleggelsen er dels begrunnet i behovet for klargjøring av hvordan EFTA-domstolens uttalelse skal forstås på dette punktet.
- (36) For å komme til konklusjonen EFTA-domstolen har på spørsmål 1 og 2, har som nevnt hensynet til rettsenhet (harmonisering) og behovet for effektive rettsmidler vært bærende. Ser man på andre relevante rettskilder, synes ikke disse hensynene å ha vært tillagt like stor eller avgjørende vekt:
- (37) I *Strabag* ble det uttalt at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 ikke harmoniserer normen for ansvarsgrunnlag, se avsnitt 33. Det samme ble senere drøftet og lagt til grunn av EU-

¹ Dom 9. desember 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie mfl.* (C-568/08, EU:C:2010:751).

² Dom 30. september 2010, *Strabag mfl.* (C-314/09, EU:C:2010:567).

domstolen i *Combinatie Spijker*. Basert på dette premisset ble det i *Combinatie Spijker* konkludert med at bestemmelsen gir konkret uttrykk for den alminnelige læren om statens erstatningsansvar for brudd på EU-/EØS-retten, se avsnitt 86-92. EU-domstolen fastslo dermed at håndhevelsesdirektivet åpner for at ansvaret for den positive kontraktsinteresse kan gjøres betinget av at det foreligger en vesentlig («sufficiently serious») feil. Dette inntrykket forsterkes av kommisjonens forarbeider til direktiv 92/13/EØF (håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren).³ Forarbeidene tyder på at kommisjonen, ved utarbeidelsen av forslag til håndhevelsesdirektivet, ikke mente å regulere innholdet i ansvarsgrunnlaget for erstatning for positiv kontraktsinteresse, verken i håndhevelsesdirektivet eller direktiv 92/13/EØF. EU-domstolen uttalte senest i *Hochtief* avsnitt 35 at håndhevelsesdirektivet fastsetter en minimumsharmonisering.⁴

- (38) Videre er det mye som tilsier at effektivitetsprinsippet ikke kan begrunne et strengere erstatningsansvar enn det som gjelder for EU-institusjonenes ansvar ved deres anskaffelser.⁵ Reglene er noe annerledes enn de norske, men ansvar er betinget av at det foreligger et tilstrekkelig kvalifisert brudd, se henvisningen i *EUIPO*⁶ avsnitt 91 til *Nikolaou*⁷ avsnitt 52, se også avsnitt 53.
- (39) Dette perspektivet er ikke særlig berørt av EFTA-domstolen. Dermed er det heller ikke klart hvordan EFTA-domstolen har avveid disse kildene mot hensynet til rettsenhet og behov for effektive rettsmidler, når domstolen – slik uttalelsen oppfattes – kommer til at håndhevelsesdirektivet må forstås slik at det harmoniserer normen for ansvarsgrunnlag ved erstatningskrav for positiv kontraktsinteresse. Ved spørsmålene om årsakssammenheng har de samme hensynene hatt begrenset gjennomslagskraft, som nevnt ovenfor.
- (40) Ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler bes det derfor om en klargjøring og utdypning, eventuelt en revurdering, av hvilke krav håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c stiller til ansvarsgrunnlaget ved erstatning for positiv kontraktsinteresse. At lagmannsretten allerede har fraveket EFTA-domstolens tidligere uttalelse i saken, forsterker behovet for slik dialog og ytterligere avklaring.
- (41) Det nevnes at høyesterettene i Storbritannia og Sverige i nyere tid har lagt til grunn den forståelsen av håndhevelsesdirektivet som EU-domstolen fastslo i *Combinatie Spijker* avsnitt 86-92, se Supreme Court of the United Kingdoms dom 11. april 2017 i saken *Nuclear Decommissioning Authority v EnergySolutions EU Ltd* (2017) UKSC 34 avsnitt 21-27 og Högsta domstolen i Sveriges dom 18. mai 2016 i sak 3852-14 (NJA 2016 s. 358), se avsnitt 13. Ingen av de to domstolene forela spørsmålet for EU-domstolen.

8. PARTENES ANFØRSLER OM SPØRSMÅLET SOM FORELEGGES

³ 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 (presented by the Commission to the Council on 25 July 1990), se særlig avsnitt 16, 21 og 31.

⁴ Dom 7. august 2018, *Hochtief AG* (C-300/17, EU:C:2018:635).

⁵ Dom 5. mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA* (C-46/93 og C-48/93) avsnitt 42.

⁶ Dom 3. mai 2018, *EUIPO* (C-376/16, EU:C:2018:299).

⁷ Dom 10. juli 2014, *Nikolaou* (C-220/13, EU:C:2014:2057).

8.1 AtB AS

- (42) Nedenfor gjengis de bemerkninger som AtB AS har inngitt:
- (43) «AtB mener at håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c ikke regulerer hvilket innhold vilkårene for å tilkjenne erstatning må ha i nasjonal rett. Håndhevelsesdirektivet er en minimumsharmonisering av håndhevelsesmekanismene i medlemsstatene og denne minimumsharmoniseringen omfatter ikke erstatningsvilkårene.
- (44) AtB mener at dette følger klart av ordlyden i artikkel 2 nr. 1 bokstav c og ordlyden i den tilnærmet identiske bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren.
- (45) EU-kommisjonen uttalte også uttrykkelig i forarbeidene til håndhevelsesdirektivene at vilkårene for å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse fortsatt skulle være overlatt til nasjonal rett. Dette synes også å være lagt til grunn av alle stater i EU og EFTA fra vedtakelsen av direktivene og frem til i dag. EU-kommisjonen fastholdt også dette standpunktet ved utarbeidelsen av forslag til revisjonen av håndhevelsesdirektivene i 2007.
- (46) AtB mener derfor at EU-domstolen helt korrekt har lagt til grunn at artikkel 2 nr. 1 bokstav c bare er et konkret uttrykk for prinsippet om statenes ansvar ved brudd på EU/EØS-lovgivning slik det har kommet til uttrykk i *Francovich* og *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, jf. C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86 til 90. Det vil innebære et markant brudd på homogenitetsprinsippet å avvike fra *Combinatie Spijker*.
- (47) Å respektere *Combinatie Spijker* ved tolkningen av artikkel 2 nr. 1 bokstav c er også nødvendig for at erstatningsansvaret for medlemsstatene ikke skal bli vesentlig strengere enn det erstatningsansvaret som gjelder for EUs institusjoner når disse foretar anskaffelser.»

8.2 Fosen-Linjen AS

- (48) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Fosen-Linjen AS har inngitt, og som NHO har tiltrådt:
- (49) «Fosen-Linjen anfører at EFTA-domstolen allerede, og i samme sak, har svart på det spørsmålet som Høyesterett stiller. Tvisten reiser derfor ikke et EØS-rettslig tolkningsspørsmål som ikke løses av praksis fra EFTA-domstolen.
- (50) Tilkjenning av erstatning etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er ikke betinget av at det ved et brudd på en anskaffelsesrettslig regel foreligger skyld og en atferd som avviker markert fra forsvarlig handlemåte, at det foreligger en vesentlig feil, eller at det er begått en vesentlig, grov og åpenbar feil. Et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv nok til å utløse oppdragsgivers erstatningsansvar etter direktiv håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c, jf. artikkel 1 nr. 1 overfor en person som har blitt skadelidende, for den skade vedkommende har blitt påført, forutsatt at de andre vilkår for å tilkjenne erstatning er oppfylt, særlig at det foreligger en årsakssammenheng.
- (51) Håndhevelsesdirektivet harmoniserer rettsmidler. Det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar bør gjelde bare der slik harmonisering ikke er gjennomført. Det generelle prinsipp om statlig erstatningsansvar gjelder ikke på anskaffelsesrettens område, jf. EFTA-

domstolen i E-16/16 *Fosen-Linjen*. Ettersom krav om erstatning ofte er det eneste rettsmiddel som er tilgjengelig, bør det ikke gjøres vanskeligere eller mindre fordelaktig å oppnå erstatning enn andre typer rettsmidler fastsatt i håndhevelsesdirektivet, jf. EU-domstolen i *Strabag*. Særlig må dette gjelde i dette tilfellet, hvor Fosen-Linjen hadde gått til retten og fått medhold i at AtBs urettmessige tildeling av kontrakt til Norled skulle stoppes, men der AtB senere foretok en urettmessig avlysning som gjorde at Fosen-Linjen likevel ikke fikk kontrakten. Håndhevelsesdirektivet er klart på det punkt at enhver overtredelse av lovgivningen om offentlige anskaffelser bør følges opp og bør ikke gå upåttalt hen fordi overtredelsen ikke er ‘tilstrekkelig kvalifisert’.»

8.3 Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

- (52) Nedenfor gjengis de bemerkninger som staten v/Justis- og beredskapsdepartementet har inngitt:
- (53) «Direktiv 89/665 artikkel 2(1)(c) harmoniserer verken vilkårene for erstatningsansvar eller ansvarets størrelse, jf. *Combinatie Spijker* avsnitt 86 og 90 med henvisning til *Strabag* avsnitt 33. Derfor fastslo *Combinatie Spijker* at ‘[t]hat provision gives concrete expression to the principle of State liability ...’, jf. avsnitt 87 og 92. Dette betyr at erstatningsansvar krever at bruddet på anskaffelsesreglene er ‘sufficiently serious’, jf. avsnitt 87 og 92. Ordlyden i *Combinatie Spijker* er ‘clear’ og gir ‘very clear authority of the Court of Justice’, som britisk Høyesterett har påpekt, jf. *Nuclear Decommissioning* avsnitt 23 og 25.
- (54) *Strabag* er av underordnet interesse siden *Combinatie Spijker* er *lex posterior*. Det er for øvrig ingen konflikt mellom å avvise culpa som en betingelse for erstatningsansvar, jf. *Strabag*, og et krav om ‘sufficiently serious breach’ jf. *Brasserie du Pecheur* avsnitt 78-80 og britisk Høyesterett i *Nuclear Decommissioning* avsnitt 24.
- (55) Homogenitetsprinsippet forutsetter at artikkel 2(1)(c) tolkes likt i EU og EØS, jf. sak E-2/06 *ESA mot Norge* avsnitt 59 og E-9/07 og 10/07 *L’Oreal* avsnitt 27. Det skyldes at ‘[h]omogenous interpretation... is essential for the effective functioning of the internal market within the EEA’, jf. *L’Oreal* avsnitt 27. Hensynet til ‘the consequences for the internal market within the EEA... calls for an interpretation in line with new case law of the ECJ regardless of whether the EFTA Court has previously ruled on the question’, jf. *L’Oreal* avsnitt 29. Dersom artikkel 2(1)(c) tolkes annerledes i EØS enn i EU, kf. *Combinatie Spijker* avsnitt 86-92, vil det ikke bare resultere i manglende homogenitet på anskaffelsesrettens område. Det vil også rukke ved selve homogenitetsprinsippet, som EØS-avtalen hviler på.
- (56) *Fosen-Linjen* avsnitt 69-70 fastslår at artikkel 2(1)(c) ikke harmoniserer vilkårene for erstatningsansvar og viser til *Combinatie Spijker*. Foreleggelsen gir EFTA-domstolen anledning til å klargjøre den logiske konsekvensen av sitt standpunkt i tråd med *Combinatie Spijker* avsnitt 87 og 92: at EØS-retten bare krever ansvar ved ‘sufficiently serious breach’.»

9. SPØRSMÅL

- (57) Krever håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv er nok til at det foreligger ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse?

Oslo, 19. november 2018

Bergljot Webster
dommer