



KLUGE

JUS 5940 -Erstatning ved brudd på anbudsreglene

Universitetet i Oslo 11. november 2016

Advokat Isabell A. Fjetland



-
- I hvilken utstrekning åpnes det for erstatning ved brudd på anbudsreglene?
 - Erstatning av negativ kontraktsinteresse – kostnader og tap forbundet med deltakelsen i konkurransen
 - Erstatning for eventuelle andre former for tap en leverandør har lidt som følge av brudd på regelverket – kostnader ved å stanse en ulovlig anbudsprosess
 - Erstatning av positiv kontraktsinteresse – oppfyllelsesinteressen
 - (Erstatning for en forholdsmessig andel av oppfyllelsesinteressen?)
 - (Erstatning til medkontrahenten dersom en kontrakt kjennes uten virkning) – NOU 2010:2



Innledning

Oversikt

Rettsgrunnlaget for reglene om erstatning

- Anskaffelsesloven § 10:
 - «Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven»
- LOA § 10 gir rett til erstatning, men sier ikke noe hva som skal erstattes og hvilke vilkår som må være oppfylt for at erstatningsplikt skal inntre
- Dette beror i utgangspunktet på de alminnelige vilkårene for erstatning:
 - Ansvarsgrunnlag
 - Økonomisk tap
 - Adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet
- Hvordan disse skal tilpasses de særlige spørsmål som anskaffelsesretten gir opphav til, har lovgiver overlatt til rettspraksis.
- Erstatning av positiv og negativ kontraktsinteresse mest vanlige former for erstatning, men også andre typer erstatning kan tenkes

- LOA § 10 har bakgrunn i EØS-retten
- Håndhevelsesdirektivene forplikter Norge til å stille et sett av sanksjonsmidler til angivelige skadelidte leverandørers disposisjon, herunder erstatning
- Håndhevelsesdirektiv 89/665/EØF artikkel 2 nr. 1 bokstav c:
 - *Medlemsstatene skal sørge for at de tiltak som er truffet med henblikk på klagebehandlingen nevnt i artikkel 1 omfatter bestemmelser som gir kompetanse til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse*
- Håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren 92/13/EØF artikkel 2 nr. 7
 - *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.*

- Begrenset med praksis fra EU-domstolen om erstatningsbestemmelsene:
 - C-314/09, Strabag – ikke adgang til å gjøre ansvaret betinget av skyld
 - Domstolens premisser synes å stenge for at det er adgang til å se hen til skyld overhodet
 - C-568/08 – Reglene om medlemsstatenes erstatningsansvar ved tilsidesettelse av EU-retten som gjelder
 - Bestemmelsen som er overtrådt må ha til formål å tillegge borgeren rettigheter
 - Overtredelsen må være «tilstrekkelig kvalifisert»
 - Det må foreligge en direkte sammenheng mellom tilsidesettelsen og tapet
 - Opp til medlemsstatene å fastsette reglene for hvordan erstatning ved brudd på EU-retten skal fastsettes og vurderes, forutsatt at kravet til effektivitet og ekvivalens er oppfylt

Nærmere om vilkåret «tilstrækkelig kvalificeret»

- Etter medlemsstatenes erstatningsansvar kan et brudd i seg selv være nok. Hvorvidt dette er tilfellet beror på graden av skjønn
 - «en overtrædelse af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser, dels at selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, kan være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse, såfremt medlemsstaten på det tidspunkt, da den begik overtrædelsen, kun havde et stærkt begrænset eller intet skøn»
- For øvrig en helhetsvurdering av følgende momenter:
 - «hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten»

- Ingen domstolsavgjørelser som tar et endelig oppgjør med disse avgjørelsene. I praksis synes imidlertid praksis å ha lagt seg på linje med Combinatie-avgjørelsen
 - I samsvar med den normen Retten anvender ved EU-institusjonenes egne brudd på regelverket

- Dette innebærer at vesentlighetskravet ikke kan praktiseres slik at det åpner for ansvarsfrihet i en større utstrekning enn det som følger av medlemsstatenes erstatningsansvar
 - Allerede gjeldende rett?
 - Vesentlighetskravet i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) «skåret over samme lest» som medlemsstatenes erstatningsansvar
 - I Rt. 2008 s. 1705 viser Høyesterett til at spørsmålet om en rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke inngår som et ledd i vurderingen av om det foreligger grunnlag for erstatning etter læren om medlemsstatenes erstatningsansvar
 - Burde vesentlighetskravet vært forlatt til fordel for et krav om «tilstrekkelig kvalifisert» rettsbrudd?



Negativ kontraktsinteresse

- Det klare utgangspunktet er at leverandørene selv bærer utgiftene i forbindelse med deltakelsen i konkurransen.
- I Rt. 1997 s. 574 (Firesafe) er det likevel åpnet for erstatning for den negative kontraktsinteresse dersom det er begått feil og feilen utgjør en sviktende forutsetning for leverandørens deltakelse i konkurransen
- Med negativ kontraktsinteresse menes kostnader og tap leverandøren har hatt ved å ha innrettet seg i tillit til konkurransen.
- Dersom vilkårene for negativ kontraktsinteresse er oppfylt, skal selskapet stilles i samme posisjon som om det ikke hadde deltatt i konkurransen.
 - Omfatter bl.a. kostnader i forbindelse med tilbudsinngivelsen, nødvendige utgifter til klagebehandling
 - Kan også omfatte tap ved kontrakter man ikke har inngått

■ Ansvarsgrunnlag:

- Antageligvis ikke et krav om «vesentlig feil» ved erstatning for anbudskostnader
 - Rt. 2008 s. 982 (Catch): Vesentlighetskravet først og fremst oppstilt i saker om positiv kontraktsinteresse. Uttaler seg likevel om hvorvidt feilen er vesentlig
 - Rt. 2008 s. 1705 (Rabatt): Avfeier relevansen av ansvarsdrøftelsen i Catch med at saken gjelder negativ kontraktsinteresse
- Uklart hvorvidt det er et objektivt ansvar eller om det er adgang å se hen til skyld
 - Rt. 1997 s. 574: Synes bare å legge til grunn en forutsetning om feil
 - HR synes å ha vært prinsipielt avvisende til rettsvillfarelse som ansvarsfrihetsgrunn i Rt. 2008 s. 982
 - Se LB-2010-201985 (Norconsult): LMR fant at feilen var unnskyldelig, og at det dermed ikke forelå grunnlag for erstatning av positiv kontraktsinteresse. Tilkjente i stedet erstatning for den negative kontraktsinteressen.

■ Årsakskravet

- Erstatning kan (muligens) tilkjennes ut fra to alternative årsaksbetraktninger:
 - Feilen representerer en sviktende forutsetning for leverandørens deltakelse i konkurransen (forutsetningslæren)
 - Det foreligger en feil som kan tenkes å ha innvirket på leverandørens muligheter til å bli tildelt kontrakten (?) (innvirkningslæren)
- Foreligger det avvisningspliktige grunner ved tilbudet vil dette normalt utelukke erstatning
 - Muligens annerledes med kan-avvisningsgrunner Kfr. LB-2008-74693

- Årsakskravet: Ville leverandøren deltatt i konkurransen dersom han på forhånd hadde vært kjent med at feilen ville bli begått?
 - Har leverandøren deltatt med kunnskap om feilen, vil erstatning ikke være aktuelt (se eks. LE-2010-86156 - ulovlig endring av kvalifikasjonskrav før tilbudsfristen)

- Lempelig beviskrav
 - *«Gode grunner kan tale for at det ikke bør stilles strenge beviskrav for at anbyderne ikke ville ha deltatt. En bevistvil bør i tilfelle gå ut over innbyderen.»*

- Alminnelig sannsynlighetsovervekt tilstrekkelig

Eksempler på tilfeller der erstatning vil være aktuelt

- Der konkurransen aldri skulle ha vært igangsatt eller der konkurransen skulle ha vært avlyst
 - Der konkurransen utelukkende har til formål å «teste markedet»
 - Dersom det på utlysningstidspunktet foreligger særlige usikkerhetsmomenter ved konkurransen, og oppdragsgiver ikke opplyser om dette

- Der konkurransen avlyses
 - Gjelder uavhengig av om avlysningen er «saklig»
 - Forutsetter imidlertid at oppdragsgiver kan bebreides for å ha igangsatt konkurransen eller der han burde ha avlyst konkurransen på et tidligere tidspunkt
 - Eks. en oppdragsgiver avlyser en konkurranse som følge av at det ikke lenger foreligger et ønske om eller behov for ytelsen. Skyldes avlysningen dårlig planlegging e.l. kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteresse

- Andre aktuelle erstatningsgrunner er inhabilitet, brudd på forhandlingsforbudet, oversittelse av vedståelsesfristen, mangelfullt/uklart konkurransegrunnlag, manglende eller feilaktig avvisning, feil ved evalueringen etc.

Erstatning etter innvirkningsalternativet?

- Vil etter sin ordlyd først og fremst være aktuelt ved feil som er begått etter tilbudsfristen og feil som leverandøren av ulike grunner ikke har vært kjent med
- Svakheter ved forutsetningslæren
 - Lite praktisk der feilen knytter seg til konkurransegrunnlaget
 - Jo vanskeligere markedsforsholdene er / jo mer presset leverandøren, desto vanskeligere vil det være å oppnå erstatning

- Kan en leverandør som ikke kan bevise at feilen utgjør en bristende forutsetning for deltakelsen kreve erstatning på grunnlag av feilens innvirkning?
 - Kan f.eks. tenkes aktuelt der feilen ligger i konkurransegrunnlaget eller der det er klart at markedssituasjonen e.l. tilsier at leverandøren uansett ville ha inngitt tilbud

- For anskaffelser innen forsyningssektoren følger det av håndhevelsesdirektiv II art. 2 nr. 7 at det skal ytes erstatning dersom det kan påvises feil og feilen kan tenkes å ha fått betydning for utfallet av konkurransen

- Uklart hvorvidt dette også er et prinsipp som også gjelder ellers
 - Foreligger pr. i dag ikke noen avgjørelser som bygger på dette prinsippet, men synes heller ikke å være anført av leverandør.

- Praksis i dag heller ikke prinsipielt avvisende:
 - I Rt. 1997 s. 574 var det klart at alle leverandørene som gikk til sak ikke ville ha vunnet kontrakten uavhengig av om feilen var begått, og HR hadde dermed ikke grunnlag for å ta nærmere stilling til spørsmålet.
 - I Rt. 2008 s. 1705 uttalte HR at det høye årsakskravet for positiv kontraktsinteresse måtte sees i sammenheng med at leverandører som ikke ble innvilget erstatning for oppfyllelsesinteressen


- Parallellen til vilkårene for midlertidig forføyning/ tilsidesettelse av en ulovlig beslutning.

Erstatning etter innvirkningsalternativet? – forts.

- Ved EU-institusjonenes egne brudd på regelverket er det lagt til grunn at det både kan søkes erstatning på bakgrunn av forutsetningssvikt og på bakgrunn av feilens innvirkning.

- Leverandøren kan kreve erstatning for tap han har lidt ved å delta i konkurransen
 - Tidsbruk internt hos leverandøren
 - Ved avlysning eventuelle merkostnader ved å delta i to konkurranser
 - Dersom anskaffelsen er av en slik art at leverandøren må holde ressurser i beredskap dersom han får oppdraget, kan det kreves erstatning for beredskapsutgifter. Forutsetter at det kan dokumenteres at disse alternativt kunne ha vært benyttet til andre oppgaver
 - Øvrige nødvendige utgifter ifbm. tilbudsinngivelsen

- Utgiftene som kreves dekket må være påregnelige både i art og omfang



Erstatning for utgifter for å stanse en ulovlig konkurranse

Kostnader ved å stanse en ulovlig anbudskonkurranse

- Adgang til erstatning til potensielle anbydere for kostnader i forbindelse med å stanse en ulovlig konkurranse
- Rt. 2008 s. 982: Konkurranse ble kunngjort uten at alle de relevante CPV-kodene ble angitt. Et firma som pga. feilen var blitt holdt utenfor konkurransen, fikk erstattet kostnader ved å forsøke å stanse den ulovlige konkurransen frem til kontrakt ble inngått
- Antageligvis ikke et krav om vesentlig feil
 - Fremholder at vesentlighetskravet «først og fremst er stilt i forhold til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen»
- Må foreligge en konkret og nærliggende interesse i å bringe konkurransen inn i lovlige former
- Omfatter bare rimelige og nødvendige kostnader som er pådratt frem til kontrakt er inngått
 - Klage til ESA eller departementet
- Dekker ikke kostnader som er pådratt for å konstatere bruddet etter at kontrakt er inngått
 - Klage til KOFA



Positiv kontraktsinteresse

- Utgangspunktet er at oppfyllelsesinteressen i en prekontraktuell fase nyter et begrenset form for vern
 - Culpa
 - Rettskrav på kontrakt
 - 100 % sannsynlighet
 - Skadevolder kan ikke vise til et lovlig alternativ til ikke å inngå kontrakt
 - I tillegg må det foretas en vurdering av om det foreligger hensyn som taler for at tapet gis et erstatningsrettslig vern
 - Eks. Rt. 2007 s. 425

- I Rt. 2001 s. 1062 åpner HR for erstatning av positiv kontraktsinteresse
 - Graden av regelstyring: «Når regelverk og anbudsgrunnlag er slik spesifisert at det i stor grad er regelstyrt kven som skal tildelast eit oppdrag, er det ei naturleg utbygging at det også skjer ei utvikling på utmålingssida»
 - Hensynet til effektiviseringen av anbudsreglene
 - «viss vekt» at andre land i EØS-området har reglar om dekning av den positive kontraktsinteressa

- Vilkårene for slik erstatning må imidlertid ta høyde for de særlige hensyn som gjør seg gjeldende:
 - *«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.*

 - Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssamanheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.»*

- Kravene lempes sml. med den alminnelige normen for erstatning for tap i en prekontraktuell fase, samtidig som de skjerpes sml. med det alminnelige årsakskravet i kontraktsforhold

Vilkårene for erstatning av positiv kontraktsinteresse

- Grunnvilkårene for erstatning:
- (Skadelidte må befinne seg innenfor den krets som bestemmelsen har til hensikt å verne)
- Vesentlig feil
- Må foreligge «klar sannsynlighetsovervekt» for at leverandøren skulle ha fått kontrakten ved en riktig fremgangsmåte
- Klager må sannsynliggjøre et tap

- Leverandøren må befinnes seg innenfor den krets som bestemmelsen har til hensikt å verne

- Rt. 2000 s. 1076 (s. 1084):
 - For sen fremleggelse av en skatteattest ikke ansett som en feil som kunne gi grunnlag for positiv kontraktsinteresse:
 - *Og ut fra hovedformålet med bestemmelsen - som må være å sikre det offentliges interesser, ikke å sikre konkurranseforholdet mellom anbyderne - ser jeg det som helt unaturlig om en eventuell overtredelse med hensyn til tidspunktet for fremleggingsplikten skulle gi Faber et krav mot kommunen på å bli stilt økonomisk som om selskapet var blitt tildelt oppdraget.*
 - Usikkert hvorvidt dette kan legges til grunn i dag, se eks. LB-2015-29544-1, der LMR flertall fant at det utgjorde en vesentlig feil at det var inngått en kontrakt med en tilbyder som hadde inngitt en skatteattest som var eldre enn 6 måneder.

- Sml. vilkåret i medlemsstatenes erstatningsansvar om at den krenkede bestemmelsen må ha til hensikt å tillegge private borgere rettigheter

- Det avgjørende etter Nucleus om det er begått «vesentlige feil».
 - Formuleringen ligger tett opp mot vilkårene for erstatning for brudd på EU/EØS-retten, og i Rt. 2008 s. 1705 henviser HR også til denne praksisen.

- Ved vurderingen av om en feil er «vesentleg» skal det sees hen til
 - Størrelsen på feilen
 - Typen feil
 - Hvor mye oppdragsgiver kan legges til last

- Rt. 2001 s. 1062:
 - *Fylkeskommunen har vist til at det for ein byggherre ofte vil kunne liggje føre vanskelege spørsmål, der byggherren må ta eit val og **uansett risikere søksmål** frå den eller dei som ikkje får eit oppdrag. Det blir hevda at skadebot for den positive kontraktsinteressa i verste fall kan innebere summar som ikkje står i rimeleg høve til feil som er gjort. Innvendingane har vekt, nettopp fordi anbodsretten er særleg med ofte **tungt faktum** og med **omfattande og dels vanskelege reglar**. Men etter mitt syn går innvendingane ikkje så mykje på bruk av positiv kontraktsinteresse i seg sjølv, som på den nærare utforminga av vilkåra for skadebot for denne interessa.*
 - *«Det må vere eit **visst rom for feil** ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.*

- «Samla sett må eg leggje til grunn at fylkeskommunen her gjorde vesentlege feil. Det var ikkje tale om **feiltolking av innfløyte reglar** eller om **feil vurdering av vanskelege faktiske tilhøve**. Feila knytte seg ikkje til **vanskelege tolkingar av regelverket** eller til **kompliserte faktiske vurderingar**. Tvert om var det tale om brot på **sentrale og grunnleggjande prinsipp og føresegner** i anbodsretten som fylkeskommunen som **stor og profesjonell byggherre** burde vere godt kjend med. Det var heller ikkje berre ein feil, men **fleire feil** som dels vart gjorde av administrasjonen og dels først hos plannemnda. På denne bakgrunn sluttar eg meg også til lagmannsrettens standpunkt om at det var grunn til å klandre fylkeskommunen for feila. Eg kjem seinare attende til på kva måte det bør kome inn i vurderinga av skadebotansvaret kor grove feila var og i kva grad fylkeskommunen kunne leggjast til last.»
- «Når så det konkrete ansvarsspørsmålet i vår sak skal avgjerast, er det ikkje til å kome utanom at fylkeskommunen kan klandrast for vesentlege brot på reglane i tenesteforskrifta. Det er tale om **klare feil**, som **ikkje har å gjere med vurdering av vanskelege faktiske tilhøve eller med eit vanskeleg regelverk**. I dette tilfelle er det heller ikkje i det heile nokon tvil om at Nucleus hadde fått oppdraget dersom fylkeskommunen hadde gått rett fram. Etter dette kan fylkeskommunen ikkje få medhald i anken.»

Eksempler på at feilen har vært ansett unnskyldelig

- I Rt. 2008 s. 1705 hadde oppdragsgiver ved evalueringen sett hen til et rabatt-tilbud som var betinget av at selskapet også vant en annen anbudskonkurranse hos vegvesenet. HRs flertall (4-1) fant at dette utgjorde en feil, men at feilen ikke kunne karakteriseres som vesentlig.
 - Oppdragsgiver hadde forventet kontraktsigneringen til leverandøren hadde fått prøvd saken i to instanser. I begge instansene fant domstolen at det var lovlig adgang til å hensynta rabatten
 - *«Etter min vurdering kan den saksbehandlingsfeilen som er begått, ikke medføre ansvar for TAs positive kontraktsinteresse. At feilen innebar brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten, kan ikke alene føre til et slikt ansvar. Selv om vegvesenet er en stor aktør på området og skal vurderes strengt, må det være en viss åpning for at rettsvillfarelse kan frita for ansvar for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt - løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse, som ikke ble tatt før TA hadde fått prøvd sitt krav om midlertidig forføyning. Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål. Etter min mening må rettsvillfarelsen anses unnskyldelig og frita for det erstatningskravet som er fremmet.»*

- LB-2010-201985 (uriktig avvisning av tidligere rådgiver)
 - «NC har prinsipalt krevd erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det framgår imidlertid av sikker rettspraksis at det for slik erstatning gjelder et skjerpet skyldkrav, jf Rt-2001-1062 og Rt-2008-1705. Lagmannsretten finner det klart at dette kravet ikke er oppfylt i vår sak. Det gjelder her et tvilsomt tolkningsspørsmål, det foreligger lite vegledende praksis, og JBV innhentet råd fra kompetent juridisk hold før beslutningen om avvisning ble tatt.»

Eksempler på at feilen ikke er funnet å være unnskyldelig

- Rt. 2008 s. 982 (obiter dictum)
 - «Kommunen har også gjort gjeldende at den har vært i god tro, og av den grunn må frifinnes. Dette kan ikke føre frem. Ifølge forarbeidene fritar manglende kunnskap om anbudsreglene ikke fra erstatningsansvar, jf. NOU 1997:21 side 85. Kommunen har valgt å inngå kontrakt etter at spørsmålet om riktig prosedyre var tatt opp, og etter at Oslo byfogdembete hadde gjort det klart at kunngjøringen var i strid med forskriften. Dette er uansett ikke unnskyldelig.»
- LE-2015-102226
 - «Lagmannsretten er videre av den oppfatning at Lørenskog kommunes manglende avvisning av tilbudet fra Hent utgjør en vesentlig feil, og at kravet til ansvarsgrunnlag derfor er oppfylt. Det forhold at kommunen har brutt plikten til å avvise Hents tilbud vil i seg selv med tyngde tale for at det er begått vesentlige feil, jf. bl.a. LB-2015-29544-1 og LH-2014-168975. Selv om anvendelse av avvisningsreglene kan medføre vanskelige avveininger, dreier seg om sentrale regler i en anbudsprosess. Brudd på disse reglene vil også direkte være egnet til å påvirke konkurransen. Lagmannsretten kan ikke se at kommunens handlemåte var unnskyldelig. På bakgrunn av forklaringen til Arne Egge og Astrid Reikvam, må lagmannsretten legge til grunn at **verken Thorvaldsen prosjektadministrasjon AS eller evalueringsgruppen ledet av Astrid Reikvam, vurderte om de innkomne tilbud var i samsvar med konkurransegrunnlaget, og om det var plikt til avvisning etter anskaffelsesforskriften § 20-13 første ledd, jf. § 20-3 siste punktum.** Evalueringsgruppen synes ved evalueringen av tilbudene, i alle fall delvis, å ha misforstått de strenge krav til forutberegnelighet og likebehandling som gjelder ved den valgte konkurranseform. Etter lagmannsrettens syn må kommunen som oppdragsgiver bebreides for de feil som her er begått.»

- Erstatning ved uriktig eller unnlatt avvisning
 - Enkelte avgjørelser legger nærmest til grunn at vesentlighetskravet alltid vil være oppfylt ved uriktig eller mangelfull avvisning
 - LH-2014-168975: *«Lagmannsretten er enig med tingretten i at alene det forhold at valgte tilbyder skulle ha vært avvist, må anses som en vesentlig feil. Se f.eks. Rt-2007-983, avsnitt 88, som gir en viss støtte for dette, samt LB-2012-36777.»*
 - Neppe grunnlag for å oppstille en slik regel.
 - LE-2015-102226: *«Slik lagmannsretten vurderer Sebys tilbud, ivaretar dette konkurransegrunnlagets og reguleringsplanens krav om at bekken skal gå i åpen løsning. Med unntak av en bro over adkomstveien til skolebygget, er bekken lagt åpen over hele eiendommen. Funksjonsprogrammet for skolen punkt 3.11 åpner for at det i tilbudene kan tas inn en løsning med bro over bekken. I Sebys tilbud er det tegnet inn bro med rekkverk og en underliggende gangsti. En slik bro er, etter lagmannsrettens syn, ikke i strid med konkurransegrunnlaget eller reguleringsplanen. At Sebys broløsning i tilbudet var tenkt gjennomført ved bruk av en kulvert er i denne sammenhengen ikke avgjørende. Det foreligger følgelig ikke grunnlag for å avvise Sebys tilbud på dette punkt.»*
 - Sml. også LB-2015-29544-1 og LH-2014-168975
- Finnes eks. på at en uriktig avvisning ikke er funnet å være vesentlig, jf. ovenfornevnte LB-2010-201985

«Klar årsakssammenheng»

- Må foreligge en årsakssammenheng mellom de aktuelle feil som er begått og den omstendighet at leverandøren ikke ble tildelt kontrakten

- Ikke nødvendigvis en ren betingelseslære
 - Det avgjørende ikke det mest sannsynlige scenario dersom de feil leverandøren påberoper seg tenkes borte. I stedet må det avgjørende være hva som er det sannsynlige utfall dersom konkurransen var gjennomført i tråd med regelverket

- Det avgjørende må være hva som er det mest sannsynlige alternativet innenfor rammene av en lovlig prosedyre
 - Leverandøren må vise at han – i fravær av alle feil - ville ha oppnådd den høyeste scoren i konkurransen
 - Kan ikke foreligge forhold som tilsier at tilbudet skulle ha vært avvist
 - Erstatning utelukket dersom konkurransen ville ha resultert i avlysning eller totalforkastelse

- Kravet til klar årsakssammenheng ikke noe krav om visshet. Tilstrekkelig at det foreligger «klare holdepunkter» for at den erstatningssøkende ville fått kontrakten

Ville ha blitt vurdert som det beste tilbudet i konkurransen

- Leverandøren skal bevis med klar årsakssammenheng at han ville fått kontrakten dersom konkurransen var riktig gjennomført
 - Erstatningskravet er oppstått som følge av hensynet til å styrke anbudsreglene
 - Ellers ville det være avgjørende hvilke feil den erstatningssøkende gjorde gjeldende
 - Faktisk sannsynlighet lagt til grunn i LB-2012-36777 (feil knyttet til alternative tilbud)
 - *«Siden dette ikke var noe tema for noen av tilbyderne eller vegdirektoratet, antagelig fordi ingen var klar over forholdet, legger lagmannsretten til grunn at entreprisen faktisk ville blitt gjennomført med Skanska som entreprenør dersom Veidekkes tilbud var blitt av. Det foreligger derfor faktisk årsakssammenheng.»*

- Betydningen av evalueringsmatriser

Oppdragsgivers adgang til å påberope seg ikke-anførte feil

- Oppdragsgiver kan påberope seg egne feil som grunnlag for at leverandøren ikke ville ha vunnet konkurransen
- Men da er det antageligvis han som har tvilsrisikoen for dette forholdet

- Oppdragsgiver vil ikke være berettiget til erstatning dersom det foreligger avvisningspliktige forhold ved tilbudet, jf. Rt. 2000 s. 1076
- Kan enten betraktes som et spørsmål om avskjærende årsak, egen skyld eller som et spørsmål om erstatningsrettslig vern
- At det foreligger forhold som derimot kan gi avvisningsrett vil derimot som altoverveiende hovedregel ikke være til hinder for erstatning
 - Unntak kan derimot tenkes der det i tilbudet er oppgitt uriktige opplysninger, og oppdragsgiver senere blir klar over dette
 - Finnes, så vidt jeg kjenner til, ikke praksis om denne problemstillingen
- Unntak der avvisningsgrunnen henger sammen med forhold på oppdragsgivers side.

- Et krav om erstatning møtes ofte med en innsigelse om at man ville ha avslutte konkurransen uten tildeling dersom man var kjent med at man måtte tildele kontrakten til erstatningssøkeren
 - Høy tilbudspris/ prisen ligger over budsjett
 - Utilfredsstillende løsninger
- Rt. 2007 s. 983 (Reno-Vest) åpner slike innsigelser
- Hvem har bevisbyrden?

- Der det foreligger marginale forskjeller mellom tilbudene:
 - LE-2015-149169: LMR fant at erstatnings søkeren med marginal margin- ville ha oppnådd kontrakten ved en riktig evaluering, og at det ikke var noe som tydet på at kontrakten ikke ville bli tildelt den som oppnådde den høyeste poengsummen, selv med marginale forskjeller til nest beste anbyder. Kravet om klar sannsynlighetsovervekt var dermed oppfylt
 - *«Slik saken ligger an, var det bare marginale forskjeller i poengvurdering mellom partenes tilbud. Bentzens anbud ville likevel blitt poengsatt som best for begge kontraktsområder dersom Bentzens anbud hadde blitt som best på tildelingskriteriet «kjøretøy». Det er intet i saken som tyder på annet enn at kontrakten ville bli tildelt den som oppnådde den høyeste poengsummen, selv med marginale forskjeller til nest beste anbyder. Lagmannsretten er således kommet til at det er «klar sannsynlighetsovervekt», jf. kriteriet i Nucleus-dommen, for at kontrakten ville blitt tildelt Bentzen dersom deres kjøretøy hadde blitt vurdert som best.»*

- Selskapet skal stilles som om det hadde fått tildelt kontakten.
- Må foretas en vurdering av hypotetisk karakter, basert på beregninger forbundet med usikkerhet.
- Nærmere bestemt må det foretas en beregning av de utgifter selskapet ville ha pådratt seg om selskapet skulle levere, holdt opp mot kontraktssummen med eventuelle sannsynlige endringer eller tilleggsarbeider.
- LB-2015-72805: Etter lagmannsrettens vurdering kan hovedkalkylen som BT Signaal har fremlagt ikke være annet enn et utgangspunkt for vurderingen av hvilket økonomisk tap selskapet har lidt. I mangel av opplysninger om dekningsbidrag ved andre, helst sammenlignbare, prosjekter, vil det være relevant å se noe hen til den generelle fortjenestemargin i bransjen.



Sjansetap



- Rettens praksis fra tiden etter 2010 indikerer at det også er rom for erstatning utover oppfyllelsesinteressen ved feil som kan tenkes å ha påvirket utfallet av konkurransen.
 - Adgangen til å kreve erstatning for tapet av sjansen har vært anvendt som et argument for ikke å gi midlertidig forføyning i en rekkes saker, men frem til 2015 har ikke slik erstatning blitt tilkjent.
- Flere saker fra 2015 hvor Retten har avsagt dom på at det foreligger en rett på erstatning for en andel av fortjenesten man ville ha oppnådd ved å bli tildelt kontrakten.

- Anskaffelse av en rammeavtale om IT-tjenester med flere leverandører. Tildeling skulle skje etter kaskadepriippet.
- Krav om erstatning fra leverandøren som var innstilt som nr. 3.
 - Leverandøren reiste ikke krav om erstatning for tapet av kontrakten, men tapet av muligheten til å bli innstilt som nr. 1.
- Retten fant at det var begått flere feil
 - Ureglementert vekting av underkriteriene
 - Utilstrekkelig begrunnelse etc.
- Feilene medførte at beslutningen om at beslutningen om å innstille X og Y som leverandør nr. 1 og 2 måtte settes til side.

T-299/11: Tapet av sjansen et erstatningsrettslig tap

- Tapet av muligheten til å bli innstilt som nr. 1 utgjorde et erstatningsrettslig tap
 - En kontrakt vil ofte være utført innen domstolen har tatt stilling til spørsmålet saken reiser. Dersom det ikke ble tilkjent erstatning for tapet av sjansen, ville det ikke foreligge en effektiv domstolsbeskyttelse. Sjansen vil på dette være endelig tapt.
 - Små muligheter til å vinne frem med et krav om midlertidig forføyning

- Retten fant at leverandøren hadde krav på erstatning for tapet av sjansen, men hadde ikke tilstrekkelig informasjon til å ta nærmere stilling til tapets størrelse. Partene ble anmodet om å inngå en avtale om beløpets størrelse.

- Ved beregningen av tapet skulle det tas hensyn til
 1. Estimert verdi på kontrakten ila. en fireårsperioden
 2. Muligheten for leverandøren til å bli innstilt som nr. 1 eller 2
 - Ved vurderingen må det tas hensyn til den angitte evalueringsmetoden og den gitte score.
 3. At kontrakten i utgangspunktet bare har en varighet på ett år og muligheten for at leverandøren ikke klarer å betjene alle ordrene.
 4. Leverandørens netto fortjeneste ved å oppfylle kontrakten
 5. Fortjeneste leverandøren har oppnådd ved ikke å bli tildelt kontrakten
 6. Ved beregningen av erstatningen for tapet av muligheten til å bli tildelt kontrakten, må fortjenesten ved å oppfylle kontrakten multipliseres med sjansen for suksess.

A close-up photograph of several interlocking metal gears of various sizes, set against a light, blurred background. The gears are made of a dark, possibly steel or cast iron, material and are arranged in a complex, overlapping pattern. A semi-transparent grey horizontal bar is overlaid on the left side of the image, containing the text 'Oppsummering'.

Oppsummering

- Norge er gjennom håndhevelsesdirektivene forpliktet til å yte erstatning for skade en leverandør lider som følge av brudd på anskaffelsesregelverket

- Negativ kontraktsinteresse:
 - Uaktsomhet?
 - At leverandøren kan bevise at han ikke ville ha inngitt tilbud dersom han på tilbudstidspunktet hadde hatt kjennskap til at den fremtidige feilen ville ha blitt begått
 - At det er begått feil som kan tenkes å ha hatt betydning for leverandørens sjanser til å bli tildelt kontrakten (?)

- Positiv kontraktsinteresse
 - (Leverandøren må befinne seg i den erstatningsvernede krets)
 - Vesentlig feil
 - Klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått kontrakten ved en riktig avvikling av konkurransen
 - Ville oppnådd høyeste score ved en riktig evaluering
 - Tilbudet må ikke lide av forhold som skulle ha ledet til avvisning
 - Konkurransen ikke ville ha blitt terminert på annen måte enn ved tildeling

Erstatning for rimelige og nødvendige kostnader for å sikre at en ulovlig prosess blir bragt inn i lovlige former

- Skyld?
 - Leverandøren må ha en konkret og nærliggende interesse i å få bragt konkurransen inn i lovlige former
 - Omfatter rimelige og nødvendige kostnader frem til kontrakt er inngått
-
- Sjanseerstatning der leverandøren kan bevise at han hadde en ikke-ubetydelig sjanse til å bli tildelt kontrakten?

Takk for oppmerksomheten!

isabell.fjetland@kluge.no



KLUGE