



Perpetuum-dommen HR-2023-206-A

Juristforbundet, Erstatning i offentlige anskaffelser

Høyres Hus, Oslo, 19. april 2023, kl. 1700-1730

Vierholm

Rettslig bakteppe

– grunnvilkår for erstatning

Ansvarsgrunnlag

- Tilstrekkelig kvalifisert brudd på reglene, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen)
- Tilsvare statsansvaret i EU/EØS

Årsakssammenheng

- Klar sannsynlighetsovervekt for at saksøker hadde fått kontrakten om feilen tenkes borte, jf. Rt 2001 s 1062, Nucleus (positiv kontr. Int.) kontraktsinteresse)
- Hadde ikke deltatt om visste feilen ville bli begått (negativ)

Økonomisk tap

- Alminnelig bevisvurdering

Rettslig bakteppe

– EU/EØS-retten

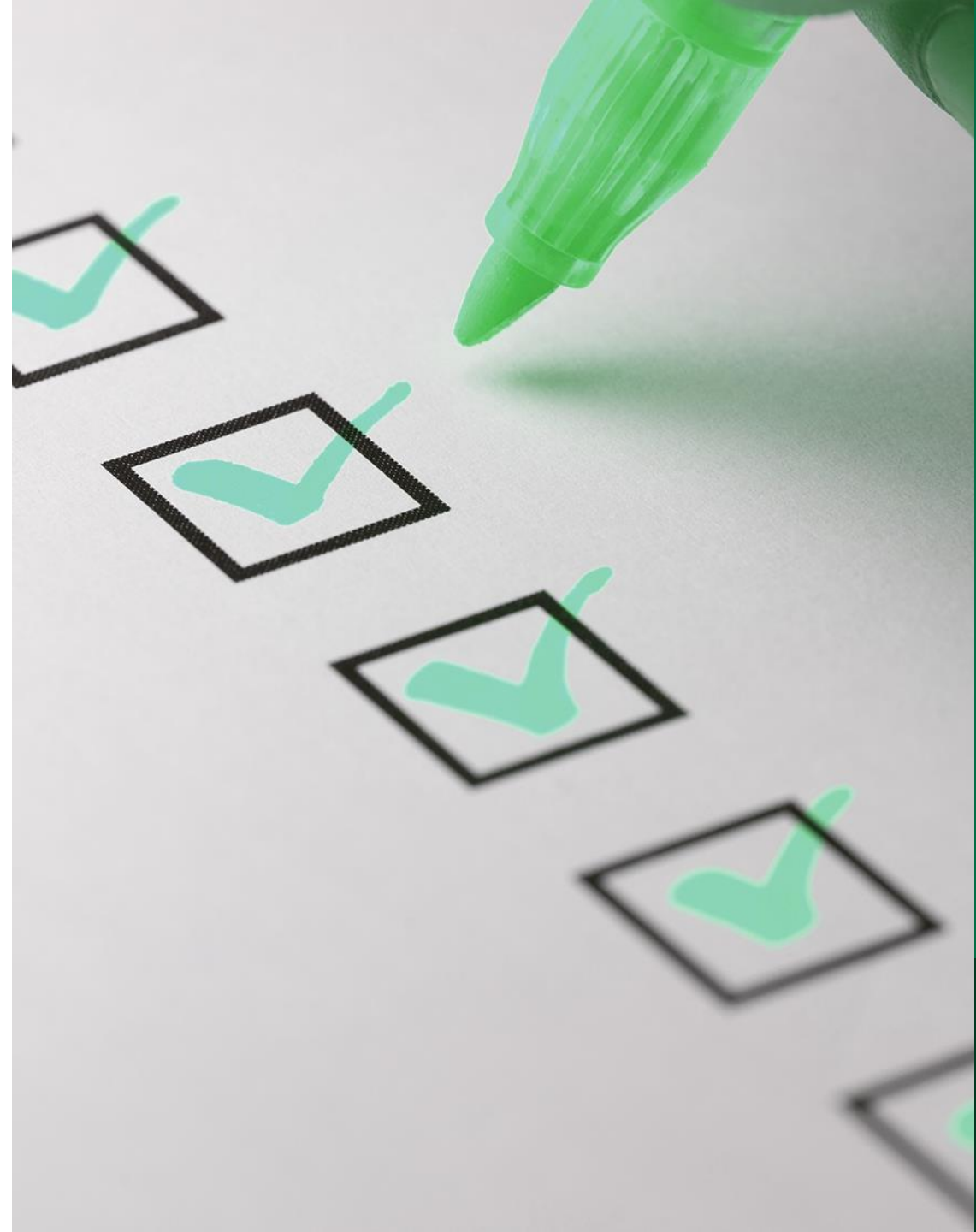
- Retten til erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene følger av Håndhevelsesdirektivet
 - Direktivets formål er å sikre etterlevelse av anskaffelsesreglene, ved å gi leverandørene virksomme sanksjoner. Fortalen, 3. og 6. avsnitt
- Behovet for sanksjoner for å sikre etterlevelse er særlig presserende på dette området, fordi:
 - (1) Betydelig risiko for regelbrudd
 - (2) Håndhevelsen av anskaffelsesreglene er helt overlatt til private
 - Erstatning kun for negativ kontraktsinteresse har ikke nødvendig avskrekkende effekt, Rt. 2001 s 1062, *Nucleus*, s. 1078



Oversikt over saken

– faktum

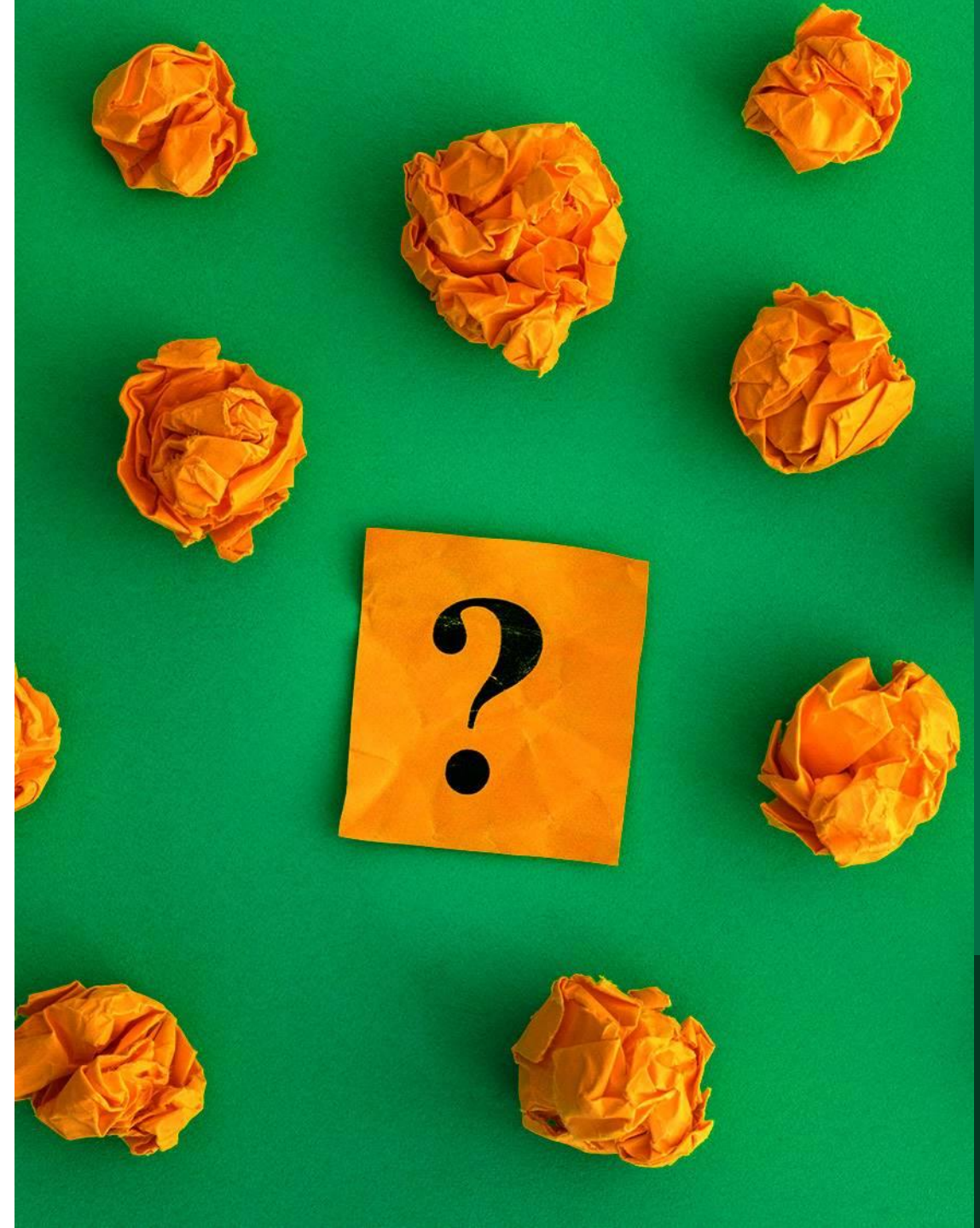
- To kommuner kunngjorde konkurranse om slamtømmingstjenester, med motstridende opplysninger om hvorvidt det skulle avholdes forhandlinger. Etter tildeling avlyste kommunene konkurransen på dette grunnlag.
 - KOFA fant at avlysningen var ulovlig, fordi feilen ikke kunne virket inn på konkurransen (sak 2020/116). Vilkåret om saklig grunn for avlysning i FOA § 25-4 (1) var derfor ikke oppfylt.
 - Perpetuum tok ut søksmål, og vant i tingretten.
 - For lagmannsretten introduserte kommunene et nytt grunnlag for frifinnelse, nemlig at prisskjemaet var uklart og at konkurransen derfor skulle vært avlyst.
 - Hindret ikke kontraktsinngåelse i den nye konkurransen. Perpetuum vant i lagmannsretten også.



Oversikt over saken

– problemstillinger

- Slik saken var henvist skulle det legges til grunn at:
 - Opprinnelig avlysning var usaklig (og derved i strid med FOA § 25-4)
 - Senere oppdaget feil ville medført avlysningsplikt
- Med dette som bakgrunn oppstår tre spørsmål:
 - Kan et regelbrudd som var ukjent da feilen ble begått utelukke *ansvarsgrunnlag*?
 - Bryter den senere oppdagede feilen *årsaksrekken*?
 - Medfører den senere oppdagede feilen at tapet ikke har *erstatningsrettslig vern*?



Ansvarsgrunnlag (i)

- Er feilen likevel ikke ansvarsbetingende (tilstrekkelig kvalifisert) fordi det forelå en annen (da uoppdaget) feil som gir avlysningsplikt (dvs. avlyst på usaklig grunnlag, men kunne avlyst på saklig grunnlag)?
 - Viktig, fordi HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen, avsnitt 102) kan forstås slik at en etterfølgende begrunnelse kan gjøre en avlysning "saklig"
- Følger av EU-domstolens praksis at spørsmålet om det foreligger et "*tilstrekkelig kvalifisert brudd*" kun avhenger av forholdene oppdragsgiver la vekt på da beslutningen ble truffet, og som begrunnet denne
 - Sak C-123/18 P, *HTTS*, (44-47, 82-84)
- Antagelig i tråd med norsk erstatningsrett også, jf. Rt. 1999 s. 1473 (ikke rom for en forholdsmessig oppdeling av erstatningsansvaret)
- Høyesterett unnlot å behandle spørsmålet



Ansvarsgrunnlag (ii)

- Sak C-123/18 P, *HTTS*, (44-47, 82-83)
 - 46 Det følger heraf, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en EU-retlig regel, nødvendigvis skal afgøres i forhold til de omstændigheder, hvorunder institutionen handlede på dette nøjagtige tidspunkt.
 - 47 Det følger ligeledes af det ovenstående, at en institution med henblik på at anfægte, at der foreligger en sådan tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, kun kan påberåbe sig de forhold, som den har taget hensyn til med henblik på vedtagelsen af den pågældende retsakt.
 - 82 Det skal bemærkes, således som det fremgår af nærværende doms præmis 46, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en EU-retlig regel, således at Unionen kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold, skal afgøres i forhold til de omstændigheder, hvorunder den pågældende institution handlede på tidspunktet for den foreholdte adfærd eller den anfægtede retsakt.
 - 83 Dette er grunden til, at en institution, således som det er blevet fastslået i nærværende doms præmis 47, med henblik på at anfægte, at der foreligger en sådan tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse, ikke kan påberåbe sig forhold, som den ikke har taget hensyn til med henblik på vedtagelsen af den pågældende retsakt, heller ikke selv om institutionen er af den opfattelse, at sådanne forhold med fordel kan supplere den begrundelse, der er anført i den nævnte retsakt, eller havde kunnet udgøre et element til støtte for vedtagelsen heraf.



Årsakssammenheng

- Spørsmålet er etter nasjonal rett (Rt. 1992 s. 64, *P-pilledom II*) om foreligger *faktisk* årsakssammenheng
 - Sammenlign det hypotetiske hendelsesforløpet (uten feilen) med det faktiske
 - Ikke avgjørende om det hypotetiske sannsynlige faktiske forløpet også ville representert et regelbrudd
- Presisert i EU-retten, jf sak C-315/01, *GAT*, (54) eventuelle andre feil bryter ikke årsaksrekken
- Høyesterett understreket at de rettslige vilkårene for årsakssammenheng, dvs. uvesentlighetslæren og adekvanskravet, ikke kan “*suppleres med et vilkår om at det hypotetiske hendelsesforløpet må være lovlig*”, se avsnitt 52.
 - Vilkåret om årsakssammenheng var oppfylt.



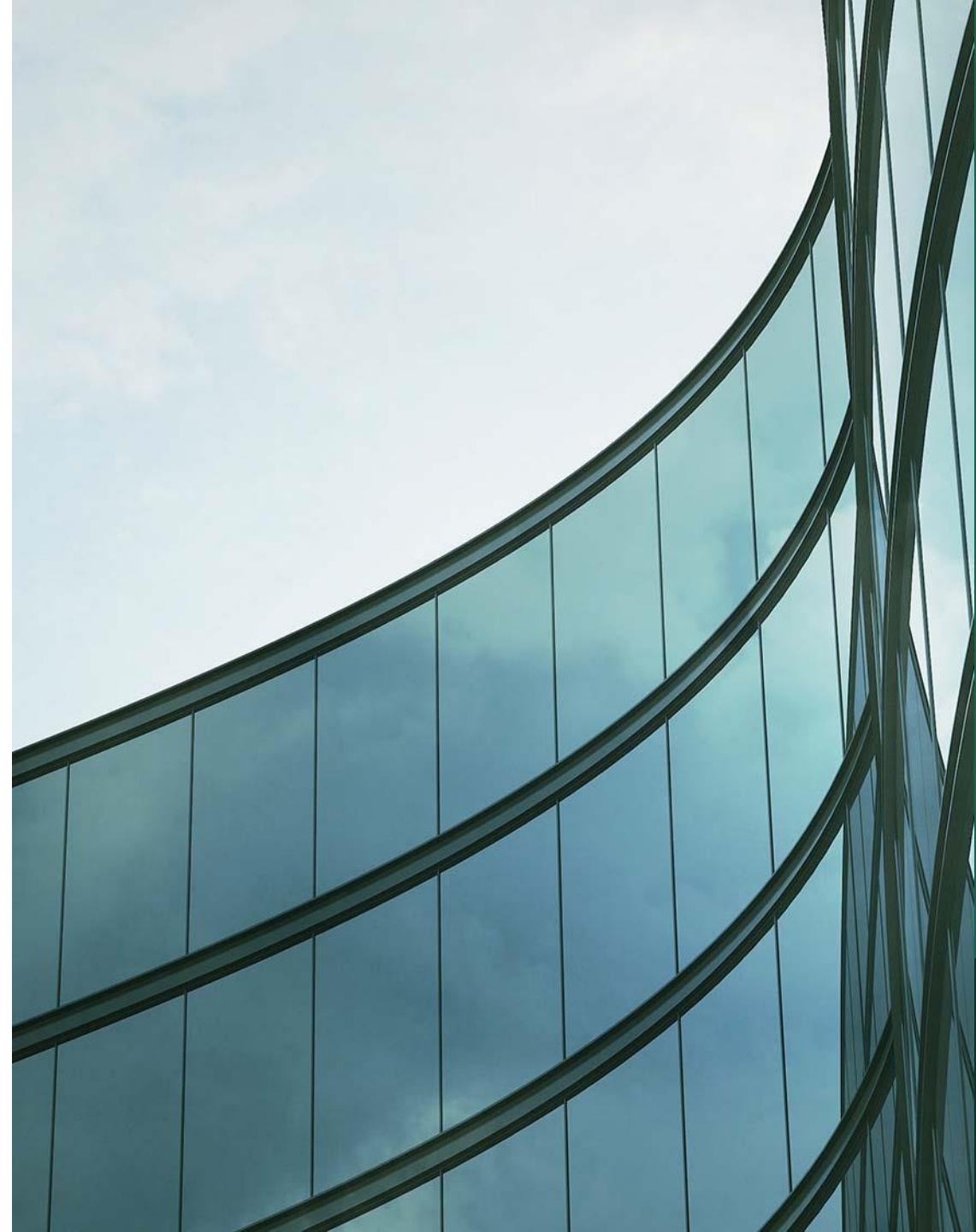
Erstatningsrettslig vern – utgangspunkt

- Uklar rekkevidde av prinsippet etter nasjonal rett, omfatter stort sett tilfeller der det nærmest er uetisk å kreve erstatning (integritetskrenkelser mv)
- Avtaler inngått i strid med anskaffelsesreglene er gyldig og bindende mellom partene og erstatningsansvar er et substitutt for oppfyllelse
 - Tapet har erstatningsrettslig vern?
- GAT-dommen slår uansett fast at det strider mot håndhevelsesdirektivet om oppdragsgiver kan gå fri fra en feil ved å påberope en annen
 - Må få betydning også for erstatningsrettslig vern?



Erstatningsrettslig vern – vurderingen

- Høyesterett konkluderte motsatt
 - Primært begrunnet med at det er den *berettigede forventningen* som fortjener vern, og at noen slik forventning ikke foreligger når konkurransen etter regelverket skulle avlyses som ulovlig (avsnitt 58).
 - Høyesterett understreket at anskaffelsesreglenes formål og det forhold at håndhevelse er overlatt til private taler for et “*sterkt erstatningsrettslig vern for tilbyderne*” (avsnitt 57), men at dette prevensjonshensynet likevel ikke kunne “*veie så tungt at det tilkjennes erstatning for tap som bygger på en forventning om å få en kontrakt som ikke lovlig kunne vært inngått*” (avsnitt 61).



Rekkevidden av dommen (i)

- Dommen gjelder et tilfelle der konkurransen var avlyst, og skulle vært avlyst, og hvor saksøker krevde erstatning basert på at konkurransen ikke skulle vært avlyst
 - Hva er rekkevidde ut over dette?
 - Mindre nærliggende å tilkjenne erstatning i et slikt tilfelle, enn der kontrakt er inngått?
- Høyesterett presiserer at utfallet gjelder “*under de gitte forutsetninger*” (avsnitt 40).
 - Ligger det en begrensning i dette?
 - Høyesteretts drøftelse er samtidig generell.



Rekkevidden av dommen (ii)

- Bortfaller rett til erstatning også der kontrakt er inngått (med feil tilbyder)?
 - Den uoppdagede feilen hindret da ikke kontraktsinngåelse. I et slikt tilfelle er erstatning opprettholdt i underrettspraksis (LB-2012-36777 mv)
- Hva hvis oppdragsgiver er klar over feilen som gir avlysningsplikt når kontrakt inngås?
 - Eller bevisst begår en feil som gir avlysningsplikt, før kontraktsinngåelse, for om mulig å slippe erstatningsansvar?
- Hva hvis det er den samme feilen som leder til at feil selskap får kontrakten som også leder til avlysningsplikt, og dette var kjent for oppdragsgiver?
 - I stedet for å kvalifisere en tilbyder som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene så endres kravene før kontrakt tildeles?



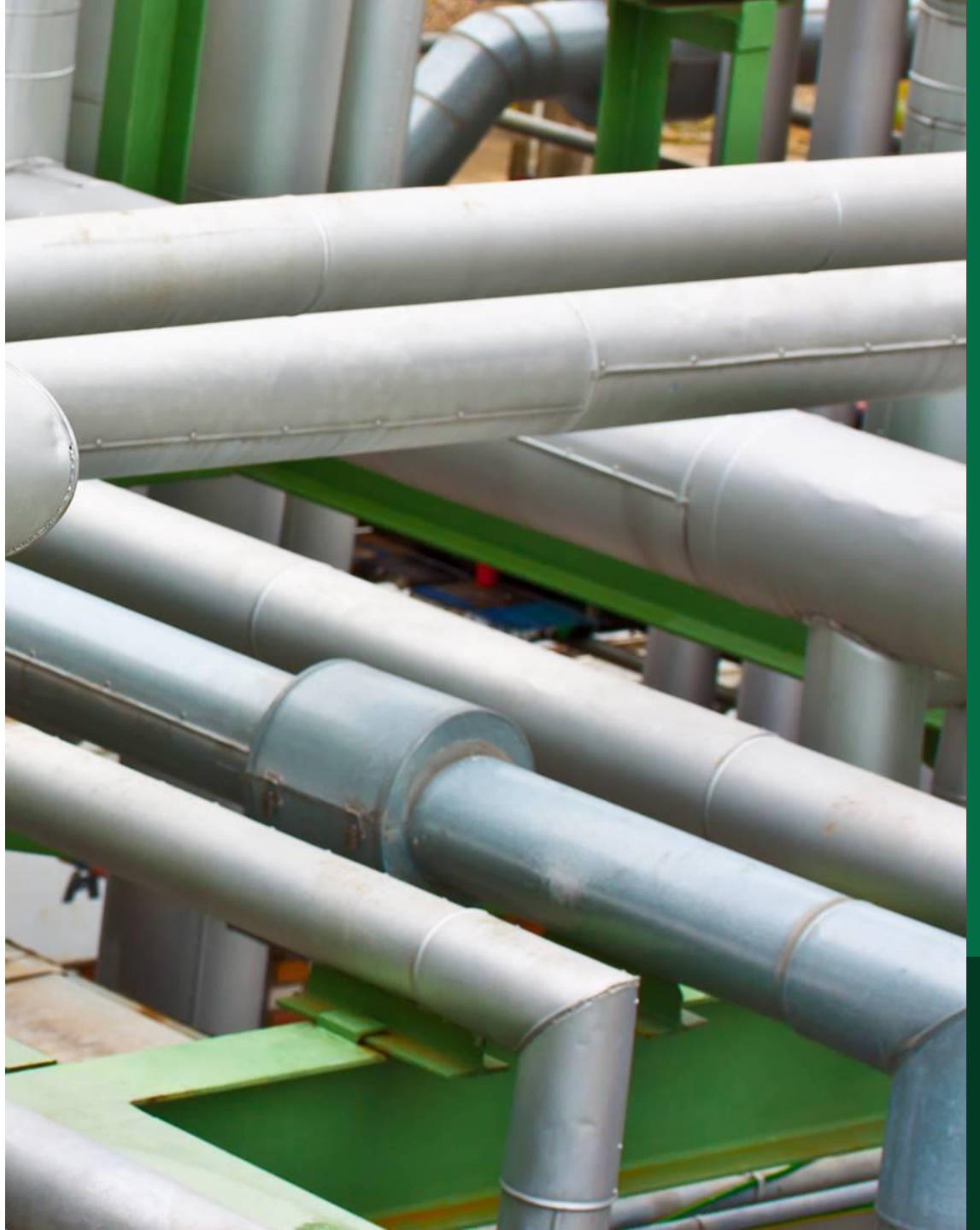
Praktisk betydning av dommen

- For den konkrete saken: Tilbake til lagmannsretten
 - Spørsmålet er særlig om den uoppdagede feilen faktisk gir avlysningsplikt
- Generelt: Veldig sterkt press i retning av avlysning
 - I konkurranser der tilbyderne tidligere hadde tenkt at de eventuelt kan få erstatning om de blir forbigått argumenteres det nå sterkt for avlysning
 - Uheldig utvikling for begge sider?



Avslutning – på tide å se helhetlig på sanksjonsreglene?

- Gjennomføres 10.000 anskaffelser i året, til en verdi av 650 milliarder NOK. Håndhevelsen skjer særlig gjennom forføyningssaker og erstatningssaker
 - Forføyningssaker i kun én instans om leverandøren taper (forskjellig fra Sverige, Tyskland mv)
 - Erstatning for positiv kontraktsinteresse fører frem i ca en sak i året ... før denne dommen
- Samfunnet er tjent med at anskaffelsesreglene følges, og for å sikre dette må brudd kunne håndheves
 - Når muligheten til erstatning begrenses, bør muligheten til å prøve tildelinger før kontraktsinngåelse utvides



Takk for oppmerksomheten!



Morten Goller

Managing Partner
mgo@wiersholm.no
M: +47 95 85 64 28

wiersholm.no

Wiersholm