

Erstatningsreglene i et europeisk perspektiv

Fagnettverk Offentlige Anskaffelser
Juristforbundet Privat
19. April 2023

Litt om CMS sitt globale public procurement team

75
Partners
globally



170+
Procurement
experts globally

Rapidly
expanding teams
in **Europe, Asia,**
Africa and **Latin**
America.

Europe's
largest public
procurement
team.



One-stop shop
for multi-jurisdictional
clients and present in
40 jurisdictions

Clients **across a range**
of sectors including
infrastructure, life sciences
& healthcare, TMT, energy
& climate change.

Innovative &
commercial
approach

Involved in law-making
activities in numerous
jurisdictions.

Contributors across multiple
countries to the World
Bank's Procuring
Infrastructure Public-Private
Partnerships Report:
Assessing Government
Capability to Prepare,
Procure, and Manage PPPs.

LAW FIRM
OF THE YEAR

in the area of
Government Contracts
Who's Who Legal
2022/2021/2020

48%
of our public
procurement
team are
women.

16 nominations in
WWL Government
report – far more than
the next best global
public procurement law
firm with 8 nominations.

CMS Ressurser



Temaer

#1 Bakgrunn

Håndhevelsesdirektivets rammer, utvalgt EU-rettspraksis om håndheving

#2 Kort om Norges håndhevingssystem

Håndhevingsutvalget, særegenheter

#3 Håndheving i andre europeiske land før og etter kontraktsinngåelse

Sverige

Danmark

Tyskland

England, Wales og N Irland

Østerrike

#4 Oppsummering og diskusjon

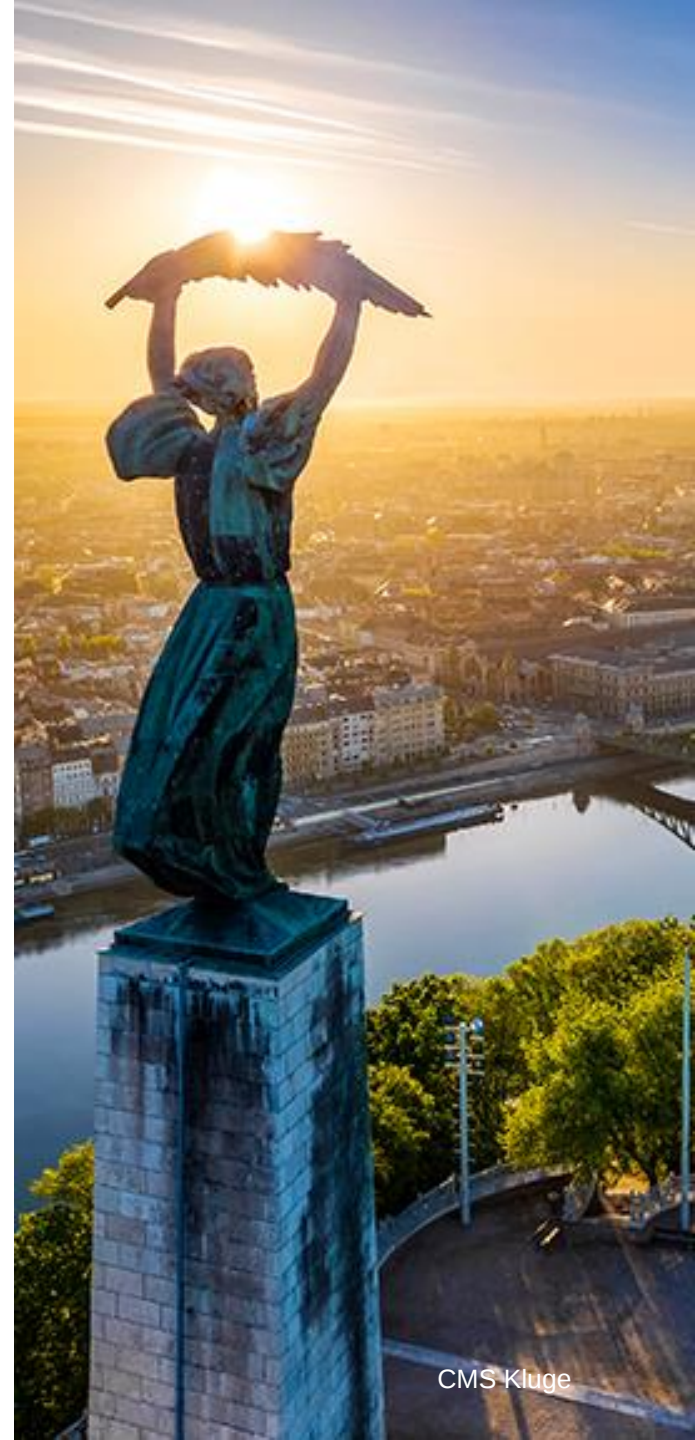


#1 Bakgrunn

EØS-forpliktelsene knyttet til håndheving

Prinsippene i EUs håndhevelsesdirektiv 89/665/EEC og 2007/66/EF

1. Sikre at det **“effektivt og særlig så raskt som mulig kan klages på beslutninger” inkl. mulighet for skadeerstatning** til personer som har lidd skade som følge av en overtredelse
2. Suspensjonsplikt og karenstid for å unngå at **kontrakt inngås** før **håndhevingssorganet** har tatt stilling til klagen
3. **Tidsfrister**
4. Preferanse mot effektiv håndheving før kontrakten inngås.
5. Formålet med håndhevelsesreglene er at den materielle anskaffelsesretten skal **etterleves effektivt**.
6. Erstatningsreglenes utforming overlates til nasjonal rett, men krav til **ekvivalens og effektivitet – Hva ligger i effektivitetsprinsippet?**



Praksis fra EU-domstolen om håndheving C-230/02 – Grossman Air Service

- Håndhevelsesdirektivet beskytter ikke den som venter
- «[...] en person [som] ikke klager over en beslutning, hvorved den ordregivende myndighed har fastsat udbudsbetingelser, som personen ellers mener er diskriminerende over for ham, forså vidt som de forhindrer ham i at deltage i det omhandlede udbud, men venter med at indgive en klage over udbuddet til den kompetente instans, indtil beslutningen om at tildele denne kontrakt er blevet meddelt, idet denne klage netop støttes på, at de nævnte betingelser er diskriminerende, **ikke er i overensstemmelse med direktiv 89/665's formål om hurtighed og effektivitet**» (vår utheving).



Praksis fra EU-domstolen om håndheving C-532/20 Alstom Transport, C-54/21 Antea

- Gjelder søksmålsfrister
- Utgangspunktet for fristen er det tidspunkt leverandøren «*havde kendskab eller burde have haft kendskab til*» det aktuelle bruddet på anskaffelsesregelverket.
- Forholdet til preklusiv frist ved kvalifisering?
- Karensperioden i Norge og begrunnelsesplikten/manglende innsyn?



Praksis fra EU-domstolen om håndheving C-927/19 Klaipėdos

- Bevistilgang - Krav til håndhevingsorganets tilgang til sakens dokumentasjon, inkl. forretningshemmeligheter
- Avsnitt 130
«[...]To that end, the competent national court must carry out a full examination of all the relevant matters of fact and law. Accordingly, it must necessarily be able to have at its disposal the information required in order to decide in full knowledge of the facts, **including confidential information and trade secrets** [...]».
- “131 Assuming that that court also concludes that the information in question is confidential, which precludes its disclosure to the competitors of the operator concerned, it must be borne in mind that, as the Court has already held, although the adversarial principle means, as a rule, that the parties to proceedings have a right to inspect and comment on the evidence and observations submitted to the court, **in some cases it may be necessary for certain information to be withheld from the parties in order to preserve the fundamental rights of a third party or to safeguard an important public interest** (judgment of 14 February 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, paragraph 47).”



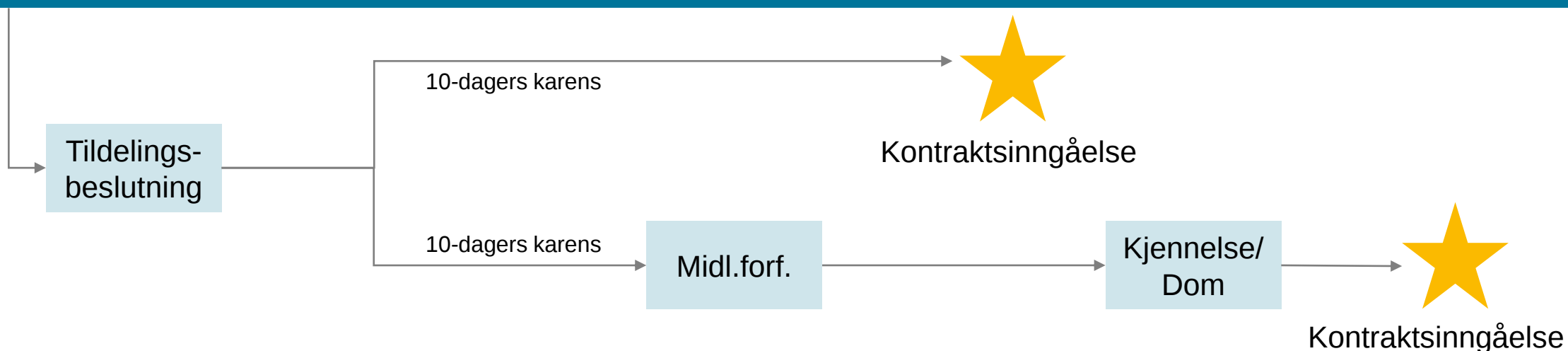


#2 Håndheving i Norge

Hvordan har vi valgt å implementere håndhevingsdirektivet i Norge?

2 | Norges håndhevelsessystem for brudd på reglene i kunngjorte anskaffelseskonkurranser

- Domstolsmodell
- Kun begjæring om midlertidig forføyning til tingretten som gir suspensjonsvirkning
- Gjelder uavhengig av om innsyn er gitt/begrunnelsesplikten er oppfylt
- Etter kontraktsinngåelse kun adgang til å fremme erstatningssøksmål via domstolene (tilbudskostnader/fortjenestetap)



Håndhevingsutvalget NOU2010:2

- Håndhevingsutvalgets forslag:

- Kun preklusive søksmålsfrister for kvalifiseringsbeslutninger, jf. FOA § 20-7
- Ingen særlige frister for fremsettelse av erstatningskrav, men alm. foreldelsesregler (3 år).
- Ikke krav om forutgående klage til håndhevingsorganet for å kunne kreve erstatning
- Ikke foreløpig suspensjon ved klage til oppdragsgiver
- Ikke vilkår om klage direkte til oppdragsgiver før saksanlegg
- Domstolsmodell fremfor nemndsmodell
- Ikke utsatt karens ved manglende oppfyllelse av begrunnelsesplikten



Andre særegenheter i Norge

- Tvistelovens system om full kontradiksjon og de begrensninger dette medfører for domstolens tilgang til forretningshemmeligheter
- Erstatningsansvar for uriktig forføyning, jf. tvl. § 32-11
- Ikke tilsynsorgan – 100 % privat håndheving





Håndheving i andre europeiske land

Mange elementer som påvirker hvor effektiv håndhevingen er i det enkelte land



Tidsfrister og saksbehandlingstid



Innsynsregler



Konsekvenser/risiko ved å fremme sak/domstolsgebyrer



Sakskostnader



Oppside ved håndheving - kontrakt/erstatning/erstatningsstørrelse

Håndhevingssystem før kontraktssignering

	Håndhevingsorgan	Særlige preklusive tidsfrister?	Kostnader/ tidsbruk	Annet	Tilsynsorgan/ rådgivende organ?
Norge	Alm. domstoler	Kvalifisering (15 d) Aktivitetsplikt ved negativ	Lave rettsgebyr	• Erstatningsansvar ved forf. • Forretningshemmeligheter • 20-40 saker?	Lavterskel rådgivende organ, KOFA (+ gebyrmyndighet)
Sverige	Forvaltningsdomstol	Nei, men aktivitetsplikt iht. rettspraksis	Effektivt og skriftlig 2 mnd	• 1782 saker i 2022	Tilsynsorgan
Danmark	Nemnd - Klagenævnet for offentlige udbud, eller alm. domstoler	Nei? Aktivitetsplikt iht rettspraksis?	Skriftlig (kan avholde muntlig) 4 mnd	• 102 saker i 2021	Veiledende uttalelser fra Konkurrencestyrelsen
Tyskland	Nemnd- Vergabekammer og alm. domstoler	-10 dager fra man oppdaget feilen -Før tilbudsfrist		• Vilkår om å klage til oppdragsgiver først • 10 + 15 dager karenstid	Tilsynsorgan og nemnder
rUK	Alm. domstoler	30 dagers frist fra man oppdaget feilen	DYRT		
Østerrike	Nemnd og alm. domstoler	10 dager fra man oppdaget feilen			

Nærmere om Østerrike

Frister for å fremme «krav om ugyldighet»

- Konkurransesgrunnlaget
 - Endringer før tilbudsfrist
 - Avlysning
 - Avvisning
 - Kvalifisering
 - Tildeling
- 10 dagers preklusiv frist
 - For å få overprøvd feil i konkurransesgrunnlaget må begjæring være sendt klageorganet senest 8 dager før tilbudsfristen utløper

Etterfølgende krav om erstatning forutsetter at krav om ugyldighet for den aktuelle beslutningen ble fremsatt i tide

Håndhevingssystem etter kontraktssignering (erstatning)

	Håndhevingsorgan	Tilbuds-kostnader	Fortjeneste-tap	Kommentarer	Annet
Norge	Alm. domstoler	Ja	Ja	- Klar sannsynlighetsovervekt +++ 3 års frist	Ikke krav om at man har klaget før kontraktsinngåelse
Sverige	Alm. domstoler	Ja	Ja, se eks.	1 års frist (burde hatt kunnskap)	Leverandørens aktivitetsplikt tillegges vekt
Danmark	Klagenævnet for offentlige udbud/ alm. domstoler	Ja	Ja Eks. j.nr. 21/05326	1 års frist for erstatningskrav 4 erstatningssaker I 2021	Leverandørens aktivitetsplikt tillegges vekt
Tyskland	Alm. domstoler	Ja	Ja, men	- Alm. foreldelsesregler - Avkortning for medvirkning til tap og manglende tapsbegrensning	Veldig sjeldent
rUK	Alm. domstoler	Ja	Ja, men	30 dagers frist	De fleste erstatningssaker forlikes. Lite rettspraksis. Også tapt sjanse?
Østerrike	Alm. domstoler	Ja	Ja, men ytterst sjeldent	- Strengt preklusjonsregler 10 dagers frist	

Rettspraksis fra Tyskland

Krav om erstatning for fortjenestetap

Den tyske føderale Høyesterett XIII ZR 20/19, 23. november 2021

- Anskaffelse av gulvlegging
- Kontrakt ble inngått med nest billigste tilbyder pga. en regnefeil som ble oppdaget for sent

«[...] Rett til kompensasjon for tapt fortjeneste foreligger kun - som allerede forklart ovenfor - i unntakstilfeller dersom den forbigåtte tilbyder ved korrekt tildeling burde ha fått tilslaget og tilslaget faktisk har blitt gitt til en annen.[...]»

«[...]Grunnen er at rett til erstatning av tapt fortjeneste oppstår bare dersom «feil» tilbyder faktisk får oppdraget. Når ikke dette er tilfelle fordi det foreligger en hevingsavtale som omfatter hele kontrakten, og det gjennomføres en ny tildeling, er den forbigåtte tilbyderens - i dette tilfellet saksøkers - rett til å delta i anskaffelsesprosedyre og benytte sin sjanse til å få kontrakten tilstrekkelig ivare tatt».



Rettspraksis fra Danmark og Sverige

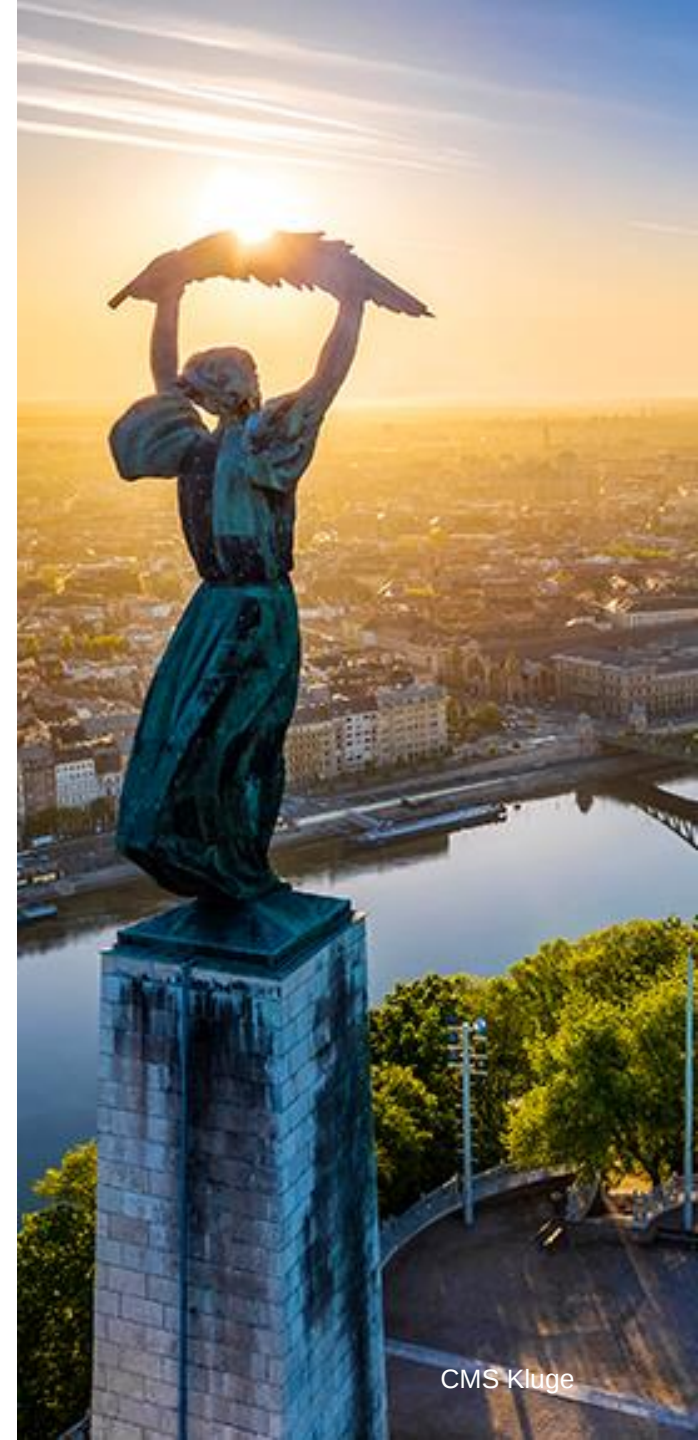
Krav om erstatning for fortjenestetap

- **Hovsrätten för Västra Sverige t 6007-20**
- ”Fresenius har inte visat att bolaget uppfyllde de obligatoriska kraven i anbudsinbjudan. Fresenius skadeståndstalan mot VGR har därmed som huvudsakligt syfte att säkerställa ett skadestånd som inte omfattas av syftena (skyddsändamålet) med direktiven. Det saknas då adekvat kausalitet mellan upphandlingsfelet och bolagets påstådda skada.”
- **Klagenævnet for Udbud | SIM Lægekørsel I/S mot Region Syddanmark J nr.2015-14149**
- ”Hvis uoverenstemmelsen mellem udbudsbetingelserne og udbudsreglerne medfører, at der ikke lovligt vil kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, er tilbudsgiveren imidlertid på den anden side afskåret fra efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser om årsagsforbindelse at opnå erstatning. Samme resultat følger af betragtninger om tilbudsgiverens egen skyld ved på trods af den ulovlige betingelse at have afgivet tilbud”. (s.8)



Oppsummering og diskusjon

- Erstatningsreglene er bare ett av flere virkemidler for å sikre håndhevelse av regelverket
- Erstatningsreglene større betydning i Norge enn andre land? Hvorfor?
- Er terskelen for å bli tilkjent erstatning for fortjenestetap for høy i Norge etter Perpetuum sammenlignet med andre europeiske land?
- Bør det innføres mulighet for flere preklusive søksmålsfrister?
 - Manglende aktivitet fra leverandørens side bør tillegges større betydning
- Bør det stilles krav om at man har forsøkt å stoppe oppdragsgiver før kontraktsinngåelsen for å kunne kreve erstatning?
 - Hva med risikoen for erstatningsansvar for uriktig midl. forføyning?
- Er tvistelovens system om bevisforbud for forretningshemmeligheter i tråd med EØS-retten i anskaffelsessaker?



Takk for meg!



Anne Buan

Partner

CMS Kluge Oslo

T +47 46634730

E anne.buan@cms-kluge.com



Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice. It was prepared in co-operation with local attorneys.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices; details can be found under "legal information" in the footer of cms.law.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Liverpool, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tel Aviv, Tirana, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law