



Erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i bygge- og anleggsanskaffelser

Morten Goller og Oda Ekre

Larvik, 5. september 2019

Nierholm

Agenda

- 01 Bakgrunn
- 02 Ansvarsgrunnlag
- 03 Årsakssammenheng
- 04 Økonomisk tap
- 05 Eksempler fra praksis – BA-saker

01 **Bakgrunn**

Bakgrunn – erstatningssaker de siste årene

- LB-2012-36777, **56 millioner** – manglende avvisning av vinner Skanska
- LB-2015-102226, **20 millioner** – manglende avvisning av vinner Seby
- LB-2015-72805, **25 millioner** – manglende avvisning av vinner
- TOSLO-2014-184164, **41 millioner** – uriktig avvisning av vinner AF
- LB-2015-72805, **272 millioner** – manglende avvisning av vinner Skanska
- Fosen Linjen – AtB AS – avventer dom fra Høyesterett

Kontraintuitivt med erstatning uten å ha gjennomført kontrakten?

21 dommer
der pos. int.
er tilkjent
siden 1999

10 mill. i
snitt
erstatning

Årlig 550
milliarder
fordelt på
16 700
anskaffelser

Anskaffelsesrettslig utgangspunkt (i)

- Lov om offentlige anskaffelser § 10
 - Grunnvilkårene er som i erstatningsretten ellers; ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap
 - Overlater de nærmere vilkårene til rettspraksis
- Vilkårene for positiv kontraktsinteresse i anskaffelsessaker ble presisert i Rt. 2001 s. 1062 Nucelus
 - Ansvarsgrunnlag: må være begått en "vesentlig" feil
 - Årsakssammenheng: "klar" sannsynlighetsovervekt for at saksøker ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen tenkes borte

Anskaffelsesrettslig utgangspunkt (ii)

- EFTA-domstolen i Fosen-Linjen I (E-16/16):
 - Rent objektivt ansvarsgrunnlag (enhver feil gir grunnlag for positiv kontraktsinteresse)
 - Kravet til årsakssammenheng i Nucleus er OK
- Nucleus-normen fastholdt i LF-2015-187242, anket til Høyesterett og re-forelagt EFTA-domstolen
- EFTA-domstolen i Fosen-Linjen II (E-7/18):
 - Ansvarsgrunnlaget for positiv kontraktsinteresse er "*tilstrekkelig kvalifisert feil*"
- Det nærmere innholdet i normen ble behandlet i Høyesterett forrige uke

02 Ansvarsgrunnlag

Utgangspunkt

Rt. 2001 s. 1062

- "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.**"

E-7/18: tilstrekkelig kvalifisert
brudd

Tilstrekkelig kvalifisert brudd/feil

Rt. 2008 s. 1705 siterer EU-domstolen:

- "Som eksempler på de momenter, den kompetente retsinnsans i den forbindelse kan tage i betragtning, skal nævnes følgende: hvor **klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er**, hvor vidt et **skøn**, den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller fællesskabsmyndighederne, 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 undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten.»"

Ansvarsgrunnlaget p.t.?

- Ansvarsnormen tilsvare statsansvaret etter EU-retten; "tilstrekkelig kvalifisert brudd"
 - Vilkåret er oppfylt der skjønnsfriheten er "åpenbart og grovt overskredet"
 - Regelens klarhet og eventuelle skjønnsfrihet er av stor betydning
- Normen må anvendes i sin anskaffelsesrettslige kontekst
 - Håndhevelsesdirektivet krever effektive sanksjoner, for å sikre regeletterlevelse
- Skyld kan ikke være et vilkår, jf sak C-314/09, Strabag
- Rettsvillfarelse er et relevant moment, men ikke frigjørende i seg selv, jf. sak C-314/09 Strabag
 - Aldri spørsmål om rent subjektive forhold, men om regelen som er brutt objektivt sett var uklar
- Det nærmere innholdet avhenger av Høyesteretts dom i Fosen-Linjen

Ansvarsgrunnlaget – frem til nå

- Typen feil er av stor betydning, dvs. feil med stor skadeevne er lett vesentlig
 - Manglende/feilaktig avvisning utgjør som klart utgangspunkt en vesentlig feil i seg selv
 - Bør kunne opprettholdes, men verdt å merke seg at domstolene i flere av disse sakene har lagt til grunn at oppdragsgiver kan klandres
- Forutgående forføyningssak kan ha relevans der saken gjelder et uavklart rettslig spørsmål
- Øvrige typer feil som kan lede til at vilkåret er oppfylt?
 - Grove feil ved evalueringen kan lede til at det er begått en tilstrekkelig kvalifisert feil
 - Avlysning uten saklig grunn

03 Årsakssammenheng

Anskaffelsesrettslig utgangspunkt

Rt. 2001 s. 1062

- "Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng 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.**"

Hvilke elementer i årsaksbildet må påvises med klar sannsynlighetsovervekt?

Problemstilling

- I utgangspunktet kun tilbyder som ville vunnet konkurransen om ikke avvist, eller som ble innstilt som nummer to, som klarer å oppfylle kravet til årsakssammenheng
- Oppdragsgiver påberoper alternative hendelsesforløp for å bryte årsakssammenhengen
 - At også saksøker skulle vært avvist fra konkurransen
 - At konkurransen ville blitt avlyst dersom tilbyder nr. 1 hadde blitt avvist
- Er dette relevante årsaksperspektiver?
 - Avvisning og avlysning er i utgangspunktet rettslige spørsmål
 - Må slike innsigelser tilbakevises med "klar sannsynlighetsovervekt"?

Klare utgangspunkter

- Hvis det foreligger avvisningsplikt også for saksøker, er årsaksrekken brutt, jf. LH-2018-17395
 - Saksøker må ikke bevise med klar sannsynlighetsovervekt at det ikke foreligger avvisningsplikt
 - Det er et rent rettslig spørsmål der alminnelige beviskrav gjelder
- Om oppdragsgiver har avvisningsrett er ikke relevant, jf. LH-2014-168975
 - Følger av regelverket at oppdragsgiver skal ta stilling til avvisning så snart som mulig, FOA § 24-10 (1)
- Dersom konkurransen faktisk ble avlyst
 - Kan da ikke påvise med klar sannsynlighetsovervekt at man ville blitt tildelt kontrakten (med mindre avlysningen i seg selv er ulovlig), LF-2015-187242, Fosen-Linjen AS (ikke rettskraftig)
 - Ved uriktig avlysning brytes ikke årsakssammenhengen, jf. LG-2016-133934

Anførsel om avlysning der kontrakt ble signert

E-16/16 Fosen-Linjen I avsnitt 110

- "Svaret på det fjerde spørsmål må derfor være at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for at en oppdragsgiver etter nasjonal lovgivning kan gå fri fra ansvar for positiv kontraktsinteresse dersom, konkurransen, på grunn av en feil oppdragsgiver har begått **ble avlyst** i samsvar med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, selv i et tilfelle der feilen ikke ble påberopt under konkurransens gang og er en annen feil en den saksøker har påberopt seg"
-
- Skal det forstås slik at hvis brudd på EØS regelverket å inngå kontrakten = ikke årsakssammenheng?
 - Der kontrakt er inngått vil innsigelsen ikke bryte den faktiske årsakssammenhengen
 - Den påberopte feilen er ikke oppdaget tidligere, og har ikke hindret kontraktsinngåelse
 - Ville derfor heller ikke hindret faktisk kontraktsinngåelse i det hypotetiske alternative forløpet der oppdragsgivers feil tenkes borte
 - Blir derfor et spørsmål om erstatningsrettslig vern
 - Vårt syn: Når kontrakt er inngått kan oppdragsgiver ikke gå fri fra ansvar ved å påberope en annen feil oppdragsgiver har begått. Tapet er erstatningsrettslig vernet

04 Økonomisk tap

Utmålingen

- Saksøker skal stilles økonomisk som om selskapet hadde gjennomført kontrakten
- Saksøker må sannsynliggjøre tapet
- Tapt dekningsbidrag skal erstattes, jf. bla. LH-2014-168975, LE-2015-102226, LB-2012-36777 og LB-2015-29544
- Kalkylen skal som utgangspunkt legges til grunn
 - Resultat i sammenlignbare kontrakter og andre relevante forhold kan vektlegges
- Normalt lagt til grunn et dekningsbidrag på mellom 8-12 % i saker som gjelder BA-kontrakter

05 Eksempler fra BA-saker

Betydningen av konkurransegrunnlaget

- LB-2012-36777:
 - Konkrete krav til rekkefølgen på arbeidene (bla. tilgang til felles adkomstveier) pga. koordinering mot tilstøtende entrepriser. Leverandørene skulle inngi en detaljert fremdriftsplan som skulle evalueres
 - Valgte leverandør skrev i tilbudet at de ønsket "å diskutere" muligheten for å produsere disse seksjonene på et annet tidspunkt, og fremdriftsplanen forutsatte denne løsningen
 - Lagmannsretten fant at dette under enhver omstendighet ga relativ bedømmelsestil og tilkjente erstatning
- TOSLO-2014-184164:
 - Ren priskonkurranse, der leverandøren med lavest pris ble avvist
 - Tilbyderne skulle levere en orienterende fremdriftsplan som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet gjennomføringsevne
 - Forutsatt i konkurransegrunnlaget at kun enkelte arbeider kunne gjennomføres i samhandlingsfasen. Saksøker hadde forutsatt enkelte ytterligere arbeider i samhandlingsfasen, valgte leverandør enda mer
 - Tingretten la til grunn at fremdriftsplanen ikke kunne anses som et vesentlig forbehold, og at avvisningen uansett utgjorde et brudd på likebehandlingsprinsippet

LE-2015-102226

- Fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte forholde seg til føringene i reguleringsplanen
- Valgte leverandør forutsatte tre løsninger som stred mot reguleringsplanen
 - Bygget gikk utenfor byggegrensen, var for høyt, og en bekk som skulle gå i åpent landskap ble lagt i rør
- Lagmannsretten konkluderte med at de tre avvikene var vesentlige og at det var begått en vesentlig feil
 - Manglende avvisning talte i seg selv med tyngde for at feilen var vesentlig
- *"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."*
 - Fant det sannsynliggjort at oppdragsgiver ikke vurderte om tilbudene var i samsvar med konkurransegrunnlaget, eller om det forelå grunnlag for avvisning
 - Evalueringsgruppen ble ansett å ha misforstått "de strenge krav til forutberegnelighet og likebehandling" som gjelder i anbudskonkurranser og kommunen kunne bebreides for de feil som var begått

LB-2017-94201, Bane NOR

9 SPECIFIC CONSTRUCTION DETAILS

9.1 Transition to rock tunnel at Ekebergåsen

Contractor shall design and build the transition between concrete tunnel and rock tunnel at the rock tunnel entrance at Ekebergåsen in accordance with the principles of the illustration shown below.

Details of the inner profile of the transition construction shall be arranged in the interface process described in Appendix A.

4.5 Rock support

In order to prevent the cut surface from sliding out and to reinforce the rock above the forthcoming tunnels with a large cross section, the rock shall be secured before blasting in the tunnel.

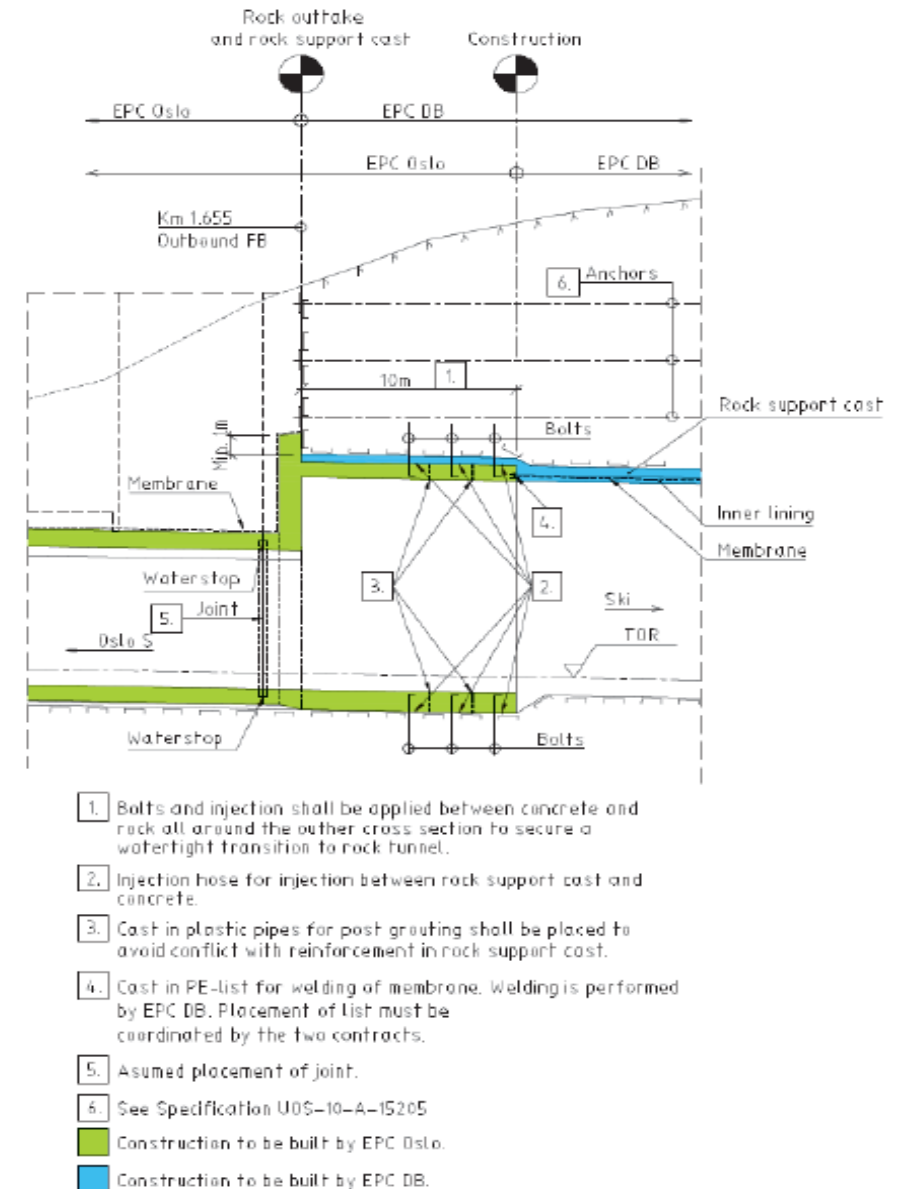


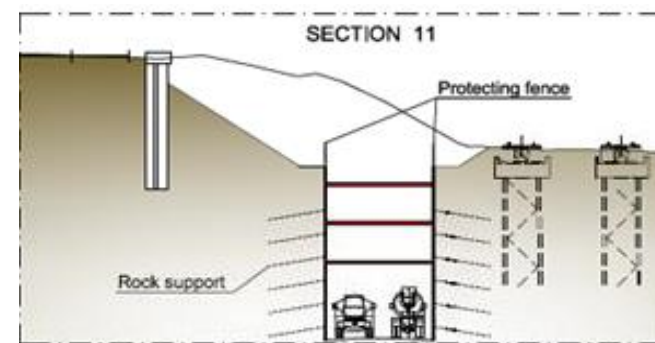
Fig 4: Principles for the transition between concrete and rock tunnel

LB-2017-94201, Bane NOR (i)

- Påberopt flere feil, men det viktigste var manglende avvisning av Condotte pga vesentlig avvik:
 - "Det springende punktet i saken er om konkurransegrunnlaget stilte krav om at Civil Oslo S-entreprenøren skulle forsterke fjellet ved Ekebergåsen over «three track tunnel», og om dette eventuelt var et minstekrav"
- Lagmannsretten foretar en helhetlig fortolkning av konkurransegrunnlaget og delkonkluderer:
 - "Gjennomgangen hittil viser at det fulgte av Appendix A punkt 3.6 at Civil Oslo S-entreprenøren skal sikre fjellet for fjelltunnelen som skal sprenges ut og bygges. I «Specific Construction Details» fremgår det klart at overgangen til fjelltunnelen skal prosjekteres i henhold til den illustrasjonen som viser grensesnittet, og hvor det tydelig er angitt tre rader med fjellankere og i teksten vist til de ingeniørgeologiske arbeidene i prosjektet. Det er ikke noe som tilsier at de inntegnede fjellankrene og teksten i tilknytning til det, falt utenfor de prinsippene det skal bygges etter. Den planlagte fjellforsterkningen med lange ankre skulle tjene som en forspenning av dette dårlige partiet."
- Lagmannsretten vektla også flere andre opplysninger i konkurransegrunnlaget, herunder et krav om "rock reinforcement" i Appendix A, at arbeidene var dagmulftsbelagt med NOK 500 000, samt oppdragsgivers svar til et spørsmål om prosjektering og konkluderer med:
 - "Etter lagmannsretten syn er det ikke tvilsomt at konkurransegrunnlaget må forstås slik at kravet om forsterkning av fjellet mot Ekebergåsen måtte anses som et absolutt minstekrav, selv om uttrykket minstekrav ikke uttrykkelig er brukt."

LB-2017-94201, Bane NOR (ii)

- "Condottes tilbud omfattet ingen fjellforsterkning over «three track tunnel». De valgte en helt annen løsning enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Løsningen avvek klart fra minstekravet om fjellforsterkning med fjellankere over fremtidig tresporstunnel. Årsaken til at Condotte kunne gjøre dette, var at de tidligere hadde blitt tildelt «Drill & Blast»-kontrakten."
- Vurderingen av vesentlig feil: tas utgangspunkt i at Høyesterett gir "anvisning på en totalvurdering basert på omfanget av feilen, type feil og hvor mye oppdragsgiver kan legges til last. Det er intet krav om culpa, selv om graden av skyld kan inngå i totalvurderingen."
- Legger videre til grunn at det følger av underrettspraksis at brudd på avvisningsplikten som "et klart utgangspunkt må anses som vesentlige feil" (dette var sterkt bestridt av staten)
- Andre feil Bane NOR hadde begått kom derfor ikke på spissen



LB-2017-94201, Bane NOR (iii)

- Årsakssammenheng:
 - Bane NOR anførte bla. at det ikke forelå årsakssammenheng fordi konkurransen ville blitt avlyst dersom Condottes tilbud hadde blitt avvist
 - Skanskas tilbud lå over budsjettet
 - Konkret vurdering der lagmannsretten kom til at det forelå "klar sannsynlighetsovervekt for at det ville blitt inngått avtale med Skanska"
- Utmåling av det økonomiske tapet:
 - "Det er i flere dommer fra lagmannsrettene lagt til grunn at det er naturlig å ta utgangspunkt i dekningsbidraget, jf. for eksempel LH-2014-168975, LE-2015-102226, LB-2012-36777 og LB-2015-29544."
 - "Skanska har fremlagt en detaljert kalkyle som selskapet bygget tilbudet på. Det ble først foretatt en detaljert kostnadskalkyle, før det ble gjort en risikovurdering og en sluttvurdering."
 - Kalkylen basert på dekningsbidrag på 11 % ble lagt til grunn (neddiskontert)

Vanligste tvistepunkter

Uriktig anvendelse av kvalifikasjonskrav:

- Tolker kravene for strengt eller kvalifiserer leverandører som ikke oppfyller kravene
- Oppdragsgivers ansvar alene

Avvik og forbehold blir ikke tilstrekkelig vurdert:

- Oppdragsgivers ansvar, men leverandører kan godt bidra litt mer her....

Hvordan unngå å havne i ansvar?

- Utformingen av konkurransegrunnlaget er sentralt
 - Utforming av kvalifikasjonskrav
 - Utformingen av tekniske minstekrav
- Hva kan forhandles om? FOA § 23-7 (2)
 - Ikke tillatt å forhandle om tildelingskriterier og absolutte krav – avvisning før forhandlinger praktiseres en del p.t.
- Grundighet ved gjennomgangen av tilbudene (i lys av konkurransegrunnlaget)
- Kunnskap om avvisningsreglene og vesentlighetsvurderingen
- Evaluering i tråd med ordlyden i konkurransegrunnlaget - forutberegnelighet
- Gjennomføring av klageprosess
- Ta klager på alvor!

Takk for oss!

mgo@wiersholm.no
odek@wiersholm.no

wiersholm.no

Wiersholm