

Vedlegg 4

Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark

Innhold

1 HÅNDHEVING AV ANSKAFFELSESREGELVERKET I DANMARK	5
1.1 Innledning	5
1.2 Kort oversikt over de materielle anskaffelsesreglene	5
1.3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	6
1.4 Klagenævnet for Udbud	7
1.4.1 Organisering	7
1.4.2 Virkeområdet til klagenævnsløven	8
1.4.3 Klageinteresse	9
1.4.4 Plikt til å underrette oppdragsgiver om klagen	9
1.4.5 Klagegebyr	10
1.4.6 Klagenævnets saksbehandling	10
1.4.7 Sakskostnader	11
1.4.8 Innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene	11
1.4.9 Statistikk	11
1.5 Klagefrister/søksmålsfrister	12
1.5.1 Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser	12
1.5.2 Frister for klage til Klagenævnet over nasjonale anskaffelser	14
1.5.3 Søksmålsfrister	15
1.6 Materielle håndhevingsregler	15
1.6.1 Innledning	15
1.6.2 Karensperiode	15
1.6.3 Suspensjon (automatisk oppsettende virkning)	17
1.6.4 Midlertidige avgjørelser (ytterligere oppsettende virkning)	18
1.7 Konstatning av brudd	24
1.8 Tilsidesettelse (annullasjon)	24
1.8.1 Hvilke beslutninger som kan settes til side	24
1.8.2 Vilkårene for tilsidesettelse	24
1.8.3 Virkningen av tilsidesettelse	25
1.9 Påbud om retting	27
1.10 Særlige regler for forsyningssektorene	27

1.11	Erstatning	29
1.11.1	Innledning	29
1.11.2	Klagenævnets behandling av erstatningskrav	29
1.11.3	Innholdet i erstatningsvilkårene	30
1.11.4	Medvirkning	33
1.11.5	Utmåling av erstatning	34
1.11.6	Særlig om forsyningssektorene	35
1.11.7	Omfanget av klagesaker og rettssaker om erstatning	35
1.12	Sanksjoner	37
1.12.1	Innledning	37
1.12.2	Regler om «uten virkning»	37
1.12.3	Rettsvirkningen av at en kontrakt kjennes uten virkning	39
1.12.4	Alternative sanksjoner og størrelsen på bøter	40
2	HÅNDHEVING AV ANSKAFFELSESGRANNSØK I SVERIGE	42
2.1	Innledning	42
2.2	Konkurrensverket	42
2.3	Domstolsapparatet	44
2.3.1	Organisering	44
2.3.2	Rettslig klage- og søksmålsinteresse	45
2.3.3	Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver	47
2.3.4	Statistikk – antall klager/domstolsavgjørelser mm	47
2.4	Prekontraktuell håndheving	50
2.4.1	Karens	50
2.4.2	Suspensjon	51
2.4.3	Midlertidig forføyning	52
2.4.4	Tilsidesettelse av beslutninger	54
2.5	Erstatning	55
2.5.1	Generelt	55
2.5.2	Gjennomføringen av håndhevingsdirektivenes bestemmelser	56
2.5.3	Erstatning for positiv kontraktsinteresse	57
2.5.4	Erstatning for tap av sjanse ved ulovlige direkteanskaffelser	60
2.5.5	Erstatning for negativ kontraktsinteresse	61
2.5.6	Tapsbegrensningsplikt	63

2.6	Sanksjoner	65
2.6.1	Generelt	65
2.6.2	Sanksjonen «uten virkning»	65
2.6.3	Alternative sanksjoner	69
2.7	Preklusjonsregler/søksmålsfrister	72
2.7.1	Klagefrister til forvaltningsdomstolen	72
2.7.2	Søksmålsfrister ved krav om erstatning for ordinære domstoler	74
2.7.3	Frister for Konkurrencesverket ved illeggelse av overtredelsesgebyr	74
3	REFERANSE- OG LITTERATURLISTE	75

1 Håndheving av anskaffelsesregelverket i Danmark

1.1 Innledning¹

I Danmark håndheves anskaffelsesreglene i all hovedsak av Klagenævnet for Udbud (heretter også omtalt som Klagenævnet). Klagenævnet er et domstolslignende administrativt klageorgan. Lovgrunnlaget for nemndas virksomhet er lov nr. 492 av 12. mai 2010 om Klagenævnet for Udbud (heretter klageloven).²

I karensperioden er Klagenævnet obligatorisk førsteinstans, jf. klageloven § 5, stk. 1. I andre tilfeller kan en leverandør velge å anlegge sak for de alminnelige domstolene, men dette skjer ikke i praksis. Det er både billigere og raskere å klage til Klagenævnet, som i tillegg har særskilt innsikt i anskaffelsesretten og regler for sakskostnader som begrenser leverandørene ansvar, jf. kapittel 1.4.7. I den grad de alminnelige domstolene behandler anskaffelsessaker, skjer det i saker hvor avgjørelse fra Klagenævnet bringes inn for domstolene for overprøving. Dette skjer bare i et fåtall saker.

For nasjonale anskaffelser som ikke er omfattet av Klagenavnets kompetanse, er de alminnelige domstolene eneste mulighet for bindende tvisteløsning. Kontraktenes lave verdi og kostnadene knyttet til ordinær domstolsbehandling medfører at det ikke skjer i praksis.

1.2 Kort oversikt over de materielle anskaffelsesreglene

Udbudsloven

Anskaffelsesdirektivet er gjennomført i dansk rett gjennom udbudsloven, lov nr. 1564 av 15. desember 2015 med senere endringer.³

Direktivreglene for anskaffelse av varer, tjenester og bygge- anleggskontrakter over EØS-terskelverdiene, er gjennomført i udbudsloven del II, mens direktivreglene for anskaffelse av sosiale- og andre særlige tjenester over EØS-terskelverdiene er gjennomført i udbudsloven del III.^{4 5}

Videre gjelder udbudsloven del IV for anskaffelser av varer og tjenester som ikke omfattes av del II og III, men som har klar grensekryssende interesse. For slike anskaffelser er det innført en kunngjøringsplikt (såkalt «annonseringspligt»).

Udbudsloven inneholder også i del V nasjonale regler for anskaffelser av varer- og tjenester over en nasjonal terskelverdi på DKK 500 000 ekskl. mva. Disse reglene gjelder bare når anskaffelsen ikke omfattes av del II til IV, det vil si for anskaffelser under EØS-terskelverdiene uten klar grensekryssende interesse. Del V består av én bestemmelse som

¹ Redegjørelsen for svensk og dansk rett er basert på en utredning fra Advokatfirmaet Haavind AS.

² Se Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud som inneholder en konsolidert versjon av loven med senere endringer

³ Se Lovbekendtgørelse nr. 10 av 6. januar 2023 som inneholder en konsolidert versjon av loven med senere endringer

⁴ Jf. anskaffelsesdirektivet avsnitt III, kapittel I og vedlegg XIV

⁵ I dansk lovgivning brukes begrepet «afsnit», hvor det i norsk rett brukes del. Det er i omtalen her brukt de norske begrepene.

pålegger oppdragsgivere å sikre seg at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, for eksempel ved markedsundersøkelser og innhentning av ett tilbud, ved innhentning av flere tilbud eller ved kunngjøring.

Enkelte av bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor er gjennomført i udbudsloven. Det gjelder bestemmelsene om karenperiode og intensjonskunngjøring som omtales nærmere nedenfor.

Tilbudsloven

Nasjonale regler for inngåelse av bygge- og anleggskontrakter finnes i lov nr. 338 av 18 mai 2005 om innhentning av tilbud i bygge- og anleggsektoren (tilbudsloven) med senere endringer.⁶ Tilbudsloven gjelder for bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdiene og inneholder betydelig mer detaljerte prosedyreregler enn udbudsloven del V.

Anskaffelser innen forsyningssektorene, på forsvars- og sikkerhetsområdet og konsesjonskontrakter

Når det gjelder både forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, er alle disse innført i dansk rett gjennom en forholdsvis kort forskrift («bekendtgørelse»). I disse forskriftene slås det fast at oppdragsgiverne skal overholde bestemmelsene i de respektive direktivene. Videre gjøres en rekke valg når det gjelder de «frivillige» bestemmelsene i direktivene, det vil si der det er overlatt til medlemsstatene å beslutte om og hvordan disse skal gjennomføres.

De tre direktivene er gjennomført ved følgende forskrifter:

- Bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.⁷
- Bekendtgørelse nr. 1080 af 29. juni 2022 om tildeling af koncessionskontrakter.⁸
- Bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet.⁹

Det er ikke innført nasjonale regler under terskelverdi for disse kontraktene.

1.3 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) er et uavhengig forvaltningsorgan som på anskaffelsesområdet kombinerer tilsynsfunksjoner med veiledning og å utarbeide forslag til nytt regelverk.¹⁰ Enhver kan tipse KFST om påståtte brudd på anskaffelsesregelverket, men det er ikke slik at KFST behandler konkrete klagesaker. KFST har ikke formell kompetanse til å treffe avgjørelse, men kan bare uttale seg veiledende. Dette skjedde tidligere i stort omfang, men de seneste årene har styrelsen begrenset seg til å yte generell veiledning og slike

⁶ Se lovbekendtgørelse af 07.12.2007 lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter .Det har imidlertid skjedd flere endringer etter dette, blant annet har tilbudsloven del II blitt opphevet, se oversikten over senere endringer på samme side.

⁷ Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

⁸ Bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter

⁹ Bekendtgørelse om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet

¹⁰ Se <https://www.kfst.dk/udbud/>.

klager behandles ikke lenger.¹¹ KFST kan likevel selv klage en oppdragsgiver inn for Klagenævnet for Udbud, jf. klagenævnsløven § 6.¹² Denne klageadgangen benyttes imidlertid svært sjelden, og da forutsetningsvis bare i prinsipielle saker eller ved særlige grove overtredelser som det ikke er grunn til å tro at noen andre med klageinteresse vil bringe inn for Klagenævnet.¹³ At KFST har en slik klageadgang henger blant annet sammen med at styrelsen i prinsippet også selv på uformell basis kan behandle klager over brudd på anskaffelsesregelverket.

KFST er i klagenævnsløven § 25 gitt hjemmel til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt. Formålet med bestemmelsen var å gi styrelsen mulighet til å foreta undersøkelser foranlediget av for eksempel en klage eller henvendelser om problemer på et gitt område, konstatert gjentatte brudd, offentliggjorte tall eller anskaffelsesstatistikker, kommunale regnskaper eller lignende datakilder. Det var derimot ikke tanken at KFST skulle utøve en intensiv kontroll eller fungere som et tilsynsorgan på anskaffelsesområdet.¹⁴

KFST kan også innhente opplysninger om Klagenævnets påbud eller pålegg etter klagenævnsløven §§ 13 og 15 har blitt etterlevd.

Hvis en forespørsel om opplysninger ikke etterkommes, kan KFST pålegge daglige eller ukentlige tvangsbøter, jf. klagenævnsløven § 24. Det kan også ilegges en slik tvangsbøt hvis ikke et påbud eller et pålegg som nevnt over har blitt etterkommet.¹⁵ Adgangen til å ilegge tvangsbøt har, så vidt vites, aldri blitt benyttet.

Dersom det forsettlig eller grovt uaktsomt gis uriktige eller villedende opplysninger til KFST (eller til Klagenævnet for Udbud) eller forties forhold av betydning for saken, kan dette straffes med bot, jf. klagenævnsløven § 21. En slik bot er underlagt offentlig påtale. Så vidt vites er heller ikke denne adgangen blitt benyttet.

1.4 Klagenævnet for Udbud

1.4.1 Organisering

Klagenævnets organisering følger av klagenævnsløven § 9 og klagenævnsbekendtgjørelsen § 1.¹⁶ Klagenævnet består av en formann og et antall nestformenn som alle er juridiske dommere (per i dag 6 dommere fra landsretten¹⁷ og 4 dommere fra byretten¹⁸), i tillegg til et antall sakkyndige medlemmer. De sakkyndige medlemmene utnevnes blant personer som har kjennskap til blant annet bygge- og anleggsvirksomhet, offentlig innkjøpsvirksomhet,

¹¹ Det fremgår nå av KFSTs hjemmeside at leverandører skal klage til Klagenævnet for Udbud

¹² Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud

¹³ Dette har skjedd i fem tilfeller, se kjennelser av 17. mars 1998, 24. april 2007, 16. oktober 2009, 10. februar 2012 og 8. august 2017.

¹⁴ Se forarbeidene til lovendringen, lovforslag L 152 FT 2006-07 punkt 2.8

¹⁵ KFST kan også ilegge en slik tvangsbøt der en oppdragsgiver ikke har kunngjort kontraktinngåelse i TED etter reglene i anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet

¹⁶ Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud

¹⁷ Svarer til den norske lagmannsretten

¹⁸ Svarer til den norske tingretten

transportvirksomhet, forskningsvirksomhet eller som har juridisk sakkunnskap. Dommerne og de sakkyndige medlemmene utnevnes for en periode på fire år, og kan gjenoppnevnes.

I en konkret sak utpekes som hovedregel en formann blant dommerne, og denne formannen utpeker det sakkyndige medlemmet som skal delta i sakens behandling, jf. klagenævnetsloven § 10, stk. 4. Klagenævnets formann kan også beslutte å utvide nemnden i en konkret sak til to dommere og to sakkyndige medlemmer. I 2022 ble det avsagt fem kjennelser av en slik utvidet nemnd.

I saker som avgjøres på skriftlig grunnlag og som ikke er av prinsipiell karakter, kan formannen avgjøre saken uten medvirkning av en sakkyndig, jf. klagenævnetsloven § 10, stk. 6. Denne muligheten benyttes sjelden. Formannen kan også selv treffe avgjørelser om prosessuelle spørsmål, herunder om oppsettende virkning og avvising av klage som følge av manglende klageadgang.

Klagenævnet bistås av et sekretariat som er plassert i Nævnenes Hus, som er et direktorat under Erhvervsministeriet. I 2022 bestod sekretariatet av tre jurister og to sekretærer. Juristene forbereder sakene, og bistår i utvalgte saker med å utarbeide utkast til kjennelser.

1.4.2 Virkeområdet til klagenævnetsloven

Klagenævnetsloven gjelder for håndheving av følgende regler, jf. § 1, stk. 2 og 3:

- Udbudsloven med tilhørende forskrifter
- EU-retten vedrørende inngåelse av offentlige kontrakter og kontrakter innenfor forsyningsvirksomhet (EU-anskaffelsesreglene)
- Tilbudsloven
- EUs økonomiske sanksjoner overfor tredjeland som gjelder offentlige anskaffelser
- Andre regler som Klagenævnet er tillagt kompetanse til å behandle klager over.

Nemndas kompetanse til å behandle klager over brudd på udbudsloven gjelder likevel ikke for anskaffelser som omfattes av del V, det vil si for anskaffelser av varer- og tjenester under EØS-terskelverdiene uten klar grensekryssende interesse, jf. klagenævnetsloven § 1, stk. 4. Når det gjelder saker som ikke reguleres av EU-retten har Klagenævnet derfor bare kompetanse til å behandle klager over brudd på tilbudsloven, jf. tredje strekpunkt.

Det følger videre av § 1, stk. 4 at nemnda ikke kan ta stilling til overtredelse av udbudsloven § 1, som er lovens formålsbestemmelse. Dette betyr at nemnda ikke kan prøve om oppdragsgivere på beste måte har sikret effektiv konkurranse og med dette sikret best mulig utnyttelse av offentlige midler.

Med EU-retten i andre strekpunkt siktes det først og fremst til anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktordirektivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, men henvisningen gir også Klagenævnet kompetanse til å behandle klager over anskaffelser som bare omfattes av EU-traktatene, det vil si anskaffelser som ikke omfattes av direktivene, men hvor der det foreligger en klar grensekryssende interesse. Klagenævnet kan også behandle klager som gjelder rekkevidden av unntaksbestemmelsen for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i TEUV artikkel 346.¹⁹

Som det fremgår av siste strekpunkt, kan Klagenævnet også tillegges kompetanse til å behandle klager over andre regler. For eksempel er Klagenævnet gitt kompetanse til å

¹⁹ Se for eksempel kjennelser av 16. februar 2009 *Saab Danmark A/S* og 20. desember 2013 *Agusta Westland Limited*.

behandle klager over avgjørelser om innsyn, jf. offentlighedsloven § 37.²⁰ Klagenævnet er derimot ikke gitt kompetanse til å behandle klager om habilitetsspørsmål etter forvaltningsloven, og slike klager må derfor prøves av de alminnelige domstolene.

1.4.3 Klageinteresse

Enhver som har rettslig interesse i å klage, har klageadgang til Klagenævnet, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 1 nr. 1.

Leverandører som har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt vil være klageberettigede. Dette vil typisk omfatte leverandører som har deltatt i konkurransen, herunder søkt om prekvalifikasjon eller inngitt tilbud.

Dette vil også kunne omfatte leverandører som kunne deltatt i konkurransen (potensielle leverandører). Dersom en potensiell leverandør for eksempel skulle vært avvist som følge av en av anskaffelsesdirektivenes utelukkelsesgrunner, anses leverandøren ikke å ha rettslig interesse.²¹

Videre har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen klageadgang, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 1 nr. 2.

Det er også hjemmel for at det i forskrift kan fastsettes at andre organisasjoner og offentlige myndigheter skal ha klageadgang, jf. § 6, stk. 1 nr. 2. Denne adgangen har blitt benyttet, gjennom bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud (Klagenævnsbekendtgørelsen), der en lang rekke organisasjoner og offentlige myndigheter er gitt klageadgang. Dette omfatter blant annet Finansministeriet, Dansk Industri, Dansk Erhverv, Dansk Byggeri og KL (tidligere Kommunernes Landsorganisasjon).

Når slike organisasjoner gis klageadgang, vil også tilsvarende organisasjoner i EØS ha klageadgang, jf. klagenævnsløven § 6, stk. 1, nr. 4. Det betyr at for eksempel også de norske organisasjonene NHO, Virke, BNL og KS vil ha klageadgang til Klagenævnet.

1.4.4 Plikt til å underrette oppdragsgiver om klagen

Danmark har benyttet adgangen til å innføre regler om at klager må underrette oppdragsgiver før det kan inngis en klage til Klagenævnet, jf. håndhevingsdirektivenes artikkel 1 nr. 4. Det følger av klagenævnsløven § 6, stk. 4 at klager skriftlig skal underrette oppdragsgiver om at klage vil bli innbragt for Klagenævnet senest samtidig med at klagen sendes inn.

I underretningen til oppdragsgiver skal klager opplyse om klagen er inngitt i karensperioden, eller i perioden på 10 dager etter en intensjonskunngjøring. Dersom klagen ikke er inngitt i en av disse periodene, skal klager opplyse om det vil bli begjært oppsettende virkning for Klagenævnet. Kopi av underretningen skal sendes Klagenævnet, jf. klagenævnsbekendtgørelsen § 5, stk. 2.

Manglende underretning innebærer imidlertid ikke at klagen ikke medfører automatisk suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt, jf. kapittel 1.6.3. Dette har blitt slått fast av Klagenævnet i kjennelse av 6. januar 2014 KMD A/S. I denne saken uttalte nemnda følgende om konsekvensene av manglende underretning at:

«[...] de spørsmål, der kan opstå, hvis en ordregiver, som ikke har fået underretningen som krævet i håndhævelseslovens § 6, stk. 4, om en klage, der er indgivet til Klagenævnet

²⁰ Lovbekendtgørelse nr 145 af 24. februar 2020 Offentlighedsloven

²¹ Se for eksempel kjennelse av 24. oktober 2022 KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen .

inden for standstill-fristen, og herefter indgår kontrakt efter udløbet af standstill-fristen i tiltro til, at der ikke er klaget, må i givet fald løses ved en fortolkning af håndhævelseslovens § 16-17, jf. §§ 18-20. Bestemmelserne må herved sammenholdes med art. 2 d, stk. 1, litra b, i direktiv 2007/66 og forudsætningen i art. 2 e, stk. 2, om, at sanktionen skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen samt det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip. Sådanne spørgsmål kan så vidt ses ikke blive aktuelle i denne sag, hvor indklagede efter det oplyste ikke har indgået kontrakt, inden indklagede modtog underretning fra klageren.»

Dette tyder altså på at suspensjonen inntreer på tidspunktet for innlevering av klage, uavhengig av om oppdragsgiver orienteres eller ikke. Om oppdragsgiver ikke har blitt underrettet, vil det derimot kunne få betydning for om kontrakten kjennes uten virkning etter § 16.

Danmark har derimot ikke valgt å benytte adgangen til å innføre regler om at klager først må ha *klaget* til oppdragsgiver, jf. håndhevsingsdirektivenes artikkel 1 nr. 5.

1.4.5 Klagegebyr

Ved klage til Klagenævnet skal det betales et klagegebyr.²² For klager over brudd på EØS-anskaffelsesdirektivene utgjør klagegebyret for tiden 20 000 danske kroner. For andre klager, herunder klager over brudd på tilbudsloven, utgjør klagegebyret 10 000 danske kroner.

Hvis klager helt eller delvis får medhold i klagen, eller hvis oppdragsgiver endrer sin avgjørelse i samsvar med klagers påstand, tilbakebetales gebyret.²³

1.4.6 Klagenævnets saksbehandling

Klage til Klagenævnet skal inngis skriftlig, og skal inneholde påstander som presist beskriver de påståtte brudd nemnda skal ta stilling til. Under saksforberedelsene utveksles prosesskriv, jf. klagenævnetsloven § 11, stk. 1. Klagenævnet kan også kreve alle opplysninger den anser nødvendige for saken, jf. § 11, stk. 2.

Klager vil ikke uten videre få full adgang til sakens dokumenter. I hvilket omfang klager skal ha tilgang, avgjøres etter reglene om innsyn. Selv om klager ikke får fullt innsyn, vil Klagenævnet likevel ha adgang til hele materialet og vil kunne benytte dette ved bedømmelsen av om det har skjedd et brudd.²⁴

For Klagenævnets saksbehandling gjelder den såkalte *forhandlingsmaksimen*. Det betyr at nemnda er bundet av partenes påstander og anførsler, jf. klagenævnetsloven § 10, stk. 1. Denne maksimen ble innført i 2011. Før dette tidspunktet gjaldt den såkalte *officialmaksimen*, som innebar at Klagenævnet bistod med å identifisere og utforme relevante påstander som partene selv hadde oversett. Klagenævnet kunne også tilkjenne parten annet og mer enn det parten hadde nedlagt påstand om, og av eget tiltak ta opp andre spørsmål til behandling.

Klagen vil som hovedregel avgjøres skriftlig, med mindre formannen beslutter at det skal avholdes muntlige forhandlinger, jf. klagenævnetsbekendtgørelsen § 8. Muntlige forhandlinger gjennomføres svært sjelden. Så vidt vites har det ikke vært gjennomført muntlige forhandlinger i noen saker siden 2019.

²² Jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5

²³ Ibid. § 9, stk. 3

²⁴ Dette er altså en annen løsning enn i Norge, der partene vil få tilgang til samme materiale som klageorganet og hvor en rekke saksdokumenter/opplysninger vil kunne unntas.

Avgjørelser treffes ved alminnelig stemmeflertall, der formannen stemme blir avgjørende ved stemmelikhet, jf. klagenævnsløven § 10, stk. 5. Før votering drøftes kjennelsesutkastet internt blant dommerne, særlig når saken inneholder prinsipielle aspekter.

1.4.7 Sakskostnader

Klagenævnet kan bestemme at den tapende part helt eller delvis skal betale motpartens sakskostnader, jf. klagenævnsløven § 9, stk. 4. Dette beløpet kan som hovedregel ikke overstige 75 000 danske kroner, jf. § 9, stk. 5. Klager (men ikke oppdragsgiver) kan likevel tilkjennes mer enn 75 000 danske kroner i større saker (definert etter kontraktstørrelse), eller hvis det foreligger andre «særlige forhold», jf. § 9 stk. 6.

At klager også risikerer å måtte betale inntil 75 000 danske kroner i sakskostnader til oppdragsgiver er en regel som først kom inn i 2013. Før dette tidspunktet var det bare oppdragsgiver som kunne pålegges å betale sakskostnader til klager, ikke omvendt.

1.4.8 Innbringelse av Klagenævnets avgjørelser for domstolene

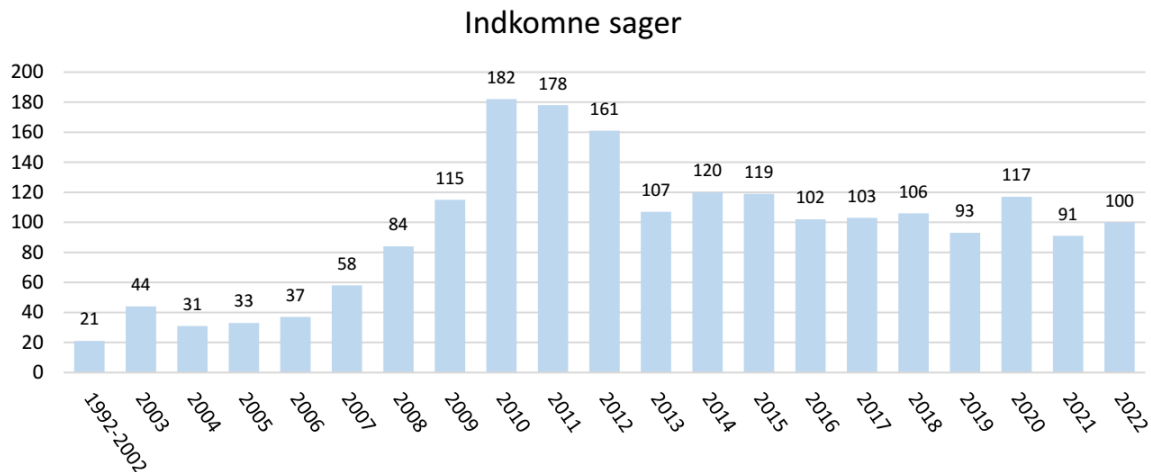
Klagenævnets avgjørelser kan bringes inn for de alminnelige domstolene innen en frist på 8 uker, jf. Klagenævnsløven § 8. Hvis nemnda har utskilt spørsmålet om erstatning til særskilt behandling, kan partene avvente nemndas avgjørelse av dette spørsmålet. Dersom nemndas avgjørelse ikke bringes inn for domstolene innen fristen, blir avgjørelsen rettskraftig.

I praksis er det sjelden at Klagenævnets avgjørelser bringes inn for domstolene. Ifølge opplysninger hentet fra Klagenævnets hjemmeside, ser det ut til at det bare er 33 avgjørelser som er blitt innbragt for domstolene i perioden fra 2011-2023, noe som gir et snitt på bare litt over to saker per år.

1.4.9 Statistikk

Statistikk om Klagenævnet for Udbud finnes i nemndas årsberetninger. Her fremgår det at Klagenævnet i 2022 mottok 100 klager. Gjennomsnittet de siste ti årene har ligget på om lag 105 klager.

Boks 1.1 Statistikk over innkommende saker



[Boks slutt]

Figur fra Klagenævnets årsberetning fra 2022

Det markante fallet i antall klager som skjedde i 2013, henger sammen med at klagegebyret i perioden 2010 til 2013 ble forhøyet fra 4 000 til 20 000 danske kroner (som er det klagegebyret som gjelder i dag) og trolig også at det ble innført regler om at klager kunne pålegges å betale sakskostnader til oppdragsgiver.

1.5 Klagefrister/søksmålsfrister

1.5.1 Frister for klage til Klagenævnet over EØS-anskaffelser

Klagenævnetsloven § 7 inneholder en rekke preklusive klagefrister.

For klager over brudd på anskaffelsesdirektivene gjelder det følgende frister, jf. § 7, stk. 1:

Tabell 1.1 Oversikt over frister

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klage over at en leverandør ikke har blitt prekvalifisert i en totrinns-prosedyre, jf. § 7, stk. 1	20 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse er sendt om hvem som er valgt ut</i>
Endelig klagefrist etter inngåelse av kontrakt, når oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED, jf. § 7, stk. 2. nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen</i>
Klager som gjelder tildeling av en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen eller en dynamisk innkjøpsordning, og hvor oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildelingen, jf. § 7, stk. 2, nr. 2	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>

Klager som gjelder inngåelse av en rammeavtale, og hvor oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandører om inngåelsen, jf. § 7, stk. 2 nr. 3	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling</i>
Klager over at oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, jf. § 7, stk. 2 nr. 4	20 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om beslutningen</i>
Klage over ulovlig direkte anskaffelse, hvor oppdragsgiver først har foretatt en intensjonskunngjøring, og heretter – etter inngåelse av kontrakten – har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelse i TED, jf. § 7, stk. 3.	30 kalenderdager* <i>Regnes fra dagen etter kunngjøringen av kontraktsinngåelsen</i>

*Klagefristen begynner først å løpe når meddelelsen eller kunngjøringen inneholder en begrunnelse for beslutningen.

Fristforordningen gjelder ved beregning av fristen.²⁵

Når det gjelder fristen på 20 dager til å klage over manglende prekvalifikasjon, har man lagt seg på en frist som er lenger enn håndhevingsdirektivenes minstefrist på ti eller femten dager. Etter utløp av fristen er klager avskåret fra å klage over manglende prekvalifisering (men ikke nødvendigvis over andre feil).

Også for klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt har man lagt seg på en lenger frist enn det som kreves av håndhevingsdirektivene. Dette gjelder uavhengig av om kontrakt er inngått etter forutgående kunngjøring av konkurransen eller ikke. Denne fristen vil derfor også gjelde der oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse (uten en intensjonskunngjøring), men hvor kontraktsinngåelsen etterfølgende blir kunngjort. Har oppdragsgiver både foretatt en intensjonskunngjøring (og ventet 10 dager med å inngå kontrakt) og en kunngjøring av kontraktsinngåelsen, gjelder det en kortere frist på 30 dager etter bestemmelsens stk. 3.

For inngåelse av rammeavtaler gjelder det en lengre klagefrist, på 6 måneder. Dette er i forarbeidene begrunnet med at en potensiell klager ikke alltid har samme mulighet for å oppdage at det er inngått en rammeavtale.²⁶ Det vil særlig kunne være tilfellet der rammeavtalen inngås av en innkjøpsentral.

Fristen på 45 dager vil imidlertid også gjelde for inngåelse av kontrakter basert på en rammeavtale. Dette gjelder likevel ikke for kontrakter som er tildelt etter gjenåpning av konkurransen og der det er sendt en meddelelse om tildeling. I et slikt tilfelle (eller der kontrakten er basert på en dynamisk innkjøpsordning) gjelder den kortere fristen på 30 dager etter bestemmelsens nr. 2. Denne svarer til minstefristen i håndhevingsdirektivene.

Når det gjelder klagefristen på 20 dager som gjelder for klager over oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt etter udbudsloven § 185, omfatter det de tilfellene der en tildelingsbeslutning har blitt satt til side, jf. nærmere i kapittel 1.8.3.

For de klagefrister som er angitt med * i tabell 1.1, følger det eksplisitt av klagenævnetsloven § 7 at klagefristen først begynner å løpe når enten meddelelsen er ledsaget av en begrunnelse for beslutningen, eller når kunngjøringen inneholder en slik begrunnelse. Begrunnelsen skal sette

²⁵ Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister

²⁶

klageren «i stand til at vurdere, hvorvidt der skal indgives klage til Klagenævnet».²⁷ Hvis begrunnelsen mangler eller er mangelfull, vil fristen først begynne å løpe når det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse.

Klagenævnsloven § 7 stk. 2. nr. 1 stiller ikke noe tilsvarende krav om begrunnelse når det gjelder klagefristen på 45 dager etter inngåelse av kontrakt, men i litteraturen er det lagt til grunn at et slikt krav trolig må innfortolkes.²⁸ Tilsvarende er det uklart hvorfor et slikt krav ikke er stilt når det gjelder klagefristen på 6 måneder for rammeavtaler.

Har oppdragsgiver hverken sendt en meddelelse til berørte leverandører eller publisert en kunngjøring, vil klagefristen heller ikke begynne å løpe.

Fristen gjelder innbringelse av selve klagen. Klager er altså ikke avskåret fra å komme med nye påstander etter fristen, når klagen først er inngitt innen fristens utløp.²⁹

Klagenævnet tar ikke av eget tiltak stilling til om klagefristene er overholdt. Det er opp til oppdragsgiver å anføre at en klagefrist er overskredet, og at klagen av den grunn skal avvises.

For Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) gjelder det en særskilt klagefrist på to år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED, jf. § 7, stk. 7. Denne lange er begrunnet i behovet for effektiv håndheving av ulovlige direkte anskaffelser, der det kan gå noe lenger tid innen brudd avdekkes.

1.5.2 Frister for klage til Klagenævnet over nasjonale anskaffelser

Det er også fastsatt ulike klagefrister for nasjonale anskaffelser, det vil si anskaffelser etter tilbudsloven eller udbudsloven del IV og V.

Tabell 1.2 Oversikt over nasjonale frister

Klagen gjelder:	Klagefrist:
Klager over anskaffelser der oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om tildeling av kontrakt, jf. § 4, stk. 4, nr. 1	45 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klager som gjelder en rammeavtale, der oppdragsgiver har underrettet de berørte leverandørene, jf. § 7, stk. 4 nr. 2	6 måneder <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om tildeling*</i>
Klage over at leverandøren ikke har blitt prekvalifisert i en begrenset anbudskonkurranse, jf. § 7, stk. 5	20 kalenderdager <i>Regnes fra dagen etter meddelelse om hvem som er prekvalifisert, er sendt*</i>

*Klagefristen begynner først å løpe når meddelelsen inneholder en begrunnelse for beslutningen

[Boks slutt]

²⁷ Se kjennelse av 22. juni 2010 *Entreprenørfirmaet Poul Pedersen A/S*

²⁸ Risvig Hamer 2020

²⁹ Se Lovbemerkninger til lov nr. 511 av 27. mai 2013

I alle disse tilfellene må meddelelsen inneholde en begrunnelse for at klagefristen skal begynne å løpe.

Også i disse tilfellene gjelder det en særlig klagefrist på to år for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, regner fra oppdragsgivers har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen, jf. klagenævnsløven § 7, stk. 7.

1.5.3 Søksmålsfrister

De fristene som gjelder for klage til Klagenævnet for Udbud gjelder tilsvarende for søksmål for domstolene i tilfeller hvor en leverandør skulle velge å gå direkte til domstolene, jf. klagenævnsløven § 7, stk. 6.

1.6 Materielle håndhevingsregler

1.6.1 Innledning

Klagenævnet for Udbud kan benytte følgende reaksjonsmuligheter der det konstateres brudd på anskaffelsesregelverket:

- Suspensjon av konkurransen eller av oppdragsgivers beslutninger i konkurransen og oppsettende virkning, jf. § 13, stk 1, nr. 1 og § 12
- Konstatning av brudd
- Tilsidesettelse, jf. § 13, stk. 1, nr. 2
- Påbud om retting, jf. § 13, stk. 1, nr. 3
- Erstatning, jf. § 14
- Sanksjonen «uten virkning» og økonomiske sanksjoner, jf. § 13, stk. 1 nr. 4 og §§ 16-20
- Påbud om å bringe en kontrakt til opphør, jf. § 13, stk. 2

I det følgende redegjøres det nærmere for innholdet i disse reaksjonene samt for reglene om karensperiode og automatisk suspensjon.

1.6.2 Karensperiode

Reglene om karensperiode i håndhevingsdirektivene artikkel 2a og 2b er i hovedsak regulert i klagenævnsløven § 3. Det danske regelverket bruker uttrykket «standstill-periode».

Det følger av § 3 at kravet til karensperiode gjelder for kontrakter som omfattes av anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.³⁰ Bestemmelsen gjelder imidlertid også for anskaffelser som omfattes av konsesjonskontraktordirektivet og forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. Det er derimot ikke innført krav til karensperiode for nasjonale anskaffelser, det vil si for anskaffelser som omfattes av udbudsloven del IV eller V, eller tilbudsloven.³¹

³⁰ Når det gjelder anskaffelsesdirektivet vises det i bestemmelsen til udbudsloven del II og III som gjennomfører reglene for hhv. anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, jf. direktivets avsnitt II, og anskaffelser av sosiale og andre særlige tjenester, jf. direktivets avsnitt III kapittel 1

³¹ Merk at det diskuteres i den juridiske teori om det gjelder et EØS-rettslig krav om standstill for kontrakter som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivene, men hvor det foreligger grensekryssende interesse, se bl.a. Risvig Hamer 2020 side 140.

Det følger av klagenævnsløven § 3 at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakten etter utløpet av en karensperiode på 10 kalenderdager, når meddelelse om tildeling skjer elektronisk, jf. § 3 stk. 1 nr. 1. Sendes meddelelsen per brev, er karensperioden 15 dager, jf. § 3, stk. 1 nr. 2. I begge tilfeller regnes fristen fra dagen etter meddelelsen er sendt. Oppdragsgiver kan fastsette en lenger karensperiode, jf. stk. 2.

Unntak fra kravet til karensperiode er innført i klagenævnsløven § 3, stk. 3. Danmark har innført samtlige unntaksmuligheter i direktivenes artikkel 2b, slik at oppdragsgivere ikke er forpliktet til å innføre en karensperiode dersom:

- kontrakten tildeles uten forutgående kunngjøring av konkurransen
- kontrakten tildeles en leverandør i henhold til en rammeavtale med og uten gjenåpning av konkurransen
- kontrakten tildeles en leverandør innenfor en dynamisk innkjøpsordning, eller
- den eneste berørte tilbyder er den tilbyder som tildeles kontrakt, og det ikke er andre berørte kandidater.

Oppdragsgiver kan likevel velge å fastsette en karensperiode i disse tilfellene. Konsekvensen av ikke å fastsette en slik frivillig karensperiode er at kontrakten i visse tilfeller vil kunne kjennes uten virkning, jf. kapittel 1.12.2 nedenfor.

Konsekvensen av en klage i karensperioden er at klagen får automatisk oppsettende virkning (suspensjon), jf. klagenævnsløven § 12, stk. 2.

Bestemmelsen i det danske regelverket om karensperiode har også nær sammenheng med reglene om meddelelse om tildelingsbeslutningen («underretning») og begrunnelse.

For anskaffelser som omfattes av forsyningsdirektivet, finnes reglene om underretning og begrunnelse i klagenævnsløven § 2. Det følger av denne bestemmelsen, som bare gjelder oppdragsgivere i forsyningssektorene, at oppdragsgiver samtidig skal underrette berørte kandidater og tilbydere om hvilke beslutninger som er truffet med hensyn til tildeling av kontrakt, og at denne underretningen skal være ledsaget av en begrunnelse. Begrunnelsen skal også angi når karensperioden utløper.

For anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivet finnes reglene om underretning og begrunnelse i udbudsloven § 171.³² Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å hurtigst mulig og samtidig underrette alle berørte leverandører skriftlig om tildelingsbeslutningen. Det skal gis en begrunnelse og angis når karensperioden løper ut. Kravet til uoppfordret begrunnelse gjelder likevel ikke for kontrakter som tildeles under en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 171, stk. 5. For slike kontrakter skal begrunnelse først gis etter anmodning fra en berørt leverandør, innen en frist på 15 dager.

Hvem som er berørte leverandører, er ikke definert direkte i regelverket, direktivets definisjoner er utelukkende tatt inn i forarbeidene.³³

Det følger av fast praksis fra Klagenævnet at det er meddelelsen om tildelingen som starter karensperioden, ikke begrunnelsen.³⁴ Det betyr at karensperioden begynner å løpe fra det tidspunktet meddelelsen sendes, uavhengig av om begrunnelsen er mangelfull eller mangler helt. Det er også fastslått at manglende begrunnelse ikke fører til tilsidesettelse av

³² Dette henger sammen med den ulike måten de to direktivene er gjennomført på. § 171 gjelder også for særlige tjenester, jf. § 188, stk. 2.

³³ bemerkninger til § 2

³⁴ Se for eksempel kjennelse av 19. desember 2012 *Lyreco Danmark A/S*, 15. januar 2013 *Cowi A/S* og 22. februar 2013 *Marius Pedersen*

tildelingsbeslutningen. I juridisk teori er det reist spørsmål om dette er i samsvar med praksis fra EU-domstolen.³⁵

1.6.3 Suspensjon (automatisk oppsettende virkning)

I dansk rett brukes begrepet «oppsettende virkning» om rettsmidler som suspenderer oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt, og omfatter både det som etter norsk terminologi tilsvarer suspensjon og midlertidige avgjørelser

Reglene om suspensjon i håndhevingsdirektivene artikkel 2 nr. 3 og nr. 4 er gjennomført i klagenævnsløven § 12, stk. 2.

Bestemmelsen i §12 har følgende ordlyd:

”§ 12. Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter påstand tillægge en klage opsættende virkning.

Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.

Stk. 3. I de tilfælde, der er nævnt i stk. 2, skal Klagenævnet for Udbud inden udløbet af 30 kalenderdage underrette ordregiveren om den afgørelse, der er truffet. Fristen regnes fra Klagenævnet for Udbuds modtagelse af klagen.»

Det følger av § 12, stk. 2 at en klage til Klagenævnet i karensperioden har automatisk oppsettende virkning (suspensjon). Dette gjelder inntil Klagenævnet har truffet avgjørelse om klagen skal tillegges ytterligere oppsettende virkning, det vil si om det skal gis oppsettende virkning etter § 12, stk. 1 (det som svarer til midlertidige avgjørelser etter håndhevingsdirektivenes artikkel 2 nr. 1 bokstav a).

Suspensjonen inntre på tidspunktet for innlevering av klagen, uavhengig av om oppdragsgiver har blitt orientert eller ikke. Om oppdragsgiver ikke har blitt underrettet, og kontrakt inngås etter utløpet av karensperioden, vil det imidlertid kunne få betydning for om kontrakten kjennes uten virkning etter § 16, se nærmere nedenfor i kapittel 1.12.2.

Det er ikke noe krav for at suspensjon skal inntre at klager begjærer ytterligere oppsettende virkning. Klagenævnet må av eget tiltak må vurdere om klagen skal tillegges ytterligere oppsettende virkning etter stk. 1. En slik avgjørelse om ytterligere oppsettende virkning for en klage inngitt i karensperiode, omtales som en *standstill-kjennelse*.

Etter håndhevingsdirektivene er det bare plikt til å innføre regler om suspensjon når det klages over «en beslutning om tildeling av kontrakt». I Danmark har man imidlertid bestemt at samtlige klager, uavhengig av hva det klages over, fører til suspensjon. Dette er i forarbeidene begrunnet med at det kan oppstå tvil om det i en konkret sak er klaget over tildelingsbeslutningen, og at det, fordi brudd på regler om karens kan føre til at kontrakten kjennes uten virkning, er viktig at det er klarhet i om kontrakt kan inngås.³⁶

³⁵ Risvig Hamer 2020 side 103

³⁶ merknader til § 12

Det er også innført suspensjon når det klages innenfor ti dager etter en intensjonskunngjøring.³⁷

For spørsmålet om hvor lenge en klage skal ha automatisk oppsettende virkning, jf. håndhevingsdirektivens artikkel 2 nr. 3, har dansk lovgiver valgt 30 dager. Det følger av klagenævnsløven § 12, stk. 3 at Klagenævnet har 30 kalenderdager til å treffe en beslutning om fortsatt oppsettende virkning.

Klagenævnets formann Michael Ellehauge har i en artikkel uttalt følgende om denne 30-dagers fristen:³⁸

”Det er på den ene side meget resursekrævende for Klagenævnet at skulle træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning inden for 30-dages-fristen, navnlig i de meget komplicerede og omfattende sager, som Klagenævnet har mange af. Af samme grund affattes disse kendelser ofte uden fuldstændig sagsfremstilling og uden gengivelse af parternes anbringender. Klagenævnets afgørelser vedrørende opsættende virkning giver på den anden side parterne den service, at Klagenævnet, hvor det er muligt, fremkommer med en foreløbig vurdering af, hvad klagen kan føre til.”

Klagenævnet fastsetter i praksis oftest en frist på én uke for oppdragsgiver til å redegjøre for sitt syn på om det skal gis ytterligere oppsettende virkning. Klagenævnet kan videre etterspørre opplysninger fra både klager og oppdragsgiver. Dersom slike opplysninger ikke gis, kan dette få betydning for avgjørelsen av om det skal gis ytterligere oppsettende virkning.

Dersom Klagenævnet beslutter at det ikke skal gis ytterligere oppsettende virkning, kan oppdragsgiver inngå kontrakten. Dersom beslutningen skulle bli truffet alt før utløpet av karensperioden, må oppdragsgiver like fullt vente til den er ute.

Det er uklart hva som gjelder dersom Klagenævnet ikke rekke å treffe avgjørelse innen 30-dagers fristen, men det er antatt i litteraturen at klagen fortsatt vil ha oppsettende virkning.³⁹

Ettersom det ikke gjelder regler om karens hverken etter udbudsloven del VI og V eller tilbudsloven, gjelder det heller ikke noen regler om suspensjon for slike anskaffelser som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivene. Ønskes oppsettende virkning i slike saker, må klager begjære dette etter reglene i klagenævnsløven § 12, stk. 1.

Hvis det er gitt oppsettende virkning, men Klagenævnet deretter kommer til at det ikke foreligger noe brudd på regelverket, vil etterfølgende innbringelse av avgjørelsen for domstolene ikke ha oppsettende virkning. Domstolene kan likevel i ekstraordinære tilfeller tillegge søksmålet oppsettende virkning uten lovhjemmel, jf. U.1994.823 H og U.2000.1203 H. Dette må imidlertid anses å gjelde absolutte unntakstilfeller.⁴⁰

1.6.4 Midlertidige avgjørelser (ytterligere oppsettende virkning)

1.6.4.1 Kort om systemet med midlertidige avgjørelser

Systemet med oppsettende virkning er noe annerledes i Danmark enn i Norge.

³⁷ Dette er tatt inn i loven etter forslag fra Udbudslovutvalget, jf. Konkurrence- og forbrugerstyrelsen - Rapport 2014

³⁸ Ellehauge 2013

³⁹ Risvig Hamer 2020 side 346

⁴⁰ Berg 2012 side 868

Der man i Norge ber om en midlertidig forføyning og domstolene treffer en midlertidig avgjørelse, gis oppsettende virkning av Klagenævnet for Udbud som et ledd i klagebehandlingen. Klager vil derfor i den materielle klagen kunne nedlegge en påstand om oppsettende virkning, istedenfor å levere inn en egen begjæring om oppsettende virkning. Som redegjort for i forrige punkt, vil en klage som inngis i karensperioden ha automatisk oppsettende virkning inntil Klagenævnet treffer avgjørelse om at det skal gis ytterligere oppsettende virkning. Klagenævnet treffer avgjørelse om det skal gis oppsettende virkning ved beslutning.

Ved klager som inngis i karensperioden der det inntreer automatisk suspensjon, eller når det i andre klager nedlegges en påstand om oppsettende virkning, vil Klagenævnet foreta en foreløpig vurdering av saken på skriftlig grunnlag, jf. nærmere om innholdet i denne vurderingen i nedenfor. At dette er en foreløpig vurdering, innebærer at Klagenævnet ikke har tatt endelig stilling til sakens utfall med beslutningen om oppsettende virkning. Det finnes flere eksempler på at Klagenævnet for eksempel har satt en tildelingsbeslutning til side, selv om ikke klagen er tillagt oppsettende virkning.

Dersom det gis oppsettende virkning, innebærer dette at oppdragsgiver må vente med å underskrive kontrakt til den endelige avgjørelsen i klagesaken foreligger. Dersom det ikke gis oppsettende virkning, kan oppdragsgiver inngå kontrakten, men Klagenævnet vil uansett fortsette klagebehandlingen og komme med en endelig avgjørelse i saken.

Som ved en avgjørelse om midlertidig forføyning etter norsk rett, vil imidlertid Klagenævnets beslutning om oppsettende virkning gi en viss pekepinn på om klager vil få medhold eller ikke, jf. *fumus boni juri*-vilkåret som beskrives nærmere nedenfor. I praksis skjer det derfor ofte at klagen trekkes eller at oppdragsgiver avlyser konkurransen som følge av en slik foreløpig avgjørelse.

Hvis Klagenævnet finner at en sak kan vurderes på det foreliggende grunnlaget, kan Klagenævnet også velge å fatte en endelig avgjørelse uten å ta stilling til spørsmålet om oppsettende virkning. Slike saker omtales som *straks-avgjørelser*. Der det er aktuelt, vil partene få anledning til å komme med supplerende prosesskriv. I 2022 ble det avsagt tre slike straks-avgjørelser.⁴¹

1.6.4.2 Nærmere om gjennomføring av artikkel 2 nr. 1 bokstav a

Håndhevingsdirektivenes artikkel 2 nr. 1 bokstav a om midlertidige avgjørelser er i hovedsak gjennomført i klagenævnsløven § 12, stk. 1, som gir Klagenævnet mulighet for å tillegge en klage oppsettende virkning. Denne reglen gjelder både for EØS-anskaffelser og «nasjonale anskaffelser».

Utgangspunktet i dansk rett som følger av Grundloven § 63, stk. 1, er at den som vil påklage en offentlig beslutning, ikke kan unndra seg fra foreløpig å etterkomme beslutningen ved å bringe en sak inn for domstolene. Dette utgangspunktet kan imidlertid fravikes ved lov, slik som etter klagenævnsløven.

Det følger dermed av § 12, stk. 1 at Klagenævnet etter påstand kan tillegge en klage oppsettende virkning.

Når det inngis en klage utenfor karensperioden, må klager begjære oppsettende virkning for at Klagenævnet skal kunne beslutte slik virkning. Inngis derimot klage innenfor karensperioden må Klagenævnet på eget initiativ ta stilling til spørsmålet.

⁴¹ Se for eksempel kjennelse af 16. september 2022 Electrolux Professional A/S

Oppsettende virkning er først og fremst relevant i den prekontraktuelle håndhevingen, altså så lenge kontrakt ennå ikke er inngått. Det følger imidlertid av forarbeidene at klage også kan tillegges oppsettende virkning der kontrakt er inngått.⁴²

”Det er op til Klagenævnet at vurdere rækkevidden af de beslutninger, der kan gives opsættende virkning for. Klagenævnet kan fx vælge at tillægge en klage opsættende virkning, selvom kontrakten er underskrevet, hvis betingelserne for opsættende virkning i øvrigt er opfyldt.”

Oppsettende virkning etter kontraktsinngåelsen vil kunne være aktuelt i saker der kontrakten vil kunne bli erklært uten virkning. En beslutning om oppsettende virkning i et slikt tilfelle vil da innebære at forberedelsen av kontraktsgjennomføringen eller leveransen skal stanses, slik at det blir mulig for Klagenævnet å erklære en større del av kontrakten uten virkning.

I saker hvor det ikke er aktuelt å erklære kontrakten uten virkning, er det fast praksis at det ikke gis oppsettende virkning når først kontrakt er inngått.⁴³

Oppsettende virkning etter § 12, stk. 1 kan bare gis der *særlige grunner* taler for dette. Dette er i tråd med håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 5, som fastslår at medlemsstatene kan fastsette at klageorganet skal ta hensyn til alle interesser som vil kunne skades, samt til allmenhetens interesser, og beslutte ikke å gi samtykke når de negative følgene av slik oppsettende virkning kan være større enn fordelene.

I tråd med dette har Klagenævnet oppstilt tre kumulative vilkår for at en klage skal kunne tillegges oppsettende virkning:

1. En umiddelbar vurdering må være at klagen sannsynligvis vil føre frem (*fumus boni juri*)
2. Det må foreligge «uopsættelighed» («urgency») eller det som i norsk rett omtales som sikringsgrunn)
3. En interesseavveining må tale for oppsettende virkning, det vil si at klagers interesse i at klagen tillegges oppsettende virkning, må veie tyngre enn oppdragsgivers interesse i det motsatte.

Særlig vilkåret om sikringsgrunn er strengt. Vilåret anses i utgangspunktet ikke som oppfylt når leverandøren har en mulighet til etterfølgende å nå frem med et erstatningskrav, og det gis i praksis oppsettende virkning i ganske få saker. I de følgende redegjøres det nærmere for innholdet i de tre vilkårene.

Det er i juridisk litteratur stilt spørsmål ved om det forehold at klager så sjeldent tillegges oppsettende virkning, er i strid med prinsippet om effektivitet.^{44 45} Dette harmonerer i hvert fall ikke godt med formålet bak endringsdirektivet om å styrke den prekontraktuelle håndhevingen. Samtidig er også terskelen for faktisk å oppnå erstatning ganske høy, slik at den danske modellen på dette området ikke nødvendigvis er et eksempel til etterfølgelse. Dette må likevel også ses i sammenheng med at oppdragsgiver etter kontraktsinngåelse kan bli pålagt å bringe kontrakten til opphør, jf. kapittel 1.8.3.

Avslutningsvis nevnes at det også er tatt inn en generell bestemmelse i klagenævnsloven § 13, stk. 1, nr. 1 om Klagenævnets kompetanse til å treffe midlertidige beslutninger. Denne bestemmelsen lyder:

⁴² Lovforslag L 110 FT 2009-10

⁴³ Se for eksempel Høegh og Thorup 2016 punkt 2.2 med videre henvisninger

⁴⁴ Se for eksempel Treumer og Fejø 2006 side 106

⁴⁵ Se også Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmberg 2012 side 543

”Har en ordregiver overtrådt de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2, kan Klagenævnet for Udbud suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning.”

Denne bestemmelse har imidlertid lite – om noe – selvstendig innhold ved siden av reglene om oppsettende virkning i § 12. Dette er ikke nærmere behandlet i forarbeidene til loven, og at bestemmelsen har blitt tatt inn skyldes trolig at man ønsket å sikre at håndhevelsesdirektivet var korrekt gjennomført.⁴⁶

1.6.4.3 Nærmere om *fumus boni juri*-vilkåret

Fumus boni juri-vilkåret innebærer at Klagenævnet må gjøre en vurdering av om klagen vil kunne føre frem. Dette har blitt formulert som et vilkår om oppdragsgiver må ha begått kvalifiserte overtredelser av anskaffelsesregelverket og at klager må ha utsikt til å få medhold. Er det ikke tilfellet, anses klagen som «utsiktsløs».

Det er derfor ikke alle typer brudd som vil kunne føre til oppsettende virkning. Overtredelsen må kunne føre til at tildelingsbeslutningen settes til side («annulleres» i dansk terminologi), at anskaffelsen kjennes «uten virkning» eller at klager får medhold i at klager ikke skulle vært avvist. Klage over for eksempel manglende begrunnelse eller andre formelle feil som ikke påvirker utfallet av konkurransen, vil derimot ikke kunne tillegges oppsettende virkning.

1.6.4.4 Nærmere om kravet til sikringsgrunn

Vilkåret om uoppsettighet – det som svarer til sikringsgrunn i norsk rett – innebærer at oppsettende virkning må være nødvendig for å avverge et alvorlig og uopprettelig tap for klager. Det er klager som har bevisbyrden for at det foreligger et slikt tap.

Det forhold at en leverandør har tapt en konkurranse, og med dette har tapt omsetning, er i Danmark ansett som en alminnelig risiko ved deltakelse i konkurranser om offentlige anskaffelser, se for eksempel kjennelse av 23. mai 2019 *Formpipe Software A/S*:

«Det bemærkes, at når en tilbudsgiver deltager i et udbud, er det en sædvanlig, kommerciel risiko, at tilbudsgiveren ikke vinder udbuddet og dermed mister en omsætning. Et sådant tab af omsætning indebærer ikke et alvorligt og uopretteligt tab.»

Det skal altså noe mer til enn risiko for økonomisk tap for at klagen skal tillegges oppsettende virkning. Vilkåret vil derfor som oftest ikke være oppfylt der leverandøren har en (teoretisk) mulighet til å nå frem med et erstatningskrav, uansett om dette gjelder positiv eller negativ kontraktsinteresse.⁴⁷ Da vil tapet ikke være uopprettelig. Det har i utgangspunktet heller ikke noe å si at det kan være vanskelig å beregne en eventuell erstatning.⁴⁸

Dette betyr i praksis at klager for eksempel må sannsynliggjøre at klagers eksistens er truet eller at tildelingen av kontrakten vil kunne forrykke klagers markedsposisjon dersom klagen ikke gis oppsettende virkning. Dette kan være vanskelig å dokumentere.⁴⁹

Et eksempel på dette er kjennelse av 29. september 2010 *BKI foods A/S*, som gjaldt en kontrakt til en verdi av DKK 340 millioner. Her ble vilkåret ansett oppfylt fordi «en senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det image- og markedsføringstab, klageren vil lide, når henses til værdien af kontrakten og til, at der på markedet for varme drikke, som delaftalen

⁴⁶ Se Risvig Hamer 2020 side 351

⁴⁷ Se kjennelse av 5. mars 2012 *Bombardier* vedr. negativ kontraktsinteresse

⁴⁸ Se for eksempel kjennelser av 20. januar 2012 *Ansaldo STS SpA* og 12. juli 2012 *Abena A/S*. Se likevel kjennelse av 30. juli 2012 *NCC Construction Danmark A/S*

⁴⁹ Se kjennelse av 5. oktober 2011 *Køge Taxa*

vedrører, er en intensiv konkurranse». Et betydelig tap av renommé var derimot ikke tilstrekkelig i den etterfølgende kjennelsen av 20. januar 2012 *Ansaldo ST*.

Klagenævnet har videre i flere saker vist til at det heller ikke vil foreligge sikringsgrunn der det er utsikt til at tildelingsbeslutningen settes til side, og hvor dette medfører en plikt for oppdragsgiver til å bringe kontrakten til opphør, jf. udbudsloven § 185, stk. 2.⁵⁰ Her vil leverandøren ha en teoretisk mulighet til å by på kontrakten i en ny konkurranse.

Ved en direkte anskaffelse (hvor kontrakt ennå ikke er inngått), vil sikringsgrunn ofte kunne foreligge, fordi leverandøren i et slikt tilfelle ikke i praksis vil kunne nå frem med et erstatnings søksmål.⁵¹

I saker der spørsmålet er om klager har blitt urettmessig avvist i forbindelse med en prekvalifikasjon, vil vilkåret om sikringsgrunn ofte heller ikke være avgjørende for om en klage tillegges oppsettende virkning.⁵² Dette henger sammen med at leverandøren i slike saker der det ennå ikke er innlevert et tilbud, tilsvarende heller ikke vil kunne nå frem med et erstatningskrav. Se for eksempel kjennelse av 18. desember 2018 *KMD A/S*, der Klagenævnet uttaler om kravet til sikringsgrunn at:

”[...] da KMD’s klage vedrører, at selskabet med urette ikke blev prækvalificeret til at deltage i udbuddet, er KMD ikke tilstrækkeligt beskyttet af de almindelige erstatningsregler, såfremt KMD ved en endelig afgørelse måtte få medhold i klagen. KMD, der ikke har afgivet tilbud, vil således i sagens natur ikke kunne kompenseres med erstatning i form af negativ kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse. Klagenævnet finder på den baggrund, at der foreligger uopsættelighed, da opsættende virkning vil være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for KMD.”

I juridisk litteratur synes det også å være bred enighet om, med henvisning til praksis fra EU-domstolen og Underretten, at kravet til uoppsettelighet kan lempes der det foreligger en åpenlys og grov overtredelse.⁵³

Skal klagers tilbud avvises, vil det derimot som det klare utgangspunkt ikke foreligge sikringsgrunn, fordi klager i slike situasjoner ikke har lidt et tap.⁵⁴ Også klagers passivitet vil innebære at kan være vanskelig å nå frem med et krav om «uopsættelighet».⁵⁵ Det vil kunne være tilfellet der en klager for eksempel i månedsvis har deltatt i en konkurranse med forhandling, og først etter tildeling klager på at det ikke var lovlig å anvende en slik prosedyre.

Terskelen for at kravet til sikringsgrunn er altså høyt, og det er i praksis dette vilkåret som i mange saker ikke er oppfylt. Dette er en vesentlig forskjell fra det norske systemet med midlertidig forføyning. Her stilles det i praksis ikke noe krav til sikringsgrunn. Dersom det er sannsynlig at kontrakt vil bli inngått dersom midlertidig forføyning ikke gis, er dette i norsk rettspraksis blitt ansett for å være tilstrekkelig for at sikringsgrunn foreligger.

⁵⁰ Se for eksempel kjennelse av 9. januar 2019 *Wedel Installation ApS*.

⁵¹ Høegh og Thorup 2016 punkt 2.4

⁵² Hansen og Thorup 2010 *ibid.* punkt 3.2.2

⁵³ Se for eksempel *Risvig Hamer 2020* side 330 med videre henvisning til Klagenævnspraksis

⁵⁴ Se for eksempel kjennelse av 13. april 2010 *KMD*

⁵⁵ Se for eksempel kjennelse av 22. januar 2012 *Bombardier Transportation Denmark A/S*

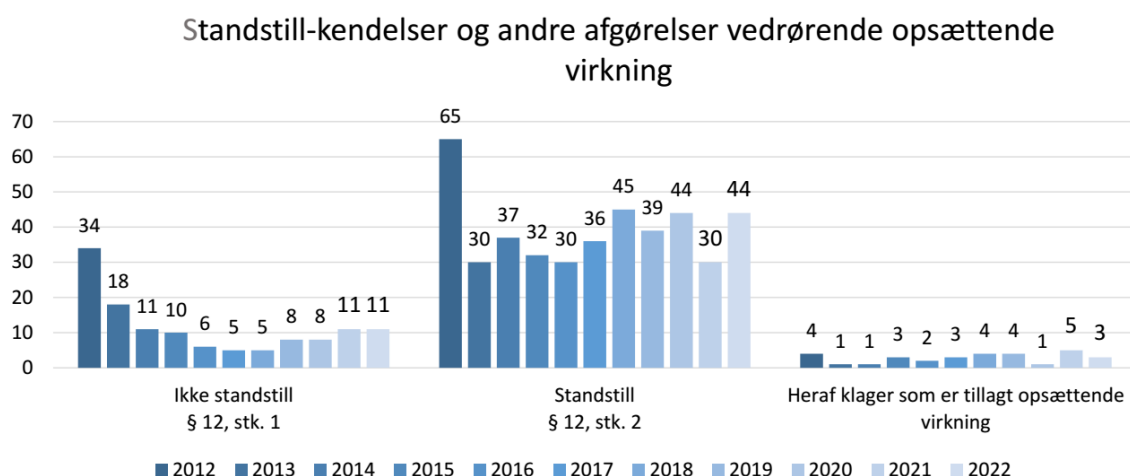
1.6.4.5 Nærmere om interesseavveiningen

Når det gjelder *interesseavveiningen*, blir dette en vurdering av om klagers interesse i å få stoppet kontraktsinngåelsen overstiger oppdragsgivers interesse i å få inngått kontrakt. Her kan det blant annet ses hen til allmenhetens interesser, konsekvensen for borgerne som skal benytte de aktuelle varene/tjenestene,⁵⁶ allerede inngåtte kontrakter med andre leverandører mv. Allmenhetens interesser vil ofte få avgjørende rolle ved anskaffelser i forsyningssektorene. Her har Klagenævnet blant annet uttalt at det i slike saker foreligger «generelt tungtvegende samfundsmæssige interesser, som taler imod at tillægge sådanne klager opsættende virkning»,⁵⁷ og det vises til «risikoen for negative samfundsmæssige konsekvenser ved annullation»⁵⁸.

1.6.4.6 Praksis om oppsettende virkning, herunder suspensjon

Oppsettende virkning blir vurdert i de aller fleste klager, men det er sjelden at Klagenævnet faktisk tillegger en klage oppsettende virkning. I 2022 har dette bare skjedd 3 ganger. I perioden 2012 til 2022 har det blitt gitt oppsettende virkning i 1-5 saker per år, se figur fra Klagenavnets årsberetning fra 2022.

Boks 1.2 Avgjørelser om oppsettende virkning



Figur fra Klagenavnets årsberetning 2022

[Boks slutt]

«Standstill-kendelser» er de saker der det har inntrådt automatisk suspensjon, og hvor Klagenævnet av eget tiltak må ta stilling til om det skal gis videre oppsettende virkning. «Andre avgjørelser» er de klager som innbringes før eller etter karenperioden, der Klagenævnet på begjæring skal ta stilling til oppsettende virkning. I 2022 kom det altså inn 44 klager i karenperioden og 11 andre klager der det ble begjært oppsettende virkning. I disse 55 saker der spørsmålet om (ytterligere) oppsettende virkning etter klagenavnloven § 12, stk. 1 har blitt behandlet i 2022, kom altså nemda til at det skulle gis oppsettende virkning i 3 tilfeller.

⁵⁶ Se for eksempel kjennelse av 26. juni 2017 Eltel Networks A/S der pasientsikkerhet ble tillagt vekt.

⁵⁷ Se kjennelse av 27. juli 2009 Alfa Laval Nordic A/S

⁵⁸ Se kjennelse av 22. januar 2012 Bombardier Transportation Denmark A/S

1.7 Konstatning av brudd

Etter klagenævnsløven § 10, stk. 1 treffer Klagenævnet avgjørelse om hvorvidt det har skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket.

En klage vil typisk inneholde både påstander om brudd på anskaffelsesregelverket og om bestemte rettsvirkninger. Klager kan imidlertid nøye seg med å nedlegge påstand om at det foreligger et brudd, noe som er praktisk for brudd som ikke har virket inn på utfallet av konkurransen, som for eksempel brudd på reglene om begrunnelse.⁵⁹

1.8 Tilsidesettelse (annullasjon)

1.8.1 Hvilke beslutninger som kan settes til side

Håndhevingsdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav b er gjennomført i klagenævnsløven § 13, stk. 1 nr. 2. Etter denne bestemmelsen kan Klagenævnet, når oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, sette til side («annulere») oppdragsgivers ulovlige beslutninger eller konkurransen i sin helhet («udbudsforretningen»).

I de fleste klagesakene vil spørsmålet om å sette til side en ulovlig beslutning gjelde tildelingsbeslutningen, men det kan i prinsippet gjelde samtlige beslutninger som oppdragsgiver treffer i løpet av en anskaffelsesprosedyre, for eksempel beslutninger om å (ikke) kvalifisere eller avvise en leverandør.⁶⁰

Tilsidesettelse av selve konkurransen («udbudsforretningen») kan bare skje så lenge konkurransen fortsatt pågår. Dette har skjedd i enkelte tilfeller, se for eksempel kjennelse av 10 juli 2009 *NCC Construction Danmark A/S*. Her kom Klagenævnet til at konkurransen var beheftet med så vesentlige feil at det ikke var mulig å rette feilene.

Når oppdragsgiver først har tildelt kontrakten er det bare selve tildelingsbeslutningen som kan settes til side. Dersom det har skjedd en ulovlig endring av en eksisterende kontrakt, kan likevel Klagenævnet tilsidesette beslutningen om å endre kontrakten.⁶¹ I et slikt tilfelle er det altså ikke tildelingsbeslutningen til den opprinnelige kontrakten som settes til side.

Dersom oppdragsgiver selv har avlyst konkurransen eller brakt kontrakten til opphør, vil Klagenævnet derimot ikke kunne annullere denne beslutningen. En usaklig avlysning kan bare angripes som grunnlag for et krav om erstatning.⁶²

1.8.2 Vilkårene for tilsidesettelse

For at Klagenævnet skal kunne sette en beslutning eller en konkurranse til side, er det tre vilkår som må være oppfylt: Det må foreligge et kvalifisert brudd på regelverket, bruddet må være vesentlig, og det kan ikke foreligge forhold som taler mot tilsidesettelse.

At det må foreligge et kvalifisert brudd formuleres slik at det må foreligge en «rettslig mangel», og overtredelsen må være av en viss grovhet. Det innebærer at det må foreligge et

⁵⁹ Se for eksempel Berg 2012 side 883 og Fabricius 2017 side 820

⁶⁰ Se for eksempel Kjennelse 13. november 2006 Cowi A/S

⁶¹ Se for eksempel kjennelse 17. juli 2012 Multitrans

⁶² Se Risvig Hamer 2020 side 355 som uttaler at "det savner mening at tale om, at Klagenævnet skulle kunne annullere ordregiverens beslutning om at aflyse tilbuddet."

brudd på de materielle anskaffelsesreglene som kan være egnet til å påvirke utfallet av kontrakten.⁶³

Brudd på rent formelle regler, for eksempel der oppdragsgiver ikke har gitt en tilstrekkelig begrunnelse, kan derimot i utgangspunktet ikke føre til tilsidesettelse. Dette fordi slike brudd i utgangspunktet ikke vil påvirke selve tildelingen.⁶⁴

Når det gjelder kravet om vesentlighet, innebærer det at det etter en konkret vurdering må konstateres enten at kontrakten på grunn av feilen kan ha blitt (eller vil kunne bli) tildelt feil leverandør, eller at anskaffelsesdokumentene ikke lovlig kan danne grunnlag for tildeling, som etter norsk rett er spørsmålet om oppdragsgivers avlysningsplikt.⁶⁵ Det oppstilles altså et innvirkningskrav.

Vesentlig brudd kan for eksempel omhandle evalueringen, spørsmål om avvisning, brudd på forhandlingsforbudet, uklart konkurransegrunnlag, ulovlige betingelser og ulovlige endringer av konkurransegrunnlaget. Flere mindre feil kan også til sammen føre til tilsidesettelse.

Det er derimot ikke noe krav at klagers tilbud må være «kondisjonsmessig», det vil si at det ikke har betydning om klagers tilbud har blitt eller skulle blitt avvist.⁶⁶ I en slik situasjon vil klager uansett kunne ha en interesse i at konkurransen avlyses.

Når det gjelder kravet om at det ikke må foreligge forhold som taler imot tilsidesettelse, kan det omfatte hensyn til ressursbruk (for eksempel der kontrakten helt eller delvis oppfylt eller det er foretatt betydelige investeringer i tillit til kontraktens oppfyllelse), konsekvenser av forsinkelser, karakteren og varigheten av kontrakten,⁶⁷ klagers passivitet (det vil si om klagen er inngitt tilstrekkelig hurtig).⁶⁸ Det vil derimot i utgangspunktet ikke tas hensyn til oppdragsgivers kontraktsmotpart.⁶⁹

Om en beslutning eller konkurranse skal settes til side beror altså på en konkret helhetsvurdering.

1.8.3 Virkningen av tilsidesettelse

Før kontrakt er inngått, er konsekvensen av å sette konkurransen i sin helhet til side at oppdragsgiver må avlyse konkurransen.

Er det tildelingsbeslutningen som settes til side før kontrakten er inngått, er konsekvensen at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt på grunnlag av denne beslutningen. Hvis det er mulig å rette opp feilene, for eksempel ved å foreta en ny evaluering, vil det være mulig å omgjøre tildelingsbeslutningen. Er det ikke mulig å rette opp feilene, blir konsekvensen også i dette tilfellet at konkurransen må avlyses.

⁶³ Se for eksempel kjennelse av 18. desember 2019 Jørns Rutetrafik A/S

⁶⁴ Se for eksempel kjennelse av 14. oktober 2014 Grontmij A/S

⁶⁵ Se for eksempel 31. oktober 2013 Top Rengøring

⁶⁶ Se for eksempel kjennelse av 24. november 2015 GKV Brandmateriel ApS.

⁶⁷ Se for eksempel kjennelse av 15. september 2009 Almenbo a.m.b.a, der nemnda valgte å ikke sette til side en tildelingsbeslutning for en kontrakt som bare hadde en varighet på 1 år.

⁶⁸ Se for eksempel kjennelse av 21. desember 2011 Ortos A/S, der klage først ble innbrakt ca. seks måneder etter kontraktsinngåelsen. Om overtredelsen er grov, vil dette likevel ikke nødvendigvis få betydning, se for eksempel kjennelse av 7. november 2017 Vojens Taxi

⁶⁹ Se for eksempel kjennelse av 14. juli 2009 Updata Danmark A/S

Det var tidligere noe mer uklart hva rettsvirkningen av tilsidesettelse er når kontrakt er inngått. Klagenævnet har ikke kompetanse til å oppheve en inngått kontrakt.⁷⁰ At en beslutning settes til side medfører altså hverken at kontrakten kjennes ugyldig eller uten virkning.

Av forarbeider til tidligere versjoner av loven fremgår følgende (vår understrekning):⁷¹

”Annullation af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annullationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt. Det kan være bestemte, konkrete beslutninger eller dispositioner, men det kan også omfatte udbudsprocessen som helhed. Kontrakten kan dog være underlagt forslagets §§ 16 og 17, hvilket medfører, at kontrakten i visse tilfælde skal erklæres for uden virkning.”

Praksis var da at oppdragsgiverne ikke anså seg forpliktet til å bringe kontrakten til opphør som følge av en tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen. En beslutning om tilsidesettelse innebar i realiteten ikke noe mer enn en konstatering av brudd.

Med innføringen av udbudsloven kom det imidlertid inn en bestemmelse i udbudsloven § 185, stk. 2, om at oppdragsgiver – når tildelingsbeslutningen er satt til side – av eget tiltak må bringe kontrakten til opphør med et passende varsel. Dette gjelder likevel ikke der det foreligger særlige forhold eller når kontrakten kan kjennes uten virkning.

Denne plikten til å bringe en kontrakt til opphør ble tatt inn i udbudsloven etter forslag fra det såkalte «Udbudslovutvalget» med det formål å sikre en effektiv håndheving av anskaffelsesreglene, ved at forbigåtte leverandører vil få en ny sjanse til å konkurrere om kontrakten. Dette anses som en særdansk bestemmelse, og er altså ikke et utslag av en EU/EØS-rettslig forpliktelse.⁷²

Klager trenger ikke nedlegge påstand om at kontrakten bringes til opphør. Oppdragsgiver må av eget tiltak vurdere om det foreligger særlige forhold, og offentliggjøre sin beslutning om hvorvidt kontrakten skal videreføres. Dette skal skje senest syv kalenderdager etter offentliggjøring av Klagenævnets endelige avgjørelse om tilsidesettelse av avgjørelsen.

Ifølge spesialmerkene til § 185, stk. 2 kan særlige forhold for eksempel foreligge når opphør av kontrakten vil stride mot vesentlige samfunnsinteresser, som offentlig sikkerhet, mennesker og dyrs liv og helse, eller hvis opphør av kontrakten vil medføre helt ekstraordinær sløsing av ressurser.⁷³ En kontrakt kan også videreføres hvis den leverandøren som skulle hatt kontrakten har fått erstatning i form av positiv kontraktinteresse, og den valgte leverandøren ville fått kontrakten dersom den forbigåtte leverandøren ikke hadde inngitt tilbud.

⁷⁰ Se for eksempel kjennelse av 11. desember 2009 Tabulex

⁷¹ Se lovforslag L110 av 27. oktober 2010

⁷² Jf. likevel EU-domstolens sak C-503/04 Kommisjonen mot Tyskland som medfører at medlemsstatene i visse tilfeller har plikt til å bringe en kontrakt som er inngått i strid med anskaffelsesreglene til opphør.

⁷³ Se Lovforslag L110 af 27. oktober 2010

I saker som gjelder tilsidesettelse av en tildelingsbeslutning kan Klagenævnet, etter påstand fra klager eller innklagede, avsi en ikke-bindende foreløpig uttalelse om at det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres, jf. klagenævnsløven § 14a.⁷⁴

Det skjer ganske ofte at kontrakter må bringes til opphør etter § 185, stk. 2. Dette er ikke en bestemmelse som nå synes å skape mye debatt, og som oppdragsgivere synes å ha akseptert.⁷⁵ Det er ganske vanlig at det, særlig i store kontrakter, tas inn kontraktsbestemmelser som regulerer hva konsekvensen skal være mellom kontraktspartene, der Klagenævnet skulle komme til at en tildelingsbeslutning settes til side.

Plikten til å bringe en kontrakt til opphør etter § 185, stk. 2, gjelder bare anskaffelser som omfattes av udbudsloven del II (anskaffelser som omfattes av de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet). Det er uklart om og i hvilket omfang det gjelder en oppsigelsesplikt for øvrige kontrakter, men det er antatt det vil være tilfellet ved særlig grove overtredelser.⁷⁶

Det følger også av Klagenævnets praksis at dersom tildelingsbeslutningen ved inngåelse av en rammeavtale har blitt satt til side, så vil ikke oppdragsgiver lovlig kunne inngå kontrakter basert på rammeavtalen. Dette gjelder uavhengig av om rammeavtalen er inngått av oppdragsgiver selv eller av en innkjøpsentral.⁷⁷

1.9 Påbud om retting

Klagenævnet kan gi påbud om at anskaffelsesprosessen eller beslutninger truffet i forbindelse med en anskaffelsesprosess skal rettes («påbud om lovliggjørelse af udbudsproceduren eller beslutninger»), jf. klagenævnsløven § 13, stk. 1 nr. 3. Dette er en særdansk bestemmelse.

Et påbud om retting forutsetter at feilen som har blitt begått, etter sin art kan rettes.⁷⁸ Videre forutsetter det at oppdragsgiver fortsatt ønsker å gjennomføre den aktuelle anskaffelsen. Et eksempel på en slik sak er kjennelse av 29. september 2010 *BKI foods A/S*.⁷⁹ I denne saken satte nemnda til side både oppdragsgivers beslutning om å avvise klagers tilbud og tildelingsbeslutningen, og påla oppdragsgiveren å la klagers tilbud inngå i evalueringen.

Denne reaksjonsmuligheten anvendes i dag ytterst sjeldent og har lite praktisk betydning. Klagenævnet vil oftest velge i stedet å sette oppdragsgivers beslutning til side.

1.10 Særlige regler for forsyningssektorene

Håndhevelsesreglene og sanksjonsmulighetene gjelder i utgangspunktet likt for anskaffelser i henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene. Det er imidlertid innført en særregel for visse anskaffelser i olje- og gassektoren.

⁷⁴ Se for eksempel kjennelse av mars 2018 AV Form A/S

⁷⁵ Uttalt av advokatfirma Haavind i rapport av 10. desember 2023 etter samtale med danske kolleger. Utvalget har imidlertid også fått opplysninger om at kravet om at tildelingsbeslutningen er annullert ved «endelig afgørelse eller dom» gjør at en del oppdragsgivere velger å forfølge saken videre i rettssystemet og uthaler oppsigelsesplikten.

⁷⁶ Risvig Hamer 2020 side 375 følgende

⁷⁷ Se for eksempel kjennelse av 29. november 2012 Mediq Danmark A/S

⁷⁸ Det finnes imidlertid også noen eksempler på at Klagenævnet har pålagt oppdragsgiver å rette en anskaffelse ved å utlyse på nytt, se for eksempel kjennelse av 24. oktober 2001.

⁷⁹ kjennelse av 29. september 2010 BKI foods A/S

Klagenævnsløven § 15 har en særregel for oppdragsgivere som utnytter et geografisk område med henblikk på leting etter eller utvinning av olje, gass, kull eller annet fast brensel. Klager over slike oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket skal innbringes for Sø- og Handelsretten, og ikke for Klagenævnet for Udbud.⁸⁰ Saken er underlagt privat påtale, det vil si en privat straffesak som må reises av klager.

Bakgrunnen for regelen er de særlige forholdene som gjør seg gjeldende især på offshore-området, og da særlig sektorens væravhengighet.⁸¹ En forsinkelse i et prosjekt kan ofte medføre risiko for at hele prosjektet forsinkes vesentlig eller eventuelt må oppgis helt, og at det derfor i slike saker kan være hensiktsmessig å anvende alternative reaksjonsmuligheter.

Sø- og Handelsretten har i saker om overtredelse av anskaffelsesregelverket følgende reaksjonsmuligheter, jf. § 15, stk. 2 og 3:

- Suspendere anskaffelsesprosedyren eller beslutninger i forbindelse med anskaffelsesprosedyren
- Sette oppdragsgivers ulovlige beslutninger eller anskaffelsesprosedyre til side
- Pålegge oppdragsgiver å rette anskaffelsesprosedyren eller beslutninger i forbindelse med anskaffelsesprosedyren
- Pålegge oppdragsgiver en bot (mulkt) etter § 20
- Pålegge oppdragsgiver å bringe en kontrakt som har blitt erklært uten virkning, til opphør.

Disse reaksjonsmulighetene svarer til reaksjonsmulighetene som også gjelder øvrige sektorer. Det som er særegent for olje- og gassektoren er at oppdragsgiver selv kan nedlegge påstand om mulkt. Hvis oppdragsgiver gjør det, kommer reaksjonsmulighetene nevnt i de tre første kulepunktene ikke til anvendelse, jf. § 15, stk. 4.

Dette er en gjennomføring av artikkel 2 nr. 1 bokstav c i håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene, der valget mellom om det skal anvendes «ordinære» reaksjoner eller en «alternativ» reaksjon overlates til oppdragsgiver.

Det følger av § 15, stk. 5 at en rekke av de øvrige regler i klagenævnsløven vil gjelde også når Sø- og Handelsretten behandler an anskaffelsessak. Det gjelder følgende regler:

- § 12 (oppsettende virkning)
- § 14 (erstatning)
- §§ 6, stk. 5, 16, 17 og 18, stk. 1 og 2 (regler om sanksjonen «uten virkning»)

Når det gjelder henvisningen til § 12, bemerkes at dette medfører at også bestemmelsen om automatisk oppsettende virkning (suspensjon) gjelder i denne sektoren, uten at det er identifisert hvordan dette fungerer i praksis.

⁸⁰ Det følger også direkte av lovens § 5, stk. 3 at slike klager ikke kan innbringes for Klagenævnet.

⁸¹ Jf. forarbeider til loven, L 110 FT 2009-10

1.11 Erstatning

1.11.1 Innledning

Håndhevingsdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav c om erstatning er gjennomført i klagenævnsløven § 14, stk. 1, som har følgende ordlyd:

”Efter påstand fra klageren kan Klagenævnet for Udbud pålægge en ordregiver at yde klageren erstatning for det tab, som denne har lidt som følge af en overtrædelse af de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2.”

Etter denne bestemmelsen kan altså Klagenævnet pålegge oppdragsgiver å betale erstatning. Dette gjelder både for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene og de nasjonale anskaffelsesreglene i udbudsloven del IV og V, samt tilbudsloven.

Erstatning kan bare tilkjennes når klager nedlegger påstand om erstatning.

Også domstolene kan ilegge erstatning, og domstolene anvender de samme erstatningsvilkårene som Klagenævnet.

1.11.2 Klagenævnets behandling av erstatningskrav

Som den klare hovedregel, skiller Klagenævnet spørsmålet om erstatning ut til selvstendig behandling i en separat sak.⁸² Det vil si at Klagenævnet først tar stilling til det materielle spørsmålet om brudd på anskaffelsesregelverket og avsier en separat kjennelse om dette (materieell kjennelse). Der det konstateres brudd på regelverket, og det er nedlagt påstand om erstatning, vil Klagenævnet da etterfølgende avsi en separat kjennelse om erstatningsspørsmålet (erstatningskjennelse).

Det er også ganske vanlig at klager ikke nedlegger en erstatningspåstand, men bare forbeholder seg retten til å nedlegge en slik påstand senere dersom klager får medhold i at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket.⁸³

At erstatningsspørsmålet utskilles i en egen sak, er kostnadsbesparende for alle parter. Spørsmålet vil kun bli relevant hvis klager får medhold i at det har blitt begått et brudd på anskaffelsesregelverket, slik at partene da ikke trenger å argumentere for om erstatningsvilkårene er oppfylt, og klager ikke trenger å beregne og dokumentere tapet dersom det ikke konstateres brudd.

Erfaringen fra Klagenævnet viser også at erstatningsspørsmålet i mange av de sakene der det konstateres brudd, løses utenfor Klagenævnet ved at partene inngår forlik. Ikke alle materielle kjennelser der det konstateres brudd vil altså etterfølges av en erstatningskjennelse.

I en etterfølgende erstatningssak vil partene være bundet av Klagenævnets avgjørelse i den materielle kjennelsen. Det betyr også at partene i utgangspunktet ikke kan komme med nye påstander og anførsler knyttet til det materielle bruddet. Oppdragsgiver er likevel ikke avskåret fra først under erstatningssaken å gjøre gjeldende at klagers tilbud skulle vært avvist.

⁸² Se Klagenævnsløven § 8, stk. 1 som gjelder frister for å innbringe en avgjørelse for domstolen

⁸³ Se for eksempel kjennelse av 17. desember 2018 Joca Trading A/S

1.11.3 Innholdet i erstatningsvilkårene

1.11.3.1 Generelt om erstatningsvilkårene

Det følger av forarbeidene til klagenævnsløven at krav på erstatning skal avgjøres etter alminnelig dansk erstatningsrett.⁸⁴ Dette innebærer at følgende fire vilkår må være oppfylt for at en forbigått leverandør skal kunne få erstatning:

1. Det skal foreligge et ansvarsgrunnlag (en ansvarsbetingende handling eller unnløtelse)
2. Den forbigåtte leverandøren må ha lidt et tap
3. Det skal være årsakssammenheng mellom den begåtte feilen og tapet (kausaltet)
4. Tapet skal være en påregnelig følge av oppdragsgivers ansvarsbetingende feil (adekvans).

I Danmark kan en forbigått leverandør tilkjennes erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) og for tilbudskostnader som har vært forgjeves (negativ kontraktsinteresse). Det gis ikke erstatning for såkalt sjansetap.⁸⁵

1.11.3.2 Ansvarsgrunnlag

Vilkåret om ansvarsgrunnlag innebærer først og fremst at oppdragsgiver skal ha brutt anskaffelsesregelverket. Det er likevel ikke alle overtredelser som innebærer at det foreligger et ansvarsgrunnlag.⁸⁶

Tidligere ble det i dansk rett lagt til grunn at culpa-ansvaret var den relevante ansvarsnormen. Dette gikk man imidlertid bort fra, som en konsekvens av EU-domstolens avgjørelse i C-314/09 *Strabag*.

Ansvarsgrunnlaget for krav på erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i dag er ikke entydig avklart i dansk rett.⁸⁷ Højesteret har i flere avgjørelser vist til at brudd «etter deres karakter» er ansvarsbetingende, uten at ansvarsgrunnlagets karakter omtales nærmere.⁸⁸ I litteraturen er det antatt at "[o]vertrædelse af udbudsreglerne er en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for at statuere et ansvarsgrundlag", og at det i vurderingen inngår "om der er tale om overtrædelse af et grundlæggende princip, eller om der er tale om en mere bagatelagtig overtrædelse".⁸⁹

Det må likevel kunne slås fast at ansvarsgrunnlaget i Danmark er tilnærmet objektivt, i hvert fall ved brudd på EU/EØS-anskaffelsesretten. Det finnes bare ett kjent eksempel der en oppdragsgiver har blitt frifunnet fra erstatningsansvar med henvisning til ansvarsnormen. Det gjelder en avgjørelse fra Østre Landsret, der oppdragsgiver ikke ble ansett for å ha handlet ansvarsbetingende ettersom oppdragsgiver hadde rettet seg etter danske myndigheters tolkning av EU-anskaffelsesreglene, og ikke hadde hatt grunnlag for å stille spørsmål ved denne tolkningen.⁹⁰

⁸⁴ Se også Klagenævnets uttalelser i kjennelse av 22 november 2001 Forlaget Magnus A/S

⁸⁵ Se for eksempel omtalen i Berg 2012 side 898

⁸⁶ Se for eksempel Risvig Hamer 2020 side 402 flg.

⁸⁷ Se Fabricius 2017 side 828

⁸⁸ Se for eksempel U.2011.1955H Amager Strandpark

⁸⁹ Se Thusholt m.fl. i Karnov, note 118 til Klagenævnsløven (lest 3. mars 2024)

⁹⁰ U.2009.1331 Ø Taxi-Stig

Som utgangspunkt foreligger det derfor ansvarsgrunnlag dersom EU-anskaffelsesreglene har blitt brutt.⁹¹ Dette vil typisk gjelde når det begås feil i forbindelse med kvalifikasjon av leverandørene, ved tilbudsevaluering og i forbindelse med avvisning for øvrig. Feil i konkurransegrunnlaget og ulovlige endringer i dette vil også ofte være ansvarsbetingende.

I litteraturen anføres det at det mest er av akademisk interesse om normen for ansvarsgrunnlag er culpa eller et tilstrekkelig kvalifisert brudd, med henvisning til at forskjellen mellom disse to modellene vil utlignes av de øvrige vilkårene for erstatning.⁹²

Når det gjelder brudd på det nasjonale anskaffelsesregelverket, er det mulig at ansvarsnormen er nærmere tradisjonell culpa.⁹³

1.11.3.3 Tap

Når det gjelder vilkåret om at den forbigåtte leverandøren må ha lidt et tap, innebærer det at klager må godtgjøre at det foreligger et tap og dokumentere størrelsen på dette.⁹⁴

Det finnes eksempler fra den generelle erstatningsretten på at denne bevisbyrden lempes ved særlige grove overtredelser, og dette vil trolig også gjelde ved overtredelser av anskaffelsesregelverket.

1.11.3.4 Årsakssammenheng

1.11.3.4.1 Årsakskravet ved krav om erstatning for tapt fortjeneste

Når det gjelder erstatning for tapt fortjeneste, må det godtgjøres at kontrakten, dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, med overveiende sannsynlighet ville blitt tildelt klager. Bevisbyrden ligger på klager.

I juridisk litteratur legges det til grunn at det er vanskelig for klager å godtgjøre at man ville vunnet kontrakten.⁹⁵ Unntaket er tilfeller der klager har blitt nr. 2 i konkurransen, og vinnende leverandør skulle vært avvist.

Årsakskravet vil ikke være oppfylt dersom klager ikke lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten. Det gjelder blant annet tilfeller der det foreligger så alvorlige feil at konkurransegrunnlaget «ikke kan danne grunnlag for en lovlig tildelingsbeslutning», for eksempel som følge av ulovlige tildelingskriteriene eller uklarhet.^{96 97} Det gjelder også tilfeller der klagers tilbud skulle vært avvist. Her er imidlertid bevisbyrden snudd – det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at klagers tilbud ikke lovlig kunne aksepteres.⁹⁸

Der det ikke forelå en avlysningsplikt, men hvor oppdragsgiver faktisk har avlyst konkurransen og det forelå saklig grunn til dette, for eksempel på grunn av manglende konkurranse eller fordi tilbudene oversteg budsjettet, vil dette som det klare utgangspunktet avskjære erstatning for den positive kontraktsinteressen.⁹⁹

⁹¹ Se Risvig Hamer 2020 side 404 følgende

⁹² Fabricius 2017 side 831 følgende

⁹³ Ibid. side 832

⁹⁴ Se for eksempel kjennelse av 9. februar 2017 Bricks A/S

⁹⁵ Se Fabricius 2017 side 835 følgende

⁹⁶ Se for eksempel kjennelse av 8. januar 2011 OK Entreprise A/S der det var oppstilt ulovlige tildelingskriterier.

⁹⁷ Se for eksempel kjennelse av 20. mai 2014 Maxys A/S

⁹⁸ Se for eksempel U.2002.1180H

⁹⁹ Se for eksempel kjennelse av 19. oktober 2010

En ubenyttet avlysningsrett vil derimot bare avskjære et krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom oppdragsgiver med overveidende sannsynlighet kan påvise at konkurransen faktisk ville litt avlyst om man hadde vært klart over det bruddet på regelverket som nå er avdekket. Også her er altså bevisbyrden snudd.¹⁰⁰

Årsakskravet vil normalt ikke kunne oppfylles dersom klager ikke har deltatt i en konkurranse om kontrakten. Det vil for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, eller der det er gjennomført en konkurranse, men hvor klager ikke har inngitt tilbud.¹⁰¹ I disse tilfellene vil det være svært vanskelig for klager å godtgjøre at man ville fått kontrakten, om feilen ikke hadde blitt begått.

1.11.3.4.2 Årsakskravet ved krav om erstatning for bortkastede kostnader

Kravet til årsakssammenheng ved krav om erstatning for bortkastede kostnader (negativ kontraktsinteresse) er noe uklart i dansk rett. Klagenævnet synes i noen tilfeller å tilkjenne erstatning ut fra rimelighetsbetraktninger.¹⁰² Det dominerende synspunktet er imidlertid at leverandøren i slike tilfeller må godtgjøre at leverandøren «ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt», jf. formuleringen i § 14, stk. 2 som etter sin ordlyd bare gjelder for forsyningssektorene.¹⁰³

I utgangspunktet gjelder altså også for den negative kontraktsinteressen den betingelsen at klager lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten. Det vil i utgangspunktet ikke være tilfellet der klagers eget tilbud har blitt eller skulle vært avvist.¹⁰⁴

Som for positiv kontraktsinteresse vil en ubenyttet avvisningsrett ikke avskjære erstatning hvis ikke oppdragsgiver beviser at man ville benyttet seg av denne retten dersom spørsmålet om å tildele kontrakten til klager hadde kommet på spissen.

Når det gjelder betydningen av en eventuell avlysningsplikt, er det imidlertid en forskjell fra årsaksvurderingen knyttet til krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Avlysningsplikt avskjærer ikke erstatning for bortkastede kostnader med mindre avlysningsplikten skyldes «synlige feil», altså feil som klager var eller burde være kjent med. Ut fra praksis ser det ut til at det er tilstrekkelig at forholdet som utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket, fremgår av konkurransegrunnlaget.¹⁰⁵

Utgangspunktet er altså at en leverandør bare vil kunne få erstatning for den negative kontraktsinteressen dersom bruddet på anskaffelsesreglene ikke kunne oppdages før etter tilbudsinnngivelse.¹⁰⁶ Det finnes riktignok noen eldre eksempler hvor særlig grove feil har ført til at klager har fått erstatning for den negative kontraktsinteressen, selv om feilene var synlige i konkurransegrunnlaget.¹⁰⁷ Nyere praksis kan likevel tyde på at man har beveget seg vekk fra dette.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Se Risvig Hamer 2020 side 417 følgende

¹⁰¹ Se for eksempel U.2009.1331 Ø Taxi-Stig

¹⁰² Se Risvig Hamer 2020 side 422

¹⁰³ Selv om denne regelen etter sin ordlyd bare gjelder forsyningssektorene, er det generelt antatt at dette uansett gjelder etter alminnelig dansk anskaffelsesrett. Se Risvig Hamer 2020 side 437

¹⁰⁴ Se for eksempel kjennelse av 24. november 2015 GKV Brandmateriel ApS

¹⁰⁵ Se for eksempel kjennelse av 14. september 2011 RenoNorden A/S

¹⁰⁶ Et eksempel er kjennelse av 12. august 2011 Falck Danmark A/S.

¹⁰⁷ Se for eksempel kjennelse av 26. november 2012

¹⁰⁸ Se Fabricius 2017 side 840

Der det har skjedd flere overtredelser, vurderes hver overtredelse for seg. Er de synlige overtredelsen så grove at konkurransebetingelsene ikke kan danne grunnlag for en lovlig tildeling, vil det imidlertid uansett ikke foreligge årsakssammenheng på grunnlag av andre usynlige feil.¹⁰⁹

Klager vil heller ikke kunne få negativ kontraktsinteresse, der overtredelsen ikke har hatt noen betydning for utfallet av konkurransen, eksempelvis hvis det har skjedd en mindre feil i evalueringen som ikke har påvirket rangeringen.¹¹⁰ Det oppstilles altså et innvirkningskrav.

1.11.3.5 Adekvans

Adekvanslæren innebærer at oppdragsgiver ikke kan bli pålagt erstatningsansvar for helt upåregnelige følger av brudd på anskaffelsesregelverket. Kravet til adekvans har imidlertid liten betydning i anskaffelsesrettslige sammenheng, fordi tapt fortjeneste og bortkastede kostnader alltid vil være påregnelige følger av brudd på anskaffelsesreglene.^{111 112}

Tap som følge av at klager ikke kunne gi tilbud i andre konkurranser eller krav om erstatning for mistet goodwill, vil derimot ikke oppfylle kravet til adekvans.¹¹³

1.11.4 Medvirkning

Erstatningskravet kan nedsettes eller bortfalle der den forbigåtte leverandøren selv har medvirket til skadens inntreden. Hvis leverandøren har vært kjent med risikoen, vil erstatningskravet i utgangspunktet bortfalle helt.

Når det gjelder leverandørens egen medvirkning, vil dette sjeldent være aktuelt ved erstatningskrav for overtredelse av anskaffelsesreglene.¹¹⁴ Et eksempel på at et erstatningskrav har bortfalt i et slikt tilfelle finnes i U.2006.993 V.¹¹⁵ I den saken hadde leverandøren rettet uformell henvendelse til ansatte hos oppdragsgiver og hadde da mottatt feilaktige opplysninger. Her la landsretten til grunn at leverandøren ved å ha lagt slike opplysninger til grunn, uten at det ble endret i konkurransegrunnlaget eller at opplysningene for øvrig hadde blitt kommunisert til samtlige leverandører, hadde påtatt seg risikoen for opplysningenes riktighet.

Det forhold at leverandørene inngir tilbud selv om konkurransegrunnlaget inneholder synlige feil, er behandlet over under vilkåret om årsakssammenheng. Dette er imidlertid også et utslag av aksept av risiko, og slike argumenter har i noen saker blitt dratt inn med denne begrunnelsen i stedet for under årsakssammenhengskravet. Etter den alminnelige erstatningsretten vil også passivitet kunne føre til bortfall. Leverandøren må således i utgangspunktet fremme erstatningskravet innen rimelig tid. Det er ikke funnet formelle opplysninger som tilsier at det foreligger saker der passivitet har blitt tillagt betydning.

¹⁰⁹ Se for eksempel kjennelse av 25. november 2011

¹¹⁰ Se for eksempel kjennelse av 23. februar 2012

¹¹¹ Se for eksempel Fabricius 2017 side 832

¹¹² Se også Berg 2012 side 897

¹¹³ Se for eksempel kjennelse av 13. desember 2022 Øens Taxa

¹¹⁴ Se for eksempel Risvig Hamer 2020 side 424 flg.

¹¹⁵ U.2006.993 V

1.11.5 Utmåling av erstatning

Når det gjelder den positive kontraktsinteressen, så knytter tapsoppstillingen seg som hovedregel både til den tapte nettofortjenesten og dekningsbidraget (bidrag til de faste utgifter).¹¹⁶ Leverandøren må legge frem regnskap, kalkuleringer og eventuelt innhente revisorerklæringer. Kravene til bevis er relativt strenge,¹¹⁷ og erstatningskrav vil som utgangspunkt bli avvist der det bare nedlegges en påstand om erstatning av en gitt sum.¹¹⁸

Ved utmåling av erstatningsbeløpet tas det i utstrakt grad hensyn til at situasjonen vil kunne utvikle seg i mer negativ retning enn det klager har kalkulert med. Det foretas et skjønnsmessig fradrag begrunnet i den usikkerheten som knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget. Et slikt fradrag inkluderer den sparte prosjektrisikoen, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse.

Ved utmålingen ses det også hen til om klager generelt i sin virksomhet kan oppnå det påberopte dekningsbidraget, og om det er særlige risikoer forbundet med den aktuelle kontrakten.

Eksempler fra Højesteret på betydelig nedsettelse av erstatningskravet inkluderer U.2012.2952 H *Montenaisen* (krav på 8 millioner satt ned til 4 millioner); U.2011.1955H *Amager Strandpark* (krav på drøyt 20 millioner satt ned til 8 millioner) og U.2007.2106H (krav på 11,7 millioner satt ned til 3 millioner). Det finnes også en rekke kjennelser fra Klagenævnet der leverandøren får nedsatt erstatningsbeløpet ut fra liknende betraktninger.¹¹⁹

I litteraturen er utmålingspraksis knyttet til tapt fortjeneste sammenfattet som skjønnsmessig og erstatningsnivået som relativt beskjedent.¹²⁰

Når det gjelder tapsoppstillingen for den negative kontraktsinteressen, må leverandøren kunne fremlegge dokumentasjon for de faktisk pådratte kostnadene og forbrukte ressurser i forbindelse med deltakelsen i konkurransen, for eksempel i form av timelister, lønnsutgifter, utgifter til underleverandører mv.

Det finnes likevel noen eksempler på at Klagenævnet tilkjenner en beskjeden erstatning basert på skjønn uten slik dokumentasjon, hvis det er klart at det er lidt et tap.¹²¹

Det vil også kunne tas hensyn til om klager vil kunne gjenbruke tilbudsarbeidet i en senere konkurranse, for eksempel i forbindelse med en ny konkurranse etter en avlysning. Kostnader til advokat i forbindelse med en etterfølgende sak for Klagenævnet kan derimot ikke inngå i

¹¹⁶ Se for eksempel U.2011.1955H *Amager Strandpark*

¹¹⁷ Se Fabricius 2017 side 843

¹¹⁸ Se for eksempel kjennelse av 1. november 2004 H.O. Service A/S. I kjennelse 9. februar 2017 Brick A/S var det fremmet krav om 1,7 mill., men dette var ikke tilstrekkelig dokumentert, og klager fikk tilkjent DKK 20 000. I kjennelse av 12. august 2011 Falck Danmark A/S hadde klager fremmet et krav på DKK 206 788, men hadde bare fremlagt en beregning i et Excel-ark. Her var det imidlertid utvilsomt at klager hadde hatt et ikke ubetydelig tap, og fikk tilkjent DKK 100 000.

¹¹⁹ Se for eksempel kjennelser av 20. juli 2010 Otto P. Nedergaard A/S der klager hadde fremsatt et krav på knapp DKK 3,5 millioner og fikk tilkjent DKK 1 million; kjennelse av 21. september 2010 Balle Blik & VVS ApS der klager hadde fremsatt et krav på knapp DKK 1,3 millioner og fikk tilkjent DKK 400 000, og kjennelse av 16. januar 2013 Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S, der klager hadde krevde drøyt DKK 4 millioner, men bare fikk tilkjent DKK 1,2 millioner.

¹²⁰ Fabricius 2017

¹²¹ Se for eksempel 19. august 2011 VMaaling-Fyn v/Jakob Storm der klager hadde fremsatt et krav om DKK 50 000 og fikk tilkjent DKK 5 000.

selve erstatningsbeløpet; slike kostnader kan derimot eventuelt dekkes gjennom tilkjenning av sakskostnader, jf. kapittel 1.4.7.

1.11.6 Særlig om forsyningssektorene

Det gjelder i utgangspunktet de samme erstatningsregler for brudd på anskaffelsesregelverket for forsyningssektorene.

Det er likevel for disse sektorene innført en særlig bevisregel i klagenævnnsloven § 14, stk. 2 som har følgende ordlyd:

«Når en klager nedlægger påstand om erstatning for omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller for deltagelse i et udbud, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal klageren alene godtgøre, at ordregiveren har overtrådt EU-udbudsreglerne, og at klageren ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt.»

Dette er en gjennomføring av håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7.

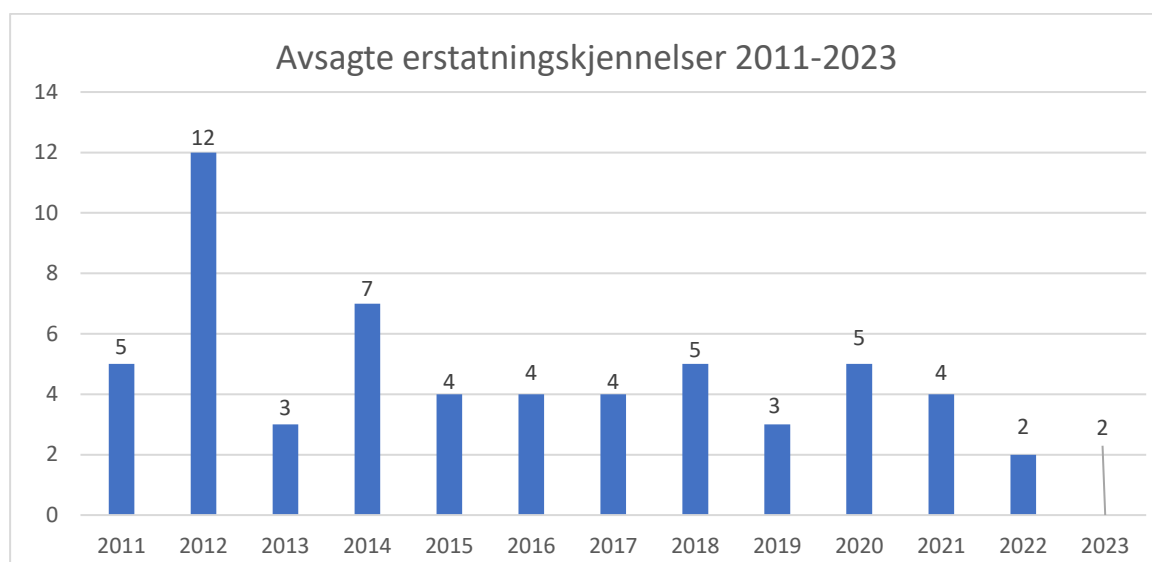
Dette må imidlertid antas å være en presisering av hva som uansett gjelder etter alminnelig dansk anskaffelsesrett.¹²² Dette innebærer altså ikke noen materiell forskjell mellom det som gjelder i klassisk sektor og forsyningssektorene.

1.11.7 Omfanget av klagesaker og rettssaker om erstatning

1.11.7.1 Erstatningskjennelser fra Klagenævnet

I perioden fra 2011 til desember 2023, har Klagenævnet avsagt totalt 60 erstatningskjennelser.¹²³

Boks 1.3 Oversikt over erstatningskjennelser



¹²² Se Risvig Hamer 2020 side 437

¹²³ Erstatningskjennelsene fra denne perioden er tilgjengelige på Klagenævnets hjemmeside: Advokatfirma Haavind har gjennomgått samtlige tilgjengelige erstatningskjennelser fra 2011 og frem til desember 2023.

[Boks slutt]

Erstatningskjennelser avsies som redegjort for i kapittel 1.11.2 som hovedregel bare etter at det er avsagt en materiell kjennelse, der det konstateres brudd på anskaffelsesregelverket. Det er derfor fremsatt erstatningskrav i langt flere saker enn statistikken gir uttrykk for, men disse resulterer da ikke i en etterfølgende erstatningskjennelse når det ikke konstateres brudd. Det hører også med til det totale bildet, at erstatningssøksmålet i en rekke saker blir trukket eller, hvor klager bare har tatt forbehold om å fremme erstatningssøksmål og som ikke blir fremmet fordi partene inngår forlik.

Av de totalt 60 erstatningskjennelsene som er avsagt i denne perioden har det blitt tilkjent erstatning i totalt 33 saker (55 %).

I 21 av disse sakene har klager blitt tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Erstatningsbeløpene ligger i størrelsesordenen fra DKK 80 000 til 6 millioner.

Erstatningsbeløpene utgjør:

- Under DKK 1 millioner i ni saker
- Mellom DKK 1 millioner og 1,5 millioner i seks saker
- Mellom DKK 2 millioner og 2,5 millioner i tre saker
- DKK 4 millioner i én sak
- DKK 5 millioner i én sak
- DKK 6 millioner i én sak

Det er sammenlagt i disse 21 sakene ilagt erstatning for den positive kontraktsinteressen på DKK 33 758 140, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen da utgjør ca. DKK 1,6 million DKK.

I 12 saker er det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen, tilsvarende drøyt 20 % av de totalt 58 erstatningskjennelsene. Erstatningsbeløpene for den negative kontraktsinteressen ligger i størrelsesordenen DKK 5 000 til 650 000. Erstatningsbeløpene utgjør:

- Mellom DKK 5 000 og 50 000 i seks saker
- Mellom DKK 60 000 og 100 000 i tre saker
- DKK 175 000 i én sak
- DKK 406 210 i én sak
- DKK 650 000 i én sak

Det er sammenlagt ilagt erstatning for DKK 1 680 210 for den negative kontraktsinteressen, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen da utgjør drøye DKK 140 000.

1.11.7.2 Rettspraksis

Som redegjort for i kapittel 1.4.8, kan Klagenævnets avgjørelser bringes inn for domstolene. Ifølge opplysninger på Klagenævnets hjemmeside, har imidlertid bare 4 erstatningskjennelser blitt bragt inn for domstolen. Det gjelder følgende avgjørelser:

- Kjennelse av 19. november 2015 *Kai Andersen A/S*: Her nedsatte Landsretten erstatningsbeløpet fra DKK 6 millioner til 4 millioner.
- Kjennelse av 8. oktober 2020 *G4S Security Services A/S*: Her stadfestet byretten Klagenævnets avgjørelse om frifinnelse.
- Kjennelse av 17. desember 2020 *De Forende Dampvaskerier A/S*: Her forhøyet byretten erstatningsbeløpet fra DKK 2,5 millioner til drøyt 4,1 millioner.

- Kjennelse av 10. februar 2021 *Eksponent ApS*: Her hadde Klagenævnet tilkjent en erstatning på DKK 1,2 millioner, men oppdragsgiver ble frifunnet av landsretten.

Det er også en rekke materielle avgjørelser som har blitt bragt inn for domstolene, og hvor erstatningspåstand da har blitt nedlagt under domstolsbehandlingen. Det er ikke en full oversikt over disse sakene. Ved en gjennomgang av relevante saker i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR), er det imidlertid identifisert syv avgjørelser fra Højesteret om erstatning for brudd på anskaffelsesdirektivene.¹²⁴

- I én av sakene konstaterte Højesteret at det ikke forelå noe brudd på anskaffelsesregelverket.¹²⁵
- I to av sakene ble det konstatert brudd på regelverket, men den forbigåtte leverandøren ble ikke tilkjent erstatning.¹²⁶
- I tre av sakene ble det tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse på henholdsvis DKK 3, 4 og 8 millioner.¹²⁷
- I én av sakene ble det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen på DKK 893 018.¹²⁸

1.12 Sanksjoner

1.12.1 Innledning

Håndhevingsdirektivenes bestemmelser om sanksjoner, uten virkning og alternative sanksjoner er gjennomført i klagenævnsløven §§ 16-19. Dette er langt på vei en direkte gjennomføring av direktivbestemmelsene.

Tilsvarende regler om sanksjoner er ikke innført for *nasjonale* anskaffelser, det vil si anskaffelser som omfattes av udbudsloven avsnitt IV og V eller tilbudsloven.

1.12.2 Regler om «uten virkning»

Regler om sanksjonen «uten virkning» er tatt inn i klagenævnsløven § 16 og 17. Her sondres det mellom tilfeller der en kontrakt *kan* og *skal* erklæres uten virkning.

En kontrakt som er omfattet av anskaffelsesdirektivene *kan* erklæres uten virkning i følgende to tilfeller, jf. § 16:

- Når kontrakten er inngått i karensperioden
- Når kontrakt er inngått i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning etter § 12.

Dette er en gjennomføring av håndhevingsdirektivenes artikkel 2e, nr. 1.

¹²⁴ Advokatfirma Haavind har utført gjennomgangen. De har også identifisert 4 eldre avgjørelser som gjelder erstatning for brudd på licitationsloven/tilbudsloven: U.1985.550H, U.1997.1308H, U.1999.11H og U.2000.1561H. Disse går det ikke nærmere inn på.

¹²⁵U.2011.3129H

¹²⁶ U.2004.1294H og U.2005.1799H

¹²⁷ U.2007.2106H, U.2012.2952H og U.2011.1955H

¹²⁸ U.2002.1180H

Når Klagenævnet ikke erklærer en kontrakt uten virkning etter § 16, skal oppdragsgiver i stedet ilegges en alternativ sanksjon etter §§ 19 eller 20, jf. § 18, stk. 2, se nærmere i kapittel 1.12.4.

Når det gjelder kontrakter som inngås i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning, omfatter dette både suspensjonsperioden og der Klagenævnet har tillagt klagen oppsettende virkning. Som redegjort for i kapittel 1.4.4 skal klager underrette oppdragsgiver om klagen, men dette er ikke en betingelse for at suspensjonen inntreffer. Har oppdragsgiver ikke blitt underrettet og har inngått kontrakt i god tro, kan kontrakten likevel erklæres uten virkning eller det kan ilegges alternative sanksjoner. Et eksempel på dette finnes i kjennelse av 7. mai 2015 *Rengoering.com*, der oppdragsgiver ble ilagt den laveste mulige økonomiske sanksjonen på DKK 25 000.

En kontrakt som er omfattet av anskaffelsesdirektivene *skal* erklæres uten virkning i følgende fire tilfeller som følger av håndhevingsdirektivene, jf. § 17, stk. 1:

- Når oppdragsgiver i strid med anskaffelsesdirektivene har inngått en kontrakt uten forutgående kunngjøring (ulovlig direkteanskaffelse)
- Når kontrakt er inngått i karensperioden eller i en periode der klagen er tillagt oppsettende virkning, samtidig som oppdragsgiver har brutt anskaffelsesdirektivene på en måte som har påvirket klagers muligheten til å få tildelt kontrakt
- Når en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen er inngått i strid med reglene i direktivet og den anslåtte kontraktsverdien overstiger EØS-terskelverdiene
- Når en kontrakt basert på en dynamisk innkjøpsordning, er inngått i strid med reglene i direktivet og den anslåtte kontraktsverdien overstiger EØS-terskelverdiene.

Når det gjelder regelen i andre strekpunkt, er det etter håndhevingsdirektivet også et vilkår at bruddet på karensregelen eller suspensjonsregelen skal ha fratatt klager muligheten for å iverksette rettslige skritt. Dette vilkåret er ikke tatt med i den danske bestemmelsen og Klagenævnet ser ikke ut til å ha tolket dette inn.¹²⁹

I Danmark har man valgt å innføre følgende mulige unntaksregler der kontrakten likevel ikke erklæres uten virkning:

- Ved en kontrakt basert på en rammeavtale med gjenåpning av konkurransen eller en dynamisk innkjøpsordning, kan kontrakten likevel ikke erklæres uten virkning, hvis oppdragsgiver gir en begrunnelse og overholder en frivillig karensperiode, jf. § 17, stk. 2.
- Hva gjelder en ulovlig direkte anskaffelse, når oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring og ventet 10 kalenderdager med å inngå kontrakt, jf. § 4.
- Når allmennhetens interesser gjør det nødvendig at kontrakten fortsatt skal ha virkning, jf. § 17, stk. 3.

For unntakene i både første og andre strekpunkt er det en forutsetning at oppdragsgiver selv finner at kontraktsinngåelsen er lovlig. Oppdragsgiver må altså være i god tro. Om dette skrives følgende i forarbeidene til klagenævnsloven (vår understrekning):¹³⁰

”Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås på basis af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem, og Klagenævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med

¹²⁹ Se Risvig Hamer 2020 side 491

¹³⁰ Lovforslag L 110 FT 2009-10

hensyn til, lovligheten af den indgåede kontrakt, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning. Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar uriktig vurdering, må ske ud fra en objektiv vurdering af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen.”

Dersom Klagenævnet finner at oppdragsgiver har gjort en åpenbart uriktig vurdering, kan kontrakten kjennes uten virkning. Det synes følgelig ikke å være noe rom for subjektive unnskyldningsgrunner.¹³¹

For unntaket i tredje strekpunkt, der allmennhetens interesser nødvendiggjør at kontrakten fortsetter, har dette unntaket så vidt vites bare blitt benyttet én gang.¹³² I et slikt tilfelle skal oppdragsgiver i stedet ilegges alternative sanksjoner, jf. nærmere i punkt kapittel 1.12.4

Det er også tatt inn en særbestemmelse i § 17, stk. 5 som fastsetter at en kontrakt basert på en rammeavtale inngått av en innkjøpssentral ikke kan kjennes uten virkning med henvisning til at innkjøpssentralen har begått feil, dersom innkjøpssentralens beslutning om å tildele rammeavtalen ikke har blitt satt til side. Dersom Klagenævnet *har* satt innkjøpssentralens beslutning om å tildele rammeavtalen til side, kan kontrakter basert på denne rammeavtalen kjennes uten virkning.

1.12.3 Rettsvirkningen av at en kontrakt kjennes uten virkning

Klagenævnets avgjørelse om å erklære en kontrakt uten virkning har ikke i seg selv privatrettslige virkning mellom oppdragsgiver og valgte leverandør. Klagenævnet skal derfor, når en kontrakt erklæres uten virkning, pålegge oppdragsgiver å bringe kontrakten til opphør, jf. klagenævnetsloven § 13, stk. 2. Dersom oppdragsgiver ikke etterkommer et slikt påbud, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ilegge tvangsbot, jf. § 24, stk. 1 nr. 3.

I § 18 fastsettes den nærmere rettsvirkning av sanksjonen «uten virkning». I motsetning til i norsk rett kan en kontrakt bare erklæres uten virkning for fremtidige leveranser (*ex nunc*), jf. klagenævnetsloven § 18, stk. 1.

Tidligere hadde Klagenævnet også mulighet til å erklære kontrakter uten virkning med tilbakevirkende kraft (*ex tunc*), men dette ble endret i 2013 fordi denne muligheten aldri ble benyttet.

Når en kontrakt erklæres uten virkning, skal det angis fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uten virkning, eller hvilke deler av kontrakten som skal anses for uten virkning. Klagenævnet kan fastsette et virkningstidspunkt frem i tid, noe som gir mulighet for å legge vekt på behovet for forsyninger i en kort periode. Et eksempel på dette er kjennelse av 3. januar 2012 *Danske Arkitektvirksomheter*, der Klagenævnet ga oppdragsgiver snaue to måneder. I kjennelse av 10. januar 2014 *Sønderborg Affald A/S* fikk oppdragsgiver ca. 6 måneder. Klagenævnet synes å anlegge en fleksibel tilnærming.¹³³

Når det gjelder omfanget av sanksjonen «uten virkning», det vil si hvilke deler som kjennes uten virkning, omfattes de tilfellene der deler av kontrakten allerede har blitt gjennomført, og det altså bare er de fremtidige kontraktsforpliktelsene som erklæres uten virkning.

¹³¹ Et eksempel hvor Klagenævnet kom til at oppdragsgiver hadde vært i god tro er kjennelse av 21. juni 2022 *Inlead ApS*. Klagenævnets vurdering ble foretatt på grunnlag av en vurdering av sakens samlede omstendigheter, herunder kontraktens gjenstand, kompleksiteten i tjenesten og kontraktens verdi.

¹³² Se kjennelse av 11. oktober 2019 *Kinnarps A/S* som gjaldt levering av møbler til Rigshospitalet

¹³³ Risvig Hamer 2020 side 513

Når det gjelder spørsmålet om det ved en vesentlig endring av en kontrakt er hele kontrakten eller bare endringen av kontrakten som erklæres uten virkning, så beror det på en konkret vurdering av om endringen kan anses som en separat kontrakt. Om så er tilfeller, vil det bare være endringen som erklæres uten virkning.¹³⁴

1.12.4 Alternative sanksjoner og størrelsen på bøter

Av de to alternative sanksjonene som listes opp i håndhevingsdirektivet artikkel 2e nr. 2 har Danmark valgt å bare gjennomføre sanksjonen overtredelsesgebyr, som i dansk rett omtales som hhv. økonomisk sanksjoner (overfor oppdragsgivere som er en del av forvaltningen) og bøter (overfor andre oppdragsgivere). Den alternative sanksjonen «avkortning av kontrakt» er følgelig ikke gjennomført, noe som trolig må sees i sammenheng med Klagenævnets mulighet til å fastsette et virkningstidspunkt for «uten virkning» frem i tid.

Etter klagenævnetsloven § 18, stk. 2 skal en økonomisk sanksjon eller en bot skal ilegges:

- når en kontrakt som *kan* erklæres uten virkning etter § 16, ikke erklæres uten virkning (ved mindre alvorlige brudd på regler om karens og oppsettende virkning)
- når en kontrakt ikke erklæres uten virkning som følge av at allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten
- når bare en del av kontrakten erklæres uten virkning

Når det gjelder siste strekpunkt, så omfatter det de tilfeller der deler av kontrakten allerede har blitt (eller vil bli) gjennomført, slik at det bare de fremtidige kontraktsforpliktelsene som erklæres uten virkning.

Hvis oppdragsgiver er en del av den offentlige forvaltningen, og ikke etablert på et privatrettslig grunnlag, kan Klagenævnet selv ilegge en økonomisk sanksjon, jf. § 19, stk. 1. Det følger av § 19, stk. 3 at gebyr kan ilegges selv om overtredelsen ikke kan tilregnes oppdragsgiver som forsettlig eller uaktsom. Gebyret skal innbetales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen innen 8 uker, hvis ikke saken innbringes for domstolene.

Dersom oppdragsgiver ikke er en del av den offentlige forvaltningen, har Klagenævnet som et administrativt organ ikke selv hjemmel til å ilegge en økonomisk sanksjon. Dette er begrunnet i kravet til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6. Ettersom en bot anses å ha strafferettslig karakter, må Klagenævnet da i stedet inngi en politianmeldelse, jf. § 18, stk. 3. En straffebestemmelse finnes i klagenævnetsloven § 20, som fastsetter at slike oppdragsgivere straffes med en bot («bøde»)¹³⁵.

Når det gjelder størrelsen på den økonomiske sanksjonen/boten, så fremgår det av forarbeidene at det gjelder et minstebeløp på 25 000 danske kroner og et tak på 10 millioner danske kroner.¹³⁶

Det er videre i forarbeidene oppstilt en veiledende beregningsmodell som hensyntar to faktorer:

- Kategorisering av selve overtredelsen
- Hvor stor del av kontrakten som opprettholdes.

Det oppgis noen faste prosentsatser i størrelsesordenen 3 til 5 prosent.

¹³⁴ Risvig Hamer 2020 side 483 med videre henvisninger

¹³⁵ Et nyere eksempel på en slik sak finnes i kjennelse av 16. september 2022 Electrolux Professional A/S

¹³⁶ Lovforslag L 110 FT 2009-10

Den høyeste prosentsatsen på 5 prosent, likevel ikke mer enn DKK 10 millioner, skal brukes ved de mest alvorlige overtredelsene. Dette omfatter ulovlige direkte anskaffelser og brudd på karensregler og oppsettende virkning, når det samtidig har skjedd brudd på de materielle anskaffelsesregler.

Prosentatsen på 4 prosent skal brukes ved tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger i strid med reglene.

Prosentatsen på 3 prosent, likevel ikke mindre enn DKK 25 000, skal brukes når kontrakten som kan erklæres uten virkning etter § 16, ikke erklæres uten virkning (ved mindre alvorlige brudd på regler om karens og oppsettende virkning).

Jo større del av kontrakten som opprettholdes, jo større vil også gebyret/boten bli. Også her gis det en skala, for det tilfellet at det ikke er enkelt å konstatere hvor stor en del av kontrakten som opprettholdes:

- Opprettholdes 100 prosent av kontrakten, beregnes beløpet med utgangspunkt i den totale kontraktsverdien
- Opprettholdes 75-100 prosent av kontrakten, beregnes beløpet med utgangspunkt i 80 prosent av den totale kontraktsverdien
- Opprettholdes 50-75 prosent av kontrakten, beregnes beløpet med utgangspunkt i 60 prosent av den totale kontraktsverdien
- Opprettholdes 25-50 prosent av kontrakten, beregnes beløpet med utgangspunkt i 40 prosent av den totale kontraktsverdien
- Opprettholdes opp til 25 prosent av kontrakten, beregnes beløpet med utgangspunkt i 89i20 prosent av den totale kontraktsverdien
- Opprettholdes ingen deler av kontrakten, forutsettes det at økonomisk sanksjon ikke blir ilagt.

Selve modellen og prosentsatsen må imidlertid bare anses å være veiledende, og det fremgår at de tilknyttede prosentsatser kan «fraviges i op- eller nedgående retning, hvis der i den konkrete sag foreligger formildende eller skærpene omstændigheder».

2 Håndheving av anskaffelsesregelverket i Sverige

2.1 Innledning¹³⁷

I Sverige håndheves anskaffelsesreglene i hovedsak gjennom klager til de alminnelige forvaltningsdomstolene, men likevel slik at krav om erstatning må fremsettes for de ordinære domstolene. Den private håndhevingen suppleres av Konkurrensverket, som fører tilsyn med etterlevelsen av regelverket og som med virkning fra 1. januar 2024 også kan ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser.

Håndhevingsdirektivene er gjennomført i hver av de fire lovene som regulerer ulike offentlige anskaffelser: Lag om offentlig opphandling (LOU), lag om opphandling inom områdena vatten, energi, transporter og posttjänster (LUF), lag om opphandling av koncessioner (LUK) og lag om opphandling på försvars- og säkerhetsområdet (LUFS).¹³⁸ LOU, LUF og LUFS har tilnærmet lik regulering av håndhevingsmekanismene. LUK har ikke like detaljregulerte materielle regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi, men er ellers svært lik de øvrige lovene når det kommer til håndhevingsmekanismene.¹³⁹ For oversiktens skyld tar fremstillingen av svensk rett i dette kapitlet utgangspunkt i reguleringen i LOU. Der det er forskjeller i reguleringene, kommenteres dette særskilt.

En reform i 2021 innførte blant annet strengere preklusjonsregler i klageprosessen, og et krav til hurtighet i behandlingen av anskaffelsessaker i forvaltningsdomstolene.¹⁴⁰ Effektivitetskravet kom som følge av en bekymring om at leverandører ikke deltok, eller la inn store sikkerhetsmarginer i sine tilbud, som følge av usikkerheten klage og overprøving i domstolene kunne medføre.¹⁴¹

Med virkning fra 01.01.2024 er det gjort lovendringer som skal bidra til et mer effektivt tilsyn ved at Konkurrensverket kan ilegge overtredelsesgebyr, terskelen for overtredelsesgebyr er hevet fra 10 millioner SEK til 20 millioner SEK og fristen for når Konkurrensverket kan ilegge gebyr i visse saker er forlenget fra ett til to år.¹⁴²

2.2 Konkurrensverket

Konkurrensverket har hatt i oppgave å føre tilsyn med regelverket om offentlige anskaffelser siden 1. september 2007. I forbindelse med gjennomføring av håndhevelsesdirektivet i 2010 fikk Konkurrensverket en rolle i forbindelse med overtredelsesgebyr som alternativ sanksjon til å det kjenne en kontrakt «uten virkning».

¹³⁷ Redegjørelsen for svensk rett baserer seg på del II av utredning fra Advokatfirmaet Haavind AS 2023

¹³⁸ Se NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 6.1 for generell omtale av anskaffelsesregelverket i Sverige.

¹³⁹ Nasjonal terskelverdi er SEK 700 000 i LOU jf. LOU kapittel 19a § 2, SEK 1,2 millioner i LUF jf. LUF kapittel 19a § 2 og SEK 1,2 millioner i LUFS jf. LUFS kapittel 15 a § 2. I LUK er nasjonal terskelverdi 5% av EØS-terskelverdi jf. LUK kapittel 15 § 16 nr. 1.

¹⁴⁰ Svensk rett bruker uttrykket «överprövning» om det som etter norsk rett omfatter «klage», «overprøving» og «søksmål». Begrepsbruken videre er valgt for leservennligheten for et norsk publikum.

¹⁴¹ Prop. 2021/22:120 side 27-30

¹⁴² Prop. 2023/24:3 side 1

Tidligere måtte Konkursverket anlegge sak ved forvaltningsdomstolene med påstand om ileggelse av gebyr, men med virkning fra 1. januar 2024 kan Konkursverket nå selv ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser.¹⁴³

Overtredelsesgebyr er aktuelt i følgende tre tilfeller;

- Oppdragsgiver har inngått kontrakt i karensperioden, men forvaltningsdomstolen har besluttet at avtalen skal bestå fordi oppdragsgiver ikke har brutt andre bestemmelser i loven eller leverandøren ikke har lidd noen skade
- Oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, men forvaltningsdomstolen har besluttet at avtalen ikke skal kjennes uten virkning pga. allmenne hensyn
- Oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse som ikke har vært gjenstand for rettslig overprøving i regi av leverandørene

Når det gjelder saker hvor forvaltningsdomstolen allerede har konstatert at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, men at kontrakten ikke skal kjennes uten virkning (første og andre strekpunkt ovenfor), er det obligatorisk for tilsynet å ilegge gebyr. I andre tilfeller er det opp til Konkursverkets eget skjønn om saken forfølges og gebyr ilegges.

Det var 28 domstolsavgjørelser om gebyr (*upphandlingsskadeavgift*) i 2023, hvor Konkursverket fikk fullt medhold i 23 saker og delvis medhold i 2. I 2022 var det 15 saker, med fullt medhold i 14 og delvis medhold i 1 mens i 2021 var det 31 saker, fullt medhold i 29 og delvis medhold i 2.¹⁴⁴ Fremover vil som nevnt Konkursverket selv ilegge gebyr, uten å måtte ta saken til forvaltningsdomstolen.¹⁴⁵

Konkursverket gjennomfører også tilsyn. For å kunne utøve tilsynsfunksjonen effektivt, har Konkursverket kompetanse til å pålegge oppdragsgivere å utlevere relevant informasjon om en anskaffelse. Konkursverket kan fatte rådgivende tilsynsvedtak (*tillsynsbeslut*) etter gjennomført granskning av oppdragsgivers virksomhet. Dette er en beføyelse som ikke følger av håndhevingsdirektivene, men er innført som et særsvensk supplement. Formålet med tilsynsvedtaket er å gjøre oppdragsgiver oppmerksom på at de har brutt loven.¹⁴⁶ Antallet tilsynsvedtak har ligget stabilt på 0-3 per år.¹⁴⁷ Vedtaket kan innebære kritikk av oppdragsgivers anskaffelsesvirksomhet, men tilsynet har ikke myndighet til å gi sanksjoner i forbindelse med tilsynsvirksomheten. Dette ble vurdert (på nytt) i forbindelse med endringene i tilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, men det ble ikke gjort endringer.¹⁴⁸

Vedtaket kan fattes for alle typer brudd på anskaffelsesregelverket.¹⁴⁹

¹⁴³ LOU kapittel 21 §§ 6 o 7

¹⁴⁴ Konkursverket 2024 tabell 11 på side 31

¹⁴⁵ Det ble ikke gjort endringer i LUFSS. Etter regjeringens syn står forsvarssektoren i en særstilling. Den typen sensitive anskaffelser som LUFSS regulerer, gjorde at departementet ikke anså det som hensiktsmessig at Konkursverket fikk samme sanksjonsmyndighet her. Av denne grunn ble heller ikke de øvrige endringene innført.

¹⁴⁶ Prop. 2023/24:3 side 29

¹⁴⁷ Konkursverkets tilsynsverksamhet 2022 side 36. Antallet for 2022 var langt høyere, men dette er i hovedsak på grunn av to enkeltprosjekter som til sammen sto for 24 av 25 tilsynsvedtak det året.

¹⁴⁸ Prop. 2023/24:3 kapittel 5.7

¹⁴⁹ HFD 2018 ref. 71

2.3 Domstolsapparatet

2.3.1 Organisering

I Sverige er det en utstrakt bruk av forvaltningsdomstoler, som er allmenne klageorganer for myndighetsbeslutninger.^{150 151} Nær sagt alle saker om brudd på anskaffelsesregelverket må anlegges for den lokale forvaltningsdomstolen (*förvaltningsrätten*).¹⁵² Unntaket er krav om erstatning, som må fremsettes for de ordinære domstolene, med den lokale *tingsrätten* som første instans. I praksis vil imidlertid krav om erstatning være foranlediget av en rettskraftig avgjørelse fra forvaltningsdomstolene som konstaterer at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket, slik at også erstatningssakene i en viss forstand begynner i forvaltningsdomstolene.¹⁵³

I 2022 ble hele 2632 saker om offentlige anskaffelser klaget inn for forvaltningsdomstolene.¹⁵⁴ Saksbehandlingen ved forvaltningsdomstolene er rask, rimelig og lokal, noe som blir ansett som en styrke ved håndhevingsystemet. Som hovedregel er det én juridisk dommer som avgjør sakene alene i første instans.¹⁵⁵

Det skilles mellom håndhevelse før og etter inngåelse av kontrakt. I begge tilfeller er det adgang til å klage i forvaltningsdomstolens tre instanser. Første instans er den lokale forvaltningsretten.¹⁵⁶

Forvaltningsrettens dom kan påankes til *kammarrätten* og kammerrättens dom kan påankes til Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).¹⁵⁷ Det må gis ankesamtykke (*prövningstillstånd*) både for anke til kammerretten og ved anke til HFD.¹⁵⁸

Det er bare noen få prosent av sakene fra kammerrettene som får ankesamtykke til HFD. Det gis kun ankesamtykke i saker med viktige prinsipielle spørsmål (prejudikater). Det vil si at kammerrettene i de fleste tilfeller blir siste instans. I kammerretten er hovedregelen at saker behandles av tre juridiske dommere. I HFD er retten som hovedregel satt med fem juridiske dommere.

Langt de fleste anskaffelsessaker avgjøres følgelig av den lokale förvaltningsrätten. HFD avgjør likevel årlig flere anskaffelsessaker, noe som gir den en mer fremtredende rolle på dette rettsområdet enn høyesterettene i Danmark og Norge.

¹⁵⁰ Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

¹⁵¹ Förordning (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m.

¹⁵² Det er 12 lokale forvaltningsdomstoler i Sverige.

¹⁵³ I NJA 2016 s. 369 *NBB* fremhevet Högsta domstolen at de ordinære domstolene i slike tilfeller skal gjøre en selvstendig prøving av om anskaffelsesregelverket er brutt. Samtidig ble det imidlertid presisert at domstolen har anledning til å se hen til forvaltningsdomstolens resonnementer og argumenter.

¹⁵⁴ Se nærmere om statistikk under kapittel 2.3.4

¹⁵⁵ Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar § 18

¹⁵⁶ Fra og med 15. februar 2010 ble de 23 daværende «länsrätter» redusert i antall og erstattet med 12 forvaltningsretter.

¹⁵⁷ Högsta förvaltningsdomstolen het frem til 2011 Regeringsrätten.

¹⁵⁸ Jf. henholdsvis förvaltningsprocesslag (1971:291) § 34a jf. LOU kapittel 20 § 5 andre ledd og forvaltningsprocessloven § 35

Det er som regel skriftlig behandling av klageprosesser i forvaltningsdomstolene, men i noen tilfeller komplementeres den skriftlige behandlingen med muntlige forhandlinger.

Før inngåelse av kontrakt kan leverandører som mener det har skjedd feil i anskaffelsesprosessen, eller som mener seg forbigått ved kontraktstildelingen, klage til forvaltningsdomstolen. Domstolen kan i disse sakene pålegge oppdragsgiveren å starte prosessen på nytt eller foreta nødvendige rettelser.

Etter at kontrakt er inngått kan avtalens gyldighet påklages og overprøves av forvaltningsdomstolen (kjenne kontrakten «uten virkning»). Videre kan leverandører, etter at kontrakt er inngått, fremme krav om erstatning for de ordinære domstolene.

2.3.2 Rettslig klage- og søksmålsinteresse

Det følger av LOU kap. 20 § 4 at en leverandør som mener at han har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap i forbindelse med en anskaffelse, kan klage til forvaltningsdomstolen. Ifølge ordlyden er det altså to vilkår som må være oppfylt for at det foreligger søksmålsinteresse. Det må være en *leverandør* som klager, og leverandøren må mene den «har lidd et tap, eller kan komme til å lide et tap». Gjennom rettspraksis er det i tillegg oppstilt et tredje vilkår, *interessevilkåret*.¹⁵⁹

Med *leverandør* menes en aktør som leverer varer eller tjenester i et marked, eller utfører bygge- og anleggsarbeider, og omfatter også grupper av leverandører, jf. kap. 1 § 16.¹⁶⁰

Det er ikke klart om det er et krav om at leverandøren må kunne tilby den konkrete ytelsen som anskaffelsen gjelder. Det kreves imidlertid ikke at leverandøren har levert inn tilbud eller søknad om å delta i den konkrete konkurransen.¹⁶¹

En forutsetning for at en leverandør skal ha rett til å få en bestemt anskaffelse overprøvd, er at leverandøren har eller kunne hatt en interesse i å få tildelt kontrakt i den konkrete anskaffelsen. Andre leverandører, personer eller organisasjoner som er misfornøyde med en anskaffelse, kan derfor ikke få en klage behandlet. Underleverandører har heller ikke blitt ansett å kunne klage siden de ikke ville hatt et direkte avtaleforhold med oppdragsgiver, og derfor ikke er «leverandører» i LOUs forstand.¹⁶²

I lengre tid har det vært diskutert om tilsynsmyndigheten og bransjeorganisasjoner skulle få klagerett, men det har ikke materialisert seg.¹⁶³ Heller ikke da de nye håndhevsreglene ble innført i svensk rett sommeren 2010.¹⁶⁴

Når det gjelder vilkåret om økonomisk tap for å kunne klage på en anskaffelsesprosess, er det tilstrekkelig at leverandøren selv mener at den har lidd eller kan komme til å lide et tap, jf. kap. 20 § 4. Begrepet *skada* som vilkår for rettslig klageinteresse, innebærer at leverandørens mulighet til å tildeles kontrakt er svekket.¹⁶⁵

¹⁵⁹ HFD 2017 ref. 62

¹⁶⁰ Begrepet tilsvarer direktivenes begrep «økonomiske aktører», jf. Asplund m.fl. (2012) side 102

¹⁶¹ Asplund m.fl. 2012 side 102-103

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ SOU 1999:139 side 328

¹⁶⁴ Prop. 2009/10:180 side 175 følgende

¹⁶⁵ Arksand 2023 side 27

Skadevilkåret i den materielle prøvingen av saken reguleres imidlertid i kap. 20 § 6 og har et annet innhold. For at klager skal kunne få medhold i selve klagen, som medfører at domstolen pålegger oppdragsgiver å gjøre endringer i prosessen, må domstolen ta stilling til om leverandøren objektivt sett har lidd eller kan komme til å lide tap. Det er leverandøren som har bevisbyrden for dette.¹⁶⁶ Leverandøren må på en tydelig og konkret måte redegjøre for hvordan regelverksbruddet har påvirket leverandørens mulighet til å konkurrere om kontrakten.¹⁶⁷

Dette skillet, mellom generell klagerett og vilkår for å få medhold i en konkret sak, følger ikke av EU-retten. Hvem som har rettslig klageinteresse etter svensk rett, strekker seg derfor lengre enn EU-rettslig påkrevd. Tapsvilkåret i LOU kap. 20 § 6 er utformet på samme måte som håndhevingsdirektivet artikkel. 1 nr. 3, og skal tolkes i samsvar med EU-rettspraksis på området.¹⁶⁸

Tapet må videre knytte seg til leverandørens mulighet til å konkurrere om kontrakten i den konkrete anskaffelsen.¹⁶⁹ Leverandøren har også en plikt til å begrense tapet. Dersom en leverandør oppdager feil og uklarheter i konkurransegrunnlaget underveis i konkurransegjennomføringen, men ikke forsøker å oppklare forholdene med oppdragsgiver og heller venter med å anføre regelverksbrudd til etter kontraktstildeling, vil skadevilkåret normalt sett ikke bli ansett som oppfylt.¹⁷⁰

Det tredje vilkåret for klageinteresse som er slått fast av HFD, interessevilkåret, innebærer at klager har eller hadde en interesse i å bli tildelt kontrakt i den aktuelle anskaffelsen. I juridisk litteratur er vilkåret tolket som at det oppstiller en objektiv del av tapsvilkåret som skal vurderes rettslig, selv om den er andre delen av tapsvilkåret kun er leverandørens egen subjektive vurdering:

”Det är möjligt, och inom HFD:s behörighet som domstol, att genom en direktivkonform tolkning av begreppet skada också tolka in intresserekvisitet i lagens ordalydelse då det enbart är en viss skada som ska beaktas av rättsordningen. Tolkningen resulterar i en mindre krets taleberättigade leverantörer med färre överprövningar som följd och uppfyller därmed rättsmedelsdirektivets mål om skyndsamhet bättre. Införandet av intresserekvisitet ålägger inte heller leverantörer en ny skyldighet, utan avgränsar endast den skada som är relevant vid bedömningen. I ett systematiskt perspektiv hade dock HFD:s prövning varit lämpligare i förhållande till det striktare skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU, vilket avser domstolens eventuella ingripande mot felaktiga beslut.”¹⁷¹

I sak HFD 2022 ref.4 I og II hadde oppdragsgiver tildelt en rammeavtale uten at rammeavtalens maksimale verdi var angitt. Leverandøren mente at dersom de hadde hatt den manglende informasjonen, kunne de inngitt et bedre tilbud i konkurransen. HFD konstaterte at leverandøren kunne bedt oppdragsgiver om en klargjøring med tanke på maksimal verdi mens konkurransen pågikk, og fordi de ikke hadde benyttet seg av denne muligheten, kunne ikke leverandøren anses å ha gjort det nødvendige for å unngå tapet som følge av regelbruddet.

¹⁶⁶ HFD 2013 ref. 53

¹⁶⁷ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 23

¹⁶⁸ HFD 2022 ref. 4 II avsnitt 20

¹⁶⁹ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 24

¹⁷⁰ HFD 2022 ref. 4 I avsnitt 25

¹⁷¹ HFD 2017 ref. 62 og Arksand (2023) side 27

Siden tapsvilkåret ikke var oppfylt, fikk ikke leverandøren medhold i saken, selv om oppdragsgiver hadde brutt regelverket.¹⁷²

Før kontrakt er inngått gjelder tapsvilkåret uavhengig av hvilken type feil klager mener er begått, jf. § 6 første ledd. Dette inkluderer direkteanskaffelser. Etter at kontrakt er inngått, oppstilles det derimot ikke et vilkår om økonomisk tap ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse, jf. § 13 nr.1. I sistnevnte tilfelle skal derfor ikke forvaltningsdomstolen vurdere om klager kunne hatt mulighet til å vinne kontrakten dersom anskaffelsesprosessen hadde vært gjennomført på korrekt måte. Dette kan virke som en lite hensiktsmessig ordning, siden en leverandør som mener oppdragsgiver er i ferd med å gjennomføre en ulovlig direkteanskaffelse, ikke har mulighet til å få medhold uten at tapsvilkåret er oppfylt. Det hevdes likevel i juridisk teori at denne forskjellen har liten praktisk betydning, da skadevilkåret normalt vil anses oppfylt når det er snakk om en ulovlig direkteanskaffelse.¹⁷³

2.3.3 Plikt til først å underrette og/eller klage til oppdragsgiver

Som en del av implementeringsprosessen av endringsdirektiv 2007/66/EC ble det i Sverige diskutert om en leverandør som ønsket å klage, først måtte underrette oppdragsgiver om at han ønsket å klage, eller sende klagen direkte til oppdragsgiver, før leverandøren klagde til forvaltningsretten. Lovgiver endte med ikke å innføre slike regler, først og fremst av hensyn til en rask klagebehandlingsprosess.¹⁷⁴

2.3.4 Statistikk – antall klager/domstolsavgjørelser mm

2.3.4.1 Klager til forvaltningsdomstolene

I 2022 mottok forvaltningsretten totalt 2632 klager på offentlige anskaffelser.¹⁷⁵ Andelen av kunngjorte anskaffelser som klages inn, har ligget stabilt på mellom 6 til 8 %.¹⁷⁶ Bare 557 anker ble inngitt til kammerrettene, og 170 anker til HFD. De fleste sakene ser derfor ut til å stanse i førsteinstansen.¹⁷⁷ At antallet registrerte saker er markant lavere i andre og tredje instans, kan nok til dels forklares med at ankesamtykkeordningen har en dempende effekt.

Det klages oftest over tolkningen av anskaffelsesdokumentene, med kvalifikasjonskrav og krav i kravspesifikasjonen rett bak, som grunnlag for klagen.¹⁷⁸ I bare 13 % av sakene klages det over tildelingsevalueringen. I forhold til antall kunngjorte konkurranser klages det mest i anskaffelser etter LUK, og minst i anskaffelser etter LUF.¹⁷⁹ Av alle kunngjorte konkurranser

¹⁷² Se mer om avgjørelsen og kritikken av den under kapittel 2.5.6 om tapbegrensingsplikten og kapittel 2.7 om preklusjon.

¹⁷³ Asplund m.fl. (2012) side 255

¹⁷⁴ Prop. 2009/10:180 side 161-163

¹⁷⁵ Statistikk - Antalet overprovningsmal okar 2022 Upphandlingsmyndigheten oppgir at dette ikke er ensbetydende med hvor mange anskaffelser det klages på i løpet av et år. Dersom anskaffelsen skjer på vegne av flere oppdragsgivere, lages det klagenummer hvor hver oppdragsgiver. Det samme gjelder der flere forvaltningsdomstoler er kompetente til å håndtere en sak. Statistikken kan også telle en klage flere ganger dersom den har gått for en underordnet og en overordnet domstol i samme kalenderår.

¹⁷⁶ Statistikk - Gjennomsnittlig 2,8 gjennomgangssaker per anskaffelse 2022

¹⁷⁷ Statistikk - Antalet overprovningsmal okar 2022

¹⁷⁸ Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:7 side 8-9

¹⁷⁹ Statistikk - Vanligast att LOU upphandlinger overprovas - 2022

i 2020, ble det klaget oftest i anskaffelser foretatt av regionale myndigheter, og minst i anskaffelser kunngjort av statlige myndigheter.¹⁸⁰

Et interessant poeng er at kun 9 % av klagen fikk helt eller delvis medhold i forvaltningsrettene i 2022.¹⁸¹ ¹⁸² I absolutte tall utgjør dette 253 av totalt 2726 klager.¹⁸³ Hele 40 % av sakene som kom inn til forvaltningsrettene, blir imidlertid ikke realitetsbehandlet.¹⁸⁴ Dette betyr at ca. 15,4 % av sakene som blir realitetsbehandlet i forvaltningsrettene, får helt eller delvis medhold. Av leverandørene som klager, vinner store foretak frem i større grad enn mindre foretak.¹⁸⁵

Upphandlingsmyndigheten oppgir at håndteringstiden i de ulike domstolsnivåene varierer stort. I forvaltningsrettene lå gjennomsnittlig behandlingstid i 2022 på 2,5 måneder, og ca. 4,2 måneder for de sakene som ble realitetsbehandlet.¹⁸⁶ I kammerrettene var behandlingstiden henholdsvis 6,7 måneder og 9 måneder, hvor noe av tiden kan forklares med prosessen med ankesamtykke.¹⁸⁷ Dette innebærer at det fort tar ett år å få en sak realitetsbehandlet i to instanser. I HFD var behandlingstiden betydelig lengre, og forskjellene på realitetsbehandling og ikke, enda større. Gjennomsnittlig behandlingstid var på 11 måneder, og for sakene som ble realitetsbehandlet 28 måneder. Et viktig poeng i denne sammenheng er at HFD jevnlig stiller tolknings spørsmål til EU-domstolen, som dermed virker forlengende på behandlingstiden.¹⁸⁸

I 2022 ble en femtedel av forvaltningsrettens avgjørelser anket til kammerrettene.¹⁸⁹ Kammerrettene realitetsbehandlet 25 % av de påankede sakene, og endret underinstansens avgjørelse i bare 12 % av de avgjorte sakene.¹⁹⁰ Det samme bildet tegnes opp i HFD, der bare 3 av 159 saker ble realitetsbehandlet. Rundt tre av ti avgjørelser fra kammerrettene ble anket til HFD.¹⁹¹

2.3.4.2 Søksmål til de ordinære domstolene

Det er mye som tilsier at det er relativt få søksmål med krav om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i Sverige. Det har ikke vært mulig å innhente konkrete statistikker, men ved advokatfirma Haavinds henvendelser til de ordinære domstolene, var det et stort flertall som opplyste ikke å ha noen slike saker i sin database.

¹⁸⁰ Klageprosenten var 9,7 % og 6,2 % for henholdsvis regionale og statlige konkurranser.

¹⁸¹ Statistikk - Antallet overprovningsmal okar 2022

¹⁸² Ordningen med ankesamtykke medfører at saker som ikke får samtykke til realitetsbehandling, også regnes som «avgjort» i statistikken. Det må altså sondres mellom avgjorte og realitetsbehandlede klager.

¹⁸³ Disse tallene baserer seg på EU-kommisjonens definisjoner, og tallene kan derfor avvike fra tallene Upphandlingsmyndigheten selv innhenter.

¹⁸⁴ Statistikk - Antallet overprovningsmal okar 2022 Disse tallene baserer seg på EU-kommisjonens definisjoner, og tallene kan derfor avvike fra tallene Upphandlingsmyndigheten selv innhenter.

¹⁸⁵ Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:7 side 9

¹⁸⁶ Statistikk - Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Statistikk - Antallet overprovningsmal okar 2022

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

Advokatfirma Haavind har i forbindelse med sin utredning sendt henvendelser til alle hovrettene og tingrettene fordi deres avgjørelser i utgangspunktet ikke ligger fritt tilgjengelig på internett uten å måtte oppgi konkret saksnummer. Mange avgjørelser må også bestilles hos den enkelte domstol. Samtlige domstoler har besvart henvendelsene, og advokatfirma Haavind har mottatt relevante avgjørelser fra fem av seks hovretter, og fra ni av 48 tingretter. Av domstolene som ikke har oversendt avgjørelser, har flere svart at de ikke har mulighet til å søke konkret på avgjørelser om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene i sine databaser. Det er derfor sannsynlig at det foreligger tingrettsavgjørelser som advokatfirma Haavind ikke er blitt kjent med. I tillegg har advokatfirma Haavind funnet enkelte avgjørelser gjennom nettsøk, akademiske artikler og masteroppgaver som ligger åpent tilgjengelig.

Basert på det materialet som er oversendt og funnet, synes inntrykket å være at svenske domstoler behandler svært få saker om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene. Advokatfirma Haavind har mottatt 10 avgjørelser fra hovrettene fra 2012 og frem til i dag, der hovretten har vært siste behandlende instans. I tillegg kommer de fem sakene som har blitt anket og tatt til behandling i Högsta Domstolen.

Advokatfirma Haavind har mottatt til sammen 10 avgjørelser fra de 48 tingrettene. Dommene strekker seg over en periode fra februar 2008 til september 2023, med to dommer fra 2008, én fra 2011, én fra 2014, to fra 2015, to fra 2021, én fra 2022 og én fra 2023. Det synes som om de fleste svenske tingretter er temmelig ukjente med krav om erstatning for offentlige anskaffelser. Eksempelvis uttalte en sorenskriver i en mellomstor svensk tingrett i deres svar at han ikke kunne huske at domstolen hadde behandlet saker om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i løpet av hans tid i domstolen, som strakk seg tilbake til 2006. Et annet eksempel er at hos Göteborg tingrett, som er av de aller største førsteinstansdomstolene i Sverige, kunne arkivaren opplyse om at det kun var én av totalt 255 avgjørelser om erstatning i deres database som gjaldt offentlige anskaffelser. Enkelte domstoler henviste også videre til forvaltningsdomstolene, og uttalte at de alminnelige domstolene ikke behandler anskaffelsessaker overhodet. Dette indikerer at erstatningskrav for alminnelige domstoler er en nokså ubetydelig del av svensk anskaffelsesrett.

Forklaringen på det lave antallet erstatningssaker, er trolig innretningen mot administrativ overprøving i forvaltningsdomstolene, og da særlig forvaltningsrettens pålegg til oppdragsgiver om å rette feil i pågående anskaffelsesprosessen. Feil i konkurransegrunnlaget må dessuten påpekes for oppdragsgiver i løpet av konkurransegjennomføringen. Dersom dette ikke er gjort, vil tapsvilkåret normalt ikke anses som oppfylt.¹⁹²

Når manglende klage på tildelinger og avlysninger også kan medføre at et etterfølgende erstatningskrav reduseres eller bortfaller, gjør dette at de fleste brudd på anskaffelsesregelverket antakelig rettes opp ved administrativ overprøving. Konsekvensen er at det sjelden kommer på tale med et erstatningssøksmål for positiv kontraktsinteresse. Ut fra Högsta domstolens avgjørelse i sak NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, vil også krav om negativ kontraktsinteresse bare være aktuelt dersom leverandøren ikke hadde mulighet til å begrense sitt tap ved å delta i en eventuell ny utlysning.

¹⁹² HFD 2022 ref. 4 I og II

2.4 Prekontraktuell håndheving

2.4.1 Karens

Karens er regulert i LOU kap. 20 §§ 6-7, som gjennomfører artiklene 2a og 2b i håndhevingsdirektivene. Bestemmelsen sier at det gjelder en karensperiode på minimum 10 dager når meddelelse om tildeling av kontrakt er sendt elektronisk. Er tildelingsbeslutningen sendt på annen måte, gjelder en karensperiode på 15 dager.

Karensperiodens oppstart er tidspunktet for utsendelsen av meddelelsen om kontraktstildeling. Kravene knyttet til selve meddelelsen er regulert i kap. 12 § 12 og kap. 19 § 19. Meddelelsen gis så snart som mulig, være skriftlig, inneholde en begrunnelse for valg av leverandør, og opplyse om karensperioden.

Dersom en avtale inngås før meddelelse om tildelingsbeslutning er sendt, vil ikke dette anses som et brudd på karensbestemmelene, da startpunktet for karensperioden nettopp er utsendelsen av slik meddelelse. Konsekvensen av ikke å sende pliktig meddelelse før kontrakt inngås blir likevel den samme, nemlig at kontrakten kan kjennes uten virkning, jf. kap. 20 § 13 b nr. 2.

Karensperioden vil heller ikke begynne å løpe dersom en meddelelse ikke oppfyller de kravene som stilles til en meddelelse. Dette gjelder også kravet om tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.¹⁹³ Dersom oppdragsgiver i første omgang har gitt en mangelfull begrunnelse, slik at karensperioden ikke er igangsatt, har oppdragsgiver mulighet til å sende ut en ny og tilfredsstillende meddelelse, så lenge kontrakt ikke er inngått. Karensperioden vil da starte fra sist utsendte meddelelse.¹⁹⁴

Det følger videre av kap. 12 § 13 at leverandører, som har levert et «godtagbart» tilbud kan be om en utfyllende begrunnelse for valg av leverandør, som inkluderer:

- « 1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och
2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in. ”

Bestemmelsen i kap. 20 § 1 angir minstekravet for karensperiodens varighet. Oppdragsgiver kan velge å fastsette en lengre karensperiode, og kontrakt kan da ikke inngås før oppdragsgivers fastsatte karensperiode er over, jf. kap. 20 § 1 siste ledd.

Klager som kommer inn etter utløp av karensperioden skal avvises. Det har ingen betydning om oppdragsgiver har rukket å inngå kontrakt eller ikke.¹⁹⁵

Ved intensjonskunngjøringer gjelder karensperiode på 10 dager fra kunngjøring, jf. kap. 20 § 3. Bestemmelsen gjennomfører endringsdirektivet artikkel 2d nr. 4. Dersom ingen påklager direkteanskaffelsen i løpet av karensperioden, kan ikke kontrakten kjennes uten virkning, uansett om kontrakt faktisk kunne inngås uten en forutgående kunngjøring av konkurranse.¹⁹⁶

¹⁹³ Prop. 2009/10:180 side 134 og 338

¹⁹⁴ Asplund m.fl. 2012 side 145-146

¹⁹⁵ Ibid. side 184-185

¹⁹⁶ Ibid. side 184

Det følger av § 2 at det ikke gjelder et krav om karenperiode for anskaffelser etter forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring, kontraktstildelinger under rammeavtaler ved minikonkurranse¹⁹⁷ og anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning.¹⁹⁸

Hvis det bare er én tilbyder igjen i konkurransen, behøver ikke oppdragsgiver å sende ut meddelelse om tildeling. Langvarig svensk praksis tilsier at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke trenger å forholde seg til en karenperiode.¹⁹⁹

Etter svensk rett kan oppdragsgiver bli avtalerettslig bundet til vinnende leverandør allerede gjennom tildelingsbeslutningen. Avhengig av meddelelsens utforming, samt det som fremgår av konkurransegrunnlaget, kan meddelelsen om tildelingsbeslutningen anses som en avtalerettslig bindende aksept av tilbudet. I forarbeidene til loven fremgår det at oppdragsgiver derfor bør innta formuleringer i konkurransegrunnlaget, som sier at avtalen skal inngås gjennom en kontrakt og at dette er en forutsetning for den avtalerettslige forpliktelsen, eller på annen måte forsikre seg om at meddelelsen om tildeling ikke blir avtalerettslig bindende.²⁰⁰

2.4.2 Suspensjon

Reguleringen av suspensjon i Sverige er ment å gjennomføre håndhevingsdirektivets artikkel 1 nr. 5 og 2 nr. 3.²⁰¹ Når en tildelingsbeslutning påklages til forvaltningsdomstolen, forlenges karenperioden i påvente av klagebehandlingen, jf. LOU kap. 20 § 8 første ledd.

Suspensjonen inntreder automatisk og det kreves ingen beslutning fra forvaltningsdomstolen. På denne måten suspenderes oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt til etter at forvaltningsdomstolen har behandlet klagen eller besluttet at den forlengede karenperioden skal oppheves, jf. § 8. Den forlengede karenperioden gjelder frem til 10 dager etter at forvaltningsdomstolens avgjørelse foreligger, jf. § 10 første ledd.

Klagen må være mottatt av forvaltningsretten innen utløpet av opprinnelig karenfrist. Det gjelder ingen krav til klagens form eller innhold i første omgang for at den forlengede karenperioden inntreffer. Dette er en viktig forskjell fra begjæringer om midlertidig forføyning.²⁰² Dersom klagen er ufullstendig, kan forvaltningsretten be klager rette klagen innen en kort frist.

Så snart forvaltningsdomstolen mottar en klage, må oppdragsgiver raskt få beskjed om at det gjelder en forlenget karenperiode. Dersom oppdragsgiver inngår kontrakt før beskjeden om en forlenget karenperiode er mottatt, men etter at opprinnelig karenperiode er utløpt, vil ikke anskaffelsesprosessen lenger kunne påklages. Leverandøren vil imidlertid kunne kreve kontrakten kjent uten virkning; det foreligger her brudd på suspensjonsreglene selv om oppdragsgiver ikke var kjent med klagen.

I tilfeller der det er uenighet mellom partene om den forlengede karenfristen har inntrådt, kan forvaltningsretten ta stilling til spørsmålet, selv om suspensjonen skjer automatisk. Dersom

¹⁹⁷ Begrunnelsen for dette unntaket er at lovgiver ønsker en effektiv tildelingsprosess under rammeavtaler, og at dette her veier tyngre enn leverandørens behov for en overprøving, jf. Prop. 2009/10:180 side 118. Det finnes ikke tilsvarende bestemmelse i LUF, se nærmere prop. 2015/16:195 (del I) side 525.

¹⁹⁸ Kap. 6 §§ 12-19, kap. 7 §§ 7 og 8 og kap. 8

¹⁹⁹ Prop. 2015/16:195 side 670-671

²⁰⁰ Asplund m.fl. 2012 side 147 med henvisninger til tidligere forarbeider

²⁰¹ Prop. 2009/10:180 side 10

²⁰² Asplund m.fl. 2012 side 153, og nærmere omtale i kapittel 2.4.3

retten kommer til at karenssperoden er forlenget, betyr dette at forlenget karenssperiode har vært gjeldende fra retten mottok klagen.²⁰³

Forvaltningsretten kan beslutte at en forlenget karenssperiode ikke skal gjelde, jf. § 8 andre ledd. Dette er en unntaksbestemmelse, for tilfeller der suspensjonen vil ha urimelige konsekvenser for oppdragsgiver. Siden en oppheving vil frata leverandøren muligheten til å overprøve anskaffelsesprosessen, skal bestemmelsen brukes med forsiktighet.²⁰⁴

Bestemmelsen om forlenget karenssperiode gjelder kun for klager i første instans. Lovgiver mente at en automatisk forlengelse av karenssperioden ved anke over forvaltningsdomstolens avgjørelse, kunne bidra til å forsinke anskaffelsesprosessen.²⁰⁵

Der det ikke gjelder en karenssperiode, kan retten beslutte midlertidig forføyning for å hindre kontraktsinngåelse. Når forvaltningsretten eller kammerretten beslutter midlertidig forføyning etter § 9, er oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt suspendert frem til 10 dager etter at domstolen har avgjort klagesaken eller opphevet den midlertidige forføyningen, jf. § 10 andre ledd. En slik suspensjonen gjelder ikke for avgjørelser fra HFD, da dette er siste instans. Det gjelder likevel en 10-dagersfrist dersom HFD sender en sak tilbake til underrettene for ny behandling, jf. § 10 andre ledd siste setning.

Generelt har lovgiver fremhevet at suspensjon er et drastisk inngrep, særlig for den private tilbyderen som ikke kan lastes for det eventuelle bruddet på regelverket.²⁰⁶ At man har innført bestemmelser som pålegger forvaltningsdomstolene å behandle sakene «skyndsamt», bør leses i lys av dette.²⁰⁷

Tidligere inntraff ikke suspensjon automatisk ved klage. I forbindelse med lovarbeidet bemerket regjeringen at man gikk bort fra ordningen med midlertidig forføyning fordi det skapte betydelig merarbeid for forvaltningsrettene, som måtte vurdere skadepotensialet i hver enkelt sak, og fordi klageren vanligvis uansett fikk medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning.²⁰⁸ Ordningen fremstod derfor som unødvendig prosessdrivende, uten at det faktisk ga større rettssikkerhet eller bedre behandling. Den gamle ordningen med midlertidig forføyning ble imidlertid beholdt for behandlingen i kammerretten. Grunnet for dette synes å være at effektivitetshensynet, som står sterkt i forvaltningsrettene på grunn av den store saksmengden, gjør seg langt mindre gjeldende i kammerretten der det behandles langt færre saker.²⁰⁹

2.4.3 Midlertidig forføyning

Midlertidig forføyning («interimistisk beslut») i anskaffelsessaker er regulert i kap. 20 §§ 9 og 16, og er ment å gjennomføre direktivets artikler 2 nr. 1 a og 2 nr. 4 i svensk rett.²¹⁰ Det er

²⁰³ Ibid. side 154

²⁰⁴ Prop. 2009/10:180 side 125 flg. og side 355

²⁰⁵ Diskusjon og avveininger rundt spørsmål om forlenget karenssperiode også skulle gjelde ved anke, se prop. 2009/10:180 side 122 flg.

²⁰⁶ Prop. 2021/22:120 side 32 flg.

²⁰⁷ Se som eksempel LOU kapittel 20 § 5a etter endringsloven (2022:778)

²⁰⁸ Prop. 2021/22:120 side 64 flg.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Prop. 2009/10:180 side 391

forvaltningsdomstolene som har kompetanse til å beslutte midlertidig forføyning i en klagesak etter anskaffelsesregelverket.

LOU og LUF regulerer to ulike situasjoner der det er aktuelt med midlertidig forføyning. For det første kan midlertidig forføyning besluttes for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt i tilfeller hvor det ikke automatisk påløper en karensperiode etter en tildelingsbeslutning, og der det ikke inntreer en forlenget karensperiode, jf. kap. 20 § 9.²¹¹ For det andre er det aktuelt med midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent, jf. § 16.

Et praktisk eksempel på tilfeller hvor klager vil ha behov for en midlertidig forføyning, er dersom en sak ankes til kammerrätten etter at oppdragsgiver er blitt frifunnet i forvaltningsdomstolen. Kammerrätten kan her beslutte midlertidig forføyning før spørsmålet om ankesamtykke for selve klagesaken er avgjort. Retten tar ofte en begjæring om midlertidig forføyning til følge i påvente av avgjørelsen om det skal gis ankesamtykke.²¹²

Også ved klagebehandling i første instans kan det være situasjoner hvor en forlengelse av karensperioden ikke gjelder, og hvor det derfor kan være behov for midlertidige forføyninger. Når en avgjørelse er anket til kammerretten, kan forvaltningsrettens dom bli opphevet og sendt tilbake til underinstansen for ny behandling («återförvisning»). For den nye behandlingen i forvaltningsretten gjelder det ikke en forlenget karensperiode, som i første behandlingsrunde, og leverandøren må derfor begjære midlertidig forføyning av forvaltningsretten for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt før saken er ferdigbehandlet.²¹³

Suspensjon som følge av en midlertidig forføyning, gjelder i utgangspunktet frem til 10 dager etter at saken er avgjort eller suspensjonen er opphevet, jf. § 10 andre ledd.²¹⁴ Motsatt kan oppdragsgiver inngå kontrakt umiddelbart når en forlenget karensperiode oppheves.

En begjæring om midlertidig forføyning skal behandles raskt.²¹⁵ Ofte vil begjæringen behandles samme dag som den kommer inn.²¹⁶

Når retten skal ta stilling til en begjæring om midlertidig forføyning, skal det foretas en interesseavveining mellom partene, jf. § 9 andre og tredje ledd. Dersom tapet eller ulempen en midlertidig forføyning kan medføre anses å være større enn tapet for leverandøren, skal retten avslå begjæringen. I sin vurdering skal retten ta hensyn til partenes interesser, allmenne interesser og andre relevante interesser.

At hensyn til partenes interesser, allmenne interesser og andre relevante interesser skal vektlegges, ble tatt inn i bestemmelsen fra 1. juni 2016. Lovendringen skjerpet kravene til interesseavveiningen, med økt vekt på oppdragsgivers interesser.²¹⁷ Endringen var

²¹¹ Kap. 20 § 9 ble endret i implementeringsprosessen av endringsdirektivet i 2010. Tidligere var bestemmelsens ordlyd at anskaffelsesprosessen ikke kunne avsluttes før noe annet var bestemt. Endringen i ordlyden til at avtale ikke kan inngås før noe annet er bestemt, ble gjort for å tilpasse bestemmelsen til reguleringen av karens. Endring innebærer imidlertid ingen materiell endring, se Prop. 2009/10:180 side 152.

²¹² Asplund m.fl. 2012 kapittel 6.4

²¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 side 356

²¹⁴ Begrunnelsen for denne suspensjonsperioden synes å være at leverandør skal ha noe tid til å ta stilling til eventuell anke, uten å måtte bekymre seg for at oppdragsgiver umiddelbart inngår kontrakt.

²¹⁵ Håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a

²¹⁶ Asplund m.fl. 2012 kapittel 6.4

²¹⁷ Prop. 2015/16:129 side 18

foranlediget av den rådende flyktnings situasjonen, men hadde som mål å gjøre det enklere å gjennomføre raske anskaffelser.²¹⁸ I forarbeidene ble det presisert at hensynet til partenes interesser refererer både til partene selv og til andre som bruker det som anskaffes. Dette kan omfatte enkeltpersoner, bedrifter og representanter for offentlig sektor. Allmennhetens interesser omfatter både samfunnsøkonomiske og samfunnspolitiske aspekter. I tillegg til hensynet til grupper av brukere av det som anskaffes, omfatter denne interessen også generelle hensyn som vedlikehold av fysisk eller organisatorisk infrastruktur.

Rettspraksis til nå viser at det er en sterk presumsjon for å ta begjæringer om midlertidig forføyning til følge.²¹⁹

Ordningen med midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent, jf. § 16, ble innført gjennom gjennomføringen av endringsdirektivet i 2010. En slik beslutning er først og fremst aktuell i saker hvor det spørsmål om å kjenne en kontrakt uten virkning. Hensikten er å hindre videre kontraktoppfyllelse mens retten behandler saken, fordi dette kan medføre at leverandøren mister sin mulighet til å konkurrere om kontrakten i en eventuell påfølgende og korrekt gjennomført konkurranse.²²⁰

Også i disse tilfellene skal det foretas en interesseavveining mellom partene. Oppdragsgivers interesser vil i slike saker kunne veie tyngre, da et avslag på begjæringen ikke nødvendigvis innebærer at leverandøren mister muligheten til å påklage avtalens gyldighet. Dette er annerledes enn klagesaker knyttet til en pågående anskaffelsesprosess, fordi muligheten til å klage på prosessen går tapt idet kontrakt inngås. Den sterke presumsjonen for å innvilge midlertidig forføyning i klager på anskaffelsesprosessen, vil derfor ikke gjøre seg gjeldende i like stor grad for tilfeller etter § 16.²²¹

2.4.4 Tilsidesettelse av beslutninger

Direktivets bestemmelse i artikkel 2 nr. 1 bokstav b sier at håndhevingsorganet må kunne sette til side ulovlige beslutninger. Hva som skal anses som ulovlige beslutninger er ikke nærmere angitt, men det er presisert i bestemmelsen at kompetansen i hvert fall skal omfatte en tilsidesettelse av diskriminerende spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget mv.

Etter kap. 20 § 6 første ledd kan forvaltningsdomstolen, nå den gir en leverandør medhold i at det er begått regelverksbrudd i en anskaffelsesprosess, beslutte at feilen skal rettes eller at anskaffelsesprosessen først kan avsluttes når feilen er rettet. På denne måten setter domstolen til side beslutninger tatt av oppdragsgiver i tråd med direktivbestemmelsen.

For at forvaltningsdomstolen skal pålegge oppdragsgiver å rette den anførte feilen, kreves det at feilen medfører at leverandøren har lidd eller kan komme til å lide et tap, jf. kap. 20 § 6. I praksis er det ikke uvanlig at domstolen kommer til at regelverket er brutt, men at klagen avslås fordi tapskravet ikke er oppfylt.

²¹⁸ Ulfsdotter kapittel 20 § 9

²¹⁹ Asplund m.fl. 2012 side 162

²²⁰ Asplund m.fl. 2012 side 162, med videre henvisning til Kammerretten i Göteborg sin avgjørelse i sak nr. 515-04, 841-04 og 5524-03

²²¹ Asplund m.fl. 2012 side 163

2.5 Erstatning

2.5.1 Generelt

I svensk rett er erstatningsreglene ved offentlige anskaffelser regulert i LOU og LUF kap. 20 §§ 20 og 21. Reglene er utviklet gjennom rettspraksis fra Högsta domstolen (HD). Sentrale høyesterettsdommer som har vært retningsgivende på erstatningsområdet er NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, NJA 2007 s. 349 *Ishavet*, NJA 2013 s. 762 *Fidelia*, NJA 2016 s. 358 *Bergfors* og NJA 2016 s. 369 *NBB*. Disse dommene oppstiller blant annet hvilke beviskrav som gjelder i ulike situasjoner og hvilke erstatninger som kan utmåles ved brudd på anskaffelsesregelverket.

Reglene om erstatning i anskaffelsessammenheng bygger på de generelle erstatningsreglene i svensk rett. For det første skiller svensk rett mellom erstatning basert på et avtaleforhold («inobligatorisk») og erstatning utenfor avtaler («utobligatorisk»). I noen tilfeller foreligger det ikke en avtale mellom partene, men situasjonen er likevel så lik et avtaleforhold at den bør løses basert på avtalerettslige prinsipper. Sistnevnte situasjon omtales som «kvasikontraktuelle».

Skadeståndslagen (SkL) er den sentrale loven på erstatningsområdet.²²² Denne regulerer hovedsakelig erstatning utenfor avtaleforhold hva gjelder tings- og personskade. Det følger av SkL kap.1 § 1 at denne loven gjelder så langt forholdet ikke er regulert av annen lov. Reguleringen i LOU og LUF medfører derfor at SkL som regel ikke aktualiseres i offentlige anskaffelser. Det kan likevel forekomme grensetilfeller. Högsta domstolen har også slått fast at erstatningsreglene i LOU ikke utelukker erstatning etter SkL.²²³

Grensedragningen mellom på den ene siden erstatning på grunnlag av SkL eller et avtaleforhold, og på den andre siden erstatning på grunnlag av LOU eller LUF, har også betydning for foreldelsesfrister. For erstatningskrav basert på SkL eller et avtaleforhold, gjelder alminnelige foreldelsesfrister i preskripsionslagen.²²⁴

Utgangspunktet i svensk erstatningsrett er at erstatning er betinget av uaktsomhet (culpa). Her har det imidlertid skjedd en utvikling i rettspraksis på anskaffelsesområdet. I den første dommen fra Högsta Domstolen om erstatningsansvar for brudd på anskaffelsesreglene, NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, ble det lagt til grunn at det gjaldt et objektivt ansvar. I NJA 2016 s. 358 *Bergfors* slo imidlertid Högsta domstolen fast at det må foreligge en tilstrekkelig kvalifisert feil, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*.²²⁵ Videre er det et vilkår for erstatning at det foreligger årsakssammenheng («kausalsamband») og det må foreligge et økonomisk tap.²²⁶ I svensk rett er kravet om årsakssammenheng tett knyttet til tapsvilkåret fordi det gjelder strenge tapsbegrensningsplikter for leverandører. Se nærmere om dette under kapittel 2.5.6.

²²² Skadeståndslag (1972:207)

²²³ NJA 2013 s. 909

²²⁴ Preskripsionslag (1981:130)

²²⁵ C-568/08 *Combinatie Spijker*

²²⁶ Asplund m.fl. (2012), side 371 flg.

2.5.2 Gjennomføringen av håndhevingsdirektivenes bestemmelser

Regelen om erstatning på anskaffelsesområdet, jf. LOU og LUF kap. 20 § 20, gjelder alle anskaffelser, uavhengig av verdi og kategori, og gjennomfører artikkel 2 nr. 1 bokstav c i håndhevingsdirektivet.²²⁷

Bestemmelsen i LOU har følgende ordlyd:

”En opphandlende myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.”

Første ledd fastsetter den generelle hjemmelen for erstatning, ved at en offentlig oppdragsgiver som har brutt regelverket skal erstatte leverandørens tap som følge av bruddet. Hjemmelen omfatter den positive kontraktsinteresse.²²⁸ Det opprinnelige lovforslaget for gjennomføring av håndhevingsdirektivet var utformet på en annen måte, og omfattet kun den negative kontraktsinteresse. Universitetet i Stockholm var imidlertid kritisk til formuleringen i sitt høringsinnspill. Universitetet mente at erstatningshjemmelen burde omfatte den positive kontraktsinteressen, dels fordi dette var reguleringen i de fleste andre EU-landene og dels fordi det var stor usikkerhet rundt hvordan tapsbegrepet i håndhevingsdirektivet skulle forstås. Videre ble det fremhevet at kravet til årsakssammenheng ville ha en meget begrensende effekt på muligheten til å få tilkjent den positive kontraktsinteressen. Høringsinnspillet ble tatt til følge, og bestemmelsen ble endret.²²⁹

Også senere har det vært diskusjoner i juridisk litteratur rundt utformingen av de svenske erstatningsreglene på anskaffelsesområdet, og om de skal omfatte muligheten for den positive kontraktsinteresse. Palm og Riberdahl har kalt utformingen tvilsom fordi erstatningsreglene for kontraktsforhold utvides til å omfatte situasjoner der det ikke er inngått noen kontrakt mellom partene. Kritikken har imidlertid blitt imøtegått av flere, blant annet Wahl, Hentze og Sylvén, som mener at utformingen av bestemmelsene er i tråd med kravene i håndhevingsdirektivene, og at en korrekt implementering krever at bestemmelsene omfatter muligheten for å kunne kreve den positive kontraktsinteressen. Wahl har uttalt at selv om disse erstatningsreglene innholdsmessig skulle stride mot svenske erstatningsrettslige prinsipper, vil det ikke ha noen betydning for utformingen.²³⁰

Etter ordlyden i § 20 første ledd stilles det ikke nærmere krav til ansvarsgrunnet, men Högsta Domstolen har i nyere tid lagt til grunn at det kreves en tilstrekkelig klar overtredelse av anskaffelsesreglene for at det skal kunne bli snakk om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Se nærmere i kapittel 2.5.3.

Bestemmelsen i § 20 andre ledd regulerer retten til erstatning for leverandørens kostnader ved å delta i konkurransen; den negative kontraktsinteressen, dersom bruddet på regelverket *menligt* har påvirket leverandørens muligheter til å vinne konkurransen. Bestemmelsen er basert på særbestemmelsen i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene i artikkel 2 nr. 7. Svensk lovgiver var opprinnelig skeptisk til å innføre bestemmelsen fordi man mente den var

²²⁷ Se LOU kapittel 19 § 1 og kapittel 19a § 1, og tilsvarende regulering i øvrige lover

²²⁸ Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling side 45 flg.

²²⁹ Bjernestedt 2011 side 44-45 med videre henvisninger

²³⁰ Ibid. side 46-47 med videre henvisninger

uklar med tanke på forholdet til den alminnelige erstatningsbestemmelsen i § 20 første ledd. Lovgiver landet likevel på at den skulle tas inn i LUF, siden den fulgte direkte av direktivteksten.²³¹ Ved revideringen av anskaffelsesreglene i 2010 ble bestemmelsen tatt inn også i loven for klassisk sektor.²³² Det fremgår av forarbeidene at dette er en følge av at HD i sak NJA 2000 s. 712 *Tvåttsvamparna* slo fast at også leverandører i anskaffelser som reguleres av LOU har krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse.²³³

Uttalelsen i NJA 2000 s. 712 som det vises til i forarbeidene er følgende:

”En specialregel for fall då ersättningsyrkandet avser kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingsförfarandet finns i 7 kap 7 §. Bestämmelsen har enligt vad som uttalas i förarbetena tagits in i lagen med hänsyn till att den är direkt hämtad från det andra rättsmedelsdirektivet. Även om paragrafen avviker från motsvarande bestämmelse i det andra rättsmedelsdirektivet får den därför tolkas i överensstämmelse med direktivtexten. Detta innebär att leverantören för att få ersättning för kostnader inte behöver visa att han skulle ha fått kontraktet om någon överträdelse inte skett utan att det är tillräckligt att han visar, förutom att en överträdelse skett, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet (jfr ingressen och artikel 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet).

Bestämmelsen i 7 kap 7 § är, i likhet med bestämmelsen i det andra rättsmedelsdirektivet, begränsad till upphandling inom vatten-, energi-, transport- och kommunikationsområdena. I avsaknad av sakskaäl. som talar för annat får dock samma principer antas vara tillämpliga vid annan upphandling som regleras i lagen (jfr lagrådets yttrande i prop 1992/93:88 s 140 f).”

Etter dette gjelder samme regler om erstatning for den negative kontraktsinteresse etter både LOU og LUF. Se nærmere om innholdet § 20 andre ledd under kapittel 2.5.5.

2.5.3 Erstatning for positiv kontraktsinteresse

2.5.3.1 Ansvarsgrunnlag

Som nevnt oppstiller ordlyden i § 20 første ledd i utgangspunktet et objektivt erstatningsansvar for overtredelse av anskaffelsesregelverket. Dette la også HD til grunn i NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*, og erstatning ble tilkjent uten en nærmere vurdering av grovheten av det aktuelle regelverksbruddet.

Både i juridisk teori og i rettspraksis ble det lenge kun lagt til grunn at en *feil* ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess var tilstrekkelig til å statuere ansvarsgrunnlag for erstatning.²³⁴ Tilnærmingen var basert på forståelsen om at en anskaffelse, allerede fra utlysningen av en konkurranse, skaper et kvasikontraktuelt forhold mellom oppdragsgiver og potensielle leverandører.²³⁵ Ansvarsgrunnlaget har i tråd med denne forståelsen vært ansett som kontraktsrettslig, hvor det ikke stilles krav om anskaffelsesfeilens alvorlighetsgrad.²³⁶

²³¹ Prop. 1992/93:88 side 140-141

²³² Prop. 2009/10:180 side 222

²³³ Ibid. side 224

²³⁴ NJA 2013 s. 762 *Fidelia* avsnitt 15, NJA 2007 s. 349 *Ishavet*, Andersson m.fl. 2012 side 685

²³⁵ NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst*

²³⁶ Wistrand 2019 side 103

Dette endret seg med NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Her uttalte HD, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*, at det i svensk rett kreves at overtredelsen av anskaffelsesreglene er «tillräckligt klar» for at oppdragsgiver skal kunne bli ansvarlig for den positive kontraktsinteresse.

2.5.3.2 Årsakssammenheng

Svensk rett synes å oppstille en noe lavere bevismessig terskel enn i norsk rett, når det gjelder å påvise årsakssammenheng mellom regelverksbruddet og det økonomiske tapet. For å kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse etter norsk rett, kreves «klar sannsynlighetsovervekt» for at leverandøren skulle blitt tildelt kontrakten dersom regelverksbruddet ikke hadde skjedd.²³⁷ I svensk rett kreves det imidlertid bare at det var «sannolikt» at leverandøren som krever erstatning skulle blitt tildelt kontrakten dersom anskaffelsesfeilen ikke hadde skjedd.

Det svenske beviskravet følger av langvarig rettspraksis i Sverige, tilbake til NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*. Rettssetningen er gjentatt i NJA 2007 s. 349 *Ishavet* og NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Beviskravet i anskaffelsesretten er lavere enn hva som gjelder i alminnelig svensk sivilrett, nemlig et relativt strengt krav til at saksøker må ha «styrkt» eller «visat» at kravet er sannsynliggjort. Antakelig er det svenske beviskravet for positiv kontraktsinteresse det samme som det alminnelige beviskravet i norsk rett, som krever sannsynlighetsovervekt.²³⁸

I NJA 2013 s. 762 *Fidelia* uttalte HD at svensk rett som utgangspunkt ikke verner den positive kontraktsinteressen i tilfeller der det ikke skjer noen kontraktstildeling.²³⁹ På den andre siden la HD i NJA 2016 s. 369 *NBB* til grunn at erstatning for positiv kontraktsinteresse i prinsippet ikke var utelukket selv om konkurransen ble avlyst. Denne dommen synes å fravike *Fidelia*, iallfall et stykke på vei.²⁴⁰ Forutsetningen for å kunne kreve erstatning, er at det er årsakssammenheng mellom anskaffelsesfeilen og behovet for å avlyse konkurransen, og at det er bevist med tilstrekkelig sannsynlighet at tilbyderer som krever erstatning ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke var begått, og konkurransen ikke hadde blitt avlyst. Det var tilfelle i den aktuelle saken, ettersom saksøkeren hadde fått sitt tilbud feilaktig avvist, men lå lavest i pris, og konkurransen var en ren priskonkurranse. Konkurransen hadde deretter blitt avlyst utelukkende grunnet at overprøvingen av avvisningen og tildelingsprosessen hadde trukket for langt ut i tid. Saksøkeren fikk da medhold i sitt krav på positiv kontraktsinteresse.

NJA 2016 s. 369 *NBB* synes å utgjøre et unntakstilfelle. Göta hovrett kom i T 3621-20 til at en tilbyder ikke hadde krav på positiv kontraktsinteresse der en konkurranse hadde blitt avlyst fordi behovet ikke lenger var til stede. Saken gjaldt en anskaffelse av flyktningboliger, og det bortfalte behovet skyldtes at asylreglene i Sverige mellom konkurransen og avlysningen hadde blitt strammet inn, noe som medførte en reduksjon i flyktningstrømmen. Det var da ingen årsakssammenheng mellom den eventuelle feilen og den tapte fortjenesten. Leverandøren hadde i tråd med hovedregelen om at det er en feilaktig kontraktsinngåelse som gir grunnlag for erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse, ikke krav på slik erstatning.

For at erstatning skal komme på tale, kan det ikke være slik at tilbyderer, som hevder at den ville blitt tildelt kontrakten i fravær av oppdragsgiverens feil, selv skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller minstekrav. Dette følger av Hovretten for Västra Sveriges dom i sak T 6007-20. Her hadde tingsrätten tilkjent erstatning på grunnlag av

²³⁷ Rt-2001-1062 *Nucleus* og HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø* avsnitt 37

²³⁸ Fredriksen og Strandberg 2018 side 170

²³⁹ I samme retning Svea hovrett i T 7298-12 og Göta hovrett i T 3621-20

²⁴⁰ Lindèn, Ljöstad og Lindqvist 2022 side 89, med note 24

en anskaffelsesfeil, som bestod i at valgte leverandør skulle vært avvist. Oppdragsgiver hadde imidlertid ikke vurdert om klageren selv oppfylte konkurransegrunnlagets krav. Hovretten kom til at det ikke var grunnlag for erstatning, siden det var klart at også klager skulle vært avvist.

2.5.3.3 Utmåling av den positive kontraktsinteressen

Når det gjelder utmålingen av den positive kontraktsinteressen, uttalte HD i NJA 1998 s. 873 *Arkitekttjänst* at denne må beregnes ut fra differansen mellom inntekten leverandøren ville hatt på grunnlag av kontrakten og kostnadene leverandøren ville blitt påført gjennom å påta seg oppdraget. Det er antatt at erstatning for positiv kontraktsinteresse bare kan komme på tale til én tilbyder.²⁴¹ HD har dessuten lagt til grunn at faste kostnader ikke skal komme til fradrag ved beregningen av fortjenestetapet. Det er bare de særlige kostnader som ville vært pådratt i anledning kontraktens gjennomføring som skal trekkes fra.²⁴²

Svenske domstoler synes å gjøre en temmelig inngående prøving av erstatningsbeløpet i saker om positiv kontraktsinteresse. Eksempelvis vurderte Hovretten for Nedre Norrland i T 643-12 (senere overprøvd av HD i NJA 2016 s. 358 *Bergfors*) i detalj hvilken andel av leverandørens personalkostnader som kunne antas henført til den aktuelle kontrakten. I tillegg ble det lagt til grunn at erstatningen for tapt fortjeneste i løpet av kontraktens løpetid måtte neddiskonteres. Leverandørens krav om 9 059 498 svenske kroner i erstatning ble da satt ned til 4 465 445 svenske kroner.

Et annet eksempel er NJA 2016 s. 369 *NBB*, der HD tilkjente 596 040 svenske kroner i erstatning for positiv kontraktsinteresse. Tilbudet var på 4 280 000 svenske kroner ekskl. mva. HD la saksøkers krevde beløp til grunn etter å ha vurdert kostnadenes nokså inngående.

HD uttalte:

”Beloppet är beräknat på grundval av det pris som angavs i anbudet med avdrag för kostnaderna för underentreprenörernas arbete och för beräknade lönekostnader avseende arbetsledning och snickeriarbete. Lönekostnaderna är specificerade, liksom kostnaderna för bodar och etablering av projektet samt material. Kostnaderna för underentreprenörerna styrks bl.a. av de offerter de lämnade till NBB i samband med upphandlingen. Rimligheten av kostnaderna har bekräftats genom förhör. Avdrag för intäkter från ersättningsuppdrag har inte gjorts; enligt vad som är utrett har inte några uppdrag utförts. NBB har därmed styrkt att skadan uppgår till det yrkade beloppet.”²⁴³

HD vurderte også om det forelå forhold som tilsa en reduksjon i erstatningsbeløpet. Faktorer som ble vurdert var om leverandøren kunne klandres for ikke å ha klaget på avlysningen av konkurranse til forvaltningsretten, og at leverandøren ikke leverte inn tilbud i den etterfølgende konkurransen. Ingen av disse forholdene tilsa en reduksjon i den konkrete saken. HDs avgjørelse tilsier at det etter omstendighetene gjøres en inngående rimelighetsvurdering av leverandørens erstatningskrav. Se mer om denne saken under kapittel 2.5.4.

Et tredje eksempel er T 5455-17 fra Svea hovrett. Saken gjelder anskaffelse av en rammeavtale der leverandøren ble tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse. Rammeavtalen hadde en grense på 6000 timer, og leverandøren hadde beregnet sin positive

²⁴¹ Andersson m.fl. 2012 side 687-688

²⁴² NJA 2007 s. 349 *Ishavet*

²⁴³ NJA 2016 s. 369 *NBB* avsnitt 30

kontraktsinteresse ut fra dette timeantallet. Oppdragsgiver anførte at erstatning for 6000 timers arbeid ikke kunne kreves, da rammeavtalen ikke inneholdt noen forpliktelse til å gjøre avrop. Det ble imidlertid ansett bevist at oppdragsgiver hadde til hensikt å utnytte rammeavtalen til det fulle, og at det ikke var noen omstendigheter som tilsa at det ikke ville bli gjort maksimale avrop. Leverandøren hadde da krav på erstatning tilsvarende fortjenestetapet for 6000 timers arbeid, som i denne saken kom på 2 012 354 svenske kroner (kontraktsverdien var på 4 344 000 svenske kroner).

2.5.4 Erstatning for tap av sjanse ved ulovlige direkteanskaffelser

2.5.4.1 Ansvarsgrunnlag

Svenske domstoler har i enkelte tilfeller tilkjent erstatning til leverandører ved ulovlige direkteanskaffelser, som for eksempel i NJA 2000 side 712 *Tvättsvamparna* og NJA 2007 side 349 *Ishavet*, i tillegg til en rekke hovretts- og tingrettsavgjørelser.²⁴⁴ Ansvarsgrunnlaget synes ikke å ha vært problematisert i HDs rettspraksis, slik at det fremstår som uklart om det etter HDs dom i NJA 2016 side 358 *Bergfors* gjelder et krav om «*tillräckligt klar överträdelse*» også for erstatningskrav ved ulovlige direkteanskaffelser.²⁴⁵

2.5.4.2 Årsakssammenheng

I NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna* formulerte HD beviskravet for årsakssammenheng i ulovlig direkteanskaffelsestilfellene likt som tilfeller der det har skjedd feil i en kunngjort konkurranse som medfører at en leverandør sannsynligvis mistet kontrakten. HD skriver at kravet til årsakssammenheng er oppfylt dersom det kan bevises som «sannolikt» at leverandøren ville få kontrakten. I NJA 2007 s. 349 *Ishavet* oppstiller domstolen imidlertid beviskravet i ulovlig direkteanskaffelse-situasjonen som at tilbyderen må ha «visat att det sannolikt skulle ha lämnat ett anbud samt att det skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet».²⁴⁶ Domstolen synes her å oppstille den samme terskelen – «realistisk möjlighet» - som for negativ kontraktsinteresse.²⁴⁷

Rettsstilstanden i Sverige med hensyn til beviskravet for erstatning i slike tilfeller, synes å ha gått i en retning som senker terskelen for å tilkjenne erstatning, sammenlignet med saker der det kreves positiv kontraktsinteresse. Det er tilsynelatende tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville inngitt tilbud og en realistisk mulighet for at leverandøren kunne blitt tildelt kontrakten, for at erstatning for sjansetapet skal tilkjennes.

Ved bedømmelsen av om det er grunnlag for sjansetapserstatning i slike tilfeller, er vurderingstemaet for domstolen hva det hypotetiske hendelsesforløpet måtte antas å ha blitt dersom anskaffelsen ble kunngjort i henhold til regelverkets krav.²⁴⁸ Dette prinsippet

²⁴⁴ Eksempler er Svea hovrett i T 7651-18, Hovretten for Övre Norrland i T 417-20, Lund tingrett i T 2582-14, Uppsala tingrett i T 7257-20 m.fl, og Borås tingrett i T 3993-19

²⁴⁵ Hovretten for Övre Norrland kommenterte i T 417-20 på spørsmålet om ansvarsgrunnlag, men gikk rett fra å konstatere at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse til å vurdere om det forelå tilstrekkelig årsakssammenheng. I T 7658-18 la imidlertid Svea hovrett til grunn at det krevdes et tilstrekkelig klart brudd på reglene også der oppdragsgiver hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

²⁴⁶ I samme retning Svea hovrett i T 761-18 og Borås tingrett i T 3993-19

²⁴⁷ Se nærmere i kapittel 2.5.5.2

²⁴⁸ For eksempel Svea hovrett i T 7651-18 side 11

medfører at leverandøren kan få en betydelig erstatning, selv om retten ikke finner at det er sannsynliggjort at leverandøren ville blitt tildelt kontrakten dersom feilen ikke hadde skjedd.

Et eksempel på dette er sak T 5214-17 for Svea hovrett. I denne saken fant retten at beviskravet for positiv kontraktsinteresse ikke var oppfylt. Retten fant det imidlertid sannsynliggjort at leverandøren ville «lämnat anbud och därvid haft en realistisk möjlighet att få ett delkontrakt.» Leverandøren hadde da krav på sjansetapserstatning.²⁴⁹

2.5.4.3 Erstatningsutmåling ved tap av sjanse

Når det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og det foreligger tilstrekkelig sannsynlighet for at en leverandør ville levert inn tilbud og blitt tildelt kontrakten, har svenske domstoler lagt en skjønsmessig erstatningsutmåling til grunn. Blant annet ble det lagt vekt på overtredelsens alvor, nedlagte kostnader og sannsynligheten for at leverandøren ville blitt tildelt kontrakten i NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*.²⁵⁰

Slik utmåling tilsvarer ikke full positiv kontraktsinteresse, men utgjør likevel mer enn påløpte kostnader.²⁵¹ Domstolene synes imidlertid å benytte fortjenestetapet, det vil si den positive kontraktsinteressen, som et utgangspunkt ved utmålingen.²⁵²

Erstatningsnivået kan som nevnt bli betydelig. For eksempel ble leverandøren i dom T 417-20 fra Hovretten i Övre Norrland, tilkjent SEK 600 000 i erstatning, mens den positive kontraktsinteressen var beregnet til SEK 777 499. I T 5214-17 tilkjente Svea hovrett erstatning med SEK 1 049 320, mens den positive kontraktsinteressen var vurdert til SEK 1,3 millioner. I T 7651-18 tilkjente Svea hovrett en erstatning på SEK 800 000, der beregnet samlet fortjeneste var på SEK 1,5 millioner.

Av avgjørelsene vi har funnet som omhandler ulovlig direkteanskaffelser, finner vi også et eksempel der leverandøren tilkjennes full positiv kontraktsinteresse basert på utmålingsnormen «skåligt belopp». Dette er Borås tingsretts avgjørelse i T 3993-19. Sakens faktum inneholdt imidlertid den særegenhet at den ulovlige direkteanskaffelsen skjedde etter at oppdragsgiver hadde tildelt en identisk kontrakt til saksøkeren, og denne tildelingen hadde blitt satt til side etter prøving i forvaltningsdomstolene.

Som HD uttalte i NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, har idømmelse av erstatningsansvar ved ulovlige direkteanskaffelser et *preventivt* formål. Graden av klander for den ulovlige direkteanskaffelsen kan også lede til at erstatningsbeløpet økes.²⁵³

2.5.5 Erstatning for negativ kontraktsinteresse

2.5.5.1 Ansvarsgrunnlag

Ifølge ordlyden i kapittel 20 § 20 annet ledd, har oppdragsgiver et objektivt ansvar for regelverksbrudd ved krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse. Ansvarsgrunnlaget synes ikke å ha vært problematisert i rettspraksis. I NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, som gjelder negativ kontraktsinteresse, viser HD til NJA 2016 s. 358 *Bergfors*, hvor HD fastslo at det

²⁴⁹ Svea hovrett i T 5214-17 side 8

²⁵⁰ NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna* og Svea hovrett i T 7651-18 side 12-13

²⁵¹ Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 og Andersson m.fl. (2012), s. 689-690

²⁵² Se for eksempel Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 side 12

²⁵³ Se for eksempel Hovretten for Övre Norrland i T 417-20 og Svea hovrett i T-5214-17. I begge avgjørelser utmåler hovretten en erstatning tett opp mot positiv kontraktsinteresse, under henvisning til preventive og reparative hensyn.

kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd for å kunne tilkjenne positiv kontraktsinteresse. Selv om HD viser til denne avgjørelsen, kommenteres ikke om tilsvarende ansvarsgrunnlag, eller et objektivt ansvar, gjelder for den negative kontraktsinteresse.

Selv om ordlyden i den svenske lovbestemmelsen i utgangspunktet tilsier at ansvaret er objektivt, synes spørsmålet etter vårt syn å være uavklart etter NJA 2016 s. 358 *Bergfors*. Spørsmålet er derfor om det fremdeles gjelder et rent objektivt ansvar for negativ kontraktsinteresse eller om HDs uttalelse i nevnte avgjørelse også omfatter den negative kontraktsinteressen. Svaret fremstår som usikkert. I svensk juridisk litteratur synes det heller ikke å sondres mellom ansvarsgrunnlag for henholdsvis positiv og negativ kontraktsinteresse.²⁵⁴

2.5.5.2 Årsakssammenheng

Når det gjelder årsakssammenheng, er ordlyden i § 20 andre ledd ikke helt lik direktivet artikkel 2 nr. 7. I direktivbestemmelsen er det oppstilt et vilkår om at leverandøren som klager «hadde en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten». Dette vilkåret er utelatt i den svenske bestemmelsen, som bare krever at «åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.». Når det gjelder kravet til årsakssammenheng fremgår følgende uttalelse i forarbeidene:

”Leverantören behöver då inte visa, som gäller beträffande andra upphandlingar och alltid i fråga om förlorad handelsvinst, att han förlorat kontraktet på grund av att den upphandlande enheten har åsidosatt bestämmelserna. Det räcker om han kan visa att hans möjligheter att erhålla kontraktet påverkats menligt av felet (...).”²⁵⁵

HD har imidlertid tolket den svenske bestemmelsen i tråd med ordlyden i direktivet og slått fast at det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng dersom leverandøren hadde en «realistisk mulighet att tilldelas kontraktet och att åsidosättandet har minskat denna möjlighet».²⁵⁶ Dette beviskravet samsvarer for øvrig med terskelen for å kreve erstatning for sjansetapet ved en ulovlig direkte anskaffelse.

HD har uttalt at flere leverandører kan få erstatning for negativ kontraktsinteresse, også i de tilfellene der en leverandør har fått erstatning for den positive kontraktsinteressen.²⁵⁷

For å kunne konstatere et tap må pådratte kostnader være bortkastede. Dersom kontraktstildelingen omgjøres og kontrakten lyses ut på nytt, vil tilbudskostnadene normalt ikke ha vært bortkastede.

Det er etter svensk rett i utgangspunktet ikke grunnlag for å kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse når en konkurranse avlyses, iallfall når det foreligger en saklig grunn for avlysning.²⁵⁸ I NJA 2013 s. 762 *Fidelia* behandlet HD ikke spørsmålet om det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. HD slo imidlertid fast at når feilen i anskaffelsesprosessen

²⁵⁴ Nilsson 2020 side 31 synes å legge til grunn at NJA 2016 s. 358 *Bergfors* er retningsgivende for alt erstatningsansvar, ikke bare positiv kontraktsinteresse. Det samme gjelder Lindén m.fl. 2022.

²⁵⁵ Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling side 102

²⁵⁶ NJA 2000 s. 712 *Tvättsvamparna*, NJA 2013 s. 762 *Fidelia* avsnitt 19 og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* avsnitt 25.

²⁵⁷ NJA 2007 s. 349 *Ishavet*

²⁵⁸ NJA 2013 s. 762 *Fidelia* og NJA 2001 s. 3 *Lillebil*. I motsatt retning Svea hovrett i T 7298-12. Se også diskusjoner om temaet i Prop. 1993/94:35 side 47 flg., Prop. 1994/95:153 side 16 og SOU 1999:139 side 310 flg. og side 169 flg.

rettes opp ved administrativ overprøving, blir leverandøren stilt i samme posisjon som vedkommende ville vært i dersom feilen ikke hadde blitt begått. Feilen påvirker ikke da lenger leverandørens muligheter til å bli tildelt kontrakten, selv om konkurransen avlyses.

Det er noe uklart om det samme synspunktet gjelder også i tilfeller der avlysningen står i direkte årsakssammenheng med anskaffelsesfeilen, for eksempel ved at oppdragsgivers behov har bortfalt fordi anskaffelsen ikke kan gjennomføres innenfor den planlagte tidsrammen. I NJA 2016 side 369 kom HD som nevnt til at leverandøren i et slikt tilfelle hadde krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse. HD behandlet imidlertid heller ikke i denne dommen spørsmålet om det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. En fra det mer til det mindre betraktning tilsier at avlysning på grunn av slik feil også kan gi grunnlag for negativ kontraktsinteresse, ettersom det også her kan tenkes tilfeller hvor en leverandør ville hatt en «realistisk möjlighet» til å bli tildelt kontrakten, men mister muligheten fordi det gjøres en feil som fører til avlysning.

2.5.5.3 Utmåling av den negative kontraktsinteressen

Erstatningen for negativ kontraktsinteresse skal omfatte utgifter pådratt til å utarbeide tilbudet, og «i övrigt delta i upphandlingen», jf. ordlyden i kapittel 20 § 20 andre ledd.

HD gir i NJA 2013 s. 762 *Fidelis* og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* veiledning om hvilke kostnader en leverandør kan kreve dekket gjennom den negative kontraktsinteressen.²⁵⁹ Etter svensk rett har leverandøren som utgangspunkt ikke krav på erstatning for sakskostnader som er pådratt i forbindelse med prøving for forvaltningsdomstolen.²⁶⁰ HDs synspunkt har dermed vært at det i utgangspunktet ikke bør være noen utvidet adgang til å kreve slike kostnader gjennom et selvstendig saksanlegg i alminnelige domstoler.²⁶¹ Dette er et utslag av den alminnelige tapsbegrensningsplikten, som redegjøres for nedenfor.

2.5.6 Tapsbegrensningsplikt

Svensk erstatningsrett oppstiller en generell forpliktelse til å gjøre en innsats for å begrense det økonomiske tapet. Dette gjelder også på anskaffelsesområdet. Dersom leverandøren ikke har gjort rimelige tiltak for å begrense tapet, vil erstatningen kunne avkortes.

I svensk rett er det lagt til grunn at EU-retten overlater til nasjonal rett å undersøke om leverandøren har gjort nok for å forhindre eller begrense tapet, og spesielt om den skadelidte i god tid har benyttet seg av alle tilgjengelige rettsmidler. EU-rettspraksis tas til inntekt for at den skadelidte må utvise en viss grad av aktsomhet hva gjelder å begrense omfanget av et tap.²⁶² HD har følgende prinsipielle uttalelse om dette i NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, avsnitt 21:

”Vid tolkningen av de svenska skadestandsreglerna får också förekomsten av ett annat rättsmedel, överprövning, betydelse. En grundtanke i rättsmedelsdirektiven är att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen ska rättas på ett så tidigt stadium som möjligt, dvs. i första hand innan kontrakt har tecknats. Överprövning framträder därigenom som det primära rättsmedlet i direktiven; genom överprövningen ska den skada som en överträdelse

²⁵⁹ NJA 2013 s. 762 *Fidelis* avsnitt 21 og NJA 2018 s. 1127 *Spinator* avsnitt 29-30. Førstnevnte avgjørelse er på dette punktet avsagt under dissens (3-2).

²⁶⁰ HFD 2022 ref. 10. Svensk forvaltningsprosess har ingen regel som tilsvarer reglene om sakskostnader i alminnelige domstoler, som følger av rättegångsbalkens (1942:740) kapittel 18

²⁶¹ Prop. 2021/22:120 side 60 og SOU 2015:12 side 119–122

²⁶² Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* avsnitt 84-85

av upphandlingsreglerna skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas. Den möjlighet till skadestånd som direktiven påbjuder fyller därför främst en funktion i de speciella situationer där unionsrättens fulla genomslag och den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel annars inte skulle garanteras (jfr artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna).”

I anskaffelsesaker er tapsbegränsningsplikten särskilt aktuell der leverandøren kunne klaget en feil i prosessen inn for forvaltningsdomstolen, men heller valgte å forfølge et erstatningskrav i ettertid. I svensk rett stilles det strengere krav til at leverandøren skal handle aktivt for å begrense sitt tap enn det som har vært lagt til grunn etter norsk rett.²⁶³

HD uttalte i NJA 2016 s. 369 *NBB* at en reduksjon i erstatningsbeløpet kan være aktuelt der den skadelidte selv kan sies å ha medvirket til at tapet oppstod eller der den skadelidte ikke har utvist rimelig aktsomhet for å begrense tapet:

”Jämkningsen får dock inte drivas så långt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Vidare kan hänsyn behöva tas till att syftet med det upphandlingsrättsliga skadeståndet i viss mån skiljer sig från vad som gäller vid andra typer av ren förmögenhetsskada.”²⁶⁴

HD uttalte i denne saken at en grunnleggende tanke med sanksjonssystemet i LOU, er at en klagebehandling for forvaltningsdomstolen skal skje mens det ennå er mulig å rette feil og dermed unngå at tap oppstår. Videre heter det:

”Slutsatsen är att övervägande skäl talar för att det ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan hade kunnat fylla en reell funktion (jfr beträffande statens skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen NJA 2013 s. 842 p. 41-44).”²⁶⁵

I den aktuelle saken hadde saksøker ikke klaget avlysningen inn for forvaltningsretten. HD kom likevel til at det ikke skulle gjøres noen nedjustering av beløpet. Begrunnelsen var at en klage i dette tilfellet ikke ville hatt noen funksjon fordi behandlingstiden ville medført at det ikke var mulig å ferdigstille entreprisen i tråd med konkurransegrunnlaget.

I samme sak ble det også anført at leverandørens manglende innlevering av tilbud i den etterfølgende konkurransen måtte få betydning for erstatningsbeløpet da deltakelse i konkurransen kunne ha forhindret eller begrenset tapet. Selv om HD var enig i at dette generelt sett bør tillegges vekt, og at erstatningsbeløpet vil kunne reduseres som følge av at leverandører har forholdt seg passive i slike situasjoner, tilsa de konkrete forholdene i denne saken at beløpet likevel ikke ble redusert. Konkurransegrunnlaget i den etterfølgende konkurransen var endret, og oppstilte andre kvalifikasjonskrav enn foregående konkurranse. Til dette uttalte HD i avsnittene 35-36:

”Det leder till frågan hur långt skyldigheten att begränsa en skada kan sträckas både i omfattning och i tiden och till betydelsen av att villkoren vid den nya upphandlingen förändras på ett sätt som medför att den skadeståndsberättigade inte kan kvalificera sig som leverantör.

NBB:s skada avser vinst på en entreprenad som skulle ha uppstått på arbeten utförda under sensommaren och hösten 2012. Den nya upphandlingen avsåg arbeten som skulle

²⁶³ I saker om erstatning i norsk rett har domstolene typisk avvist anførsler om at leverandøren kunne begrenset sitt tap ved å begjære midlertidig forføyning mot tildelingsbeslutningen, jf. for eksempel LE-2022-19926.

²⁶⁴ NJA 2016 s. 369 *NBB* avsnitt 31

²⁶⁵ Ibid. avsnitt 33

genomförs under motsvarande tid året därpå. Upphandling avser alltså en tjänst som skulle utföras under en bestämd tid. Vid en skada bestående i utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan jämkning av skadeståndet i regel endast komma ifråga om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period. Någon jämkning av skadeståndet med hänvisning till att NBB inte lämnade något nytt anbud ska därför inte ske redan av detta skäl.”

Dersom det derimot er mulig å levere tilbud i en påfølgende konkurranse, som erstatter den første konkurransen på grunn av avlysning, plikter leverandøren å søke å begrense sitt tap ved å delta. Dette var temaet i NJA 2018 s. 1127 *Spinator*, hvor anskaffelsesfeilen ble rettet opp i tråd med kammerrättens avgjørelse og leverandøren dermed ble satt i samme situasjon som om feilen ikke hadde skjedd. At leverandøren da ikke forsøkte å hindre skaden ved å innlevere et nytt tilbud, gjorde at erstatningskravet ikke ble innvilget.

2.6 Sanksjoner

2.6.1 Generelt

Det er to sanksjonsbeføyelser i svensk rett: Å kjenne en inngått kontrakt uten virkning («ogiltigforklara», «överprövning av ett avtals giltighet») eller å ilegge overtredelsesgebyr («upphandlingsskadeavgift»).

Det er forvaltningsdomstolene som behandler klager med påstand om å kjenne en kontrakt uten virkning.²⁶⁶ Det er imidlertid Konkurrentverket som beslutter om det skal ilegges overtredelsesgebyr.²⁶⁷ Konkurrentverkets beslutning om gebyr kan påklages til forvaltningsdomstolen. Ved en klage er det Konkurrentverket som er motpart i klagesaken, ikke oppdragsgiver.²⁶⁸

2.6.2 Sanksjonen «uten virkning»

Alle de fire anskaffelseslovene gir hjemmel til forvaltningsdomstolene for å kjenne en kontrakt uten virkning. Sanksjonen er regulert i LOU og LUF kapittel 20 §§ 13-15, og i LUK og LUF kapittel 16 §§ 13-15. Reglene gjennomfører håndhevingsdirektivenes artikkel 2d i svensk rett. Men reglene går lengre enn det direktivet krever ved at reglene, med enkelte særreguleringer i LOU, LUF og LUF, ²⁶⁹ også gjelder under EØS-terskelverdiene.

Bestemmelsene om at sanksjonen også gjelder utenfor EU-direktivenes virkeområde er nye fra 2021.²⁷⁰

En kontrakt kan kjennes uten virkning i følgende tre grupper av situasjoner:

- Ved ulovlige direkteanskaffelser
- Når oppdragsgiver har inngått kontrakt i strid med karen-/suspensjonsbestemmelser. I slike tilfeller kreves det i tillegg at oppdragsgiver, i den bakenforliggende

²⁶⁶ LOU kapittel 20 § 13 flg.

²⁶⁷ LOU kapittel 21 §§ 6 til 8

²⁶⁸ LOU kapittel 21 § 15

²⁶⁹ Selv om LUK har en noe annen regulering enn LOU, LUF og LUF, som følge av at de tre øvrige har mer detaljregulering under EØS-terskelverdi, har reglene materielt sett det samme innholdet.

²⁷⁰ Prop. 2021/22:5 side 174-177

anskaffelsesprosessen, har brutt regelverket, og at regelbruddet har ført til at klager har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap.

- Når oppdragsgiver, etter en minikonkurranse i en rammeavtale, inngår kontrakt i strid med regelverkets bestemmelser eller i strid med vilkårene som er oppstilt i rammeavtalen. Eller når oppdragsgiver har inngått kontrakt gjennom en dynamisk innkjøpsordning, i strid med reglene for slike ordninger. I disse tilfellene kreves det også at regelverksbruddet har medført at klager har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap.

2.6.2.1 Ulovlige direkteanskaffelser

Bestemmelsen i LOU kap. 20 § 13 nr. 1 gjelder for anskaffelser over EU-terskelverdi, og slår fast at kontrakter som inngås i strid med kunngjøringsplikten i loven, skal kjennes uten virkning. Tilsvarende bestemmelse for anskaffelser som ikke er regulert av EU-direktiv, herunder under terskelverdi, følger av § 13a.

I disse tilfellene gjelder det ikke et krav om at leverandøren har lidt et tap eller vil kunne komme til å lide et tap. Forvaltningsdomstolen skal derfor ikke vurdere om klager kunne hatt mulighet til å vinne kontrakten dersom anskaffelsesprosessen hadde vært gjennomført på korrekt måte.²⁷¹

2.6.2.2 Kontrakter inngått i strid med karens- og suspensjonsbestemmelser

Det følger av § 13b at kontrakter som inngås i strid med bestemmelser om midlertidig forbud mot å inngå kontrakt, skal kjennes uten virkning. Tilsvarende gjelder der kontrakt har blitt inngått før tildelingsbeslutningen er meddelt leverandørene i tråd med lovens regler.

Bestemmelsen omfatter følgende fem tilfeller:

- Kontrakter inngått før det er sendt ut pliktig meddelelse om tildelingsbeslutning, jf. kap. 19 § 19
- Kontrakter inngått i strid med karensperioden, jf. kap. 20 § 1
- Kontrakter inngått i strid med forlenget karens, jf. kap. 20 § 8
- Kontrakter inngått i strid med midlertidig forføyning, jf. kap. 20 § 9
- Kontrakter inngått i strid med 10-dagersfristen ved behandling av klager, jf. kap. 20 § 10

Det følger ikke en plikt etter direktivet til å innføre sanksjonen for de to sistnevnte punktene. Lovgiver kom likevel til at sanksjonen skulle kunne ilegges også i disse tilfellene.²⁷²

Bestemmelsen gjelder både for anskaffelser som omfattes av direktivene og de som ikke er omfattet. For at avtalen skal kjennes «uten virking», kreves det i tillegg at oppdragsgiver har brutt en bestemmelse i loven i den bakenforliggende anskaffelsen, og at bruddet har medført at leverandøren har lidt eller kan komme til å lide et økonomisk tap, jf. siste ledd.

Der er uten betydning om oppdragsgiver var klar over, eller burde vært klar over, forbudet mot å inngå kontrakt eller ikke.

2.6.2.3 Kontrakter basert på rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning

I hvilke tilfeller sanksjonen skal ilegges for kontrakter som inngås gjennom rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, reguleres i siste del av § 13, jf. punktene 2 og 3. Disse

²⁷¹ Om rettslig klageinteresse, se kapittel 2.3.2

²⁷² Prop. 2009/10:180 side 134

bestemmelsene gjelder kun over EUs terskelverdier, fordi det ikke finnes tilsvarende detaljerte regler for tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger utenfor direktivets virkeområde.²⁷³ Sanksjonen gjelder likevel under terskelverdi der oppdragsgiver selv har valgt en ordning som innebærer løpende kontraktstildeling, for eksempel en rammeavtale eller dynamiske innkjøpsordning. Dette følger av den nye bestemmelsen fra 2021 i § 13 a. Tilsvarende bestemmelse finnes heller ikke i LUF, da rammeavtaler ikke er detaljregulert i regelverket for forsyningssektoren.

Når det gjelder rammeavtaler (og lignende ordninger) er sanksjonen kun aktuell der kontrakt inngås etter en fornyet konkurransetsetting (det vi i Norge kaller en minikonkurranse), jf. § 13 nr. 2 og § 13 a nr. 2 bokstav a. Håndhevingsdirektivene gir medlemsstatene en valgmulighet når det gjelder karensbestemmelser i disse tilfellene, og i Sverige har man valgt ikke å innføre karensbestemmelser, jf. kap. 20 § 2 nr. 2. Leverandøren har derfor kun mulighet til å stoppe en kontraktsgjøring ved å begjære en midlertidig forføyning, jf. § 9.

For rammeavtaler der fordelingsnøkkelen er fastsatt i rammeavtalen, og kontrakter inngås uten gjenåpning av konkurranse, kan rammeavtalen og fordelingsnøkkelen påklages frem til karensperioden er over. Etter dette tidspunktet er det ikke mulig å påklage selve rammeavtalen til forvaltningsdomstolen. Avrop under slike rammeavtaler kan bare påklages dersom de ikke foretas i tråd med rammeavtalens fastsatte vilkår. Foretas avrop som må anses som en vesentlig endring av kontrakten, vil dette måtte anses som en ny anskaffelse.²⁷⁴

Det følger av bestemmelsene at kontrakten skal kjennes uten virkning når vilkårene som følger av loven eller oppdragsgivers oppstilte regler for kontraktstildeling ikke er fulgt, og dette har medført at leverandøren har lidt eller kan komme til å lide et tap.

2.6.2.4 Unntak fra sanksjonen «uten virkning»

Det kan gjøres unntak for bruk av sanksjonen på grunn av tvingende hensyn jf. LOU kapittel 20 § 14. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 2d nr. 3. Dersom vilkårene i §§ 13, 13a eller 13b er oppfylt, skal forvaltningsdomstolen likevel opprettholde kontrakten når det kan begrunnes med «tvingande hänsyn til ett allmänintresse». Ved implementeringen av endringsdirektivet ble det bemerket at liknende unntak forekommer også andre steder i EU-retten.²⁷⁵

Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og i lys av begrensningene i muligheten til å ta hensyn til økonomiske aspektene som følger av håndhevingsdirektivene. Konkurrenserket er også forpliktet til å beslutte overtredelsesgebyr dersom unntaksbestemmelsen anvendes.²⁷⁶

Det kan synes som om vilkåret, som i utgangspunktet bare gjennomfører EU-rettslige forpliktelser, har blitt tolket strengere i svensk praksis enn håndhevingsdirektivene gir uttrykk for. I HFD 2019 ref. 18 vises det til den svenske oversettelsen av endringsdirektivet, som omtaler unntaket som «exceptionella omständigheter». Dette er en høyere terskel enn den som finnes i tysk og dansk oversettelse.²⁷⁷

²⁷³ LOU kapittel 19

²⁷⁴ Asplund m.fl. (2012) side 223

²⁷⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 side 362

²⁷⁶ LOU kapittel 21 § 6

²⁷⁷ Nord (LOU) note 398

Juridisk teori gir uttrykk for at det er mange dommer som vurderer om unntaket for tvingende omstendigheter er oppfylt, og at det er her det reelle slaget står ved vurderingen av om en kontrakt skal kjennes uten virkning.²⁷⁸

Andre unntak fra sanksjonen følger av kapittel 20 § 15. Oppdragsgiver kan for det første ved direktivstyrte anskaffelser, unngå å få kjent kontrakten uten virkning når kontrakt tildeles etter en minikonkurranse under en rammeavtale, eller etter en dynamisk innkjøpsordning, forutsatt at tildelingsbeslutningen er meddelt og karensperioden er overholdt, jf. § 15 nr. 1 og 2.

Tilsvarende unntak gjelder for ikke-direktivstyrte anskaffelser, som tildeles under rammeavtaler eller «någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt», jf. § 15 nr. 3. Også her er forutsetningen at oppdragsgiver har sendt ut meddelelse om tildelingsbeslutning og at karensperioden er overholdt. Det samme gjelder for direkteanskaffelser dersom oppdragsgiver har kunngjort en intensjonskunngjøring og overholdt karensperioden, jf. § 15 nr. 4.

Den svenske lovgiveren har sett unntakene i sammenheng med preklusjonsreglene. Ved intensjonskunngjøring, meddelelse om tildelingsbeslutning i slike tilfeller, samt karensperiode, ivaretas tilbyderens tilstrekkelig, og leverandøren får god nok informasjon til å eventuelt klage innenfor karensperioden.²⁷⁹

2.6.2.5 Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning, er avtalerettslig ugyldighet. Det innebærer at ingen av partene lenger kan tillegges rettigheter eller plikter etter kontrakten. I tillegg har en dom som kjenner en kontrakt uten virkning, tilbakevirkende kraft. Dette innførte man særlig på grunn av den preventive effekten tilbakevirkende kraft kan ha, og fordi lovgiver regnet med at en tilbyder ville ha større interesse av å kreve en kontrakt kjent uten virkning dersom dette ga mulighet for en ny anskaffelse for hele kontrakten – ikke bare de delene som ikke allerede er levert. Lovgiver mente også at ugyldighet uten tilbakevirkende kraft ikke ville vært retsteknisk enklere å gjennomføre i praksis.²⁸⁰ Det presiseres i lovforarbeidene at leverandøren som får sin kontrakt kjent uten virkning, i tillegg kan føre sak om erstatning.²⁸¹

I et restitusjonsoppgjør skal alle ytelsene tilbakeføres til hver av partene. Hvis dette ikke er mulig skal formuesforholdet mellom partene gjenopprettes slik det var før kontrakten ble inngått. I praksis vil dette innebære at vederlaget oppdragsgiver har betalt skal tilbakeføres, fratrukket leverandørens fortjenestemargin. Dette skal sikre at varer eller tjenester ikke har kommet oppdragsgiver til gode uten at oppdragsgiver har betalt for det.²⁸² At sanksjonen har tilbakevirkende kraft, og grunnlaget for beregningsmetoden, er kritisert i juridisk teori.²⁸³

²⁷⁸ Ulfsson kapittel 20 § 13

²⁷⁹ Nord (LOU) note 398

²⁸⁰ Prop. 2009/10:180 side 136

²⁸¹ Ibid. side 226. Se mer om reglene om erstatning i kapittel 2.5

²⁸² Ulfsson kapittel 20 § 13

²⁸³ Ibid.

2.6.3 Alternative sanksjoner

2.6.3.1 Generelt om alternative sanksjoner i Sverige

En nyvinning i endringsdirektivet var å innføre alternative sanksjoner som skulle forsterke eller avhjelpe sanksjonen «uten virkning» og erstatning – overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakter. Ordlyden i håndhevingsdirektivets artikkel 2e kan tilsa at medlemsstatene har valgfrihet med tanke på hvilke alternative sanksjoner som skal innføres. I svensk rett la man til grunn at det fantes en slik valgfrihet, og lovgiver landet på å kun innføre overtredelsesgebyr.

I forarbeidene antas det å være et begrenset behov for begge sanksjonene, og at hensynet til forutsigbarhet talte for at oppdragsgivere og leverandører kun hadde ett alternativt sanksjonsmiddel å forholde seg til. Dette ville også føre til et mindre komplisert regelverk.²⁸⁴

Adgangen til å avkorte en kontrakts varighet etter håndhevingsdirektivets artikkel 2e er følgelig ikke innført i svensk rett. Avkortning av kontrakter er generelt ukjent i svensk rett og lovgiver fant det uforutsigbart hvordan en slik sanksjon ville slå ut i det enkelte tilfellet, og hvordan domstolen skulle ta stilling til for eksempel hvor mye kontraktens varighet skulle avkortes med. Lovgiver la også vekt på at avkortning hadde en negativ effekt for medkontrahenten, som vanligvis er uten skyld i at anskaffelsesregelverket er brutt. Overtredelsesgebyr ble derimot ansett som negativt utelukkende for oppdragsgiver.²⁸⁵

2.6.3.2 Overtredelsesgebyr

Riksdagen vedtok 30. november 2023 endringer i Konkurrencesverkets funksjoner. Endringene trådte i kraft 1. januar 2024. Endringene innebærer at Konkurrencesverket nå har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr uten å måtte gå til forvaltningsdomstolene. Det ble også gjort endringer i minimums- og maksimumsgrensene for overtredelsesgebyr, samt fristene for å ilegge overtredelsesgebyr.²⁸⁶

Det ble ikke gjort endringer i LUF. Den typen sensitive anskaffelser som LUF regulerer, gjorde at departementet ikke anså det som hensiktsmessig at Konkurrencesverket fikk samme sanksjonsmyndighet her. Av denne grunn ble heller ikke de øvrige endringene innført.²⁸⁷

Reglene om overtredelsesgebyr er regulert i LOU og LUF kapittel 21 og LUK og LUF kapittel 17. Svensk lovgivning skiller mellom tilfeller der Konkurrencesverket henholdsvis kan og skal ilegge gebyr, jf. LOU kapittel 21 §§ 6 og 7. Det er kun Konkurrencesverket som har kompetanse til å ilegge gebyr. Reglene om når gebyr skal ilegges speiler forpliktelsene etter håndhevingsdirektivene. Det følger av § 6 første ledd at Konkurrencesverket skal beslutte at gebyr ilegges hvis:

- En forvaltningsdomstol i en rettskraftig avgjørelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes selv om det er i strid med karens- og suspensjonsreglene, jf. § 6 nr. 1, eller
- En forvaltningsdomstol i en rettskraftig avgjørelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser tilsier det, jf. § 6 nr. 2

²⁸⁴ Prop. 2009/10:180 side 182 flg.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Prop. 2023/24:3 side 1

²⁸⁷ Prop. 2023/24:3 side 34 og 66

Videre følger det av § 7 at Konkurrencesverket har mulighet til å ilegge gebyr hvis oppdragsgiver har inngått kontrakt med en leverandør i strid med kunngjøringsplikten etter loven.

Det var betydelig diskusjon rundt endringen i Konkurrencesverkets myndighet i høringsrundene, noe det også var da endringsdirektivet skulle innføres.

Den sterkeste innvendingen mot at Konkurrencesverket skulle få denne beføyelsen, var at det er betydelig skepsis mot at et forvaltningsorgan skal føre tilsyn med og bedømme en annen myndighets atferd. Enkelte høringsinstanser viste til at dette var oppgaver som best egnet seg for forvaltningsdomstolene.²⁸⁸

Departementet var uenig i dette. Særlig viste de til at Konkurrencesverket allerede har denne typen myndighet etter konkurranseloven kapittel 3 § 5, som ble innført i 2021.²⁸⁹ Konkurrencesverket har også hatt en viss mulighet til å ilegge dagmulkt for brudd på konkurranselovgivningen siden 1993.²⁹⁰ Det ble videre vist til at ordningen med tilsynsvedtak allerede har et noe sanksjonerende og overprøvende preg. Denne typen tilsyn gjøres også av andre statlige organer, som for eksempel Riksarkivet.²⁹¹ Særlig pekte departementet på at Konkurrencesverkets tilsynsmyndighet ikke ville prøve et annet organs hovedoppgaver, slik enkelte høringsinstanser var skeptiske til. Tilsynsmyndigheten er begrenset til å prøve anskaffelsene organet foretar.²⁹² Øvrige temaer som var opp til diskusjon var hvilke beviskrav og prosedyreregler som ville gjelde for Konkurrencesverket. Her viste departementet til at de allmenne forvaltningsrettslige prinsippene vil gjelde.²⁹³

At klager, prøving av en avtales gyldighet og overtredelsesgebyr ikke lenger vil føres i første instans for samme organ (forvaltningsrettene) var ikke avgjørende. Departementet viste til at HFD har angitt at den underliggende dommen som fastsetter at en direkteanskaffelse har skjedd, uansett ikke skal prøves i gebyrsaken.²⁹⁴

Reglene om når Konkurrencesverket har plikt til å ilegge overtredelsesgebyr tilsvare materielt sett den tidligere reguleringen, som gjennomfører direktivets artikkel 2e.

2.6.3.3 Unntak fra reglene om overtredelsesgebyr

Det følger av LOU kapittel 21 § 8 at overtredelsesgebyr ikke skal ilegges i mindre alvorlige tilfeller, og kan ettergis hvis det finnes særlige grunner for dette.²⁹⁵ Lovgiver nevner at en særlig grunn for å ikke ilegge overtredelsesgebyr, kan være der det ville fremstått som urimelig eller støtende å kreve gebyr. I forbindelse med lovrevisjonen ble unntakene videreført. Departementet kom med en særbemerkning om at der Konkurrencesverket etter

²⁸⁸ Prop. 2023/24:3 side 32 flg.

²⁸⁹ Konkurrenceslag (2008:579)

²⁹⁰ Prop. 2023/24:3 side 36, se videre Prop. 2020/21:51 side 55

²⁹¹ Prop. 2023/24:3 side 33-34

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid. side 34-35 og 37

²⁹⁴ Ibid. side 33 jf. HFD 2014 ref. 49

²⁹⁵ Den svenske ordlyden er at gebyr ikke ilegges i «ringa fall» og kan ettergis ved «synnerliga skäl».

direktivets ordlyd er pliktig å ilegge en alternativ sanksjon, men benytter seg av de lovfestede unntaksreglene, bør tilsynet begrunne hvorfor unntaksbestemmelsen brukes.²⁹⁶

Et eksempel på en sak som omhandlet et mindre alvorlig tilfelle, hvor gebyr ikke skulle ilegges, er HFD 2014 ref. 49. Oppdragsgiver foretok en direkteanskaffelse, som var et dekningskjøp på grunn av en pågående prøving av den nye anskaffelsens gyldighet. Kontrakten ble opprettholdt fordi tvingende allmennhensyn tilsa det. Fordi det var en direkteanskaffelse, hadde Konkursverket plikt til å be om ileggelse av overtredelsesgebyr. HFD kom til at det ikke vil ha noen preventiv virkning å ilegge overtredelsesgebyr i en slik situasjon. Oppdragsgiver hadde ikke så mye valg og det ble ikke ilagt overtredelsesgebyr. I Norge er det eksempler på at KOFA, i lignende situasjoner, har valgt å ilegge overtredelsesgebyr, og dermed ikke hensyntatt at oppdragsgiver ikke hadde noen gode alternativer.²⁹⁷

Det kan stilles spørsmål ved om den svenske reguleringen er fullt ut i overensstemmelse med håndhevingsdirektivene. Selv om håndhevingsdirektivene gir en vid adgang til å vektlegge en rekke forhold ved ilegges av overtredelsesgebyr, følger det også av direktivene at nærmere spesifiserte brudd *skal* sanksjoneres med alternative sanksjoner. I lovforarbeidet ble det uttrykt at utgangspunktet er at det skal sanksjoneres, og at det er «ytterst begrenset» når unntaksbestemmelsene skal brukes. Lovgiver viste til at liknende unntak fantes i markedsføringsloven og konkuranseloven som gjaldt på det tidspunktet.²⁹⁸

2.6.3.4 Beregning av overtredelsesgebyret

I Sverige har det vært stort fokus på hvordan størrelsen på gebyr skal beregnes, særlig på grunn av hensynet til forutberegnelighet. Av lovteksten fremgår det at Konkursverket særlig skal ta hensyn til hvor alvorlig overtredelsen er.²⁹⁹ Det er også presisert i forarbeidene at man ved fastsettingen av gebyrets størrelse skal ta hensyn til at feil i små anskaffelser ikke skal straffes hardere enn feil i de store anskaffelsene.³⁰⁰

Utgangspunktet for beregningen er altså at gebyrets størrelse skal stå i forhold til hvor alvorlig bruddet er. Dersom overtredelsen er klar, skal gebyret reflektere dette, mens ved uklart rettsstilstand bør gebyret settes ned. Ulovlige direkteanskaffelser er i forarbeidene fremhevet som et brudd som typisk er svært alvorlig og bør sanksjoneres hardt.³⁰¹ I saker der det var uklart om anskaffelsen var underlagt kunngjøringsplikt, skal det motsetningsvis ilegges et lavere overtredelsesgebyr. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver fortsetter å kjøpe på en utløpt avtale som følge av at ny avtale ikke kan inngås på grunn av en pågående klageprosess med suspensjon. Overtredelsesgebyrets størrelse skal også ta hensyn til avtalens varighet og verdi.

²⁹⁶ Prop. 2023/24:3 side 39-40

²⁹⁷ Se for eksempel KOFA sak 2021/1601

²⁹⁸ Prop. 2009/10:180 side 198

²⁹⁹ LOU kapittel 21 § 5, se også Prop. 2009/10:180 side 183

³⁰⁰ Prop. 2009/10:180 side 195

³⁰¹ Prop. 2009/10:180 side 197

I tilfeller der forvaltningsdomstolen kommer til at en ulovlig anskaffelse likevel står seg på grunn av unntaket om tvingende allmenne hensyn, hvilket gjør at Konkurrencesverket er pliktig til å ilegge gebyr, anså departementet at gebyret normalt vil være lavere.³⁰²

Gjentatte brudd er antatt å være skjerpene, men dette gjelder sannsynligvis bare gjentatte brudd begått av samme oppdragsgiver.³⁰³ HFD har avgjort at det ikke er en skjerpene omstendighet at en oppdragsgiver fortsetter å bruke en avtale som er under klagebehandling i domstolen.³⁰⁴ Forvaltningsdomstolen kan også ta hensyn til at oppdragsgiver har fått andre negative sanksjoner. Offentlig tilgjengelig informasjon viser ikke eksempler på at dette har skjedd.³⁰⁵

Det er lovfestede minimums- og maksimumsgrenser for overtredelsesgebyr. Disse utgjør p.t. henholdsvis 10 000 svenske kroner og 20 millioner svenske kroner, jf. LOU kapittel 21 § 9. Samme bestemmelse fastslår at gebyret uansett ikke kan overstige 10 % av anskaffelsens verdi etter lovreglene om beregning av anskaffelsens verdi.

Terskelen for overtredelsesgebyr ble hevet fra 10 millioner svenske kroner til 20 millioner svenske kroner med virkning fra 01.01.2024. Selv om den tidligere maksimumsgrensen på 10 millioner bare har vært ilagt et fåtall ganger, mente lovgiver at beløpsgrensene skulle økes.³⁰⁶

I 2022 lå overtredelsesgebyrene på mellom 50 000 svenske kroner og 10 millioner svenske kroner. Median var 650 000 svenske kroner. 17 av 19 søksmål om gebyr lå på under 2 millioner svenske kroner. Det var bare to gebyr på under 100 000 svenske kroner.³⁰⁷

2.7 Preklusjonsregler/søksmålsfrister

2.7.1 Klagefrister til forvaltningsdomstolen

I 2022 trådte nye preklusjonsregler i kraft, som er likelydende i de fire lovene. Formålet med innføringen av strengere preklusjonsfrister var å øke forutsigbarheten i prosessen, samt legge til rette for en raskere behandling i domstolen. Lovgiver anså dette som særlig viktig på grunn av den forlengede karensperioden som inntreer automatisk, og som hindrer oppdragsgiver å inngå kontrakt under domstolens behandling av saken.³⁰⁸

Det følger av LOU kap. 20 § 11 at en klage på en anskaffelsesprosess må ha kommet inn til forvaltningsretten innen karensperiodens utløp, jf. §§ 1 eller 3. Dette gjennomfører håndhevingsdirektivenes artikkel 2c.³⁰⁹ Klager som kommer inn etter dette tidspunktet vil prekluderes. At en leverandør klager i løpet av karensperioden og dermed oppnår en forlenget

³⁰² Prop. 2009/10:180 side 198

³⁰³ HFD 2018 ref. 67. Det ble ikke ansett skjerpene at en annen oppdragsgiver i samme kommune hadde gjort samme overtredelse som den som var stevnet.

³⁰⁴ HFD 2022 ref. 19

³⁰⁵ Prop. 2009/10:180 side 198

³⁰⁶ Prop. 2023/24:3 side 49

³⁰⁷ Konkurrencesverkets tillsynsverksamhet 2022 side 45-46

³⁰⁸ Prop. 2021/22:120 side 48

³⁰⁹ Prop. 2009/10:180 side 357

karensperiode, betyr ikke at den forlengede karensperioden også gjelder for andre leverandører som ikke har klaget.³¹⁰

Grunnlaget for klagen må i utgangspunktet påberopes innen tre uker fra klagen er sendt. Dersom klager ønsker å påberope seg nye forhold etter tre uker, kan domstolen bare behandle anførselene dersom leverandøren sannsynliggjør at forholdet ikke kunne vært påberopt tidligere, eller av annen gyldig grunn ikke har vært påberopt, jf. § 5 b.

Forhold som påberopes først for kammerretten, kan bare behandles dersom klager sannsynliggjør at forholdet ikke kunne vært påberopt i første instans eller på annen måte hadde gyldig grunn til å ikke påberope forholdet, jf. § 5 c.

Kammerretten kan imidlertid alltid behandle forhold som påberopes som grunnlag for at en avtale skal videreføres under sakens behandling på grunnlag av tungtveiende allmenne hensyn, jf. § 5 c, jf. § 14.

Bestemmelsene i §§ 5 b og c gjelder likevel ikke prøving av en avtales gyldighet, som er inngått i strid med karensbestemmelser, jf. § 5 d, jf. § 7.³¹¹

En anskaffelsesprosess kan ikke påklages etter at kontrakt er inngått, jf. LOU kap. 20 § 6 andre ledd.³¹² HFD har i en nylig avsagt dom også tolket § 6 første ledd som at denne bestemmelsen kan prekludere en klage på feil i anskaffelsesprosessen, som kommer inn etter tildelingsbeslutningen, når feilen kunne vært påberopt overfor oppdragsgiver under konkurransegjennomføringen.³¹³ HFD mener at tapsvilkåret ikke er oppfylt i en slik situasjon.³¹⁴ HFDs dom er også omtalt under kapittel 2.3.2 om tapsvilkåret i vurderingen av rettslig klageinteresse og i kapittel 2.5.6 om tapsbegrensningsplikten.

Avgjørelsen har blitt kraftig kritisert, blant annet av Svenskt Näringsliv,³¹⁵ fordi den oppstiller svært strenge krav til at leverandøren aktivt må påpeke uklarheter og ufullstendigheter i konkurransegrunnlaget allerede under konkurransegjennomføringen for å kunne vinne frem med et søksmål. Svenskt Näringsliv mener at spørsmålet må vurderes nærmere rettslig og har utarbeidet en rapport om tapsvilkåret og preklusjonsreglene i forhold til EU-retten.³¹⁶

I samme sak for HFD anførte leverandøren at dersom oppdragsgiver hadde angitt rammeavtalens maksimale verdi, ville oppdragsgiver måtte kunngjort en ny konkurranse når maktgrensene var nådd. At det ikke var oppgitt en maksimal verdi, fratok derfor leverandøren mulighet til å konkurrere om tilsvarende kontrakt i en senere anskaffelse (når maksimalverdien av gjeldende rammeavtale var nådd og ny konkurranse måtte blitt kunngjort). Heller ikke her fikk leverandøren medhold, da HFD mente at muligheten for å delta i en fremtidig konkurranse ikke kunne vektlegges i vurdering av tapsvilkåret i anskaffelsen som var klaget inn.

Kammerretten i Göteborg (sak nr. 6319-21 av 14. juni 2022) og kammerretten i Sundsvall (sak nr. 768-23 av 14. november 2023) har i etterkant av HFDs avgjørelse avsagt dommer i samme retning. Sakene for kammerrettene gjaldt begge klager på rammeavtaler med en lengre

³¹⁰ Asplund m.fl. (2012) side 185

³¹¹ Se tilsvarende bestemmelser i LUF kapittel 20 og LUK og LUFS kapittel 16

³¹² Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 6, og LUK og LUFS kapittel 16 § 6

³¹³ HFD 2022 ref. 4 I og II avsagt 10. januar 2022

³¹⁴ Under henvisning til C-538/15 *eVigilo* avsnitt 55-56

³¹⁵ Ny praxis försvårar offentlig upphandling för småföretag

³¹⁶ Anders Asplund på oppdrag fra Svensk Näringsliv 2023

varighet enn det loven tillater. I begge sakene kom retten til at tapsvilkåret ikke var oppfylt, og at saken derfor ikke skulle overprøves. Grunnen var at det økonomiske tapet knyttet seg til leverandørenes manglende mulighet til å delta i fremtidige konkurranser i stedet for den aktuelle anskaffelsen. Leverandørene anførte at det nettopp var den ulovlig lange varigheten på rammeavtalene som førte til tapet, ved at de ble fratatt muligheten til å konkurrere på en ny rammeavtale. Dette fikk de altså ikke medhold i. Kritikken går på at en slik forståelse av regelverket i praksis gjør det umulig for leverandører å få medhold i saker om ulovlig langvarige rammeavtaler.

Dersom en leverandør vil påklage gyldigheten av en inngått kontrakt, må klagen etter lovens hovedregel være mottatt av forvaltningsretten innen 6 måneder etter at kontrakt er inngått, jf. LOU kapittel 20 § 17. Dette gjennomfører håndhevingsdirektivets artikkel 2f.³¹⁷ Fristen kortes ned til 30 dager dersom kontraktstildelingen er kunngjort, anskaffelsen er på et ikke-direktivstyrt område og er etterannonsert i en registrert annonsedatabase, eller oppdragsgiver skriftlig har underrettet tilbyderne om at avtale er inngått, med de lovkravene som stilles til slik kunngjøring.³¹⁸

Klage over en avlyst anskaffelse må ha kommet inn til forvaltningsretten innen 10 dager fra oppdragsgiver elektronisk har sendt meddelelse om beslutningen med en begrunnelse, jf. LOU kapittel 20 § 12.³¹⁹ Fristen kan ikke forlenges, og det oppstilles ingen krav til innholdet i begrunnelsen.³²⁰

2.7.2 Søksmålsfrister ved krav om erstatning for ordinære domstoler

Etter LOU og LUF kapittel 20 § 21 første ledd plikter en leverandør som krever erstatning å reise sak for alminnelige domstoler innen ett år fra den dag leverandøren fikk kjennskap eller burde fått kjennskap til kontraktsinngåelsen med den valgte leverandøren. Dersom forvaltningsdomstolen imidlertid kjenner kontrakten uten virkning, følger det av andre ledd at fristen for å kreve erstatning starter den dagen domstolens avgjørelse blir rettskraftig.

Det fremgår uttrykkelig av tredje avsnitt at dersom erstatningssøksmål ikke er anlagt innen disse fristene, går retten til erstatning tapt.

Det er ikke noen tilsvarende bestemmelse i norsk rett i dag. Bortfall av erstatningskrav grunnet tidsforløpet etter kontraktsinngåelse vil kun være aktuelt etter de alminnelige foreldelsesreglene, med tre års foreldelsesfrist etter foreldelsesloven § 9.³²¹

2.7.3 Frister for Konkurrencesverket ved ileggelse av overtredelsesgebyr

Fristene for Konkurrencesverket følger av LOU kapittel 21 §§ 10-11. I saker der Konkurrencesverket er pliktig til å ilegge gebyr er fristen seks måneder etter rettskraftig dom fra en forvaltningsdomstol i den underliggende anskaffelsessaken. I saker hvor Konkurrencesverket har skjønnet til å ilegge gebyr, og en eller flere leverandører har bedt om

³¹⁷ Prop. 2009/10:180 side 363-364

³¹⁸ LOU kapittel 20 § 17 andre ledd. Bestemmelsen ble endret i 2022, slik at også konkurranser på ikke-direktivstyrte områder får kortere klagefrist. Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 17, og LUK og LUF kapittel 16 § 17. Se videre Prop. 2021/22:120 side 48-49

³¹⁹ Se tilsvarende LUF kapittel 20 § 12, og LUK og LUF kapittel 16 § 12

³²⁰ Se henholdsvis HFD 2019 ref. 58 punkt 23 og HFD 2021 ref. 70 punktene 20-21

³²¹ Det er få eksempler fra norsk rett på at slike erstatningskrav anses foreldet. Vi kjenner ikke til andre avgjørelser enn Senja tingretts dom fra 2019 i sak 19-016572TVI-SENJ.

prøving av avtalens gyldighet (dvs. at avtalen skal kjennes «uten virkning»), gjelder den samme fristen på seks måneder etter at samtlige beslutninger i forbindelse med overprøvingen har blitt rettskraftige. Dersom ingen leverandører har bedt forvaltningsdomstolene prøve avtalens gyldighet, er fristen to år fra avtalen ble inngått. Tidligere var denne fristen ett år, men med virkning fra 01.01.2024 er fristen utvidet til to år.

3 Referanse- og litteraturliste

Lovgivning

Svenske lover og forskrifter

Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1971289-om-allmanna-forvaltningsdomstolar_sfs-1971-289/

Förvaltningsprocesslag (1971:291). https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forvaltningsprocesslag-1971291_sfs-1971-291/

Preskriptionslag (1981:130). https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/preskriptionslag1981130_sfs-1981-130/

Konkurrenslag (2008:579). https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/konkurrenslag-2008579_sfs-2008-579/

Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20111029-om-upphandling-pa-forsvars-och_sfs-2011-1029/

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling. SFS. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161145-om-offentlig-upphandling_sfs-2016-1145/

Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161146-om-upphandling-inom_sfs-2016-1146/

Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161147-om-upphandling-av-koncessioner_sfs-2016-1147/

Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. <https://svenskforfattningssamling.se/doc/2023815.html>

Förordning (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forordning-1977937-om-allmanna_sfs-1977-937/

Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. SFS.

https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forordning-20071117-med-instruktion-for_sfs-2007-1117/

Danske lover og forskrifter

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2007/1410>

Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2016/593>

Lovbekendtgørelse nr 145 af 24. februar 2020 Offentlighedsloven.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/145>

LOV nr 884 af 21/06/2022. Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/884>

Lovbekendtgørelse nr 1655 af 25. desember 2022 Retsplejeloven.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1655>

Lovbekendtgørelse nr. 10 af 1. juni 2023 Udbudsloven.

<https://www.retsinformation.dk/eli/accn/A20230001029>

Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud.

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2011/887>

Bekendtgørelse om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet (BEK nr 1077 af 29/06/2022). <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1077>

Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (BEK nr. 1078 af 29.06.2022).

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1078>

Bekendtgørelse om tildeling af koncessionskontrakter (BEK nr 1080 af 29/06/2022).

<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1080>

Direktiver og forordninger

Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor. (1989). Rådets direktiv 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene. (1992). Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne.

Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene. (2007). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

For- og etterarbeider

Danmark

Erhvervsministeren. (2006). Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud. 2006/1 LSF 152. <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/200612L00152>

Erhvervsministeren. (2009). Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. L 110 FT 2009-10. https://www.ft.dk/samling/20091/lovforslag/1110/20091_1110_som_fremsat.htm

Lovforslag L110 af 27. januar 2010. <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/20091XX00439>

Lovbemærkninger til lov nr. 511 af 27. maj 2013.

<https://www.folketingstidende.dk/samling/20121/lovforslag/L153/index.htm>

Erhvervsministeren. (2022). Forslag til lov om ændring nr. L 19 - Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter. Folketinget.

<https://www.regeringen.se/contentassets/dd8b2a31d4b14fac9dda0a26bbc4f1a2/en-effektivare-upphandlingstillsyn-prop.-2023243.pdf>

Lovforslag nr. L 199 af 10. Maj 2022.

https://www.ft.dk/ripdf/samling/20211/lovforslag/1199/20211_1199_som_fremsat.pdf

Sverige

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/proposition/om-offentlig-upphandling_gg0388/

SOU 1999:139. Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/1999/12/sou-1999139/>

Prop. 2009/10:180. Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

<https://www.regeringen.se/contentassets/58485d90d05f495fa98b94d1a69ad0b7/nya-rattsmedel-pa-upphandlingsområdet-prop.-200910180>

Prop. 2015/16:195. Nytt regelverk om upphandling. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2016/06/prop.-201516195>

Prop. 2021/22:5. Ett förenklat upphandlingsregelverk. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2021/09/prop.-2021225>

Prop. 2021/22:120. En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar
<https://www.regeringen.se/contentassets/0c8d9407149641348f0426443cb74a03/en-effektivare-overprovning-av-offentliga-upphandlingar-prop.-202122120.pdf>

Prop. 2023/24:3. En effektivare upphandlingstillsyn.
<https://www.regeringen.se/contentassets/dd8b2a31d4b14fac9dda0a26bbc4f1a2/en-effektivare-upphandlingstillsyn-prop.-2023243.pdf>

Rettspraxis mv.

Rettspraxis fra EU-domstolen

Forente saker C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur, ECLI:EU:C:1996:79.

C-503/04 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2007:432.

C-568/08 Combinatie Spijker, ECLI:EU:C:2010:751.

C-314/09 Stadt Graz mot Strabag mfl., ECLI:EU:C:2010:567.

C-538/15 eVigilo, ECLI:EU:C:2015:166.

Rettspraxis Sverige

NJA 1998 side 873 Arkitekttjänst.

NJA 2007 side 349 Ishavet.

NJA 2016 s. 358 Bergfors Distribution AB mot Regionförbundet.

NJA 2016 s. 358 NBB.

NJA 2018 s. 1127 Spinator.

HFD 2022 ref. 4 I og II avsagt 10. januar 2022.

Rettspraxis Danmark

U.2002.1180H (Dansk Høyesterett).

U.2004.1294H (Dansk Høyesterett).

U.2005.1799 H Metro-saken, (Dansk Høyesterett).

U.2006.993 V, (Vestre landsret Danmark).

U.2007.2106H, (Dansk Høyesterett).

U.2009.1331 Ø Taxi-Stig, (Østre Landsrett Danmark).

U.2011.1955H Amager Strandpark, (Dansk Høyesterett).

U.2011.3129H, (Dansk Høyesterett).

U.2012.2952 H Montenaisen, (Dansk Høyesterett).

Kjennelser fra Klagnevnet for Udbud er løpende referert i teksten, og kan søkes opp her:
<https://klfu.naevneneshus.dk/afgoerelse>

Offentlige publikasjoner (rapporter mv.)

Anders Asplund på oppdrag fra Svensk Näringsliv. (2023). Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling.
https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfqq_patalandskyldigheten-i-offentlig-upphandlingpdf_1204888.html/P%25C3%25A5talandskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen - Rapport. (2014). Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. <https://www.kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf>

Konkurrensverket: Uppdragsforskningsrapport 2022:3.
https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyror/uppdragsforskning/forskrapport_2022-3.pdf

Konkurrensverket. (2023). Konkurrensverkets tillsynsverksamhet 2022.
https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyror/rapportserie/rapport_2023-1.pdf

Konkurrensverket. (2023). Konkurrensverkets årsredovisning 2023.
<https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/konkurrensverkets-arsredovisning-2023/>

Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:7. Kartläggning och analys av mål om överprövning.
https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/dokument/publikationer/rapport-2017_7-kartlaggning-och-analys-av-mal-om-overprovning.pdf

Andre rapporter

Advokatfirmaet Haavind AS. (2023) Utredning om håndhevelsesdirektivene

Nettsteder

Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022. Hentet 12.03.2024 fra
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/>

Konkurrensverket. (2022). Upphandlingstillsynens konsekvenser för regulefterlevnad. Hentet 26.02.2024

<https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/upphandlingstillsynens-konsekvenser/>

Nævnenes hus - historisk saksbehandlingstid.

<https://naevneneshus.dk/sagsbehandlingstider/historisk-sagsbehandlingstid/>

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/upphandlingsstatistik/statistik-om-annonserade-upphandlingar-i-sverige-2022/48-anbud-per-upphandling-2022/>.

Statistik - 4,8 anbud per upphandling 2022. Hentet 11.03.2024 fra

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/statistik-om-overprovningssarenden-2022/>

Statistik - Antalet overprovningssmal okar 2022. Hentet 02.05.2024 fra

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/>

Statistik - Gjennomsnittlig 2,8 gjennomgangssaker per anskaffelse 2022. Hentet 02.05.2024

fra https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/antalet-overprovningssmal-okar/#i_genomsnitt_2_8_overprovningssmal_per_upphandling

Statistik - Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022. Hentet 12.03.2024 fra

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/handlaggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/>

Statistik - Vanligast att LOU upphandlingar overprovas - 2022. Upphandlingsmyndigheten.se.

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/andelen-overprovningar-minskar/#vanligast_att_1_ou_upphandlingar_overprovas

Søk - oversikt over saker fra Klagenævnet for Udbud som er brakt inn for domstolene.

<https://klfu.naevneneshus.dk/soeg?sort=score&categories=e23cf5cb-5408-4eaa-aac3-848b089a5ffb>

Litteratur

Bøker og lovkommentarer

Andersson m.fl. (2012). Helena Rosén Andersson, Eva-Maj Mühlenbock, Olof Hallberg, Hugo Norlén, Johanna Näslund, Catharina Piper og Henrik Willquist, Lagen om offentlig upphandling, en kommentar, Norstedts Juridik AB, 2012. k AB.

Asplund m.fl. (2012). Anders Asplund, Magnus Ehn, Daniel Johansson og Erik Olsson, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag, 2012

Berg (2012): Claus Berg, Ubudsret i byggeriet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012

Fabricius, J. (2017). Jesper Fabricius, Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, Karnow Group, 2017

Nord (LOU): Eskil Nord, Lag om offentlig upphandling (2016:1145), Karnov lovkommentar (JUNO), besøkt 21. november 2023

Poulsen. Sune Troels Poulsen, Peter Stig Jakobsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, EU Udbudsretten, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2012

Risvig Hamer (2020). Carina Risvig Hamer, Lov om Klagenævnet for Udbud med kommentarer, 2. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020

Treumer og Fejø: Steen Treumer, National håndhævelse af EU's Udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?, i Steen Treumer & Jens Fejø «EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden», Djøf Forlag, 2006.

Ulfsson, A. Anna Ulfsson, Lexinos lovkommentar til lag om offentlig upphandling (2016:1145) (JUNO), sist oppdatert 20. januar 2021.

Artikler

Arksand, E. (2023). Eugenia Arksand, "Skada vid överprövning", Upphandlingsrättslig Tidskrift 1/2023

Bjernerstedt, L. (2011). Skadestånd ved offentlig upphandling. Juridiska fakulteten vid Lunds universitet.

Ellehaug, M. (2013). Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler. Ugeskrift for retsvæsen, afdeling B, U.2013B.241.

Fredriksen, H. H. & Strandberg, M. (2018). Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker. Tidsskrift for Rettsvitenskap.

Hansen, M. F. & Thorup, K. (2010). Standstill og opsættende virkning i udbudsretten. Ugeskrift for retsvæsen, afdeling B, U.2010B.303.

Høegh, K. & Thorup, K. (2016). Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten - endnu en gang. Ugeskrift for retsvæsen, afdeling B, U.2016B.403.

Lindén, S., Ljöstad, L. & Lindqvist, K. A. (2022). Pendeln svänger i skadeståndsmål. Upphandlingsrättslig Tidsskrift 3/2022.

Nilsson, E. (2020). Skadestånd vid avtals ogiltighet. Upphandlingsrättslig Tidsskrift 1/2020.

Wistrand, K. (2019). Statens utomobligatoriske skadeståndsansvar - några utvecklingslinjer. Svensk Juristtidning.