

Erstatning for overtrædelse af EU-udbudsreglerne

NJM 43 Nordisk Juristmøde i København, august 2024

Referent: Carina Risvig Hamer*

1. Indledning til emnet

At forbigåede tilbudsgivere kan få tilkendt erstatning, når ordregivere har overtrådt EU-udbudsreglerne,¹ er et vigtigt element til at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Effektiv håndhævelse medfører tillid til, at ordregivere overholder udbudsreglerne og sikrer, at en forbigået tilbudsgiver kan søge oprejsning i form af erstatning, når en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne eller alternativt, at udbudsprocessen annulleres, hvorved der ofte vil blive skabt en ny konkurrencesituation i form af, at ordregiveren vil afholde et nyt udbud. Effektive sanktioner (herunder erstatning) kan også have en præventiv virkning og være med til at sikre, at udbudsreglerne overholdes.

Siden 1989 har der eksisteret regler om håndhævelse af udbudsreglerne på EU-plan i form af kontroldirektiverne.² At der er fastsat fælles regler om håndhævelse på EU-niveau er særegent, idet princippet om national processuel autonomi indebærer, at det overlades til de nationale domstole at behandle krav som følge af overtrædelse af EU-retten efter egne processuelle regler.³ Kontroldirektiverne efterlader en række valgmuligheder til medlemsstaterne ved implementeringen, og i relation til spørgsmålet om erstatning er det alene angivet, at medlemsstaterne skal sikre, at det er muligt at få tilkendt erstatning.⁴ Kontroldirektiverne suppleres af de EU-retlige principper,

* Carina Risvig Hamer er professor i forvaltningsret og udbudsret ved Det Juridiske Fakultet i København. Hendes forskning omhandler reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter, herunder udbudsret, forvaltningsret og EU-ret. Hun har i flere år været sagkyndigt medlem af Klagenævnet for Udbud og har i perioden 2006-2013 været ansat ved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor hun bl.a. deltog i forhandlingerne af 2014-udbudsdirektiverne.

¹ I dette bidrag vil fokus være på udbudsdirektivet, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EUT L 94 af 28. marts 2014, s. 65, herefter refereret til som udbudsdirektivet. Betragtningerne vil dog også finde anvendelse ved overtrædelser af de øvrige udbudsdirektiver. Der refereres i dette bidrag blot til EU-ret, selvom det også dækker over EØS-retten.

² Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, som ændret ved bl.a. 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 (EU-Tidende nr. L 335 af 20. december 2007, s. 31) samt senest ved 2014-koncessionsdirektivet. I denne fremstilling anvendes termen *kontroldirektiverne* som en samlet betegnelse for begge direktiver. Såfremt der er tale om direktiv 2007/66/EF, vil der blive refereret til dette som *ændringsdirektivet*.

³ Der er dog en stigende tendens til at flere områder underlægges minimumskrav om håndhævelse og sanktioner på EU-plan. Således er håndhævelse af bl.a. dele af miljøområdet, visse immaterielle rettigheder og databeskyttelsesreglerne delvist reguleret på EU-niveau.

⁴ Kontroldirektivets art. 2, stk. 1, angiver, at: »Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i art. 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til: c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

herunder effektivitetsprincippet, der bl.a. indebærer, at erstatning skal være effektiv og afskrækkende.⁵ Både EU-Domstolen og EFTA-Domstolen har afsagt interessante afgørelser om erstatning for overtrædelser af udbudsreglerne.⁶ Retspraksis fra EU-Domstolen om erstatning har haft minimal indflydelse på dansk praksis om erstatning (hvis noget overhovedet). Hvorvidt der kan forventes større ændringer af dansk praksis i lyset af EU-Domstolens afgørelse fra juni 2024, C-547/22, *Ingsteel*, er formentlig også tvivlsomt.

Om erstatning bliver tildelt i de enkelte medlemsstater, varierer.⁷ Selv i Norden er der store forskelle. En *tese* i dette bidrag er, at disse forskelle ikke kun skal ses i lyset af de forskellige nationale erstatningsregler, men også må ses i kontekst af, at klagesystemerne varierer på mange væsentlige punkter, herunder både i relation til klageinstanser og potentielle sanktioner. Som dansk jurist vil hovedfokus i dette bidrag være dansk ret. De øvrige nordiske landes praksis vil alene blive inddraget, hvor kendskabet er der. Forskellene i håndhævelsen af udbudsreglerne og mulighederne for erstatning vil derimod danne grundlag for diskussionen i København til august 2024, hvor følgende spørgsmål kan forventes diskuteret:

- *Hvilke forskelle kan der identificeres i Norden om tildeling af erstatning?*
- *Hvad er de største forskelle i klagesystemerne?*
- *Hvad betragtes som effektiv håndhævelse i EU-retten, særligt i relation til erstatning og lever de enkelte lande op til dette?*
- *Ændrer EU-Domstolens afgørelse i C-547/22, Ingsteel på muligheden for at få tilkendt erstatning i de enkelte lande?*

I dette bidrag behandles indledningsvis spørgsmålet om, hvordan EU-retten påvirker mulighederne for at få tilkendt erstatning (afsnit 2), mens dansk praksis om erstatning er behandlet i afsnit 3. I afsnit 4 fremkommer med en række konklusioner, hvor det fremhæves og diskuteres, at erstatning ikke kan stå alene, men håndhævelse af udbudsreglerne skal ses som et samlet klagesystem.

⁵ Se fx C-14/83, *Sabine Von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen*, pr. 28.

⁶ C-547/22, *Ingsteel*. Generaladvokat *Collins* fremkom med sin udtalelse i sagen 7. december 2023.

⁷ Se fx særudgaven af *Public Procurement Law Review* redigeret af Steen Treumer »Damages for violations of the EC Procurement Rules«, *Public Procurement Law Review*, 2006, nr. 4, s. 159-240, Steen Treumer og François Lichère (red.) »Enforcement of the EU Public Procurement Rules« 2011, Djøf Forlag, Duncan Fairgrieve og François Lichère (red.) »Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy« 2011, Hart, Roxana Vornicú »Procurement Damages in the UK and France – Why So Different?: Revisiting the Issue in Light of the Fosen-Linjen Saga« *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 14, nr. 4, 2019, s. 222-229.

2. EU-rettens betydning for erstatning

Baggrunden for at fastsætte regler om håndhævelse af udbudsdirektiverne på EU-plan var, at der i en række medlemsstater ikke var regler, der sikrede en effektiv anvendelse af udbudsdirektiverne, herunder både i forhold til klagemuligheder samt sanktioner for overtrædelse af udbudsreglerne. Med ændringerne i ændringsdirektivet fra 2007 blev der sat endnu større fokus på at regulere klagemuligheder for det tidspunkt, hvor der endnu ikke var underskrevet kontrakt, hvormed overtrædelser i princippet kunne bringes til ophør (indførelse af standstill og automatisk opsættende virkning), ligesom det blev muligt at erklære en kontrakt for uden virkning.

Kontroldirektiverne overlader det til medlemsstaterne at tage stilling til, hvorvidt klager over en ordregivers påståede tilsidesættelse af udbudsreglerne, skal behandles ved domstolene eller ved et administrativt organ. I de fleste lande er det overladt til forskellige typer af domstole at tage stilling til overtrædelser af udbudsreglerne.⁸ Det følger alene af kontroldirektiverne art. 2, stk. 1, at medlemsstaterne skal sikre, at det er muligt at få tilkendt erstatning, mens det overlades til den enkelte medlemsstat at fastlægge de nærmere betingelser for, hvilke instanser der kan tilkende erstatning og betingelserne herfor.⁹ På trods heraf har EU-Domstolen i flere sager fortolket muligheden for at få tilkendt erstatning, hvilket der vil blive redegjort for nedenfor.

Siden vedtagelsen af kontroldirektiverne har det været diskuteret i litteraturen, om retten til erstatning efter kontroldirektiverne skulle give en større beskyttelse end, hvad der udspringer af EU-retten generelt,¹⁰ herunder hvad der kan udledes af EU-Domstolens praksis om medlemsstaternes erstatningsansvar med udgangspunkt i *Francovich*.¹¹ Praksis om medlemsstaternes erstatningsansvar begrundes i, at EU-rettens fulde virkning ville blive afsvækket, hvis borger ikke, under visse

⁸ Klager over udbudsreglerne indbringes for domstolene i Sverige. Finland har en særlig »Market Court«, der bl.a. behandler klager over udbudsreglerne. I Danmark behandler Klagenævnet for Udbud overtrædelser af udbudsreglerne mens der i Norge er mulighed for vejledede udtalelser ved KOFA, mens erstatningsspørgsmål behandles ved domstolene. For en gennemgang af en række andre udvalgte medlemsstaters klagesystem kan der henvises til Steen Treumer og François Lichère (red.) »Enforcement of the EU Public Procurement Rules« Djøf Forlag, 2011.

⁹ Erstatning kan evt. gøres afhængig af, at ordregiverens beslutning først er blevet annulleret, se ændringsdirektivets art. 2, stk. 6, hvoraf det fremgår: »Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.«

¹⁰ Se fx Sue Arrowsmith »Enforcing the Public Procurement Rules: Legal Remedies in the Court of Justice and the National Courts« in Sue Arrowsmith (red.) »Public Procurement in the European Community: Volume IV – Remedies for enforcing the Public Procurement rules« 1993, Earls Gate Press, s. 52, se også Henrik Leffler »Damages for liability for breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions« 2003, Public Procurement Law Review, nr. 4, s. 151-174, se særligt s. 154, og Steen Treumer »Basis and Conditions for a Damages Claim for breach of the EU Public Procurement Rules« i Duncan Fairgrieve og François Lichère (red.) »Public Procurement Law: Damages as an effective Remedy« 2011, Hart, s. 161, der henviser til en række andre forfattere i fodnote 77.

¹¹ C-6/90 & 9/90, *Andrea Francovich*. Se også forenede sager C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du pêcheur*, pr. 31 og 51, og C-445/06, *Danske Slagterier mod Tyskland*, pr. 19 og 20.

betingelser, kan opnå erstatning, såfremt deres rettigheder er blevet krænket ved tilsidesættelse af EU-retten.¹² Det er fast praksis at betingelserne for at borgere, der har lidt et tab på grund af en tilsidesættelse af EU-retten, der må tilregnes medlemsstaterne kan sammenfattes til:

- 1) Den EU-retlige bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge borgerne rettigheder,
- 2) tilsidesættelsen af den EU-retlige bestemmelse er tilstrækkeligt kvalificeret, og
- 3) der er en direkte årsagsforbindelse mellem denne tilsidesættelse og borgernes tab.¹³

Det er senest med *Ingsteel* slået fast, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør en konkretisering af disse principper.¹⁴ EU-Domstolen har tidligere haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om erstatning i række andre udbudssager.¹⁵

I *Strabag*¹⁶ havde den virksomhed, der havde fået tildelt kontrakten, afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, og spørgsmålet var, om Strabag, der havde afgivet det næstbedste tilbud, kunne få tildelt erstatning, og i den forbindelse, om erstatning var betinget af, at der forelå culpa. EU-Domstolen angav indledningsvis, at spørgsmålet om erstatning er overladt til medlemsstaterne,¹⁷ men også, at medlemsstaternes fastlæggelse af erstatning skal ske ved iagttagelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. På baggrund heraf konkluderede EU-Domstolen, at erstatning »ikke (...) kan afhænge af en vurdering af, om den ordregivende myndigheds omhandlede adfærd er culpøs eller ej«. ¹⁸ Med sin afgørelse i *Strabag* fastslog EU-Domstolen altså, at der ikke i national ret må opstilles et krav om culpa som betingelse for ordregivende myndigheders erstatningsansvar for overtrædelse af udbudsreglerne.

¹² Ibid. pr. 33.

¹³ Se bl.a. C-620/17, *Hochtief*, pr. 35 og praksis citeret heri.

¹⁴ C-547/22, *Ingsteel*, pr. 35. Se også C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*, pr. 87.

¹⁵ I C-275/03, *Kommissionen mod Portugal*, fandt EU-Domstolen, at en portugisisk regel om, at erstatning afhang af, om ordregiveren havde handlet svigagtigt, var i strid med kontroldirektivet.

¹⁶ C-314/09, *Stadt Graz mod Strabag AG m.fl.*

¹⁷ C-314/09, *Stadt Graz mod Strabag AG m.fl.*, pr. 34: »Mens gennemførelsen af art. 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 [dvs. kravet, om at erstatning skal være tilgængelig i medlemsstaterne] principielt henhører under princippet om medlemsstaternes processuelle autonomi, der begrænses af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, skal det imidlertid undersøges, om denne bestemmelse – fortolket i lyset af den generelle sammenhæng, som en klageadgang med henblik på tilkendelse af skadeserstatning indgår i, og klageadgangens generelle formål – er til hinder for, at en national retsforordning som den, der er omhandlet i hovedsagen, på de betingelser, der er gengivet i denne doms præmis 30, betinger en sådan tildeling af, at den ordregivende myndighed har overtrådt bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter culpøst.«

¹⁸ C-314/09, *Stadt Graz mod Strabag AG m.fl.*, pr. 44.

Kort efter afgørelsen i *Strabag* havde EU-Domstolen endnu en præjudiciel forelæggelse, der relaterede sig til erstatning ved overtrædelser af udbudsretten. I *Spijker*¹⁹ fandt EU-Domstolen, at kontroldirektivets art. 2 c, (dvs. kravet om, at erstatning skal være tilgængelig i medlemsstaterne) »... udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten.«²⁰ Herefter udtalte EU-Domstolen sig i overensstemmelse med praksis på området for medlemsstaternes erstatning. I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer den enkelte medlemsstat at fastsætte de nærmere kriterier, for erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser. Når disse betingelser skal fastsættes, er det fast retspraksis, at processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne har i medfør af EU-retten, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet). De må heller ikke gøre det umuligt i praksis eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet).²¹ EU-Domstolen konkluderede således, at »... for så vidt angår statens ansvar for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten, har skadelidte borgere en ret til erstatning, såfremt den EU-retlige bestemmelse, der er tilsidesat, har til formål at tillægge dem rettigheder, at tilsidesættelsen af denne bestemmelse er tilstrækkeligt kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem denne tilsidesættelse og borgernes tab. I fravær af EU-retlige bestemmelser på området tilkommer det den enkelte medlemsstat i sit retssystem, når disse betingelser er opfyldt, at fastsætte de kriterier, hvorefter erstatning for tilsidesættelse af de EU-retlige udbudsbestemmelser skal fastsættes og vurderes, for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet er iagttaget.«²²

Spijker blev afsagt kort tid efter *Strabag* af andre dommere og de to sager stemmer ikke overens. Retsstillingen har således også været diskuteret en del i den juridiske litteratur.²³ Som anført af *Treumer*: »Consequently, the state of law remains blurred after the two recent judgments« og »Presumably, the Member States will uphold their different national approaches until the EU law

¹⁹ C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*.

²⁰ C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*, pr. 87.

²¹ *Ibid.*, præmis 90-91.

²² *Ibid.*, præmis 92.

²³ Se fx Roberto Caranta »Many Different Paths, but are They All Leading to Effectiveness?« i Steen Treumer og François Lichère (red.) »Enforcement of the EU Public Procurement Rules« Djøf Forlag, 2011, s. 73. Se også Steen Treumer »Basis and Conditions for a Damages Claim for breach of the EU Public Procurement Rules« i Duncan Fairgrieve og François Lichère (red.) »Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy« Hart, 2011, s. 160.

limitations have been clarified in the case law from the Court of Justice.«²⁴ Som anført ovenfor har EU-Domstolen med *Ingsteel* endnu en gang påpeget, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør en konkretisering af disse principper.²⁵

EFTA Domstolen har i den samme sag afsagt to afgørelser om ansvarsgrundlaget for erstatning, i de norske sager *Fosen-linjen I*²⁶ og *II*.²⁷ I *Fosen-linjen I* konkluderede EFTA Domstolen, at simple overtrædelser af udbudsreglerne i sig selv var nok til at udløse erstatningsansvar, mens Domstolen i *Fosen-linjen II* kom til det modsatte resultat og henviste til bl.a. praksis for medlemsstaternes erstatningsansvar om, at overtrædelser skal være tilstrækkeligt kvalificerede.²⁸

Fosen-linjen I skabte en del diskussion i flere medlemsstater,²⁹ men fra dansk side har interessen for sagen været minimal. Den norske domstol valgte ikke at følge EFTA-Domstolens afgørelse i *Fosen-linjen I* og henviste i stedet til den norske højesterets afgørelse i sagen Rt-2001-1062 (Nucleus), der havde fundet, at ansvarsgrundlaget for erstatning i udbudssager indebærer en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse med henvisning til praksis om medlemsstaternes erstatningsansvar (Francovich-doktrinen). *Fosen-linjen* blev anket til den norske højesteret, der stillede EFTA-Domstolen et nyt spørgsmål, denne gang med vægt på, om en simpel overtrædelse vil kunne indebære et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag. Herefter kom EFTA-Domstolen i *Fosen-linjen II* til det modsatte resultat og henviste til bl.a. praksis for medlemsstaternes erstatningsansvar i pr. 120: »Kravet om tilstrækkelig kvalificeret brudd som minstandard anses som tilstrækkelig til å ivareta enkeltpersoners rettigheter siden dette er den terskel som anvendes for tilkjenning av erstatning for skader som følge av manglende handling fra EØS-statenes side.« Højesteret fandt, at ordregiverens annullation af udbuddet var berettiget med henvisning til bl.a. at der ikke var krævet dokumentation for tildelingskriteriet om miljø. Dermed manglede der årsagsforbindelse, hvorefter *Fosen-Linjen* ikke fik tilkendt positiv opfyldelsesinteresse. Dette er desuden helt på linje med dansk

²⁴ »Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues« i Steen Treumer og François Lichère (red.) »Enforcement of the EU Public Procurement Rules« Djøf Forlag, 2011, s. 39

²⁵ C-547/22, *Ingsteel*, pr. 35. Se også C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*, pr. 87.

²⁶ EFTA-Domstolens dom af 31.10.2017, *Fosen-Linjen mod AtB* (E-16/16, EFTA Court Report 2017, herefter »Fosen-Linjen I«).

²⁷ EFTA-Domstolens dom af 1.8.2019, *Fosen-Linjen mod AtB* (E-7/18, EFTA Court Report 2019; herefter »Fosen-Linjen II«).

²⁸ For uddybning om sagen og dens mulige konsekvenser se om sagen i særudgaven af *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2019, nr. 4, s. 209-261.

²⁹ Se fx Albert Sanchez-Graells »You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law After the EFTA Court's Fosen-Linjen Opinion« [2018] *Nordic Journal of European Law* 1, nr. 1, 1-23, Totis Kotsonis »Case E-16/16, Fosen-Linjen AS and AtB: An EFTA Court case clarifying key aspects of EU procurement legislation« [2018] *Public Procurement Law Review*, 27, nr. 2, NA60-NA69.

praksis om, at hvis et udbud ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, vil der ikke kunne tilkendes positiv opfyldelsesinteresse (se herom i afsnit 3.1). Højesteret fandt desuden, at ansvarsgrundlaget for hhv. positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse måtte være ens. Fosen Linjen fik tildelt negativ kontraktsinteresse. Højesteret udtalte dog først, at det manglende krav om dokumentation havde været kendt for tilbudsgiverne, men henviste derefter til, at Fosen-Linjen havde spurgt ind til kravet flere gange under udbudsprocessen. Samlet set er resultatet ikke så overraskende fra et dansk perspektiv, idet konklusionen i sagen ud fra dansk rets almindelige principper om erstatning formentlig ville have været det samme.³⁰

I juni 2024 kom EU-Domstolen med en længe ventet afgørelse om erstatning i sagen C-547/22, *Ingsteel*, der udover at slå fast at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør en konkretisering af betingelserne for medlemsstaternes erstatningsansvar ved at tilsidesætte EU-retten,³¹ også indeholder betragtninger om muligheden for erstatning i tilfælde, hvor en virksomhed ikke kan dokumentere et egentlig tab, men alene har tabt muligheden for at få tildelt kontrakten. Sagen omhandler et udbud af en rammeaftale med en leverandør, hvor virksomheden Ingsteel var blevet afvist i udbudsprocessen med henvisning til, at de ikke levede op til nogle økonomiske egnethedskrav. EU-Domstolen fandt i en tidligere sag,³² at dette var uberettiget, og Ingsteel ønskede nu at blive tildelt erstatning. Det præjudicielle spørgsmål i sagen omhandlede, hvorvidt det følger af EU-retten, at ordregivere er forpligtet til at yde erstatning for tab af mulighed (loss of opportunity), når en virksomhed uberettiget er blevet udelukket fra et udbud, uden at tilbuddet er blevet evalueret. Generaladvokat Collins præciserede i sit forslag til afgørelse fra 7. december 2023, at kontroldirektiverne alene indeholder minimumsbetingelser til de nationale klagesystemer, og at erstatning ikke er et selvstændigt, ensartet begreb i EU-retten, men må fastsættes nationalt. De nationale regler skal overholde ækvivalens- og effektivitetsprincippet, hvor sidstnævnte »... kan være til hinder for, at en medlemsstats retsorden undtager visse erstatningskrav in limine.« Collins konkluderede herefter, at »I overensstemmelse med effektivitetsprincippet kan en national ret ikke påberåbe sig en praksis, hvorefter en tilbudsgiver, som ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, er forhindret i at gøre erstatningskrav gældende for tab af muligheden for at opnå den relevante kontrakt.« EU-Domstolen lagde sig på linje med generaladvokat Collins og

³⁰ For uddybning af norsk praksis og Fosen-Linjen, se Dag Sørli Lund »The Fosen-Linjen Saga – a Norwegian perspective« [2019] *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 14, nr. 4, s. 230-240.

³¹ C-547/22, *Ingsteel*, pr. 35. Se også C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe*, pr. 87.

³² Se C-76/16, *Ingsteel og Metrostav*.

konkluderede, at kontroldirektivets krav i art. 2, stk. 1, litra c), om at erstatning skal være tilgængelig ved overtrædelser af udbudsreglerne, skal fortolkes således, at den er til hinder for at nationale regler (eller praksis) udelukker »muligheden for, at en tilbudsgiver, som er blevet udelukket fra en offentlig udbudsprocedure på grund af en ulovlig afgørelse fra den ordregivende myndighed, kan få erstatning for det tab, der er lidt som følge af den fortabte mulighed for at deltage i denne procedure med henblik på at opnå den pågældende kontrakt.« Konklusionen i sagen kan have stor betydning for praksis i mange medlemslande, men særligt i medlemslande, hvor der ikke er tradition for, at erstatning gives for tab af muligheder, men hvor virksomheder i stedet skal kunne dokumentere et egentlig tab, som følge af ordregivers manglende overholdelse af udbudsreglerne. Dette i hvert fald hvis sagen skal læses således, at der er krav om, at der i de enkelte medlemsstater skal kunne opnås erstatning for tab af muligheder ("loss of opportunity"). Af mere praktisk karakter stiller sagen naturligvis også en række spørgsmål om, hvordan sådan en erstatning vil skulle beregnes.³³

I min optik skal afgørelsen ses i lyset af den samlede håndhævelse i den pågældende medlemsstat. Har en medlemsstat således korte klagefrister, effektive muligheder for opsættende virkning, en hurtig sagsbehandling ved retsinstanserne før kontrakt underskrives etc., vil erstatning i sådanne en situation ikke nødvendigvis komme på tale. Dette understøttes af, at EU-Domstolen også udtaler, at EU-lovgiver har tiltænkt erstatning som værende det sidste retsmiddel ved tilsidesættelse af udbudsreglerne (pr. 37). Erstatning kommer kun på spil, hvis en virksomhed reelt er blevet frataget muligheden for at drage fordel af den effektive virkning af et andet retsmiddel som fx opsættende virkning, annullation af tildelingsbeslutningen m.v. I Danmark vil et retsmiddel i en sådan situation være annullation af tildelingsbeslutningen (og ikke blot annullation af beslutningen om udelukkelse), hvorefter udbudslovens § 185, stk. 2, så vil betyde at kontrakten/rammeaftalen skulle bringes til ophør. Dette vil formentlig være tilstrækkeligt effektivt, da konkurrencesituationen således potentiel vil kunne genskabes ved et nyt udbud. I et udbud med prækvalifikation er der i dansk ret indført en kort klagefrist, hvilket kunne overvejes kombineret med et krav om automatisk opsættende virkning ved klage over ikke at være blevet prækvalificeret. Der findes allerede i dag gode eksempler fra Klagenævnet for Udbud, hvor en virksomhed skulle have været prækvalificeret og efter Klagenævnets afgørelse bliver inddraget i udbuddet igen.³⁴ *Ingsteel* giver således anledning til at

³³ Flere afgørelser fra Retten efter Finansforordningen kan være til inspiration. Se generaladvokat Collins udtalelse i sagen, pr. 40 og de heri nævnte fodnoter.

³⁴ Kendelse af 7. april 2021, *Babcock Scandinavian Air Ambulance AB mod Region Midtjylland m.fl.*, hvor klager uberettiget ikke var blevet prækvalificeret. Klagenævnet udtalte om uopsættelighedsbetingelsen bl.a.: »Babcock SAA har derfor ikke efter de almindelige erstatningsregler mulighed for at opnå økonomisk kompensation, hvis Babcock SAA ved en endelig afgørelse får medhold i klagen. Babcock SAA har således ikke afgivet tilbud og vil derfor ikke kunne

overveje strukturen i klagesystemet og om mulighederne for at få tilkendt erstatning i dag er tilstrækkelig effektiv.

3. Dansk ret om erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne

I dansk ret er kontroldirektivet implementeret i klagenævnsløven, hvor klagenævnsløvens § 14 omhandler Klagenævnet for Udbud kompetence til at tildele klager erstatning for tab, som denne har lidt, som følge af en ordregiveres overtrædelse af udbudsreglerne.³⁵ Klagenævnet for Udbud afsiger relativt få afgørelser om erstatning.³⁶ Klagenævnets afgørelser kan indbringes for domstolene, der anvender de samme erstatningsbetingelser som klagenævnet.³⁷ Klagenævnet for Udbud kan ikke tage stilling til erstatning i eventuelle kontraktmæssige spørgsmål, der måtte være mellem ordregiver og ordregiverens kontraktpart fx i tilfælde af, at en kontrakt bliver ophævet eller i relation til misligholdelse af kontrakten.³⁸

3.1. Erstatningsbetingelser³⁹

Klagenævnsløvens § 14 giver alene Klagenævnet kompetence til at kunne tildele erstatning, men angiver ikke yderligere ift. betingelserne for at få erstatning. I lovbemærkningerne er det anført, at erstatning for overtrædelser af udbudsreglerne afhænger af dansk rets almindelige erstatningsbetingelser.⁴⁰ Dansk rets almindelige erstatningsregler har imidlertid ikke det samme indhold på alle retsområder,⁴¹ ligesom erstatningsbetingelserne for overtrædelse af udbudsreglerne

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 Babcock SAA.«

³⁵ Klagenævnet for Udbud fik kompetence til at behandle spørgsmål om erstatning ved lov nr. 415 af 31. maj 2000.

³⁶ I både 2023 og 2022 afsagde klagenævnet blot to kendelser om erstatning. I enkelte tilfælde vil erstatningsspørgsmålet i sager, hvor klageren har fået helt eller delvist medhold ved klagenævnets materielle kendelse (eller kendelse om opsættende virkning), løses uden om klagenævnet, således at parterne indgår forlig i stedet for at afvente klagenævnets erstatningskendelse.

³⁷ Et eksempel på en sag er Østre Landsrets dom af 3. maj 2018, Direktoratet for Kriminalforsorgen mod Kai Andersen A/S, der vedrører klagenævnets kendelser af 18. maj og 19. november 2015. Her blev klager tillagt erstatning for positiv opfyldelsesinteresse ved klagenævnet på 6 mio. kr., der blev forhøjet af byretten til 8,7 mio. kr. og igen justeret af landsretten til 4. mio. kr. Forløbet er et godt eksempel på, at størrelsen af erstatningen fastsættes skønmæssigt.

³⁸ Klagenævnet kan dog tilkende klager erstatning, hvis klagenævnet er tillagt kompetence hertil i anden lovgivning, jf. lovens § 1, stk. 3, se fx kendelse af 9. maj 2011, Falck Danmark A/S mod Brand og Redning Djursland.

³⁹ I dette bidrag behandles erstatningsbetingelsernes anvendelse i dansk ret, mens erstatningsopgørelsen samt processuelle spørgsmål i relation til erstatning er udeladt af dette bidrag, se herom Carina Risvig Hamer, Lov om Klagenævnet for Udbud – med kommentarer, 2. udgave, Djøf Forlag, 2020.

⁴⁰ Af lovforslaget til klagenævnsløven, lovforslag L 110 FT 2009-10, fremgår: »Hvorvidt der i en given sag er grundlag for at tilkende en klager erstatning afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler.«

⁴¹ Se fx Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.), Offentlige myndigheders erstatningsansvar, Djøf Forlag, 2017, om offentlige myndigheders erstatningsansvar inden for forskellige retsområder.

også må fortolkes i lyset af EU-retten (se herom i afsnit 2). På udbudsområdet kan dansk rets almindelige erstatningsbetingelser sammenfattes til følgende:

- 1) Der skal foreligge et ansvarsgrundlag
- 2) Den erstatningssøgende tilbudsgiver skal have lidt et økonomisk tab
- 3) Der skal være årsagssammenhæng mellem den af ordregiver begåede (ansvarspådragende) fejl og den erstatningssøgende tilbudsgivers tab.
- 4) Adækvans. Betingelsen om adækvans, dvs. at tabet er en påregnelig følge af ordregiverens ansvarspådragende handling, har dog ikke spillet den store rolle i udbudsretlig sammenhæng.

Derudover kan forhold som egen skyld,⁴² passivitet og accept af risiko til tider også være relevante at inddrage i relation til erstatning herunder kan disse forhold også have betydning for erstatningsstørrelsen som ofte fastsættes skønsmæssigt.⁴³

Betingelse 1) Ansvarsgrundlag

For at erstatning kan komme på tale, skal der foreligge et ansvarsgrundlag og indebærer først og fremmest at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne. Efter EU-Domstolens praksis, senest Ingsteel sagen, indebærer dette at overtrædelser skal være tilstrækkelig kvalificerede. Dansk praksis refererer ikke til en sådan betingelse, men i praksis skal overtrædelserne være væsentlige og konkret have haft betydning for valget af tilbudsgiver. I realiteten er overtrædelser, der fører til erstatning i dansk ret formentlig kvalificerede overtrædelser uden at Klagenævnet konkret anvender terminologien. Ikke alle overtrædelser af udbudsreglerne kan således føre til erstatning.⁴⁴ Det vil oftest være sådan, at

⁴² Egen skyld kunne muligvis foreligge i den situation, hvor klageren selv har afgivet et ukonditionsbærende tilbud. I en sådan situation vil klageren ikke kunne godtgøre, at klager har lidt et tab, da denne aldrig ville have fået tildelt kontrakten, uanset at ordregiveren har begået grove fejl, se fx kendelse af 7. maj 2014, DUBA-B8 A/S mod DONG Energy Oil & Gas. Klageren er dermed »selv skyld i« at have afholdt udgifter forbundet med deltagelse i udbudsproceduren. Egen skyld kan også tillægges betydning, hvis tilbudsgiveren var bekendt med, at der var sket en overtrædelse, men valgte at afgive tilbud alligevel. Se også kendelse af 21. februar 2007, MT Højgaard m.fl. mod Frederiksborgcentret, hvor klagenævnet udtalte, at da klageren var »professionelle entreprenørfirmaer med ekspertise på udbudsområdet« burde disse vide, at udbuddet var afholdt i strid med udbudsreglerne på det tidspunkt, hvor de afgav tilbud, hvorfor de ikke kunne kræve erstatning. Dermed var det klagers egen skyld, at de valgte at afgive et tilbud.

⁴³ Om udmåling af erstatning se Rasmus Bogetoft & Rasmus Horskjær Nielsen, Erstatning til forbigået tilbudsgiver: – En analyse af tendenser i praksis med udgangspunkt i Eksponent-sagen, Juristen, 2022(4/5), s. 162–173.

⁴⁴ I kendelse af 8. marts 2005, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, udtalte klagenævnet, at det forhold, at ordregiveren har overtrådt EU-udbudsreglerne, »... indebærer ikke, at udbyderen derved automatisk har pådraget sig erstatningsansvar over for tilbudsgiverne under udbuddet.«

erstatning først kommer på tale i de tilfælde, hvor klagenævnet har annulleret ordregiverens tildelingsbeslutning.⁴⁵

Tidligere har det været opfattelsen i Danmark, at ansvarsgrundlaget i udbudssager var culpa.⁴⁶ I EU-Domstolens dom *Strabag*, der er omtalt ovenfor afsnit 2, fandt EU-Domstolen dog, at der ikke i national ret må opstilles et krav om culpa som betingelse for ordregivende myndigheders erstatningsansvar for overtrædelse af udbudsreglerne. Culpa vil derfor ikke kunne være ansvarsgrundlaget i udbudssager. Det kan derfor virke forvirrende, når Klagenævnet for Udbud fortsat i nogle sager henviser til culpa.⁴⁷ I de fleste erstatningssager vil Klagenævnet for Udbud dog blot konstatere, at der er tale om en overtrædelse af udbudsregler, der medfører, at ordregiver har handlet ansvarspådragende.⁴⁸ Det sker dog også, at Klagenævnet tilføjer lignende formuleringer som: »Efter karakteren af overtrædelsen, (...) har [ordregiver] handlet ansvarspådragende.«⁴⁹ En anden formulering fra Klagenævnet er: »Det er ubestridt, at de konstaterede udbudsretlige overtrædelser udgør et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag til at kunne begrunde erstatning.«⁵⁰

Ansvarsgrundlaget ved krav om erstatning af forgæves afholdte tilbudsomkostninger er det samme som ansvarsgrundlaget ved erstatning af den mistede fortjeneste. I praksis er det alene muligt at få tildelt erstatning hvis klagenævnet har annulleret ordregiverens tildelingsbeslutning.⁵¹ Som udgangspunkt vil der foreligge et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag, når der begås fejl i forbindelse med udvælgelsen af virksomheder (prækvalifikation) eller ved tilbudsevalueringen, herunder når der

⁴⁵ Se også Kirsten Thorup »Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud« i Steen Treumer (red.) »Udbudsloven« Ex Tuto Publishing, 2016, s. 679, der angiver, at annulering af tildelingsbeslutning hidtil ikke har båret megen realitet, bortset fra, at »det har været betingelsen sine non qua for, at klageren efterfølgende vil kunne opnå erstatning.« Har klagenævnet således annulleret ordregiverens tildelingsbeslutning, foreligger der et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag.

⁴⁶ Se fx Torkil Høg »Udbudsretlige erstatningsspørgsmål« Djøf Forlag, 2005, der anfører, at »ansvarsgrundlaget er culpa ...«. Claus Berg, »Udbudsret i Byggeriet« Djøf Forlag, 2012, s. 892, anfører, at der som udgangspunkt skal anlægges en culpabedømmelse, men at denne på udbudsområdet efter retspraksis fra EU-Domstolen og Højesteret er blevet objektiveret. Berg angiver, at der er tale om: »En så streng ansvarsnorm, at grundlaget nærmere sig objektivt ansvar.«

⁴⁷ Se kendelse af 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark, hvor klagenævnet kort udtalte: »Som fastslået er kravet om »culpa« opfyldt.« Se også kendelse af 4. oktober 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland

⁴⁸ Seneste erstatningsafgørelse er fra marts 2024, hvor det blot anføres »Klagenævnet har ved kendelse af 29. august 2023 konstateret, at REFA handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Ejner Hessel, på trods af at Ejner Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys. REFA har herved handlet ansvarspådragende.« Se også fx kendelse af 20. december 2017, Tunstall A/S mod Herlev Kommune.

⁴⁹ Kendelse af 25. juni 2019, Justesen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S. Samme formulering ses anvendt i fx kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune

⁵⁰ Jf. kendelse af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen. Eller kendelse af 2. april 2020, MGB Entreprise mod Københavns Kommune. »Det er på denne baggrund bevist, at Københavns Kommune har handlet ansvarspådragende.«

⁵¹ Kirsten Thorup »Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud« i Steen Treumer (red.) »Udbudsloven« Ex Tuto Publishing, 2016, s. 679, bemærker, at annulering af tildelingsbeslutning hidtil ikke har båret megen realitet, bortset fra, at »det har været betingelsen sine non qua for, at klageren efterfølgende vil kunne opnå erstatning.«

anvendes ulovlige eller uegnede tildelingskriterier, og når der antages ukonditionsmæssige eller ufuldstændige tilbud.⁵² Særligt når ordregiveren begår fejl i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud, vil der foreligge et ansvarsgrundlag. Et ufuldstændigt eller fejlbehæftet udbudsmateriale vil ofte også være ansvarspådragende. Omvendt vil visse formelle overtrædelser af udbudsreglerne fx en mangelfuld begrundelse eller manglende angivelse af klagefrister etc. ikke kunne indebære et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag til erstatning.

Klagenævnet kan undlade at tage stilling til, om der foreligger et ansvarsgrundlag i situationer, hvor det ligger fast, at klager ikke vil kunne opnå erstatning, allerede fordi der ikke foreligger årsagsforbindelse eller ved egen skyldsbetragtninger. Dette var fx tilfældet i kendelse af 4. november 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen, hvor ordregiveren ikke havde været berettiget til at anvende proceduren udbud med forhandling. Klagenævnet henviste til, at klager kendte til overtrædelserne men havde valgt at deltage i udbuddet med forhandling alligevel. Klagenævnet bemærkede om ansvarsgrundlaget: »Det bemærkes, at stillingtagen til, om overtrædelserne under de omstændigheder, der er beskrevet i kendelsen af 11. marts 2014, er tilstrækkelig kvalificeret til at kunne danne grundlag for klagerens krav om erstatning, er uforholdsmæssig i en situation som den foreliggende, hvor det ligger fast, at klageren deltog i de to udbud med forhandling, og der således ikke er årsagsforbindelse mellem overtrædelserne og klagerens tab.«

Betingelse 2) Økonomisk tab

For at opnå erstatning skal klager skal først og fremmest have lidt et tab. Har den forbigåede tilbudsgiver et tab ved ikke at have vundet kontrakten og kan bevise, at han ville have vundet et korrekt afholdt udbud, vil tabet kunne opgøres som positiv opfyldelsesinteresse. Har tilbudsgiveren et tab for udgifter, pga. at denne har deltaget i en udbudsproces, vil tabet kunne opgøres som den negative kontraktinteresse.⁵³

Virksomheder, der ikke har deltaget i et udbud, vil have svært ved at dokumentere et tab, da de ikke har haft omkostninger ved at deltage og ligeledes ikke vil kunne have fået kontrakten.

⁵² Det kan både være den situation, hvor tilbudsgiveren ikke levede op til ordregiverens fastsatte krav, og hvor tilbudsgiveren fx har taget forbehold, der ikke kunne prissættes, jf. Højesterets dom U 2012.2952 H, Montaneisen GmbH (European Land Solutions Ltd.) mod Kystdirektoratet, hvor Kystdirektoratet havde overtrådt udbudsreglerne ved at have antaget et tilbud med forbehold og var erstatningsansvarlig for det tab, en anden tilbudsgiver derved havde lidt. Se også kendelse af 25. januar 2010, J.H. Schultz mod Kulturarvsstyrelsen, om indgåelse af kontrakt med ukonditionsmæssig tilbudsgiver, samt Højesterets dom i U 2011.1955 H, Amager Strandpark, om et forbehold, der var prissat for lavt.

⁵³ Tilbudsgiveren kan alene få dækket sit tab efter en af disse udmålingsprincipper. Bevisbyrden for, i hvilket omfang klageren har lidt et tab, påhviler klageren, i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler, se fx kendelse af 13. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune.

Det kan derfor diskuteres, om sådanne virksomheder kan siges at have lidt et tab. Kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat, omhandlede en situation, hvor Forlaget Magnus ikke havde afgivet et tilbud, da udbudsbetingelserne blev anset for så uklare, at man ikke fandt det muligt at udforme et tilbud. Forlaget havde dog deltaget undervejs i udbudsprocessen og anmodet ordregiveren om at afklare forhold. Klager fik tildelt erstatning for den negative kontraktinteresse. Modsat fandt Vestre Landsret i U 2012.3232 V: »AV Form A/S har ikke afgivet tilbud. Der er under disse omstændigheder ikke grundlag for at yde erstatning i anledning af et afholdt tidsforbrug eller for udgiften til advokatbistand. Arbejdet ligger således inden for rammerne af det arbejde, der er forbundet med en sædvanlig drift af en virksomhed af den omhandlede type. Den omstændighed, at virksomheden har valgt at søge eksternt bistand, kan ikke føre til et andet resultat.«

Har en ordregiver ikke afholdt et udbud, vil en virksomhed ikke kunne dokumentere et tab, da den ikke kan bevise, at den ville have vundet kontrakten, hvis ordregiveren havde afholdt et udbud, ligesom der ikke vil være omkostninger forbundet ved manglende deltagelse i et udbud. I min optik ændrer EU-Domstolens afgørelse i *Ingsteel* ikke herpå, da der for en sådan situation eksisterer mulighed for, at kontrakten kan erklæres for uden virkning, hvormed konkurrencesituationen kan blive skabt i et potentielt genudbud.

Betingelse 3) Årsagssammenhæng

Kravet om årsagssammenhæng betyder, at den erstatningssøgende tilbudsgiver skal kunne bevise, at den fejl, som ordregiveren har begået, er årsag til det tab, som tilbudsgiveren har lidt. Har tilbudsgiveren således haft kendskab til fejlene fra starten af udbudsprocessen, vil kravene om erstatning ikke have den fornødne årsagssammenhæng.⁵⁴

En tilbudsgiver, der opfylder betingelserne for at få erstattet den mistede fortjeneste, vil også altid opfylde betingelserne for at få erstattet de forgæves afholdte omkostninger til afgivelse af et tilbud, jf. FED 1996.1999 ØLD (Storebælt-sagen). En tilbudsgiver, der er berettiget til erstatning af den mistede fortjeneste, bør dog kun vælge at kræve erstatning af tilbudsomkostningerne, hvor

⁵⁴ Jf. fx kendelse af 21. maj 2014, Svenningsens Maskinforretning A/S mod Forsvarets Materieltjeneste, hvor klagenævnet fandt, at »De overtrædelser, der er konstateret, er overtrædelser, som klageren ved tilbudsafgivelsen kendte eller burde kende til, hvorfor der ikke er den fornødne årsagsforbindelse. Kravet om årsagssammenhæng er derfor ikke opfyldt. I samme retning kendelse af 19. december 2013, Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune, hvor klager ikke fik negativ kontraktinteresse, da begge overtrædelser, ordregiver havde begået, var overtrædelser, som klager kendte eller burde kende (ordregiverens overtrædelse bestod i at havde opfordret tilbudsgiverne til at tilbyde flere produkter, end der var plads til på tilbudsskema, samt som svar på et stille spørgsmål havde opgivet uklare og ikke entydige kvantiteter pr. produkttype, jf. tilbudsskema 1, delaftale 1). Se også kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune.

tilbudsgiveren har kalkuleret med ingen fortjeneste eller med en meget lav fortjeneste, og hvor omkostningerne ved deltagelse i udbudsprocessen samtidig har vist sig at være uventet høje.

En tilbudsgiver, der ikke kan bevise, at kontrakten ville have været tildelt den pågældende, hvis ordregiver ikke havde tilsidesat udbudsreglerne, kan udelukkende kræve erstatning af de forgæves afholdte omkostninger til afgivelse af tilbud (den negative kontraktinteresse).

Ved tildeling af erstatning for den mistede fortjeneste skal tilbudsgiveren stilles, som om han var blevet tildelt kontrakten. En tilbudsgiver, der kan bevise, at denne ville have vundet (og fået tildelt) kontrakten, kan opnå erstatning for den positive opfyldelsesinteresse.⁵⁵ Ved erstatning for den mistede fortjeneste vil kravet om årsagssammenhæng som udgangspunkt være opfyldt, hvis:

1. Den erstatningssøgende tilbudsgiver lovligt kunne tildeles kontrakten på grundlag af det afgivne tilbud (udbuddet skal kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning), og
2. den erstatningssøgende tilbudsgiver kan bevise, at kontrakten i mangel af de af ordregiver begåede fejl skulle have været tildelt den erstatningssøgende tilbudsgiver,⁵⁶ og
3. ordregiver ikke kan bevise, at ordregiver konkret og af lovlige grunde ikke ville have tildelt den erstatningssøgende tilbudsgiver kontrakten, fx ved at ville have annulleret udbuddet⁵⁷

I særlige tilfælde vil grovheden af ordregiverens overtrædelse muligvis kunne spille ind på bevisbyrden. Netop det forhold, at der ikke vil foreligge årsagsforbindelse i de situationer, hvor ordregiver har pligt til at annullere sit udbud, medfører dog, at klager i en klagesag nøje må overveje, hvilke overtrædelser klager vil gøre gældende, og hvilke sanktioner klager vil anmode klagenævnet om at anvende.

⁵⁵ Det er således ikke muligt, at to tilbudsgivere begge kan få dækket deres positive opfyldelsesinteresse, da der kun vil kunne være én virksomhed, der kan dokumentere, at denne ville have vundet kontrakten. Se fx J.H. Schultz Information A/S mod Skat og Skat mod Magnus Informatik A/S, Østre Landsrets dom af 5. marts 2009, hvor to forbigående tilbudsgivere forsøgte at opnå at få positiv opfyldelsesinteresse, hvilket de ikke fik tildelt. I stedet fik de tildelt negativ kontraktinteresse.

⁵⁶ I praksis er det tilstrækkeligt, såfremt tilbudsgiver kan sandsynliggøre, at kontrakten skulle være tildelt den pågældende. Praksis stiller således ikke krav om, at tilbudsgiver skal kunne dokumentere, at han ville være blevet tildelt kontrakten, hvis ordregiver ikke havde tilsidesat udbudsreglerne.

⁵⁷ Efter Højesterets afgørelse i Montaneisen GmbH (tidligere European Land Solutions Ltd.) mod Kystdirektoratet (U 2012.2952 H) ligger det fast, at det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ordregiveren ville have annulleret udbuddet, hvis den forbigående klager ville have vundet udbuddet. Højesteret udtalte: »Højesteret finder, at det må påhvile Kystdirektoratet, som har overtrådt udbudsreglerne ved ikke at afvise Minegruppens tilbud, at sandsynliggøre, at man, hvis Minegruppens tilbud var blevet afvist, ikke ville have antaget Montaneisens tilbud, men ville have annulleret udbuddet.« Dommen er senere blevet gentaget i klagenævnets praksis, se fx kendelse af 6. december 2012, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte og kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune.

Kravene til den fornødne årsagssammenhæng, når der skal tildeles erstatning for forgæves afholdte udgifter til afgivelse af et tilbud, er ikke helt klare. Dette skyldes ikke mindst, at klagenævnet og domstolene til tider synes at tilkende erstatning for tilbudsomkostningerne ud fra rimelighedssynspunkter. Der synes dog at være to holdninger derom. Den første holdning er, at der foreligger den fornødne årsagsforbindelse, såfremt tilbudsgiver kan bevise, at tilbudsgiver ville have undladt at afholde en given omkostning ved at afgive tilbud, hvis tilbudsgiver havde vidst, at ordregiver ikke havde overholdt eller ikke ville overholde udbudsreglerne. Dette indebærer, at en tilbudsgiver, der på tidspunktet for afgivelse af tilbuddet var bekendt med, at udbudsreglerne var tilsidesat, som udgangspunkt ikke kan kræve erstatning af forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud. Dette vil indebære, at kravet til årsagsforbindelse ikke er identisk for alle tilbudsgivere, men afhænger af den enkelte tilbudsgivers konkrete viden. Det betyder igen, at der kan være udbud, hvor nogle tilbudsgivere vil være berettiget til at få erstattet deres negative kontraktinteresse som følge af fejl i udbudsmaterialet, mens andre tilbudsgivere med en større erfaring og viden ikke vil være berettiget til en sådan erstatning. Den anden holdning er, at den fornødne årsagsforbindelse vil være til stede, såfremt tilbudsgiver kan bevise, at ordregiverens tilsidesættelse af udbudsreglerne har påvirket tilbudsgivers reelle muligheder for at få tildelt den udbudte kontrakt. Denne holdning er i tråd med kontroldirektivet for forsyningsvirksomheder, art. 2, stk. 7, og klagenævnslovens § 14, stk. 2, hvorefter en ordregiver er erstatningsansvarlig over for en tilbudsgiver, hvis tilbudsgiveren kan dokumentere, at ordregiverens tilsidesættelse af reglerne (i forsyningsvirksomhedsdirektivet) har medført, at en reel mulighed for at få tildelt ordren er forspildt.

På nuværende tidspunkt synes den gængse opfattelse at være, at en tilbudsgiver, der afgiver tilbud velvidende, at udbudsreglerne er tilsidesat, kun kan kræve erstatning, såfremt tilbudsgiver kan dokumentere, at der også efter afgivelsen af tilbuddet er sket en tilsidesættelse af udbudsreglerne, og at denne tilsidesættelse har påvirket dennes mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt. Er tilbudsgiveren derimod bekendt med fejl og afgiver bud alligevel, kan denne ikke få erstatning, hvis der ikke også efter afgivelse af tilbud er sket en fejl. Kan ordregiver redegøre for, at klager ikke vil have vundet udbuddet, fordi klagers tilbud var for dyrt, og ordregiver i stedet ville have annulleret udbuddet, foreligger der ikke årsagssammenhæng.⁵⁸.

⁵⁸ Dette var fx tilfældet i kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune samt kendelse af 19. januar 2017, Holmriss + Flexform A/S mod Holbæk Kommune. Se også kendelse af 20. august 2007, Dansk Industri m.fl. mod Silkeborg Kommune, hvor Klagenævnet fandt, at ordregiveren ikke skulle betale erstatning til tilbudsgiverne, da disse ikke havde lidt noget tab, uanset at der havde været en ansvarspådragende, usaglig annullering af et udbud, fordi ordregiveren kunne have annulleret udbuddet lovligt

4. Konklusion – håndhævelse af udbudsreglerne skal ses som et samlet klagesystem

I *Ingsteel* anfører EU-Domstolen, at erstatning af EU-lovgiver er tiltænkt som det sidste tilgængelige retsmiddel begrænset til de tilfælde, hvor virksomheder reelt er frataget enhver anden mulighed for at drage fordel af den effektive virkning af de øvrige retsmidler (sanktioner).⁵⁹ Muligheden for at få tildelt erstatning i de enkelte medlemsstater skal således ses i lyset af bl.a. mulighederne for at få tillagt en klage opsættende virkning samt muligheden for at omgjort ordregivers beslutning eller erklæret en kontrakt for uden virkning.

Om et klagesystem er effektivt, er således en samlet vurdering. Det er for den enkelte medlemsstat at fastsætte betingelserne for håndhævelse under iagttagelse af minimumskravene i kontroldirektivet samt bl.a. ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. I relation til erstatning indebærer dette bl.a., at muligheden for erstatning skal være effektiv og afskrækkende, herunder skal størrelsen af erstatningen være passende (og afskrækkende), og det må ikke være umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå erstatning.

Det varierer meget i de enkelte lande, hvem der har kompetence til at pålægge erstatning og hvor ofte erstatning er i spil. I Norge er det domstolene, der har kompetence til at pålægge erstatning og der tilkendes erstatning i flere tilfælde end i Sverige og Danmark ligesom erstatningsbeløbene er noget højere i Norge med et enkelt eksempel på hele 272,8 millioner kroner. I Sverige skal sager om overtrædelser af udbudsreglerne anlægges ved forvaltningsdomstolene. Der findes så vidt vides ingen opgørelse over antallet af erstatningssager i Sverige. De store forskelle i om virksomheder kan få tildelt erstatning må også ses i kontekst af, at klagesystemerne i de enkelte lande varierer meget, herunder både i relation til antallet af klager, klageinstanser og potentielle sanktioner. De mange forskelle i de nordiske lande i relation til, hvor sager anlægges, erstatningsbetingelser, antal sager og erstatningsudmålinger vil danne grundlag for en diskussion på NJM2024 af, hvad der kræves for at håndhævelsen af udbudsreglerne er effektiv.

Afslutningsvis bemærkes det, at det forhold, at der er store forskelle, også i de nordiske lande, formentlig ikke er så overraskende i lyset af bl.a. princippet om national processuel autonomi, der indebærer, at det overlades til de nationale domstole at behandle krav som følge af overtrædelse af EU-retten efter egne processuelle regler (under iagttagelse af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet). Medlemsstaternes traditioner i relation til retsmidler og domstolsprøvelse vil være forskellige og som anført af generaladvokat Collins, i *Ingsteel*, ”På nuværende stadie af EU-

⁵⁹ Jf. *Ingsteel*, pr. 37.

rettens udvikling er det vanskeligt at forestille sig et homogent system af retsmidler, der fungerer lige effektivt i samtlige medlemsstater på området for offentlige udbud.”⁶⁰

⁶⁰ C-547/22, *Ingsteel*, pr. 35