

Den udbudsretlige erstatning

En vurdering af hvilken opgørelsesmetode der skal danne grundlag for den positive opfyldelsesinteresse for den forbigåede tilbudsgiver samt en vurdering af effektivitetsprincippet i forhold til de danske udbudsretlige erstatningsregler

English titel: Damages in public procurement – An assessment of the method used regarding the compensation awarded in public procurement and an assessment of the principle of effectiveness in relation to Danish liability rules

af RASMUS HORSKJÆR NIELSEN

Hovedemnet for mit speciale er den udbudsretlige erstatning. I denne forbindelse vil jeg kigge nærmere på to relevante spørgsmål:

- 1. Hvorledes opgøres erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse til en tilbudsgiver, som er blevet forbigået som følge af overtrædelser af de udbudsretlige regler?*
- 2. Hvorledes harmonerer de danske erstatningsregler med det EU-retlige effektivitetsprincip?*

Vedrørende opgørelsesmetoden af den positive opfyldelsesinteresse er der uenighed i den udbudsretlige teori, og praksis er heller ikke klar. Efter min vurdering kan man derfor ikke på baggrund af en teoretisk gennemgang eller en vurdering af praksis konkludere, om erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse skal ske på baggrund af den tabte nettofortjeneste eller det tabte dækningsbidrag. Det er imidlertid min opfattelse, at en formålsfortolkning af den positive opfyldelsesinteresse samt en vurdering af andre retsområder fører til den konklusion, at erstatningen skal opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

Med hensyn til forholdet mellem de danske erstatningsregler og effektivitetsprincippet, kan det konkluderes, at de danske regler ikke strider med det EU-retlige effektivitetsprincip. Dog er der visse svagheder ved det danske system, eftersom der i visse situationer i udbudsretten, hvor bevisbyrde vil være svær at løfte for tilbudsgiveren. Disse problemer kan dog udbedres, og det er min opfattelse, at Danmark kan få et mere effektivt udbudsretligt erstatningssystem med en lovændring. Et lovindgreb kan give en bedre bevismæssig situation for den forbigåede tilbudsgiver, og dette vil skabe en bedre balance i systemet og skabe et mere effektivt system.

English summary

The main topic for the thesis is damages in public procurement. I will look at two main issues regarding this context:

- 1. An assessment of the method used concerning the compensation awarded in public procurement*
- 2. An assessment of the principle of effectiveness in relation to Danish liability rules*

Regarding the first issue there is some disagreement among Danish public procurement theorists. In addition there is no clear consensus in the Danish jurisprudence. In my view it is not possible to draw any conclusions on the base of the Danish jurisprudence. Conversely it is my opinion that an interpretation based on the purpose behind the damages awards the bidder a compensation for the loss of profit as well as damages for the fixed expenses.

Regarding the assessment of the principle of effectiveness in relation to Danish liability rules, it can be concluded that the Danish rules are not in conflict with the principle of effectiveness. However there are certain weaknesses in the Danish public procurement legislation. These problems can be repaired with an amendment, which adjusts the burden of proof to these problems. This will create a better and more efficient public procurement system.

Indholdsfortegnelse

DEL I - OM SPECIALET	1
1.1 INDLEDNING.....	1
1.1.1. <i>Hvorledes opgøres erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse til en tilbudsgiver som er blevet forbigået som følge af overtrædelser af de udbudsretlige regler?</i>	1
1.1.2 <i>Hvorledes harmonerer de danske erstatningsregler med det EU-retlige effektivitetsprincip?</i>	2
1.2 SPECIALETS METODE.....	2
1.3 AFGRÆNSNING	5
DEL III - ERSTATNING	6
2.1 HVORFOR BRUGES DE DANSKE REGLER?	6
2.2 ERSTATNINGSBETINGELSERNE	7
2.2.1 <i>Tab</i>	7
2.2.2 <i>Ansvarsgrundlag</i>	7
2.2.3 <i>Årsagssammenhæng</i>	8
2.2.4 <i>Adækvans</i>	8
2.2.5 <i>Egen skyld</i>	8
2.3 OPGØRELSENS AF ERSTATNING	9
2.3.1 <i>Generelt</i>	9
2.3.2 <i>To grundlæggende metoder</i>	9
2.3.2.1 <i>Nærmere om negativ kontraktsinteresse</i>	9
2.3.2.1 <i>Nærmere om positiv opfyldelsesinteresse</i>	10
2.3.3 <i>Opgørelsesmetoder - hvad er problemet?</i>	11
2.3.4 <i>Forskellig terminologi</i>	11
2.3.5 <i>Tabt nettofortjeneste</i>	11
2.3.6 <i>Tabt dækningsbidrag</i>	12
2.3.7 <i>Forholdet mellem tabt dækningsbidrag og tabt nettofortjeneste:</i>	13
2.4 RETSPRAKSIS	13
2.4.1 <i>Generelt</i>	13
2.4.2 <i>Systematisk oversigt over væsentlige domme</i>	13
2.4.3. <i>Sammenfattende om praksis fra domstolene</i>	15
2.4.3.1 <i>Tidlig praksis</i>	15
2.4.3.2 <i>Senere praksis</i>	15
2.4.3.3 <i>En vurdering af U 2000.1561 H og i U 2002.1180 H:</i>	16
2.4.3.4. <i>Konklusion vedrørende praksis fra domstolene</i>	17
2.4.4. <i>Praksis fra Klagenævnet for Udbud - en systematisk oversigt</i>	17
2.4.5 <i>Sammenfattende om praksis fra Klagenævnet for Udbud</i>	19
2.4.6. <i>Sammenfattende omkring praksis</i>	21
2.5 DEN TEORETISKE KORREKTE LØSNING	21
2.5.1. <i>Dansk udbudsretlig teori</i>	21
2.5.1.1 <i>Høg</i>	21
2.5.1.2 <i>Hørlyck</i>	22
2.5.1.3 <i>Nielsen</i>	22
2.5.1.4 <i>Boesgaard</i>	22
2.5.1.5 <i>Fabricius og Offersen</i>	22
2.5.1.6 <i>Hjelmborg, Jakobsen og Poulsen</i>	23

2.5.2 Sammenfatning omkring den udbudsretlige teori.....	23
2.5.3 Entrepriseretlig teori.....	24
2.5.3.1 Generelt.....	24
2.5.3.2 Entrepriseretlige teoretikere.....	25
2.5.3.2.1 Axel H. Pedersen.....	25
2.5.3.2.2 Duer og Berg.....	25
2.5.3.2.3 Hørlyck.....	25
2.5.3.2.4 Vagner.....	26
2.5.3.2.5 Iversen.....	26
2.5.3.2.6 Sammenfattende omkring repriseretlige teori.....	26
2.6 BAGGRUDEN FOR DEN NUVÆRENDE UKLARHED I TEORI OG RETSPRAKSIS.....	26
2.7 MIN VURDERING AF PROBLEMSTILLINGEN	28

DEL III - EFFEKTIVITETSPRINCIPPET I FORHOLD TIL DE DANSKE ERSTATNINGSREGLER INDEN FOR UDBUDSRETEN

3.1 BESKRIVELSE AF PROBLEMSTILLINGEN	31
3.2 EFFEKTIVITETSPRINCIPPET - OPRINDELSE OG UDFORMNING	32
3.2.1 Overordnet princip - Faktisk og effektiv beskyttelse	34
3.2.2 Overordnet princip vedrørende erstatning - Erstatning skal være effektiv og afskrækkende	35
3.2.2.1. Underprincip til det overordnede princip vedr. erstatning - Erstatningens størrelse skal udgøre en passende erstatning.....	36
3.2.2.2 Under princip til det overordnede princip vedr. erstatning - Det må ikke være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.....	37
3.3 DEN DANSK RETSSTILLING I FORHOLD TIL EFFEKTIVITETSPRINCIPPET	38
3.3.1 Det overordnede effektivitetsprincip vedrørende erstatning (effektiv og afskrækkende):	39
3.3.2 Erstatningens størrelse skal udgøre en passende erstatning	39
3.3.3 Det må ikke være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning.....	40
3.4 KRITIK AF DEN NUVÆRENDE BEVISMÆSSIGE SITUATION I DANSK UDBUDSRET.....	46
3.5 LØSNINGSFORSLAG	49
3.3.1 Domstolen kan lempe bevisbyrden.....	49
3.3.2 Bevisbyrden kan ændres fra Lovgivningsmagtens side.....	51
3.3.2.1 Lempet bevisbyrde.....	51
3.3.2.2 Delt bevisbyrde.....	51
3.3.2.3 Omvendt bevisbyrde.....	51
3.3.2.4 Anderledes bevisbyrde i andre lande ("loss of chance"- metoden).....	52
3.6 MIN VURDERING AF LØSNINGSFORSLAGENE	55

DEL IV - AFSLUTNING

4.1 KONKLUSION	55
4.1.1 Opgørelse af den positive opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver	55
4.1.2 Effektivitetsprincippet i forhold til de danske erstatningsregler	57
4.2 LITTERATURLISTE	
4.3 DOMSOVERSIGT	
4.4 LOVREGISTER	
4.5 DIVERSE HENVISNINGER	

DEL V - BILAG

5.1 BILAG 1 - EN NÆRMERE GENNEMGANG AF PRAKSIS FRA DOMSTOLENE	
5.2 BILAG 2 - EN NÆRMERE GENNEMGANG AF PRAKSIS FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD	
5.3 BILAG 3 - DOMMERNE I KLAGENÆVNETS AFGØRELSER	
5.4 BILAG 4 - DEN FAKTISKE TILDELTE ERSTATNING I FORHOLD TIL DEN KRÆVEDE	
5.5 BILAG 5 - TEORETISK GENNEMGANG VEDRØRENDE KØBERETLIGE PROBLEMSTILLINGER	
5.6 BILAG 6 - DEN NORDISKE UDBUDSRETlige TEORI	
5.7 BILAG 7 - SPECIEL SITUATION VED KENDELSE AF 22. NOVEMBER 2001	

1. Om specialet

1.1. Indledning:

De vigtigste offentlige anskaffelser skal indgås gennem udbud. Dette har bevirket, at det offentlige indkøb inden for EU har en værdi på mere end 11 % af EUs BNP.¹ Det danske marked for offentlige indkøb andrager mere end 100 mia. kr. pr. år., hvilket svarer til, at omkring 20 % af de samlede offentlige indkøb foretages gennem EU-udbud.² Derfor spiller de udbudsretlige regler en central rolle hos de offentlige myndigheder og virksomheder inden for EU. Formålet med de udbudsretlige regler er at skabe de nødvendige konkurrencevilkår, således at offentlige kontrakter tildeles uden forskelsbehandling. Målsætningen om en rationel anvendelse af offentlige midler opfyldes gennem valg af det bedste tilbud.³ Herved får de offentlige myndigheder det bedste produkt til den bedste pris. Før dette formål og denne målsætning kan nås, er det imidlertid væsentligt med et stærkt sanktionssystem. Et effektivt sanktionssystem vil tilskynde virksomheder til at deltage i et udbud, og det vil have en afskrækkende effekt på de ordregivende myndigheder i forhold til eventuelle krænkelser af regler og principper. Som følge heraf er det essentielt, at udbudsreglerne følges af en effektiv håndhævelse, hvis de udbudsretlige regler skal have den ønskede virkning.

I denne forbindelse er det relevant at kigge på de danske erstatningsregler, da de udgør en central del af håndhævelsen. Det følger af EU-domstolens⁴ faste praksis, at det er op til medlemsstaterne at fastsætte sanktioner og foranstaltninger for overtrædelser af nationale regler, der hidrører fra EU-direktiver.⁵ Derfor er det udgangspunktet, at det er op til de nationale retsordener at fastsætte sanktioner for overtrædelser af regler med EU-oprindelse.⁶

Som følge af den centrale rolle, de danske regler spiller, vil jeg kigge nærmere på to problemstillinger, som relaterer sig til de danske erstatningsregler i forbindelse med brud på de udbudsretlige regler:

1. *Hvorledes opgøres erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse til den tilbudsgiver, som er blevet forbigået som følge af overtrædelser af de udbudsretlige regler?* Umiddelbart vil jeg klarlægge hvilke opgørelsesmetoder, der kan danne grundlag for opgørelsen af erstatning af den positive opfyldelsesinteresse ved brud på de udbudsretlige regler og principper. Endvidere vil jeg vurdere hvilken opgørelsesmetode, der bør anvendes i forbindelse med brud på de udbudsretlige regler. I bogen EU-udbudsretten anfører Hjelmberg, Jakobsen og Poulsen, at: "*der kan ikke gøres krav på den tabte bruttoavance, men alene den tabte nettoavance*".⁷ Umiddelbart er problemstillingen mere indviklet end som så, og det kræver en selvstændig behandling, før der kan udledes endelige konklusioner.
2. *Hvorledes harmonerer de danske erstatningsregler med det EU-retlige effektivitetsprincip?* Udbudsreglerne er underlagt principperne i EF-traktaten, og de frie bevægeligheder skal herefter respekteres.⁸ Derudover er de også underlagt EU-domstolens praksisudviklede principper, hvilket betyder, at effektivitetsprincippet kan have en indvirkning på de danske erstatningsregler. Derfor vil jeg fastlægge udstrækningen af effektivitetsprincippet i forhold til erstatninger samt vurdere, hvilke forpligtelser man kan udlede af EU-domstolens praksis. Endelig vil jeg i det omfang, det danske erstatningssystem indeholder svagheder eller er direkte i strid med de i effektivitetsprincippet indeholdte

¹ Nielsen 2002 – s. 17

² www.ks.dk – EU' udbudsdirektiver vejledning.

³ Meyer 1998 – s. 16

⁴ Tidligere EF-domstolen

⁵ Høg 2005 – s. 59

⁶ F.eks. sag 6/90 og 9/90 Francovich og sag 14/83 Von Colson

⁷ Hjelmberg m.fl. 2005 – s. 389

⁸ Moussis 2007 – s. 94

forpligtelser, fremkomme med eventuelle løsningsforslag, der kan styrke det danske erstatningsmatrix.

Grunden til at jeg netop har valgt disse to spørgsmål er, at det efter min opfattelse er to områder inden for den udbudsretlige erstatning, hvor gældende ret er svær at klarlægge. Det er imidlertid også to spørgsmål, som har en klar relevans i den danske udbudsret. På den baggrund er det bemærkelsesværdigt, at de ikke tidligere blevet behandlet i dybden i den udbudsretlige eller EU-retlige litteratur. Som det vil fremgå af mit speciale, tager flere teoretikere stilling til spørgsmålene og kommer med konklusioner, men disse er ikke et resultat af en dybere behandling. Derfor er argumentationen ofte ikke tilstrækkelig overbevisende til at kunne udlede klare konklusioner. Formålet med mit speciale er at grave lidt dybere og skabe et bedre grundlag for eventuelle konklusioner.

1.2. Specialets metode

Specialets metode tager afsæt i den retsdogmatiske metode. Den moderne retsdogmatiske metode blev grundlagt af Anders Sandøe Ørsted og videreført af Anton Martin Schweigaard, som kaldte metoden for empirisk-analytisk eller analytisk-deskriptiv.⁹ Rettdogmatikken har til opgave at opklare, hvilke regler der gælder i samfundet, og hvad indholdet af disse regler er.¹⁰ Dette gør den retsdogmatiske metode ved at beskrive, systematisere og fortolke/analysere gældende ret.¹¹ Denne fremgangsmåde harmonerer fint med retsvidenskabens funktion, som er at give information om retskildemateriale og retsregler til dem, der har interesse i eller brug for disse oplysninger.¹²

I den forbindelse er det væsentligt at vurdere, om retspolitikken er en naturlig del af den retsdogmatiske metode og skal inkluderes i udgangspunktet om en beskrivende, systematiserende og fortolkende/analyserende metode. Jeg anser ikke retspolitikken og retsdogmatikken som to sider af samme mønt, som eksempelvis er fremført af Preben Stuer Lauridsen.¹³ I lighed med Ross anser jeg derimod retspolitikken og retsdogmatikken som værende adskilt i den juridiske metode.¹⁴ Hvor retspolitik er spørgsmålet om en analogisk udvidelse af allerede gældende reglers og princippers anvendelsesområder, er retsdogmatikken efter min opfattelse udelukkende beskrivelsen af den gældende ret. Det er imidlertid min vurdering, at det ikke er muligt at holde retspolitikken adskilt fra retsvidenskaben generelt. Der vil være områder, hvor gældende ret ikke kan medføre tydelige konklusioner. I disse tilfælde vil jeg i mit speciale inddrage dele af retspolitikken og overveje, hvordan retsstillingen på området bør være.^{15 16} Det er efter min vurdering en uheldig udvikling, hvis retspolitikken blandes for meget ind i den retsdogmatiske metode, og det harmonerer ikke med den retsdogmatiske metodes stræben efter en værdineutral beskrivelse. Jeg vil derfor bestræbe mig på at holde retsdogmatikken og retspolitikken adskilt for at skabe størst muligt validitet. Dette sker dog under erkendelse af, at den retsdogmatiske metode – trods målet om værdineutralitet – ofte vil indeholde et subjektivt element særligt i analyse og fortolkning af den gældende ret.

Siden 1980'erne har det været anerkendt indenfor samfundsvidenskaberne og humaniora, at den moderne videnskabs idealer om altomfattende, værdineutrale og objektive beskrivelser af virkeligheden ikke er mulige. I stedet har nye postmodernistiske strømninger fokuseret på kontekst, diskurser og aktører i erkendelse af, at videnskabsmand såvel som menigmand agerer ud fra sociale, kulturelle og subjektive værdier. Tidligere tiders naturvidenskabelige og universalistiske idealer kan derfor ikke længere gøre sig gældende i

⁹ Evald og Schamburg-Müller 2004 – s. 212

¹⁰ Fleischer 1998 – s. 211

¹¹ Evald og Schamburg-Müller 2004 – s. 215 ff.

¹² Fleischer 1998 – s. 211

¹³ Henrichsen 2001 – s. 207

¹⁴ Nielsen og Tvarnø 2008 – s. 378

¹⁵ Nielsen og Tvarnø 2008 – s. 431

¹⁶ Blume 2009 – s. 161

samfundsvidenskabelige og humanistiske videnskaber.¹⁷ En videnskabelig analyse eller fortolkning af gældende ret kan således hverken adskilles fra den specifikke fortolker, dennes sociale og historiske kontekst eller det vidensparadigme, den skriver sig ind i.¹⁸

Til trods for restdogmatikkens klare dogme om den højeste grad af værdineutralitet påvirker disse nye erkendelsesteoretiske strømninger indenfor samfundsvidenskaben mit speciale på to punkter:

- For det første bygger specialet på en erkendelse af, at det ikke er muligt at gengive retspraksis fuldstændig objektivt. Derimod indebærer den retsdogmatiske metode, at en værdineutral gengivelse af kendelser og domme efterstræbes, således at eventuelle analyserende elementer i videst muligt omfang friholdes fra subjektive vurderinger. Derfor vil bestræbe mig på ikke at inddrage subjektive elementer i gengivelsen af domme eller teoretiske udgangspunkter. Selvom jeg bestræber mig på at gøre disse fortolkninger så objektive som muligt, erkender jeg, at det ikke vil være muligt at friholde disse helt fra subjektive elementer. Der vil visse steder være behov for en udfyldende fortolkning for at opnå en større mening med eksempelvis en dom.
- For det andet vil det ikke være mit mål med specialet at reducere gældende ret til udsagn om, hvorledes domstolene vil agere i fremtidige retsafgørelser, som det følger af prognoseteorien.¹⁹ Denne prognoseteori er udformet af den amerikanske højesteretsdommer Oliver Wendell Holmes i 1987 og efterfølgende bearbejdet af Alf Ross.²⁰ Prognoseteorien er et forsøg på at skabe en metode inspireret ud fra et naturvidenskabeligt videnskabsideal, som har svære betingelser i den brogede juridiske verden. Som nævnt i ovenstående indeholder analyser af gældende ret et subjektivt element, og fortolkningen vil ikke mindst være funderet i tid og sted. Når vurderingen af gældende ret ikke umiddelbart kan løsrives dets historiske og sociale kontekst, vil den ikke kunne danne prognoser for fremtidige domstolsafgørelser. Nye øjne på de samme retskilder vil i visse tilfælde give et andet resultat. Derfor kan en gennemgang af retskilder ikke skabe et sikkert grundlag for forudsigelser. Endvidere vil disse prognoser aldrig kunne verificeres eller falsificeres fuldstændigt. Det er som følge heraf min vurdering, at retsdogmatikken ikke automatisk skal bestræbe sig på at finde prognoser til at forudsige, hvordan domstolene vil handle i en given sag. I mit speciale vil jeg holde fast i retsdogmatikkens belysende karakter og beskrive gældende ret.

Ud over en beskrivelse, systematisering og analyse/fortolkning af problemstillingerne vil min gennemgang indeholde et kritisk afsnit, hvor dette er relevant. Det har altid været videnskabens opgave at forholde sig kritisk til såvel teoretiske udsagn som til retspraksis. Det kan imidlertid diskuteres, om den kritiske virksomhed er restdogmatik. I de tilfælde, hvor den kritiske virksomhed er kendetegnet ved at rette sig mod den retsdogmatiske argumentations rigtighed set i forhold til det retlige kildermateriale, vil kritikken ligge inden for rammerne af den retsdogmatiske virksomhed. Kritik af fundamentale juridiske værdier vil derimod have karakter af retspolitik og ikke retsdogmatik.²¹ Som følge heraf vil min kritik være baseret på problemstillinger indeholdt i uoverensstemmelser mellem retspraksis og teori eller indeholdt i interne uoverensstemmelser i retspraksis.

I mit speciale vil jeg blandt andet bruge retspraksis til at belyse problemstillingerne. Dette harmonerer fint med det forhold, at retsdogmatikken i hovedsagen er en praktisk videnskab. Endvidere vil jeg se problemstillingerne i et teoretisk perspektiv, og kigge på de enkelte teoretikers holdning.²² Dette er nødvendigt eftersom praksis ofte ikke giver alle svar, og derfor vil det også være relevant at anskue problemstillingen

¹⁷ Poder 2005 – s.509ff.

¹⁸ Kristensen og Schmidt 2005 – s. 321ff, Foucault 2001 – s. 16.

¹⁹ Rendtorff 2006 – s 15

²⁰ Lauridsen 1992 – s. 53

²¹ Evald og Schamburg-Müller 2004 – s. 232

²² Jørgensen 1989 – s. 198

fra en teoretisk vinkel. Hvor det er relevant, vil jeg tillige indhente inspiration fra andre områder af juraen og fra retssystemer i andre lande.

1.3. Afgrænsning:

I mit speciale vil jeg som nævnt i indledningen have fokus på to elementer. For det første vil jeg kigge på opgørelsesmetoden ved erstatning af den positive opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver. Dernæst vil jeg kigge på de danske erstatningsregler i udbudsretten i forhold til effektivitetsprincippet.

Når jeg vil kigge på opgørelsesmetoden af den positiv opfyldelsesinteresse i forbindelse med brud på de udbudsretlige regler, behandler jeg ikke problemstillingen om eventuelle fradrag i erstatningssummen. Der vil i et vist omfang være en tabsbegrænsningspligt for en forbigået tilbudsgiver, og denne pligt kan medføre eventuelle fradrag. Denne problemstilling er dog af et sådant omfang, at den kræver en selvstændig behandling. Fokusområdet for specialet er udelukkende, hvilken opgørelsesmetode der skal danne grundlag for udregningen af erstatningen til en forbigået tilbudsgiver. Ligeledes vil der ikke være en dyberegående behandling af erstatning af den negative kontraktsinteresse, da det også kræver en selvstændig behandling. For at skabe overblik over erstatningsreglerne i Danmark vil der imidlertid være en kort gennemgang af hovedsynspunkterne bag erstatning af den negative kontraktsinteresse. Ligeledes vil jeg ikke lave en fyldestgørende og detaljeret gennemgang af de almindelige betingelser for erstatningsansvar i Danmark. Jeg vil blot lave en overordnet gennemgang for at skabe det nødvendige overblik, men den centrale problemstilling er opgørelsesmetoden.

Med hensyn til de danske erstatningsregler i forhold til effektivitetsprincippet vil der udelukkende blive fokuseret på forpligtelser, der har relevans for erstatningsreglerne i Danmark. Effektivitetsprincippet indeholder en række forskellige forpligtelser, eksempelvis forpligtelser om hurtig implementering af bindende EU-regulering, men det er udelukkende effektivitetsprincippet i forhold til erstatningen, som vil blive behandlet.

2. Erstatning

2.1. Hvorfor bruges de danske regler?

I forbindelse med brud på de udbudsretlige regler vil der være mulighed for at få tilkendt erstatning. Reglerne for erstatningen afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler²³ og kræver som følge heraf ikke nogen særskilt hjemmel.²⁴ Som Steen Treumer også udtrykker det: "Remedies and procedural law concerning breach of Community law are as a starting point to be considered matters for the national legislator, according to the principle of national and remedial autonomy."²⁵ Det følger herefter af almindelige EU-retlige principper, at brud på inkorporeret EU-lovgivning og bindende regler fra EU er underlagt det nationale sanktionssystem.²⁶

I denne forbindelse er det væsentligt at vurdere Kontrolldirektivernes betydning. Kontrolldirektivet fastslår i art. 2, stk. 1, at medlemsstaterne påser, at der træffes foranstaltninger til at sikre de nødvendige beføjelser og anfører herunder i art. 2, stk. 1, litra c: "at tilkende skadelidte personer skadeserstatning".²⁷ I denne forbindelse er det værd at bemærke, at den 20. december 2009 trådte et nyt Kontrolldirektiv i kraft inden for udbudsretten. Der er tale om væsentlige stramninger i forbindelse med eventuelle overtrædelsessitua-

²³ Steinicke og Groesmeyer 2008 – s. 132

²⁴ Hjelmberg m.fl. 2005 – s. 372

²⁵ Treumer 2006 – s. 159

²⁶ Ibañes 1999 – s. 54

²⁷ Kontrolldirektivet – Direktiv nr. 89/665 EØF af 21. december 1989

tioner. Medlemsstaterne skulle senest den 20. december 2009 have implementeret de nye regler. Implementeringen af direktivet i dansk ret er endnu ikke færdiggjort, og derfor har Danmark ikke overholdt fristen. Den 10. november 2009 blev forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. sendt i høring. Det fremgår af lovforslaget, at den forventede ikrafttrædelsesdato er den 1. juli 2010.²⁸ Det følger af fast praksis fra EU-domstolen, at direktiver kan få en direkte virkning, når implementeringsfristen er overskredet. Dette betyder, at ordregivere i Danmark kan være forpligtet af direktivet allerede fra den 20. december 2009, selvom direktivet endnu ikke er implementeret i dansk ret. Hverken det gældende Kontrollov eller det nye kommende kontrollov har dog den store betydning i forbindelse med den udbudsretlige erstatning. Det fremgår som tidligere nævnt, at det er de nationale regler, som er afgørende.

Derfor er det centralt at kigge på det danske retssystem. Her er det udgangspunktet, at der først tages stilling til, hvorvidt der skal pålægges et erstatningsansvar og dernæst vurderes det, hvorledes erstatningen skal udmåles. Det samme udgangspunkt vil jeg følge i min fremstilling.

2.2. Erstatningsbetingelserne:

Som nævnt ovenfor er det nødvendigt, at de grundlæggende betingelser for erstatning er opfyldt, før man kan vurdere beregningsmetoderne.

1. **Tab:** Som udgangspunkt skal der være et tab, før man overhovedet behøver at diskutere erstatning. Det seneste eksempel fra udbudsretlig praksis på det punkt kan ses i Klagenævnet for Udbud's²⁹ kendelse af 20. august 2007, Dansk Industri mfl. mod Silkeborg Kommune. Heraf fremgår det, at en udbyder ikke skulle betale erstatning til tilbudsgiverne. Selvom der havde været en ansvarspådragende usaglig annullering af et udbud, kunne udbyderen have annulleret udbuddet lovligt, hvorfor tilbudsgiverne ikke havde lidt noget tab.
2. **Ansvarsgrundlag:** Dernæst skal der være et ansvarsgrundlag. Udbudsdirektiverne danner grundlaget for tildelingen af kontrakter, og de regulerer myndighedernes pligter i forbindelse med tildelingen af skriftlige kontrakter til tredjemand.³⁰ Hvis ordregiver bryder disse kontrakter eller handler i strid med de udbudsretlige regler, vil der kunne være handlet ansvarspådragende ud fra en culpabetragtning.³¹ Det har været diskuteret i hvilket omfang, den blotte overtrædelse af bindende EU-regler udgør en culpøs adfærd, der kan danne grundlag for et erstatningsansvar. I *Brasserie du pêcheur*-sagen udtalte domstolen, at det afgørende kriterium ift. denne betingelse er, om den pågældende myndighed »åbenbart og groft har overskredet grænserne«³² for den skønsbeføjelse, som fællesskabsretten konkret har tildelt den nationale myndighed.³³ Der kan hermed udledes nogle betingelser, før en national myndighed, der har pligt til at implementere regler fra EU, kan ifalde ansvar.³⁴ Umiddelbart skal tre betingelser være opfyldt, før den nationale myndighed kan være erstatningsansvarlig. For det første skal den fællesskabsretlige regel, som den nationale myndighed har overtrådt, have til formål at tillægge private rettigheder. For det andet skal overtrædelsen være »tilstrækkelig kvalificeret«, og for det tredje skal der være en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.³⁵

²⁸ Nielsen og Holtse 2010

²⁹ Klagenævnet for Udbud vil efterfølgende blive benævnt Klagenævnet

³⁰ Mayer 1998 – s. 44

³¹ Gomard 2002 – s. 16

³² Sag 46/93 og 48/93, *Brasserie du pêcheur*

³³ Danielsen 2008

³⁴ Danielsen 2008

³⁵ Sag 46/93 og 48/93, *Brasserie du pêcheur* – præmis 47 og 51

En tilsidesættelse af udbudsreglerne medfører ikke automatisk, at der foreligger et ansvarsgrundlag, som det ellers er blevet fremført af visse teoretikere.³⁶ At der ikke skulle foreligge et automatisk ansvar underbygges ydermere af Klagenævnets praksis.³⁷ Det vil sige, at, før et ansvarsgrundlag kan fastslås, skal der foretages en vurdering, hvor forskellige elementer skal inddrages.³⁸

3. **Årsagssammenhæng:** Det kræves ydermere, at der skal være en forbindelse mellem handlingen og tabet (kausalitet).^{39 40}
4. **Adækvans:** Før der kan pålægges erstatning, skal der endvidere være en påregnelighed. I kontraktforhold kræves, at det indtrådte tab på en eller anden måde skal have fremstået som en mulig følge af misligholdelsen.⁴¹ Dette udgangspunkt kan sidestilles med situationen, hvor en tilbudsgiver forbigås. Her misligholder ordregiveren forpligtelser i de udbudsretlige regler eller principper, og dette kan give et tab for tilbudsgiveren. På grund af kravet om adækvans skal dette tab være påregneligt i forhold til ordregiverens tilsidesættelse af de udbudsretlige forpligtelser.
5. **Egen skyld:** Egen skylds-betragtningen er primært relevant i forbindelse med erstatningsberegningen, da den kan medføre reduktion i erstatningssummen. Det vil være en konkret vurdering, om en bestemt adfærd kan kvalificeres som erstatningsnedsættende eller erstatningsfortabende.⁴² Betingelsen medfører i særdeleshed, at tilbudsgiverens tilbud skal være konditionsmæssigt, samt at fejlene, man påberåber sig, ikke fremgår af udbudsbetingelserne.⁴³ Er dette ikke tilfældet, vil der foreligge egen skyld, og tilbudsgiveren er afskåret fra erstatning.

2.3. Opgørelse af erstatningen

2.3.1 Generelt:

Som ovenfor nævnt, er der mulighed for at få tilkendt erstatning, såfremt der er sket en overtrædelse af udbudsdirektiverne, og de grundlæggende betingelser er opfyldt. Hvis domstolene eller Klagenævnet konstaterer, at de nærmere betingelser for erstatning er opfyldt, skal det vurderes, hvilken opgørelsesmetode der skal danne grundlag for udmålingen af erstatningen. Selvom gennemgangen af de forskellige metoder primært bruges i forbindelse med erstatning i kontraktforhold, vil det være relevant at holde disse op imod udbudsretten.⁴⁴ Dette skyldes, at ordregiveren i udbudsretten reelt har afgivet et løfte i form af forpligtelser i loven over for alle potentielle tilbudsgivere. Derfor kan situationen sidestilles med det forhold, at en part har brudt vilkår i en aftale. Som følge heraf vil det være relevant og rimeligt at sidestille udbudssituationen med erstatning i kontraktforhold.

2.3.2. To grundlæggende former for erstatning:

Tab i kontraktforhold opgøres på to grundlæggende forskellige måder: For det første som den negative kontraktsinteresse og dernæst som den positive opfyldelsesinteresse.

³⁶ Eksempelvis fremført af Juha Ratio 2003 – s. 115 f.

³⁷ Kendelse af 8. marts 2005 (Per Aarsleff A/S)

³⁸ De to eneste kendelser, hvor der ikke er handlet ansvarspådragende selvom der er handlet i strid med reglerne er: Kendelse af 29. april 2004 og Kendelse af 28. maj 2003.

³⁹ Iversen 2000 – s. 84.

⁴⁰ Hjelmberg m.fl. 2005 - 383

⁴¹ Iversen 2000 – s. 91.

⁴² Iversen 2000 – s. 134.

⁴³ Hvis ens tilbud er ukonditionsmæssigt, eller hvis fejlen fremgår af udbudsmaterialet, kan man ikke få erstatning, eftersom der foreligger egen skyld.

⁴⁴ Høegh og Lorentsen 2003 – s. 383

Denne sondring stammer fra tysk ret, hvor den er formuleret af Ihering i 1861.⁴⁵ Disse former anvendes i vid udstrækning, og selvom begreberne har været udsat for en vis kritik⁴⁶, er de forholdsvis simple og lettilgængelige, og som følge heraf indgår de som hovedprincipperne i beregningen af erstatningen efter de almindelige danske erstatningsregler.

2.3.2.1 Nærmere om negativ kontraktsinteresse:

Hovedprincippet ved opgørelsen af den negative kontraktsinteresse er, at tilbudsgiveren økonomisk set skal stilles, som om aftalen aldrig var blevet indgået.^{47 48} Dette betyder, at ved udmålingen af den negative kontraktsinteresse, skal tiden "spoles tilbage" til tidspunktet for aftalens indgåelse. Den erstatningsberettigede skal herefter økonomisk stilles, som han var stillet på indgåelsestidspunktet.⁴⁹ I forbindelse med erstatning af den negative kontraktsinteresse vil det primært være omkostninger, som den erstatningssøgende har afholdt ved at indgå kontrakten. Disse omkostninger kaldes også de ordinære omkostninger.⁵⁰ Endvidere kan der være ekstraordinære omkostninger, som afholdes på grund af misligholdelsen. Det er primært disponeringstab, som opstår, da den erstatningssøgende har indrettet sig i henhold til en ugyldig eller ophævet aftale.⁵¹ I hvilket omfang de enkelte tabsposter kan erstattes i forhold til den negative opfyldelsesinteresse vil ikke blive behandlet selvstændigt her. Det skal blot fastlægges, at udgangspunktet for den negative kontraktsinteresse er den økonomiske stilling forud for et eventuelt udbud.

2.3.2.1 Nærmere om positiv opfyldelsesinteresse:

Det er muligt at kræve erstatning i det omfang, tilbudsgiveren kan bevise, at han har lidt et tab som følge af en anden parts ansvarspådragende misligholdelse.^{52 53} Dette forudsættes vedrørende såvel den negative kontraktsinteresse som den positive opfyldelsesinteresse. Dog adskiller den positive opfyldelsesinteresse sig ved, at tilbudsgiveren skal erstattes for det manglende salg. Heroverfor medfører den negative kontraktsinteresse blot, at tilbudsgiveren får erstattet omkostninger ved at indtræde i aftalen.⁵⁴ Udgangspunktet er derfor, at man ved positiv opfyldelsesinteresse skal stilles økonomisk, som om aftalen er tilbørligt opfyldt, og kun tab ud over det sædvanlige erstattes ikke.⁵⁵ Erstatning af den positive opfyldelsesinteresse er således et økonomisk surrogat for opfyldelsesinteresse, og hovedområdet for opgørelsen af den positive opfyldelsesinteresse vil være den tabte fortjeneste. Det kan efterfølgende overvejes, om andre udgiftsposter skal tages med i opgørelsen.⁵⁶ I denne forbindelse er det væsentligt at vurdere hvilken opgørelsesmetode, der bør danne grundlag for udmålingen af erstatningen.

2.3.3 Opgørelsesmetoder – Hvad er problemet?

Når den erstatningssøgende tilbudsgiver får tildelt erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, skal denne stilles økonomisk, som om han var blevet tildelt kontrakten. Dog kan der være tvivl om, hvorledes man skal opgøre denne.

⁴⁵ Nørager-Nielsen og Theilgaard 1993 – s. 393

⁴⁶ Almén 1960 – s. 326 note 80, hvor den negative kontraktsinteresse i svensk ret.

⁴⁷ Iversen 2000 – s. 113f.

⁴⁸ Kristensen m.fl. 2004 – s. 102

⁴⁹ Berg 2008 – s. 231

⁵⁰ Iversen 2000 – s. 606

⁵¹ Berg 2008 – s. 240 ff.

⁵² Gomard 2009 – s. 127

⁵³ Kristensen m.fl. 2004 – s. 101

⁵⁴ Kristensen m.fl. 2004 – s. 102

⁵⁵ Gomard 1958 – s. 354

⁵⁶ Iversen 2000 – s. 661

Som udgangspunkt er der to overordnede opgørelsesmetoder, der danner grundlag for opgørelsen af erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse. For det første kan erstatningen opgøres efter den tabte nettofortjeneste, og for det andet kan det tabte dækningsbidrag danne grundlag for erstatningen. Erstatningsopgørelsen vil principielt være forskellig alt efter, om der fremsættes krav på den tabte nettofortjeneste, eller om der kræves erstatning for et tabt dækningsbidrag.⁵⁷ Som følge heraf vil det være væsentligt at vurdere, om det i forbindelse med udbud vil være muligt at få opgjort erstatningen som et tabt dækningsbidrag, eller om det alene er muligt at få dækket manglende indtægter, som kan karakteriseres som en tabt nettofortjeneste.

2.3.4. Forskellig terminologi:

Domstolene, teoretikerne, advokaterne og Klagenævnet bruger ikke en fælles terminologi i forbindelse med erstatninger for brud på de udbudsretlige regler. Oftest sondres der mellem tab opgjort som den tabte bruttoavance eller som den tabte nettoavance. I denne afhandling vil jeg dog bevare terminologien "tabt dækningsbidrag" og "tabt nettofortjeneste". Det skal imidlertid understreges, at i forbindelse med vurdering af retspraksis, er det selve indholdet af erstatningen, og ikke den konkrete anvendte terminologi, som er den centrale indikator, når det skal klarlægges, om der er tale om erstatning af det tabte dækningsbidrag eller den tabte nettofortjeneste.

2.3.5. Tabt nettofortjeneste:

Hvis en erstatningssøgende får tilkendt erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, og erstatningen udmåles på baggrund af den tabte nettofortjeneste, vil domstolene eller Klagenævnet kigge på, hvad der potentielt ville stå tilbage på bundlinjen efter en veludført opgave. Det vil sige, at nettofortjenesten er selve den fortjeneste, som en forfordelt tilbudsgiver ville have opnået. Altså kontraktsummen fradraget de variable omkostninger (arbejds lønnen, anvendte materialer osv.), og alle andre omkostninger forbundet med opfyldelsen af kontrakten.⁵⁸ Det ser således ud:

$$\begin{array}{r} \text{Kontraktsummen} \\ \div \\ \hline \text{Alle udgifter. Både variable udgifter der er knyttet til opgaven samt faste udgifter} \\ \hline \hline \text{Erstatning for den tabte nettofortjeneste} \end{array}$$

2.3.6. Tabt dækningsbidrag:

Hvis man derimod skal opgøre erstatningen på baggrund af det tabte dækningsbidrag, skal en forfordelt tilbudsgiver ikke blot have den mistede fortjeneste erstattet,⁵⁹ han skal også have de faste udgifter dækket. I modsætning til den tabte nettofortjeneste, er det tabte dækningsbidrag ikke blot beløbet på bundlinjen, som står tilbage efter en veludført opgave. Det er også erstatning for afholdte udgifter af en mere fast karakter. De faste udgifter er omkostninger, hvis størrelse ligger fast inden for en given periode. Det vil sige omkostninger, som ikke påvirkes af, om aktiviteten er større eller mindre inden for perioden. Som eksempel på faste omkostninger kan nævnes administration, husleje, varme og afskrivninger på maskineri, der indgår som en fast del af virksomheden.⁶⁰ I den forbindelse er det

⁵⁷ Nielsen-Nørager og Theilgaard – s. 431

⁵⁸ Høg 2005 – s. 205

⁵⁹ Vagner 2005 – s. 71

⁶⁰ Iversen 2000 – s. 601 f.

væsentligt at sondre mellem de variable og de faste omkostninger. De variable omkostninger er omkostninger, der spares ved, at en udbudt opgave ikke skal udføres. Det vil være udgifter til løn for de personer, der skulle ansættes, udgifter til materialer og udgifter til eventuelle maskiner, der skal købes til opgaven osv.

Når man udmåler erstatning efter det tabte dækningsbidrag, er det en erkendelse af, at tilbudsgiveren ikke blot går glip af fortjenesten. Tilbudsgiveren mister også indtægter, der skulle være med til at dække de faste omkostninger. Derfor kan det med rette siges, at opgørelsesmetoden, der skal finde det tabte dækningsbidrag, rummer flere elementer end blot den tabte fortjeneste.

Kontraktsummen samt udgifter for faste omkostninger

÷

Udgifter til løn, materialer og andet tilknyttet opgaven

Erstatning for det tabte dækningsbidrag

2.3.7. Forholdet mellem tabt dækningsbidrag og tabt nettofortjeneste:

Det er en relevant indvending, om disse to metoder ikke kan anvendes sideløbende, og om det overhovedet er et problem med to forskellige opgørelsesmetoder. Problemstillingen er relevant, eftersom det er forskellige hensyn, som ligger bag opgørelsesmetoderne. Derfor må det konstateres, at det som udgangspunkt ikke er muligt at benytte metoderne fakultativt. Metoderne er et udtryk for en grundlæggende forskellig opfattelse af, hvilke elementer der bør indgå i opgørelsen af erstatningen. Derfor bør disse metoder ikke kunne bruges sideløbende eller fakultativt i sager, hvor der både er en tabt avance og udgifter til faste omkostninger, der ikke bliver afholdt af andet arbejde, eventuelt erstatningsarbejde.

2.4. Retspraksis:

2.4.1. Generelt:

For at klarlægge hvordan udmålingspraksisen i forbindelse med overtrædelser af de udbudsretlige regler ser ud, er det nødvendigt at kigge på den nuværende praksis. I forhold til praksis er det hensigtsmæssigt at sondre mellem praksis fra domstolen og praksis fra Klagenævn for Udbud.

2.4.2 Praksis fra domstolene:

En systematisk oversigt over de væsentligste domme:

Sagen	Sagsøgers opgørelsesmetode	Domstolens opgørelsesmetode	Min vurdering
U 1985.550 H	Sagsøger opgør erstatningssummen som bruttofortjenesten. Hvilket vil sige tabt dækningsbidrag.	Højesteret tilkendegav ikke, om man var enig eller uenig i opgørelsen. Der blev tildelt en skønsmæssig fastsat erstatning	Der er der ikke noget, som indikerer, at Højesteret har taget udgangspunkt i andet end sagsøgerens opgørelsesmetode. Denne er det "tabte dækningsbidrag"

U 1992.622 Ø	Beløb skønsmæssigt på baggrund af en indhentet erklæring	Østre Landsret tilkender erstatning for den tabte fortjeneste	Her gives der erstatning for den " <i>tabte nettofortjeneste</i> "
U 1997. 1308 H	Erstatning opgøres i forhold til det tabte dækningsbidrag	Højesteret benævner blot erstatningssummen som " <i>erstatningen</i> "	Det er ikke muligt at se, om reduktionen i påstanden er et udtryk for en anden opgørelsesmetode. Som følge heraf kan der ikke udledes noget entydigt af sagen
U 2000. 1425 V	Det fremgår ikke af den nedlagte påstand, hvordan erstatningen er opgjort.	Højesteret benævner blot erstatningssummen som " <i>erstatningen</i> "	Det er ikke muligt at udlede noget entydigt, da hverken sagsøger eller Vestre Landsret går ind i opgørelsesmetoden
U 2000.1561 H	Den erstatningssøgende opgør tabet i forhold til det tabte dækningsbidrag	Højesteret fastslog, at der skulle " <i>betales erstatning svarende til appellantens mistede nettofortjeneste</i> "	Her konstaterer Højesteret, at erstatningen skal opgøres på baggrund af den " <i>tabte nettofortjeneste</i> "
U 2002.1180 H	Den erstatningssøgende opgør tabet i forhold til det tabte dækningsbidrag	Landsretten og dissensen i Højesteret opgør tabet i forhold til det tabte dækningsbidrag.	Det anføres af landsretten og dissensen i Højesteret, at man tager udgangspunkt i den erstatningssøgendes opgørelsen. Det vil sige, at erstatningen er opgjort i forhold til det " <i>tabte dækningsbidrag</i> ".
Esbjerg rets dom af 30. april 2007	Den erstatningssøgende opgør tabet i forhold til det tabte dækningsbidrag	Retten erstatter den tabte nettofortjeneste, men kun fordi den manglende opgave ikke berører de faste omkostninger	Det anføres, at de faste omkostninger ikke berøres af den manglende opgave. Dette betyder modsætningsvis, at der ville være blevet givet erstatning for de faste udgifter, hvis de var blevet påvirket. Derfor taler denne dom for en opgørelse på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

En nærmere gennemgang af de enkelte domme fremgår af bilag 1. Her vil jeg lave en mere detaljeret gennemgang af min vurdering.

2.4.3. Sammenfattende om praksis fra domstolene

2.4.3.1 Tidlig praksis:

I U 1985.550 H bliver erstatningen benævnt som "*en skønsmæssig fastsat erstatning*", i U 1992.622 Ø er der blot tale om en erstatning af den erstatningssøgendes "*fortjeneste*" og i U 2000. 1425 V bliver opgørelsesmåden benævnt som "*erstatningen*". Det er tydeligt, at præmisserne fra dommene indledningsvis overlader meget til fantasien, når det gælder fastlæggelsen af, hvilken metode der skal danne grundlag for opgørelsen af den positive opfyldelsesinteresse. Den manglende gennemsigthed har medført en uklarhed omkring opgørelsesmetoden vedrørende erstatninger i forbindelse med brud på de udbudsretlige regler. I U 1997. 1308 H tilkendegav den erstatningssøgende tilmed utvetydigt, at den krævede erstatning var opgjort som et tabt dækningsbidrag, men metoden blev hverken lagt til grund eller fraveget i præmisserne i dommen. Her havde domstolen eller en gylden mulighed for enten at tilslutte sig den erstatningssøgendes opgørelsesmetode eller fravige denne.

Det ligger dog fast, at domstolene i langt hovedparten af sagerne foretager en skønsmæssig reduktion af erstatningssummerne. Desværre er der ofte manglende gennemsigthed i forhold til, hvad der danner grundlag for den skønsmæssige opgørelse af den tildelte erstatning.

2.4.3.2 Senere praksis:

Højesteret løfter lidt af sløret for udmålingsmetoderne i U 2000.1561 H og i U 2002.1180 H. Som det fremgår af gennemgangen af dommene i bilag 1 fastslår Højesteret, at den erstatningssøgende i U 2000.1561 H skal tildeles en erstatning opgjort som den *mistede nettofortjeneste*. Derimod indikerer landsretten samt dissensen i Højesteret i U 2002.1180 H, at den erstatningssøgende skal tildeles en erstatning opgjort i forhold til det tabte dækningsbidrag. I de to konkrete udbudsretlige sager fra Højesteret benyttes der tilsyneladende to forskellige opgørelsesmetoder. Dette skaber naturligvis uklarhed omkring opgørelsesmetoden, da der ikke bliver fulgt en konsekvent linje. Dette skader forudberegneligheden, og det må konstateres, at begge metoder ikke kan være gangbare i forhold til et teoretisk udgangspunkt.

Det skal imidlertid anføres, at Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004 støtter den opfattelse, som tilsiger, at erstatningen bør opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Der er imidlertid tale om en byretsdom, og som følge heraf har dommen ikke den samme retskildemæssige værdi som Højesteretsdomme. Uklarheden på Højesterets niveau eksisterer som følge heraf stadigvæk.

2.4.3.3 En vurdering af U 2000.1561 H og i U 2002.1180 H:

Som nævnt er uklarheden i praksis skabt af de tilsyneladende modstridende domme fra 2000 og 2002. Men i den forbindelse er det essentielt at vurdere, hvilken konkret betydning Højesteret tillægger den benyttede terminologi. I U 2000.1561 H var erstatningen utvivlsomt opgjort i forhold til det tabte dækningsbidrag, fra tilbudsgiverens side. Dog fraviger Højesteret tilsyneladende denne opgørelsesmetode, da det indikeres, at erstatningen fastsættes i forhold til den tabte nettofortjeneste. Dette giver anledning til at vurdere, om denne dom skal ses som et udtryk for, at erstatningen bør opgøres i forhold til den tabte nettofortjeneste?

I forbindelse med denne vurdering er det vigtigt at have in mente, at dissensen i Højesteret i U 2000.1561 H voterede for, at der ikke var årsagssammenhæng, og som følge heraf var der ikke grundlag for at tilkende erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Derfor kan der argumenteres for, at Højesteret har udvist en vis tilbageholdenhed ved erstatningsudmålingen og

derfor blot givet mulighed for opgørelsesmetoden, der giver adgang til den tabte nettofortjeneste. Dette synspunkt er specielt interessant, hvis man kigger på dissensen i U 2002.1180 H. Flertallet i Højesteret tildelte i forbindelse med denne sag erstatning for negativ kontraktsinteresse, men mindretallet var af den opfattelse, at der burde være erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Det interessante aspekt af dissensen er den klare holdning, at erstatningen skulle opgøres med udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag. Hermed fraviger de opfattelsen fra U 2000.1561 H, hvilket er bemærkelsesværdigt. Det bliver ikke mindre tankevækkende, når det fremgår af dommen, at Højesteretsdommer Maria-Louise Andreasen deltager i både flertallet i U 2000.1561 H samt i dissensen i U 2002.1180 H. Maria-Louise Andreasen støtter først ved dommen i 2000 opmålingsmetoden, hvorefter erstatningen udmåles i henhold til den tabte nettofortjeneste. Dernæst vælger hun i 2002 sammen med dissens at tilslutte sig opfattelsen, at erstatningen skal opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Det er ikke muligt at konkludere, om dette forhold er et udtryk for en generel holdningsændring hos Højesteret, eller om det blot er et udtryk for en enkelt dommers holdningsskifte. Der kan være andre konkrete forhold, som kan forklare dette skifte. Eksempelvis kan det næppe udelukkes, at Højesteret har fundet nogen sympati for ordregiveren i U 2000.1561 H, og som følge heraf valgt en opgørelsesmetode, der resulterede i en mindre erstatning. Derfor må det konstateres, at der ikke kan udledes endelige konklusioner om et generelt holdningsskift i Højesteret.

2.4.3.4 Konklusion vedrørende praksis fra domstolene:

Det er min opfattelse, at der på nuværende tidspunkt ikke er et tilstrækkeligt klart grundlag fra retspraksis til at kunne udlede endelige konklusioner. Der er ikke en kontinuerlig række af domme, hvor Højesteret eller andre retsinstanter tager utvetydig stilling til, hvilken specifik opgørelsesmetode der skal danne grundlag for erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse. Det lader imidlertid til, at retsinstanterne i højere grad bliver bevidst om problemstillingen. I den tidligere retspraksis var det næsten udelukkende en skønsmæssig fastsat erstatning på baggrund af den erstatningssøgendes opgørelsesmetode. Den senere praksis indikerer derimod, at man tager aktivt stilling til problemstillingen. Dog har man ikke en fast, hvilket er problematisk.

Dette illustreres specielt ved forholdet mellem U 2000.1561 H og U 2002.1180 som tidligere skitseret. Umiddelbart er det en nærliggende fortolkning af forholdet, at man bør tage udgangspunkt i den seneste relevante dom, U 2002.1180 H, hvorefter dissensen benytter den erstatningssøgendes opgørelsesmetode, som er erstatning af det tabte dækningsbidrag. I denne forbindelse bør det dog understreges, at domstolene hidtil har stillet sig selv fri med hensyn til valg af opgørelsesmetoder. Derfor må det konkluderes vedrørende domstolenes praksis, at før det er muligt, at konstatere en fast, klar praksis fra domstolene, skal der være flere domme, hvor Højesteret tager utvetydig stilling til opgørelsesmetoden.

2.4.4. Praksis fra Klagenævn for Udbud - Skematisk oversigt vedrørende praksis fra Klagenævn for Udbud:

Hvis man stiller ovennævnte kendelser op i et skema ser det således ud:

Sagen	Klagers opgørelsesmetode	Klagenævnets opgørelsesmetode	Min vurdering
-------	--------------------------	-------------------------------	---------------

Kendelse af 18. oktober 2002. Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune:	Den erstatningssøgende tilbudsgiver opgjorde erstatningen som den tabte dækningsbidrag.	Beløbet blev fastsat dels som et skønsmæssigt beløb til dækningsbidrag, benævnt driftsherregevinst,	Tabt dækningsbidrag
Kendelse af 14. april 2004 (Nibe Entreprenører & Transport ApS):	Erstatningen var opgjort med principperne fra U 2000.1561 H, hvilket vil sige at erstatningen var opgjort efter den <i>tabte nettofortjeneste</i> .	Det er ikke klart, hvilken opgørelsesmetode Klagenævnet benyttter. Formentlig er udgangspunktet klagers opgørelsesmetode.	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 20. august 2004 (Miri Stål A/S):	" <i>tabt fortjeneste</i> "	"sædvanlig nettoavance"	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 7. marts 2005 (Flemming Damgaard ApS)	<i>Tabt dækningsbidrag</i>	Erstatningssøgende tilbudsgivers opgørelsesmetode lagt til grund	Tabt dækningsbidrag
Kendelse af 8. marts 2005 (Per Aarsleff A/S):	<i>Tabt dækningsbidrag</i>	"dækningsbidrag".	Tabt dækningsbidrag
Kendelse af 14. juni 2005 (H.P. Gruppen A/S):	Tabt dækningsbidrag	Dækning af det beløb, der fremkommer efter fradrag af såvel faste som variable omkostninger fra entreprise-summen"	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 7. juli 2005 (Brunata A/S):	tabt bruttoavance (hvilket vil sige <i>tabt dækningsbidrag</i>)	tabte nettofortjeneste	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 23. februar 2006. Hoffmann A/S mod Skjern Kommune	<i>Tabt dækningsbidrag</i>	Erstatningen udmålt efter nettofortjeneste med fradrag for projektrisiko.	Tabt dækningsbidrag
Kendelse af 28. april 2006. Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S	Tabt <i>nettoavance</i>	Skønsmæssig fastsættelse da man har fratrukket faste udgifter samt sparet risiko	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 4. april 2007. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt	Den erstatningssøgende anfører, at dette som dækningsbidrag, men med fradrag for faste omkostninger. Derfor <i>tabt nettofortjeneste</i>	Tager udgangspunkt i klagerens opgørelsesmetode	Tabt nettofortjeneste
Kendelse af 21. september 2007 Joca Trading A/S mod Renosyd I/S	Erstatningen er opgjort som den <i>tabte nettofortjeneste</i>	Præmisserne giver ikke mulighed for at fastslå, hvilke opgørelse, som Klagenævnet tager udgangspunkt i	Ikke mulige at fastslå

Kendelse af 4. december 2007. Magnus Informatik A/S mod Skat	Tabt dækningsbidrag (Det anføres ikke direkte men kan udledes af opgørelsesmetoden)	Nævner det blot som en skønsmæssig fastsættelse af den positive opfyldelsesinteresse.	Tabt dækningsbidrag
25. januar 2010. J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvstyrelsen	Tilbudsgiveren benævner den krævede erstatning som " <i>avancen</i> "	Klagenævnet anfører, at man mangler dokumentation for det gennemsnitlige "dækningsbidrag". Dette indikerer kraftigt, at man er klar til at opgøre erstatningen på baggrund af det <i>tabte dækningsbidrag</i> , hvis der er er dokumentation herfor.	Tabt dækningsbidrag

Sammenfatning om kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Hvis man ser på kendelserne, er praksis tilsyneladende meget uklar. De mest bemærkelsesværdige kendelser i denne sammenhæng er Klagenævnets første stillingtagen i kendelse af 18. oktober 2002.⁶¹ Her fastslår Klagenævnet "*at der skal tages hensyn til, at klageren som et mindre firma på nogle punkter har mindre faste omkostninger end Bravida A/S.*" Her tager Klagenævnet de faste udgifter med i beregningen, når erstatningen skal fastsættes. Dette betyder, at Klagenævnet i denne sag opgør erstatningen i forhold til det tabte dækningsbidrag.

En anden væsentlig kendelse er kendelse af 14. juni 2005.⁶² I denne kendelse nedlægger tilbudsgiveren påstand om erstatning i forhold til det tabte dækningsbidrag. Klagenævnet vælger imidlertid at se bort fra den erstatningssøgende tilbudsgiveres opgørelse. Klagenævnet foretager et yderligere fradrag for de tilbudsgiverens faste udgifter, og derved erstatter man blot den fortjeneste, som tilbudsgiveren havde stået tilbage med, efter den udbudte opgave var udført. Denne kendelse er interessant, da Klagenævnet aktivt fjerner de faste omkostninger fra opgørelsen. Dette viser, at i denne konkrete sag har Klagenævnet taget positiv stilling til spørgsmålet og konkluderet, at erstatningen skal opgøres på baggrund af den tabte nettofortjeneste.

Til sidst men ikke mindst bør kendelse af 7. juli 2005 fremhæves.⁶³ I forbindelse med denne sag vælger Klagenævnet at opgøre erstatningen i forhold til det tabte dækningsbidrag. Herved fraviger Klagenævnet positivt den opgørelsesmetode, som den erstatningssøgende tilbudsgiver benytter og erstatter den med en erstatning på grundlag af den tabte nettofortjeneste. Forudsætningsvis foretager Klagenævnet herved et fradrag for de faste omkostninger og giver udelukkende erstatning for selve nettofortjenesten, som den forbigåede tilbudsgiver ville erhverve i forbindelse med udførelsen af den udbudte opgave.

Hvis man umiddelbart ser på kendelse af 14. juni 2005 og kendelse af 7. juli 2005, virker det således, at Klagenævnet er af den opfattelse, at erstatningen skal opgøres på grundlag af den tabte nettofortjeneste. Der er imidlertid efterfølgende kendelser, hvor Klagenævnet taget udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag ved opgørelsen af erstatningen. Derfor kan de nævnte kendelser ikke siges at være et udtryk for en generel holdning fra Klagenævnets side.

⁶¹ Kendelse af 18. oktober 2002. Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune:

⁶² Kendelse af 14. juni 2005 (H.P. Gruppen A/S):

⁶³ Kendelse af 7. juli 2005 (Brunata A/S)

Kendelserne viser endvidere, at Klagenævnet i høj grad følger den erstatningssøgende tilbudsgivers opgørelsesmetode. Kun i kendelse af 14. juni 2005 og kendelse af 7. juli 2005 vælger Klagenævnet at fravige tilbudsgiverens opgørelsesmetode. Dette kan indikere, at Klagenævnet ikke går ind og tager aktiv stilling til opgørelsen af erstatningen, men blot vælger at følge tilbudsgiverens påstand. På den anden side kan det også antyde, at Klagenævnet er enig i den pågældende opgørelsesmetode. Dette er imidlertid ikke en nærliggende tolkning af problematikken, da dette ville betyde, at Klagenævnet i perioden fra 2002 til 2009 har skiftet holdning adskillige gange. Endvidere laver Klagenævnet ikke en detaljeret begrundelse i de tilfælde, hvor tilbudsgiverens opgørelsesmetode følges. Hvis Klagenævnet positivt havde valgt at følge tilbudsgiverens opgørelsesmetode ud fra den opfattelse, at det var den teoretisk korrekte fremgangsmåde, ville det være nærliggende, at Klagenævnet begrundede denne beslutning.

Der kan som følge af de ovennævnte kendelser ikke udledes entydige konklusioner vedrørende opgørelsesmetoden af erstatninger til forbigåede tilbudsgivere. Retspraksis er simpelthen ikke tilstrækkelig klar. Det kan dog siges, at de to gange, Klagenævnet har fraveget den erstatningssøgende tilbudsgiveres opgørelsesmetode, har det være til fordel for beregningsmetoden, der finder den tabte nettofortjeneste. Her går Klagenævnet aktivt ind og tager stilling til opgørelsesmetoden og konstaterer, at kernen for erstatningen bør være den fortjeneste, som den forfordelte tilbudsgiver er gået glip af. Dette kan indikere, at Klagenævnet er af den opfattelse, at det er selve fortjenesten, som bør danne grundlag for erstatningen. Dog kan dette ikke konkluderes endeligt, da Klagenævnet i andre sager vælger at opgøre erstatningen i forhold til det tabte dækningsbidrag.

2.4.5 Sammenfattende omkring praksis:

Både Klagenævnet og domstolene tager ofte udgangspunkt i de erstatningssøgendes opgørelser. Den erstatningssøgende skal selvfølgelig kunne vurdere, hvilke udgifter denne vil forsøge at få erstattet, men det er problematisk, hvis den erstatningssøgende bestemmer hvilken opgørelsesmetode, der skal anvendes. Det bør være de retlige instanser, som lægger fundamentet for tilbudsgiverens erstatningsopgørelse og ikke omvendt. Det skyldes, at det er en principiel overvejelse, om en eventuel erstatning opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag eller som den tabte nettofortjeneste, og derfor bør Klagenævnet og domstolene tage aktiv stilling til spørgsmålet. Som nævnt ved både domstolenes og Klagenævnets praksis kan der ikke udledes entydige konklusioner vedrørende opgørelsesmetoderne. Det kan dog konstateres, at næsten alle erstatnings-sager udmønter sig i en skønsmæssig udmålt erstatning. Endvidere kan det konstateres, at domstolene og Klagenævnet næsten undtagelsesvist følger tilbudsgivernes opgørelsesmetoder. I de situationer, hvor retspraksis ikke er tilstrækkelig omfattende eller klar, er det nødvendigt at inddrage en teoretisk vurdering af forholdet.

2.5. Teoretisk korrekte løsning

2.5.1. Udbudsretlig teori

- **Høg:** Torkil Høg er af den opfattelse, at det kan være metodisk korrekt at opgøre tabet af den positive opfyldelsesinteresse med udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag. Dog anfører han, at en erstatningssøgende tilbudsgiver under alle omstændigheder må forvente en skønsmæssig fastsat erstatning. Denne konklusion kommer Torkil Høg primært frem til på baggrund af praksis fra domstolene.⁶⁴ Dog pointerer Torkil Høg, at der er betydelige uklarheder i den danske retspraksis.

⁶⁴ Høg 2005 – s. 210

- **Hørlyck:** Det anføres af Hørlyck, at der er adskillige eksempler i praksis, som viser, at en forbi-gået tilbudsgiver har fået erstatning opgjort som den mistede fortjeneste.⁶⁵ Det bør dog med rette påpeges, at det ikke enstydigt kan udledes, om Hørlyck tager aktivt stilling til problemstillingen mellem opgørelsesmetoderne. Han behandler ikke, hvilke udgifter der skal medtages i forbindelse med en erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, men opgørelsen af den positive opfyldelsesinteresse betegnes konsekvent som erstatning af den mistede fortjeneste.
- **Nielsen:** Ruth Nielsen anfører, at der i visse situationer kan *"kræves den positive opfyldelsesinteresse – dvs. også erstatning for tabt arbejdsfortjeneste"*. I denne forbindelse henviser Ruth Nielsen til U 2000.1425V.⁶⁶ Ruth Nielsen går imidlertid ikke ind i en konkret vurdering af opgørelsesmetoderne. Hun påpeger blot, at erstatningen skal opgøres som den tabte nettofortjeneste. Det kan ikke med sikkerhed konstateres, at dette er et udtryk for en aktiv stillingtagen til problemstillingen. Dog benævnes grundlaget for den positive opfyldelsesinteresse konsekvent som den mistede fortjeneste.
- **Boesgaard:** I forbindelse med tilbud i bygge- og anlægssektoren anfører Eric Boesgaard, at det på baggrund af praksis fra Klagenævnet for Udbud ikke er muligt at danne sig et sikkert indblik i erstatningsfastsættelsen.⁶⁷ Hermed lægger Boesgaard sig ikke fast på en endelig opgørelsesmetode ved erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Uklarhederne i praksis er for store til at kunne fremdrage endelige konklusioner.
- **Steinicke og Groesmeyer:** I forbindelse med EU' udbudsdirektiver med kommentarer af Steinicke og Groesmeyer, anføres det blot, at erstatningen afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler.⁶⁸ Hermed tages der ikke særskilt stilling til problemstillingen.
- **Fabricius og Offersen:** Fabricius og Offersen anfører, at *"det stadig er uafklaret, om der ved opgørelsen skal ydes erstatning for tabt dækningsbidrag eller alene for tabt nettofortjeneste."*⁶⁹ Hermed er Fabricius og Offersen på linje med Boesgaards opfattelse, hvorefter man ikke anser det for muligt at udlede endelige konklusioner omkring spørgsmålet.
- **Hjelmborg, Jakobsen og Poulsen:** I bogen EU-udbudsretten anfører Hjelmborg, Jakobsen og Poulsen, at *"der kan ikke gøres krav på den tabte bruttoavance, men alene den tabte nettoavance"*.⁷⁰ Hermed fastslår forfatterne, at den tabte nettofortjeneste skal danne grundlag for erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse. I forbindelse med denne konklusion henvises der til Klagenævnets kendelse af 20. august 2004 (Miri Stål A/S).⁷¹ Som tidligere anført, opgør Klagenævnet i forbindelse med denne sag erstatningen til den manglende nettofortjeneste. Kendelsen støtter hermed forfatternes konklusion. Det er en bemærkelsesværdig klar konklusion. Ofte tages der forbehold, men her er der en klar konklusion, som støttes af en specifik kendelse fra Klagenævnet.

⁶⁵ Hørlyck 1997 – s. 81

⁶⁶ Nielsen 2005 – s. 345

⁶⁷ Boesgaard 2002 – s. 460

⁶⁸ Steinicke og Groesmeyer 2003 – s. 73.

⁶⁹ Fabricius og Offersen 2006 – s. 436

⁷⁰ Hjelmborg m.fl. 2005 – s. 389

⁷¹ Hjelmborg m.fl. s. 389 note 103

2.5.2 Sammenfatning omkring den udbudsretlige teori:

Der kan ikke uddrages endelige konklusioner fra de danske udbudsretlige teoretikere, men den sparsomme bearbejdelse af problemstillingen er imidlertid bemærkelsesværdig. Når teoretikerne tager stilling, som Hjelmberg, Jacobsen og Poulsen gør i bogen "EU-udbudsretten", sker det uden en tilbunds gående behandling og med en særdeles sparsom argumentation. Argumentationen består i en henvisning til Klagenævnets Kendelse af 20. august 2004 (Miri Stål A/S). Problemstillingen er dog mere kompliceret end som så, og som tidligere nævnt er praksis fra Klagenævnet ganske uklar. Når der udelukkende henvises til Klagenævnets kendelse vedrørende Miri Stål, skaber det et ufuldstændigt billede af problemstillingen og herved en svag argumentation.

Modstykket til Hjelmberg, Jacobsen og Poulsens opfattelse kommer Torkil Høg med, eftersom han støtter en opgørelsesmetode på grundlag af det tabte dækningsbidrag. Høgs opfattelse støtter sig på domstolspraksis, hvilket må siges at være betænkeligt, da det efter min opfattelse er tvivlsomt, om domstolspraksis er tilstrækkelig klar til at kunne udlede eventuelle konklusioner. Høg tager også forbehold for dette forhold og understreger, at praksis indeholder betydelig uklarheder. Dog må det siges, at praksis er så uklar, at det ikke er muligt at uddrage konklusioner. Specielt forholdet mellem praksis fra Klagenævnet og domstolens praksis gør forvirringen total. Som tidligere nævnt indikerer domstolens praksis muligvis, at den positive opfyldelsesinteresse bør opgøres på baggrund af dækningsbidrag. Heroverfor indikerer praksis fra Klagenævnet eventuelt, at erstatningen bør opgøres på grundlag af den tabte nettofortjeneste. Det er imidlertid meget uklare indikationer, og det kan efter min opfattelse ikke danne grundlag for selvstændige konklusioner i forhold til problemstillingen.

Som det fremgår af bilag 6, indeholder retspraksis fra Norge og Sverige nogle af de samme problemer som den danske retspraksis,⁷² må det imidlertid konstateres, at der er indikationer af, at opgørelsesmetoden, som skal danne grundlag for erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse, er det tabte dækningsbidrag. I hverken Sverige eller Norge er der forhold, som direkte peger i den modsatte retning og indikerer, at det er den tabte nettofortjeneste, som skal danne grundlag for opgørelsen. Dette er interessant, men i lighed med dansk retspraksis må det konstateres, at der ikke er et tilstrækkeligt sikkert fundament i den nordiske praksis til at kunne udlede klare og utvetydige konklusioner.

Eftersom udbudsretlig teori og retspraksis ikke danner en tilstrækkelig vægtig argumentation for én specifik opgørelsesmetode, er det relevant at hente inspiration fra andre juridiske områder. Dette kan være med til at belyse problemstillingen fra andre vinkler og kan være med til at skabe klarhed i forhold til en teoretisk korrekt løsning.

2.5.3 Entrepriseretlig teori

2.5.3.1 Generelt vedrørende lovgrundlag:

I flere af de ovennævnte sager fra Klagenævnet og domstolene er der tale om byggeri. Derfor vil det være relevant at vurdere, hvilken metode der bliver brugt i forbindelse med erstatningsberegningen ved byggeri. Selvom entrepriseretlige regler vedrører erstatning i kontraktforhold, vil det som tidligere nævnt være relevant at holde disse op imod udbudsretten.⁷³ Dette skyldes, at ordregiveren i udbudsretten reelt har afgivet et løfte i form af en forpligtelse til at overholde de udbudsretlige regler og forpligtelser. Derfor vil forholdet kunne sidestilles med den situation, at en part har brudt vilkår i en aftale. Som følge heraf vil det være relevant og rimeligt at sidestille udbudssituationen med erstatning i kontraktforhold.

⁷² F.eks. at domstolene ikke tager positiv stilling til, om opgørelsesmetoden skal ske på baggrund af det tabte dækningsbidrag eller den tabte nettofortjeneste.

⁷³ Høegh og Lorentsen 2003 – s. 383

I forbindelse med entrepriseretten spiller AB 92 en central rolle, da den indgår som en bestanddel af næsten alle entrepriseaftaler.⁷⁴ Det fremgår af AB 92 § 14, at der kan ske ændringer i arbejdet. Hvis bygherren ændrer arbejdet, således at entreprisen reduceres, følger det af 14, stk. 5, 1. pkt., at entreprenøren skal have erstatning.⁷⁵ I denne forbindelse opgør man beløbet ved at fastlægge tilbudssummen fratrukket samtlige entreprenørens nettobesparelser ved ikke at udføre det faktiske arbejde. Nettobesparelserne vedrører forudsætningsvis de variable omkostninger, hvorimod de faste udgifter ikke berøres af reduktionen. Derfor indikerer AB-92, at erstatningsberegningen i et ikke nærmere angivet omfang kan indeholde faste omkostninger. Det er dog ikke endeligt afklaret i hverken forarbejderne til AB 92 eller af ordlyden, og som følge heraf er det nødvendigt at inddrage de entrepriseretlige teoretikere.

2.5.3.2 Entrepriseretlige teoretikere

- **Axel H. Pedersen:** I 1952 anfører Axel H. Pedersen i bogen *Entrepriseret*, at entreprenøren principielt har krav på fuld erstatning herunder også for tabt fortjeneste. Udgangspunktet anføres herefter til at være, at entreprenøren har ret til enterprisesummen med visse fradrag. De fradrag som skal foretages, er de positive besparelser, som entreprenøren indvinder ved, at entreprisen ikke fuldføres. Det vil være materialer, arbejds løn, kørsel og lignende.⁷⁶ Hermed fastslår Axel H. Pedersen, at det tabte dækningsbidrag skal danne grundlag for erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, eftersom de faste omkostninger er indeholdt i enterprisesummen.
- **Duer og Berg:** Duer og Berg anfører, at erstatningen dækker særlige omkostninger, driftstab og mistet fortjeneste.⁷⁷ Hermed konkluderer de, at der i forbindelse med erstatning af den positive opfyldelsesinteresse kan være indeholdt andre poster end nettofortjenesten. De anfører imidlertid ikke, hvad disse særlige omkostninger kan indeholde, og som følge heraf er det ikke muligt at uddrage endelige konklusioner vedrørende problemstillingerne.
- **Hørlyck:** I den entrepriseretlige teori anføres det af Hørlyck, at erstatningen bør opgøres som det mistede dækningsbidrag.⁷⁸ Han påpeger, at der er enighed om, at den erstatning, en entreprenør kan kræve, må tage sit udgangspunkt i den samlede enterprisesum med fradrag for de besparelser, som entreprenøren har opnået ved ikke at fuldføre arbejdet.⁷⁹ Dette er en bemærkelsesværdig klar udmelding, eftersom Hørlyck i sin bearbejdning af udbudsretten ikke tager aktiv stilling til den konkrete problemstilling.
- **Vagner:** Vagner antager, at man bør kunne få sit næringstab (dvs. sin mistede nettofortjeneste) erstattet.⁸⁰ Umiddelbart synes det, at Vagner er uenig med Hørlyck, da han anfører, at det skal være "næringstab", som skal erstattes og ikke det tabte dækningsbidrag. Det er imidlertid nødvendigt at nærlæse Vagner, da det synes mere sandsynligt, at han mener, at den positive opfyldelsesinteresse skal opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Vagner anfører, at han med udtrykket "næringstab" mener enterprisesummen med fradrag for sparede variable omkostninger. Da de faste udgifter er indeholdt i enterprisesummen, må det klart antages, at Vagner er på linje med Hørlyck, om end det er skrevet på en tvetydig måde.⁸¹

⁷⁴ Vagner 2005 – s. 2

⁷⁵ Hørlyck 2009 – s. 201

⁷⁶ Pedersen 1952 – s. 118

⁷⁷ Duer og Berg 1985 – s. 366

⁷⁸ Hørlyck 1998 – s. 169

⁷⁹ Hørlyck 1993 – s. 177

⁸⁰ Vagner 2005 – s. 73

⁸¹ Vagner 2005 – s. 73

- **Iversen:** Iversen tilslutter sig Axel H. Pedersen's, Hørlyck's og Vagner's opfattelse og konstaterer, "at entreprenøren som udgangspunkt har krav på at få sit mistede dækningsbidrag."⁸²

2.5.3.2.6. Sammenfatning vedr. teoretisk udgangspunkt i entrepriseretten:

Der lader til at være enighed omkring udgangspunktet i entrepriseretten. Som Hørlyck udtrykker det, er der enighed om, at udgangspunktet for erstatning af den positive opfyldelsesinteresse er entreprisesummen med fradrag for de variable omkostninger, der bliver sparet ved ikke at udføre opgaven.

2.6. Baggrunden for den nuværende uklarhed:

Uklarheden omkring beregningsmetoden er som tidligere nævnt slående. Der kan være flere årsager til denne uklarhed:

- For det første: Klagenævnet og domstolene undervurderer betydningen af de forskellige beregningsmetoder. De faste omkostninger kan være ganske markante, og derfor har det selvstændig betydning, om erstatningen opgøres på baggrund af den tabte nettofortjeneste eller det tabte dækningsbidrag. Dog vælger Klagenævnet og domstolene i høj grad at fastsætte en skønsmæssig erstatning uden præcist at angive, hvad der er indeholdt i denne erstatning. Denne manglende stillingtagen kan indikerer, at Klagenævnet og domstolene ikke vurderer problemstillingen som værende væsentlig.
- For det andet: Dernæst medfører de processuelle regler, at erstatningen tildeles inden for de rammer, som den erstatningssøgende tilbudsgiver fastlægger.⁸³ Det følger af Retsplejelovens § 338, at retten er bundet af parternes påstande for så vidt, at retten ikke kan tilkende en part mere, end han har påstået.⁸⁴ Denne bundethed kan være en medvirkende årsag til, at Klagenævnet og domstolene læner sig op af den forbigåede tilbudsgivers opgørelsesmetode. Det fremgår af praksis, at tilbudsgiverens repræsentanter i visse tilfælde lader den tabte nettofortjeneste være udgangspunkt og i andre situationer lader det være det tabte dækningsbidrag. Herved medvirker advokaterne i høj grad til uklarheden. Det kan i denne forbindelse anføres, at advokaterne i alle tilfælde burde kræve erstatning med udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag. Denne erstatningsopgørelse vil potentielt medføre erstatning for visse udgifter, der ikke kan være indeholdt i den tabte nettofortjeneste. Det må formodes, at det vil være i den forbigåede tilbudsgivers interesse at opnå erstatning til dækning af flest mulige afholdte omkostninger. Som følge heraf vil advokaten i højere grad varetage klients interesse ved at kræve erstatning med udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag. Dette er imidlertid ikke tilfældet, som det fremgår af praksis. Under alle omstændigheder må det imidlertid konstateres, at på trods af de processuelle rammer har domstolene og Klagenævnet mulighed for at anføre, at erstatningen bør opgøres med udgangspunkt i den tabte nettofortjeneste eller det tabte dækningsbidrag. Domstolene og Klagenævnet er kun bundet for så vidt angår de anførte påstande. Det står domstolene og Klagenævnet frit for at fastlægge, hvilken opgørelsesmetode der skal danne grundlag for erstatningen så længe, der herved ikke gives en højere erstatning end påstået.
- Til sidst men ikke mindst: Det kan være medvirkende årsag, hvis der er teoretisk uenighed hos domstolene og Klagenævnet. Hvis en række dommere er af den opfattelse, at opgørelsen af erstatning skal ske på baggrund af det tabte dækningsbidrag, vil det give sig til udtryk i de sager, hvor disse dommere udgør flertallet. Derfor kan den nuværende retsstilling til dels også skyldes teoretiske uenigheder, og derfor vil det være den konkrete sammensætning af dommere eller valget af den enkelte dommer, som er afgørende for, hvilken metode der bør være udgangspunktet. I disse til-

⁸² Iversen 2000 – s. 486

⁸³ Gomard 1994 – s. 372

⁸⁴ Gomard og Kistrup 2007 –s 514

fælde fører sådan en situation normalt til en Højesteretsafgørelse, der klarlægger udgangspunktet. Som nævnt ovenfor er udbudsretlig praksis i den situation, at der er Højesteretspraksis, som peger i forskellige retninger. Det skal dog anføres, at denne mulige forklaring ikke er særlig sandsynlig, når man kigger på bilag 3. Heraf fremgår det, at der er 16 forskellige dommere i Klagenævnet, som har medvirket til at give en tilbudsgiver positiv opfyldelsesinteresse. Ud af disse 16 er der 13 dommere, som har deltaget i to eller flere sager. Af disse 13 dommere er der kun én dommer (Iver Pedersen), som ikke er kommet frem til forskellige konklusioner vedrørende opgørelsesmetoden. Det vil sige, at ud af 13 dommere, der har deltaget i to eller flere sager, hvor der tildeles erstatning af den positive opfyldelsesinteresse, har de 12 af dommerne været med til både at give erstatning opgjort efter den tabte nettofortjeneste og efter det tabte dækningsbidrag. Hvis uklarheden var forårsaget af en teoretisk uenighed, ville det være mere sandsynligt, at flere dommere havde fastholdt én specifik opgørelsesmetode.

Det er ikke muligt at fastlægge den eksakte baggrund for den nuværende uklare retsstilling. Endvidere er det usandsynligt, at én af de ovennævnte faktorer er direkte ansvarlig for den nuværende retsstilling. Det er snarere en kombination af de ovennævnte faktorer. Det må imidlertid understreges, at de erstatningssøgende tilbudsgivere formentlig spiller en central rolle i forbindelse med fastlæggelsen af erstatning. De erstatningssøgende tilbudsgiveres forskellige opgørelsesmetoder kombineret med, at Klagenævnet og domstolene tilsyneladende negligerer problemstillingen, er formentlig den væsentligste faktor til den nuværende uklarhed.

2.7 Min vurdering

I forbindelse med erstatningsopgørelse i sager om brud på de udbudsretlige regler foretages der primært en skønsmæssig udmåling af erstatningen fra Klagenævn for Udbud og domstolenes side. Der redegøres sjældent for den eksakte opgørelsesmetode i præmisserne, og som følge heraf yder praksis ikke den store hjælp i forbindelse med at klarlægge, hvordan erstatningen bør opgøres. Dette forhold skaber problemer i forbindelse med gennemsigtigheden samt en eventuel forudberegnelighed ved afgørelserne fra domstolene og Klagenævnet. Det er naturligvis først muligt at vurdere, om en opgørelsesmåde er teoretisk holdbar, hvis den anvendte metode fremgår af præmisserne.

Det er min vurdering, at erstatningen for den positive opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver skal opgøres med udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag. Denne opfattelse er stik imod Hjelmberg, Jakobsen og Poulsen's opfattelse, da de konkluderer, at *"der kan ikke gøres krav på den tabte bruttoavance, men alene den tabte nettoavance"*.⁸⁵ Denne opfattelse begrundes de med en henvisning til Klagenævnets kendelse af 20. august 2004 (Miri Stål A/S).⁸⁶ Jeg mener ikke, at Klagenævnets praksis er tilstrækkelig klar til at udlede eventuelle konklusioner. I lighed hermed mener jeg heller ikke, at retspraksis fra domstolene udfylder behovet for klarhed og giver grundlag for konklusioner, som Høg anfører. Retspraksis som grundlag for konklusioner skaber som følge af uklarheden meget svage argumenter, da der altid vil være sager, som peger i den modsatte retning. Derfor kan det konkluderes, at praksis fra den danske udbudsret ikke har en retskildemæssig værdi, der efter min opfattelse gør den egnet til at danne grundlag for konklusioner.

Når praksis ikke hjælper videre, må man kigge på det teoretiske udgangspunkt. Udgangspunktet for beregningen af opfyldelsesinteressen er som tidligere nævnt, at en forfordelt tilbudsgiver kan forlange fuld erstatning for ethvert beviseligt tab, der må siges at være foranlediget af brud på de udbudsretlige regler.⁸⁷ Som følge heraf medfører fuld erstatning, at gennemførelsen af den udbudte opgave og opfyldelse ved erstatning af den positive opfyldelsesinteresse er økonomisk ækvivalente.⁸⁸ Det er kernen i den positive opfyldelsesinteresse. Man skal stilles i økonomisk henseende, som om opgaven var gennemført.

⁸⁵ Hjelmberg m.fl. 2005 – s. 389

⁸⁶ Hjelmberg m.fl. s. 389 note 103

⁸⁷ Bryde Andersen og Lookofsky 2000 – s. 257

⁸⁸ Gomard 2003 – s. 144

De variable omkostninger erstattes selvfølgelig ikke, eftersom disse ikke er afholdt.⁸⁹ Der må ikke være en berigelse i forbindelse med erstatningen, og eftersom de variable omkostninger ikke er afholdt, vil det give en berigelse, hvis disse erstattes. Det er imidlertid kun de variable omkostninger, som en tilbudsgiver har mulighed for at spare, når denne ikke udfører en opgave.⁹⁰ De faste omkostninger såsom renteudgifter, eventuelle lejeudgifter til virksomhedens hjemsted osv. skal stadig afholdes. I de tilfælde, hvor en tilbudsgiver bliver forbigået, begrænses dennes muligheder for at opnå indtægter til at afholde de faste udgifter. Derfor er tilbudsgiveren nødsaget til at betale disse faste udgifter med andre midler. Dette giver et tab. Hensynet bag erstatning af den positive opfyldelsesinteresse er, at den forbigåede tilbudsgiver skal stilles i et økonomisk henseende, som om opgaven var behørigt opfyldt. Ud fra en streng teoretisk fortolkning af erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse medfører afholdelsen af de faste omkostninger et tab, som bør erstattes. Som følge heraf medfører en formålsfortolkning af den positive opfyldelsesinteresse efter min opfattelse, at erstatningen bør opgøres med baggrund i det tabte dækningsbidrag.

Et andet hensyn, som støtter denne opfattelse, er, at tilbudsgiveren ikke har mulighed for at tilpasse sig den ordregivende myndigheds brud på de udbudsretlige regler. Der kan være hindringer for tilbudsgiveren i forbindelse med at søge erstatningsarbejde såsom konjunkturforhold. Hvis det ikke er muligt for tilbudsgiveren at opnå erstatningsarbejde, der kan medvirke til at afholde de faste omkostninger, vil disse udgøre et klart tab. Tilbudsgiveren har ikke mulighed for at tilpasse sig i forhold til eventuelle brud på reglerne, hvis f.eks. konjunkturmæssige forhold umuliggør dette. Ansvar for denne situation bør rimeligvis pålægges ordregiveren, som har brudt de udbudsretlige regler. Det virker ikke rimeligt, at tilbudsgiveren selv skal bære ansvaret for at afholde de faste udgifter, når den manglende indtægt skyldes en ordregiveres brud på reglerne.

Endvidere kan det fremføres, at erstatning udmålt i forhold til det tabte dækningsbidrag medfører en øget erstatning, hvorefter den præventive effekt øges. Dette argument bør dog ikke tillægges for stor vægt, eftersom den positive opfyldelsesinteresse ikke indeholder et pønabel element. Det er imidlertid væsentligt at se erstatningsreglerne i forhold til det EU-retlige princip om effektivitet, og herefter skal den valgte sanktion være afskrækkende. Derfor vil det have en virkning at skabe et erstatningssystem, der har den størst mulige afskrækkende effekt.

Som følge heraf harmonerer det efter min vurdering samlet set bedst med hensynene bag den positive opfyldelsesinteresse, hvis erstatninger beregnes på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

Ud over at støtte min opfattelse på en teoretisk formålsfortolkning af den positive opfyldelsesinteresse støtter jeg den på andre relevante områder af juraen.

For det første er det inden for entrepriseretten den generelle opfattelse, at erstatninger skal opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Der synes at være en ganske bemærkelsesværdig enighed blandt de entrepriseretlige teoretikere i forhold til denne opfattelse.

For det andet er det i forbindelse med varekøb den fremherskende holdning i Danmark, at det er det tabte dækningsbidrag, der skal danne grundlag for erstatningsopgørelsen, hvilket fremgår af bilag 5. Denne holdning svarer til opfattelsen i den nordiske teori. I forbindelse med norske varekøb er holdningen kodificeret i den norske købelovs § 67 (2), og i Sverige fremkommer Johnny Herre med samme udgangspunkt i sin dybdegående disputats omkring erstatninger i den svenske køberet, hvilket ligeledes fremgår af bilag 5.

Opsummerende kan det hermed anføres, at der ikke kan udledes noget entydigt af dansk udbudsretlig retspraksis eller udbudsretlig teori, men kigger man nærmere på hensynet bag den positive opfyldelsesinte-

⁸⁹ Boesgaard 2002 – s. 461

⁹⁰ Iversen 2000 – s. 408

resse samt på andre relevante juridiske områder, vil det efter min opfattelse være den korrekte løsning at opgøre erstatning på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

3. Effektivitetsprincippet i forhold til de danske erstatningsregler inden for udbudsretten

3.1. Beskrivelse af problemstillingen:

Det følger af loyalitetsforpligtelsen i art. 10 i Traktaten, at medlemslandene træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. Art. 10 har tidligere været anvendt til at pålægge medlemsstaterne handlepligter i relation til reguleringen af det indre marked, som udbudsreglerne henhører under.⁹¹ Derfor er den relevante hjemmel i relation til national håndhævelse af udbudsreglerne i art. 10 i Traktaten samt de af EU-domstolen udviklede principper.⁹² Som følge heraf er det EU-rettens udgangspunkt, at det tilkommer national procesret i mangel af særlige EU-regler at fastsætte under hvilke processuelle former, EU-krav behandles.⁹³ Dette blev præciseret med indførelsen af Kontrolloven 89/665/EØF, hvorefter medlemsstaterne har en pligt til at sikre, at der findes en klageprocedure, som omfatter beføjelser til at tilkende skadeserstatning.⁹⁴

Som tidligere anført havde vi i Danmark allerede mulighed for skadeserstatning ved brugen af de almindelige erstatningsregler gennem domstolene. Efterfølgende har Klagenævnet for Udbud også fået kompetencen til at tilkende erstatning. Men som tidligere behandlet kan der imidlertid være problemer forbundet med at fastlægge erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Derudover kan det også være forbundet med vanskeligheder at opfylde de grundlæggende betingelser for at opnå erstatning.

Som følge af eventuelle problemer med det danske erstatningsmatrix er det nærliggende at vurdere, om de almindelige danske erstatningsregler indeholder tilstrækkelige muligheder for at sikre en effektiv håndhævelse af de EU-retlige udbudsdirektiver.

3.2. Effektivitetsprincippet – oprindelse og udformning:

I Van Gend & Loos-sagen⁹⁵ fastlægges EU-fællesskabets status som et nyt folkeretligt system. EU-domstolen⁹⁶ skulle i sagen tage stilling til, om den daværende EØF-traktat udelukkende medførte rettigheder og pligter for medlemslandene, eller om den også medførte rettigheder for borgere og virksomheder i medlemsstaterne. Domstolen skulle med andre ord tage stilling til, om den anså EU-retten for i lighed med andre traktater at være en del af det folkeretlige system, eller om der var tale om et selvstændigt juridisk system. Selvom flere lande støttede den første opfattelse, konkluderede Domstolen, at det daværende traktatgrundlag var mere end en folkeretlig aftale.⁹⁷ Hermed fastslog Domstolen, at borgerne var EU's retssubjekter, eftersom Fællesskabsretten uafhængigt af medlemsstaternes lovgivning kunne tildele borgerne rettigheder.⁹⁸ TEF's bestemmelser kan som følge heraf være umiddelbart anvendelige for borgerne i en medlemsstat under visse betingelser.⁹⁹ Dette udgangspunkt leder året efter til Costa

⁹¹ Eksempelvis i sag 265/95 Kommissionen mod Frankrig, hvor Frankrig blev pålagt en handlepligt.

⁹² Fejø og Treumer 2006 – s. 109

⁹³ Rasmussen 2003 – s. 418 f.

⁹⁴ Olsen og Sørensen 2008 – s. 410

⁹⁵ Sag 26/62 Van Gend & Loos:

⁹⁶ Tidligere EF-domstolen.

⁹⁷ Nedergaard 2005 – s. 116

⁹⁸ Neergaard og Nielsen 2005 – s. 209

⁹⁹ Sag 26/62 Van Gend & Loos

mod ENEL dommen, hvor princippet om EU-rettens forrang for national ret blev fastslået.¹⁰⁰ Dette forrangsprincip har til formål at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af EU-retten.¹⁰¹

Disse to domme tager primært sigte på den situation, hvor der foreligger en konflikt mellem materielle EU-regler og national ret. Det vil sige, at følgerne af dommene kombineret med Traktaten er, at EU-retlige regler har forrang, men det er op til medlemslandene at forvalte disse regler. I forhold til erstatningsansvar er det EU-retlige udgangspunkt, at medlemsstaterne vælger sanktionerne.¹⁰² Dette er også tilfældet inden for udbudsretten. Derfor opstår der ikke nogen materiel konflikt mellem EU- og national ret. Når det overlades til de nationale domstole at behandle krav støttet på fællesskabsretten efter landets egne processuelle regler, er det et udtryk for et princip om national processuel autonomi.¹⁰³¹⁰⁴ Det vil imidlertid være u hensigtsmæssigt, hvis hensynet til den nationale processuelle autonomi medfører, at de EU-retlige regler ikke er sikret en effektiv håndhævelse. Som konsekvens heraf har Domstolen udviklet et princip om effektivitet, der skal sikre en vis minimumsstandard, som de nationale regler skal opfylde i forbindelse med krav fremsat på baggrund af EU-retlige regler.

Forholdet mellem respekten for de nationale regler og en effektiv gennemførelse af de EU-retlige regler kan ses i Rewe-Zentral sagen, hvor domstolen anfører i præmis 5, at i tilfælde af manglende fællesskabsretlige regler, er det op til de nationale retlige systemer at sikre borgerne de rettigheder, der tilkommer dem.¹⁰⁵ I forbindelse hermed må disse regler ikke være mindre favorable, end hvad der er tilfældet i sammenlignelige sager af national karakter. Dette kaldes også ækvivalensprincippet. Dette princip bør ses i sammenhæng med effektivitetsprincippet, da ækvivalensprincippet sikrer en vis effektivitet. Ækvivalensprincippet medfører, at regler, der skal sikre rettigheder i forbindelse med krænkelse af fællesskabsretlige rettigheder som minimum har den samme effektivitet som regler, der skal sikre vedrørende lignende overtrædelser af nationale rettigheder. Derved sikres lighedsprincippet, og det medfører en vis effektivitet.

Dog sikrer Rewe-sagen blot, at krænkelse af EU-retlige rettigheder ikke undergives en mindre effektiv beskyttelse end de nationale regler, men dette er jo kun væsentligt, hvis der er en tilstrækkelig beskyttelse overfor krænkelse af nationale rettigheder. Princippet indeholder som følge heraf ikke nogen selvstændig beskyttelse. Derfor er effektivitetsprincippet væsentligt.

Effektivitetsprincippet er ikke en statisk størrelse, men udvikler sig løbende. Som følge heraf indeholder effektivitetsprincippet flere elementer, som er relevante i forhold til erstatning. EU-domstolen har naturligvis også tilføjet en andre elementer til effektivitetsprincippet såsom forpligtelse vedrørende adgangen til præjudicielle søgsmål¹⁰⁶ og regler vedrørende retlig interesse¹⁰⁷ osv.¹⁰⁸ Disse elementer er dog uden for specialets fokusområde og vil som følge heraf ikke blive behandlet i det efterfølgende afsnit. Min gennemgang vil udelukkende have fokus på effektivitetsprincippets indvirkning på den nationale processuelle autonomi i forhold til udformningen af erstatningssystemet.

Der er ikke i teorien lavet en systematisk oversigt over effektivitetsprincippet, hvilket til dels skyldes, at princippet til stadighed udvikles. Dog er det efter min opfattelse muligt at fastlægge en overordnet systematik ud fra den gældende retspraksis. Systematikken har grundlag i en tidsmæssig udvikling, og vi

¹⁰⁰ Sag 6/64 Costa mod ENEL

¹⁰¹ Sørensen og Nielsen 2008 – s. 176

¹⁰² Neergaard og Nielsen 2005 – s. 209

¹⁰³ Matthiesen 2001 – s. 493

¹⁰⁴ Wiklund 1997 – s. 363

¹⁰⁵ Sag 33/76 Rewe-Zentral

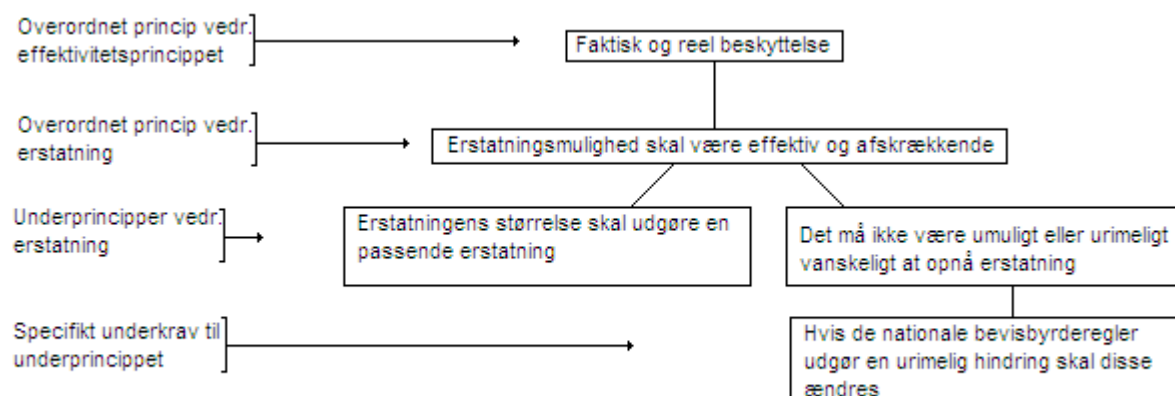
¹⁰⁶ Sag 166/73 Rheinmühlen præmis 2 og 3

¹⁰⁷ Sag 13/01 Safalero præmis 50 og Sag 432/05 Unibet præmis 42

¹⁰⁸ Daniel m.fl. 2009 – s. 294

ser, at EU-domstolen udvider effektivitetsprincippet med flere forpligtelser, når der er behov for dette. Umiddelbart lægger EF-domstolen sig fast på et overordnet udgangspunkt for effektivitetsprincippet samt en række underprincipper.

En systematisk oversigt af effektivitetsprincippet på baggrund af retspraksis således ud:



3.2.1. Overordnet princip: Faktisk og effektiv beskyttelse:

Det overordnede effektivitetsprincip fremgår første gang af EU-domstolens Rewe-sagen, hvor det fremgår af præmis 5, at man ikke må umuliggøre hævdelsen af rettigheder, som det nationale retssystem har pligt til at beskytte.¹⁰⁹ Det samme fremgår af en række sager her i blandt Comet-sagens, som blev afsagt samme dag.¹¹⁰ Efterfølgende har utallige domme konstateret, at effektivitetsprincippet kræver, *at nationale regler ikke er udformet på en måde, hvor de i praksis umuliggør eller uforholdsmæssigt vanskeliggør udøvelsen af rettigheder*, der hjemles i Fællesskabets retsorden.¹¹¹ Men hvad indeholder udsagnet om, at nationale regler ikke må umuliggøre hævdelsen af rettigheder, som national staten har til pligt at sikre?

Dette forhold behandles for første gang indgående i Von Colson-sagen, hvor Kommissionen anfører i præmis 14, at *"selv om direktivet overlader valget og fastsættelsen af sanktioner til medlemsstaterne, skal gennemførelsen af dette ikke desto mindre være faktisk effektiv i resultatet. Princippet om den effektive gennemførelse af direktivet indebærer et krav om, at sanktionerne udformes således, at de for den krænkende ansøger udgør en passende erstatning og mod arbejdsgiveren en pression, han må tage alvorligt, og som tilskynder til, at princippet om ligebehandling overholdes. Nationale regler, der alene giver ret til erstatning for den negative kontraktsinteresse, er ikke tilstrækkelige til at sikre, at princippet overholdes."*¹¹² Denne opfattelse tiltræder Domstolen i præmis 23.

Denne dom danner udgangspunktet for effektivitetsprincippet, eftersom det konstateres, at selvom sanktioneringen af eventuelle overtrædelser af fællesskabsretlige rettigheder hører under den nationale processuelle autonomi¹¹³, er denne selvstændighed underlagt en grundlæggende forpligtelse i form af effektivitetsprincippet. Medlemsstaterne er forpligtet til at sikre en *faktisk og effektiv beskyttelse*. Hvis

¹⁰⁹ 33/76 Rewe præmis 5.

¹¹⁰ Sag 45/76 Comet præmis 16. Derudover fremgår det også af Sag 68/79 Just præmis 18 og sag 199/82 San Giorgio præmis 11

¹¹¹ Sag 234/04 Kapherer præmis 22. Sag 40/08 præmis 38. Sag 78/98 Shirley Preston præmis 31.

¹¹² Sag 14/83 Von Colson

¹¹³ Bovis 2007 – s. 372

en national stat har en faktisk og effektiv beskyttelse af de EU-retlige rettigheder, er det ikke umuligt at opnå disse. Som følge heraf er dette princip nævnt som det overordnede princip.

Dette udgangspunkt med en faktisk og effektiv beskyttelse fastslås efterfølgende i Dekker-sagens præmis 23, hvor det fremgår, ”at sanktionen skal være egnet til, at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse”.¹¹⁴

Disse domme viser, at der er et spændingsfelt mellem medlemsstaternes processuelle autonomi på den ene side og effektivitetsprincippet på den anden. Medlemsstaterne har valgfrihed til at vælge en model, der skal sanktionere overtrædelser af de fællesskabsretlige rettigheder, men denne model skal opfylde effektivitetsprincippet krav om faktisk og effektiv beskyttelse. Dette er kernen i effektivitetsprincippet. Herved sætter effektivitetsprincippet overordnede formål med at skabe en faktisk og effektiv beskyttelse en grænse for medlemsstaternes frihed. Denne grænse er en minimumsbeskyttelse, som skaber en selvstændig beskyttelse, og herved er princippet et nødvendigt supplement til ækvivalensprincippet. Herved udgør effektivitetsprincippet en selvstændig beskyttelse i de situationer, hvor det nationale sanktionsmatrix ikke yder en tilstrækkelig beskyttelse.

3.2.2. Overordnet princip vedr. erstatning: Erstatning skal være effektiv og afskrækkende:

I de tilfælde, hvor et medlemsland vælger en sanktionsmodel, der inkluderer muligheden for erstatning, har EU-domstolen fastlagt et overordnet princip. Dette princip fremgår af Von Colson-sagen, hvor det i præmis 28 understreges, at erstatninger skal være *effektive og afskrækkende*.¹¹⁵ Dette princip med en effektiv og afskrækkende sanktion blev senere fastslået i præmis 24 i Kommissionen mod Grækenland.¹¹⁶

Dette overordnede princip er en udløber af det overordnede effektivitetsprincip og danner et overordnet princip i de situationer, hvor et medlemsland har valgt erstatning som et led i sanktioneringen. Det står umiddelbart medlemslandene frit for at vælge sanktionsform, men det er i et vist omfang forudsat, at erstatning skal være en mulighed. Generel kan det anføres, at der er et vist mindstemål for at effektivitet i udbudssystemet, som betyder, at nogle sanktionsformer skal være til stede ved overtrædelser af de udbudsretlige regler. Der bør være 1) mulighed for opsættende virkning 2) mulighed for at annullere 3) mulighed for erstatning.¹¹⁷ Når man har mulighed for erstatning, skal denne være effektiv og afskrækkende.

3.2.2.1. Underprincip: Erstatningens størrelse skal udgøre en passende erstatning:

Endvidere er der en række mere specialiserede underprincipper, som er udviklet ved EU-domstolens konkrete afgørelser i forhold til det overordnede princip vedrørende erstatning. Et af disse underprincipper vedrører udmålingen af erstatningen. Effektivitetsprincippet sætter også nogle minimumsforpligtelser i forhold til udmålingen af erstatningen. I denne forbindelse er Von Colson-sagen ”leading case”. For det første fremgår det af præmis 14, at ”princippet om den effektive gennemførelse af direktivet indebærer et krav om, at sanktionerne udformes således, at de for den krænkende ansøger udgør en passende erstatning og mod arbejdsgiveren en pression”.¹¹⁸ Hermed fastlægges en forpligtelse i forhold til det overordnede princip omkring en effektiv og afskrækkende erstatning. For at en erstatning er afskrækkende, skal der være en passende erstatning, som udgør en pression mod den sagsøgte – i dette tilfælde en arbejdsgiver.

¹¹⁴ Sag 177/88 Dekker

¹¹⁵ Sag 14/83 Von Colson

¹¹⁶ Sag 68/88 Kommissionen mod Grækenland:

¹¹⁷ Fejø og Treumer 2006 – s. 101

¹¹⁸ Sag 14/83 Von Colson

Dernæst fremgår det af præmis 23, "at når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbudet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab".¹¹⁹ Domstolen præciserer hermed, hvad der konkret er en passende erstatning. Erstatningen skal være rimelig i forhold til det opståede tab. Dette udgangspunkt leder videre til præmis 24, hvor Domstolen konstaterer, at "en national lovgivning, der begrænser erstatningskravet for personer, der har været udsat for forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse, til en rent symbolsk godtgørelse f.eks. dækning af omkostninger i anledning af ansøgningen, ikke imødekommer kravet om en effektiv gennemførelse af direktivet".¹²⁰ Det er altså ikke nok, at man har mulighed for at få erstattet den negative kontraktsinteresse. Det skaber ikke en passende erstatning, og derved skaber det ikke den nødvendige pression, som udgør en afskrækkende sanktion. Dette princip vedrørende erstatningens størrelse bringes igen i spil i forbindelse med et Marshall-sagen.¹²¹ Her fastslår Domstolen i præmis 26, at der skal være en passende erstatning, som står i forhold til det tab der er lidt. I den konkrete sag medfører det, at der ikke må fastsættes en maksimumsgrænse for det beløb, der kan tildeles i erstatning.^{122 123}

Selvom Domstolen tager stilling til to konkrete sager, finder de principielle udtalelser anvendelse i en lang række andre sager og herved skaber effektivitetsprincippet en forpligtelse for medlemsstaterne. Som følge af denne sag, vil det ikke være nok, at medlemslandet giver mulighed for negativ kontraktsinteresse, hvis denne ikke sikrer et tilstrækkeligt pres på den sagsøgte part. Hvis der ikke er et tilstrækkeligt pres via en effektiv erstatningsudmåling, er der ikke en afskrækkende effekt, som er det grundlæggende princip vedrørende erstatningen.

3.2.2.2. Underprincip: Det må ikke være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning:

Et yderligere underprincip fremgår af Just-sagen. Det fremgår af præmis 25, at de nationale regler må i intet tilfælde være således udformet, at de umuliggør hævdelsen af rettigheder, som de nationale domstole har pligt til at beskytte.¹²⁴ Dette princip blev fastslået i San Giorgio præmis 12, hvor det fremgår, at det ikke må være umuligt at hævde rettigheder.¹²⁵ Dette princip er imidlertid blevet udviklet af Domstolen i en række sager herunder Francovich- og Peterbroeck-sagen.^{126 127}

Samlet set fastlægger domstolen i de ovennævnte domme, at det ikke har været uforholdsmæssigt vanskeligt at hævde rettigheden. I Just- og San Giorgio-sagen fastlagde Domstolen, at effektivitetsprincippet indebar en forpligtelse overfor medlemsstaterne således at det ikke var umuligt at hævde EU-rettigheder. Dette princip har man som nævnt præciseret efterfølgende, og det skaber underprincipets nuværende udformning, hvorefter effektivitetsprincippet indebærer, at det ikke må være umuligt eller uforholdsvis vanskeligt at hævde rettigheder. Herved skaber dommene et mere specialiseret kriterium til det overordnede princip om en effektiv erstatning.¹²⁸

Som et led i dette underprincip har EU-domstolen fastsat et yderligere og mere specialiseret krav i San Giorgio-sagen. Her konstaterer Domstolen, at det er i strid med fællesskabsretten, hvis en medlemsstat har bevisregler, der i praksis umuliggør hævdelsen af rettigheder, som de nationale retssystemer har pligt til at beskytte.¹²⁹ I lighed med Domstolens svar i San Giorgio-sagen fremgår det af Danfoss-sagen, at

¹¹⁹ Sag 14/83 Von Colson

¹²⁰ Sag 14/83 Von Colson

¹²¹ Sag 271/91 Marshall

¹²² Sag 271/91 Marshall – præmis 27

¹²³ Nielsen 2006 – s. 420

¹²⁴ Sag 68/79 Just

¹²⁵ Sag 199/82 San Giorgio

¹²⁶ Sag 6/90 og C-9/90 Francovich – præmis 43 Sag 312/93 Peterbroeck: præmis 12, Sag 231/96 Edis: præmis 19, Sag 453/99 Courage og Crehan: præmis 29, Sag 443/03 Leffler: præmis 49-50, Sag 300/04 Eman og Sevinger: præmis 67.

¹²⁷ Danielsen 2008

¹²⁸ Wiklund 1997 – s. 367 f.

¹²⁹ Sag 199/82 San Giorgio – præmis 11.

i de situationer, hvor de nationale bevisbyrderegler udgør en hindring for gennemførelsen af et direktiv, må disse ændres.¹³⁰ I denne situation fastslog EU-domstolen, at de nærværende bevisbyrderegler ikke opfyldte effektivitetsprincippet forpligtelse om en effektiv mulighed for at hævde rettigheder. Herefter blev der fastsat en delt bevisbyrde, hvorefter at sagsøgeren blot skal påvise, at der foreligger faktiske omstændigheder, som giver anledning til at formode, at der er sket diskrimination. Herefter er det sagsøgte, som skal bevise, at der ikke er sket diskrimination.¹³¹ Denne praksis er efterfølgende kodificeret i en række direktiver,¹³² og implementeret i dansk ret.¹³³ Denne konklusion fra Domstolen er i tråd med generaladvokat Lenz' opfattelse af situationen, som påpeger bevisreglerne ændres for at sikre effektiviteten.¹³⁴ Bevisbyrden skal ikke nødvendigvis vendes, men ændres således at det ikke er urimeligt vanskeligt at løfte bevisbyrden. Det skal dog fastslås, at anvendelsesområdet af den modificerede bevisbyrderegler i Danfoss-sagens er begrænset til ligestillingsproblematikken i forhold til ansættelsesforhold. Det er kun i forhold til dette konkrete juridiske område, at EU-domstolen har modificeret bevisbyrden.

Det generelle udgangspunkt er herfor, at bevisbyrdereglerne ikke må udgøre en væsentlig hindring for muligheden for at hævde EU-retlige rettigheder.

Endnu en sag, der relaterer til denne kategori, kan ses i Laboratoires Boiron-sagen. Heraf fremgår det af præmis 55, at hvis det er umuligt eller meget svært for klager at løfte bevisbyrden, skal den nationale domstol hjælpe med at fremskaffe de nødvendige oplysninger. Dette er ifølge Domstolen nødvendigt for at sikre en overholdelse af effektivitetsprincippet.¹³⁵

3.3. Den danske retsstilling i forhold til effektivitetsprincippet:

I min analyse af de danske udbudsregler og udbudspraksis i forhold til effektivitetsprincippet tager jeg udgangspunkt i de ovennævnte overordnede principper og underprincipper:

3.3.1. Det overordnede effektivitetsprincip vedrørende erstatning (effektiv og afskrækkende):

I forbindelse med ændringen af Lov om Klagenævnet for Udbud i 2000 blev Klagenævnet tillagt kompetencen til at afgøre erstatningsretlige søgsmål.¹³⁶ Det fremgår af bemærkningerne til ændringsforslaget af Lov om Klagenævnet for Udbud, at man herved ville styrke retshåndhævelsen på udbudsområdet. Lovændringen ville skulle medføre en præventiv effekt.¹³⁷ Den præventive effekt skulle skabes ved, at antallet af sager blev øget. Det fremgår dog af bilag 7, at Klagenævnet i et enkelt tilfælde muligvis har misforstået udstrækningen af denne præventive effekt. Det er dog klart, at adgangen til at få erstatningssøgsmål afgjort af Klagenævnet for Udbud er en hurtigere proces end ved domstolene. Derfor ville lovændringen efter Lovgivningsmagtens opfattelse være medvirkende til, at flere sager ville blive undergivet en erstatningsbedømmelse. Der er altså ikke den store tvivl om, at Lovgivningsmagten har intentioner om at skabe et effektivt erstatningssystem, som medfører en præventiv effekt. Dette er godt i tråd med det overordnede princip i forhold til erstatningsspørgsmål, hvorefter erstatningen skal være effektiv og afskrækkende.

Lovgivningsmagten har tydeligvis haft intentionerne om at opfylde de forpligtelser, som er afledt af det overordnede effektivitetsprincip i forbindelse med erstatning. Og det må også klart konstateres,

¹³⁰ Sag 109/88 Danfoss – præmis 14

¹³¹ Nielsen 2010 – s. 32

¹³² Blandt andet 97/80 EF – Direktivet om bevisbyrde i ligestillingssager

¹³³ Ligelønslovens § 6, stk. 2

¹³⁴ Sag 109/88 Danfoss – Forslag til afgørelse præmis 39

¹³⁵ Honoré og Fog 2008 – s. 308

¹³⁶ Hjelmborg mfl. 2005 – s. 374

¹³⁷ Betænkning om Klagenævnet for Udbud – s. 6865.

at det danske erstatningssystem ikke er af en sådan karakter, at det ikke opfylder formålet om en afskrækkende og effektiv erstatning.

3.3.2. Erstatningens størrelse skal udgøre en passende erstatning:

I forarbejderne til ændringen af Lov om Klagenævnet for Udbud anføres det, at krænkelse af de udbudsretlige regler både i teori og praksis kan udløse erstatningspligt i form af positiv opfyldelsesinteresse.¹³⁸ Endvidere fremgår det af ovennævnte praksis, at såvel Klagenævnet for Udbud som domstolene benytter sig af muligheden for at fastsætte erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse. Det fremgår imidlertid af bilag 4, at selvom muligheden for at erstatte den positive opfyldelsesinteresse bliver benyttet, foretages der kategorisk store skønsmæssige fradrag i forhold til den erstatningssøgendes påstand. Som det fremgår af bilag 4, får den erstatningssøgende tilbudsgiver kun i gennemsnit 43 % af den krævede erstatning ved Klagenævnet for Udbud. I lighed hermed kan det anføres, at den erstatningssøgende tilbudsgiver får 62 % af den krævede erstatning ved domstolene. Derfor kan det være hensigtsmæssigt at anlægge erstatningssagen hos domstolene.

Erstatningerne er derfor forholdsvis små set i forhold til påstandene nedlagt af den erstatningssøgende tilbudsgiver. Dog må det konstateres, at skønsmæssig fastsættelse af erstatningen ikke betyder, at der ikke er tale om en passende erstatning.

Der er 2 hovedargumenter for at domstolene og Klagenævnet fastsætter erstatningen skønsmæssigt.

1. **Undgår risici ved ikke at udføre den udbudte opgave:** Det kan anføres, at der kan være visse risici ved selve udførelsen af udbudsretlige opgaver. Eksempelvis skal der ofte leveres en ydelse eller produkt uden forsinkelser. Det er dog langt fra sikkert, at der bliver leveret en ydelse eller produkt uden forsinkelser, og dette kan medføre nedslag i en eventuel entreprise-/købssum. Hvis det ikke var muligt at fastsætte erstatningen skønsmæssigt, ville en erstatningssøgende få hele den tabte fortjeneste samt bidrag til dækning af de faste omkostninger uden at have været udsat for de risici, normale tilbudsgivere må tåle. Derfor kan man med rette hævde, at erstatningssøgende tilbudsgivere bør få skønsmæssigt nedsat erstatningen i forbindelse med opgaver, der er forbundet med betydelige risici.
2. **Skepsis vedr. den erstatningssøgendes opgørelse:** Ofte vil indtægter og omkostninger i forbindelse med udbudsprojekter ikke være fuldstændig klarlagt. Disse bliver først klarlagt i løbet af projektet. I situationer, hvor en erstatningssøgende tilbudsgiver ikke har fået en udbudt opgave, bliver de potentielle indtægter og omkostninger fastsat efterfølgende uden, at den erstatningssøgende rent faktisk har gennemført det udbudte projekt. Domstolene har naturligvis en sund skepsis overfor erstatningssøgendes opgørelse, når denne er frembragt efterfølgende. Der er naturligvis behov for, at domstolene kan udtrykke deres skepsis overfor disse efterfølgende opgørelser, og dette gøres ved en skønsmæssig ansættelse.

Disse 2 argumenter medfører, at det er nødvendigt at have en mulighed for at fastsætte erstatningen skønsmæssigt. Hvis det ikke var muligt at fastsætte en skønsmæssig erstatning, ville den erstatningssøgende i nogle tilfælde få en berigelse ud af et erstatningssøgsmål.

Derfor må det konstateres, at det danske erstatningssystem giver Klagenævnet og domstolene mulighed for at give en erstatning, som svarer til det tab, den forbigåede tilbudsgiver har lidt. Endvidere indeholder erstatningssystemet en fleksibilitet således, man undgår eventuelle berigelser. De danske regler er derfor i overensstemmelse med underkriteriet om en passende erstatning, som derved følger det overordnede princip om en effektiv og afskrækkende erstatning.

¹³⁸ Betænkning om Klagenævnet for Udbud – s. 6865 f.

3.3.3. Det må ikke være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning:

Som tidligere nævnt følger det af en effektiv erstatning, at det ikke må være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Udbudsretlig retspraksis har vist, at de almindelige danske erstatningsregler giver mulighed for at opnå erstatning af såvel den negative kontraktsinteresse som den positive opfyldelsesinteresse. Dog er det anført i betænkningen forud for ændringen af lov om Klagenævnet for Udbud, at det må forventes, at Klagenævnet vil være tilbageholdent med at tilkende positiv opfyldelsesinteresse.¹³⁹ Kigger man på praksis, kan det umiddelbart virke således, at det kan være svært at opnå erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Det er specielt den bevismæssige situation, som gør det besværligt at påvise kausaliteten mellem den tabte positive opfyldelsesinteresse og ordregiverens krænkelse. At der er en sammenhæng mellem en eventuel overtrædelse og et tab, vil være svært at bevise, eftersom der hermed både skal bevises, at der er en overtrædelse af de udbudsretlige regler, og at denne overtrædelse har en sammenhæng med et tab. Umiddelbart indeholder udbudsreglerne ikke generelle bevisbyrde-regler. I kontroldirektivet er der fastlagt en forpligtelse for medlemsstaterne til at gennemføre regler, der gør det muligt for tilbudsgivere at gøre deres retligheder gældende på en hurtig og effektiv måde. Kontroldirektivet vedrørende forsyningsdirektivet indeholder en særlig regel i art. 2, stk. 7 om bevisbyrden ved krav om skadeserstatning i form af negativ kontraktsinteresse. Herefter følger det, at *”tilbudsgiveren alene skal bevise, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivningen eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen.”* Denne særlige bevisregel er gennemført i lov om Klagenævnet for udbud § 10. Bestemmelsen er dog efter sin ordlyd udvidet således, at bevislempelsen ikke kun gælder krav på negativ kontraktsinteresse, men også krav på positiv opfyldelsesinteresse.¹⁴⁰ Dog strækker § 10 sig ikke ud over de almindelige danske bevisbyrde-regler og giver en særlig lempelse. Som følge heraf vil § 10 være uden selvstændig betydning i denne vurdering, da det er de almindelige danske bevisbyrde-regler, som danner grundlag for bevisbedømmelsen i forbindelse med overtrædelser af de udbudsretlige regler.

EU-retten overlader traditionelt spørgsmålet om bevisbyrde til national ret med de begrænsninger og forpligtelser, som effektivitetsprincippet frembyder. I Danmark skal bevisbyrden som udgangspunkt sikre virkeliggørelsen af den materielle ret. Hovedreglen i dansk ret er herefter, at den, der påberåber sig en retsstiftende kendsgerning, har bevisbyrden herfor.¹⁴¹ Dette princip blev allerede fastslået ved Danske Lov 1-14-5 *”den, der Sag giver, bør lovligen bevise”*.¹⁴² Herefter har sagsøger som udgangspunkt bevisbyrden. Dette er specielt relevant i forbindelse med kravet om kausalitet. Herefter skal den erstatningssøgende bevise, at der er sket en krænkelse, og at denne krænkelse medfører, at det ikke var muligt at vinde den udbudte opgave. Denne bevisbyrde medfører ikke læn- gere, at tilbudsgiveren skal bevise, at denne havde et retskrav på den udbudte opgave. Bevisbyrden skal derimod løftes ud fra sandsynlighedskriteriet,¹⁴³ hvorefter det skal godtgøres med overvejende sandsynlighed, at tilbudsgiveren var blevet tildelt den udbudte opgave. Derfor er den nuværende retsstilling, at hvis tilbudsgiveren godtgør en 51 % chance for, at opgaven var gået til denne, vil det være muligt at opnå erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Det følger af overvægtsteorien, at selv en lille bevisovervægt kan være afgørende.¹⁴⁴ Selvom det blot skal sandsynliggøres, at selvom tilbudsgiver er blevet forbigået som følge af brud på de udbudsretlige regler, kan bevisbyrden være særdeles svær at løfte på grund af udbudsretten særegne karakter. Problemerne med at løfte byrden er særlig udtalt i 2 situationer:

¹³⁹ Betænkning om Klagenævnet for Udbud – s. 6866.

¹⁴⁰ Høegh og Lorentsen 2003 – s. 382

¹⁴¹ Dige 1945 – s. 38

¹⁴² Danske Lov af 15. april 1683.

¹⁴³ Dige 1945 – s. 37

¹⁴⁴ Bang 1998 – s. 400

1. Hvor tildelingskriteriet er det "økonomisk mest fordelagtige": Ved tilbud, hvor tildelingskriteriet er det "økonomisk mest fordelagtige", sammenlignes en række kriterier, der har betydning i forhold til selve kontraktgenstanden.¹⁴⁵ Efterfølgende evaluerer ordregiveren de indkomne tilbud ud fra en på forhånd fastlagt model. Selvom de fastlagte kriterier er objektive og målbare, vil det ofte være forbundet med store bevismæssige vanskeligheder at bevise, at man med overvejende sandsynlighed skulle være tildelt en udbudt opgave.¹⁴⁶ Selvom kriterierne er objektive, er der et subjektivt element i forbindelse med den konkrete vurdering af de enkelte kriterier – f.eks. vurdering af en bygnings arkitektoniske værdi. Det er dette subjektive element, som gør den bevismæssige situation meget svær for en forbigået tilbudsgiver. Er tildelingskriteriet laveste pris, er det noget nemmere, eftersom størrelsen af prisen er umiddelbar objektiv konstaterbar. Den tilbudsgiver, som har den laveste pris i forbindelse med et konditions-mæssigt tilbud, kan konstatere en krænkelse, hvis denne ikke vinder den udbudte opgave. Når man har subjektive elementer i vurderingen, er den bevismæssige situation mere kompliceret, da man ikke kan bevise, hvad personer har af bagvedliggende motiver. Et godt eksempel på denne problemstilling kan ses i 1. oktober 2008. MT Højgaard A/S, hvor Klagenævnet ikke fandt det bevist, at klageren med overvejende sandsynlighed var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
2. Hvor der er udbud efter forhandling. Udbud efter forhandling er karakteriseret ved, at tilbudsgiverne kan forhandle med ordregiveren både med hensyn til indhold og pris. Det vil sige, at en tilbudsgiver ofte afgiver flere tilbud med forskelligt indhold, og ordregiveren kan herefter vælge det tilbud, som passer bedst med ordregiveres behov. Hvis ordregiveren krænker udbudsreglerne med den følge, at en tilbudsgiver ikke opnår muligheden for at forhandle eller afgive bud, skaber det en besværlig bevismæssig situation for tilbudsgiveren. Her har krænkelsen nemlig den konsekvens, at tilbudsgiveren ikke får mulighed for at afgive sit "bedste bud". Herefter kan det ikke påvises, at tilbudsgiveren med overvejende sandsynlighed ville have været den rettelige vinder.¹⁴⁷

I disse to tilfælde er bevisbyrden unægtelig svær at løfte, og under visse omstændigheder vil den være direkte umulig. Dette forhold er problematisk i forhold til effektivitetsprincippet forpligtelse om, at det ikke må være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Denne problemstilling i forhold til effektivitetsprincippet har Klagenævnet også erkendt i to sager og forsøgt at udbedre problemet:

- **Magnus-sagen**: Klagenævnets kendelse af 22. november 2001 Magnus mod SKAT relevant. Sagen drejede sig om leverance af domme og lovstof m.m i elektronisk form, som blev udbudt i henhold til tjenesteydelsesdirektivet.¹⁴⁸ Dog valgte Magnus ikke at afgive tilbud på grund af usikkerheder vedrørende udbudsmaterialet. Klagenævnet havde i en tidligere kendelse vedrørende samme sag¹⁴⁹ fastlagt, at udbudsbetingelserne udgjorde en væsentlig overtrædelse af EU's udbudsregler, eftersom SKAT havde anført, at de forbeholdt sig ret til at afvise alle tilbud. Dette afskrækkede potentielle tilbudsgivere fra at ansøge, og dette var en klar overtrædelse af de udbudsretlige regler. Dog var denne sag forbundet med store bevismæssige vanskeligheder for Magnus, eftersom det er meget svært at påvise, at den konkrete overtrædelse har sammenhæng med et tab. I denne forbindelse udtalte Klagenævnet, at præventionshensynet i forbindelse med overtrædelser af EU's udbudsregler indikerer, at Klagenævnet skal se mere lem-

¹⁴⁵ Udbudsportalen – 1

¹⁴⁶ Offersen 2008 – afsnit 6.2

¹⁴⁷ Hjelmborg m.fl. 2005 – s. 384.

¹⁴⁸ Direktiv 92/50 – udbuddet ville i dag henhøre under udbudsdirektivet

¹⁴⁹ Kendelse af 2. maj 2001

peligt på skadelidtes beviser for, at erstatningsbetingelserne er opfyldt.¹⁵⁰ Klagenævnet anførte direkte *"Der skal således ved Klagenævnets erstatningsafgørelser ikke stilles strenge krav til beviset for årsagsforbindelser og adækvans eller til beviset for tabets størrelse"*.¹⁵¹ Hermed erkender Klagenævnet, at der kan være bevismæssige vanskeligheder, og som svar på denne bevismæssige besværlige situation lempes bevisbyrden.

- **Judex-sagen:** De opfattelser, Klagenævnet fremkommer med i Magnus-sagen, leder videre til Klagenævnets kendelse af 3. juli 2002 Judex A/S mod Århus Amt. Judex A/S var i den oprindelige udbudsprocedure den eneste tilbudsgiver, som havde afgivet tilbud, men tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Den ordregivende myndighed valgte imidlertid ikke at annullere det pågældende udbud, hvilket efter omstændighederne ville have været sagligt begrundet, men valgte derimod at indlede forhandlinger med to andre potentielle kontraktparter. I forbindelse med denne sag anførte klagenævnet, at *"det synes ikke reelt muligt at vurdere sandsynligheden for, at Judex' ville have fået ordren, hvis amtet ikke havde overtrådt EU's udbudsregler i forbindelse med udbudet under forhandling. Dette hænger sammen med amtets overtrædelser af udbudsreglerne og må derfor komme amtet bevismæssigt til skade"*.¹⁵² Herved går Klagenævnet et stykke længere end i Magnus sagen, hvor man tydeligvis blot lempede bevisbyrden. I Magnus-sagen udtalte Klagenævnet, at der skal stilles strenge krav til beviset for årsagsforbindelse, mens Klagenævnet i Judex-sagen anfører, at den bevismæssige svære situation skal komme amtet bevismæssigt til skade. Man går altså skridtet længere i Judex-sagen. I Judex-sagen kan det diskuteres, om bevisbyrden vendes om, således at der er en formodning for årsagssammenhæng, og at det herefter er den ordregivende myndighed, som herefter skal bevise, at der ikke foreligger den fornødne årsagssammenhæng. Hvis man kigger nærmere på Klagenævnets udtalelse i Judex-sagen, står det klart, at der ikke blot er tale om en lempet bedømmelse af årsagssammenhængen, som var tilfældet i Magnus-sagen, men derimod at bevisbyrden på grund af blandt andet præventive grunde skal vendes om. Dette kan udledes af ovennævnte ordlyd i Judex-sagen, og denne opfattelse støttes også i den udbudsretlige teori.¹⁵³ Som argument for at vende bevisbyrden med hensyn til årsagssammenhængen henviste Klagenævnet til U 2000.521 H. Her lempede Højesteret i en sag om erstatningsansvar beviskravene med hensyn til tabets størrelse med henvisning til grovheden af den erstatningsansvarliges fejl. Derfor er Klagenævnet af den opfattelse, at en vendt bevisbyrde kan være indeholdt i de almindelige danske bevisbyrderegler. Denne opfattelse fremgår også af Magnus-sagen, hvor Klagenævnet anfører, at dansk rets almindelige erstatningsregler giver mulighed for at lade beviskravene variere efter sagens omstændigheder herunder graden af den erstatningspligtiges "skyld".¹⁵⁴

Klagenævnet forsøger med Magnus- og Judex-sagen at løse problemet med den besværlige bevismæssige situation uden at lave en for vidtgående fortolkning af de almindelige danske regler omkring bevisbyrde.

Efter min opfattelse er der imidlertid et væsentligt problem med Klagenævnets forsøg på at løse den vanskelige problemstilling. Det centrale problem i Judex-sagen er, at forslaget beror på forudsætninger, som ikke kan opfyldes automatisk. Det er korrekt, at bevisbyrdereglerne i forbindelse de almindelige danske erstatningsregler kan variere, som Klagenævnet anfører. Dog vil det ofte være en konkret vurdering ud fra overtrædelsens grovhed. Hvis det som følge heraf antages, at alle overtrædel-

¹⁵⁰ Kaltoft og Pedersen 2008 – s. 227

¹⁵¹ Kendelse af 22. november 2001 – Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat

¹⁵² Klagenævnets kendelse af 3. juli 2002 Judex A/S mod Århus Amt

¹⁵³ Se bla. Hjelmberg m.fl. 2005 s. 384

¹⁵⁴ Kaltoft og Pedersen 2008 – s. 227 f.

ser af udbudsdirektiverne må anses for at være et groft forhold, vil det være i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler at lempe på beviskravene. Derfor forudsætter løsningsforslaget i Judex-sagen, at alle overtrædelser af EU's udbudsregler må opfattes som grove overtrædelser, hvis løsningsforslaget om en vendt bevisbyrde skal have en generel virkning. Dette er imidlertid næppe tilfældet. Mange overtrædelser af de udbudsretlige regler beror ikke på bevidste handlinger, og selv klare overtrædelser vil – bedømt efter dansk rets normale målestok – ikke automatisk kunne karakteriseres som grove overtrædelser.

Endvidere kan det anføres, at den vidtgående praksis, som forsøges introduceret ved afgørelserne i Magnus-sagen og Judex-sagen, er baseret på en relativ vidtgående anvendelse af effektivitetsprincippet. Denne anvendelse er mere vidtgående, end hvad der følger af praksis fra EU-domstolen.¹⁵⁵ Klagenævnets kendelse i Judex-sagen blev efterfølgende ændret ved Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004 uden særskilt begrundelse på dette punkt. Forudsætningsvis var baggrunden for Vestre Landsrets opfattelse, at Klagenævnets forslag ikke kunne holdes inden for rammerne af de almindelige danske erstatningsregler.

Som følge heraf er udgangspunktet fortsat, at det skal sandsynliggøres, at den forbigåede tilbudsgiver ville være blevet tildelt den konkrete udbudte opgave. Derfor er mulighederne for en lempelse eller omvendt bevisbyrde i udbudsretlige sager ikke særlig stor. Det følger af de almindelige danske regler, at i sager med særdeles grove overtrædelser kan kravet til bevisets styrke variere. Dette vil dog stadig være en konkret vurdering, og derfor har muligheden for at lade kravet til beviset variere ikke en generel anvendelse.

De danske regler er tydeligvis ikke formelt i strid med underprincippet om, at det ikke må være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning. Reglerne og retspraksis giver en faktisk mulighed for at opnå erstatning udmålt i henhold til den positive opfyldelsesinteresse. Dog må det også konstateres, at der er visse konkrete situationer, hvor det reelt vil være forbundet med store vanskeligheder at opnå erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Som tidligere nævnt er det specielt i situationer, hvor tildelingskriteriet er det "økonomisk mest fordelagtige tilbud", samt i de situationer, hvor der er tale om udbud efter forhandling, hvor der opstår bevismæssige vanskeligheder. Klagenævnet viser indledningsvis i Magnus-sagen og Judex-sagen, at det er bevidst om denne problemstilling og i at lempe og vende bevisbyrden for at imødekomme disse problemer.

Selvom Klagenævnets forsøg på en mere lempelig praksis blev underkendt, kan det ikke konstateres, at den nuværende danske retsstilling omkring bevisbyrde er i strid med dette underprincip til effektivitetsprincippet. Effektivitetsprincippet stiller nogle minimumsforpligtelser i forhold til den nationale processuelle autonomi. Og selvom disse forpligtelser til stadighed udvikles, er de danske bevisbyrde-regler ikke stridende mod effektivitetsprincippet på nuværende udviklingstrin. Dette skyldes primært, at effektivitetsprincippets underprincip, som siger, at det ikke må være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning, relaterer til de situationer, hvor et medlemsland kun indeholder en formel mulighed for at opnå erstatning. Altså situationer hvor bevisregler udgør en direkte hindring. Det er ikke tilfældet ved de danske regler. De danske regler skaber en ramme, hvor det er muligt at opnå erstatning, som er passende i forhold til det tab, som er lidt. Det kan med rette hævdes, at der er visse vanskeligheder forbundet med den bevismæssige situation, men disse vanskeligheder er ikke til stede for at udgøre en direkte hindring. Som følge heraf må det konstateres, at bevisbyrde-reglerne ikke vil være i strid med effektivitetsprincippet på dets nuværende udviklingstrin.

¹⁵⁵ Høegh og Lorentsen 2003 – s. 386

3.4. Kritik af den nuværende bevismæssige situation i dansk udbudsret:

Erstatningsbeføjelserne har stor betydning for effektiviteten af det udbudsretlige håndhævelsessystem, og derfor danner effektivitetsprincippet en minimumsforpligtelse for medlemsstaternes nationale autonomi.¹⁵⁶ Som tidligere konkluderet er de danske regler antageligvis ikke i direkte strid med effektivitetsprincippet på dets nuværende udviklingstrin. På trods af min ovennævnte konklusion er effektivitetsprincippet stadig anvendelig i en dansk kontekst. En vurdering af de danske sanktionsmuligheder på baggrund af det i praksis udviklede effektivitetsprincip vil indikere, hvor det danske erstatningssystem står svagest. Som påpeget ovenfor er de største problemer ved det danske system i forhold til effektivitetsprincippet den erstatningssøgende tilbudsgivers bevismæssige stilling i forbindelse med at få erstattet den positive opfyldelsesinteresse. Her står det danske system svagest, eftersom den bevismæssige situation i visse tilfælde begrænser adgangen til erstatning. Når det identificeres, hvor det danske system står svagest i forhold til forpligtelserne indeholdt i effektivitetsprincippet, giver det et brugbart redskab i forbindelse med at fremtidssikre det danske regelsæt. Som det fremgår af den ovennævnte model udvikler effektivitetsprincippet sig til stadighed, og princippet vil givetvis medføre flere forpligtelser i fremtiden. Dette er en konsekvens af EU-domstolens handlingsmønster og position i EU. Domstolen bliver ofte og ikke mindst i Danmark kritiseret for at overskride, hvad der efter traditionel opfattelse er en domstols grænser. Det er blevet hævdet, at den tiltager sig lovgivningsmagt og derved optræder som en politisk institution.¹⁵⁷ Det er dog væsentligt at forstå, at EU-domstolen har en særlig position i EU's organisation, og det betyder blandt andet, at den er en vigtigere del af EU-forvaltningens omgivelser, end domstole normalt er i medlemslandene. Domstolen spiller i særdeleshed en vigtig rolle i forbindelse med at få sikret overholdelse af EU-retlige formål og principper. Dette betyder, at det er mere nærliggende for EU-domstolen at udbygge og viderefølge principper og afgørelser, end det vil være tilfældet for en national domstol. Herved er domstolsaktivisme set fra EU-organisatorisk synsvinkel med til at sikre en højere grad af rationalitet i beslutningsprocessen og beslutningsimplementeringen. På grund af EU-domstolens særlige position vil principperne herunder også effektivitetsprincippet fortsætte med at udvikle sig.¹⁵⁸ Dette betyder, at selvom de danske regler ikke på nuværende tidspunkt er i strid med effektivitetsprincippet, er det ikke et fremtidssikret system.

Når svagheden ved det danske system er identificeret, er det relevante spørgsmål, om der er fordele ved at justere erstatningssystemet således at den centrale svaghed elimineres. Det centrale spørgsmål er, om det nuværende erstatningssystem skal bevares, eller om det skal forbedres, hvis dette er muligt. I den forbindelse er der en række fordele ved at give de nuværende regler en ansigtsløftning.

- For det første vil et forbedret erstatningssystem, som forbedrer mulighederne for erstatning i de situationer, hvor der på nuværende tidspunkt er bevismæssige vanskeligheder, tilskynde potentielle tilbudsgivere til at afgive et tilbud. Et velfungerende erstatningssystem er centralt for potentielle ordregivere til at vurdere, om man skal deltage i et udbud. Specielt i situationer hvor der er tale om udbud med "økonomisk mest fordelagtige tilbud" som tildelingskriterium, og hvor der er udbud med forhandling, kan en tilbudsgiver have en begrundet bekymring i forhold til det danske erstatningssystem. Dette vil også afspejle sig i tilbudets udformning og kan medføre højere tilbud, og en opgave kan herved blive købt for dyrt. Derfor kan et virkningsfuldt erstatningssystem have en positiv effekt på såvel potentielle tilbudsgiveres incitament til at deltage som på tilbuddenes størrelse.

¹⁵⁶ Fejøl og Treumer 2006 – s. 111

¹⁵⁷ Nedergaard 2005 – s. 362 f.

¹⁵⁸ Det er væsentligt at nævne, at Hjalte Rasmussen påpeger i EU-ret i kontekst fra 2005, at EU-domstolen fra 1990'erne og fremefter har vist spor af en tiltagende tilbageholdenhed og fraveget den meget aktivistiske kurs fra 1980'erne. Dette kan indikere, at principperne ikke vil udvikle sig med samme hast som tidligere. Selvom dette er tilfældet, må det dog antages, at principperne fortsat vil udvikle sig i en mere specialiseret grad. Jo flere konkrete sager EU-domstolen tager stilling til, jo flere specifikke forpligtelser vil være tilknyttet de enkelte principper.

- Endvidere kan et velfungerende erstatningssystem have en afskrækkende effekt på ordregivende myndigheder. Jo bedre sanktionsmuligheder et erstatningssystem giver, jo større vil den afskrækkende effekt være på den ordregivende myndighed. Antallet af erstatningssøgsmål mod ordregivende myndigheder hænger nøje sammen med erstatningsmulighederne¹⁵⁹, hvilket også blev anført i forarbejderne til Klagenævnsløven.¹⁶⁰ Et øget antal sager vil givetvis øge risikoen for, at en ordregiver bliver opdaget, hvis der er blevet handlet i strid med de udbudsretlige regler. Hermed vil bedre erstatningsmuligheder kunne skabe en afskrækkende effekt på de ordregivende myndigheder,¹⁶¹ hvilket er ønskeligt og i tråd med formålet bag udbudsdirektiverne om en øget beskyttelse af tilbudsgiverens rettigheder.
- Til sidst, men ikke mindst, vil et velfungerende erstatningssystem være et fremtidssikret erstatningssystem. Som tidligere påpeget er effektivitetsprincippet ikke en stadig størrelse, og derfor vil man også se udviklinger af dette princip i fremtiden. EU-domstolen er opmærksom på eventuelle problemer vedrørende den bevismæssige stilling, hvilket først blev klarlagt i San Giorgio-sagen¹⁶² og efterfølgende blevet præciseret mere. Derfor vil en ændring af reglerne tage en eventuel udvikling af effektivitetsprincippet på forskud. Som ovenfor nævnt kan effektivitetsprincippet bruges til at påpege svagheder i det danske erstatningssystem, og herved finder man også områder, hvor effektivitetsprincippet potentielt vil fastlægge yderligere forpligtelser. Hvis man ændrer reglerne, før der foreligger en forpligtelse til det, vil det medføre den klare fordel, at de danske regler ikke vil blive genstand for en EU-retlig prøvelse ved EU-domstolen.

Der er altså en række fordele ved at ændre erstatningssystemet, hvor en vurdering på baggrund af effektivitetsprincippet påpeger, at det er svagest. Derfor bør det overvejes, om de EU-retlige hensyn og rettigheder ikke har overhalet de almindelige danske erstatningsregler på visse specifikke områder. Ud fra min optik er det ikke holdbart, at man som ordregiver har nogle rettigheder, som er meget svære at hævde i en retssag på grund af den bevismæssige stilling. Det skaber en usikkerhed, som kan afholde ordregiver fra at deltage i et udbud. Dette er kritisabelt, og Klagenævnet for Udbud har ligeledes indikeret i Magnus-sagen og Judex-sagen, at det udgør et problem.¹⁶³ Klagenævnet tilbød i denne forbindelse også en løsning på problemstillingen i Judex-sagen ved at vende bevisbyrden. Landsretten fulgte imidlertid ikke Klagenavnets forslag til en løsning på problemet, formentlig fordi denne løsning var i strid med de gældende regler. Klagenavnets afgørelse illustrerer imidlertid en kritik af det nuværende system, og denne kritik bør man ikke sidde overhørig.

3.5. Løsningsforslag:

Cicero har udtalt *"The greatest incitement to crime is the hope of escaping punishment"*.¹⁶⁴ Vender man citatet om, betyder det, at den nemmeste måde at undgå overtrædelser, er at sikre stærke sanktioner. Et stærkt erstatningssystem vil som følge heraf skabe et incitament for ordregiveren til at overholde udbudsreglerne. Når det danske system som ovenfor er blevet kritiseret for ikke at være optimalt, hænger det sammen med vurderingen af erstatningssystemet på baggrund af effektivitetsprincippet. Som det kan ses

¹⁵⁹ Steinicke 2003 – s. 111

¹⁶⁰ Betænkning om Klagenævnet for Udbud – s. 6865.

¹⁶¹ Simonsen 1997 – s. 470

¹⁶² Sag 199/82 San Giorgio – præmis 11.

¹⁶³ Klagenavnets kendelse af 3. juli 2002, Judex A/S

¹⁶⁴ Citat fra den juridiske forsvarstale Pro Milone (50 år f.kr.) af Marcus Tullius Cicero (106 f.kr. - 43 f.kr.) Romersk politiker, konsul og jurist. Frost-Knappman og Shrager 1998 s. 291.

ovenfor, viser denne vurdering, at den bevismæssige stilling i visse situationer udgør en svaghed i det danske system. Spørgsmålet er så, om det er muligt at mindske eller eliminere svagheden, og hvordan?

I denne forbindelse er der to overordnede forslag til ændringer, som kan være medvirkende til at skabe en løsning af problemstillingen:

1. **Domstolene kan lempes bevisbyrden i de ovennævnte situationer:** Som ovenfor nævnt kan bevisbyrdereglerne variere og bevisbyrden kan eventuelt vendes. Dette giver umiddelbart en mulighed for at give en mere gunstig bevismæssig situation for den erstatningssøgende. Ved denne metode undgår man, at tilbudsgiveren ikke har adgang til de rette oplysninger, eftersom det er den ordregivende myndighed, som skal fremkomme med disse oplysninger. Dette er en fordel, da de eneste, som præcis ved, hvorledes en udbudsforretning er forløbet, er placeret i den ordregivende myndighed. Derfor er det nærliggende, at i de tilfælde, hvor der er en bevismæssig svær situation, er det ordregiveren, som skal kaste lys over forløbet.

Som tidligere nævnt forsøger Klagenævnet via Magnus-sagen og i særdeleshed igennem Judex-sagen at imødegå den skitserede problemstilling. Som nævnt ovenfor kan en lempelse også være indeholdt i de danske regler, men dette beror på en konkret vurdering, hvor grovheden af overtrædelser inddrages i vurderingen. Eftersom udbudsretlige overtrædelser i de fleste tilfælde ikke er et udtryk for en grov tilsidesættelse af almindelige forvaltningsretlige og udbudsretlige regler og principper, kan lempelsen ikke udgøre et generelt løsningsforslag. Derfor udgør denne mulighed for lempelse af bevisbyrden ikke en effektiv løsning på problemstillingen. Det vil kræve en udvikling af rammerne for bevisbyrden, hvis de nuværende regler skulle bidrage til et mere effektivt udbudssystem. Denne udvikling skal nødvendigvis komme via en lempelse i praksis inden for de udbudsretlige regler. Dette er der imidlertid ikke udsigt til, eftersom Landsretten i forbindelse med Judex-sagen tydeligt har tilkendegivet, at der skal være en substantiel overtrædelse, før det kan have indvirkning på bevisbyrden.

Det er imidlertid også muligt, at praksis fra EU-domstolen fastlægger mere specifikke bevisbyrdekrav i forhold til udbudsretlige problemstillinger. Som tidligere nævnt medførte Danfoss-dommen, at der blev oprettet en delt bevisbyrde i ligestillingssager.¹⁶⁵ Hermed skal sagsøger blot påvise faktiske omstændigheder, som giver anledning til en formodning om diskrimination. Herefter er det sagsøgtes opgave at bevise, at der ikke er sket diskrimination. Denne bevisbyrde vil helt sikkert være med til at afhjælpe problemer i forbindelse med bevisbyrden inden for visse dele af udbudsretten. Så det er en effektiv løsning, som indeholder nogle af de samme fordele som en omvendt bevisbyrde. En eventuel udvikling af den EU-retlige praksis kan medføre, at den delte bevisbyrde overføres til udbudsretlige forhold, hvor der på nuværende tidspunkt er bevismæssige besværlige situationer. Det er dog værd at holde for øje, at Danfoss-dommens anvendelsesområde er afgrænset til ligestillingsproblematikken på arbejdsmarkedet. Domstolens konklusioner er efterfølgende blevet kodificeret i direktivet vedrørende bevisbyrde i ligestillingssager.¹⁶⁶ Der kan være et større beskyttelseshensyn overfor private personer, der er blevet diskrimineret på arbejdsmarkedet, end overfor virksomheder, der er blevet forbigået i forbindelse med en udbudt opgave. Derfor er der ikke nogen indikation af, at EU-domstolen vil vælge at indføre delt bevisbyrde i forbindelse med udbudsretlige sager. Danfoss-sagen er fra 1988, og der har ikke efterfølgende været tiltag fra EU-domstolen, som ændrer på de nationale bevisbyrderegler på en så gennemgribende facon. Derfor er det ikke nærliggende at tro, at EU-domstolen udstrækker effektivitetsprincippet på en sådan måde, at bevisbyrden ændres til fordel for tilbudsgiverne.

¹⁶⁵ Sag 109/88 - Danforss

¹⁶⁶ 97/80 EF – Direktivet om bevisbyrde i ligestillingssager

2. **Bevisbyrden kan ændres fra Lovgivningsmagtens side:** På de fleste områder, eksisterer der ikke egentlige lovfæstede bevisbyrdereregler. Imidlertid er der visse situationer, hvor der er et anerkendelsesværdigt behov for at justere bevisbyrdereregler.¹⁶⁷ Dette er specielt relevant, hvor der optræder personskade. Her er der via lov fastlagt et egentligt præsumptionsansvar, hvor den skadevoldende part har haft en særlig tilsynspligt. Om man vil opfatte dette præsumptionsansvar som en egentlig omlægning af bevisbyrden eller blot som en væsentlig nedsættelse af den skadelidtes beviskrav, er en smagssag, men det er formentlig mest korrekt, at formodningen for culpa bevirker, at skadelidtes beviskrav reduceres. Det vil sige, at der ikke er tale om en egentlig ændring i bevisbyrden, men derimod blot en bevislættelse. I forbindelse med ligestillingsager på arbejdsmarkedet har Danfoss-sagen og efterfølgende ændring i de relevante direktiver bevirket, at man har fået en delt bevisbyrde. Dette betyder, at hvis sagsøger kan påvise faktiske omstændigheder, der giver en formodning om, at der kan være handlet i strid med ligestillingsdirektivet, er det op til sagsøgte at bevise, at der ikke er blevet diskrimineret. Disse muligheder inden for andre dele af juraen kan give inspiration til et løsningsforslag vedrørende de bevismæssige problemer, som er indeholdt i udbudsretten.

Der er forskellige konkrete løsningsforslag, men det er min opfattelse, at de tre mest relevante er:

- 1) Lempet bevisbyrde – I forbindelse hermed kan der også hentes inspiration fra andre lande f.eks. via "loss of chance"-metoden som er nærmere behandlet i det efterfølgende afsnit
- 2) Delt bevisbyrde: Dette kendes fra ligestillingsloven, hvorefter sagsøger skal påvise faktiske omstændigheder, der skaber en formodning for, at der er sket overtrædelser. Herefter pålægges bevisbyrden sagsøgte, som skal bevise, at der ikke er sket overtrædelser.
- 3) Omvendt bevisbyrde: Her er der en automatisk formodning for brud på de udbudsretlige regler. Det er herefter den ordregivende myndigheds opgave at bevise, at der ikke er sket overtrædelser af regler eller principper.

Disse tre former stiller forskellige bevismæssige krav til tilbudsgiveren. Ved "loss of chance"-metoden får tilbudsgiveren erstatning i henhold til det bevis, han kan føre for en eventuel overtrædelse. Ved den delte bevisbyrde skal tilbudsgiveren selv skabe formodningen, men ikke sandsynliggøre, at der er sket en overtrædelse. Sidst, men ikke mindst eksisterer der en automatisk formodning ved den omvendte bevisbyrde. Derfor vil denne fremgangsmåde også være den mest indgribende.

Disse nævnte muligheder kan bidrage til at løse problemerne og være med til at skabe et mere sammenhængende udbudsretligt system. I de situationer, hvor der er bevismæssige vanskeligheder for tilbudsgiveren, er der tillige en ekstra fleksibilitet for tilbudsgiveren. Ved udbud med tildelingskriteriet "økonomisk mest fordelagtige tilbud" samt ved udbud efter forhandling har den ordregivende myndighed den fleksibilitet, at det er muligt henholdsvis at inddrage andre kriterier end prisen og at inddrage tilbudsgiveren i forhandlinger om udbuddet. Denne fleksibilitet har dog den omkostning, at det skaber en vanskelig bevismæssig situation for tilbudsgiveren. Dette skyldes, at det primært er den ordregivende myndighed, som sidder inde med de relevante oplysninger. Derfor kan man med rette hævde, at denne fleksibilitet skal opvejes af en lempet bevisbyrde eller en omvendt bevisbyrde. Dette vil skabe en bedre balance i systemet og derved skabe et mere effektivt system. Derfor bør Lovgivningsmagten vurdere, om det ikke er hensigtsmæssigt at vælge én af de nævnte fremgangsmåder, hvilket man allerede har gjort på en række andre områder. Når man vil lempe bevisbyrden er det relevant at kigge ud over Danmarks grænser og vurdere, hvordan andre lande løser problemstillingen.

¹⁶⁷ Bang 1998 – s. 403 (Der er blandt andet justeret på beviskravet til den skadelidte i arbejdsskadeforsikringsloven, produktansvarsloven eller patientforsikringsloven) samt i forbindelse med ligestilling på arbejdsmarkedet jf. Ligestillingsloven § 6, stk. 2

Anderledes bevisbyrde i andre lande:

I forbindelse med en løsning af den bevismæssige problemstilling bør man med rette kigge ud over Danmarks grænser. De danske bevisbydere regler findes i tilsvarende form i langt hovedparten af de europæiske lande. Det er et generelt princip, at hvis man vil kræve noget, bør man kunne føre bevis for den retlige adkomst til dette. Derfor har en række europæiske lande de samme bevismæssige vanskeligheder, som jeg tidligere har skitseret. De enkelte lande har i forskellig grad taget hånd om denne problemstilling. I denne forbindelse er det værd at henlede opmærksomheden på "loss of chance"-metoden.¹⁶⁸ Denne metode har en række lande inkorporeret som et svar på de bevismæssige vanskeligheder. Bowsher og Moser klarlægger, i deres gennemgang af relevant engelsk udbudsretlig retspraksis, hvad metoden indebærer: *"Provided there is more than a "speculative" chance, the court will then assess the lost chance on a percentage basis (e.g. say there was a 60 per cent chance of loss) and award a corresponding percentage of the overall quantum of damages."*¹⁶⁹ Det vil sige, at man ændrer bevisbyrden således, at man fastsætter en procentvis chance for, at en tilbudsgiver ville være blevet tildelt en udbudt opgave, og fastsætte erstatning svarende hertil.¹⁷⁰ Herefter vil det stadig være muligt at opnå en vis erstatning, selvom man ikke med overvejende sandsynlighed kan påvise, at det pågældende brud på de udbudsretlige regler har medført et tab.¹⁷¹ Der er imidlertid en væsentlig undtagelse til dette system. Der skal være en reel chance for at få tildelt opgaven og ikke blot en spekulativ mulighed. Derfor er der en nedre grænse, som betyder, at i de situationer, hvor der blot er en hypotetisk chance for at få tildelt en udbudt opgave, vil der ikke være grundlag for erstatning. Dette system er anderledes end det danske system, da man i dansk retspraksis udelukkende fastslår, om det er overvejende sandsynligt, at en tilbudsgiver var blevet tildelt opgaven. Det vil sige, at hvis man ikke med 51 % sikkerhed kan påvise, at man havde fået opgaven, har man ikke adgang til erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Ved "loss of chance"-metoden kan man få ret til en del af erstatningen, selvom det blot påvises, at man eksempelvis havde 30 % mulighed for at få tildelt opgaven. I forbindelse med denne metode er der specielt to lande i EU, som er interessante.

Frankrig: I Frankrig er udgangspunktet i forhold til bevisbyrden det samme som i Danmark, men i flere tilfælde har fransk domstolspraksis refereret til "loss of chance"-teorien. Fransk retspraksis har dog fastslået, at i de situationer, hvor der ikke foreligger en seriøs chance for at opnå den udbudte opgave, kunne der ikke tildeles erstatning.¹⁷² Lichere udtrykker det således i sin gennemgang af fransk udbudsretlig praksis: *"The Council of State seems rather to be using the doctrine as a sort of presumption of causation."*¹⁷³ Det vil sige, at man løser den bevismæssige problemstilling ved at have en vis formodning om, at der er kausalitet. Dette er en meget effektiv løsning og imødekommer den bevismæssige problemstilling ved at skabe en mulighed for tilbudsgiveren at påvise problemer ved et udbud uden direkte at skulle sandsynliggøre, at der er kausalitet mellem brud på de udbudsretlige regler og et bevisligt tab.

Det skal imidlertid anføres, at der har været meget få sager, hvor fremgangsmåden med "loss of chance" er blevet benyttet. Kun 53 relevante sager fra fransk retspraksis, hvor man har vurderet, om der skulle gives erstatning, og i kun 30 af de 53 sager har man fundet frem til, at der var en reel mulighed for, at tilbudsgiveren havde vundet.¹⁷⁴ Derfor er der i fransk praksis muligvis skabt en løsning, men denne mulighed bliver sjældent brugt.

¹⁶⁸ Simonsen 1997 – s. 367 f.

¹⁶⁹ Bowsher & Moser 2006 – s. 201

¹⁷⁰ Arrowsmith 2005 – s. 1382

¹⁷¹ Graziadei 2008 – s. 19

¹⁷² Lichere 2006 – s. 172

¹⁷³ Lichere 2006 – s. 177

¹⁷⁴ Lichere 2006 – s. 173

England: I engelsk case law har man også adopteret en variant af "loss of chance"-fremgangsmåden, hvor man fastsætter den procentvise sandsynlighed for, at en tilbudsgiver var blevet tildelt den udbudte opgave. I Harmon-sagen blev det fastslået, at der havde været 70 procent sandsynlighed for, at Harmon var blevet tildelt opgaven. Herefter fastsatte domstolen, i hvilket omfang Harmon havde krav på erstatning. Domstolen fastslog, at Harmon havde krav på 35 procent af den fortjeneste, virksomheden ville have opnået i forbindelse med en korrekt gennemførelse af udbudsproceduren.¹⁷⁵ Dette er det førende eksempel på korrelation mellem den procentvise mulighed for, at en tilbudsgiver ville være blevet tildelt ordren, og erstatningen, som gives til denne. Metoden indeholder naturligvis samme muligheder som i Frankrig, men det er værd at bemærke, at der ikke fra engelsk retspraksis er eksempler på udbudsretlige sager, hvor den procentvise chance er under 50. Derfor er udstrækningen af den engelske brug af "loss of chance"-metoden ikke fuldstændig klarlagt. Teoretisk set giver "loss of chance"-metoden mulighed for at tildele erstatning, selvom det vurderes, at den procentvise chance for, at en tilbudsgiver var blevet tildelt det udbudte projekt, var under 50. Men som nævnt er der ikke sager, som kan hjælpe med klarlægningen af "loss of chance"-metodens udstrækning.

Ydermere skal det anføres, at efterfølgende case law inden for sundhedsjuraen i England har afvist brugen af "loss of chance"-metoden.¹⁷⁶ Dette har skabt tvivl om anvendeligheden af "loss of chance". Man har imidlertid ikke efterfølgende inden for udbudsretlige sager positivt fraveget metoden, og som følge heraf må udgangspunktet om "loss of chance"-metoden i Harmon-sagen stadig stå ved magt.¹⁷⁷

Generelt kan det siges, at "loss of chance"-metoden rummer muligheder, som kan imødegå de bevismæssige vanskeligheder med kausalitet. "Loss of chance"-metoden kan indføres via praksis, men det er mere nærliggende at indføre muligheden gennem en lovændring. Dette skyldes, at det ville være en markant udvidelse af de grundlæggende bevisbyrderegler, og så store ændringer bør være et udtryk for generel opfattelse hos lovgivningsmagten. Herved opnår denne ændring et demokratisk fundament, som vil være ønskeligt. Det må imidlertid anføres, at der ikke er et retssystem i EU, hvor denne mulighed udnyttes til fulde inden for udbudsretten. Derfor kan det være svært at vurdere "loss of chance"-metodens effektivitet. Ikke desto mindre indeholder metoden potentiale til at løse de nuværende problemer.

3.6. Min vurdering af løsningsforslagene:

Det er min vurdering, at det vil være mest hensigtsmæssigt at møde de bevismæssige vanskeligheder med en lovmæssig ændring af de nuværende bevisbyrderegler. Det vil være en meget stor ændring af bevisbyrdereglerne, hvis de bevismæssige udfordringer inden for udbudsretten skal mødes, og ændringer af denne karakter bør ske ved lov. Det er der også tradition for, hvilket eksempelvis Ligestillingsloven viser. En lovændring skaber endvidere et demokratisk fundament for en sådan ændring, hvilket er ønskeligt som følge af ændringens omfang og betydning. Af de tre løsningsforslag, som er nævnt under afsnittet "*Bevisbyrden kan ændres fra Lovgivningsmagtens side*", er det min vurdering, at forslag nr. 1 om en lempet bevisbyrde og forslag nr. 2 om en delt bevisbyrde vil skabe den største sammenhæng mellem hensynet til fleksibilitet for ordregiveren og tilbudsgiverens bevismæssige situation. Det er mest hensigtsmæssigt, at tilbudsgiveren pålægges en vis bevisbyrde, hvorefter denne skal skabe formodningen for eventuelle overtrædelser. Dette skyldes, at der til et eventuelt udbud af en attraktiv opgave ofte vil være mange tilbudsgivere. Hvis der eksi-

¹⁷⁵ Bowsher & Moser 2006 – s. 208

¹⁷⁶ Gregg v. Scott

¹⁷⁷ Selvom flertallet i Gregg v. Scott afviste brugen af "loss of chance"-metoden erkendte de stadig eksistensen af en sådan metoden, men fastslog at den ikke kunne bruges i det konkrete tilfælde. Metoden eksisterer derfor stadigvæk, men brugen er sporadisk.

sterer en formodning om, at eventuelle tab skyldes brud på de udbudsretlige regler, vil det påføre den ordregivende myndighed en urimelig stor byrde, da der potentielt skal tilbagevises mange krav. Det er derimod mere nærliggende, at det er tilbudsgiverens opgave at skabe formodningen. Dette vil skabe en mere effektiv adgang til erstatning for brud på de udbudsretlige regler samtidig med, at ordregivernes fleksibilitet opretholdes, og at ordregiveren ikke pålægges urimelige byrder.

4. Afslutning

4.1. Konklusion

4.1.1. Opgørelse af den positive opfyldelsesinteresse til en forbigået tilbudsgiver

Når en tilbudsgiver bliver forbigået som følge af brud på de udbudsretlige regler, kan der blive tale om erstatning af den positive opfyldelsesinteresse. Da de EU-retten overlader det til den nationale retsautonomi at fastsætte sanktioner, herunder erstatning, kan den positive opfyldelsesinteresse opgøres på to måder. På baggrund af den tabte nettofortjeneste eller på grundlag af det tabte dækningsbidrag.

Det er ikke muligt at se en klar linje i Klagenævnet for Udbuds kendelser. Der er en række kendelser, der opgør erstatningen på baggrund af den tabte nettofortjeneste, men der er tillige en række kendelser, som peger den anden retning. Det er min opfattelse, at der ikke kan udledes konklusioner af Klagenævnets praksis, da eventuelle argumenter vil være svage på grund af den store uklarhed i retspraksis. Samme problemstilling findes hos domstolenes retspraksis. Der er kendelser som peger i forskellige retninger. Dette illustreres tydeligt ved U 2000.1561 H og i U 2002.1180 H, som hver især giver forskellige svar på problemstillingen. Man kan hævde, at den seneste dom bør være gældende, hvilket også understreges af, at den samme Højesteretsdommer skrifter holdning fra 2000 til 2002. Dette er dog ikke et tilstrækkeligt grundlag for at kunne udlede konklusioner, da der er en række andre forhold, som kan begrunde dette holdningsskift.

Eftersom praksis ikke giver muligheder for at besvare problemstillingen, er det relevant at vurdere den udbudsretlige teori. De fleste teoretikere er meget tilbageholdne i forhold til endelige konklusioner. Når der endelige er konkrete bud på en løsning, er dette begrundet i kendelser eller domme. Dette er efter min opfattelse en svag argumentation, da retspraksis er særdeles uklar. Som følge heraf er det nødvendigt at indhente inspiration fra andre retsområder. Både i den entrepriseretlige teori samt holdningerne omkring varekøb¹⁷⁸ signalerer, at erstatning af den positive opfyldelsesinteresse skal ske på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

Endvidere vil en formålsfortolkning af den positive opfyldelsesinteresse medfører, at erstatningen bør opgøres med baggrund i det tabte dækningsbidrag. Dette skyldes primært, at afholdelsen af de faste omkostninger er et tab. Den ordregivende myndighed, som har brudt de udbudsretlige regler eller principper og medført et tab er i denne sammenhæng nærmest til at bære risikoen for tabet, og derfor bør udgifter til de faste omkostninger også indgå i erstatningen.

Spørgsmålet, som blev stillet i indledningen var: *Hvorledes opgøres erstatningen af den positive opfyldelsesinteresse til en tilbudsgiver som er blevet forbigået som følge af overtrædelser af de udbudsretlige regler?* Det vil efter min opfattelse antageligvis være den korrekte løsning at opgøre erstatningen for den positive opfyldelsesinteresse på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Jeg mener ikke, at det er muligt at udlede denne konklusion ud fra retspraksis, som andre teoretikere har forsøgt. Derimod harmonerer denne løsning bedst med hensynene bag opfyldelsesinteresse samt på andre relevante juridiske områder.

¹⁷⁸ Hvilket fremgår af bilag 5

4.1.2. Effektivitetsprincippet i forhold til de danske erstatningsregler

Selvom sanktionerne for brud på de udbudsretlige regler i Danmark er underlagt den nationale retsautonomi, medfører effektivitetsprincippet en række forpligtelser.

Disse forpligtelser kan udledes af retspraksis fra EU-domstolen. Det overordnede effektivitetsprincip medfører, at der skal være en faktisk og effektiv beskyttelse. Dernæst kan der udledes et overordnet princip vedrørende erstatning, hvorefter erstatningen skal være effektiv og afskrækkende. Dette princip har affødt to underprincipper. 1) Erstatningens størrelse skal være passende. 2) Det må ikke være umuligt eller urimeligt vanskeligt at opnå erstatning..

Herefter er det væsentligt at vurdere spørgsmålet, jeg stillede i indledningen: *Hvorledes harmonerer de danske erstatningsregler med det EU-retlige effektivitetsprincip?* Når man kigger på effektivitetsprincippets forpligtelser i forhold til de danske reglers udformning, er de danske regler er ikke umiddelbart i strid med effektivitetsprincippet. Dette skyldes primært, at effektivitetsprincippet fungerer som en minimumsbeskyttelse, således medlemslande ikke gør muligheden for at hævde af EU-retligheder illusorisk. Det er muligt at hævde retlighederne i Danmark, og derfor vil de danske regler ikke stride mod effektivitetsprincippet.

Dog er der ikke perfekt harmoni mellem effektivitetsprincippets forpligtelser og de danske regler. Vurdering af effektivitetsprincippet i forhold til de danske regler betyder, at det er muligt at identificere svagheder i de danske regler. Som anført kan der være bevismæssige problemer, hvor der er tale om udbud med tildelingskriteriet "økonomisk mest fordelagtige tilbud" samt ved udbud efter forhandling. Denne nuværende bevismæssige situation er kritisabel, og derfor er det relevant at kigge på eventuelle løsninger.

Som udgangspunkt vil der være to typer løsninger:

1. Domstolen kan lempe bevisbyrden
2. Lovgivningsmagten kan lempe bevisbyrden, skabe en delt bevisbyrde eller vende bevisbyrden om.

Det er min opfattelse, at det vil være den bedste løsning, at en eventuel ændring i bevisbyrdereglerne sker på baggrund af et lovindgreb. Endvidere mener jeg, at det vil være mest formålstjeneligt med enten en lempet bevisbyrde, f.eks. via "loss of chance"-metoden, eller en delt bevisbyrde som EU-domstolen fremfører i Danfoss-sagen. Herved skal den forbigåede tilbudsgiver stadig skabe formodningen. En omvendt bevisbyrde, hvor der er en automatisk formodning, vil være for indgribende over for de ordregivende myndigheder. En lempet eller delt bevisbyrde vil skabe en bedre balance i systemet, og derved skabe et mere effektivt system.

Litteraturliste

Bøger (forfatter – bogens titel – forlag – år – evt. udgave)

- **Arrowsmith, Sue:** *The Law of Public and Utilities Procurement* – Sweet & Maxwell 2005, 2. udg.
- **Augdahl, Per:** *Den norske obligasjonsretts almindelige del* - Akademisk forlag 1978. 5. Udg.

- **Almén Tore:** *Om köp och byte av lös egendom - kommentar till lagen den 20 juni 1905* – Stockholm P.A. Norstedt 1960. 4. udg.
- **Berg, Stinne Richter:** *Retsvirkninger af ugyldighed og ophævelse af løssørekøb – særligt om tilbagelevering og erstatning af den negative kontraktsinteresse* – Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008
- **Boesgaard, Eric:** *Entrepriseudbud – Udbud, tilbud, ordre efter lov om tilbudsindhentning* – Gads Forlag 2002
- **Bovis, Christopher H.:** *EU Public Procurement Law* – Edward Elgar Publishing Limited 2007
- **Blume, Peter:** *Juridisk metodelære* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2009 5. udg.
- **Bryde Andersen, Mads og Lookofsky Joseph:** *Lægebog i obligationsret 1* – Forlaget Thomson 200. 1. udg.
- **Christensen, Lars Hedegaard, Nielsen, Anne-Dorte Bruun og Torsten Iversen:** *Lærebog i dansk og international køberet* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2004 3. udg.
- **Daniel, Thorbjørn Bugge, Elholm, Thomas, Starup, Peter og Steinicke Michael:** *Grundlæggende EU-ret* – Jurist og Økonomforbundets Forlag 2009
- **Dige, Palle Hvass:** *Bevis i kontraktsforhold – En undersøgelse og kritisk vurdering af de bevisbyrderegler som dansk ret anvender i kontraktsforhold* – Ejnar Munksgaard 1945
- **Duer, Poul og Berg, Erik:** *Byggeriets retsforhold for byggeriets parter* – Polyteknisk Forlag 1985
- **Evald, Jens og Schaumburg-Müller Sten:** *Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære* – Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004
- **Fabricius, Jesper og René Offersen:** *EU's udbudsregler i praksis* – Forlaget Thomson 2002, 1. udg.
- **Fabricius, Jesper og René Offersen:** *EU's udbudsregler i praksis* – Forlaget Thomson 2006, 2. udg.
- **Fejø, Jens og Treumer Steen:** *EU's udbudsregler – implementering og håndhævdelse i Norden* – Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006
- **Fleischer, Carl August:** *Retskilder og juridisk metode* – Ad Notam Gyldendal - Oslo 1998
- **Foucault, Michel:** *Talens forfatning* – Hans Reitzels forlag 2001

- **Frost-Knappman, Elizabeth og Shrager, David S.:** *The Quootable lawyer*. New England Publishing Associates Inc. 1998
- **Gomard, Bernhard:** *Obligationsret, Naturalopfyldelse* – Juristforbundet 1971
- **Gomard, Bernhard:** *Civilprocewsssen* – Gad Jura 1994. 4. udg.
- **Gomard, Bernhard:** *Moderne erstatningsret* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2002.
- **Gomard, Bernhard:** *Obligationsret 2. del* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2003. 3. udg.
- **Gomard, Bernhard og Kistrup, Michael:** *Civilprocessen* – Forlaget Thomson 2007. 6. udg.
- **Gomard, Bernhard:** *Almindelig kontraksret* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2009. 3. udg.
- **Henrichsen, Carsten:** *Moderne Retsvidenskab* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2001
- **Herre, Johnny:** *Erstättningar i köprätten - särskilt om skadeståndsberäkning* – Juristförlaget Stockholm 1996
- **Hjelmborg, Simon Evers, Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels:** *EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2005
- **Høg, Torkil:** *Udbudsretlige erstatningsspørgsmål* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2005
- **Høg, Torkil:** *Erstatningsansvar i forbindelse med udbud* – www.udbudsportalen.dk 2007
- **Hørlyck, Erik:** *EU-udbud* – Nyt juridisk forlag 1997
- **Hørlyck, Erik:** *Enterpriseret og Licitation*– Jurist- og Økonomforbundets forlag 1993, 4. udg.
- **Hørlyck, Erik:** *Entrepriseret og licitation*– Jurist- og Økonomforbundets forlag 1998, 5.udg.
- **Hørlyck, Erik:** *Entreprise, Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2009, 6. udg.
- **Iversen, Torsten:** *Erstatningsberegning i kontraktforhold* – Forlaget Thomson 2000
- **Ibáñez, Alberto j. Gil:** *The Administration Supervision and Enforcement of EC Law – Powers, Procedures and Limets* – Hart Publishing Oxford Portland 1999
- **Kaltoft, Jepser og Pedersen, Claus Kaare:** *Tilbudsloven - Offentlige Kontrakter* – Forlaget Thomson 2008, 2. udg.

- **Kjørup, Søren:** *Menneskevidenskaberne – Problemer og traditioner i humanioras videnskabs-teori* – Roskilde Universitetsforlag 1997
- **Lassen, Julius Severin Vilhelm og Ussing, Henry:** *Haandbog i Obligationsretten, Speciel del 1. Gave, Køb og Bytte* – Kjøbenhavn, G. E. C. Gad 1923
- **Lauridsen, Preben Stuer:** *Om ret og retsvidenskab – Lærebog i almindelig retslære* – Gylden-dal 1992
- **Lyngsø, Preben:** *Afbestillingsret* – Juristforbundets Forlag 1971
- **Meyer, Peter Lund:** *EU' udbudsregler* – Gad Jura 1998
- **Moussis, Nicholas:** *Acces to European Union – law, economics, policies* – European Study Service 2007, 16th edition.
- **Nedergaard, Peter:** *Organisering af Den Europæiske Union – Bureaukrater og institutioner: EU-forvaltningens effektivitet og legitimitet* – Handelshøjskolens Forlag 2005, 4. udg.
- **Neergaard, Ulla B. og Nielsen, Ruth:** *EU-ret* – Gad Jura 2005, 4. udg.
- **Nielsen, Ruth:** *Udbud af offentlige kontrakter* - Jurist- og Økonomforbundets forlag 2005 3. udg.
- **Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina:** *Retskilder & Retsteorier* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2005
- **Nielsen, Ruth:** *EU-arbejdsret* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2006, 4. udg.
- **Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D.:** *Retskilder & Retsteorier* – Jurist- og Økonomforbun-dets forlag 2008, 2. udg.
- **Nørager-Nielsen, Jacob og Theilgaard, Søren:** *Købeloven med kommentarer* – Gads Forlag 1993, 2. udg.
- **Olsen, Birgitte Egelund og Sørensen Karsten Engsig:** *Europæiseringen af Dansk ret* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008
- **Pedersen, Axel H.:** *Entrepriseret – Bygge og anlægsarbejder* – Gyldendal 1952
- **Poder, Poul:** *En postmoderne nutid? Klassisk og Moderne Samfundsteori* – (red.) Andersen, Heine og Lars Bo Kaspersen – Hans Reitzels Forlag 2005
- **Ratio, Juha:** *The principle of legal certainty in EC law* – Kluwer Academic Publishers 2003

- **Rasmussen, Hjalte:** *EU-ret i kontekst* – Forlaget Thomson 2003, 5. udg.
- **Rendtorff, Jacob Dahl:** *Alf Ross - Kritisk gensyn – Ross og prognoseteorien* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2006
- **Rohde, Knud:** *Obligationsrätt* - P.A. Norstedt & Söners Förlag 1956
- **Sandvik, Tore:** *Kommentar til NS 3401. 1977* – Universitetsforlaget 1977
- **Simonsen, Lasse:** *Prekontraktuelt ansvar – Det almindelige pre kontraktuelle ansvar – Ansvar ved gennemføring av anbuds konkurranser.* Universitetsforlaget Oslo 1997
- **Steinicke, Michael:** *EU-udbud og forhandling* – Nyt juridisk forlag 1999
- **Steinicke, Michael:** *Tilbudsindhentning i Bygge- og Anlægssektoren* - Nyt juridisk forlag 2003
- **Sørensen, Karsten Engsig og Nielsen, Poul Runge:** *EU-Retten* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008, 4. udg.
- **Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise:** *EU's Udbudsdirektiverne med kommentarer* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2003
- **Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise:** *EU's Udbudsdirektiverne med kommentarer* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008, 2. udg.
- **Ussing, Henry:** *Dansk obligationsret – almindelig del* – Gads Forlag 1942, 2. udg.
- **Ussing, Henry:** *Enkelte kontrakter* – Gads Forlag 1946, 2. udg.
- **Vagner, Hans Henrik:** *Entrepriseret* – Jurist- og Økonomforbundet 1993, 2. udg
- **Vagner, Hans Henrik:** *Entrepriseret – ved Torsten Iversen* – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2005, 4. udg.
- **Wiklund, Ola:** *EG-Domstolens Tolkingsutrymme* – Juristförlaget Stockholm 1997

Artikler (forfatter – titel – forlag – år – sidetal)

- **Bang, Peter:** *Bevisbyrde og bevisvurdering i civile retssager* – Juristen 1998. årg. 80 nr. 10 – s. 396-405
- **Bowsher, Michael og Moser, Philip:** *Damages for breach of the EC public procurement rules in the United Kingdom* – Public Procurement Law Review 2006 – s. 195-210

- **Danielsen, Jens Hartig:** *Myndighedernes Erstatningsansvar* – Juristen 2008 nr. 1 – via internet-side:
<http://www.djoef.dk/Udgivelser/Juristen/Juristen2008/Juristennr12008/Myndighedserstatningsansvar.aspx>
- **Delsaux, Amadine:** *The Role of the Commission in Enforcing EC Public Procurement Rules* – Public Procurement Law Review 2004 vol. 13. – s. 130-152
- **Graziadei, Michele:** *What went wrong? Tort law, personal responsibility, expectations of proper care and compensation* – Tort and Insurance Law Yearbook – European Tort Law 2008 – s. 1-27
- **Honoré, Michael og Fog, Morten Qvist:** *Tilbagesøgning af ulovlig og forenelig statsstøtte ved de nationale domstole - EF-domstolens dom af 12. februar 2008 i sag C-199/06 (CELF)* Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2008. – s. 306-321
- **Høegh, Katja og Lorentsen, Helle:** *Om bevisbyrde ved krav om erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne* – Ugeskrift for retsvæsen 2003 årg. 137, nr. 47. Gad Jura – s. 381-387
- **Jespersen, Halfdan Krag:** *Erstatningsberegning i Kontraktforhold – synspunkter i anledning af Torsten Iversen disputats* – Ugeskrift for Retsvæsen 2001 årg. 135, nr. 8. Gad Jura – s. 87-89
- **Jørgensen, Stig:** *Retsdogmatikkens tilstand* – Juristen årgang 1989. Jurist- og Økonomforbundets forlag – s. 196-202
- **Kristensen, Jens Erik og Schmidt, Lars-Henrik:** *Humanistisk Videnskabsteori – Temaer og tendenser i humaniora 1960-90* – E-bog via DR Multimedie 2005 s. 303-334
- **Kruger, Kai:** *Action for damages due to bad procurement: on the intersection between EU/EEA law and national law, with special reference to the Norwegian experience* – Public Procurement Law Review 2006 – s. 211-232
- **Lichere, Francois:** *Damages for violation of the EC public procurement rules in France* – Public Procurement Law Review 2006 – fra internetsiden: Westlaw
- **Matthiesen, Gert Holst:** EU's krav til national procesrets effektivitet. Ugeskrift for retsvæsen 2001 årg. 135, nr. 47, s. 493-499 – Gad Jura
- **Nielsen, Ruth:** *Delt bevisbyrde i ligestillingssager* – Juristen årgang 2010 nr. 1. Jurist- og Økonomforbundets forlag – s. 32-36
- **Nielsen, Ruth:** *Forvaltningsretlige aspekter af det offentlige udbud - ABSERVICE 2003* – Festskrift for Hans Gammeltoft-Hansen – Jurist- og Økonomforbundets forlag 2004 – s. 499-507

- **Nielsen, Christian og Henrik Holtse:** *Nye regler om overtrædelse af udbudsreglerne* – Udbudsportalen 2010 – Link: <http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/NYE-REGLER-OM-OVERTRADELSE-AF-UDBUDSREGLERNE/>
- **Offersen, René:** *Prøvelse af offentlige udbud (upphandling)* – Fremlagt i forbindelse med Det 38. nordiske Juristmøde i København 2008 – Link: http://jura.ku.dk/njm/38/Rene_Offersen.pdf
- **Rubach-Larsen, Anne:** *Damages under German law for infringement of EU procurement law* – Public Procurement Law Review 2006 – s. 179-194
- **Slavicek, Michael:** *Damages for breach of the EC public procurement rules in Sweden* – Public Procurement Law Review 2006 – s. 233-240
- **Treumer, Steen:** *Damages for breach of the EC public procurement rules - changes in European regulation and practice* - Public Procurement Law Review 2006 – s. 157-170

Domsoversigt

EU-domstolen afgørelser (kronologisk)

- **Sag 26/62 Van Gend & Loos:** Domstolens Dom af 5. februar 1963. N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mod Den Nederlandske Finansforvaltning. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Tariefcommissie - Nederlandene. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:EN:HTML>
- **Sag 6/64 Costa mod ENEL:** Domstolens Dom af 15. juli 1964. Flaminio Costa mod ENEL. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Giudice conciliatore di Milano - Italien. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:EN:HTML>
- **Sag 166/73 Rheinmühlen:** Domstolens Dom af 16. januar 1974. Rheinmühlen-Düsseldorf mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Bundesfinanzhof - Tyskland. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973J0166:EN:HTML>
- **Sag 33/76 Rewe-Zentral:** Domstolens dom af 16. december 1976. – Rewe Zentralfinanz EG mod Landwirtschaftskammer fuer das Saarland. – Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesverwaltungsgericht. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0033:DA:HTML>
- **Sag 45/76 Comet.** Domstolens dom af 16. december 1976. – Comet BV mod Produktshap Voor Siergewassen. – Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af College Van Beroep Voor Het Bedrijfsleven Haag. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0045:DA:HTML>

- **Sag 68/79 Just:** Domstolens dom af 27. februar 1980.- Hans Just I/S mod Ministeriet for Skatter og Afgifter.- Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Østre Landsret – Danmark. – Spiritusafgifter. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0068:DA:HTML>
- **Sag 199/82 San Giorgio:** Domstolens Dom af 9. november 1983.- Finansministeriet mod S.P.A. San Giorgio.- anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal De Trento. - Tilbagesøgning af fejlagtigt betalt beløb – overvæltning på varepriser af afgiver opkrævet i strid med fællesskabsretten. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982J0199:DA:HTML>
- **Sag 14/83 Von Colson:** Domstolens dom af 10. april 1984. Sabine Von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein Westfalen. Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Arbeitsgericht Hamm – Ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til beskæftigelse. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983J0014:DA:HTML>
- **Sag 68/88 Kommissionen mod Grækenland:** Domstolens dom af 21. september 1989. Kommissionen for Det Europæiske Fællesskab mod Den Helleniske Republik – Traktatbrud. Undladelse af at fastlægge fællesskabets egne indtægter og stille disse til rådighed. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0068:DA:HTML>
- **Sag 109/88 Danfoss:** Domstolens dom af 17. oktober 1988.- Handes- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss.- Anmodning om præjudiciel afgørelse: Faglig Voldgiftsret – Danmark. Vedrørende ligelønsdirektivet og ligeløn til mænd og kvinder. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:DA:HTML>
- **Sag 177/88 Dekker:** Domstolens dom af 8. november 1990. – Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mod Stichting Vormingscentrum Vorr Jong Volwassenen Plus. – Anmodning om præjudiciel afgørelse: Hoge Raad – Nederlandene.- Ligebehandling af mænd og kvinder – nægtelse af at en ansat gravid kvinde. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0177:DA:HTML>
- **Sag 6/90 og 9/90 Francovich:** Domstolens Dom af 19. november 1991. – Andrea Francovich og Daniela Bonifaci m. fl. mod den italienske republik. – Anmodning om præjudiciel afgørelse : Pretura Di Vicenza og Pretura Di Bassano Del Grappa – Italien. – Manglende gennemførelse af et direktiv. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0006:DA:HTML>
- **Sag 271/91 Marshall:** Domstolens dom af 2. august 1993 – M. Helen Marshall mod Southampton and South West Hampshire Area Health Authority. – Anmodning om præjudiciel afgørelse: House of Lords. – Direktiv 76/207/EØF Ligebehandling af mænd og kvinder – ret til

erstatning i tilfælde af forskelsbehandling. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991J0271:DA:HTML>

- **Sag 334/92 Wagner Miret:** Domstolens Dom (femte afdeling) af 16. december 1993. – Teodoro Wagner Miret mod Fondo De Garnitia Salarial. – Anmodning om præjudiciel afgørelse: Tribunal Superior De Justicia De Cataluna – Spanien. – Direktiv om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens – Anvendelsesområde – Garantiinstitution. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0334:DA:HTML>
- **Sag 46/93 og 48/93, Brasserie du pêcheur:** Domstolens Dom af 5. marts 1996. Brasserie du Pêcheur SA mod Bundesrepublik Deutschland og The Queen mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m. fl.. Anmodninger om præjudiciel afgørelse: Bundesgerichtshof - Tyskland og High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court - Forenede Kongerige. Princippet om en medlemsstats ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som må tilregnes staten - overtrædelser, som må tilregnes den nationale lovgiver - betingelser for statens ansvar - erstatningens omfang. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0046:DA:HTML>
- **Sag 312/93 Peterbroeck:** Domstolens Dom af 14. december 1995. - Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mod den belgiske stat. - Anmodning om præjudiciel afgørelse: Cour d'appel de Bruxelles - belgien. - En national domstols adgang til af egen drift at tage stilling til national rets forenelighed med fællesskabsretten. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0312:DA:HTML>
- **Sag 430/93 og 431/93 Van Schijndel og van Veen:** Domstolens Dom af 14. december 1995. - Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mod Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten. - Anmodninger om præjudiciel afgørelse: Hoge Raad - Nederlandene. - Kvalifikation af en erhvervspensionsfond som en virksomhed - obligatorisk tilslutning til en erhvervstilknyttet pensionsordning - forenelighed med konkurrencereglerne - muligheden for først under en kassationsanke at gøre et fællesskabsretligt anbringende gældende, som medfører en ændring af sagens genstand og kræver en stillingtagen til faktiske omstændigheder. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0430:DA:HTML>
- **Sag 265/95 Kommissionen mod Frankrig:** Domstolens Dom af 9. december 1997, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik. Frie varebevægelser - Landbrugsprodukter - Hindringer som følge af private aktioner - Medlemsstaternes forpligtelser. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0265:DA:HTML>
- **Sag 231/96 Edis:** Domstolens Dom af 15. september 1998. Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) mod Ministero delle Finanze. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Tribunale di Genova - Italien. Tilbagesøgning af beløb erlagt i urigtig formening om skyld - Nationale processuelle frister. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0231:DA:HTML>

- **Sag C-78/98 Shirley Preston:** Domstolens Dom af 16. maj 2000. - Shirley Preston m.fl. mod Wolverhampton Healthcare NHS Trust m.fl. og Dorothy Fletcher m.fl. mod Midland Bank plc. - Anmodning om præjudiciel afgørelse: House of Lords - Forenede Kongerige. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0078:DA:HTML>
- **Sag 453/99 Courage og Crehan:** Domstolens Dom af 20. september 2001. Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) - Forenede Kongerige. EF-traktatens artikel 85 (nu artikel 81 EF) - Eksklusivaftale om køb af øl - Forpagtning af udskænkingssteder - Aftale - En aftaleparts ret til erstatning. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0453:DA:HTML>
- **Sag 13/01 Safalero:** Domstolens Dom (Sjette Afdeling) af 11. september 2003. Safalero Srl mod Prefetto di Genova. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Giudice di pace di Genova - Italien. Direktiv 1999/5/EF - radio- og teleterminaludstyr - effektiv domstolsbeskyttelse af de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden - tilladeligheden af administrative sanktioner fastsat i den nationale lovgivning - anfægtelse af en beslaglæggelsesforanstaltning, der er truffet over for tredjemand. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0013:DA:HTML>
- **Sag 63/01 Samuel Sidney Evans:** Domstolens dom (Femte Afdeling) af 4. december 2003.- Samuel Sidney Evans mod Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions og Motors Insurers' Bureau.- Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0063:DA:HTML>
- **Sag 443/03 Leffler:** Domstolens Dom (Store Afdeling) af 8. november 2005. Götz Leffler mod Berlin Chemie AG. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Hoge Raad der Nederlanden - Nederlandene. Retligt samarbejde i civile sager - forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter - manglende oversættelse af dokumentet - retlige virkninger. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0443:DA:HTML>
- **Sag 234/04 Kapferer:** Rosmarie Kapferer mod Schlank & Schick GmbH Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landesgericht Innsbruck) »Retternes kompetence i civilretlige sager – forordning (EF) nr. 44/2001 – fortolkning af artikel 15 – kompetence i sager om forbruger aftaler – gevinsttilsagn – vildledende reklame – retsafgørelse om kompetence – retskraft – genoptagelse i anden instans – retssikkerhed – fællesskabsrettens forrang – artikel 10 EF«. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0234:DA:HTML>
- **Sag 300/04 Eman og Sevinger:** Domstolens Dom (Store Afdeling) af 12. september 2006. M. G. Eman og O. B. Sevinger mod College van burgemeester en wethouders van Den Haag. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Raad van State - Nederlandene. Europa-Parlamentet - valg - valgret - betingelser om bopæl i Nederlandene for nederlandske borgere i Aruba - uni-

onsborgerskab. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0300:DA:HTML>

- **Sag 526/04, Laboratoires Boiron:** Laboratoires Boiron SA mod Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) de Lyon, som er indtrådt i Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)'s rettigheder og forpligtelser. - anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af cour de cassation (Frankrig). Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0526:DA:HTML>
- **Sag 432/05 Unibet:** Domstolens Dom (Store Afdeling) af 13. marts 2007. Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mod Justitiekanslern. Anmodning om præjudiciel afgørelse: Högsta domstolen - Sverige. Princippet om effektiv retsbeskyttelse - national lovgivning, der ikke foreskriver mulighed for at anlægge selvstændige søgsmål med henblik på at anfægte foreneligheden mellem en national bestemmelse og fællesskabsretten - processuel autonomi - ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet - foreløbig beskyttelse. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0432:DA:HTML>

Retten i Første Instans

- **Sag 40/01:** Dom afsagt af Retten i Første Instans (Tredje Afdeling) den 28. november 2002. - Scan Office Design SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. - Offentlige kontrakter - indkøb af kontorinventar - erstatningssøgsmål. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001A0040:DA:HTML>

Forslag til afgørelser

- **Sag 109/88 Danforss:** Forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz fremsat den 31. maj 1989. Handes- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss.- Anmodning om præjudiciel afgørelse: Faglig Voldgiftsret – Danmark. Vedrørende ligelønsdirektivet og ligeløn til mænd og kvinder. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:DA:HTML>

Engelsk ret

- Harmon CFEM Façades v Corporate Officer of the House of Commons
- Gregg v. Scott – House of Lords

Danske domme (kronologisk)

- U 1930.1042 SH
- U 1985.550 H

- U 1992.622 Ø
- U 1996.1659 H
- U 1997.1308 H
- U1999.11 H – om licitationsloven
- U 2000.521 H
- U 2000.1425 V
- U 2000.1561 H
- U 2002.1180 H
- Vestre Landsrets dom af 16. marts 2004
- U 2007.3124 H
- Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud (kronologisk)

- **Klagenævnet i kendelse af 22. november 2001.** Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2001/pdf/magnusmodtoldogskat.pdf>
- **Klagenævnets kendelse af 3. juli 2002.** Judex A/S mod Århus Amt – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2002/pdf/judexmodaarhamterst.pdf>
- **Kendelse af 18. oktober 2002.** Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2002/pdf/vindtmodholsterstat.pdf>
- **Kendelse af 28. maj 2003.** Bilhuset Ringsted ApS mfl. mod Ringsted Kommune – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2003/pdf/bilhusetmodringst.pdf>
- **Kendelse af 14. april 2004** Nibe Entreprenør og Transport ApS mod Støvring Kommune – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2004/pdf/nibeentrmodstvrkommerst.pdf>
- **Kendelse af 29. april 2004.** KAS Transport ved Kim Schrøder mod Århus Kommune – Link: <http://www.klfu.dk/kendelser/2004/pdf/kasmodrhkommerst.pdf>

- **Kendelse af 20. august 2004** Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2004/pdf/mirimodesbjkommerst.pdf>
- **Kendelse af 7. marts 2005** Flemming Damgaard ApS mod Helle Kommune – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2005/pdf/fldamgmodhellekommerst.pdf>
- **Kendelse af 8. marts 2005** Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2005/pdf/peraarslmodamagerstrandperst.pdf>
- **Kendelse af 14. juni 2005** HP Gruppen A/S af 1953 mod Hjørring Kommune – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2005/pdf/hpgrupmodhikommerst.pdf>
- **Kendelse af 7. juli 2005** Brunata A/S mod Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8 mfl. – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2005/pdf/brunatamodboligserstat.pdf>
- **Kendelse af 23. februar 2006.** Hoffmann A/S mod Skjern Kommune – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2006/pdf/hoffmmodskjernerst.pdf>
- **Kendelse af 28. april 2006.** Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2006/pdf/adelholmmodfabererst.pdf>
- **Kendelse af 4. april 2007.** Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2007/pdf/cowimodsiamterst.pdf>
- **Kendelse af 20. august 2007.** Dansk Industri mfl. mod Silkeborg Kommune – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2007/pdf/daindustrimodsilkkomm.pdf>
- **Kendelse af 21. september 2007.** Joca Trading A/S mod Renosyd I/S – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2007/pdf/jocamodrenoserst.pdf>
- **Kendelse af 4. december 2007.** Magnus Informatik A/S mod Skat – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2007/pdf/magnusmodskaterst.pdf>
- **Kendelse af 1. oktober 2008.** MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen – Link:
<http://www.klfu.dk/enkeltreskend/2008/pdf/resmthojmodslotserst.pdf>
- **Kendelse af 23. april 2009.** Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2009/pdf/savermodregmidtj.pdf>
- **Kendelse af 5. november 2009.** Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2009/pdf/savermodregmidtjerst.pdf>
- **Kendelse af 25. januar 2010.** J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvstyrelsen – Link:
<http://www.klfu.dk/kendelser/2010/pdf/schulzmodkulturarvst.pdf>

Lovregister

Regulering fra EU

- **EU-traktaten:** Traktaten om Den Europæiske Union også kaldet Maastricht-traktaten eller EU-traktaten. Underskrevet i Maastricht den 7. februar 1992, efter Edinburgh-afgørelsen trådte Maastricht-traktaten i kraft den 1. november 1993.
- **Med efterfølgende ændringer i:**
 - o **Amsterdam-traktaten:** Om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, Traktaterne om Oprettelse af de Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter. Underskrevet den 2. oktober 1997 og trådte i kraft 1. maj 1999.
 - o **Nice-traktaten:** Om ændring af traktaten om Den Europæiske Union, Traktaterne om oprettelse af de Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttende akter, underskrevet den 26. februar 2001, og trådte i kraft den 1. februar 2003.
 - o **Lissabon-traktaten:** Om ændring af traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underskrevet i Lissabon den 13. december 2007, og trådte i kraft den 1. december 2009
- **Kontrol direktivet:** Rådets direktiv 1989/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0665:DA:HTML>
- **Kontrol direktivet for forsyningsvirksomhed:** Rådets direktiv 1992/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0013:DA:HTML>
- **Bevisbyrde ved ligestilling:** Rådets direktiv 1997/80 EF af 15. december 1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0080:DA:HTML>
- **Forsyningsvirksomhedsdirektivet:** Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0017:DA:HTML>
- **Udbudsdirektivet:** Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydel-

seskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Link: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0018:DA:HTML>

Dansk lovgivning

- Danske Lov: Kong Christian den Femtis Danske Lov af 15. april 1683
- Lov nr. 415 af 31/05/2000 – Lov om Klagenævn for udbud
- Lov nr. 306 af 30/04/2003 - [Lov om ændring af lov om Klagenævnet for Udbud og næringsloven](#)
- Lov nr. 572 af 6. juni 2007 om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud.
- Lbk. Nr. 1053 af 29/10/2009 - lov om rettens pleje (Retsplejeloven)

Forarbejder til danske love:

- Bemærkninger til lovforslag om Klagenævnet for Udbud. Folketingstidende 1999-2000. Tillæg A – Bind X side 6859-6874.
- Bemærkninger til forslag til lov om Klagenævnet for Udbud. Folketingstidende 1990-1991. Tillæg A – 2. samling side 1971-1982
- Forarbejde til lov om Klagenævn for Udbud: Folketingstidende 1994-1995. Tillæg samling A

Nordisk lovgivning

- Norske købelov: Lov nr. 34 af 21. juni 2002 Lov om Kjøp
- Betænkning vedrørende den norske købelov - Nou 1976:34 om ny køpslov
- Betænkning vedrørende den svenske købelov SOU 1976:66 om köplag

Diverse henvisninger

Hjemmesider

- **Udbudsportalen – 1:** <http://www.udbudsportalen.dk/Vejledninger/Emnespecifikke-vejledninger/Udbud--Trin-for-trin/Fase-3-Udbudsmaterialet/Valgekriterier/Tildelingskriterier/>
- **Klagenævnet for Udbud:** <http://www.klfu.dk/>
- **Konkurrencestyrelsen:** <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/>

Forside

- Forsidebilledet stammer fra:
http://images.google.dk/imgres?imgurl=http://www.ugebrevet-europa.dk/files/Arkiv-billeder/2008/Dom_arkiv.jpg&imgrefurl=http://www.ugebrevet-euro-pa.dk/artikel.asp%3FAjrDcmntId%3D732&usq= CGyHRRZTmU85ej7zRNqBToUDeqw=&h=198&w=198&sz=53&hl=da&start=5&um=1&itbs=1&tbnid=llu52Ogl7blpxM:&tbnh=104&tbnw=104&prev=/images%3Fq%3DDomstole%26um%3D1%26hl%3Dda%26tbs%3Disch:1

Bilag 1 – En nærmere gennemgang af praksis fra domstolene

2.4.2. Praksis fra domstolene:

- U 1985.550 H:
 - **Faktum:** Denne sag vedrører overtrædelser af Licitationsloven, og den erstatnings-søgende havde i forbindelse med sagen nedlagt påstand om erstatning af en forventet bruttofortjeneste på 84.000 kr. Påstanden blev ved Højesteret hævet til 130.540 kr. Grunden til, at man ændrede påstanden, var en supplerende skønserklæring, som gav grundlag for at forhøje erstatningskravet i Højesteret.
 - **Resultatet:** I denne situation tildelte Højesteret 60.000 kr. Højesteret tilkendegav ikke, om man var enig eller uenig i opgørelsesmetoden, som var blevet benyttet af den erstatnings søgende. Højesteret valgte dog at reducere beløbet skønsmæssigt.
 - **Vurdering:** I denne sag opgør den erstatnings søgende sit tab som en tabt brutto-avance. Dog giver Højesteret ingen indikationer af, hvilken opgørelsesmetode der er brugt i forbindelse med dommen. Man kan konstatere, at Højesteret ikke frådser med informationer i præmisserne og blot tilkendegiver, at der er tale om "*en skønsmæssig fastsat erstatning*". Dog må det formodes, at denne skønsmæssige erstatning er fastsat på baggrund af den erstatnings søgende tilbudsgivers opgørelse. Der er intet, som indikerer andet. Højesteret har imidlertid næppe taget specifikt stilling til opgørelsesmetoden.
- U 1992.622 Ø:
 - **Faktum:** I denne sag var der ligeledes tale om et brud på reglerne i Licitationsloven. Den erstatnings søgende havde nedlagt påstand om 685.000 kr. Beløbet var opgjort skønsmæssigt på baggrund af indhentede erklæringer.

- Resultat: Landsretten konkluderede, at ordregiveren skulle "erstatte sagsøgerens tabte fortjeneste". Herefter tilkendte landsretten en skønsmæssig erstatning på 250.000 kr.
 - Vurdering: I denne sag fastslog Østre Landsret i præmisserne, at man vurderede erstatningen ud fra den "tabte fortjeneste". Det er ikke klart, hvordan Østre Landsret har opgjort fortjenesten, men efterfølgende er beløbet reduceret skønsmæssigt.
- U 1997. 1308 H:
- Faktum: Denne sag omhandlede et brud på Licitationsloven. Der var nedlagt påstand om en erstatning på 420.000 kr., som var opgjort som det tabte dækningsbidrag.
 - Resultat: Højesteret tilkender en erstatning på 250.000 kr. Der er altså blevet foretaget en reduktion i forhold til påstanden.
 - Vurdering: I denne sag benævnes erstatningssummen blot som "erstatningen". Denne sag var imidlertid en gylden mulighed til at fastlægge, om erstatningen skulle opgøres som tabt dækningsbidrag eller som den tabte nettofortjeneste. I forbindelse med sagen havde den erstatningssøgende udtrykkeligt tilkendegivet, at erstatningen var opgjort som det tabte dækningsbidrag, og derfor ville det være oplagt, at Højesteret enten tilslutter sig eller tager afstand fra den valgte metode. Dog lader Højesteret spørgsmålet stå åben i præmisserne og giver ikke indikationer af, hvilken metode som bør være udgangspunktet i forbindelse med udmålingen.
- U 2000. 1425 V:
- Faktum: I forbindelse med en overtrædelse af EU's udbudsretlige regler havde den erstatningssøgende nedlagt påstand om erstatning på 1.100.000 kr. i tabt fortjeneste. En nærmere angivelse af opgørelsesmetoden fremgår hverken af den erstatningssøgendes påstande eller af de foreliggende skønserklæringer vedrørende erstatningens størrelse. I denne situation vælger Vestre Landsret noget atypisk at tildele erstatning i overensstemmelse med den erstatningssøgendes påstand uden fradrag.
 - Resultat: Vestre Landsret tilkendte en erstatning på 1.100.000 kr., som er i overensstemmelse med den erstatningssøgendes påstand. Det tabte beløb benævnes blot som "erstatningen".
 - Vurdering: Dette er så vidt vides den eneste sag, hvor den erstatningssøgende får tilkendt erstatning i overensstemmelse med påstanden.¹⁷⁹ Denne sag viderefører linjen fra specielt U 1997.1308 H, hvor det ikke i dommens præmisser bliver indikeret, hvilken opgørelsesmetode der danner grundlaget for det konkrete beløb. I denne sag såvel som i U 1997.1308 H bliver det tilkendte beløb blot benævnt som "erstatningen". Som følge heraf er det ikke muligt at vurdere, hvilken opgørelsesmetode der danner grundlag for erstatningssummen.
- U 2000.1561 H:

¹⁷⁹ Høeg 2005 – s. 200

- Faktum: Denne sag angik en overtrædelse af Licitationsloven. Den erstatningssøgende havde for Højesteret nedlagt påstand om et beløb på ca. 840.000 kr., som utvivlsomt var opgjort som det tabt dækningsbidrag.
 - Resultat: Højesteret anførte i præmisserne, at ordregiveren skulle *”betale erstatning svarende til appellantens mistede nettofortjeneste”*. Erstatningen fastsættes *skønsmæssigt til kr. 400.000.”*
 - Vurdering: I denne sag indikerer Højesteret tydeligt, at det er den tabte nettofortjeneste, der skal benyttes som baggrund for opgørelsen af erstatningen. Dette gør naturligvis denne sag interessant, da det er første gang, Højesteret tager positiv stilling til, hvordan erstatningen i forbindelse med brud på de udbudsretlige regler skal opgøres. Et centralt punkt i denne sag er, at Højesteret fraviger opgørelsesmetoden, som den erstatningssøgende har benyttet. Derfor har Højesteret positivt været inde at vurdere den erstatningssøgendes opgørelse og konkluderet, at den specifikke opgørelsesmetode skulle tilsidesættes. Derfor er det en væsentlig dom i forbindelse med vurderingen af opgørelsesmetoder ved brud på de erstatningsretlige regler.
- U 2002.1180 H:
- Faktum: I denne sag blev der nedlagt påstand om erstatning af et tabt dækningsbidrag på i alt ca. 14.000.000 kr. for overtrædelser af EU's udbudsretlige regler.
 - Resultat: Landsretten tilkendte en erstatning på 8.000.000 kr. og henviste direkte til den erstatningssøgendes opgørelse af erstatningssummen. Højesteret fandt det derimod ikke bevist, at der burde tilkendes positiv opfyldelsesinteresse, og som følge heraf blev der kun tilkendt erstatning for den negative kontraktsinteresse. Der var dog dissens for positiv opfyldelsesinteresse. De dissenterende dommere fastslog, at den erstatningssøgende var berettiget til erstatning for den *”mistede fortjeneste”*.
 - Vurdering: Denne sag er specielt interessant på grund af landsrettens vurdering af erstatningsspørgsmålet. Her tilslutter landsretten sig udmålingsmetoden, som den erstatningssøgende har benyttet. Den erstatningssøgende opgør erstatningssummen som det tabte dækningsbidrag, og landsretten vælger at følge denne indstilling. Denne afgørelse skal ses i sammenhæng med dissensen fra Højesteret, hvor det bliver anført: *”Med udgangspunkt i KKS’(red. erstatningssøgende) opgørelse af den mistede fortjeneste under hensyntagen til skønserklæringen og de fremsatte indsigelser mod nogle af posterne finder vi, at KKS’ erstatningskrav skønsmæssigt bør fastsættes til kl. 2.000.000 kr.”*. Når det anføres af dissensen, at man tager udgangspunkt i blandt andet den erstatningssøgendes opgørelse, er det en indikation af, at man følger landsrettens indstilling i forbindelse med metoden, der danner grundlag for erstatningsopgørelsen. Grunden til, at dissensen i Højesteret ikke tildeler 8.000.000, som var tilfældet i landsretten, er, at man havde inddraget tab fra 2 underentreprenører og af denne grund kunne erstatningssummen reduceres med 2/3. Derudover blev der foretaget yderligere reduktioner på grund af tvivl om visse poster, således at den endelige erstatningssum skønsmæssigt blev ansat til 2.000.000 kr. Det helt centrale i landsrettens dom samt dissensen fra Højesteret er derfor, at man godkender brugen af opgørelsesmetoden, som den erstatningssø-

gende benytter. Da den erstatningsøgende har opgjort tabet i forhold til det tabte dækningsbidrag, indikerer dette, at Højesteret har ændret opfattelse i forhold til U 2000.1561 H.

- Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004, H.O. Service A/S mod Boligforening 32:
 - Faktum: Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven vedrørende en entreprise på et byggearbejde. Sagsøger påstod under retssagen udbyderen dømt til at betale et beløb på ca. 260.000 kr. svarende til H's bruttofortjeneste, dvs. H's tilbudspris med fradrag af materiale- og lønudgifter og udgift til underentreprenør.
 - Resultat: Efter en samlet vurdering af bilagsmaterialet, skønserklæringen og en forklaring fra sagsøgers direktør fandt Retten i Esbjerg, at sagsøgers tab skønsmæssigt kunne fastsættes til 230.000 kr.
 - Vurdering: I denne sag tildeler Retten i Esbjerg erstatning af den tabte nettofortjeneste. Dog gøres det ud fra det synspunkt, at den udbudte opgave kun i begrænset omfang ville have belastet den forbigåede tilbudsgiveres faste omkostninger. Retten i Esbjerg tager hermed stilling til beregningen, men efter en vurdering af udgifterne finder man frem til, at de faste udgifter ikke bliver berørt. Ud fra denne dom kan man lave en modsætningslutning og konstatere, at havde opgaven berørt de faste udgifter, havde det givet grundlag for erstatning af det tabte dækningsbidrag.

Bilag 2 – En nærmere gennemgang af praksis fra Klagenævnet for Udbud

- **Kendelse af 18. oktober 2002. Vindtek Ventilation ved Bjarne Munksgaard mod Holstebro Kommune:**
 - Faktum: Sagen angik en entreprise vedrørende en kommunal om- og tilbygning til en skole. Entreprisen blev udbudt i offentlig licitation i henhold til lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Den ordregivende myndighed erkendte at være erstatningsansvarlig overfor tilbudsgiveren på grund af brud på de udbudsretlige regler. Dog var der strid omkring størrelsen af erstatningen. Den erstatningsøgende tilbudsgiver nedlagde påstand om erstatning på 311.049 kr. Den erstatningsøgende tilbudsgiver opgjorde erstatningen som det tabte dækningsbidrag. Altså entreprisens summen, hvor det må antages, at omkostninger af mere fast karakter også er omfattet, med fradrag for de udgifter, der er knyttet til projektet.
 - Resultat: Klagenævnet fastsatte erstatningen til rundt regnet 94.000 kr. Beløbet blev fastsat dels som et skønsmæssigt beløb som dækningsbidrag til klagerens personligt drevne firma (benævnt driftsherreevinst), dels som et beløb til dækning af mistet arbejds løn for klageren, der selv skulle have udført en væsentlig del af det pågældende monteringsarbejde.
 - Vurdering: I sagen konstaterer Klagenævnet, at der er tale om en mindre entreprenørvirksomhed. Derfor sammenlignes virksomheden med en mere etableret entreprenørvirksomhed for at få indblik i, hvor stor avance man normalt tager for denne

type opgaver. Man bruger Bravida A/S som sammenligningsgrundlag. I denne sammenligning fastslår Klagenævnet: *"at der skal tages hensyn til, at klageren som et mindre firma på nogle punkter har mindre faste omkostninger end Bravida A/S."* Dette viser tydeligt, at Klagenævnet tager de faste udgifter med i beregningen. Derfor må det konstateres, at Klagenævnet i denne sag opgør erstatningen i forhold til det tabte dækningsbidrag.

- **Kendelse af 14. april 2004 (Nibe Entreprenører & Transport ApS):**

- Faktum: I denne sag var der tale om en overtrædelse af tilbudsloven. Ordregiveren var Støvring Kommune, mens tilbudsgiver var Nibe Entreprenører & Transport ApS. Tilbudsgiver nedlagde påstand om en erstatning på 828.000 kr., som var opgjort med principperne fra U 2000.1561 H, hvilket vil sige, at erstatningen var opgjort efter den tabte nettofortjeneste.
- Resultat: Klagenævnet fastsatte en skønsmæssig erstatning på 375.000 kr.
- Vurdering: Det er ikke klart, hvilken opgørelsesmetode Klagenævnet har benyttet i denne sag. Dog må det formodes, at der er taget udgangspunkt i klagers opgørelsesmetode. Dette vil sige, at den skønsmæssige vurdering er fastsat med et afsæt i den tabte nettofortjeneste, hvorefter eventuelle udokumenterbare tab og bestridte udgifter er fratrukket.

- **Kendelse af 20. august 2004. Miri Stål A/S mod Esbjerg Kommune**

- Faktum: Miri Stål A/S afgav i forbindelse med denne sag et tilbud til Esbjerg Kommune, som efterfølgende overtrådte indkøbsdirektivet. Tilbudsgiver nedlagt påstand om i alt 1.6647.664 kr., som blev opgjort som den *"tabte fortjeneste"*. Dette var blevet opgjort som 1/3 af priserne.
- Resultat: Klagenævnet fandt, at et erstatningsbeløb som angivet i påstanden ikke opfyldte den almindelige erstatningsretlige betingelse om påregnelighed og adækvans. Klagenævnet fastsatte erstatningen til 150.000 kr. svarende til den *"tabte nettoavance"*.
- Vurdering: I denne sag bliver erstatningen blot benævnt som den *"sædvanlige nettoavance"* af Klagenævnet. I begrundelsen for erstatningens størrelse kigger man på de oplysninger, den erstatningssøgende kommer med. Her anføres det, at ordren angik en leverance på i alt ca. 3.500 affaldsstativer svarende til 2.191.000 kr. i henhold til klagerens tilbudspris pr. affaldsstativ. Nettoavancen heraf fastsatte Klagenævnet efterfølgende til 150.000 kr. Det er altså udelukkende det overskud, som virksomheden ville få ud af opgaven, hvis virksomheden ikke var blevet forbigået. Derfor må det antages, at det er en opgørelse efter den tabte nettofortjeneste, som danner grundlaget for erstatningens størrelse i denne sag.

- **Kendelse af 7. marts 2005 (Flemming Damgaard ApS)**

- Faktum: Den erstatningssøgende tilbudsgiver Flemming Damgaard ApS sagsøgte i forbindelse med denne sag Helle Kommune for brud på Tilbudsloven. Flemming Damgaard ApS nedlagde påstand om 561.685 kr. Den erstatningssøgende tilbudsgiver havde opgjort denne påstand på baggrund af et tabt dækningsbidrag.

- Resultat: Klagenævnet tildeler i forbindelse med denne sag en skønsmæssig fastsat erstatning på 400.000 kr. Denne erstatning blev fastsat på baggrund af den opgørelsesmetode, som den erstatningssøgende tilbudsgiver havde brugt i påstanden. Efterfølgende reducerede Klagenævnet erstatningen skønsmæssigt.
 - Vurdering: Det er tydeligt i forbindelse med denne sag, at erstatningen bliver opgjort i forhold til det tabte dækningsbidrag. Det er den opgørelsesmetode, som den erstatningssøgende tilbudsgiver anvender. Klagenævnet anvender ikke direkte begrebet "dækningsbidrag", men det må klart lægges til grund, at den erstatningssøgende tilbudsgivers opgørelsesmetode anvendes i forbindelse med Klagenævnets tildeling af erstatning. Det er imidlertid tvivlsomt, om det er et udtryk for et positivt tilvalg, at man fra Klagenævnets side vælger at følge tilbudsgiverens opgørelsesmetode.
- **Kendelse af 8. marts 2005 (Per Aarsleff A/S):**
- Faktum: I forbindelse med denne sag stævnedes Per Aarsleff A/S den kommunalt ejede virksomhed Amager Strandpark I/S. Der blev nedlagt påstand om erstatning for et tabt dækningsbidrag på ca. 20.000.000 kr. for overtrædelser af bygge- og anlægsdirektivet.
 - Resultat: Klagenævnet fastsatte en erstatning for "*mistet dækningsbidrag*", som blev opgjort til 5.000.000 kr.
 - Vurdering: Denne sag er bemærkelsesværdig, da Klagenævnet for første gang anvender begrebet "dækningsbidrag". I de tidligere kendelser har man ud fra en fortolkning af præmisserne i forhold til klagerens påstande kunnet udlede, at erstatningen var et udtryk for det mistede dækningsbidrag. I forbindelse med denne sag tilkendegiver Klagenævnet direkte, hvilken opgørelsesmetode der er benyttet, og erstatningssummen opgøres som følge heraf som det mistede dækningsbidrag.
- **Kendelse af 14. juni 2005 (H.P. Gruppen A/S):**
- Faktum: I forbindelse med et brud på tilbudsloven anlagde H.P. Gruppen A/S erstatningssag mod Hjørring Kommune. Der blev nedlagt påstand om erstatning på 2.675.000 kr. Tabet var opgjort som det tabte dækningsbidrag fratrukket bidrag til funktionærløn. Det samlede beløb anfører den erstatningssøgende som et "salgsbidrag".
 - Resultat: Klagenævnet tager udgangspunkt i opgørelsesmetoden fra den erstatningssøgende og tilkender en erstatning på 2.000.000 kr. I præmisserne fremhæver Klagenævnet, at klageren alene har gjort krav på dækning af det beløb, der fremkommer efter fradrag af såvel faste som variable omkostninger fra enterprisesummen.
 - Vurdering: I denne sag tilkendegiver Klagenævnet, at opgørelsen af erstatningen skal fratrækkes såvel de variable som de faste udgifter. Derfor må det ud fra en fortolkning af kendelsen konstateres, at Klagenævnet har valgt at opgøre erstatningen på baggrund af den tabte nettofortjeneste. Det må det påpeges, at det ikke står helt klart i kendelsen, om det har været Klagenævnets intention, at det skal være den tabte nettofortjeneste, der skal danne grundlag for erstatningssummen. Dette

indikeres imidlertid kraftigt, når det i kendelsen påpeges, at der skal ske fradrag for de faste udgifter.

- **Kendelse af 7. juli 2005 (Brunata A/S):**

- **Faktum:** Brunata A/S anlagde et erstatningsøgsmål mod Aalborg Boligselskab af 1956 m.fl. for overtrædelser af indkøbsdirektivet. Den erstatningsøgende ndlagde påstand om erstatning på 2.072.393,15 kr. Kravet blev opgjort som tabt bruttoavance, hvilket vil sige, at faste omkostninger også var indregnet i erstatningssummen.
- **Resultat:** Af præmisserne fremgår det, at *"Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, om klagerens positive opfyldelsesinteresse svarer til påstandsbeløbet, dvs. klagerens bruttoavance, idet klagerens krav om erstatning af dette beløb ikke opfylder den erstatningsretligere betingelse om påregnelighed. Erstatningen... skal ud fra almindelige principper for erstatningsfastsættelse fastsættes som svarende til den nettofortjeneste, som klageren går glip af"*. Herefter tildeles der en erstatning på 250.000 kr. Der blev foretaget reduktioner i forhold til påstanden, da der manglende dokumentation for nogle af de i påstanden anførte udgiftsposter. Denne kendelse blev efterfølgende anket til Østre Landsret. I landsrettens dom udtaltes, at erstatningen skulle svare til klagerens mistede »fortjeneste«, og landsretten fastsatte herefter skønsmæssigt erstatningen til 1 mio. kr. Det fremgår ikke, hvilke faktorer landsretten nærmere lagde vægt på ved erstatningsudmålingen. Det har muligvis spillet en rolle, at landsretten havde flere oplysninger end Klagenævnet til belysning af klagerens tab.
- **Vurdering:** Klagenævnet er usædvanlig klar i mælet i forbindelse med denne sag. Det anføres, at som følge af de almindelige principper for erstatningsfastlæggelse, skal erstatningen fastsættes som svarende til den tabte nettofortjeneste. Herved fraviger Klagenævnet positivt den opgørelsesmetode, som den erstatningsøgende tilbudsgiveres benytter og erstatter den med en opgørelse af den tabte nettofortjeneste. Forudsætningsvis foretager Klagenævnet herved et fradrag for de faste omkostninger og giver udelukkende erstatning for selve nettofortjenesten, som den forbigåede tilbudsgiver gik glip af. Klagenævnet vælger i ukarakteristisk klar stil at konstatere, at erstatningen skal opgøres med fokus på den tabte avance, som tilbudsgiveren ville have fået ved udførelsen af opgaven.

- **Kendelse af 23. februar 2006. Hoffmann A/S mod Skjern Kommune:**

- **Faktum:** Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven. Hoffmann havde indgivet en klage, eftersom man mente at være berettiget til kontrakten. Der blev krævet en erstatning på godt 3,5 mio. kr. til dækning af den positive opfyldelsesinteresse. Kravet blev opgjort som det tabte dækningsbidrag.
- **Resultat:** Klagenævnet fastslog, at udbyderen ved de begåede overtrædelser havde pådraget sig erstatningsansvar over for klageren. Klagenævnet henviste endvidere til, at det af nærmere angivne grunde var sikkert, at klageren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde begået overtrædelserne. Derfor var tilbudsgiveren berettiget til positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningen skulle ud fra sædvanlige principper for erstatningsudmåling fastsættes som svarende til den nettofortjeneste.

ste, som klageren ville have opnået ved ordren med hensyntagen til, at klageren ikke havde haft projektrisiko. Erstatningen fastsattes herefter skønsmæssigt til 1 mio. kr.

- Vurdering: I denne sag er det tydeligt, at den forbigåede tilbudsgiver vælger at søge det tabte dækningsbidrag erstattet. Klagenævnet benytter derimod betegnelsen "nettofortjenesten" og laver et skønsmæssigt fradrag for den risiko, som tilbudsgiveren undgår ved ikke at udføre selve projektet. Det er ikke klart i kendelsen, om det er det tabte dækningsbidrag eller den tabte nettofortjeneste, som danner grundlag for erstatningen og den efterfølgende skønsmæssige nedsættelse. Hvis man laver en ordlydsfortolkning af dommen er det tydeligt, at der må være tale om en erstatningsopgørelse, der skulle finde den tabte nettofortjeneste. Imidlertid er det mest nærliggende, at tolke kendelsen således, at Klagenævnet har taget udgangspunkt i klagerens erstatningsopgørelse. Der er intet, der indikerer, at Klagenævnet har fraveget klagerens beregningsmetode og benyttet beregningsmetoden, hvor den tabte nettofortjeneste findes. Derfor har Klagenævnet antageligvis foretaget den skønsmæssige reduktion på baggrund af en erstatningssum opgjort som det tabte dækningsbidrag.

- **Kendelse af 28. april 2006. Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S**

- Faktum: Sagen angik en licitation i henhold til Tilbudsloven. Tildelingskriteriet var laveste pris, og klageren havde afgivet det billigste tilbud. Udbyderen indgik imidlertid ikke kontrakt med klageren, fordi udbyderen anså klageren for at have tilbagekaldt sit tilbud. Klageren nedlagde påstand om en erstatning på 254.361 kr. Dette erstatningsbeløb var opgjort som klagerens tilbudssum med fradrag af kalkulerede udgifter til materialer og underleverandør. Det vil altså sige det tabte dækningsbidrag.
- Resultat: Klagenævnet anfører, at den positive opfyldelsesinteresse ikke kan opgøres, som klageren har gjort det, idet der dels skal fratrækkes beløb til dækning af faste udgifter m.m., dels skal fratrækkes et beløb for sparet risiko. Erstatningen fastsattes herefter skønsmæssigt til 50.000 kr.
- Vurdering: Denne sag er interessant, da Klagenævnet anfører, at der skal fratrækkes et beløb til dækning af faste udgifter m.m. Klagenævnet anfører ikke direkte, hvilke faste udgifter der er tale om. Dog indikerer denne kendelse klart, at man ikke kan få dækket faste udgifter i forbindelse med erstatningen. Som tidligere nævnt er kernen i forskellen mellem opgørelsesmetoderne, at visse faste udgifter er en tabspost, når man skal finde det tabte dækningsbidrag. Derfor indikerer denne kendelse, at man fastsætter erstatningssummen efter den tabte nettofortjeneste.

- **Kendelse af 4. april 2007. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt**

- Faktum: Sagen angik et offentligt udbud bestående af projektering m.m. vedrørende etablering af tre fiskepassager. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, hvis tilbud udbyderen havde afvist som ukonditionsmæssigt. Den forbigåede tilbudsgiver nedlagde påstand om erstatning på 418.650 kr. og anførte, at dette var erstatning af det tabte dækningsbidrag.

- Resultat: Klagenævnet fastsætter en skønsmæssig erstatning til 100.000 kr. Den forholdsvis beskedne erstatning skyldes, at det opgjorte erstatningsbeløb i betydelig grad oversteg, hvad der svarede til en sædvanlig overskudsgrad. Derfor var et tab af den påståede størrelse ikke påregnelig for Sønderjyllands Amt. Klagenævnet anførte endvidere, at de generelle synspunkter om erstatningsudmåling, som klageren gjorde rede for, indgik i fastsættelsen af erstatningen. Klagenævnet så sig ikke berettiget til at afvise disse betragtninger.
- Vurdering: Den erstatningssøgende tilbudsgiver anfører, at det er et dækningsbidrag, som søges erstattet. Opgørelsesmetoden i kendelsen viser dog, at erstatningen bliver gjort op efter den tabte nettofortjeneste. Den erstatningssøgende tager kontraktsummen og fradrager løn og omkostninger til materiale. Dette giver et beløb på 518.650 kr. Dernæst nedsætter den erstatningssøgende erstatningssummen med et skønsmæssigt fradrag for faste omkostninger og sparet risiko m.m. på 100.000. Det vil sige, at det beløb, som står tilbage, er den rene nettofortjeneste. Klagenævnet konstaterer, at man har valgt at følge de generelle synspunkter, som klageren gjorde rede for, hvorefter det kan konstateres, at grundlaget for erstatningen i denne sag er en udmåling af den tabte nettofortjeneste.

- **Kendelse af 21. september 2007 Joca Trading A/S mod Renosyd I/S**

- Faktum: Sagen angik en offentlig ordregivers udbud af indkøb af plastbeholdere i henhold til Indkøbsdirektivet. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten. Ved kendelsen af 5. september 2006 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde begået en lang række overtrædelser af udbudsreglerne. Klageren påstod udbyderen tilpligtet at betale en erstatning på 756.930,08 kr. til dækning af den fortjeneste, som klageren ville have opnået ved at få kontrakten. Erstatningen er umiddelbart opgjort som den tabte nettofortjeneste.
- Resultat: Klagenævnet fastsætter erstatningen til 650.000 kr. for brud på de udbudsretlige regler. Det angives ikke, hvorledes denne erstatning fastsættes.
- Vurdering: Det er ikke muligt at fastslå, hvorledes erstatningen opgøres i denne sag. Umiddelbart tager Klagenævnet udgangspunkt i den forbigåede tilbudsgiveres opgørelsesmetode. Det er imidlertid ikke muligt at fastslå, om dette er tilfældet, eftersom der ikke er holdepunkter i præmisserne til sådan en tolkning.

- **Kendelse af 4. december 2007. Magnus Informatik A/S mod Skat**

- Faktum: Sagen angik et begrænset udbud bestående af levering og drift af elektroniske lovsamlinger. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Ved kendelsen af 13. juli 2007 konstaterede Klagenævnet, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på 5 forskellige punkter, og Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt på grundlag af udbuddet. Den erstatningssøgende tilbudsgiver nedlagte påstand om erstatning på 2.188.375 kr. Erstatningssummen blev opgjort som forskellen mellem omsætningen og udgifterne for at opnå denne omsætning. Derudover var der tillæg af visse andre udgifter såsom udgifter til advokat.
- Resultat: Klagenævnet fastslog, at der skulle betales en skønsmæssig fastsat erstatning på 1.500.000 kr. Der var en række poster, som den erstatningssøgende ikke

kunne få dækket. Denne kendelse blev dog ændret ved Østre Landsrets dom af 5. marts 2009. Her tiltrådte dissensen imidlertid Klagenævntes kendelse.

- **Vurdering:** Den erstatningssøgende har i denne sag opgjort erstatningssummen til forskellen mellem den forventede omsætning, han ville have opnået, og omkostningerne forbundet med at opnå denne omsætning. Der er ikke i denne forbindelse foretaget fradrag for de faste omkostninger. I forbindelse med en normal drift af en virksomhed skal omsætningen naturligvis dække de faste udgifter. Derfor er der i denne sag tale om en erstatningssum opgjort med baggrund i det tabte dækningsbidrag. Når den erstatningssøgende ikke har fradraget disse omkostninger i erstatningssummen, er de stadig indeholdt i det krævede beløb. Klagenævnet fratrækker enkelte udgiftsposter fra den endelige erstatningssum, men ændre ikke ved den grundlæggende beregning. Der foretages ikke fradrag for de faste omkostninger, der er knyttet til driften af virksomheden, men alene de til projektet direkte forbundne udgifter såsom løn og materiale. Derfor er de faste udgifter stadig indeholdt i erstatningssummen efter Klagenævnets skønsmæssige fastsættelse, og som følge heraf erstattes det tabte dækningsbidrag i denne sag.

- **Kendelse af 25. januar 2010. J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvstyrelsen**

- **Faktum:** I forbindelse med denne sag krævede en forbigået tilbudsgiver 1.894.857,60 kr., eftersom der var handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2. Det antagne tilbud var ikke konditionsmæssigt. Tilbudsgiveren benævner kravet på erstatning som "avancen".
- **Resultat:** Klagenævnet fastlægger en erstatning på 800.000 kr. Erstatningen er skønsmæssigt fastsat, eftersom der både for så vidt angår »indtægter« og »udgifter«, ikke har været fremlagt præcise regnskabsmæssige oplysninger. Eksempelvis mangler gennemsnitligt dækningsbidrag.
- **Vurdering:** Selvom der umiddelbart gives skønsmæssig fastsat erstatning, hvor man primært kigger på fortjenesten, anfører Klagenævnet i kendelsen, at der blandt andet sker fradrag, eftersom et gennemsnitligt dækningsbidrag ikke er dokumenteret. Modsætningsvis betyder dette, at der ville være mulighed for erstatning, hvis det gennemsnitlige dækningsbidrag var dokumenteret. Der er ikke muligt nærmere at klarlægge, hvad Klagenævnet direkte mener med dækningsbidraget, men forudsætningsvis er der tale om de faste omkostninger. Derfor taler denne dom for en opgørelsesmetode, hvor man finder det tabte dækningsbidrag.

Bilag 3 – Dommerne i Klagenævnets afgørelser

<u>Sag</u>	<u>Dommere</u>	<u>Resultat</u>
18. oktober 2002	Carsten Haubek, Wayne Jensen, Kaj Kjærsgaard	Tabt dækningsbidrag
14. april 2004	Carsten Haubek, Jens Fejøl, Iver Pedersen	Tabt nettofortjeneste
20. august 2004	H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Trine H. Garde	Tabt nettofortjeneste
7. marts 2005	Kirsten Thorup, Trine. H. Garde, Niels Henriksen	Tabt dækningsbidrag
8. marts 2005	Carsten Haubek, Niels Henriksen, Niels Sørensen	Tabt dækningsbidrag
14. juni 2005	Kirsten Thorup, Gorm K. Elikofer, Niels Sørensen	Tabt nettofortjeneste

7. juli 2005	H.P. Rosenmeier, Iver Pedersen, Christian Østrup	Tabt nettofortjeneste
23. februar 2006	H.P. Rosenmeier, Michael Jacobsen, Ole Bajda Nielsen	Tabt dækningsbidrag
28. april 2006	H.P. Rosenmeier, Michael Jacobsen, Niels Henriksen	Tabt nettofortjeneste
4. april 2007	H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Niels Sørensen	Tabt nettofortjeneste
21. september 2007	Erik Kjærgaard, Jørgen Egholm, Gorm Kildahl Elikofer	Ikke muligt at fastslå
4. december 2007	Carsten Haubek, Gorm K. Elikofer, Niels Henriksen	Tabt dækningsbidrag
25. januar 2010	Kirsten Thorup, Jens Fejø, Jørgen Egholm	Tabt dækningsbidrag

Dommer	Samlet antal sager	Antal sager hvor erstatningen er opgjort på baggrund af den tabte nettofortjeneste	Antal sager hvor erstatningen er opgjort på baggrund af det tabte dækningsbidrag	Antal sager hvor det ud fra præmisser ikke har været muligt at fastslå opgørelsesmetoden
Carsten Haubek	4	1	3	0
Wayne Jensen	1	0	1	0
Kaj Kærsgaard	1	0	1	0
Jens Fejø	2	1	1	0
Iver Pedersen	2	2	0	0
H.P. Rosenmeier	5	4	1	0
Niels Henriksen	6	3	3	0
Trine Heidemann	2	1	1	0
Kirsten Thorup	3	1	2	0
Niels Sørensen	3	2	1	0
Gorm K. Elikofer	3	1	1	1
Christian Østrup	1	1	0	0
Michael Jacobsen	2	1	1	0
Ole Bajda Nielsen	1	0	1	0
Erik Kjærgaard	1	0	0	1
Jørgen Egholm	2	0	1	1

Bilag 4 – Den faktiske tildelte erstatning i forhold til den krævede

Klagenævnets afgørelser:

Sagen	Klagers påstand		KLFU' erstatning	Gennemsnitlig erstatning i forhold det krævede
Kendelse af 14. april 2004 (Nibe Entreprenører & Transport ApS):	828.000 kr	----->	375.000 kr.	45%
Kendelse af 20. august 2004 (Miri Stål A/S):	1.664.664 kr	----->	150.000 kr.	9%
Kendelse af 7. marts 2005 (Flemming Damgaard ApS)	561.685 kr.	----->	400.000 kr	71%

Kendelse af 8. marts 2005 (Per Aarsleff A/S):	ca. 20.000.000 kr	----->	5.000.000 kr	25%
Kendelse af 14. juni 2005 (H.P. Gruppen A/S):	2.675.000 kr	----->	2.000.000 kr.	75%
Kendelse af 7. juli 2005 (Brunata A/S):	2.072.393,15 kr	----->	250.000 kr. (dog senere forhøjet)	12%
Kendelse af 23. februar 2006. Hoffmann A/S mod Skjern Kommune	3,5 mio. kr	----->	1 mio. kr.	29%
Kendelse af 4. april 2007. Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt	418.650 kr	----->	100.000 kr.	24%
Kendelse af 28. april 2006. Adelholm VVS ApS mod Faber Invest I/S	254.361 kr	----->	50.000 kr.	20%
Kendelse af 21. september 2007 Joca Trading A/S mod Renosyd I/S	756.930,08 kr.		650.000 kr.	89%
Kendelse af 4. december 2007. Magnus Informatik A/S mod Skat	2.188.375 kr	----->	1.500.000 kr.	69%
25. januar 2010. J.H. Schultz Information A/S mod Kulturstyrelsen	1.894.857,60 kr.	----->	800.000 kr.	42%

Gennemsnit
43%

Domme

Sagen	Klagers påstand		Tildelt erstatning	Gennemsnitlig erstatning i forhold det krævede
U 1985.550 H	130.540 kr.	----->	60.000 kr.	46%
U 1992.622 Ø	685.000 kr.	----->	250.000 kr.	36%
U 1997. 1308 H	420.000 kr.	----->	250.000 kr.	60%
U 2000. 1425 V	1.100.000 kr	----->	1.100.000 kr.	100%
U 2000.1561 H	840.000 kr.	----->	400.000 kr.	48%
U 2002.1180 H	14.000.000 kr.	----->	8.000.000 kr.	57%
Esbjerg rets dom af 30. april 2007	260.000 kr	----->	230.000 kr.	88%

Gennemsnit **62%**

Bilag 5 – Teoretisk gennemgang vedrørende køberetlige problemstillinger

I forbindelse med opgørelsen af erstatningen inden for udbudsretten, kan det være relevant at kigge nærmere på det teoretiske udgangspunkt i forhold til erstatning inden for køb.

- **Ussing:** Ussing anfører, at den erstatningssøgende skal stilles økonomisk, som han ville være stillet, hvis der var sket rigtig opfyldelse. Dette omfatter blandt andet kravet på den formueforøgelse, en korrekt udført opgave ville have medført.¹⁸⁰ Det er som følge heraf klart, at den tabte nettofortjeneste er indeholdt i opgørelsen af den positive opfyldelsesinteresse. Derudover indikeres det, at andre udgifter ligeledes kan være indeholdt i den positive opfyldelsesinteresse, men det uddybes ikke nærmere, hvilke omkostninger der kan være tale om.
- **Iversen:** Iversen anfører i forbindelse med erstatning ved varekøb, at sælgeren som udgangspunkt kan opgøre erstatningen til dennes mistede dækningsbidrag.¹⁸¹ Denne opfattelse støttes af visse domme.¹⁸² Det bør dog anføres, at retspraksis i forbindelse med erstatningsberegning ved varekøb, i lighed med den udbudsretlige retspraksis er noget uklar. Derfor har den teoretiske opfattelse ikke slået utvetydig igennem i retspraksis.
- **Nordisk teori:**
 - Norge:** I Norge har lovgivningsmagten fastlagt i den norske købelovs § 67 (1), at en kontraktpart har krav på at få tab – herunder tabt fortjeneste – erstattet.¹⁸³ Dette udgangspunkt modificeres i § 67 (2), da visse indirekte udgifter henhører under dette tab.¹⁸⁴ Der vil også blive givet erstatning for prisdifferencen, hvis der foretages et dækningssalg til en lavere pris.¹⁸⁵ Dette medfører, at det nye dækningssalg sammen med erstatningen fra den misligholdende part dækker såvel den mistede fortjeneste som omkostningerne forbundet med selve produktionen af varerne. Også selvom det ikke er muligt at foretage dækningssalg, vil prisforskellen kunne blive erstattet, men i den situation vil det være den hypotetiske prisforskel, der danner grundlag for erstatningsberegningen. Uanset hvordan producenten er stillet, vil de faste udgifter blive erstattet af den misligholdende part.

Sverige: I Sverige har der været en række juridiske problemstillinger i forbindelse med erstatning for varekøb, og det har givet anledning til Johnny Herre' disputats med titlen *Erstättningar i köprätten - särskilt om skadeståndsberäkning*. I forbindelse hermed anfører Johnny Herre, at man i Sverige ved opgørelsen af erstatningen tager udgangspunkt i det tabte dækningsbidrag.¹⁸⁶ Når er-

¹⁸⁰ Ussing 1942 – s. 162

¹⁸¹ Iversen 2000 – s. 408 f.

¹⁸² Eksempelvis U 1930.1042 SH og U 1996.1659 H

¹⁸³ Lov om Kjøp 2002.

¹⁸⁴ Martinussen 2001 – s. 282

¹⁸⁵ Martinussen 2001 – s. 280 f.

¹⁸⁶ Herre 1996 – s. 655 ff.

statningen opgøres, skal der blot ske fradrag for de sparede omkostninger, hvilket vil sige de variable omkostninger.¹⁸⁷ Johnny Herre sonder mellem de variable omkostninger og de faste omkostninger såsom omkostninger til kontor, administration, maskiner og lignende.¹⁸⁸ Han tager positivt stilling til problemstillingen og konkluderer, at i svensk køberet skal erstatningen opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

Bilag 6 – Den nordiske udbudsretlige teori

Nordisk udbudsretlig teori:

- **Norge:** I Norge har man sammen med Island og Lichtenstein et direkte medlemskab af EU, men angående de udbudsretlige regler er de norske regler næsten identiske med de regler, som er en udløber fra EU.¹⁸⁹ Som følge heraf er det relevant at kigge på norsk retspraksis og teori. Dommene *Torghatten* og *Nucleus* viste, at man i forbindelse med opgørelsen af erstatning for brud på de udbudsretlige regler tager udgangspunkt i *“a comparison between the actual chain of events (the actual bid award) and the hypothetical award scenario if the procedure had been conducted properly.”*¹⁹⁰ Hermed anføres, at man laver en sammenligning mellem den faktiske situation, hvor tilbudsgiveren er blevet forbigået, og den fiktive situation, hvor tilbudsgiveren havde udført den udbudte opgave. Forskellen mellem disse to situationer er primært den manglende fortjeneste. Dog mangler der også bidrag til dækningen af de faste omkostninger. Derfor indikeres det, at erstatning af den positive opfyldelsesinteresse opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag. Det skal imidlertid anføres, at den udbudsretlige retspraksis fra Norge er meget sparsom, og *Torghatten* og *Nucleus*-sagen er de eneste eksempler, hvor der kan udledes noget konkret omkring problemstillingen. I lighed med Danmark tager dommerne dog ikke positiv stilling til problemstillingen, så *Torghatten* og *Nucleus*-sagernes retskildemæssige værdi skal ikke overvurderes. På trods af disse forhold viser sagerne, at erstatning af den positive opfyldelsesinteresse ikke udelukkende skal udgøre en erstatning af den tabte nettofortjeneste. Andre erstatningsposter kan og bør inkluderes. Derfor har Norges retspraksis en vis retskildemæssig værdi i forhold til diskussionen om, hvorvidt erstatninger for overtrædelser af udbudsretlige regler bør opgøres med baggrund i det tabte dækningsbidrag eller den tabte nettofortjeneste.
- **Sverige:** Det fremgår af *Tvättsvamparna-sagen samt Arkitektjänst-sagen, at tilbudsgivere, der var blevet forbigået af den ordregivende myndighed, blev tildelt erstatning af den tabte fortjeneste.*¹⁹¹ *Hvad der nærmere menes med den tabte fortjeneste behandler Slavicek i en artikel i tidsskriftet Public Procurement Law Review.* Her anfører han: *“By that time damages were in fact awarded by the courts in Sweden essentially for loss of profit, which normally could be the calculated profit minus the expenses that did not have to be paid.”*¹⁹² Hermed skriver Slavicek, at man normalt i svensk ret beregner tabt fortjeneste som den udregnede profit med fradrag for de variable omkostninger. Slavicek anfører ikke, at der foretages fradrag for de faste omkostninger, men udelukkende, at det er de variable omkostninger, der fradrages. Det må i den anledning være mest nærliggende at antage, at der i sagerne ikke er blevet foretaget fradrag for de faste omkostninger. I sagerne er der taget udgangspunkt i kontraktsummen, hvorefter de variable omkostninger er fratrukket. Hermed indikeres det kraftigt, at erstatningen opgøres på baggrund af det tabte dækningsbidrag.

¹⁸⁷ Herre 1996 – s. 662

¹⁸⁸ Herre 1996 – s. 663

¹⁸⁹ Kruger 2006 – s. 212

¹⁹⁰ Kruger 2006 – s. 232

¹⁹¹ Slavicek 2006 – s. 237

¹⁹² Slavicek 2006 – s. 236

Det skal imidlertid i lighed med norsk retspraksis anføres, at svensk praksis er forholdsvis sparsom. Endvidere tager dommerne ikke positiv stilling til, om opgørelsesmetoden, der danner grundlag for den positive opfyldelsesinteresse, skal være det tabte dækningsbidrag eller den tabte nettofortjeneste. Dog må det anføres, at den i praksis anvendte opgørelsesmetode hælder mod det tabte dækningsbidrag

Bilag 7 – Speciel situation ved kendelse af 22. november 2001

Af Klagenævnslovens § 6, stk. 3 fremgår det, at spørgsmål om grundlag for erstatning og erstatningens beregning skal afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler.¹⁹³ Dette indebærer blandt andet, at præventive hensyn ikke i sig selv har nogen betydning for afgørelsen om erstatning.¹⁹⁴ Domstolene og Klagenævnet tager ikke stilling til en eventuel præventiv effekt, når erstatningens størrelse fastsættes. Derimod kigger man udelukkende på det tab, som en ansvarspådragende handling har forårsaget. Det er ellers nærliggende at antage, at hensynet til den præventive effekt spiller en rolle, når man kigger på Klagenavnets fortolkning af reglerne i kendelse af 22. november 2001. Heraf fremgår det, at erstatningsafgørelsen skal tjene til præventive formål.¹⁹⁵ Dette er umiddelbart i overensstemmelse med betænkningen om Klagenævnet for Udbud, men det er centralt at pointere, at det ikke harmonerer med det altovervejende udgangspunkt, at erstatningen bedømmes efter dansk rets almindelige erstatningsregler. Når der udmåles erstatning efter dansk rets almindelige regler, skal erstatningsafgørelserne som udgangspunkt ikke tjene et præventivt formål. Det er muligt, at det kan være en afledt virkning, men hovedformålet er at erstatte klageres tab. Hvis man kigger på forarbejder til loven, så er det også hensigten, at det er selve antallet af sager, der skal skabe en præventiv effekt. Det er ikke forudsat, at selve erstatningsafgørelserne skal have et præventivt formål. Denne opfattelse støttes af det faktum, at Klagenævnet ikke efterfølgende har ytret sig i lignende vendinger. Det kan imidlertid ikke konstateres, om kendelsen af 22. november 2001 skal anses som et udtryk for en vedvarende holdning i Klagenævnet for udbud. Dog må det forhold, at forarbejderne taler imod resultatet, og at Klagenævnet ikke i efterfølgende kendelser har givet udtryk for denne holdning, føre til, at Kendelsens indhold næppe danner grundlag for en generel opfattelse.

Ikke desto mindre må det siges, at princippet omkring en effektiv og afskrækkende erstatningsmodel ikke indeholder et krav om et pønabelt element i selve erstatningsudmålingen. Derfor har det ikke nogen selvstændig betydning for de danske reglers gyldighed i forhold til erstatningsprincippet, at dansk rets almindelige erstatningsregler ikke indeholder et pønabelt eller præventivt formål.

¹⁹³ Bemærkninger til lovforslag om Klagenævnet for Udbud – s. 1979

¹⁹⁴ Fabricius og Offersen 2002 – s. 295.

¹⁹⁵ Kendelse af 22. november 2001. Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skat.