



Specialeafhandling: Opsættende virkning i dansk udbudsret.

Fagområde: EU-udbudsret

Problemformulering: *Hvad er retsgrundlaget for at tillægge en klage opsættende virkning i den danske udbudsret, og er denne sanktion udnyttet hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med det EU-retlige effektivitetsprincip? Der vil i forbindelse med denne behandling blive set på det erstatningsretlige værn og forholdet til betingelsen om uopsættelighed.*

Navn Christopher Birk-Petersen	KU-brugernavn znl399

Vejleder: Steen Treumer

Antal tegn: 138.972	Afleveringsdato: 21. december 2017

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	X

Karakter:

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	4
Introduktion og metode.....	5
1.1. Introduktion til emnet og problemformulering:.....	5
1.2. Emneafgrænsning.....	8
1.3. Metode og retskilder.....	9
1.4. Opgavens opbygning	10
2. Retsgrundlag	11
2.1. Indledning - Lov om Klagenævnet for Udbud og Kontrol­direktiverne	11
2.1.1. Principperne om effektivitet og ækvivalens	12
2.1.2. EU-Domstolen og Retten.....	13
2.2. Erstatning	14
2.2.1. Den overordnede ramme.....	14
2.2.2. EU-Domstolens prøvelse af effektiviteten.....	15
2.2.3. Klagenævnets kompetence og <i>dansk rets almindelige regler</i>	16
2.2.4. Kort om medlemsstaternes erstatningsansvar.....	18
2.3. Opsættende virkning.....	19
2.3.1. Kontrol­direktiverne.....	19
2.3.2. Kort om opsættende virkning i dansk ret.....	20
2.3.3. Særlige grunde, procesreglementerne og praksis	22
3. Erstatning.....	25
3.1. Tab, årsagsforbindelse, ansvarsgrundlag og opgørelse.	25
3.1.1. Klagenævnets og domstolenes praksis	34
3.1.2. Erstatning ved Retten.....	36
3.2. Sammenfatning	38
4. Sanktionen opsættende virkning.....	41
4.1. Formål og retslig virkning	41
4.1.1. Forholdet til standstill og automatisk opsættende virkning.....	42
4.1.2. Andre postkontraktuelle sanktioner.....	47
4.2. Opsættende virkning i dansk udbudsret	49
4.2.1. Historik og baggrund	49
4.2.2. Betingelserne for opsættende virkning	52

4.3. Sammenfatning	86
5. Perspektivering	87
6. Konklusion	88
Kildefortegnelse.....	92
1. Litteraturliste	92
2. Domme og kendelser.....	94
Bilag 1.1.....	100
Bilag 1.2.....	101
Bilag 2.1.....	101
Bilag 2.2.....	102

Abstract

It is in the public interest and in the interest of the tenderers that the public procurement rules uphold an inner European market. Therefore, the rules must be effectively enforced to secure the purpose behind the public procurement rules.

This thesis examine interim measures in the Danish public procurement law. The thesis aims to determine applicable law and whether interim measures is an effective sanction in the Danish field of public procurement law. Since a theoretic possibility of getting damages denies the opportunity for interim measures, this thesis will examine case law from public procurement law and how the Danish Complaints Board address claims for damages.

Interim measures and damages are two central tools of enforcement regarding public procurement law in all the European member states. These sanctions have to be accessible to the complaining tenderer according to the Remedies Directives which is implemented in Danish enforcement system through the Act of the Complaints Board.

However, they do not only have to be accessible. The Court of Justice of the European Union and the Court of Appeal have in numerous of cases stated that the sanctions must not be impossible to achieve. In other words, the enforcement rules have to be effective.

Interim measures can be granted by the Danish Complaints Board when “special reasons” speaks in favour of such a decision. However, this do not reveal much about when interim measures can be granted.

The grant of interim measures is an exception, and therefore the compliant has to prove three cumulative conditions: 1) Prima facie (fumus boni juris), 2) a serious and irreparable harm, and 3) a balance of interest-test.

The thesis will examine the Danish approach to these conditions and how the compliant fulfills these conditions.

Introduktion og metode

1.1. Introduktion til emnet og problemformulering:

Opgaven vil behandle sanktionen opsættende virkning i dansk udbudsret, herunder betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning. Opgaven vil belyse forholdet til det EU-retlige effektivitetsprincip og den udbudsretlige erstatning. I den forbindelse besvares følgende spørgsmål:

Hvad er retsgrundlaget for at tillægge en klage opsættende virkning i den danske udbudsret, og er denne sanktion udnyttet hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med det EU-retlige effektivitetsprincip? Der vil i forbindelse med denne behandling blive set på det erstatningsretlige værn og forholdet til betingelsen om uopsættelighed.

Uden muligheden for at kunne håndhæve regler og normer i samfundet står vores retsregler uden effekt. Hvis et pligtsubjekt kan se fordele i ikke at efterleve pågældende regler, hvorfor overhovedet følge dem?

EU's udbudsdirektiver opstiller proceduremæssige regler som ordregiver må overholde i forbindelse med anskaffelsen af tjenesteydelser, varer samt bygge-og anlægsopgaver, der har en vis værdi.¹ Disse procedureregler tillægger samtidig tilbudsgiveren rettigheder. I EU's udbudsret består disse rettigheder for tilbudsgiverne i at kunne konkurrere på lige fod, uden at være udsat for subjektiv forskelsbehandling, f.eks. på baggrund af nationalitet. Dette forpligter endvidere ordregiver til at gennemsigtiggøre udbudsprocessen.

Reguleringen af offentlige indkøb på EU-niveau har udviklet sig fra kun at være reguleret på baggrund af traktatens regler til i dag at være nøje reguleret ved direktiver og nationale implementeringsregler. Siden vedtagelsen af det første udbudsdirektiv i 1970 – det såkaldte liberaliseringsdirektiv² – har reguleringen af udbudsretten oplevet en eksponentiel stigning.

¹ Udbudslovens § 6 fastlår (på baggrund af udbudsdirektivet) tærskelværdien for de enkelte ydelser. Overskrider kontraktværdien tærskelværdien er kontrakten som klar hovedregel udbudspligtig. For kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder andre tærskelværdier.

² Direktiv 71/304/EØF.

Den manglende gennemslagskraft påkrævede en nærmere regulering.³ Først i slutningen af 1980 blev første praksis på udbudsområdet fra EU-Domstolen skabt, mens udstedelsen af egentlige håndhævelsesregler fulgte derefter med vedtagelsen af det første håndhævelsesdirektiv i 1989.⁴ For at sikre, at de enkelte medlemsstater ved tildelingen af offentlige kontrakter overholder principperne i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde,⁵ og varenes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed og den frie etableringsret, samt de heraf afledte principper om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, proportionalitet og gennemsigtighed, har unionen pålagt medlemsstaterne og dens egne institutioner en lang række processuelle regler. Disse processuelle regler for offentlige indkøb kommer primært til udtryk i nugældende udbudsdirektiver af 2014:⁶ udbudsdirektivet⁷, forsyningsvirksomhedsdirektivet⁸ og direktivet om tildeling af koncessionskontrakter⁹.¹⁰

Udbudsdirektivet blev i dansk ret implementeret ved en egentlig udbudslov, der under stor opmærksomhed trådte i kraft 1. januar 2016.¹¹ Udbudsloven implementerer således udbudsdirektivet, men indeholder tilmed nationale bestemmelser. To markante eksempler på udbudslovens nationale islæt er bl.a., at tilbudslovens afsnit II blev erstattet af udbudslovens afsnit IV og V, og at ordregiver i videre omfang er forpligtet til at bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2.¹²

Det er overladt til medlemsstaterne, om hvorvidt håndhævelsen af disse processuelle regler skal foretages af medlemsstatens almindelige domstole alene, eller om et særligt klageorgan skal nedsættes.¹³ I Danmark har vi valgt sidstnævnte mulighed, og har således oprettet Klagenævnet for Udbud,¹⁴ som er et særligt kompetent organ til at behandle klager for overtrædelse af

³ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: *"EU's udbudsdirektiver med kommentarer"*, 2008, 2. udgave, s. 83 og 129.

⁴ Direktiv 89/665/EØF, og sidenhen direktiv 92/13/EØF for forsyningssektoren.

⁵ Herefter forkortet TEUF.

⁶ Bl.a. har vi i Danmark processuelle regler for indre af mindre bygge- og anlægsopgaver; Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, lovbkg. 1410 af 7. december 2007, herefter tilbudsloven. Samtidig foreligger der direktiv 2009/81 om kontraktindgåelse på forsvars- og sikkerhedsområdet.

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/15 af 26. februar 2014 om fremgangsmåden ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF; gennemført i Danmark ved bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015.

⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter; gennemført i Danmark ved bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015.

¹⁰ Herefter benævnt udbudsdirektiverne. EU-institutionerne køber dog ind efter finansforordningen hvis regler, har mange ligheder med udbudsdirektiverne.

¹¹ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven.

¹² Lotte Hummelshøj: *"Ordregivers opsigelse af kontrakt"*. Udbudsloven, Steen Treumer (red.), 2016, 1. udgave, s. 700.

¹³ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *"EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet"*, 2016, 3. udgave, s. 609-610.

¹⁴ Jf. bkg. 2011 887 senest ændret ved bkg. 2013 550 om Klagenævnet for Udbud, herefter Klagenævnet.

udbudsreglerne¹⁵ hurtigt og effektivt. Det bemærkes dog, at klager omfattet af Klagenævnets behandlingskompetence også kan indbringes direkte for de almindelige domstole.¹⁶ Tilsvarende kan Klagenævnets afgørelser naturligvis indbringes for de almindelige domstole.¹⁷ Endeligt kan Klagenævnet og de almindelige domstole forelægge præjudicielle spørgsmål for De Europæiske Fællesskabers Domstol.¹⁸ Det forekommer dog sjældent, at en udbudstvist indbringes direkte for de ordinære domstole,¹⁹ samt at Klagenævnet og de ordinære domstole anmoder om EU-Domstolens stillingtagen.

På EU-udbudsområdet har hvert EU-medlemsland, og lande omfattet af EØS-aftalen,²⁰ fastlagt nationale håndhævelsesregler på baggrund af *EU's kontroldirektiver*²¹. Dette har resulteret i forskellige tilgangsvinkler til håndhævelsen af udbudsreglerne, hvilket har betydet, at medlemslandenes klageprocedurer varierer i effektivitet.²² Kontroldirektiverne og *princippet om effektive retsmidler* foreskriver imidlertid, at medlemslandenes håndhævelsesregler som minimum skal indeholde visse reaktions- og sanktionsmuligheder, og at disse ikke må være umulige eller uforholdsmæssig vanskelige at opnå.²³ På nogle områder har Danmark valgt en højere grad af effektivitet end det minimum som kontroldirektiverne fastsætter. Desuagtet har det været debatteret, om reglerne er tilstrækkelige effektive. Debatten har bl.a. omhandlet sanktionen opsættende virkning og erstatning, der i udbudsretten udgør vigtige sanktionsmuligheder, som Klagenævnet og de ordinære domstole kan gøre brug af.

¹⁵ Med udbudsreglerne forstås udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet, principper der er afledt af EF-traktaten, og som regulerer udbud, fx principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, samt tilbudsloven, jf. indledning til lovbemærkningerne om Lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Håndhævelse af Udbudsreglerne m.v. (nu Klagenævnet for Udbud).

¹⁶ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg: *"EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet"* 2016, 3. udgave, s. 624.

¹⁷ Med undtagelse af klagenævnens lovens § 5 stk. 1, samt at klagen skal være indgivet senest 8 uger efter, at Klagenævnets afgørelse er meddelt de pågældende. Se Ruth Nielsen: *"Udbud af offentlige kontrakter"*, 4. udgave, s. 373.

¹⁸ Herefter EU-Domstolen. Der henvis i øvrigt til Klagenævnets adgang til at forelægge EU-Domstol præjudicielle spørgsmål; Se Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg: *"EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet"*, 2016, 3. udgave, s. 611-613.

¹⁹ Steen Treumer: *"Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise"*, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules"*, 2011, 1. udgave, s. 262.

²⁰ Herefter medlemslandene som samlet betegnelse.

²¹ Rådets direktiv 89/665/EØF (regulerer udbudsdirektivet) og rådets direktiv 92/13/EØF (regulerer forsyningsvirksomhedsdirektivet), samt rådets direktiv 2007/66/EF.

²² Steen Treumer: *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?"* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *"EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden"*, 2006, 1. udgave, s. 99-100.

²³ jf. bl.a. sag C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH mod Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, præmis 31.

1.2. Emneafgrænsning

Opgavens hovedfokus er at behandle opsættende virkning i dansk udbudsret. Derfor vil opgaven belyse den udbudsretlige erstatning i forhold til behandlingen af opsættende virkning, i det omfang erstatning hindrer opsættende virkning. I den forbindelse vil den udbudsretlige erstatning ikke blive gennemgået minutløst, men vil i stedet fokusere på de erstatningsbetingelser, der hindrer eller udelukker adgangen til erstatning. Særligt vil spørgsmålet om årsagssammenhæng blive belyst, idet erstatningsbetingelsens opfyldelse har væsentlig betydning for, om klager opnår erstatning, og i givet fald om udmålingen svarer til klagers påståede tab.

Overordnet set er formålet med at inddrage den udbudsretlige erstatning dermed, at belyse fordele og ulemper ved Klagenævnets praksis i forholdet til opsættende virkning.

Sanktionen uden virkning og udbudslovens § 185, stk. 2, og deres forbindelser til opsættende virkning nævnes kort, men vil ikke blive behandlet indgående.

Al relevant praksis fra Klagenævnet er inddraget i det omfang, det tjener til opgavens løsning. De ordinære domstoles praksis er inddraget i det omfang, det har været relevans for opgaven. Det samme angår EU-Domstolens og Rettens praksis.

Opgaven afgrænser sig i øvrigt sig fra, at gennemgå EU-institutionernes regler for indkøb efter finansforordningen.²⁴

Under erstatningsbehandlingen vil den særlige erstatningsregel inden for forsyningsvirksomhedsdirektivet efter Klagenævnslovens § 14, stk. 2 ikke blive behandlet selvstændigt.

Desuden vil en selvstændig behandling af tilbudsloven i forhold til spørgsmålet om opsættende virkning ikke blive foretaget.

²⁴ Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget.

1.3. Metode og retskilder

For at kunne besvare ovenstående problemformulering, vil opgaven tage udgangspunkt i at analysere og beskrive gældende ret. Dette kræver en inddragelse af relevante retskilder, herunder supranationale retskilder ved EU's retsakter samt EU-Domstolens og Rettens praksis, og nationale retskilder ved dansk implementeringslovgivning og Klagenævnets praksis.

Den væsentligste metode for at fastlægge gældende ret er den *retsdogmatiske*. Ved brug af den retsdogmatiske metode vil opgaven beskrive og fortolke udbudsrettens retskilder, for at give en retvisende udlægning af gældende ret. For at forstå nuværende gældende ret og dens historiske udvikling, vil opgaven i begrænset omfang inddrage *retshistoriske* perspektiver, og dermed en beskrivelse af fortidig gældende ret.²⁵

Den dogmatiske retskildelære må imidlertid også beskrive og tage højde for de forskellige retskilders vægt i bestræbelsen på at fastlægge gældende ret. I opgaven spiller dette en særlig vigtighed, da supranationale retskilder vil blive inddraget i form af EU-retsregler. Det er i den sammenhæng vigtigt, at tage højde for deres retskildemæssige værdi i forhold til de nationale retsregler. I den forbindelse vil forholdet mellem retsreglerne *retspraksis* og *lovgivning*, herunder *formålsbetragtninger* og *principper*, blive inddraget.

I relation til retspraksis er fortolkningsstilen også af væsentlig betydning, da EU-Domstolen og Retten anlægger en anden fortolkningsstil, end de danske ordinære domstole almindeligvis anvender. Således anlægger EU-Domstolen og Retten i højere grad en dynamisk formålsfortolkning af EU retslige regler, hvilket står i modsætning til de almindelige nationale retsinstanser, der i højere grad anlægger en ordlydsfortolkning.²⁶ Fortolkningen bliver formålsbestemt, idet EU-Domstolen ved sekundære retsakter inddrager den indledende præambel, der knytter nogle overordnede bemærkninger til direktivet, herunder direktivets overordnede formål.²⁷ Dette har som ovenfornævnt bl.a. en betydning for EU-Domstolens og Rettens fortolkning af reglerne i kontroldirektiverne. I de tilfælde hvor Klagenævnet eller de ordinære domstole lægger sig op af EU-Domstolens og Rettens praksis, anføres det, at de nationale håndhævelsesorganer anvender en indirekte formålsfortolkning, hvilket som bekendt ligger længere fra den danske fortolkningsstil.

²⁵ Alf Ross: "Om ret og retfærdighed" ved introduktion af Jakob v. H. Holtermann, 2013, 2. udgave, s. 66-67.

²⁶ Steen Treumer: "Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler", 2000, 1. udgave, s. 274.

²⁷ Karsten Ensigt Sørensen og Poul Runge Nielsen: "EU-retten – forkortet udgave", 2010, 2. udgave, s. 124.

Særegent for udbudsretten i dansk ret er det forhold, at klagenævnspraksis udgør en central retskildemæssig betydning. Langt størstedelen af udbudstvister behandles ved Klagenævnet, og der er derfor ikke megen praksis fra de ordinære domstole. Ved fortolkningen af udbudsreglerne i dansk ret har Klagenævnet dermed afgørende betydning, hvorimod de ordinære domstole spiller en mere tilbagetrukket rolle, end hvad de almindeligvis gør inden for andre retsområder.

Opgaven vil også have en fremadskuende tendens, idet et forsigtigt bud på retsreglernes fremtidige udformning vil blive fremlagt. Retspolitiske overvejelser vil blive fremlagt i det omfang, det hjælper til forståelsen af en retsregels baggrund.

Foruden den juridiske metode vil opgaven rumme den *kvantitative metode* i beskeden grad ved behandling af hård data, for at kunne fastlægge en tendens, der skal understøtte opgavens problem.

Afsluttende vil opgaven indeholde et mindre *komparativt* element, idet retsregler i fremmed ret vil blive inddraget. Da kontroldirektiverne er minimumsdirektiver, er det relevant at undersøge, hvorledes andre medlemslande har implementeret kontroldirektiverne. Hvor nationale regler forekommer uhensigtsmæssige eller ineffektive, kan andre medlemslandes tilgang om muligt være genstand for inspiration til alternative løsninger af spørgsmålet.

Af samme årsag vil opgaven indeholde en *parallelslutning* til EU-Domstolens og Rettens praksis på området.

1.4. Opgavens opbygning

Foruden dette indledende kapitel 1 er opgaven opdelt i 5 overordnede kapitler. I kapitel 2 introduceres retsreglernes retlige grundlag. Kapitel 3 om erstatning og kapitel 4 om opsættende virkning indeholder opgavens analyse, hvori reglernes nærmere indhold fastlægges. Kapitlet om erstatning understøtter i den forbindelse kapitlet om opsættende virkning, hvorfor erstatningsanalysen opgaveteknisk skrives først. Kapitel 5 indeholder en kort perspektivering til fremmed ret. Kapitel 6 udgør opgavens konklusion.

Opgaven indeholder desuden bilag 1.1, 1.2, 2.1 og 2.2, der forklarer og understøtter tabel 1 i kapitel 3.1.1. *Klagenævnets og domstolenes praksis*.

2. Retsgrundlag

2.1. Indledning - Lov om Klagenævnet for Udbud og Kontrolldirektiverne

Danmark har siden 1991, med vedtagelsen af den første danske Klagenævnslav, haft et særligt klagenævn til at behandle klager for overtrædelse af udbudsreglerne og den danske tilbudslov.²⁸ Nævnet hedder Klagenævnet for Udbud (herefter ”Klagenævnet”), og dens nærmere organisation og sagsbehandling er fastlagt i Klagenævnsbekendtgørelsen.²⁹ Klagenævnets kompetence er defineret i Lov om Klagenævnet for Udbud (herefter ”Klagenævnslaven”), der sidst gennemgik en ændring i 2016.³⁰

Nuværende Klagenævnslav trådte i kraft i 2010³¹, og lovens titel hed da Lov om Håndhævelse af Udbudsreglerne m.v.³² Ved seneste lovændring i 2016³³ blev titlen ændret tilbage til dens originaltitel: Lov om Klagenævnet for Udbud. Hovedloven fra 2010 viderefører en række bestemmelser fra den tidligere lov fra 2000, hvorfor Klagenævnets praksis i vid udstrækning stadig er gældende. Man fandt det dog hensigtsmæssig at udarbejde en ny hovedlov i 2010, da ændringer i kontrolldirektiverne skulle implementeres i dansk ret.

Klagenævnslaven implementerer EU’s kontrolldirektiver af 1989 og 1992, der senest blev ændret ved ændringsdirektivet af 2007.³⁴ Ændringsdirektivet tilførte kontrolldirektiverne yderlige retsmidler ved indførelsen af bl.a. en *standstill*-periode og *uden virkning*-sanktionen.

Kontrolldirektiverne er som nævnt minimumsdirektiver. Dette betyder, at kontrolldirektiverne beskriver, hvilke mindsteforanstaltninger medlemsstaterne skal følge, dels for at sikre en effektiv

²⁸ Ruth Nielsen: ”Udbud af offentlige kontrakter”, 2010, 4. udgave, s. 365-366. I dag er Klagenævnet kompetent til at behandle overtrædelser af udbudsloven (Lov nr.1564 2015-12-15) samt implementeringsbekendtgørelser udstedt i medfør af direktiverne, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven, lovbkg nr. 1410 2007-12-07), udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF), koncessionsdirektivet (direktiv 2014/23/EU) samt overtrædelser af EUF-traktaten og heraf afledte principper, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, nr. 2.

²⁹ Bkg. nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud, som senest er ændret i bkg. nr. 550 af 29. maj 2013.

³⁰ Lov om Klagenævnet for Udbud, lovbkg nr. 593 af 2. juni 2016 til lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud.

³¹ Lov nr. 492 af 12. maj 2010.

³² Forkortet Håndhævelsesloven.

³³ Lovbkg. nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud.

³⁴ Herefter kontrolldirektiverne: Rådets direktiv 89/665/EØF (regulerer udbudsdirektivet) og rådets direktiv 92/13/EØF (regulerer forsyningsvirksomhedsdirektivet), samt rådets direktiv 2007/66/EF.

håndhævelse af offentlige indkøb, og dels for at sikre en faktisk klageadgang for virksomheder, der mener sig forbigået.³⁵

Som indledningsvist nævnt betyder dette, at hvert medlemsland har uensartede håndhævelsesregler. På flere områder, bl.a. betingelserne for opsættende virkning og erstatning,³⁶ har medlemslandene da en mulighed for selv at fastlægge de nærmere betingelser for anvendelsen af sanktionsmuligheder, samt de nærmere krav til betingelsernes opfyldelse. Dette må anses som særegent i forhold til andre EU-retsområder, da håndhævelsen af EU's retsakter som udgangspunkt er overladt til medlemslandene, jf. princippet om proceduremæssig autonomi.³⁷

Ved fastlæggelsen af nationale håndhævelsesregler, samt rets- og klagenævnsspraksis på udbudsområdet, må den nationale lovgiver og de nationale retslige instanser endvidere tage højde for udbuds- og kontroldirektivernes formål, samt almindelige EU-retlige principper om ækvivalens, effektivitet og proportionalitet.³⁸

2.1.1. Principperne om effektivitet og ækvivalens

Princippet om, at der skal foreligge proportionalitet mellem sanktionen og den begåede overtrædelse, er et almindelige princip i EU-retten og dansk ret. Effektivitetsprincippet har derimod vigtig betydning ved vurderingen af, om givne krav til håndhævelsen virker tilstrækkeligt. Reglerne i udbudsloven, udbuds- og kontroldirektiverne samt Klagenævnssloven skal anvendes og fortolkes i tilstrækkelig effektiv grad, således at direktivernes og lovenes formål opfyldes. Dermed sikres det, at udbudsreglerne og EUF-traktatens formål overholdes ved, at medlemslandene og deres institutioner overholder deres forpligtelser i overensstemmelse med EU's udbudsregler.

National autonomi i henhold til håndhævelsen er dermed begrænset af effektivitetsprincippet, idet medlemsstaternes håndhævelse ikke må være umulig eller uforholdsmæssig vanskelig.

³⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: *"EU's udbudsdirektiver med kommentarer"*, 2008, 2. udgave, s. 129.

³⁶ Se herom nedenfor.

³⁷ Grit Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"*, 2015, 1. udgave, s. 701, fodnote 1, der henviser til at samme forekommer i konkurrenceretten.

³⁸ Ruth Nielsen: *"Udbud af offentlige kontrakter"*, 2010, 4. udgave, s. 355-357 og bl.a. sag C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH mod Allgemeine Unfallversicherungsanstalt (også beskrevet nedenfor i anden sammenhæng).

I øvrigt må kontroldirektiverne fortolkes i lyset af dette princip, og det fremgår da også direkte af kontroldirektivernes art. 1, stk. 1, at medlemsstaterne skal træffe ”... *nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage...*”.

Yderligere følger det af ækvivalensprincippet, at der gælder en forpligtelse for medlemsstaterne til, at garantere en proceduremæssige ligebehandling af EU-retlige og nationalretlige søgsmål, såfremt søgsmålene er sammenlignelige.³⁹ For at sikre, at reglerne i udbudsdirektiverne (og udbudsloven) opnår en effektiv virkning, må derfor kontroldirektiver tolkes i lyset heraf. Dette gælder tilsvarende for Klagenævnsløven, der som sagt implementerer kontroldirektiverne.

Formålet er at sikre, at ordregivende myndigheder overholder udbudsreglerne, samt at private rettigheder eksisterer i tiltrækkelig grad (fx muligheden for opsættende virkning, erstatning osv.).⁴⁰ Princippet indeholder dermed også et element af, at sanktionerne skal virke afskrækkende. En sanktionsmulighed må derfor ikke være illusorisk.

2.1.2. EU-Domstolen og Retten

Med hjemmel i EU-traktaten er EU-Domstolen⁴¹ øverste domstol i den Europæiske Union, der foruden et antal specialretter, også omfatter Retten.⁴² EU-Domstolens afgørelser har derfor stor betydning ved fortolkningen af TEUF og EU's retsakter, herunder kontroldirektiverne, udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet m.m.

Retten behandler i udbudssammenhæng kun klager over EU-institutionernes anskaffelser. EU-institutionerne køber imidlertid ind efter regler og procedurer i EU's finansforordning, der i høj grad minder om EU's udbudsdirektiver. Samtidig inddrager Retten ofte udbudsdirektivenes regler ved fortolkningen af finansforordningen.⁴³ Rettens afgørelser kan indbringes for EU-Domstolen.

³⁹Se bl.a. sag C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL mod Administración del Estado, præmis 1.

⁴⁰ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: ”EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet”, 2016, 3. udgave, s. 65-66.

⁴¹ Den Europæiske Unions Domstol.

⁴² Jf. Traktaten om Den Europæiske Union (EU-traktaten) artikel 19, stk. 1.

⁴³ Finansordningen og dennes gennemførelsesbestemmelser revideres løbende. Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: ”EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet”, 2016, 3. udgave, s. 54.

EU-Domstolens og Rettens fortolkning af udbuds- og kontroldirektiverne medfører også en harmonisering af reglerne, idet disse EU-retlige domstole fortolker gældende EU-ret, som medlemslandene kan have forpligtet sig til at følge. Harmoniseringen skaber et gennemsigtigt retsområde, hvor tilbudsgivere på tværs af medlemslandene kan forudse deres retsstilling, uanset hvilket medlemsland udbuddet foregår i. Dette må i givet fald også komme konkurrencen til gode, og dermed anskaffelsens pris og/eller kvalitet, da flere tilbudsgivere vil være villige til at indgå kontrakter i andre medlemslande, uden at skulle løbe en procesøkonomisk risiko

I det følgende vil der blive redegjort for retsgrundlaget bag erstatning og opsættende virkning i udbudsretten.

2.2. Erstatning

2.2.1. Den overordnede ramme

Det følger formentlig allerede af ækvivalens- og effektivitetsprincippet, at en forbigået tilbudsgiver skal kunne søge erstatning. Imidlertid fastlægger kontroldirektiv (89/665) i art. 2, stk. 1, litra c, at:

”Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til [...] at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.”⁴⁴

Bestemmelsen fastslår alene, at der skal være mulighed for at opnå erstatning for tab som en tilbudsgiver lider, som følge af en national ordregiver overtræder udbudsreglerne. En sådan erstatningsadgang må derfor ikke være afskåret i de nationale håndhævelsesregler.

Videre følger det af kontroldirektiv (89/665) i art. 2, stk. 6, at:

”Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.”

⁴⁴ Nogenlunde samme definition anvender kontroldirektiv (92/13) art. 2, stk. 1, litra d.

Denne tilgang har Danmark dog ikke valgt at implementere i Klagenævnsløven.

Der opstilles imidlertid ikke nærmere betingelser i kontroldirektiverne for at kunne opnå erstatningen. Udgangspunktet er derfor, at medlemsstaterne selv fastlægger erstatningsbetingelserne.⁴⁵ Erstatningssanktionen må desuagtet ikke forekomme illusorisk eller uforholdsmæssig vanskelig at opnå, hvorfor medlemsstaterne må have effektivitetsprincippet for øje ved fastlæggelsen af betingelserne.

2.2.2. EU-Domstolens prøvelse af effektiviteten

I *Strabag*-sagen blev Østrigs erstatningsbetingelser prøvet i henhold til effektivitetsprincippet.⁴⁶ I en præjudiciel forespørgsel anmodede Østrig EU-Domstolen om at tage stilling til, hvorvidt østrigsk lovgivning kunne stille krav om, at ordregiver skulle have handlet culpøst som en betingelse for erstatningsansvar.⁴⁷

EU-Domstolen udtalte, at kontroldirektiv (89/665) kun stiller mindstekrav til medlemsstaternes klageprocedurer, og at den videre gennemførelse af artikel 2, stk. 1, litra c, ”... *henhører under princippet om medlemsstaternes processuelle autonomi, der begrænses af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.*”⁴⁸

Indledningsvist bemærkede EU-Domstolen, at kontroldirektiv (89/665) ikke indeholder noget krav om formodet eller godtgjort culpøs handlen for, at kunne ifalde erstatningsansvar.⁴⁹

EU-Domstolen udtalte herefter, at:

”... *muligheden for tilkendelse af skadeserstatning i tilfælde af overtrædelse af bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter ikke i højere grad end de øvrige klageadgange, der er omhandlet i nævnte artikel 2, stk. 1, afhænger af, at den ordregivende myndighed har udvist en culpøs adfærd.*”⁵⁰

⁴⁵ Jf. ovenfor om processuel autonomi.

⁴⁶ Sag C-314/09, Stadt Graz mod Stabag AG mfl. Se nærmere nedenfor i kapitel *Kort om Rettens og medlemsstaternes erstatningsansvar*.

⁴⁷ Præmis 30.

⁴⁸ Præmis 34.

⁴⁹ Præmis 35

⁵⁰ Præmis 39.

EU-Domstolen bemærkede, at det i øvrigt ikke havde nogen betydning, om det var ordregiver, der må løfte bevisbyrden for, at denne ikke havde handlet culpøst.⁵¹ Betingelsen ville være i strid med kontroldirektivets (89/665) formål, da den ville hindre en effektiv og hurtig klageprocedure.

Dommen illustrerer godt EU-Domstolens prøvelse af, om hvorvidt implementeringen af kontroldirektivets mindstekrav overholder formålet om en effektiv klageprocedure. I dommen synes formålet om effektivitet dermed at opveje den nationale autonomi.⁵²

2.2.3. Klagenævnets kompetence og dansk rets almindelige regler

I den første danske Klagenævnslov af 1991⁵³ fremgik det af lovens § 5, stk. 2, at erstatningskrav ikke kunne behandles af Klagenævnet. Ifølge lovbemærkningerne⁵⁴ var det overladt de ordinære domstole, at behandle spørgsmålet om skadeserstatning i udbudssager i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler. Dette var ud fra den opfattelse, at erstatningsspørgsmålet var et typisk domstolsanliggende, hvilket ville afføde en særlig hurtig procedure.

I dansk ret fik Klagenævnet først kompetence til at tilkende erstatning ved Klagenævnsloven fra 2000.⁵⁵ Af lovens § 6, stk. 3 fremgik det, at:

”Nævnet kan i tilfælde, hvor en klager får helt eller delvis medhold i en for nævnet indbragt klage, efter påstand pålægge ordregiveren at yde klageren en erstatning for tab, der er lidt som følge af overtrædelse af regler som nævnt i § 1, stk. 1.”

I bemærkningerne til lovforslaget⁵⁶, blev der lagt vægt på, at denne kompetencetildeling 1) forenkler og styrker retshåndhævelsen på udbudsområdet, 2) at det ville have en præventiv effekt og styrke retshåndhævelsen, og 3) virke procesbesparende for de almindelige domstole.

⁵¹ Præmis 40.

⁵² Se sag C-568/08, ”Spijker” mfl. mod Provincie Drenthe, der er afsagt kort efter *Stradt Graz*-dommen og går i en anden retning. Her tillagde EU-Domstolen medlemsstaternes autonomi større vægt end princippet om effektivitet. Dommen synes dermed at tillad medlemsstaterne selv at fastsætte et ansvarsgrundlag, der bl.a. kan hvile på culpa.

⁵³ Lov nr. 344 af 6. juni 1991, lov om Klagenævnet for Udbud.

⁵⁴ Lovforslag 86/1991.

⁵⁵ Lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud.

⁵⁶ Lovforslag 243/2000.

Det fremgik endvidere af lovbemærkningerne, at erstatningsspørgsmålet skulle afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler, hvilket også gjaldt erstatningens beregning. Det blev endvidere anført, at loven ikke fastsætter noget ansvarsgrundlag, samt at Klagenævnet forventes at være tilbageholdende med at tilkende positiv opfyldelsesinteresse, og at der ikke, *”... etableres et system for udmåling af en skønsmæssig og automatisk godtgørelse til alle deltagere i en udbudsforretning...”*.

I den nuværende Klagenævnsløve følger erstatningsbestemmelsen af lovens § 14, hvori det anføres:

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

Ved seneste ændring af Klagenævnsløven i 2016⁵⁷ og de øvrige ændringer af hovedloven fra 2010, er der ikke foretaget ændringer af erstatningsbestemmelserne i lovens § 14. Lovens § 14, stk. 2 indeholder i øvrigt en særlig bevisbyrderegel for forsyningsvirksomheder. Bestemmelsen fastslår en særlig lempelig adgang for at kunne opnå negativ kontraktinteresse for forsyningsvirksomheder. Forsyningsvirksomheder skal herefter blot bevise, at en reel mulighed for at få tildelt kontrakten er forspildt.

Er en kontrakt blevet bragt til ophør efter reglerne om *uden virkning* eller efter udbudslovens § 185, stk. 2, kan medkontrahenten dog ikke søge erstatning gennem Klagenævnet. Det fremgår af bemærkningerne til Klagenævnsløvens (Håndhævelsesloven) § 1:

”En sådan sag [uden virkning] vedrører kontraktforholdet mellem parterne og skal derfor anlægges ved domstolene. Har Klagenævnet udstedt påbud om, at ordregiveren skal bringe en kontrakt, der er blevet erklæret for uden virkning, til ophør, jf. § 18, stk. 2, vil et eventuelt erstatningsretligt forhold mellem ordregiveren og den tilbudsgiver, der er part i kontrakten, ligeledes skulle afgøres af domstolene.”

Dette må i øvrigt også gælde den tilsvarende situation i udbudslovens § 185, stk. 2, der tilsvarende angår en kontraktsituation.

⁵⁷ Lovbkg. nr. 593 af 2. juni 2016, om Klagenævnet for Udbud.

I øvrigt fastholder lovbemærkningerne til nuværende Klagenævnslov, at erstatningsspørgsmålet afgøres ud fra dansk rets almindelige erstatningsregler.⁵⁸

Til dette knytter sig de almindelige erstatningsbetingelser, hvorefter der skal foreligge et tab, et ansvarsgrundlag samt årsagssammenhæng (kausalitet) og påregnelighed (adækvans). Særligt betingelserne om tab, ansvarsgrundlag og årsagssammenhæng, har givet anledning til behandling i den udbudsretlige litteratur, mens betingelsen om påregnelighed ikke har været omstridt.⁵⁹ Herudover kan betragtninger om egen skyld (passivitet) og accept af risiko bevirke, at erstatningen nedsættes eller bortfalder helt.

Hverken kontroldirektiverne eller EU-Domstolen har endnu forholdt sig nærmere til selve erstatningsberegningen på udbudsområdet. Erstatningen må derfor opgøres efter dansk rets almindelige principper.⁶⁰ Det har man ved Klagenævnet og de almindelige domstole fulgt, og der ses efterhånden en del sager, hvor erstatningen er opgjort efter hhv. den negative kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse. Blandt en af Klagenævnets første erstatningsafgørelser *Magnus A/S*⁶¹ fra 2001 fik klager endda erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse. Siden afgørelsen har der dog dannet sig et knapt så optimistisk billede af Klagenævnets praksis på området.⁶²

2.2.4. Kort om medlemsstaternes erstatningsansvar

Set i lyset af dansk rets almindelige erstatningsregler, og deres fortolkning i dansk udbudsret, er det interessant at få belyst, hvilke ansvarsbetingelser EU-Domstolen anvender i forhold til medlemsstaterne.⁶³

Medlemsstaterne kan ifalde et ansvar for fejlimplementering af EU's retsakter, idet den manglende implementering kan medføre et tab af private rettigheder.

⁵⁸ Lovforslag 110/2010.

⁵⁹ Se bl.a. Carina Risvig Hamer: *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, s. 426, og Jesper Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017, 4. udgave, s. 832. Betingelserne gennemgås nærmere i kapitel *Tab, årsagsforbindelse, ansvarsgrundlag og opgørelse*.

⁶⁰ Dette fremgår af lovbemærkningerne til Klagenævnslovens fra 2000.

⁶¹ Klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Magnus A/S mod Told og Skat.

⁶² Se kapitel *Klagenævnet og domstolenes praksis*.

⁶³ Se om Rettens erstatningsbehandling i kapitel *Erstatning ved Retten*,

Hjemlen herfor følger af EU-Domstolens praksis *Francovich*-sagen,⁶⁴ og denne praksis har siden udviklet sig yderligere. EU-Domstolen statuerede i sagen følgende erstatningsbetingelser:

1. den bestemmelse, der i EU-retten er overtrådt, skal tillægge private rettigheder,
2. overtrædelsen skal være tilstrækkelig kvalificeret, og
3. der skal foreligge direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelsen af EU-bestemmelsen og det påståede tab.

Betingelserne adskiller sig fra de danske erstatningsbetingelser, men minder i højre grad om Rettens betingelser for, hvornår EU-institutionerne har handlet ansvarspådragende i erstatningsretligt henseende.

I kapitel 3.1. *Tab, årsagsforbindelse, ansvarsgrundlag og opgørelse* inddrages *Francovich*-sagen yderligere.

2.3. Opsættende virkning

2.3.1. Kontrolldirektiverne

I det første kontrolldirektiv (89/665) fremgår det af præambelens 4. betragtning:

”... da procedurerne for indgåelsen af offentlige kontrakter kun strækker sig over en kort periode, er det vigtigt, at de kompetente klageinstanser især har beføjelse til at træffe midlertidige foranstaltninger, så de kan afbryde en sådan procedure eller stille gennemførelsen af beslutninger, som eventuelt måtte være truffet af den ordregivende myndighed, i bero.”

I præambelens 3. betragtning til ændringsdirektivet (07/66) blev det påpeget, at kontrolldirektivernes svaghed har bundet i, at det ikke altid har været muligt, *”... at sørge for, at fællesskabsbestemmelserne overholdes, især på et tidspunkt, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør.”* For at styrke dette område indførte ændringsdirektivet bl.a. en pligt til at afholde en obligatorisk *standstill-periode*, samt sanktionen *uden virkning* ved overtrædelse af denne periode, jf. kapitlet *Andre postkontraktuelle sanktioner*.

⁶⁴ Forenede sager C-6/90 og 9/90, Andrea Francovich og Danila Binifaci m.fl. mod Italien.

Kontroldirektivernes artikel 2, stk. 1, litra a foreskriver, at medlemsstaternes skal påse at foranstaltninger, der hindrer overtrædelsen af udbudsreglerne, skal omfatte ”... *de nødvendige beføjelser til ... hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger ... herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed i bero.*”⁶⁵

Videre følger det af kontroldirektivernes artikel 2, stk. 3 om automatisk midlertidige foranstaltninger, at medlemsstaternes skal påse, ”... *at den ordregivende først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden...*”.

Afslutningsvist overlader kontroldirektiverne det til den nationale klageinstans, hvorvidt der ved vurderingen af, om der skal træffes afgørelse om midlertidige foranstaltninger, skal tages hensyn til, ”... *alle interesser som, som vil kunne skades, samt til almenvellet, og beslutte ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger kan være større end fordelene.*”⁶⁶

De nærmere rammer for, at kunne træffe sådanne afbrydende foranstaltninger, er overladt til de enkelte medlemslande. I dansk ret har Klagenævnet valgt at følge samme betingelser, som EU-Domstolen og Retten anvender.

2.3.2. Kort om opsættende virkning i dansk ret

En klage over en administrativ afgørelse undtager som udgangspunkt ikke klager fra at efterkomme afgørelsens indhold. Grundlovens § 63, stk. 1, 2. pkt. fastslår hovedreglen om, at den lydighedspligt, der følger af øvrighedens befaling, ikke suspenderes, blot sagen indbringes for domstolene.

Opsættende virkning kan først komme på tale, når der foreligger lovhjemmel, der direkte foreskriver, at sagsanlæg skal have opsættende virkning, eller overlader det til retten at træffe

⁶⁵ Jr. Dir. 89/665. Dir. 92/13 har nogenlunde tilsvarende formulering, dog med den ændring af ordet suspension erstatter afbrydelser. Denne sproglige forskel har dog ingen reel betydning.

⁶⁶ Dir. 89/665. artikel 2, stk. 5 og Dir. 92/13, artikel 2, stk. 4.

afgørelse om opsættende virkning i den konkrete sag.⁶⁷ Opsættende virkning skal desuagtet ikke i alle tilfælde være udtrykkeligt lovhjemlet.

Højesteret udtrykte således i U.1994.823 H, at:

*”Selv om en sådan udtrykelig lovhjemmel ikke foreligger, kan domstolene imidlertid ikke være afskåret fra undtagelsesvis at tillægge et søgsmål vedrørende gyldigheden af en administrativ afgørelse opsættende virkning.”*⁶⁸

Ifølge Højesteret er Grundloven ikke nogen hindring for opsættende virkning, hvor der ikke foreligger udtrykelig lovhjemmel, blot opsættende virkning ikke indtræder automatisk i forbindelse med en administrativ afgørelse.⁶⁹ Opsættende virkning må være en undtagelse frem for en hovedregel.

Tilsvarende retsmidler, herunder forbud eller påbud mod bestemte handlinger samt at tillægge en sags anlæg opsættende virkning, er almindelig kendt i den danske retsplejelov. I forbudssager foretager de almindelige domstole en proportionalitetsafvejning og en sandsynliggørelse af, om handlingen, der søges hindret, strider mod partens ret, samt om der foreligger et særligt behov for at få afbrudt handlingen straks. Sidstnævnte betingelse kan sammenlignes med uopsættelighedsbetingelsen anvendt i den udbudsretlige håndhævelse. Det er afslutningsvist en forudsætning, at forbudssagen følges op med en hovedsag – nøjagtigt som i udbudsrettens håndhævelsessystematik.⁷⁰

Med henvisning til bl.a. U. 1994.823 H og U 1995.634 H kan det tyde på, at Højesteret har adopteret samme betingelser for opsættende virkning som EU-Domstol i EU-retlige sager.

I U 1995.634 H udtalte Højesteret i præmisser, at det (dvs. overtrædelsen af VVM-direktivet)⁷¹ må *”... afgøres efter de betingelser for anvendelse af foreløbige forholdsregler, som EF-domstolen har opstillet i sin praksis.”*

⁶⁷ Se hertil Ruth Nielsen: *”Udbud af offentlige kontrakter”*, 2004, 4. udgave, s. 374.

⁶⁸ Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag I 86/1994, Højesterets præmis

⁶⁹ Se U 1995B s. 128 ff. for kommentar til dommen, der redegør for, at den ulovbestemte ret ikke er i strid med Grundlovens § 63, stk. 1, nr. 2.

⁷⁰ Bl.a. EU-Domstolens procesreglement artikel. 160, der tilsiger, at der i forbindelse med en prøvelse om opsættende virkning, skal være anlagt en *”... sag til prøvelse af retsaktens ved Domstolen.”*

⁷¹ Direktiv om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet. Ikke udbudsretligt.

I direkte forlængelse heraf fortsatte Højesteret: ”Det er herefter bl.a. en betingelse, at der er rimelig grund til at antage, at der er handlet i strid med EU-retten.” Betingelsen svarer til betingelsen om *fumus boni juris* i den udbudsretlige håndhævelse.⁷²

2.3.3. Særlige grunde, procesreglementerne og praksis

I Klagenævnsløven fremgår det retlige grundlag for at tillægge en klage opsættende virkning bestemt også som en undtagelse, idet *særlige grunde* skal tale for at Klagenævnet træffer bestemmelse om opsættende virkning.⁷³ Klagenævnsløven implementerer en direktivfastsat pligt for medlemsstaterne til at indføre regler om foreløbige forholdsregler. Reglerne om foreløbige forholdsregler fremgår af kontroldirektivernes art. 2, stk. 1, litra a, stk. 3-5, mens Klagenævnsløvens § 12 angår opsættende virkning og § 13, stk. 1, nr. 1 angår suspension.

Hvor opsættende virkning forbyder ordregiver at indgå kontrakten, indebærer suspension, at en udbudsprocedure eller deraf tilknyttede beslutninger suspenderes. Det er vanskeligt at udlede nogen egentlig forskel på opsættende virkning og suspension, da § 13, stk. 1, nr. 1 om suspension næppe har et selvstændigt indhold i forhold til § 12. Sanktionen suspension og dens formål, synes allerede at være indeholdt i bestemmelsen om opsættende virkning.⁷⁴ Så vidt vides er der endnu ingen afgørelser fra Klagenævnet, hvor ordregivers handling er blevet suspenderet efter reglen i lovens § 13, stk. 1, nr. 1.

I Klagenævnets høringssvar til Klagenævnsløven fra 2010 (Håndhævelsesloven) henstillede Klagenævnet da også til, at suspensionsmuligheden skulle udgå, da den ikke havde ”... *noget selvstændigt indhold*” ved siden af reglen i lovens § 12.

Som bemærket indledningsvist har EU-Domstolens og Rettens afgørelser stor betydning ved fortolkningen af udbudsreglerne, herunder også de tilhørende håndhævelsesregler. Klagenævnet og de almindelige domstole har ved fortolkningen af udbudsreglerne tillagt EU-Domstolens og Rettens

⁷² Om opsættende virkning, Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen: ”*den Civile Retspleje*”, 2015, 3. udgave, s. 297-299.

⁷³ De nærmere betingelser der indgår i vurderingen af om der foreligger særlige grunde gennemgås i kap. *Sanktionen opsættende virkning*.

⁷⁴ Se Morten Frank og Torkil Høg: ”*Håndhævelsesloven med kommentarer*”, 2011, 1. udgave, s. 189-190, og om overlappende beføjelser.

praksis betydelig vægt.⁷⁵ Opsættende virkning er et godt eksempel herpå. Vurderingen af om særlige grunde foreligger, således der kan træffes bestemmelse om opsættende virkning i medfør af Klagenævnslovens § 12, stk. 1 og 2,⁷⁶ følger af samme betingelser, som EU-Domstolen og Retten opstiller i deres praksis og af deres respektive procesreglementer.

Af praksis fremgår det, at foreløbige forholdsregler kan foreskrives, ”... såfremt der foreligger omstændigheder, der medfører uopsættelighed; desuden skal nødvendigheden af de foreløbige forholdsregler umiddelbart forekomme berettiget af faktiske og retlige grunde. Ifølge Domstolens faste praksis forudsætter en sådan bestemmelse om foreløbige forholdsregler endvidere, at en afvejning af de involverede interesser findes at tale for den begærede foranstaltning.⁷⁷

Betingelserne er kumulative, hvilket vil sige, at såfremt én betingelse fejler, vil klagen ikke kunne tillægges opsættende virkning. Nøjagtig samme tre betingelser anvender Klagenævnet i deres kendelser om opsættende virkning:⁷⁸

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (”*fumus boni juris*”). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.⁷⁹

EU-Domstolens overordnede hjemmel til at kunne træffe bestemmelse om foreløbige foranstaltning følger af TEUF⁸⁰ artikel 278, der foreskriver, at EU-Domstolen som udgangspunkt ikke tillægger et søgsmål opsættende virkning, men kan skønne om efter de givne forhold, at ”... udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt.”

⁷⁵ Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: ”Standstill og opsættende virkning i udbudsretten” U.2010B.303, og Katja Høegh og Kirsten Thorup: ”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang”, U.2016.403.”

⁷⁶ Se i afsnittet nedenfor om forskellen på stk. 1. og 2.

⁷⁷ Sag C-87/94 R, Kommissionen mod Belgien (de wallonske busser), præmis 24. I samme retning bl.a. Sag C-272/91 R, Kommissionen mod Italien (Lottomatica), sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod kommissionen (ikke udbudsretlig), og af Rettens kendelser se bl.a. kendelse af 2. juni 2005 i sag T-125/05 R, Umwelt- und Ingenieurtechnik Dresden mod Kommissionen.

⁷⁸ Betingelserne behandles indgående nedenfor.

⁷⁹ Nøjagtig denne formulering af betingelserne har været anvendt af Klagenævnet i sine kendelser siden Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

⁸⁰ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Supplerende følger det af TEUF art. 279: *"I sager, der er indbragt for Den Europæiske Unions Domstol, kan den foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler."*

EU-Domstolens procesreglement⁸¹ art. 160, stk. 3 uddyber de nærmere betingelser for, at kunne træffe bestemmelse om opsættende virkning. Sagsøger *"... skal angive sagens genstand, de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den foreløbige forholdsregel, anmodningen vedrører, umiddelbart forekommer begrundet [fumus boni juris/prima facie]."*

Endvidere fremgår det af art. 162, stk. 3, at *"... der fastsættes en frist, efter hvis udløb den foreløbige forholdsregel ikke længere finder anvendelse. Er der ikke fastsat nogen frist, ophører forholdsreglens retsvirkninger ved afsigelsen af den dom, hvormed sagens behandling ved Domstolen afsluttes."*

Tilsvarende processuelle regler for anvendelse af foreløbige forholdsregler er indeholdt i Rettens Procesreglement.⁸²

EU-Domstolens og Rettens anvendte betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning bygger dermed på deres respektive procesreglementer, der ikke er særligt udfærdiget med henblik på sager inden for udbudsretten. Med udgangspunkt i procesreglementets regler træffer EU-Domstolen og Retten da bestemmelse opsættende virkning, med inddragelse af kontroldirektivernes formål, effektivitetsprincippet og evt. egen praksis i tidligere sager. Dette kommer til udtryk ved, at den faktiske begrundelse for opsættende virkning i udbudssager, bl.a. i den ovenstående sag *de wallonske busser*⁸³, næsten ordret gengiver procesreglementets regler. Betingelsen om interesseafvejning, som også er gengivet i sagen om *de wallonske busser*, er imidlertid udviklet i praksis.

I det følgende kapitel vil erstatningshyppigheden i Klagenævnets praksis blive gennemgået, herunder erstatningsopgørelsen.

⁸¹ L 265/2, Domstolens Procesreglement.

⁸² Art. 156 stk. 1-2 og 4.

⁸³ Sag C-87/94 R, Kommissionen mod Belgien, præmis 24.

3. Erstatning

3.1. Tab, årsagsforbindelse, ansvarsgrundlag og opgørelse.

Klagenævnets kompetence til at afgøre erstatningsspørgsmål blev indført for at sikre et mere effektivt dansk klagesystem, da det hidtil havde været for tungt at rejse en erstatningssag for domstolene. Tilmed var det påfaldende, at kun enkelte af Klagenævnets kendelser dannede grundlag for erstatningssøgsmål ved de almindelige domstole, før Klagenævnet fik denne kompetence.⁸⁴ Generelt herskede der i 1990'erne stor usikkerhed i flere af medlemslandene, herunder også Danmark, om det overhovedet var muligt, at få dækket sin tabte fortjeneste gennem erstatning, samt hvilke bevismæssige krav der skulle opfyldes.⁸⁵

Som indledningsvist nævnt har erstatningsbeføjelsen imidlertid en væsentlig betydning for kontrolsystemets effektivitet både isoleret set, men også i sammenspil med andre sanktionsmuligheder, herunder betingelsen om uopsættelighed ved opsættende virkning.

Selve grundlaget for erstatningen forudsætter, at klager har lidt et økonomisk tab. Har der (1) ikke været afholdt udbud, (2) er tilbudsgiver ikke blevet prækvalificeret eller (3) har ordregiver lovligt annulleret udbuddet, vil tilbudsgiver ikke kunne dokumentere et tab. I disse tilfælde vil der derfor ikke kunne opnås erstatning. Klager vil i stedet være henvist til at søge beskyttelse ved retsmidlet opsættende virkning, jf. nedenfor om uopsættelighedsbetingelsen, eller om muligt få kontrakten bragt til ophør.⁸⁶

EU-Domstolen har kun i få tilfælde forholdt sig til spørgsmålet om erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler. EU-Domstolen konstaterede i *Francovich*-sagen, at medlemsstaterne er erstatningsansvarlige overfor borgerne, såfremt en overtrædelse af EU-retten medfører et tab for borgerne.⁸⁷ I forhold til ansvarsgrundlaget bemærkede EU-Domstolen, at overtrædelsen skal være

⁸⁴ Steen Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"*, 2000, 1. udgave, s. 60.

⁸⁵ Steen Treumer: *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU udbudsområdet?"* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *"EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden"*, 2006, 1. udgave, s. 111-112.

⁸⁶ Se kapitel *Andre postkontraktuelle sanktioner*.

⁸⁷ Forenede sager C-6/90 og 9/90, Andrea Francovich og Danila Binifaci m.fl. mod Italien. Afgørelsen er også omtalt i kapitel *Kort om medlemsstaternes erstatningsansvar*.

tilstrækkelig kvalificeret, og at der er sket en udvikling af EU-retten siden vedtagelsen af det første kontroldirektiv (89/665).⁸⁸

Senere hen, har EU-Domstolen forholdt sig mere konkret til ansvarsgrundlaget for overtrædelse af EU's udbudsregler. I *Strabag-sagen*⁸⁹ blev et krav om culpa (selv med omvendt bevisbyrde) fundet, at stride imod effektivitetsprincippet. Blot kort tid efter anskuede EU-Domstolen spørgsmålet om ansvarsgrundlag ud fra et andet synspunkt. I *Spijker-sagen*⁹⁰ udtalte EU-Domstolen, at der i fravær af EU-retlig regulering, er frihed for medlemslandene til at fastsætte egne erstatningsbetingelser, forudsat at effektivitets- og ækvivalensprincipperne er overholdt.

Det kan dermed ikke klart udledes af EU-Domstolens praksis, om *enhver overtrædelse*, en *tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse* eller *culpa*⁹¹ kan fastsættes som minimumskrav til ansvarsgrundlaget.

Dansk praksis på området har også gennemgået en forandring. I Klagenævnets sag *Amager Strandpark*⁹² fra 2005 blev det afvist, at enhver overtrædelse medfører grundlag for erstatningsansvar. Modsat synes Østre Landsret i 2009, at forholde sig til EU-Domstolens praksis om en kvalificeret overtrædelse.⁹³

Der foreligger efterhånden enighed i dansk juridisk teori om, at et krav om culpa eller en kvalificeret overtrædelse ikke kan anvendes som ansvarsnorm. Meget tyder dog på, at klagenævnet har valgt at efterleve *Strabag*-kendelsen. Dermed anses enhver overtrædelse, som værende tilstrækkelig til at udgøre et ansvarsgrundlag, dvs. et nærmest objektivt ansvar, og der stilles derfor

⁸⁸ Steen Treumer: *"Erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler"* i bogen af Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.): *"Offentlige myndigheders erstatningsansvar"*, 2017, 1. udgave, s. 321 og 323. *Francovich-sagen* er også omtalt i kapitel Kort om Rettens og medlemsstaternes erstatningsansvar.

⁸⁹ Sag C-314/09, Stadt Graz mod Strabag AG mfl. Sagen er nærmere omtalt i kapitel *EU-Domstolens prøvelse af effektivitet*.

⁹⁰ Sag C-568/08, "Spijker" mfl. mod Provincie Drenthe.

⁹¹ Torkil Høg: *"Udbudsretlige erstatningsspørgsmål"*, 2005, 1. udgave, s. 89, der fastslår, at ansvarsgrundlaget som udgangspunkt er culpa.

⁹² Klagenævnets kendelse af 8. marts 2005, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S. Sagen blev efterfølgende behandlet af Højesteret.

⁹³ Østre Landsrets dom af 22. december 2008 i sag B-1989-05. Steen Treumer: *"Erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler"* i bogen af Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.): *"Offentlige myndigheders erstatningsansvar"*, 2017, 1. udgave, s. 326.

ikke krav om culpa.⁹⁴ I Klagenævnets praksis er betingelsen om ansvarsgrundlag en yderst sjælden hindring, for at klager kan opnå erstatning.

Som bemærket ovenfor må der sondres mellem to typer af erstatningssøgende:

1. Den tilbudsgiver der føler sig uretmæssigt forbigået, som følge af ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne eller tilbudsloven, og
2. den medkontrahent der har fået sin kontrakt med ordregiveren bragt til ophør efter reglerne om uden virkning eller udbudslovens § 185, stk. 2.

Klagenævnet har alene mulighed for at tilkende erstatning for tab, som klageren (tilbudsgiveren) har lidt som følge af indklagedes (ordregiverens) overtrædelse af udbudsreglerne, og ikke for kontraktuelle overtrædelser, herunder ophævelse, misligholdelse o.l.

Sidstnævnte situation angår ophævelse af en allerede indgået kontrakt, hvilket angår de almindelige regler om kontraktbrud, og derfor må et erstatningsopgør herom anlægges ved de almindelige domstole.

Et særegent træk ved udbudsretten er muligheden for at få erstatning til trods for, at der i de fleste tilfælde ikke foreligger nogle kontraktretlige forpligtelser mellem ordregiver og tilbudsgiver. En uretmæssig forbigået tilbudsgiver har i dansk udbudsret mulighed for at få erstattet sin positive opfyldelsesinteresse, selvom der ikke er indgået en aftale mellem ordregiveren og den forbigåede tilbudsgiver. En udbudsretlig overtrædelse sidestilles formentlig med en kontraktbrudssituation, dvs. efter principperne om erstatning i kontrakt. Dette synes bl.a. udtrykt ved, at den udbudsretlige overtrædelse opgøres efter de to grundlæggende erstatningsformer, som almindeligvis anvendes ved erstatning i kontraktforhold - negativ kontraktinteresse og positiv opfyldelsesinteresse.⁹⁵

Det udbudsretlige erstatningsgrundlag har lighedspunkter med ansvarsnormen *culpa in contrahendo* og det prækontraktuelle ansvar, der begge fastlægger et ansvar opstået i forbindelse med

⁹⁴ Se bl.a. Carina Risvig Hamer: *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, s. 430-432, Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg: *"EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet"*, 2016, 3. udgave, s. 664, Claus Berg: *"Udbudsret i byggeriet"*, 2012, 1. udgave, s. 892, Steen Treumer: *"Erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler"* i bogen af Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.): *"Offentlige myndigheders erstatningsansvar"*, 2017, 1. udgave, s. 326-327, Jesper Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017, 4. udgave, s. 831. Det bemærkes i den forbindelse, at hverken loven eller lovforarbejderne til Klagenævnetsloven fra 2000, indeholdte noget krav om, at overtrædelserne skal være tilstrækkelig kvalificeret.

⁹⁵ Carina Risvig Hamer: *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, s. 450.

kontraktindgåelsen.⁹⁶ Ansvarer bygger på en skabt tillid eller forventning, som den ene part (1) har skabt hos den anden part (2), men som følge af den ene parts (1) ansvarspådragende handling, ikke ender ud i et kontraktuelt forhold. Den anden part (2) har da disponeret i tillid til den ene parts (1) udsagn, hvilket har bevirket et tab for forgæves afholdte udgifter, som har været afholdt i forbindelse hermed (den negative kontraktinteresse). I udbudsretten vil dette primært komme til udtryk i udgifter til forberedelsen af et tilbud, herunder bl.a. nøje gennemgang af udbudsmaterialet, tilbudsindhentning fra underleverandører etc.

For at være berettiget til erstatning efter den negative kontraktinteresse må klager bevise, at denne hverken var bekendt med eller burde være bekendt med indklagedes ansvarspådragende overtrædelse forinden tilbudsafgivelsen. Klager kunne ikke forudse overtrædelser inden tilbudsafgivelsen, og dermed foreligger der den fornødne årsagsforbindelse.⁹⁷ Den typiske burdeviden antages at bestå, i de tilfælde hvor overtrædelserne er tydelige.⁹⁸ Hvor udbudsmaterialet er behæftet med væsentlige og grove fejl, kan kravet om årsagssammenhæng dog alligevel være opfyldt.⁹⁹ Kan klager imidlertid bevise, at der også efter tilbudsafgivelsen er sket en tilsidesættelse af udbudsreglerne, vil betingelsen om årsagssammenhæng være opfyldt.¹⁰⁰

I praksis påstår klager i de fleste sager erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, og subsidær erstatning efter den negative kontraktinteresse. Tilkendes klager ikke positiv opfyldelsesinteresse, vil der i stedet være mulighed for at opnå negativ kontraktinteresse. Til trods for at klagers forventning til erstatningen størrelse ikke indløses, er dette et bedre alternativ end

⁹⁶ Se Bernhard Gomard og Torsten Iversen: *"Obligationsret 2. del"*, 2011, 4. udgave ved Torsten Iversen, s. 187-188, Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *"EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet"*, 2016, 3. udgave, s. 664, der anskuer dette prækontraktuelle ansvar som *en særlig loyalitetspligt*, og Stinne Richter Berg: *"Erstatning ved prækontraktuelt ansvar"* i Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2009.261 for yderligere om den prækontraktuelle ansvarsnorm. Gomard og Iversen præsenterer den udbudsretlige erstatning som et ansvar opstået i forbindelse med kontraktindgåelsen under omtalen af culpa in contrahendo. Richter Berg synes også, at stille visse ligheder mellem culpa in contrahendo og et prækontraktuelt ansvar.

⁹⁷ Jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUbud v/Randers Kommune, hvor der forelå årsagsforbindelse, Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune, Klagenævnets kendelse af 3. marts 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland. Modsat Klagenævnets kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet, hvor klager burde have opdaget overtrædelser.

⁹⁸ jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 25. november 2011, Brdr. A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S mod Boligforeningen Vesterport, Klagenævnets kendelse af 20. juni 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut, Klagenævnets kendelse af 20. maj 2014, Maxys A/S, Klagenævnets kendelse af 21. maj 2014, Svenningsens Maskinfabrik A/S mod Forsvarets Materieltjeneste og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland, hvor klager burde kende til overtrædelser, der blev betegnet som grove.

⁹⁹ Klagenævnets kendelse af 20. juni 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut.

¹⁰⁰ Carina Risvig Hamer: *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, s. 439.

ingen økonomisk kompensation. Har klager ikke nedlagt påstand om negativ kontraktinteresse, kan der ikke ikendes en sådan erstatning.¹⁰¹

Erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse stiller klager, som om denne var blevet tildelt kontrakten. Klager kan derfor få erstattet sin tabte fortjeneste. I lovforslaget til den forhenværende Klagenævnslov (2000), fremgik det:

”Det kan forventes, at klagenævnet vil være tilbageholdende med at tilkende positiv opfyldelsesinteresse.”

Siden da er der set flere eksempler på tildelingen af den positive opfyldelsesinteresse, til trods for, at det oftest vil være mere vanskeligt at løfte bevisbyrden herfor. De sidste 10 år har Klagenævnet i 15 sager tilkendt klager positiv opfyldelsesinteresse.¹⁰²

Klager skal må først og fremmest påvise, at (a) indklagede har begået en overtrædelse af udbudsreglerne, bestående af en fejlagtig tilbudsvurdering. Dette krav hænger nøje sammen med næste prøvelse af, om (b) klager kan bevise, at denne ville have fået kontrakten, såfremt indklagede ikke havde begået overtrædelsen. Klager skal formentlig blot sandsynliggøre dette.¹⁰³

Knytter overtrædelsen sig til fejl i de udvælgelseskriterier, der ligger til grund for en tilbudsvurdering, vil det oftest ikke være muligt, at kunne udpege en vinder af kontrakten. Udbuds- eller licitationsbetingelserne kan dermed ikke danne grundlag for en lovlig tildeling.¹⁰⁴ I disse

¹⁰¹ Bl.a. Klagenævnets kendelse af 7. december 2007, Scan-Plast Production A/S mod Herning Kommune og Klagenævnets kendelse af 18. oktober 2011, Jytas A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen.

¹⁰² Se tabel 1 nedenfor. Se Klagenævnets kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt, Klagenævnets kendelse af 4. december 2007, Magnus Informatik A/S mod Skat, Klagenævnets kendelse af 25. januar 2010, J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvsstyrelsen, Klagenævnets kendelse af 20. juli 2010, Otto P. Nedergaard A/S mod Boligforeningen Bispegaarden, Klagenævnets kendelse af 21. september 2010, Balle Blik og VVS ApS mod Boligselskabet Sct. Jørgen, Klagenævnets kendelse af 17. juli 2012, Activ Care A/S mod Billund Kommune, Klagenævnets kendelse af 6. december 2012, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte, Klagenævnets kendelse af 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune, Klagenævnets kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, Klagenævnets kendelse af 29. oktober 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune, Klagenævnets kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune og Klagenævnets kendelse af 19. december 2016, Zöllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune.

¹⁰³ Jf. Klagenævnets kendelse af 27. september, Rent A/S mod Køge Kommune, hvor Klagenævnet konstaterede, at klagen med *”... en til vished grænsende sandsynlighed”* ville have fået tildelt kontrakten angående den ene delaftale, hvis bedømmelsen have været korrekt.

¹⁰⁴ Bl.a. Klagenævnets afgørelse af 23. maj 2016, Svend Pedersen A/S mod Favrskov Kommune, Klagenævnets kendelse af 20. maj 2014, Maxys A/S og Solide Software Development ApS mod Region Sjælland, Klagenævnets

tilfælde vil der kunne søges erstatning for forgæves afholdte udgifter, såfremt klager ikke burde have kendt til overtrædelsen.

Er et kriterium (under- eller delkriterium) uegnet til at vurdere, hvilket tilbud der har været det bedste, vil klager have meget svært ved at bevise, at denne ville have vundet kontrakten. Konstaterer Klagenævnet, at klagers tilbud selv er ukonditionsmæssigt, kan klager heller ikke få positiv opfyldelsesinteresse.¹⁰⁵

Til trods for at klager har sandsynliggjort, at denne ville have vundet kontrakten, kan erstatning for opfyldelsesinteressen alligevel frafaldes, hvis indklagede beviser, at denne ikke ville have tildelt kontrakten til klager.¹⁰⁶ Indklagede skal bevise, at denne ville have aflyst udbudsforretningen, såfremt klager havde vundet kontrakten – f.eks. med henvisning til, at ordregivers budgetramme ville være overskredet. I bevisstyrken ligger der formentlig et krav om sandsynliggørelse, jf. U 2012.2952 H, hvor Kystdirektoratet ikke havde sandsynliggjort dette.¹⁰⁷

Er kriteriet *laveste pris*, eller er klager i øvrigt næstbedst i konkurrencen, efter at det bedste tilbud er vurderet som ukonditionsmæssigt, og er klagers tilbud i øvrigt ikke ukonditionsmæssigt, vil det være ligetil for klager at opnå erstatning for sin positive opfyldelsesinteresse – medmindre ordregiver sandsynliggør, at denne i så fald ville have annulleret udbuddet.

Ordregivers aflysning af udbuddet kan ikke i alle tilfælde benyttes som et ”skjul” for efterfølgende erstatningssøgsmål. Beslutningen om annulation skal være saglig.¹⁰⁸ I sådanne grove eller usaglige

kendelse af 26. november 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut og Klagenævnets kendelse af 18. januar 2011, O K Entreprise A/S mod Tønder forsyning A/S.0

¹⁰⁵ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune.

¹⁰⁶ Klagenævnets kendelse af 3. marts 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland: I forhold til den positive opfyldelsesinteresse mente Klagenævnet ikke at der var årsagssammenhæng mellem den udbudsretlige overtrædelse og den tabte fortjeneste. Indklagede havde anvendt en fejlagtig betegnelse af kravet til ydelsen, som var blevet anvendt i store dele af udbuddet. Indklagede havde tiltrækkelig sandsynliggjort, at denne ville have annulleret udbuddet og genudbudt ydelse, såfremt denne havde vist at betegnelse var misvisende.

¹⁰⁷ Højesterets dom af 15. juni 2012, sag 88/2010, 2. afd., Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, hvor denne bevisbyrde blev fastlagt. Se dog også byretten i Horsens' dom af 20. maj 2009, i sag BS 99-1556/2007. Se også Klagenævnets kendelse af 19. oktober 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet, Klagenævnets kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet, Klagenævnets kendelse af 15. december 2014, BNS Medical AB mod Region Sjælland og Klagenævnets kendelse af 19. januar 2017, Holmrís + Flexfom A/S mod Københavns Kommune.

¹⁰⁸ Bl.a. Klagenævnets kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet, hvor annullationsbeslutningen var saglig.

tilfælde vil klager fortsat kunne opnå erstatning for tab for forgæves afholdte udgifter, samt for mistet fortjeneste.¹⁰⁹

Når Klagenævnet har konstateret, at der foreligger et økonomisk tab, et ansvarsgrundlag og at klager er erstatningsberettiget efter den negative kontraktinteresse eller den positive opfyldelsesinteresse, må klager dokumentere erstatningskravet størrelse.

Skal klager have erstattet sine udgifter, som er afholdt i forbindelse med tilbuddets forberedelse (kontraktinteressen), må klager fremlægge en nøje dokumentation for sine udgifter.

Torsten Iversen beskriver dette som et udgiftstab, ”... som en part lider ved, at han bliver påført en udgift, som han ikke ville være blevet påført, hvis modparten havde opfyldt aftalen efter sit indhold.”¹¹⁰

Til disse udgifter knytter sig tilbudsgivers ordinære¹¹¹ omkostninger afholdt direkte eller indirekte¹¹² i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet, herunder omkostninger afholdt under forhandlingen og i forbindelse med selve kontraheringen.¹¹³ Disse to faser kan i udbudsretlig sammenhæng godt synes sammenhængende, idet der bl.a. kun udtagelsesvist afholdes en egentlig forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver. Under forhandlingen, dvs. i udbudsretlig sammenhæng prækvalifikations- og tilbudsfasen, vil dette konkret medføre ekstra lønudgifter, sagkyndig bistand (eksternt konsulentarbejde)¹¹⁴, rejseudgifter,¹¹⁵ o.l. Kontraheringsudgifter kan fx omfatte omkostninger til juridisk bistand, som påløber i forbindelse med selve

¹⁰⁹ Klagenævnets kendelse af 19. januar 2007, P. Jensen og Sønner Outrup A/S mod Blaabyrg Kommune, hvor klager fik sine udgifter erstattet, og Klagenævnets kendelse af 12. oktober 2004, Køster Entreprise A/S mod Morsø Kommune, der blev opretholdt af Østre Landsret ved dom af 19. december 2005, sag B-3256-04, hvor ”klager” sin mistet fortjeneste erstattet.

¹¹⁰ Torsten Iversen: ”Erstatningsberegning i kontraktforhold”, 2000, 1. udgave, s. 75.

¹¹¹ Ved ordinære omkostninger forstås ifølge Iversen, den type af omkostninger der ”... er kendetegnet ved, at de påløber, selv om der ikke foreligger misligholdelse.” Se ¹¹¹ Torsten Iversen: ”Erstatningsberegning i kontraktforhold”, 2000, 1. udgave, s. 606.

¹¹² Det kan dog være svært at bevise indirekte omkostninger i form af kapacitetsomkostninger, også hvor der er tale om egentlig kapacitetsudvidelse, jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

¹¹³ Torsten Iversen: ”Erstatningsberegning i kontraktforhold”, 2000, 1. udgave, s. 606-608, og Torkil Høg: ”Udbudsretlige erstatningsspørgsmål”, 2005, 1. udgave, s. 218 ff., der beskriver de direkte omkostninger, som omkostninger ”... der i snæver forstand relaterer sig til tilbudsafgivelsen”, mens indirekte omkostninger omfatter en del af virksomhedens faste omkostninger. Høg påpeger dermed også vanskeligheden for tilbudsgiveren ved at bevise, at nogle af disse faste udgifter knytter sig til den konkrete tilbudsafgivelse.

¹¹⁴ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/ Moderniseringsstyrelsen.

¹¹⁵ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 9 februar 2017, Bricks A/S mod Region Midtjylland.

kontraktindgåelsen,¹¹⁶ idet omkostninger til advokatbistand i forbindelse med klagesagen dog ikke kan søges dækket.¹¹⁷

Klager må derfor nøje dokumentere sit tab ved fremlæggelse af oversigt over timeforbrug samt timetakst o.l. Typisk finder Klagenævnet ikke, at dokumentationen er tilstrækkelig udfyldende, hvorfor Klagenævnet i ikke ubetydelig grad fastlægger erstatningen skønsmæssigt.¹¹⁸ Skønnet vil som oftest komme til udtryk i en reduktion af det af klagers opgjorte erstatningsbeløb.

Siden 2007 har Klagenævnet tilkendt erstatning for negativ kontraktinteresse i 28 sager ud af 70 erstatningssager. I 13 af de 28 sager var klagers principale påstand positiv opfyldelsesinteresse. Negativ kontraktinteresse er derfor ikke et sjældent forekommende, og bliver typisk et ”plaster på såret”, hvor der ikke kan opnås positiv opfyldelsesinteresse.

Når klager søger erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, skal klager stilles økonomisk, som om denne havde vundet kontrakten. Iversen beskriver dette som et *”avancetab”*, hvilket *”... er det tab, som en part lider ved, at han nu går glip af den fortjeneste, som han ville have opnået ved kontrakten med modparten...”*.¹¹⁹ Klager skal dermed erstattes sin mistede fortjeneste, hvilket i sig selv kan fremstå hypotetisk, da kontrakten typisk ikke er indgået. Typisk vil klager fremlægge sine udregninger, der ligger til grund for tilbuddet. Klager kan også fremlægge tal for de seneste års opgaver af lignende art, hvilket har til formål at illustrere en sædvanlig overskudsgrad eller et sædvanligt dækningsbidrag.

Realiseringen af det af klagers angivne dækningsbidrag¹²⁰ henstår i Klagenævnets praksis som et betydeligt usikkerhedsmoment. Tilmed indgår overvejelser om usikkerheden i relation til, om

¹¹⁶ Torsten Iversen: *”Erstatningsberegning i kontraktforhold”*, 2000, 1. udgave, s. 607

¹¹⁷ Disse skal dækkes af de tillagte sagsomkostninger, jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland, hvor nævnet udtalte, at der ikke tilkendes *”... erstatning til dækning af udgifter til advokatbistand i forbindelse med den sag, der er til behandling,”* og henviste til sædvanlig rets- og klagenævnspraksis.

¹¹⁸ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 20. juni 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut, Klagenævnets kendelse af 19. november 2012, Rent A/S mod Køge Kommune, Klagenævnets delkendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland

¹¹⁹ Torsten Iversen: *”Erstatningsberegning i kontraktforhold”*, 2000, 1. udgave, s. 67

¹²⁰ Dækningsbidraget er ikke nødvendigvis det samme som den reelle fortjeneste (nettofortjenesten). Hvor bruttofortjenesten er forskellen mellem ydelsens salgpris og dens kostpris, omfatter dækningsbidraget den samlede omsætning for en given periode. Dette skal dække kapacitetsomkostninger, renter og overskud. Dækningsbidraget er dermed ikke kun et udtryk for fortjeneste. Se petitafrsnit i Torsten Iversen: *”Erstatningsberegning i kontraktforhold”*, 2000, 1. udgave, s. 603.

regningsarbejder og optioner¹²¹ ville være blevet accepteret,¹²² som en generel usikkerhed ved klagers opgørelse af bl.a. timepriser og dækningsbidrag, og fordelene ved, at klager har fået frigjort kapital, samt undgået risikoen ved ikke at skulle udføre opgaven.¹²³ Klagers opfyldelsesinteresse opgøres derfor typisk skønsmæssigt¹²⁴ med inddragelse af ovenstående fordele og usikkerhedsmomenter, med det resultat, at klager opnår en erstatningssum, der ligger væsentligt under klagers påståede tab.

I nedenstående tabel illustreres det, hvordan bl.a. disse fordele og usikkerhedsmomenter indvirker på erstatningsudmålingen.

¹²¹ I Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden kunne optioner på forlængelse af rammeaftaler ikke medregnes, da disse optioner var frivillige, og klager dermed ikke kan sandsynliggøre en kontraktforlængelse.

¹²² Se. bl.a. Klagenævnets kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune.

¹²³ Kendelse af 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune og Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, der beskriver det som en samlet procesrisiko.

¹²⁴ Bl.a. Klagenævnets kendelse af 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, Klagenævnets kendelse af 19. november 2012, Rent A/S mod Køge Kommune, Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen og Klagenævnets kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune.

3.1.1. Klagenævnets og domstolenes praksis

Tabellen giver et overordnet overblik over praksis ved Klagenævnet og domstolene.

Tabel 1: Oversigt over Klagenævnets og de ordinære domstoles praksis de seneste 10 år i relation til erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne og tilbudsloven. ¹		
	Klagenævnet	De ordinære domstole
Samlet antal sager:	70	12 ²
Antal af sager hvor tilbudsgiver har fået erstatning:	42	10
Antal sager: Negativ kontraktinteresse påstået:	14	0
Antal sager: Negativ kontraktinteresse tilkendt:	28 ³	3
Antal sager: Positiv opfyldelsesinteresse påstået:	28	10
Antal sager: Positiv opfyldelsesinteresse tilkendt:	15	7
Gennemsnitligt (%) tilkendt beløb set i forhold til tilbudsgivers påståede tab – Negativ kontraktinteresse:	53 %	67 % ⁴
Gennemsnitligt (%) tilkendt beløb set i forhold til tilbudsgivers påståede tab – Positiv opfyldelsesinteresse:	34 %	64 %
¹ De seneste 10 år dækker over perioden 2007 frem til og med 2017 (november). ² Ved optællingen af antallet af de almindelige domstoles afgørelser af udbudsretlige erstatningsspørgsmål, medregnes ikke afgørelser afsagt af foregående instans inden for de almindelige domstole, dvs. byrets- og landsretsafgørelser, der efterfølgende har været behandlet ved en højere instans efter appel. ³ I Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune, fik klager tilkendt både positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse. ⁴ Tallet afspejler dog kun 3 afgørelser.		

Tallene er optalt og udregnet i henhold til Bilag 1.1, 1.2, 2.1 og 2.2, der fremgår nedenfor.

I 28 sager ud af i alt 70 erstatningssager anlagt for Klagenævnet, har Klagenævnet ikke fundet klager erstatningsberettiget.

Tallene afslører, en tilbageholdenhed med at tilkende erstatning, idet 40 % af erstatningssøgsmålene ender med, at klager ikke bliver fundet erstatningsberettiget. Bliver klager fundet erstatningsberettiget, vil denne i flertallet af sagerne få sin negative kontraktinteresse erstattet. I disse tilfælde er fuld erstatning ikke illusorisk men dog stadig vanskelig, idet klager kun i 6 ud af 28 tilfælde har fået sit påståede tab dækket.

Af disse 28 sager hvor Klagenævnet ikke har fundet klager erstatningsberettiget, har 14 afvisninger været begrundet med, at klager burde have været bekendt med overtrædelsen inden tilbudsafgivelsen. Hvor tilbudsgiver har været bekendt med overtrædelsen, men alligevel har budt ind på opgaven, skal tilbudsgiver ikke have erstatning, da tilbudsgiver med fuldt overlæg (ond tro)

har forsøgt at vinde en kontrakt, som denne burde have vidst var ulovlig udbudt. Det er imidlertid svært at vurdere, om tilbudsgiver har den fornødne kompetence til at gennemskue disse overtrædelser – ud over de helt åbenlyse tilfælde – og om dette stiller et for højt krav til tilbudsgivers juridiske kompetence. Er dette tilfældet, og besidder tilbudsgiver ikke selv denne kompetence, nødvendiggør dette, at tilbudsgiver antager juridisk assistance i sin tilbudsforberedelse, hvilket kan være omkostningstungt – særligt i store og komplicerede udbud.

I andre tilfælde har betingelsen om årsagssammenhæng ikke været opfyldt, idet klagers tilbud har været ukonditionsmæssigt, eller fordi udbudskriterierne ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildeling (positiv opfyldelsesinteresse). I ganske få sager har klager ikke bevist et tab, ikke nedlagt påstand om negativ kontraktinteresse, eller ikke bevist, at ordregiver har handlet ansvarspådragende.

De 42 sager der ”består” ”årsagssammenhæng-prøvelsen”, opnår oftest at få opgjort erstatningen efter den negative kontraktinteresse. I 13 af de 28 sager, hvor klager har fået erstattet kontraktinteressen, nedlagde klager principielt påstand om positiv opfyldelsesinteresse. Foruden skuffelsen ved ikke at have udsigt til at kunne få erstattet sin tabte fortjeneste, vil klager kunne forvente, kun at få lidt over halvdelen (53%) af sine forgæves afholdte udgifter erstattet. I de fleste tilfælde nedsættes klagers omkostningsopgørelse skønsmæssigt, men der er også flere sager, hvor klager har fået hele sit påstået tab erstattet.¹²⁵ Generelt må beløbenes karakteriseres som beskedne.

De 15 virksomheder der har opnået positiv opfyldelsesinteresse over de seneste 10 år for Klagenævnet, får i gennemsnit langt fra det beløb, de havde forventet. Kun omkring 1/3 af det påståede beløb, tilkendes gennemsnitligt klager i erstatning for tabt fortjeneste. Det er bemærkelsesværdigt, at domstolene forholdsmæssigt fremstår mere rundhåndede (64%). Umiddelbart forekommer dette helt skævt. Tilbudsgiveren vil kunne se en økonomisk fordel i at anlægge erstatningsspørgsmålet for domstolene fremfor Klagenævnet. En forklarende omstændighed kan imidlertid være den, at domstolenes tal (64 %) er udregnet på baggrund af bare 7

¹²⁵ Klagenævnets kendelse af 14. juli 2008, Thomas Borgå mod Skive Kommune, Klagenævnets kendelse af 13. februar 2009, Labofa Munch A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S og Finansministeriet, Klagenævnets kendelse af 14. december 2009, Ortos A/S mod Odense Kommune, Klagenævnets kendelse af 15. december 2009, Sahva A/S mod Odense Kommune, Klagenævnets kendelse af 16. december 2009, Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune, Klagenævnets kendelse af 9. februar 2010, Barslund A/S mod Københavns Kommune og Klagenævnets kendelse af 1. december 2010, Einar Kornerup Jylland A/S mod Ejerforeningen Parkvænget.

afgørelser¹²⁶ mod Klagenævnets 15 afgørelser. Derudover har flere af Klagenævnets afgørelser omhandlet rammeaftaler, hvor der kan være langt mellem klagers påståede tab og Klagenævnets tilkendte beløb, idet optioner på forlængelse af rammeaftalerne ikke erstattes. Samtidig vil de sager som tilbudsgiveren anlægges for domstolene være nøje overvejet af denne, idet en sådan proces vil være ressourcemæssigt tungt. ”Klager” vil derfor formentlig have en god sag, før at denne vælger at anlægge sagen for domstolene.

Muligheden for at opnå fuld erstatning for mistet fortjeneste vil i alle tilfælde være illusorisk.

Set fra en tilbudsgivers synspunkt afslører tallene en utilfredsstillende tendens. Foruden vanskeligheden ved at opfylde betingelsen om årsagssammenhæng, afslører tallene tilmed, at klager har svært ved at bevise hele sit påståede tab – særligt ved tabt fortjeneste.

Til sammenligning vil Rettens praksis i det følgende blive inddraget.

3.1.2. Erstatning ved Retten

Rettens praksis anses for at udgøre en principiel retskilde ved fastlæggelsens af ansvarsgrundlaget for overtrædelsen af EU’s udbudsregler. I den forbindelse kan det til inspiration for dansk praksis på området være interessant at undersøge Rettens praksis.

EUF-Traktatens art. 340 hjemler institutionernes ansvar uden for kontraktforhold, herunder anskaffelser efter finansforordningen:¹²⁷

”For så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold, skal Unionen i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner...”

De nærmere betingelser for at kunne ifalde et erstatningsansvar fremgår af Rettens praksis.

De almindelige erstatningsbetingelser fremgår bl.a. af Rettens dom i *Brink’s*-sagen¹²⁸, hvorefter erstatningsansvar uden for kontraktforhold skal opfylde følgende kumulative betingelser:

¹²⁶ Se bilag 2.2.

¹²⁷ Finansordningen og dennes gennemførelsesbestemmelser revideres løbende. Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *”EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet”*, 2016, 3. udgave, s. 54.

1. Adfærden, der lægges institutionerne til last, skal være retsstridig,
2. der skal foreligge et virkeligt tab, og at
3. der skal være årsagssammenhæng mellem institutionens adfærd og det påståede tab.

Ifølge Rettens praksis sondres der mellem erstatning i og uden for kontraktforhold, idet der som det klare udgangspunkt ikke tildeles erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, når der ikke foreligger et kontraktforhold, hvilket typisk vil være tilfældet i udbudsretten.

I *Embassy Limousines & Services-dommen*¹²⁹ var der ikke indgået kontrakt, og Retten udtalte derfor, at ”... sagsøgeren ikke gøre krav på erstatning for tabt fortjeneste, da dette vil være ensbetydende med, at en kontrakt, der aldrig har eksisteret, får virkning”.

Sagsøger fik i stedet erstatning for de dokumenterede udgifter ud fra princippet om berettigede forventninger.

Tilsvarende blev erstatning for tabt fortjeneste i *AFCon-dommen*¹³⁰ ikke tilkendt, til trods for, at et bedømmelsesudvalg havde udpeget sagsøgers tilbud som næstbedst, og den vindende tilbudsgiver var blevet udelukket. Kommissionen havde i 117 ud af 120 tilfælde (dvs. 97,5% af tilfældene) valgt at følge bedømmelsesudvalgets forslag, men var i øvrigt ikke forpligtet hertil. Sagsøgers ”... tabte fortjeneste [var derfor] ikke aktuelt, reelt og sikker[t], men hypotetisk”, og kunne ikke dermed ikke erstattes.

Tilsvarende udfald fik *Evropaiki Dynamiki-sagen*.¹³¹ Muligheden for at få erstattet sin mistede fortjeneste forekommer dermed umulig.

Nyere praksis fra Retten i *Agriconsulting-dommen*¹³² peger i retning af, at tab forbundet med omkostninger ved udarbejdelsen af tilbuddet i princippet heller ikke erstattes. Sagsøgers tilbud

¹²⁸ Sag T-437/05, Brink’s Security Luxembourg SA mod Kommissionen, præmis 240. I samme retning Rettens dom, sag T-69/00, FIAMM og FIAMM Technologies mod Rådet og Kommissionen, præmis 160.

¹²⁹ Sag T-203/96, Embassy Limousines & Services mod Europa-Parlamentet, præmis 96.

¹³⁰ Sag T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, præmis 112-114.

¹³¹ Sag T-461/08, Europaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod European Investment Bank (EIB).

¹³² Sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen.

fandtes unormalt lavt, men var i øvrigt ikke behæftet med en ulovlighed, hvad Kommissionen dog havde påstået.¹³³

Retten udtalte:

”Eftersom gennemførelsen af udbudsproceduren [i] nærværende sag ikke har påvirket sagsøgerens muligheder for at få tildelt den pågældende kontrakt, gælder princippet om, at de udgifter og omkostninger, en tilbudsgiver har afholdt for at deltage i et udbud, ikke kan betragtes som et tab, der kan erstattes ved indrømmelse af erstatning med tillæg af renter.”

Afgørelsen blev opretholdt af EU-Domstolen i appelsagen, der dog præciserede, *”... at Retten... ikke på en abstrakt og generel måde fastslog, at ulovligheder, der berører en udbudsprocedure, såsom dem, der i det foreliggende tilfælde påberåbes... aldrig kan give ret til erstatning for en tilbudsgiver.”*¹³⁴

Tilmed følger dommen den almindelige praksis for tilkendelse af tabt fortjeneste, idet EU-Domstolen også afslag for erstatning for fortjeneste, idet et sådan tab er *fremtidigt og hypotetisk*.¹³⁵ Igen havde et bedømmelsesudvalg erklæret sagsøger for vinder, men herudover er bedømmelsesudvalgets erklæring ikke yderligere bindende for kommissionen. Forudsætningen for, at kunne få erstattet sin tabte fortjeneste, er at der foreligger (absolut) vished om at opnå kontrakten.

3.2. Sammenfatning

Det er et almindeligt forekommende i dansk erstatningsret, at erstatningsudmålingen fastsættes skønsmæssigt. For udmålingen gælder to grundlæggende principper; at den erstatningsberettigede har krav på *fuld erstatning* for et *økonomisk tab*, set ud fra et genoprettelsessynspunkt; men at klager modsat heller ikke må opnå en berigelse, jf. berigelsesforbuddet.¹³⁶

¹³³ Præmis 115.

¹³⁴ Sag C-198/16 P, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, præmis 21.

¹³⁵ Præmis 98.

¹³⁶ Se bl.a. U.2012B.271 af Torsten Iversen: *”Erstatningsudmåling i kontraktforhold”*, der også anfører, at der gælder visse undtagelser.

Gomard og Iversen anfører, at ”Ulempen ved i tvivlstilfælde at fastsætte erstatningen for lavt er formentlig anset for mindre end ved at sætte erstatningen for højt”.¹³⁷ Med inddragelse af dette citat samt *tabel 1* fremstår berigelsesforbuddet som vejende tungere end genoprettelsessynspunktet. Udbudsretten er i den sammenhæng ingen undtagelse, idet erstatningsberegningen også her foretages efter dansk rets almindelige regler.

Denne tendens er også indbygget i dansk praksis på udbudsområdet. En overordnet forklaring på misforholdet mellem det påståede beløb og det tilkendte beløb, kan bl.a. forklares ud fra, at tilbudsgiver typisk er optimistisk i sin tabsopgørelse. På den anden side er denne optimisme formentlig forstærket af, at tilbudsgiveren netop er opmærksom på de lave erstatningsbeløb. Tilbudsgiveren har i alt fald svært ved at dokumentere sine tabsposter.

Det er svært at få erstattet sin tabte fortjeneste i dansk udbudsret. Dette er således også bevæggrunden for, at lovgiver har indført en ophævelsespligt i udbudslovens § 185, stk. 2.¹³⁸ Selvom tilbudsgiver beviser, at denne skulle have haft kontrakten, har ordregiver stadig muligheden for at sandsynliggøre, at denne ville have annulleret udbuddet. Der foreligger dermed en ekstra hindring, der ikke i ubetydelig grad finder anvendelse.

Har tilbudsgiveren overbevist Klagenævnet om at have sine tabte fortjeneste erstattet, efterlades tilbudsgiver oftest skuffet hen. Ordregiver vil derimod givetvis være tilfreds. *Frank og Høg* begrundet denne stærkt tilbageholdene praksis med, at det angår høje beløb, og at der er tale om et hypotetisk hændelsesforløb, hvorudfra der skal fastlægges en økonomisk gevinst ved en ikke-indgået kontrakt.¹³⁹

Klagenævnet giver sig da tid til at beskrive, hvilke usikkerhedsmomenter der tilføres selve beregningen, samt de gevinster erstatningen frembyder fremfor kontraktopnåelsen. De opnåede fordele bemærkes ved, at Klagenævnet ofte inddrager, at risikoen ved leveringen af ydelsen, nu er frigjort klager (procesrisiko),¹⁴⁰ samt klagers frigjorte kapital ved erstatning.¹⁴¹

¹³⁷ Bernhard Gomard og Torsten Iversen: ”*Obligationsret 2. del*”, 2011, 4. udgave ved Torsten Iversen, s. 246.

¹³⁸ Jf. forarbejderne til bestemmelsen.

¹³⁹ Morten Frank og Torkil Høg: ”*Håndhævelsesloven med kommentarer*”, 2011, 1. udgave, s. 250.

¹⁴⁰ Bl.a. entreprenørens ansvar for mangler og forsinkelse m.v.

¹⁴¹ Eksempelvis rentegevinster.

Disse betragtninger henviser til grundsætningen om *compensatio lucri cum damno*, hvilket betyder modregning af gevinsten i tabet.¹⁴² Det er væsentligt at påpege, at Klagenævnet yderst sjældent påpeger ulempen ved ikke at opnå kontrakten, heriblandt den manglende mulighed for at kunne yde tillægsarbejder-/køb, udnytte optioner, mistet reference o.l. Dette er formentlig for hypotetisk, men understøtter igen antagelsen om, at berigelsesforbuddet vægter tungere en genoprettelsessynspunktet.

EU-Domstolens *Von Colson-dom*¹⁴³ fastslog, at erstatningen ikke alene skulle være effektiv, men tilmed også afskrækkende. Taget i betragtning af, at det er svært at opnå positiv opfyldelsesinteresse; at den negative kontraktinteresse gennemsnitligt nedskæres til halvdelen af det påståede tab, samt at omkostningserstatningen oftest udgør små beløb; at det er vanskeligt at opgøre sit tab, særligt hvad angår fortjenesten, forekommer det afskrækkende moment decimeret til et ubetydeligt niveau.

Sammenlignet med Rettens praksis er der i dansk ret betydelig højere tilbøjelighed til at tilkende erstatning. Dette gælder særligt den positive opfyldelsesinteresse, hvor erstatning for tabt fortjeneste synes udelukket.

Med *Agriconsulting-sagen* fremstår muligheden for at få dækket sine forgæves afholdte udgifter endda uforholdsmæssig vanskelig. EU-Domstolens efterfølgende kommentar præciserer imidlertid Rettens indsnævrende formulering, men fremkommer desuden ikke med nogen nærmere betragtning end, at erstatningen generelt ikke må være uopnåelig.

At erstatningen er et effektivt retsmiddel, er imidlertid en sandhed med modifikationer. Det er forholdsvist svært, at opnå en erstatning, og umuligt at opnå fuld erstatning. Udmålingsgraden, særligt vedrørende erstatning for fortjeneste, medfører en for tilbudsgiveren utilfredsstillende genopretning. Dette kan virke problematisk, såfremt opsættende virkning ikke i tiltrækkelig grad hindrer skadesvirkningen, som kontraktindgåelsen vil medføre.¹⁴⁴

¹⁴² Torsten Iversen: *"Erstatningsberegning i kontraktforhold"*, 2000, 1. udgave, s. 733, i fodnote 1 på samme side, anfører Iversen dog, at *"Der... ikke er tale om egentlig modregning, idet der ikke består to krav, men om en regneoperation, hvor tab og fordel til en vis grad udligner hinanden."*

¹⁴³ Sag C-14/83, *Von Colson mod Land Nordrhein-Westfalen*, præmis 28.

¹⁴⁴ Klager har dog til en vis grad mulighed for at få bragt til kontrakten til ophør, jf. reglerne om uden virkning og udbudslovens § 185, stk. 2.

4. Sanktionen opsættende virkning

4.1. Formål og retslig virkning

Opsættende virkning spiller en central rolle, når det kommer til effektivt at hindre ordregiver i at tildele kontrakten til den forkerte tilbudsgiver. Ordregiver får muligheden for at rette op på overtrædelsen af udbudsreglerne samtidig med, at tilbudsgiver tillades en fornyet adgang til at komme i betragtning til kontrakten.¹⁴⁵ Sanktionen har derfor stor betydning for effektivitet i håndhævelsessystemet.¹⁴⁶ Tillægges klagen opsættende virkning, må kontrakten ikke underskrives, før at Klagenævnet har taget stilling til klagens materielle spørgsmål.

Opsættende virkning indeholder den fordel, at der kan gribes tidligt ind overfor ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne, således at skadevirkningerne i bedst muligt begrænses, og ordregiver således tidligt i processen har mulighed for at lovliggøre sin udbudsprocedure. Dermed kan ordregiver forpligtes til at bringe det ulovlige forhold i orden, ved fx at omgøre sin tildelingsbeslutning eller ved at genudbyde kontrakten.

Opsættende virkning kan dermed forhindre skadeskonsekvenserne af den ulovlige udbudsforretning, ved at ordregivers udbudsforretning eller beslutninger fastfryses indtil Klagenævnet har truffet endelig afgørelse. Skadesvirkningen kan ramme både ordregiver og tilbudsgiver. Tilbudsgiver får ikke kontrakten, og den økonomiske gevinst der følger med, samtidig med at konkurrenten kan stå stærkere i markedet.¹⁴⁷ Ordregiver vil kunne blive mødt af et erstatningskrav af den forbigåede tilbudsgiver, men nu også af sin medkontrahent, hvis Klagenævnet annullerer ordregivers tildelingsbeslutning, eller kontrakten erklæres for uden virkning.¹⁴⁸

I nogle tilfælde vil opsættende virkning være et nødvendigt middel for at undgå, at klager skal lide en uoprettelig skade, og at den endelige afgørelse dermed står uden reel virkning. Muligheden for at få tillagt opsættende virkning må bl.a. af denne grund ikke være umulig eller uforholdsmæssig

¹⁴⁵ Steen Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"*, 2000, 1. udgave, s. 52.

¹⁴⁶ Steen Treumer: *"Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise"*, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules"*, 2011, 1. udgave, s. 260.

¹⁴⁷ Den vindende tilbudsgiver får værdien af, at kunne pryde sit CV med en ny reference, der om muligt kan stille denne stærkere i fremtidige konkurrencer. Se den italienske model i kapitel *Perspektivering*.

¹⁴⁸ Jf. udbudslovens § 185, stk. 2, der dog opregner nogle undtagelser hertil.

vanskelig, da dette vil hindre en egentlig retsbeskyttelse, og deraf være i strid med kontroldirektivernes formål samt det EU-retlige effektivitetsprincip.

På den anden side udskyder opsættende virkning i sagens natur den udbudte ydelses opfyldelse. Ordregivers udbudsproces forlænges, hvilket i mange situationer kan være uhensigtsmæssigt, da samfundet har en væsentlig interesse i, at en myndighed kan forestå en anskaffelse inden et nærmere fastsat leveringstidspunkt. Statens borgere er i høj grad afhængig heraf. Det kan være et nyt tag på en skole, et nyt IT-system til et hospital, udbedring af veje o.l.

En langsommelig udbudsproces har derfor typisk en negativ samfundsmæssig virkning. Dette hensyn er væsentligt at varetage, hvorfor der må sættes betydelige rammer for at kunne imødekomme en begæring om opsættende virkning. EU-Domstolen, Retten, de almindelige domstole og Klagenævnet stiller i praksis væsentlige krav for at træffe bestemmelse om opsættende virkning.

Foruden hensynet til almenvellet, er der også et væsentligt hensyn at tage til de involverede tilbudsgivere. Disse aktører er bundet af deres tilbud, og vil typisk have indrettet sig herefter.¹⁴⁹

4.1.1. Forholdet til standstill og automatisk opsættende virkning

Det følger af ændringsdirektivet 2007/66:

”Indgivelse af en klage kort før udløbet af standstill-perioden bør ikke bevirke, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, berøves den tid, der som minimum er nødvendig for at gribe ind, navnlig med henblik på at forlænge suspensionen af indgåelsen af kontrakten. Der bør derfor fastsættes en selvstændig minimumsfrist med opsættende virkning, der ikke bør udløbe, før klageinstansen har truffet afgørelse om begæringen.”

På denne baggrund har Danmark i Klagenævnsløven indført regler om automatisk opsættende virkning, der maksimalt løber i 30 hverdage fra klagens indgivelse.

¹⁴⁹ Steen Treumer: *”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”*, 2000, 1. udgave, s. 52.

Opsættende virkning hænger tæt sammen med reglerne om standstill. Indgivelsen af en klage for Klagenævnet i standstill-perioden, medfører automatisk opsættende virkning, indtil Klagenævnet har afgjort om klagen fortsat skal have opsættende virkning.¹⁵⁰ Dette gælder ikke, hvis klagen indgives for de almindelige domstole. Denne medførte beskyttelse medfører, at langt størstedelen af klager indgivet for Klagenævnet indgives i standstill-perioden, og at Klagenævnet i så høj grad behandler spørgsmålet om opsættende virkning.¹⁵¹

Reglerne om standstill gælder kun kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit II og III samt forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. klagenævnslovens § 3, stk. 1. Standstill-forpligtelsen finder dermed ikke anvendelse på indgåelse af kontrakter efter tilbudsloven eller udbudslovens afsnit III, IV og V.

Det antages, at vurderingen af om der foreligger særlige grunde, der kan begrunde opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1 og 2, dvs. uden eller inden for standstill-perioden, er identiske.¹⁵²

En klage skal ikke nødvendigvis indgives i standstill-perioden, for at klagen kan tillægges opsættende virkning. Indgives klagen før eller efter standstill-perioden, må klagen ledsages af en begæring om opsættende virkning, hvis klager ønsker dette prøvet af Klagenævnet.

Standstill-perioden er et tidsrum mellem underretningen om tildelingsbeslutningen er kommet frem til tilbudsgiverne, og frem til kontraktindgåelsen, hvor kontrakten ikke må indgås. I dette tidsrum på minimum 10 dage¹⁵³ er udbudsprocessen sat i bero, hvilket har til formål at sikre forbigående tilbudsgiveres klageadgang, således at ordregiverens eventuelle overtrædelse af udbudsreglerne kan konstateres inden kontrakten underskrives.

¹⁵⁰ En klage kan også indgives både før og efter standstill-perioden, se nedenfor. En kontrakt kan i sjældne tilfælde indgås direkte uden afholdelse af en standstill-periode.

¹⁵¹ Carina Risvig Hamer: *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer*, 2015, 1. udgave, s. 157, der på samme side henviser til ”rapport om serviceeftersyn af det danske klagesystem for udbud december 2012”, der på s. 36 angiver en procentsats på ca. 75 %.

¹⁵² Katja Høegh og Kirsten Thorup: ”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang”, U.2016.403 afsnit 1.2 og afsnit 1.4, fodnote 8.

¹⁵³ I medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 3. Efter stk. 1, nr. 1, varer en standstill-periode: ”10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har afsendt underretning... ad elektronisk vej”, hvilket i år 2017 må være den mest gængse underretningsmetode. Efter stk. 2, kan ordregiver dog fastsætte en længere standstill-periode.

Tidspunktet for indgivelsen af klagen har væsentlig betydning for de følgende retsvirkninger. Afgives klagen inden for standstill-perioden til Klagenævnet, tillægges klagen automatisk opsættende virkning indtil Klagenævnet har truffet afgørelse om, at klagen fortsat skal tillægges opsættende virkning, indtil der er truffet endelig afgørelse.¹⁵⁴ I kendelse af 27. marts 2008 udtalte klagenævnet:

*”Retsvirkningen af, at der indgives klage i standstill-perioden, er således, at kontrakt ikke må indgås, før Klagenævnet har taget stilling til, om klagen skal tillægges opsættende virkning i medfør af lovens § 6, stk. 2 [nu § 12], og denne retsvirkning er ikke betinget af Klagenævnets underretning herom.”*¹⁵⁵

Efter klagenævnslovens § 6, stk. 4 skal klageren skriftligt underrette ordregiveren om, hvorvidt klagen er indgivet i standstill-perioden. Denne meddelelse skal afgives samtidig med, at klagen indgives til klagenævnet. Således hindres ordregiver i uforvarende, hvor klagen er indgivet i standstill-perioden, at indgå kontrakt i den efterfølgende periode, hvor der foreligger automatisk opsættende virkning.

I bl.a. Klagenævnets kendelse af 6. januar 2014¹⁵⁶ trådte den automatiske opsættende virkning dog i kraft, selvom klageren, som foreskrevet efter § 6, stk. 4, ikke havde underrettet ordregiver om klagen, og om hvorvidt denne var indgivet inden for standstill-perioden. Kontrakten kunne derfor erklæres uden virkning. Klagenævnet udtale tilmed, at der ikke stilles særlige formkrav til denne underretning. Det må imidlertid være en konkret vurdering, om kontrakten skal erklæres for uden virkning, når ordregiver ikke har modtaget nogen underretning.

Bestemmelse om opsættende virkning skal være truffet inden udløbet af 30 kalenderdage regnet fra Klagenævnets modtagelse af klagen, såfremt klagen indgives i standstill-perioden.¹⁵⁷ Klagen kan også indgives inden standstill-perioden, og tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12, stk. 1 og bl.a. Klagenævnets kendelse af 28. september 2011.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2. Dette gælder også den af ordregivers frivillige forlængede standstill-periode. Se herfor Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *”EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet”*, 2016, 3. udgave, s. 626, fodnote 77.

¹⁵⁵ Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008, AV Form mod Esbjerg Kommune mfl.

¹⁵⁶ Klagenævnets kendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune. Se i samme retning Klagenævnets kendelse af 7. januar 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune.

¹⁵⁷ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 3 og lovbemærkningerne.

¹⁵⁸ Klagenævnets kendelse af 28. september 2011, Atea A/S mod Københavns Kommune.

Indgives klagen ikke inden for standstill-perioden, skal klagen indeholde en begæring om at klagen ønskes tillagt opsættende virkning. Sagsbehandlingen vil derimod ikke være underlagt en frist på 30 kalenderdage.¹⁵⁹ De 30 kalenderdage er dermed et udtryk for den maksimale sagsbehandlingstid, hvor indenfor Klagenævnet skal træffe afgørelse om opsættende virkning.

En begæring om opsættende virkning kan indgives på følgende tidspunkter:

1. Inden tildelingsbeslutningen og dermed inden standstill-perioden,
2. efter standstill-perioden men inden kontraktindgåelse, eller
3. efter kontraktindgåelsen.

Før håndhævelsesloven af 2010 trådte i kraft, var det efter klagenævnspraksis ikke muligt at tillægge en klage opsættende virkning efter kontraktindgåelsen. Denne praksis er dog ændret i dag.¹⁶⁰

Indgives klagen med begæring om opsættende virkning efter kontraktindgåelsen, kan formålet med opsættende virkning umiddelbart savne mening. Muligheden for at afholde ordregiver fra at overtræde udbudsreglerne er ikke længere til stede, da udbudsforretningen er afsluttet og kontrakten indgået. Efter klagenævnspraksis er hovedreglen, at Klagenævnet i disse tilfælde helt undlader at træffe afgørelse om opsættende virkning.

I Klagenævnets kendelse af 16. juni 2010,¹⁶¹ blev klagen indgivet efter standstill-perioden og indklagede havde derfor indgået kontrakten. Klagenævnet udtalte i den sammenhæng:

”En beslutning om opsættende virkning indebærer, at udbudsproceduren skal standses, og at der ikke må indgås kontrakt.”

Klagenævnet henviste til, at der var indgået kontrakt, og fortsatte:

*”Udbudsproceduren er dermed afsluttet, og det savner derfor mening at tage stilling til, om der skal tillægges klagen opsættende virkning.”*¹⁶²

¹⁵⁹ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 4, og § 12, stk. 3 modslutningsvist.

¹⁶⁰ Claus Berg: *”Udbudsret i byggeriet”*, 2012, 1. udgave, s. 875.

¹⁶¹ Klagenævnets kendelse af 16. juni 2010, KMD A/S mod Middelfart Kommune.

¹⁶² Se også Katja Høegh og Kirsten Thorup: *”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang”*, U.2016.403 afsnit 1.2 og afsnit 2.2 med henvisning til kendelse af 25. februar 2016, SIM Lægevagtkørsel I/S

Bandt andet på baggrund af Klagenævnets eget ønske, blev der efter ikrafttrædelsen af håndhævelsesloven af 2010¹⁶³ mulighed for at få klagen tillagt opsættende virkning, trods kontrakten er indgået, og dermed hindre leveringen af fremtidige ydelser i henhold til kontrakten.

Muligheden herfor kan bl.a. forekomme i tilfælde af ulovlig direkte tildeling, dvs. uden afholdelse af udbud. Her vil Klagenævnet have mulighed for, at bringe kontrakten til ophør, jf. reglerne om uden virkning,¹⁶⁴ og dermed vil opsættende virkning kunne betyde en begrænsning af den skadevirkning kontraktophøret måtte medføre.¹⁶⁵

Klagenævnet kan i øvrigt vælge at udskyde spørgsmål til særskilt behandling, der tidsmæssigt ikke ligger samme med behandlingen af den materielle kendelse. I sager om opsættende virkning, erstatningsspørgsmål, aktindsigt og beslutning om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen kan Klagenævnet således bestemme at behandle spørgsmålene i selvstændige delkendelser. Ikke alle disse delkendelser offentliggøres. Forståelsen af praksis om opsættende virkning i dansk udbudsret hviler i høj grad på Klagenævnets delkendelser om opsættende virkning, der i sagen natur afgives før selve hovedsagen afgøres, og er udførligt udarbejdet.

Klagenævnet udviser til tider en væsentlig effektivitet. Dette illustreres bedst i Klagenævnets såkaldte "*strakskendelser*".¹⁶⁶ I stedet for at afsige kendelse om opsættende virkning, færdigbehandler Klagenævnet sagens realitet inden for 30 dage. Det kræver dog selvsagt, at sagen ikke indeholder for mange (vanskelige) klagepunkter, men også at Klagenævnet i øvrigt ikke er overbebyrdet.¹⁶⁷

mod Region Syddanmark, kendelse af 5. juli 2016, Lekolar LEIKA A/S mod KomUdbud v/ Randers Kommune, og kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG.

¹⁶³ Lov nr. 492 af 12. maj 2010.

¹⁶⁴ Lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

¹⁶⁵ Katja Høegh og Kirsten Thorup: "*Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*", U.2016.403 afsnit 2.2. Se også Klagenævnets høringssvar til håndhævelsesloven af 2010, høringssvar af 27. november 2009 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

¹⁶⁶ Katja Høegh og Kirsten Thorup: "*Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*", U.2016.403 afsnit 2.3. Forfatterne anvender her betegnelsen.

¹⁶⁷ Se eksempelvis Klagenævnets kendelse af 5. april 2016, Brian Madsen mod Slagelse.

Kommune, Klagenævnets kendelse af 23. oktober 2015, BKI mod Fællesudbud Sjælland og Klagenævnets kendelse af 25. marts 2015, ZENZO Group ApS mod Horsens Kommune.

4.1.2. Andre postkontraktuelle sanktioner

Foruden muligheden for at kræve erstatning, samt få tillagt en allerede indgået kontrakt opsættende virkning, kan ordregiver være forpligtet til, at bringe en allerede indgået kontrakten til ophør, gennem reglerne om *uden virkning* og efter udbudslovens § 185, stk. 2.

Hvor udbuddet gennemføres efter reglerne i udbudsloven,¹⁶⁸ kan ordregiver være forpligtet til at bringe en kontrakt til ophør, hvis Klagenævnet annullerer ordregivers tildelingsbeslutning.¹⁶⁹ Der er dog fortsat undtagelser til denne kontraktbrudssituation, som følge af visse hensyn. Samfundsmæssige hensyn vil kunne tale imod at bringe kontrakten til ophør. Samtidig vil en tilbudsgiver, der har fået erstatning efter den positive opfyldelsesinteresse, heller ikke kunne få bragt kontrakten til ophør.¹⁷⁰ Man kan naturligvis ikke få mulighed for at byde ind på en kontrakt, hvor man har fået erstatning for tabt fortjeneste.

Må kontrakten bringes til ophør efter bestemmelsen, har ordregiver fortsat tid at løbe på, idet:

1. alle appelmuligheder skal være udtømt,
2. kontrakten skal bringes til ophør med et efter forholdene passende varsel, eller
3. hvis ordregiver gennemfører ny udbudsprocedure, skal kontrakten først være bragt til ophør, når den nye udbudsprocedure er afsluttet.¹⁷¹

Dermed kan kontrakten nå at blive opfyldt helt eller delvist, før at kontrakten bringes egentlig til ophør, og bestemmelsen kan derfor i nogle tilfælde stå uden reel virkning. Siden bestemmelsens ikrafttrædelse er der, så vidt vides, kun én kendelse hvor at tildelingsbeslutningen er blevet annulleret. Kendelsen er fra 23. marts 2017,¹⁷² og efter det oplyste afventede indklagede Klagenævnets endelige kendelse, selvom at klagen ikke var tillagt opsættende virkning. Efter at Klagenævnet tog klagers annulationspåstand til følge, er ydelsen er blevet genudbudt. Derfor har

¹⁶⁸ Reglen i udbudslovens § 185, stk. 2, finder således ikke anvendelse på tilbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet eller koncessionsdirektivet.

¹⁶⁹ Før vedtagelsen af 2007 kontrolloven var der ingen regulering af ulovlige tildelingsbeslutninger. Alcatel Austria-dommen (C-81/98) indførte en pligt for ordregiver til at afholde en standstill-periode, efter en sag hvor tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen blev foretaget samme dag, og det derfor ikke var muligt, at sikre en effektiv klageadgang. Håndhævelsesdirektivet af 2007 stiller et minimumskrav om en standstill-periode, samt at kontrakten kan erklæres for "uden virkning" hvis dette ikke overholdes.

¹⁷⁰ Se mere om denne nye sanktionsmulig i underkapitlet om *fumus boni juris*.

¹⁷¹ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 185, stk. 2.

¹⁷² Klagenævnets kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune.

indklagede undgået, at skulle bringe kontrakten til ophør efter lovens § 185, stk. 2.¹⁷³ Dette kunne pege i retning af, at lovens § 185, stk. 2 har en præventiv virkning.

Klagenævnet har også mulighed for at sanktionere ordregiver ved at erklære en allerede indgået kontrakt for *uden virkning*. Reglerne herfor fremgår at Klagenævnslovens §§ 16-17 og blev indført i kontroldirektiverne ved vedtagelsen af ændringsdirektivet af 2007. Det er kun de kontrakter, som er udbudt efter reglerne i udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet, der kan erklæres for uden virkning.¹⁷⁴ Klagenævnslovens § 17, stk. 1 oplister de overtrædelser, hvor Klagenævnet skal erklære kontrakten for uden virkning. Har ordregiver bl.a., 1) tildelt kontrakten direkte i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne¹⁷⁵, eller 2) indgået kontrakten i en standstill-periode, i en periode med automatisk opsættende virkning eller en periode hvor en klage er tillagt opsættende virkning og samtidig overtrådt udbudsloven eller EU-udbudsreglerne, skal kontrakten erklæres for uden virkning.¹⁷⁶

Indtil ændringerne af kontroldirektiverne i 2007 og EU-Domstolens dom i fra 2007, var det den klare hovedregel, at ulovligt indgåede kontrakter ikke kunne bringes til ophør. End ikke hvor kontrakten var direkte, ulovligt indgået, hvilket ifølge EU-Domstolen principielt anses som den groveste overtrædelse af EU's udbudsregler.¹⁷⁷

I sagen C-503/04, *Kommissionen mod Tyskland*, fastslog EU-Domstolen en hævepligt, idet Tyskland ikke havde efterkommet foregående domme, der havde konkluderet, at Tyskland havde indgået to kontrakter ulovligt. Kontrakterne var indgået uden afholdelse af udbud. EU-Domstolen fandt dermed, at der i visse tilfælde foreligger en pligt for medlemsstaternes til at ophæve kontrakten.¹⁷⁸

¹⁷³ Undertegnede fik denne information ved at tage direkte kontakt til indklagede, der kunne fortælle, at et genudbud var tæt på sin afslutning.

¹⁷⁴ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 19. september 2012, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Hovedstaden.

¹⁷⁵ Jf. dog reglerne om profylaksebekendtgørelsen i Klagenævnslovens § 4.

¹⁷⁶ Se også lovens § 17, stk. 1, nr. 3-4 omhandlende kontrakter baseret på dynamiske indkøbssystemer og rammeaftaler, samt lovens § 16, stk. 1, nr. 1-2, hvorefter Klagenævnet kan erklære kontrakten for uden virkning.

¹⁷⁷ Steen Treumer: "*Erstatnings for overtrædelse af EU's udbudsregler*", i bogen af Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup & Niels Fenger (red.): "*Offentlige myndigheders erstatningsansvar*", 2017, 1. udgave, s. 326 og 332, og EU-Domstolens dom *Stadt Halle*, i sag. C-26/03, præmis 37.

¹⁷⁸ Carina Risvig Hamer: "*Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer*", 2015, 1. udgave, s. 402.

Hjemlen hertil må antages at være effektivitets- og loyalitetsprincipperne samt EU-Traktatens¹⁷⁹ art. 4, stk. 3, hvorefter det følger, at *"Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne."* Bestemmelsen har tidligere været anvendt til reguleringen af medlemslandenes handlepligt ved reguleringen af det indre marked, hvilket EU-udbudsreglerne også har til formål af sikre.¹⁸⁰

Det blev da fremhævet efterfølgende i bl.a. kontroldirektivet (89/165), at det er op til national ret at fastlægge følgerne af uden virkning.¹⁸¹ I dansk udbudsret har man håndteret dette ved at fastlægge, at Klagenævnet for fremtidige leverancer i bl.a. ovenstående grove tilfælde kan erklære en kontrakt for uden virkning med den konsekvens, at Klagenævnet udsteder påbud om, *"at ordregiveren skal bringe kontrakten til ophør"* i medfør af klagenævnslovens § 13, stk. 2.

4.2. Opsættende virkning i dansk udbudsret

4.2.1. Historik og baggrund

Opsættende virkning i dansk udbudsret blev for første gang vedtaget i dansk lov i daværende Klagenævnslov af 1991.¹⁸² I loven var opsættende virkning opdelt i to bestemmelser.

Lovens § 5 gav Klagenævnet kompetence til, at *"... midlertidigt afbryde en udbudsprocedure"*, mens lovens § 10 tilsagde: *"En klage har kun opsættende virkning, i det omfang dette er fastsat i lovgivningen. Hvor særlige grunde taler derfor, kan nævnet eller formanden på dets vegne dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning."*

¹⁷⁹ Traktaten om Den Europæiske Union.

¹⁸⁰ Steen Treumer: *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?"* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *"EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden"*, 2006, 1. udgave, s. 109, og Steen Treumer: *"Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise"*, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules"*, 2011, 1. udgave, s. 273

¹⁸¹ Jf. artikel 2d, stk. 2.

¹⁸² Lov nr. 344 af 6. juni 1991, lov om Klagenævnet for Udbud.

Af lovbemærkningerne til lovens § 10 fremgik dog, at der ikke var nogen lovgivning, der tillagde en klage opsættende virkning automatisk.¹⁸³ I forlængelse heraf fremgik, at ”... *Den fornødne fleksibilitet, jf. også § 5, opnås ved, at nævnet i enkelte tilfælde kan træffe bestemmelse om opsættende virkning.*”¹⁸⁴

Opsættende virkning er en undtagelsesmulighed, og der var fra start af i 1991 lagt op til en forsigtig brug af sanktionen. Ved klagenævnsløven af 2000,¹⁸⁵ der erstattede den daværende, blev de tidligere bestemmelser om opsættende virkning sammenskrevet i § 6, stk. 2, der i sit væsentlige minder om den nugældende bestemmelse.

I dag eksisterer der stadig to bestemmelser om opsættende virkning i § 12 og § 13, stk. 1, nr. 1 i klagenævnsløven. Lovens § 12 angår opsættende virkning og automatisk opsættende virkning, mens § 13, stk. 1, nr. 1 angår suspension. Hvor opsættende virkning forbyder ordregiver at indgå kontrakten, betyder suspension, at en udbudsprocedure eller deraf tilknyttede beslutninger suspenderes. Det er vanskeligt at udlede den store forskel på opsættende virkning og suspension, da § 13, stk. 1, nr. 1 om suspension næppe har et selvstændigt indhold i forhold til § 12. Sanktionen, suspension, og dens formål synes allerede at være indeholdt i bestemmelsen om opsættende virkning.¹⁸⁶ Der er muligvis tale om en overskudsregel.

Klagenævnet har dets oprettelse i 1991 tillagt opsættende virkning i 31 sager.¹⁸⁷ Fra Klagenævnets kendelse af 4. december 2000 til kendelsen af 20. februar 2007 blev der ikke tillagt én klage opsættende virkning.¹⁸⁸ En periode på knap 7 år. Perioden opstod efter, at Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997¹⁸⁹ blev mødt af kritik af Østre Landsret i dom af 16. august 2000.¹⁹⁰ Østre Landsret mente ikke, at Klagenævnet i sin vurdering havde forholdt sig til byggeriets stramme tidsplan, samt at Klagenævnet burde have forudset de grunde, der ledte til, at Klagenævnet ikke efterfølgende annullerede indklagedes tildelingsbeslutning.

¹⁸³ Lovforslag L 86, af den 23. januar 1991.

¹⁸⁴ Se også Carina Risvig Hamer: *”Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer”*, 2015, 1. udgave, s. 336.

¹⁸⁵ Lov nr. 415 af 31 maj 2000, om Klagenævnet for Udbud.

¹⁸⁶ Se Morten Frank og Torkil Høg: *”Håndhævelsesloven med kommentarer”*, 2011, 1. udgave, s. 189-190, og om overlappende beføjelser.

¹⁸⁷ 32 sager hvis man tæller.

¹⁸⁸ hhv. Klagenævnets kendelse af 4. december 2000, Renoflex A/S mod Vestforbrænding og Klagenævnets kendelse af 20. februar 2007, Bangs Gård mod Esbjerg Kommune.

¹⁸⁹ Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schulz A/S mod Undervisningsministeriet.

¹⁹⁰ Østre Landsrets dom af 16. august 2000, i sag B-1654-97 m.fl., Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard & Schultz A/S. Samtidig første klagenævnsafgørelse der er indbragt for domstolene.

Opsættende virkning gives kun undtagelsesvist, hvilket bl.a. understreges ved, at Klagenævnet i perioden fra 2007 til og med 2016 kun gav opsættende virkning 20 gange i hele 1.226 sager.

Det må på den baggrund konstateres, at Klagenævnet er tilbageholdende med at tillægge en klage opsættende virkning. Det har været diskuteret i den danske udbudsretlige litteratur, om denne tilbageholdenhed er i overensstemmelse med effektivitetsprincippet.¹⁹¹ En del af debatten tager formentlig afsæt i den omtalte 7-årige periode, hvor ikke én eneste klage blev tillagt opsættende virkning.

Treumer tog også del i debatten i sin artikel af 2006 *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?"*, idet det på daværende tidspunkt (2006) praktisk talt syntes umuligt at få klagen tillagt opsættende virkning. Treumer anførte, *"... at det er tvivlsomt om forholdet er i overensstemmelse med effektivitetsprincippet."*¹⁹² Allerede året forinden i 2005 blev samme problem italesat af Hjelmberg, Jakobsen og Poulsen i bogen *"EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder"*¹⁹³. Selvsamme forfattere fastholdte dette synspunkt i 2011 ved deres 2. udgave af samme bog.¹⁹⁴ I bogens 3. udgave forekommer standpunktet dog forladt.

Frank og Høg har tilmed sat spørgsmålstegn ved Klagenævnets praksis på området i deres bog *"Håndhævelsesloven med kommentarer"* fra 2011, hvori forfatterne anfører, *"Meget taler for, at praksis er så restriktiv, at den er til hinder for en effektiv prækontraktuel håndhævelse – i modstrid med kontroldirektivernes formål."*¹⁹⁵ Forfatterne konkluderer, at *"Meget taler således for, at praksis om opsættende virkning genovervejes, herunder især praksis vedrørende uopsættelighed (betingelse nr. 2)."*¹⁹⁶

¹⁹¹ Se i diskussionen nedenfor. Carina Risvig Hamer henviser også til debatten i *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, s. 339-340.

¹⁹² Steen Treumer: *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?"* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *"EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden"*, 2006, 1. udgave, s. 106.

¹⁹³ Fra 2005, 1. udgave, s. 362, fodnote 27.

¹⁹⁴ *"EU-udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, forsyningsvirksomhedsdirektivet"*, 2011, 2. udgave s. 543.

¹⁹⁵ Morten Frank og Torkil Høg: *"Håndhævelsesloven med kommentarer"*, 2011, 1. udgave, s. 175.

¹⁹⁶ Morten Frank og Torkil Høg: *"Håndhævelsesloven med kommentarer"*, 2011, 1. udgave, s. 178.

Siden forekommer debatten forstummet i den juridiske litteratur. At Klagenævnet nu i beskedent omfang tillægger klager opsættende virkning kan være forklaringen. Imidlertid har Klagenævnet i perioden fra 2012 til og med 2016 kun tillagt opsættende virkning i 11 ud af i alt 273 mulige sager.¹⁹⁷ Knap hver 25 klage, der er indgivet i standstill-perioden eller andre klager der indeholder anmodning om opsættende virkning, tillægges i gennemsnit opsættende virkning. Tallene i 2017 peger i nogenlunde samme retning, hvor Klagenævnet i et enkelt tilfælde har tillagt sagen opsættende virkning.¹⁹⁸

Der er ikke foretaget nogen materiel ændring af reglerne om opsættende virkning i forhold til den tidligere Håndhævelseslov. Både den tidligere og den nuværende bestemmelse der omhandler opsættende virkning, er i det væsentligste enslydende. De nærmere betingelser for om der foreligger særlige grund, er ikke reguleret i hverken den tidligere håndhævelseslov eller den nugældende klagenævnslov. Betingelserne fremgår i stedet af Klagenævnets praksis, der er udledt af EU-Domstolens og Rettens procesreglementer samt praksis.

4.2.2. Betingelserne for opsættende virkning

I *Kuwait Petroleum*-kendelsen¹⁹⁹ fra 2007 offentliggjorde Klagenævnet for første gang en kendelse, der omtalte de nuværende betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning. I generelle vendinger udtrykte Klagenævnet således følgende betingelser, om at:

1. *klagen har noget på sig» eller umiddelbart synes håbløs for klageren (»Fumus boni juris«),
og*
2. *om der foreligger uopsættelighed, det vil sige, om det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for klageren.*
3. *Desuden skal Klagenævnet foretage en interesseafvejning.*²⁰⁰

Betingelserne er kumulative, hvilket indebærer, at alle betingelserne skal være opfyldt, førend at klagen kan tillægges opsættende virkning. Er betingelsen om *fumus boni juris* ikke opfyldt, fordi klagen er umiddelbart håbløs, er Klagenævnet ikke forpligtet til at tage stilling til de to øvrige

¹⁹⁷ Klagenævnets årsberetning 2016.

¹⁹⁸ Klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark.

¹⁹⁹ Klagenævnets kendelsen af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum mod Sønderborg Kommune.

²⁰⁰ Tilsvarende betingelser udtrykte Klagenævnet i kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S. Kendelsen omtales nærmere nedenfor.

betingelser. I bl.a. Klagenævnets kendelse af 17. januar 2011²⁰¹ fastlog Klagenævnet, alene på baggrund af manglende fumus, at klagen ikke kunne tillægges opsættende virkning.²⁰² Samtidig er det vigtigt at fastslå, at afgørelsen om opsættende virkning ikke præjudicerer sagens endelige afgørelse.²⁰³ Afgørelsen af, om der foreligger fumus eller ej, synes imidlertid i langt størstedelen af tilfældene, at blive efterlevet i den endelige afgørelse, jf. kapitel 4.2.2.1. *Fumus boni juris – røg af god ret.*

Redegørelsen for, på hvilken baggrund Klagenævnet træffer beslutning om opsættende virkning, blev fremlagt som følge af indklagedes protest mod, at Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning. Om tilsvarende betingelser systematisk har været anvendt i forudgående afgørelser er vanskeligt at vurdere, idet Klagenævnet ikke tidligere begrundede deres afgørelser om opsættende virkning, ligesom at mange kendelser herom slet ikke blev offentliggjort.²⁰⁴ I dag er der kommet langt mere gennemsigtighed på området, idet spørgsmålet om opsættende virkning offentliggøres hyppigt og detaljeret i Klagenævnets delkendelser og materielle kendelser.²⁰⁵

Andetsteds er det anført, at Klagenævnet bevidst udspecificerede de nærmere betingelser for opsættende virkning af hensyn til dem, der arbejdede med udbudsretten. En offentliggørelse ville dermed gennemsigtiggøre retsstillingen på området.²⁰⁶ På Klagenævnets hjemmeside www.klfu.dk offentliggøres alle materielle kendelser og erstatningskendelser, mens delkendelser om opsættende virkning kun offentliggøres i det omfang, at delkendelsen har almen interesse.²⁰⁷

Noget kunne dog tyde på, også med henvisning til 1991-lovens lovbemærkninger, at Klagenævnets praksis har været anderledes. I Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997²⁰⁸ blev afgørelsen om opsættende virkning ”... *Truffet ud fra en afvejning af sagens omstændigheder*”. Klagenævnet angav endvidere, at ”*Afgørelserne af spørgsmål som de nævnte (herunder opsættende virkning) beror på overordnede vurderinger, i hvilke der ikke indgår noget hensyn til de konkrete interesser hos de tilbudsgivere, der måtte blive berørt af afgørelserne.*”

²⁰¹ Klagenævnets kendelse af 17. januar 2011, Danmarks Miljøundersøgelser mod By- og Landskabsstyrelsen.

²⁰² Klagen blev, i overensstemmelse med afgørelsen om manglende fumus, ikke taget til følge.

²⁰³ Klagenævnet for Udbud, Årsberetning 2016, s. 11.

²⁰⁴ Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: ”EU-udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet”, 2016, 3. udgave, s. 627.

²⁰⁵ Carina Risvig Hamer: *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer*, 2015, 1. udgave, s. 337.

²⁰⁶ Steen Treumer: ”*Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise*”, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): ”*Enforcement of the EU Public Procurement Rules vol. 3*”, 2011, 1. udgave, s. 263.

²⁰⁷ Klagenævnet for Udbud, Årsberetning 2016, s. 17-18.

²⁰⁸ Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Undervisningsministeriet.

Året efter udtalte Klagenævnet i kendelse af 1. juli 1998.²⁰⁹

”Som begrundelse for at tillægge klagen opsættende virkning anførtes, at indklagede, så vidt det fremgik af sagen, ikke havde disponeret på en måde, der eventuelt kunne medføre retlig forpligtelse for indklagede.”

Begge sager blev i øvrigt tillagt opsættende virkning.

I Klagenævnets af 2. maj 2001²¹⁰ udtalte Klagenævnet sig kun om interesseafvejning, der dog var et skridt nærmere den åbenhed og de betingelser, vi kender fra Klagenævnet i dag. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning med følgende begrundelse:

”Klagenævnet lagde herved vægt på en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger og på en afvejning af Forlaget Magnus' interesse i en afgørelse om opsættende virkning på den ene side og den samfundsmæssige interesse i, at leveringen af den omhandlede tjenesteydelse iværksættes i overensstemmelse med Told og Skats planlægning. Klagenævnet understregede samtidig, at nævnets afgørelse om opsættende virkning ikke var udtryk for en forhåndsvurdering af klagen eller en stillingtagen på forhånd til annullationspåstanden.”

Det er gjort gældende, at klager, før betingelsernes indtræden, har måttet sandsynliggøre, at indklagede har begået en klar og grov overtrædelse af udbudsreglerne, samtidig med at almenvellets interesser har været inddraget i vurderingen.²¹¹

Med undtagelse af disse enkelte kendelser²¹² har Klagenævnets bemærkninger om opsættende virkning, før dennes praksis om at offentliggøre delkendelser om opsættende virkning, været følgende:

”Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud ... skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Klagenævnet

²⁰⁹ Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998. Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt.

²¹⁰ Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen.

²¹¹ Se bl.a. Erik Hørlyck: *”EU-Udbud”*, 1997, 1. udgave, s. 75 og Steen Treumer: *”Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler”*, 2000, 1. udgave, s. 52-54, samt kontroldirektivernes art. 2, stk. 2, der fastsætter, at der kan tages højde for *almenvellet* ved bedømmelsen af om midlertidige foranstaltningen skal pådømmes.

²¹² Kuwait Petroleum-kendelsen er således den første mærkbare kendelse, der udtrykker de principielle betingelser for opsættende virkning.

[besluttede] ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde... ”.²¹³

Først i kendelse af 14. juli 2009²¹⁴ gengav Klagenævnet igen betingelsen om uopsættelighed. Klagenævnet konstaterede imidlertid blot, at uopsættelighed ikke var opfyldt, idet klager ikke ville lide et uopretteligt tab. På dette tidspunkt eksisterede der fortsat en vis lukkethed om Klagenævnets begrundelse bag medhold/afvisning af en begæring om opsættende virkning.

Det må imidlertid bemærkes, at Klagenævnet efter *Kuwait Petroleum*-kendelsen, og efter en forsigtig begyndelse, i stærkt stigende grad udtaler sig om den nærmere begrundelse og overvejelserne bag opsættende virkning.

Som anført ovenfor under kapitlet *Opsættende virkning* er de nuværende betingelser for opsættende virkning, samt kravet til betingelsernes opfyldelse, en nøjagtig kopi af Rettens og Domstolens praksis. Betingelserne er imidlertid ikke direktivfastsatte, og det er derfor op til hver medlemsstat selv at vurdere, hvilke betingelser der skal ligge til grund for at træffe bestemmelse om opsættende virkning, jf. princippet om processuel autonomi.²¹⁵ Helt frie tøjler har medlemsstaterne dog ikke, idet rammerne i kontroldirektivernes art. 2, stk. 4 og dets formål som minimum må overholdes, samt fordi håndhævelsen skal kunne stå til måls med det EU-retlige effektivitetsprincip.

I *CS Austria*-dommen²¹⁶ forelagde det østrigske klageorgan et præjudicielt spørgsmål for Domstolen, og udtalte da følgende:

”Da der ikke er vedtaget særlige fællesskabsregler på området, tilkommer det derfor hver medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte de nærmere betingelser, hvorunder de instanser, som er ansvarlige for klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, kan træffe foreløbige forholdsregler, hvorved der skal tages hensyn til formålet med direktiv 89/665, hvorefter det skal sikres, at der effektivt og så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, såfremt der foreligger overtrædelse af de

²¹³ Henvis til sager der har denne beskrivelse.

²¹⁴ Klagenævnets kendelse af 14. juli 2009, Update Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune.

²¹⁵ Steen Treumer: *”National håndhævelse af EU’s udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?”* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *”EU’s udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden”*, 2006, 1. udgave, s. 104.

²¹⁶ Sag C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH mod Allgemeine Unfallversicherungsanstalt.

fællesskabsretlige bestemmelser om offentlige kontrakter eller de nationale gennemførelsesbestemmelser hertil.”²¹⁷

EU-Domstolen fortsatte:

*”... i henhold til fast retspraksis skal medlemsstaterne sørge for, at de nationale gennemførelsesbestemmelser ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og at de heller ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet)...”.*²¹⁸

Om Klagenævnet har adopteret EU-Domstolens og Rettens praksis med den begrundelse, at dette er den mest farbare vej, set i forhold til om Klagenævnets praksis på pågældende område er i overensstemmelse med EU-retten, kan man kun gisne om. Det må antages, at Klagenævnet eller lovgiver har en vid ramme til, at opstille kriterier og procedurer for opsættende virkning.²¹⁹ Foruden selve spørgsmålet om effektivitetsprincippet er overholdt, må denne vide mulighed også give anledning til spørgsmålet om, hvorvidt nuværende praksis er hensigtsmæssig. I den forbindelse er det bemærkelsesværdigt, at Klagenævnet har valgt samme praksis som EU-Domstolen, hvor Klagenævnet eller lovgiver har haft mulighed for at fastsætte andre betingelser.

I det følgende vil betingelserne *fumus boni juris*, *uopsættelighed* og *interesseafvejning* gennemgås ved inddragelse af Klagenævnets, EU-Domstolen og Retten praksis.

²¹⁷ Præmis 30.

²¹⁸ Præmis 31.

²¹⁹ Steen Treumer: *”Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise”*, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *”Enforcement of the EU Public Procurement Rules”*, 2011, 1. udgave, s. 264.

4.2.2.1. Fumus boni juris – en røg af god ret

Klager skal sandsynliggøre, at der foreligger *fumus boni juris*²²⁰, hvilket direkte oversat betyder *en røg af god ret*. Klagenævnet tager i den forbindelse stilling til om klagen efter en foreløbig vurdering, har noget på sig, eller synes udsigtsløs. Dette må klager sandsynliggøre for Klagenævnet. I Klagenævnets kendelse af 7. juni 2010²²¹ havde klageren sandsynliggjort, at betingelsen om fumus var opfyldt, mens Klagenævnet i kendelsen af 1. maj 2012²²² ikke mente, at klager havde løftet denne bevisbyrde (om fumus).

Betingelsens opfyldelse kræver imidlertid også, at karakteren af den påståede overtrædelse kan føre til annullation af ordregivers tildelingsbeslutning. Dette betyder *de facto*, at klager i sit klageskrift må nedlægge en annullationspåstand. Er der ikke udsigt til annullation af tildelingspåstanden, eller har klager undladt et nedlægge påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, er fumus-betingelsen ikke opfyldt.²²³

I flere sager bliver Klagenævnets afvisning eller konstatering af fumus også sagens endelige kendelse, da klager efterfølgende hæver sagen eller indklagede annullerer udbuddet. Klager er i den forbindelse opmærksom på, at denne ikke vil få medhold i sin klage, medmindre klagen tilføres ny dokumentation, eller at klager ændrer påstand. Disse kendelser betegnes *fumuskendelser*. I modsat fald er indklagede bevidst om, at dennes tildelingsbeslutning vil blive annulleret, og at der kan blive rejst en efterfølgende erstatningssag. Klagenævnets stillingtagen til fumus har derfor stor betydning for sagens videre forløb.²²⁴

I en kompleks sag af 26. september 2014²²⁵ udtalte Klagenævnet imidlertid, at de ikke ville forholde sig til spørgsmålet om fumus, idet man med henvisning til 30-dages fristen, indenfor hvilken Klagenævnet skal træffe afgørelse om opsættende virkning, ikke fandt det ”... *forsvarligt at udtale*

²²⁰ Retten i Første Instans har dog også i kendelse af 4. februar 2014, sag T-644/13 R, Serco Belgium SA mfl. mod Kommissionen brugt betegnelsen ”*prima facie*” i stedet for *fumus boni juris*. Direkte oversat betyder *prima facie* ”ved første blik”. Kendelsen er skrevet på engelsk, hvilket er usædvanligt, da Rettens sprog er fransk. Normalt udfærdiges kendelserne derfor på fransk. *Prima facie* er brugt i den engelske ret, og der sigtes formentlig ikke til en ændring af betingelsen, på trods af at der muligvis foreligger en mindre forskel i begrebernes indhold.

²²¹ Klagenævnets kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S.

²²² Klagenævnets kendelse af 1. maj 2012, Rail & Road Protec GmbH mod DSB Vedligehold A/S og DSB S-tog A/S.

²²³ jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 11. august 2017, Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrels

²²⁴ Jesper Fabricius: ”*Offentlige indkøb i praksis*”, 2017, 4. udgave, s. 804, og Katja Høegh og Kirsten Thorup: ”*Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*”, U.2016.403, afsnit 2.3.

²²⁵ Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

sig på et foreløbigt grundlag om, hvorvidt betingelse nr. 1 om fumus boni juris er opfyldt.” Dette er, efter alt at vide, eneste gang, hvor Klagenævnet ikke har forholdt sig til fumus, som følge af tidspres. I andre sager har Klagenævnet nøjes med at afvise opsættende virkning, idet uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt. Imidlertid forholder Klagenævnet sig i de fleste sager om opsættende virkning til fumus-betingelsen. Kun i få, særegne tilfælde, har Klagenævnet konstateret fumus og ikke efterfølgende har taget klagen til følge – eller omvendt.

I Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014²²⁶ fik klager medhold til trods for *manglende fumus*. Da klager herefter ændrede sine påstande fik klager alligevel medhold i sine påstande. Et tilsvarende eksempel ses i Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015,²²⁷ hvor klager ændrede sin klagepunkter, og klager fik medhold i sin klage, til trods for, at Klagenævnet havde afvist, at der forelå fumus. Indklagede måtte herefter annullere sin tildelingsbeslutning.

Den omvendte situation forelå i Klagenævnets kendelse af 27. august 2015,²²⁸ hvor der var konstateret fumus, men hvor klager alligevel ikke fik medhold i sin klage, idet der var fremkommet yderligere oplysninger i sagen. Den 28. januar 2014²²⁹ traf Klagenævnet beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Der forelå dog fumus. Klagenævnets traf afgørelse af 18. august 2014, om at forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen angående fortolkningen af ligebehandlingsprincippet i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. EU-Domstolen afgav svar ved dom af 24. maj 2016,²³⁰ og Klagenævnet besluttede herefter i kendelsen af 20. juni 2017 ikke at tage klagen til følge alligevel.

Til trods for at Klagenævnet gør opmærksom på, at ”fumus-tilkendegivelsen” udtrykker en foreløbig vurdering, er det, på nær undtagelser nævnt ovenfor, den praktiske hovedregel, at tilkendegivelsen efterleves. Foreligger der fumus boni juris, vil klagen med næsten altid blive taget til følge. Indklagedes tildelingsbeslutning vil herefter blive annullere. Fra ordregivers perspektiv vil det derfor være en fordel at følge fumus-tilkendegivelsen og genudbyde kontrakten.

²²⁶ Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014, Havens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia.

²²⁷ Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

²²⁸ Klagenævnets kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/ Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste.

²²⁹ Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

²³⁰ Sag C-396/14, MT Højgaard og Züblin.

Klagenævnets praksis på dette område minder meget om Domstolens og Rettens praksis. Det følger af begge af disse EU-retlige domstoles procesreglementer, at anmodningen om en foreløbig foranstaltning skal indeholde ”... *de faktiske og retlige grunde til, at den foreløbige forholdsregel, anmodningen vedrører, umiddelbart forekommer begrundet.*”²³¹

Begrebet *fumus boni juris* har EU-Domstolen og Retten anvendt i deres praksis i mange år. En af de første sager, der tog stilling til foreløbige forholdsregler i udbudsretten, var *Lottomatica*-sagen af 31. januar 1992.²³² Hvad angik betingelsen om *fumus boni juris* var tilsidesættelsen af EØF-Traktaten ”åbenbar”.²³³ EU-Domstolen fastslog herefter, ”... *at den af Kommissionen anlagte sag på nuværende stadium ikke synes at være ubegrundet, og at betingelsen om *fumus boni juris* er opfyldt.*”²³⁴

Tilsvarende udtalte Rettens præsident i kendelse af 20. september 2005²³⁵ i tilknytning til *fumus*:

”Uden at foregribe Rettens stillingtagen i hovedsagen kan sagsøgerens argumenter således på dette stadium ikke forkastes som helt ubegrundede. Fumus boni juris-betingelsen er således opfyldt.”

Klagen var altså ikke ubegrundet eller udsigtsløs.²³⁶

Ikke alle overtrædelser bevirker som nævnt ovenfor *fumus boni juris*. Klagenævnet udtalte bl.a. i kendelse af 19. marts 2012²³⁷, i tråd med sædvanlig praksis, at overtrædelserne skal have en vis karakter, der kan begrunde annullation af tildelingsbeslutningen eller beslutning om prækvalifikation. Denne praksis er i overensstemmelse med Domstolens og Rettens praksis.²³⁸

I den nyere kendelse af 13. januar 2017,²³⁹ udtalte klagenævnet:

*”Da der ikke er udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret, er betingelsen om *fumus boni juris* ikke opfyldt.”*

²³¹ Rettens procesreglement art. 156, stk. 4 og Domstolens procesreglement art. 160, stk. 3.

²³² Sag C-272/91 R, Kommissionen mod Italien.

²³³ Præmis 20.

²³⁴ Præmis 24.

²³⁵ Sag T-195/05 R, Deloitte Business Advisory NV mod Kommissionen.

²³⁶ Præmis 123.

²³⁷ Klagenævnets kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen.

²³⁸ Se. bl.a. sag C-97/94 P-R, Schulz mod Kommissionen og sag T-264/90 R, Schmoldt mod Kommissionen.

²³⁹ Klagenævnets kendelse af 13. januar 2017, C.C. Contractor A/S mod Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening

I kendelse af 22. september 2011²⁴⁰ blev det af Klagenævnet tillagt betydning, at klager retmæssigt ikke var blevet prækvalificeret. Der forelå derfor ikke fumus, da der ikke var udsigt til, at denne beslutning om prækvalificering ville blive annulleret.

Klagenævnets konstatering af om betingelsen om fumus er opfyldt, hindrer ikke ordregiver i at underskrive kontrakten, såfremt de øvrige betingelser om uopsættelighed og interesseafvejning ikke er opfyldt. Hvorvidt, der er konstateret fumus eller ej, er alene vejledende for indklagede hhv. klager. For klager ligger der procesøkonomiske overvejelser til grund for sagens videre forløb. Vælger indklagede at annullere udbuddet som følge af fumus, betyder dette dog ikke at klagen frafaldes automatisk, idet klager kan have en interesse i klagens udfald og i den eventuelle mulighed for at få erstatning.

Imidlertid ses det ofte at indklagede indgår kontrakten, til trods for Klagenævnets udtalelse om, at fumus-betingelsen er opfyldt, idet klagen ikke tillægges opsættende virkning, da uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt. Efterfølgende tager Klagenævnet klagen til følge, og klager bliver typisk bedt om at annullere sin tildelingsbeslutning. Før udbudslovens ikrafttræden var der i denne situation ingen anden genopretningsmulighed for klager end at søge skadeserstatning, eller få erklæret kontrakten for uden virkning.

Alcatel Austria-dommen²⁴¹ havde i forbindelse hermed fastslået, at selve annulleringen af indklagedes ulovlige beslutning ikke har nogen direkte virkning, og at indklagede i stedet har de almindelige erstatningsregler at gå efter. Annulleringen af ordregivers tildelingsbeslutning ville altså ikke betyde meget andet end, at klager kunne søge erstatning, såfremt *uden virkning*-sanktionen ikke fandt anvendelse.

Udbudslovens § 185, stk. 2 giver, som omtalt ovenfor i kapitel 4.1.2, Klagenævnet kompetence til at bringe kontrakten til ophør, såfremt Klagenævnet pålægger indklagede at annullere sin tildelingsbeslutning. Ifølge lovbemærkninger var der for store vanskeligheder forbundet med at søge erstatning i disse situationer. Indførelsen af bestemmelsen må ses som en anerkendelse af

²⁴⁰ Klagenævnets kendelse af 22. september 2011, Kirkebjerg A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen.

²⁴¹ Sag C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl. mod Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

svagheden ved den udbudsretlige erstatning disse tilfælde. Der foreligger da også flere sager, hvor ordregiver har indgået kontrakten til trods for den foreliggende fumus.²⁴²

I de tilfælde, hvor der foreligger alvorlig fumus, dvs. en formodning for en særlig grov overtrædelse af udbudsreglerne, kan dette lempe uopsættelighedsbetingelsen. Denne situation omtales nærmere nedenfor.²⁴³

4.2.2.2. Uopsættelighed – et alvorligt og uopretteligt tab

Den anden betingelse for, at klagen kan tillægges opsættende virkning, er at klager vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. På latin beskrevet som *periculum in mora* – faren eller risikoen ved at afvente.

Kan tilbudsgiveren få erstatning for sit lidte tab, vil uopsættelighedsbetingelsen som udgangspunkt ikke være opfyldt. Erstatningen genopretter klagers økonomiske tab, hvorfor tabet alene på denne baggrund ikke anses for uopretteligt. Der er derfor ingen (teoretisk) risiko for klager/sagsøger i at afvente sagens endelige fremtidige afgørelse. Klagenævnet, EU-Domstolen og Retten har udviklet en righoldig praksis på dette område.

Blandt andet Klagenævnets kendelse af 8. juni 2015,²⁴⁴ hvorefter ”... *der ikke var grundlag for at antage, at en standsning af udbudsprocessen var nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Hoffmann, såfremt selskabet måtte få medhold i klagen.*”²⁴⁵

I Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014²⁴⁶ udtalte Klagenævnet sig nærmere om, hvornår et tab hverken er uopretteligt eller alvorligt:

²⁴² Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland, Klagenævnets kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune, Klagenævnets kendelse af 6. februar 2012, Ricoh Danmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland, Klagenævnets kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet (efterfølgende erstatningssøgsmål), Klagenævnets kendelse af 20. juni 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut (efterfølgende erstatningssøgsmål), Klagenævnets kendelse af 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune (efterfølgende erstatningssøgsmål), Klagenævnets kendelse af 28. juni 2012, Gambro Danmark, Filial af Gambro Lundia AB, mod Region Sjælland (genudbudt), Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014, TEAM OPP v/ DEAS A/S mod Region Midtjylland (efterfølgende erstatningssøgsmål), Klagenævnets kendelse af 19. november 2012, Rent A/S mod Køge Kommune (efterfølgende erstatningssøgsmål),

²⁴³ Se kapitel *Særlig alvorlig fumus*.

²⁴⁴ Klagenævnets kendelse af 8. juni 2015, Hoffmann A/S mod Region Hovedstaden.

²⁴⁵ Se i øvrigt.

²⁴⁶ Klagenævnets delkendelse af 29. juli 2014, TEAM OPP v/ DEAS A/S mod Region Midtjylland.

”Det følger endvidere af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at der ikke foreligger et alvorligt og uopretteligt tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor.”²⁴⁷

Yderligere uddybede Klagenævnet i kendelsen af 18. september 2015:²⁴⁸

”Det kan efter de foreliggende oplysninger ikke antages, at erstatning – hvis betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere Staples for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og SKI herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at SKI har begået overtrædelser som angivet i påstand 1 eller 2. Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at antage, at Staples vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.”

I Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014²⁴⁹ havde klager ikke bevist, “... at en eventuel økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade.” Mere iøjnefaldende er det, at Klagenævnet – i modsætning til deres typiske formuleringer – bemærker, at klager ikke har bevist, at denne ikke vil kunne opnå fuld erstatning. Modsætningsvist må det betyde, at en manglende mulighed for at kunne kompenseres for hele sig tab gennem erstatning, medfører at skaden er uoprettelig, såfremt klager kan bevise dette. Klagenævnet bemærkede desuden, at – uanset ordrens størrelse – vil der altid foreligge en kommerciel risiko ved at deltage i et udbud, da man risikerer ikke at få tildelt kontrakten.

²⁴⁷ Klagenævnets praksis er omfattende når det kommer til erstatning som begrundelse for at uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt. Af nyeste kendelse se bl.a. Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Houlberg Instrumentering A/S mod SKAT, Klagenævnets kendelse af 12. november 2015, IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S, Klagenævnets kendelse af 15. oktober 2015, Sanofi Pasteur MSD Danmark mod Statens Serum Institut, Klagenævnets kendelse af 29. juli 2015, New Mind TellUs AS mod Parternerskabet Det Digitale Turisme Danmark c/o VisitDenmark, Klagenævnets kendelse af 18. november 2014, AV Form A/S mod Skive Kommune, Klagenævnets kendelse af 25. august 2014, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S mod Hillerød Spildevand A/S, Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, Klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus universitet, Klagenævnets kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Meteorologiske, Klagenævnets kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune, Klagenævnets kendelse af 21. december 2016, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune, Klagenævnets kendelse af 11. august 2017, Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

²⁴⁸ Klagenævnets kendelse af 18. september 2015, Staples Danmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

²⁴⁹ Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

I samme retning udtalte Klagenævnet i kendelse af 24. oktober 2013²⁵⁰ vedrørende udbud af rammeaftale, at det ikke kunne ”... *anses for udelukket at opføre en erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.*”

Klagenævnet tog dermed ikke blot stilling til, om der teoretisk set forelå en fremtidig mulighed for at få erstatning, men udtalte sig også om klagers bevisevne i forbindelse med kravets opgørelse.

Kravet til betingelsens opfyldelse er som nævnt i ovenstående kendelse af 18. december 2015²⁵¹ identisk med Domstolens og Rettens praksis. I sagen Globe SA mod Kommission²⁵² tog Rettens præsident stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Det blev først konstateret, at anmodningen ikke kunne anses for ugrundet, hvorfor der forelå fumus. Til spørgsmålet om uopsættelighed, måtte det ”... *undersøges, om det med en vis grad af sikkerhed er godtgjort, at sagsøgeren, hvis de begærede foreløbige forholdsregler ikke anordnes, står i fare for at lide en alvorlig og uoprettelig skade.*”²⁵³

I Capgemini-sagen²⁵⁴ gjorde sagsøger gældende, at det lidte tab ville være uopretteligt, idet tildelingen og gennemførelsen af kontrakten ikke ville kunne gå tilbage, og ”... *at tilkendelse af erstatning og renter ikke ville udgøre en passende genoprettelse.*”²⁵⁵ Under behandlingen af uopsættelighedsbetingelsen udtalte Retten, at ”... *sagsøgerens eventuelle skade ikke [vil] kunne betragtes som uoprettelig, når der senere kan betales økonomisk erstatning.*”

Retten fortsatte ”... *begæringen om foreløbige forholdsregler i den foreliggende sag således kun kan begrundes under særlige omstændigheder, nemlig hvis det viser sig, at sagsøgeren, hvis sådanne forholdsregler ikke blev truffet, ville befinde sig i en situation, der kunne true selskabets eksistens eller ændre dets markedsposition på uoprettelig vis.*”

Retten fastholdt det velkendte udgangspunkt, hvorefter at mulighed for erstatning udelukker uopsætteligheden. Retten fastslog da også, at en trussel mod selskabets eksistens eller en ændring af dets markedsposition på uoprettelig vis, vil kunne opfylde uopsættelighedsbetingelsen.

²⁵⁰ Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

²⁵¹ Se fodnote 100.

²⁵² Sag T-114/06 R, Globe SA mod Kommissionen. Se tilsvarende kendelser sag C-180/01 P-R, Kommissionen mod National Association of Licensed Opencast Operators (NALOO), sag C-148/96 P(R), Anthony Goldstein mod Kommissionen, sag T-447/04 R, Capgemini Nederland BV mod Kommissionen.

²⁵³ Præmis 106.

²⁵⁴ Sag T-447/04 R, Capgemini Nederland BV mod Kommissionen.

²⁵⁵ Præmis 50.

Opsættende virkning må imidlertid være et effektivt retsmiddel. Som EU-Domstolen udtrykte det i sagen Naloo mod Kommissionen,²⁵⁶ vil sagens endelige afgørelse ikke opnå sin fulde virkning, hvis skaden viser sig uoprettelig, som følge af at sagsøger ikke kunne opnå en midlertidig beskyttelse gennem foreløbige forholdsregler. Dermed vil den retsbeskyttelse, som EU-Domstolen sikrer, være udhulet og illusorisk.²⁵⁷ Tilsvarende gælder naturligvis for Klagenævnets sikring af retsbeskyttelsen.

At tabet skal være uopretteligt følger også af ældre praksis fra EU-Domstolen.²⁵⁸ Generaladvokaten udtrykte det således i sit forslag til afgørelse af 25. marts 1980:²⁵⁹

”Begrebet uoprettelig kan forstås på to måder: enten sådan, at skadens art udelukker enhver mulighed for erstatning, eller — hvilket jeg mener er rigtigere — således, at skaden er af en sådan art, at den gør den endelige dom uden betydning, hvorfor denne dom bliver overflødig, såfremt der ikke træffes foreløbige forholdsregler.”

Generaladvokaten²⁶⁰ henviste i den forbindelse til Domstolens kendelse af 12. maj 1959,²⁶¹ hvorefter sagsøger måtte bevise, at en eventuel annulation af en beslutning ikke ville kunne genoprette sagsøger, for at dette kunne afstedkomme en udsættelse af beslutningens fuldbyrdelse.

Klager skal foruden at sandsynliggøre, at denne har lidt et tab som følge af indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne,²⁶² tilmed bevise, at dette tab vil være alvorligt og uopretteligt for klager.²⁶³ Tabet vil ikke være uopretteligt, hvis klager vurderes at have teoretisk mulighed for at opnå erstatning.²⁶⁴ Et rent økonomisk tab vil dermed som udgangspunkt ikke være uopretteligt eller

²⁵⁶ Sag C-180/01 P-R, Kommissionen mod National Association of Licensed Opencast Operators (NALOO).

²⁵⁷ Præmis 52.

²⁵⁸ Jf. bl.a. Domstolens kendelser i sag 17/64 R, Suss mod Den Høje Myndighed, sag 62/74 R, Vellozzi mod Kommissionen og sag 4/78 R, Salerno mod Kommissionen m.fl.

²⁵⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. Capotorti fremsat den 25. marts 1980, i de forenede sager 24 og 97/80 R, Kommissionen mod Frankrig.

²⁶⁰ Generaladvokaten fremsætter begrundede forslag i sager der forelægges EU-Domstolen. Udtalelserne er dog ikke bindende.

²⁶¹ Domstolens kendelse af 12. maj 1959 i de forenede sager 16, 17 og 18/59, Salgsforeningerne for Ruhrkul Geitling, Mausegatt, Præsident og de i disse salgsforeninger sammensluttede mineselskaber i Ruhr-distriktet mod Den Høje Myndighed (forkortet version, oversat fra tysk til dansk).

²⁶² Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: *”Standstill og opsættende virkning i udbudsretten”* U.2010B.303, afsnit 3.2.2.

²⁶³ Morten Frank og Torkil Høg: *”Håndhævelsesloven med kommentarer”*, 2011, 1. udgave, s. 160 og Jesper Fabricius: *”Offentlige indkøb i praksis”*, 2017, 4. udgave, s. 814.

²⁶⁴ Carina Risvig Hamer: *Grundlæggende udbudsret*, 2016, 1. udgave s. 816

vanskeligt opretteligt. Dette blev udtrykt i Rettens sag *Umwelt- und Ingenieurtechnik*²⁶⁵, hvor Rettens præsident udtalte:

”Det påhviler den, der begærer udsættelse af den anfægtede beslutning, at godtgøre, at det vil påføre vedkommende et sådant tab, såfremt man afventer afgørelsen i hovedsagen...”

Som følge af udbudsrettens natur vil klager kun i meget få tilfælde kunne bevise, at erstatningen ikke værner klagers interesse tilstrækkeligt, og at skaden dermed er uoprettelig. I det følgende vil Klagenævnets behandling af emnet i praksis blive gennemgået.

4.2.2.2.1. Klagers tab er ikke uopretteligt

Det kan forekomme åbenlyst, men ikke desto mindre har tilbudsgiver forsøgt at få klagen tillagt opsættende virkning, selvom klager ikke har afgivet et tilbud. Har klager forholdt sig passivt til efter tilbudsfristen,²⁶⁶ uden at gøre ordregiver opmærksom på fejlen, anses klager ikke for at lide et uopretteligt tab. Dette er bl.a. udtrykt i Klagenævnets kendelse af 29. september 2009,²⁶⁷ hvor klager påstod, at der kun var én leverandør på markedet, der vil kunne leve op til kravet i udbudsmaterialet. Klager havde imidlertid ikke afgivet noget bud. Fumus betingelsen var ikke opfyldt, og klager fik heller ikke medhold i sin påstand. Uopsættelighedsbetingelsen var ikke opfyldt, som følge af *”... at klageren ikke havde afgivet tilbud, og at den opsættende virkning heller ikke var nødvendig for at afværge et uopretteligt tab for klageren.”*

Anderledes forholder det sig, hvis tilbudsgiveren forud for tilbudsfristen meddeler ordregiver om udbudsfejlen.²⁶⁸

Samme skæbne lider den klager, hvis tilbud erklæres ukonditionsmæssigt af Klagenævnet.

I bl.a. Klagenævnets kendelse af 13. april 2010²⁶⁹, traf Klagenævnet bestemmelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, *”... med henvisning til, at det fremstod som tvivlsomt, hvorvidt klagerens tilbud var konditionsmæssigt. På den baggrund var der således ikke udsigt til, at*

²⁶⁵ Rettens kendelse af 2. juni 2005 i sag T-125/05 R, *Umwelt- und Ingenieurtechnik* Dresden mod Kommissionen, præmis 39.

²⁶⁶ Det samme må i øvrigt gælde manglende ansøgning om prækvalifikation.

²⁶⁷ Klagenævnets kendelse af 29. september 2009, *Lekolar A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb*.

²⁶⁸ Se nedenstående kapitel.

²⁶⁹ Klagenævnets kendelse af 13. april 2010, *KMD A/S mod Frederiksberg Kommune*.

klageren ville lide et uopretteligt tab, såfremt der ikke blev tillagt klagen opsættende virkning.”
Tvivlen kom dermed ordregiver til gode.

I overensstemmelse hermed udtrykte Klagenævnet det således i kendelsen af 8. maj 2014,²⁷⁰ at *”Klageren havde erkendt at have afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud”*, og dermed ville klageren *”... således ikke at lide et uopretteligt tab, dersom klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Betingelsen om uopsættelighed var derfor ikke opfyldt.”*

I flere sager har klager henvist til kontraktens værdi eller varighed som en væsentlig årsag til, at erstatning ikke vil kunne kompensere klager tilstrækkeligt.

Argumentet tillægger Klagenævnet imidlertid ingen selvstændig betydning. I kendelsen af 15. juni 2016²⁷¹, der angik en betydelig kontrakt vedrørende drift af færgeruter, udtalte Klagenævnet:

”At kontrakten har stor værdi og lang varighed indebærer ikke, at muligheden for erstatning – hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt – ikke vil kunne kompensere Danske Færger A/S for et tab, selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Transport- og Bygningsministeriet herefter indgår kontrakt, hvorefter det konstateres, at Transport- og Bygningsministeriet har begået overtrædelser som anført i klagen. Det ændrer ikke herved, at Danske Færger A/S, der også driver andre færgeruter, har haft kontrakten i mange år og har hovedkontor i Rønne.”

Erstatningen var dermed en tilstrækkelig sanktion, såfremt klager skulle få medhold, og det spillede ingen yderligere rolle, at klager havde haft kontrakten over mange år. Kontraktens betydning kan formentlig virke som et understøttende moment ved vurderingen af, om klagers markedsposition er truet, jf. nedenfor.

I samme retning fremstår Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014,²⁷² hvor kontraktens store værdi var uden betydning, og Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014²⁷³ der ikke tillagde ordrens størrelse nogen betydning.²⁷⁴

²⁷⁰ Klagenævnets kendelse af 8. maj 2014, Abena A/S mod Slagelse Kommune.

²⁷¹ Klagenævnets kendelse af 15. juni 2016, Danske Færger A/S mod Transport- og Bygningsministeriet.

²⁷² Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014, TEAM OPP v/ DEAS A/S mod Region Midtjylland.

²⁷³ Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

²⁷⁴ Se også Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark der ligger i tråd hermed.

4.2.2.2.1.1. Særligt om rammeaftaler

Det har været anført i den juridiske litteratur samt gentagne gang i Klagenævnets praksis, at det kan være særdeles vanskelig at opgøre værdien af en rammeaftale, om dermed opnå fuld erstatning for den tabte fortjeneste. Flere tilbudsgivere har på den baggrund henvist til, at tabet (eller dele heraf) derfor er uopretteligt.

Frank og Høg argumenterer netop for "... at betingelse nr. 2 om uopsættelighed oftere bør være opfyldt ved rammeaftaler end ved andre typer af kontraktindgåelser, da det kan være vanskeligt at opgøre tabt indtægt og dermed erstatningsberettigede tab ved en rammeaftale. Det forhold, at tabt indtægt kan være vanskeligt at godtgøre – netop på grund af kontraktens karakter af rammeaftale – bør i hvert tilfælde ikke kunne begrunde afvisning af opsættende virkning på grund af manglende uopsættelighed. I så fald ville det prækontraktuelle håndhævelsessystem i forhold til rammeaftaler næppe være effektivt." (min understregning).

Klagenævnet synes imidlertid ikke at dele samme holdning som *Frank* og *Høg*. Som hovedregel tillægger Klagenævnet det ikke betydning, at det er vanskeligt at beregne et eventuelt tab. I Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012²⁷⁵ der ikke angik en rammeaftale, men en kompleks anskaffelse af væsentlig værdi, udtalte Klagenævnet:

"For så vidt angår betingelsen om uopsættelighed finder klagenævnet, at det forhold, at det som følge af kontraktens store værdi, kompleksitet og lange varighed kan være kompliceret at opgøre det nøjagtige tab ved ikke at få kontrakt tildelt, ikke indebærer, at muligheden for erstatning, hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt, ikke udgør et tilstrækkeligt værn mod det retstab..."

I kendelse af 16. marts 2012²⁷⁶ bemærkede Klagenævnet særligt om rammeaftaler:

"Der er tale om rammeaftaler, hvorfor det vil være forbundet med visse vanskeligheder for klageren at dokumentere sit tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagenævnet finder imidlertid ikke, at klageren har sandsynliggjort at ville lide et uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning."

²⁷⁵ Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

²⁷⁶ Klagenævnets kendelse af 16. marts 2012, Oticon A/S mod Kommunernes Landsforening.

Tilsvarende anskuelse blev anlagt i kendelsen af 14. januar 2013²⁷⁷, hvor Klagenævnet udtalte at ”... opgørelse af tab af positiv opfyldelsesinteresse kan være mere vanskelig, når der som her er tale om en rammekontrakt”, men det ”... indebærer således [fortsat] ikke, at klagerens interesser ikke kan anses for i tilstrækkelig grad værnet ved muligheden for at opnå erstatning”.

Samme betragtning gjorde Klagenævnet gældende i kendelse af 24. oktober 2013²⁷⁸, der dog anerkendte, at det vil ”... være vanskeligt at opføre klagerens præcise tab ved ikke at have fået kontrakt tildelt...”, men at det ”... imidlertid ikke anses for udelukket at opføre en erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.”

Klagenævnet henviste til, at klager vil kunne inddrage oplysninger om allerede leverede ydelser, fortaget under rammeaftalen samt udbudsbekendtgørelsens oplysning ”... om rammeaftalende forventede omfang.”²⁷⁹

Praksis for Klagenævnet må derfor forstås således, at det forhold, at erstatningsopgørelsen vil være kompliceret og vanskelig, ikke *de facto* udelukker muligheden for at opføre erstatning for tabt fortjeneste, og derfor ikke er uoprettelig. Det er da også set, at klager har fået udregnet sin positive opfyldelsesinteresse. Blandt andet i ovenævnte kendelse af 24. oktober 2013²⁸⁰, hvor beregningsgrundlaget blev udregnet baggrund af de allerede leverede leverancer i en 3-årig rammeaftale. Optionen på en 1-årig forlængelse skulle ikke medregnes.

I én situation fandt Klagenævnet imidlertid, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, under henvisning til det forhold, at opgørelsen var *særdeles vanskelig*. Klagenævnets kendelse af 30. juli 2012²⁸¹ angik særlige omstændigheder. Udbuddet angik indkøb af analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelse mv. af et stort bygningsareal.

²⁷⁷ Klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

²⁷⁸ Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

²⁷⁹ Nøjagtig tilsvarende formulering anvendte Klagenævnet i deres kendelse af samme dato og om samme udbud, jf. Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden. Klager fik dog ikke medhold i annullation af tildelingsbeslutning.

I samme retning se Klagenævnets kendelse af 17. december 2015, BC Catering Roskilde A/S mod Rudersdal Kommune.

²⁸⁰ Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

²⁸¹ Klagenævnets kendelse af 30. juli 2012, NCC Construction Danmark A/S mod Egedal Kommune.

Ud over at den vindende tilbudsgiver vil være berettiget til kontraktsummen, vil der også ligge en eventuel fortjeneste i forhold til en overpræstation i forhold til den garanterede energibesparelse, som projektet skulle medføre.

Klagenævnet udtalte på denne baggrund:

”Det vil derfor være særdeles vanskeligt for klageren at opgøre det tab, klageren vil lide, hvis klagenævnet ved den endelige vurdering måtte annullere tildelingsbeslutningen, og klageren kan sandsynliggøre, at klageren ved en korrekt evaluering ville have vundet udbuddet. Herefter er kravet om uopsættelighed ikke til hinder for, at der gives klagen opsættende virkning.”

Den del af fortjenesten, som udspringer af en eventuel yderligere energibesparelse, vil klager ikke have nogen mulighed for – hverken i praksis eller teoretisk – at kunne dokumentere. Klager vil dermed ikke have mulighed for at opgøre (hele) sin tabte fortjeneste. Klagen blev tillagt opsættende virkning, da de øvrige betingelser var opfyldt.

Hvor klagen angår det forhold, at en anden tilbudsgiver er blevet tildelt samme rammeaftale som klager, gør Klagenævnet det klart, at der på ingen måde er lidt et uopretteligt tab, jf. Klagenævnets kendelse af 6. maj 2013.²⁸²

4.2.2.2.2. *Hvor erstatning ikke udgør et tilstrækkeligt værn*

4.2.2.2.2.1. Klagers markedsposition eller eksistens er truet

I tråd med *Capgemini-sagen*²⁸³ har Klagenævnet i flere klagesager udtalt sig om det forhold, at klagers markedsposition eller eksistens er direkte truet. I disse tilfælde vil erstatning ikke genoprette den skade, som klager vil lide ved ikke at få kontrakten, og den eneste løsning er da at tillægge klagen opsættende virkning, så klager stadig kan komme i betragtning til kontrakten. Klager må sandsynliggøre over for Klagenævnet, at erstatning ikke vil være et tilstrækkeligt værn mod en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne.

²⁸² Klagenævnets kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening.

²⁸³ Sag T-447/04 R, Capgemini Nederland BV mod Kommissionen.

PlayTech-kendelsen af 7. juni 2010 er Klagenævnets første offentliggjorte kendelse, der berører forholdet om klagers truede markedsposition.²⁸⁴ Klagenævnet konstaterede, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, og klagen blev tillagt opsættende virkning. Klagenævnet udtalte, at de i vurderingen havde ”... lagt vægt på, at der endnu ikke er indgået kontrakt, og at kontrakten vedrørende poker og casino ydelser tænkes indgået på baggrund af ny lovgivning om en delvis liberalisering af spillemarkedet i Danmark. Det må under disse omstændigheder anses for meget tvivlsomt, om muligheden for at få erstatning udgør et tilstrækkeligt værn mod, at klageren lider tab.”

BKI-kendelsen²⁸⁵ af samme år er i overensstemmelse med *PlayTech*-kendelsen. Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning. Til støtte for uopsættelighed fremførte klager, at ”... en senere tilkendt erstatning ikke vil afbøde det image- og markedsføringstab, klageren vil lide, når henses til værdien af udbuddet og til at der på markedet for varme drikke, som delaftalen vedrører, er en intensiv konkurrence mellem blandt andet klageren og den tilbudsgiver ... til hvem indklagede har valgt at tildele kontrakten. Klagenævnet gav denne argumentation medhold ”... under hensyn til de oplyste om markedssituationen og betydningen af kontrakten”.

Klagers sandsynliggørelse af en intensiv konkurrence havde dermed afgørende betydning. At det er klagers byrde at sandsynliggøre, at opsættende virkning er eneste retsmiddel, der kan virke effektivt, følger også af kendelse af 5. oktober 2011²⁸⁶, hvor tilbudsgiver ikke havde dokumenteret, at denne ville gå konkurs, såfremt denne ikke fik kontrakten.

Kontraktens værdi lød da på 340 mio. kr. over fire år. Kontraktværdien og *imagetab* indgik i Klagenævnets vurdering, idet Klagenævnet lagde vægt på *betydningen af kontrakten*. Det er dog usikkert, om Klagenævnet har inddraget kontraktens værdi over fire år, idet dette inkluderer udnyttelsen af to optioner på et år, hvilket der ikke er nogen sikkerhed for at indklagede udnytter. Efter fast praksis medregner Klagenævnet da heller ikke værdien af optioner i erstatningsopgørelsen.

²⁸⁴ Klagenævnets kendelse af 7. juni 2010, *PlayTech Limited mod Danske Spil A/S*.

²⁸⁵ Klagenævnets kendelse af 29. september 2010, *BKI foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste*.

²⁸⁶ Klagenævnets kendelse af 5. oktober 2011, *Køge Taxa mod Køge Kommune*.

Kontraktens størrelse eller varighed er i øvrigt ikke forhold, som Klagenævnet tillægger selvstændig vægt i denne forbindelse.²⁸⁷ Klagenævnet udtalte i *Ansaldo*-kendelsen, vedrørende tab af image, at det af ”... klageren anførte om renommétab og brug af betydelige ressourcer på tilbudsgivningen kan heller ikke føre til, at erstatning ikke kan antages at udgøre et tilstrækkeligt værn af klagerens interesser.” Kontraktens betydning, herunder i forhold til både dens størrelse og varighed, samt renommé- og imagetab er som udgangspunkt ikke forhold, der enkeltstående vil stille skaden uoprettelig. Skades vil kunne genoprettes gennem erstatning.²⁸⁸

Det forekommer dog, at adgangen til at træffe bestemmelse om opsættende virkning, under henvisning til forholdet om klagers truede markedsposition, fremstår som en snæver undtagelse. Klagenævnspraksis forekommer at have rettet ind efter *Euris Consult*-kendelsen²⁸⁹, der blev afsagt et par år efter *BKI*-kendelsen.

Sagen angik en klage over, at Kommissionen havde vurderet sagsøgers tilbud ukonditionsmæssigt. Kontrakten bestod i at oversætte til maltetisk. Klager havde tidligere haft denne kontrakt, og fremførte for Retten til fordel for opsættende virkning, at dennes ”... *financial viability is threatened by [that decision]*”.

Til støtte herfor fremførte sagsøger:

”The contract represented more than 80% of its turnover over the [last] three years...”

“Moreover, to perform on those service contracts the [a]pplicant employs ten (10) persons full time. If the contract with the [a]pplicant is not renewed, those positions will be terminated because they cannot otherwise be maintained.”

*“The contested decision ‘harms the applicant by putting its financial situation in danger.’”*²⁹⁰

²⁸⁷ Se bl.a. Klagenævnets kendelse 15. juni 2016, Danske Færger A/S mod Transport- og Bygningsministeriet, Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014, TEAM OPP v/ DEAS A/S mod Region Midtjylland, Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark og Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

²⁸⁸ Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012. Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

²⁸⁹ Rettens kendelse af 25. januar 2012, sag T-637/11 R Euris Consult Ltd mod Europa-Parlamentet.

²⁹⁰ Præmis 14.

Efter fast praksis udtalte Rettens præsident hertil, at, “... *interim measures...*” (foreløbige forholdsregler) kun kan tillades, “... *in order to avoid serious and irreparable damage being caused to the party seeking interim relief.*”²⁹¹

Angående spørgsmålet om bevisbyrde bemærkede præsidenten:

“... *it is for the party seeking such relief (foreløbige forholdsregler) to adduce sound evidence that it cannot wait for the outcome of the main proceedings without suffering damage of that kind*”.²⁹²

Om bevisbyrden udtalte præsidenten:

“*While it does not have to be established with absolute certainty that the damage is imminent, its occurrence must nevertheless be foreseeable with a sufficient degree of probability. The party seeking interim relief is required to prove the facts forming the basis of its claim that serious and irreparable damage is likely*”.²⁹³

Klager må da bevise, at den ikke kan afvente den materielle kendelse uden at ville lide en sådan uoprettelig skade. Skaden skal ikke bevises med en absolut sikkerhed, men ikke desto mindre skal forudgående skade bevises med en tiltrækkelig grad af sandsynlighed.

Om selve skaden uddyber præsidenten i henhold til fast praksis:

“*It is also settled case-law that damage of a pecuniary nature cannot, save in exceptional circumstances, be regarded as irreparable or even as being reparable only with difficulty, since financial compensation for that damage can normally be obtained subsequently. In such a case, the interim measure sought will be justified only if it appears that, without such a measure, the applicant would be in a position that could imperil its financial viability before final judgment is given in the main action, or that its market share would be affected irremediably and substantially, regard being had in particular to the size of its business.*”²⁹⁴

²⁹¹ Præmis 15.

²⁹² Præmis 15.

²⁹³ Præmis 15.

²⁹⁴ Præmis 16.

En tilbudsgivers skade i form af økonomisk tab, er som det klare udgangspunkt ikke uopretteligt eller svært opretteligt, da sanktionen erstatning vil genoprette tilbudsgiveren tilstrækkeligt.

Hertil slutter Rettens Præsident, at opsættende virkning (foreløbige foranstaltning) kun kan berettiges i de situationer, hvor klagers økonomiske levedygtighed vil være truet, eller klagers markedsposition vil blive påvirket uundgåeligt og væsentligt, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. I disse tilfælde vil erstatning ikke være et effektivt retsmiddel.

Om Rettens nærmere krav til bevis, bemærkede Præsidenten:

“... the application for interim measures must have hard and precise information, supported by detailed documents showing the applicant’s financial situation and enabling the judge to determine with precision the effects which would probably arise if the measures sought were not granted. Accordingly, the applicant must produce information, supported by documents, capable of producing a true and complete picture of its financial situation.”²⁹⁵

Retten synes dermed at stille høje krav til bevisets styrke. Sagsøger skal ikke bevise skadens uoprettelighed absolut sikkerhed, men skal dog fremlægge dokumentation, der angiver et sandt og komplet billede af virksomhedens finansielle situation.

På denne baggrund fandt Retten ikke, at klager tilstrækkeligt havde dokumenteret, at klager ville lide et uopretteligt og alvorligt tab. Herunder mente Rettens præsident ikke, at klager havde sandsynliggjort, at en potentiel afskedigelse af flere medarbejdere medførte et direkte tab for virksomheden.

Afgørelsen fremstår særlig hård, idet dokumentationskravene forekommer meget restriktive. Afgørelsen efterlader et indtryk af, at uopsættelighedsbetingelsen er uovervindelig i disse situationer, og kun opfyldt i helt særlige tilfælde.

Allerede samme år anlagde Klagenævnet samme restriktive tilgang til, hvornår klagers markedsposition må anses for uoprettelig.

²⁹⁵ Præmis 17.

I *Bombardier-* kendelsen²⁹⁶ udtalte klagenævnet, at, "... det forhold, at kontrakten vil have væsentlig betydning for klagerens markedsposition, ... indebærer [ikke], at muligheden for erstatning, hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt, ikke udgør et tilstrækkeligt værn mod det retstab, klageren ville lide, såfremt der ikke gives opsættende virkning, og klagenævnet efterfølgende, når kontrakten er indgået, måtte statuere, at der er begået overtrædelser, som påstået af klageren. Det samme gælder det forhold, at en manglende tildeling kan betyde, at klagerselskabet ... på sigt muligt må nedlægge de funktioner, som bestrides af 60 medarbejdere i Danmark. Heller ikke det forhold, at beskaffenheden af den i påstand 1 angivne overtrædelse indebærer, at der ikke vil kunne tilkendes erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, kan føre til, at erstatning ikke kan anses for et tilstrækkeligt værn af klagerens interesser".

Afgørelsen har visse ligheder med *Euris Consult-sagen*.²⁹⁷ Som det tilsvarende blev bestemt i *Euris Consult-sagen*, mente Klagenævnet ikke, at en væsentlig skade på klagers markedsposition, ikke vil kunne godtgøres ved erstatning.

Tilsvarende mente Klagenævnet heller ikke, at en mulig nedlæggelse af 60 jobs i Danmark var af uopsættelig karakter. Omstrukturerings- eller organiseringsmæssige tab vil som udgangspunkt ikke være uoprettelig, jf. også *Falck Danmark-kendelsen*.²⁹⁸

Klagenævnets foreløbige konstatering af, at der ikke vil kunne tilkendes erstatning i form af tabt fortjeneste, kunne heller ikke føre til, at erstatningen ikke værnede tilstrækkeligt om klagers interesse. Påstanden knyttede sig til vanskeligheden ved at bevise årsagssammenhængen mellem mistet fortjeneste og indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne.²⁹⁹

Hovedreglen er den, at der altid forekommer en forretningsmæssig risiko ved deltagelsen i en udbudsforretning. Opnår en konkurrent en kontrakt, som klager før har haft, kan det næppe undgås, at dette påvirker klagers markedsposition negativt. Som udgangspunkt vil en væsentlig forringelse af markedspositionen være mulig at genoprette gennem erstatning.

²⁹⁶ Klagenævnets kendelse af 5. marts 2012. *Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark*.

²⁹⁷ Rettens kendelse af 25. januar 2012, sag T-637/11 R *Euris Consult Ltd mod Europa-Parlamentet*.

²⁹⁸ Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*.

²⁹⁹ Se kapitel 3.1.

Samme indtryk får man i *BNS Medical*-kendelsen³⁰⁰ hvor Klagenævnet ikke fandt, at klager ville lide et alvorligt tab, med henvisning til mistet konkurrencefordel, da klager ikke havde bevist, ”... *at en økonomisk compensation ikke vil udgøre fuld erstatning.*”

Tilsvarende forholdt det sig i kendelse af 26. september 2014³⁰¹, da Klagenævnet ikke mente, at tabet var uopretteligt, selvom ”... *at klageren risikerer at lide et betydeligt økonomisk tab herunder også tab af en væsentlig markedsandel” og ”... *vil skulle foretage en omfattende reorganisering af sin virksomhed”*. Erstatning for manglende kontrakttildeling, omkostninger til reorganisering og for mistet markedsandel ville kunne kompensere for et eventuelt tab.*

Mere konkret udtalte Klagenævnet sig i kendelsen af 15. oktober 2015.³⁰² Klager havde ikke sandsynliggjort, at ”... *en eventuel økonomisk compensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning.*” Hertil bemærkede Klagenævnet, at deltagelsen i et udbud indebærer en kommerciel risiko, og at en eventuel skade på klagers markedsposition, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

Kun i 2 tilfælde ud af 8 sager har Klagenævnet konstateret, at klagers skadede markedsposition ikke ville kunne genoprettes gennem erstatning.³⁰³ I øvrigt er disse 2 kendelser afsagt før *Euris Consult*-kendelsen³⁰⁴, der sætter strenge krav til denne undtagelsesmulighed. Undtagelsen fremstår dermed snæver, idet klager næppe kan sandsynliggøre, at erstatning ikke vil genoprette klagers lidte skade.

4.2.2.2.2. Ulovlig, direkte tildeling

Afholder ordregiver ikke en udbudsforretning, og er indkøbet udbudspligtigt, er ordregiver skyldig i en ulovlig direkte tildeling. Typisk indrykker ordregiver minimum ti kalenderdage forinden en profylaksebekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, således at den direkte tildeling

³⁰⁰ Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland.

³⁰¹ Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

³⁰² Klagenævnets kendelse af 15. oktober 2015, Sanofi Pasteur MSD Danmark mod Statens Serum Institut.

³⁰³ Klagenævnet kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S, Klagenævnets kendelse af 29. september 2010, BKI foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablisementstjeneste, Klagenævnets kendelse af 5. oktober 2011, Køge Taxa mod Køge Kommune, Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark, Klagenævnets kendelse af 5. marts 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark, Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland, Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark og Klagenævnets kendelse af 15. oktober 2015, Sanofi Pasteur MSD Danmark mod Statens Serum Institut.

³⁰⁴ Rettens kendelse af 25. januar 2012, sag T-637/11 R Euris Consult Ltd mod Europa-Parlamentet.

kundgøres overfor alle mulige tilbudsgivere i Europe. Dette sikrer en gennemsigtighed, hvorefter en tilbudsgiver har mulighed for at klage, såfremt denne finder den direkte tildeling ulovlig.

I klager over en ulovlig direkte tildeling, vil uopsættelighedsbetingelsen altid være opfyldt, da klager ikke har lidt noget tab. Klager vil ikke kunne bevise, at denne ville have opnået kontrakten, da klager ikke har afgivet noget tilbud.

Klagenævnets praksis på dette område er klar.³⁰⁵

4.2.2.2.3. Har været afholdt fra at kunne deltage i udbuddet.

I de situationer hvor klager har været afskåret fra at kunne afgive bud, da et udbudskrav efter en foreløbig vurdering har været usaglig og uproportional, og derfor i strid med ligebehandlingsprincippet, vil uopsættelighedsbetingelsen også være opfyldt. Den forurettede tilbudsgiver må da gøre ordregiver opmærksom på denne overtrædelse, idet passivitet formentlig vil føre til, at uopsættelighedsbetingelsen ikke findes opfyldt, jf. kapitlet nedenfor.

Et af de nyere eksempler herpå er Klagenævnets kendelse af 28. juli 2016³⁰⁶, hvor ordregiverne havde fastholdt et ulovligt omsætningskrav, selvom klager havde gjort ordregiverne opmærksom herpå. Klager indgav herefter straks en klage. Klager havde derfor ikke haft mulighed for at afgive tilbud, og ville derfor ikke kunne bevise et økonomisk tab. Uopsættelighedsbetingelsen var dermed opfyldt.

³⁰⁵ Jf. Klagenævnets kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland, Klagenævnets kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet, Klagenævnets Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark, Kendelse af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune og Klagenævnets kendelse 8. august 2017, Thermo Electron A/S mod Fødevarestyrelsen.

³⁰⁶ Klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.

4.2.2.2.4. Afslag på prækvalifikation.

I tilfælde af at klager ikke er blevet prækvalificeret, vil klager være afskåret fra at afgive tilbud. Er afslaget på prækvalifikationen ulovlig, vil uopsættelighedsbetingelsen derfor være opfyldt, da klager ikke har lidt noget økonomisk tab.³⁰⁷ Erstatning vil derfor ikke afhjælpe klagers lidte skade.

4.2.2.2.5. En enlig svale?

I Klagenævnets kendelse af 4. november 2015³⁰⁸ var uopsættelighedsbetingelsen opfyldt. Begrundelsen herfor er imidlertid anderledes. I sagen fandt Klagenævnet, at betingelsen om fumus var opfyldt, da indklagedes pointmodel ikke var egnet til at afspejle den egentlige prisforskel.

Klager kunne først efter tildelingsbeslutningen konstatere, at pointmodellen var uegnet eller anvendt forkert. Klagenævnet udtalte, at klager ikke ville kunne få erstatning efter positiv opfyldelsesinteresse eller efter negativ kontraktinteresse. Derfor, og ”... *efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger*”, var betingelsen om uopsættelighed opfyldt.

Det er umiddelbart svært at gennemskue hvorfor, at klager ikke ville kunne få erstatning. Formentlig kan det have været fordi, at pointmodellen var tilstrækkeligt tydeligt beskrevet, hvilket gjorde, at klager ikke ville kunne få negativ kontraktinteresse. Samtidig vil klager heller ikke kunne opnå kontrakten på lovligt grundlag, hvorfor klager heller ikke kan få positiv opfyldelsesinteresse.

Man må nok være påpasselig med at udlede noget principielt af kendelsen, og efterkommende praksis understøtter da heller ikke kendelsens betragtning.

4.2.2.2.3. ”Særlig alvorlig fumus”

Om der ligefrem er tale om en ny tendens, er formentlig for vidt at sige. Ikke desto mindre har der været megen snak om den forholdsvis nye *Eltel*-kendelse³⁰⁹ fra Klagenævnet i den udbudsretlige verden.³¹⁰

³⁰⁷ Klagenævnets kendelse af 28. juni 2016, Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd. mod Thyborøn-Agger Færgeoverfart.

³⁰⁸ Klagenævnets kendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet.

³⁰⁹ Klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark.

I sagen konstaterede Klagenævnet, at klager ville lide et alvorlig tab, såfremt der ikke blev truffet bestemmelse om opsættende virkning. Til selve spørgsmålet om, hvorvidt tabet var uopretteligt, udtalte Klagenævnet:

”Efter en samlet vurdering af karakteren af den påståede overtrædelse finder klagenævnet, at der foreligger en sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at der er grundlag for at lempe på uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Van Breda Risk & Benefits mod Kommissionen. Betingelsen om uopsættelighed anses herefter for opfyldt.”

Med henvisning til EU-Domstolens *Vabreda*-kendelse³¹¹ lempede Klagenævnet uopsættelighedsbetingelse som følge af at der forelå *særlig alvorlig fumus*, og klagen blev tillagt opsættende virkning.

Eltel-kendelsen forekommer imidlertid ikke at være første gang, at lignende overvejelser om *særlig alvorlig fumus* eller *overtrædelses karakter* er blev inddraget i forbindelse med behandlingen af uopsættelighedsbetingelsen.

Allerede i kendelse af 28. september 2011³¹² lagde Klagenævnet vægt på at beskrive overtrædelsens karakter og betydning i forbindelse med vurderingen af, om betingelsen om uopsættelighed var opfyldt. Mere præcist bemærkede Klagenævnet i kendelsen af 20. januar 2012³¹³, at der ikke var forhold, der gav anledning til at slække på kravene til uopsættelighedsbetingelsens opfyldelse.

I kendelse af 28. marts 2012³¹⁴ henviste Klagenævnet direkte til, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt *”... under hensyn til karakteren af den mulige overtrædelse”*. Den mulige overtrædelse bestod i en direkte, ulovlig tildeling, hvilket regnes som den groveste udbudsretlige overtrædelse.

³¹⁰ Kendelsen blev bl.a. behørigt omtalt i Dansk Forening for Udbudsret’ medlemsmøde af 22. november 2017, *”Opsættende virkning – nyere tendenser”*, i flere nyhedsbreve fra advokatverdenen samt af HP Rosenmeier på internetsiden HPros.dk i et resume af kendelsen, som værende første gang Klagenævnet forholdt sig til emnet.

³¹¹ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

³¹² Klagenævnets kendelse af 28. september 2011, Atea A/S mod Københavns Kommune.

³¹³ Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

³¹⁴ Klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland.

Af Klagenævnets kendelse af 29. juli 2014 fremgik det direkte, at overtrædelserne ikke havde ”... karakter, der i sig selv [gav] grundlag for at slække på kravene til uopsættelighed”. Tilsvarende forholdte det sig i Klagenævnets kendelse af 7. august 2017.³¹⁵

Det forhold, at kravene til uopsættelighedsbetingelsen lempes, som følge af at Klagenævnet foreløbigt vurderer, at overtrædelserne er særlig alvorlig, er dermed ikke ny praksis.³¹⁶

Med *Vanbreda*-kendelsen fra EU-Domstolen er der formentlig ikke længere nogen tvivl om, at uopsættelighedsbetingelsen, ikke blot i dansk ret men også blandt de øvrige medlemsstater, ikke nødvendigvis skal fortolkes så restriktivt som hidtil, men at vurderingen af fumus, kan have afgørende betydning for vurderingen af uopsætteligheden.

Vanbreda-kendelsen angik en appel af Rettens kendelse, hvori Rettens præsident imødekom en begæring om foreløbige foranstaltninger.³¹⁷ I Rettens kendelse fandt Rettens præsident, at tabet var alvorligt, samt at kravet om uopsættelighed måtte lempes, da der forelå særlig alvorlig fumus. Præsidenten begrundede dette ud fra et generelt EU-retligt princip om, at der skulle være garanti for adgangen til en effektiv foreløbig beskyttelse i udbudsretten.³¹⁸

På denne baggrund tilkendegav Rettens præsident sin holdning til den nuværende retstilling:

*“It follows that, if the existing case-law were applied, the condition relating to urgency would not be satisfied in the present case. More generally, it is apparent that, when applied to the situation of an unsuccessful tenderer, the requirement to demonstrate irreparable harm can be satisfied only with excessive difficulty, due to the systemic reasons pointed out above.”*³¹⁹

“Yet such an outcome is irreconcilable with the requirements of effective interim protection, which has to be guaranteed in the area of public procurement. Moreover, it should be underlined that failure to comply with the rules governing public procurement is not only liable to have harmful effects upon unsuccessful tenderers, but may also undermine the protection of the European

³¹⁵ Klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

³¹⁶ Se også Klagenævnets kendelse af 1. maj 2012, Rail & Road Protect GmbH mod DSB Vedligehold A/S og DSB S-tog A/S.

³¹⁷ Sag T-199/14 R, *Vanbreda Risk & Benefits* mod Kommissionen.

³¹⁸ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), *Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits*, præmis 15, hvor EU-Domstolens Vicepræsident gengiver Præsidenten for Retten's betragtninger i sag T-199/14 R, præmis 16-20.

³¹⁹ Rettens kendelse i sag T-199/14 R, *Vanbreda Risk & Benefits* mod Kommissionen, Præmis 157.

Union's financial interests. Accordingly, this branch of litigation requires a new approach adapted to its specific features and designed to enable an unsuccessful tenderer to establish urgency other than by demonstrating, in all circumstances, an imminent risk of irreparable harm.”³²⁰

Udtalelserne indeholder en kritik over for den daværende praksis angående uopsættelighed. Da det forekommer særdeles vanskeligt at opnå opsættende virkning, vil den gængse anvendelse af uopsættelighedsbetingelsen i EU-retten ikke sikre en effektiv foreløbig beskyttelse i udbudsretlig henseende. En *mekanisk* anvendelse af uopsættelighedsbetingelsen vil dermed hindre en effektiv foreløbig beskyttelse.

I nærværende appel fandt Domstolens vicepræsident også, at en fast praksis ikke blot skulle videreføres ukritisk og mekanisk.³²¹ Vicepræsidenten var ikke enig i Rettens konstatering af, at det er uoverensstemmende med effektivitetsprincippet, at en forbigået tilbudsgiver udover muligheden for erstatning, tilmed skal kunne anmode om foreløbige forholdsregler efter kontraktens indgåelse.³²²

Vicepræsidenten var herefter enig i Rettens betragtning af, at alvorlig fumus medfører, at der ikke kan stilles krav til, at den forbigåede tilbudsgiver godtgør, at denne vil lide et uopretteligt tab.³²³

Særligt udtalte EU-Domstolens vicepræsident, at denne lempelse kun gælder i ”... *fasen forud for kontraktens indgåelse*... ”. Med dette menes der formentlig kun standstill-perioden, i det der henvises til én fase.³²⁴ Uden for standstill-perioden vil en lempelse af uopsættelighedsbetingelsen dog kunne tillades, såfremt klager ”... *ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne indgive en sådan begæring i løbet af denne periode.*”³²⁵

I nærværende sag var kontrakten imidlertid indgået, hvorfor en lempelse af kravet til uopsættelighed alligevel ikke måtte foretages. Tilbudsgiver var ligeledes tilstrækkelig oplyst. Af den årsag blev appellen taget til følge, og der blev ikke truffet bestemmelse om foreløbige forholdsregler, da uopsættelighedsbetingelsen (alligevel) ikke var opfyldt.

³²⁰ Rettens kendelse i sag T-199/14 R, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, Præmis 158.

³²¹ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, præmis 30.

³²² EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, præmis 38.

³²³ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, præmis 41.

³²⁴ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, præmis 42.

³²⁵ EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits, præmis 48.

EU-Domstolens *Vanbreda*-kendelse har siden hen været fulgt op af to nyere kendelser fra Retten.

Den 21. april 2017 afsagde Retten kendelse³²⁶ i *Post Telecom*-sagen, hvori den tog stilling til uopsættelighedsspørgsmålet med henvisning til *Vanbreda*-kendelsen. Principielt udtale Retten, at uopsættelighedsbetingelsen kan lempes i tilfælde af særlig alvorlig fumus, for at sikre en effektiv retsbeskyttelse, men at skaden som minimum (stadig) skal være alvorlig, og at sagsøgeren skal begrunde denne alvorlighed. *Post Telecom*-kendelsen skaber imidlertid en smule forvirring, idet den fastslår, at sagen blot skal indgives inden kontraktindgåelsen, hvorimod *Vanbreda*-kendelsen fastslog, at sagen skulle indgives i standstill-perioden.

Da klagers skade ikke var alvorlig, idet klager ikke havde angivet konkrete grunde herfor, blev begæringen om foreløbige forholdsregler afvist.

Seneste kendelse om emnet blev afsagt af Retten den 26. september 2017,³²⁷ *Wall Street*. Som det var tilfældet med *Post Telecom*-kendelsen, fortsætter *Wall Street*-kendelsen, der hvor *Post Telecom*-kendelsen slap. I *Post Telecom*-kendelsen blev det fastslået, at såfremt klagers tab findes alvorlig, vil uopsættelighedsbetingelsen være opfyldt, når der foreligger særlig alvorlig fumus. Det blev dog ikke nærmere defineret, hvornår et tab anses som alvorligt.

I *Wall Street*-kendelsen tog Retten ikke direkte stilling til, om der forelå særlig alvorlig fumus (i kendelsen stærk *prima facie*), men om klager ville lide et alvorligt tab, såfremt der ikke blev truffet bestemmelse om opsættende virkning.

Til støtte for et alvorligt tab gjorde klager gældende, at denne ville miste et vigtigt erfaringsgrundlag, der inden for IT-løsninger til store banker var fatal ikke at opnå. Dernæst ville der være negative konsekvenser forbundet med ikke at opnå kontrakten, og dette ville have negativ effekt på klagers omdømme indenfor den pågældende branche.³²⁸ Slutteligt fremførte sagsøger, at 10% af deres omsætning stammede fra samme branche, og at den mistede kontrakt ville risikere deres øvrige forretning inden for nærværende branche.³²⁹

³²⁶ Sag T-158/17 R, *Post Telecom mod Den Europæiske Investeringsbank (EIB)*.

³²⁷ Sag T-579/17 R, *Wall Street Systems UK Ltd mod Den Europæiske Centralbank (ECB)*.

³²⁸ Sag T-579/17 R, *Wall Street Systems UK Ltd mod Den Europæiske Centralbank (ECB)*, præmis 23.

³²⁹ Sag T-579/17 R, *Wall Street Systems UK Ltd mod Den Europæiske Centralbank (ECB)*, præmis 24.

I forhold til det mistede erfaringsgrundlag, mente Retten ikke, at denne havde dokumenteret, at denne erfaring var så specifik og fatal at opnå, idet samme IT-ekspertise kunne opnås i andre brancher. Sagsøger vil dermed ikke være hindret i at deltage i lignende udbud.

Sagsøgers påstand om at lide et tab af omdømme tog Retten ikke videre alvorlig:

“... it must be recalled that the rejection of a tenderer, where the rules governing the tendering procedure have been followed, is, in itself, neither prejudicial nor discreditable. Winning and losing tenders is among the incidents of business life.”

Sagsøger fik dermed ikke medhold i begæring om foreløbige forholdsregler, idet tabet end ikke var alvorligt.

Afgørelsen efterlader dermed læseren med det indtryk, at det er vanskeligt at bevise, at tabet er alvorligt. Dermed kan der stilles spørgsmålstejn ved, lempelsen af uopsættelighedsbetingelsen har en reel praktisk betydning, såfremt klager fortsat skal bevise en alvorlighed, der fremstår uoverkommelig. Afgørelsen er efterfølgende indgivet for EU-Domstolen, og en afgørelse afventes fortsat.³³⁰

Eftersom Klagenævnet har implementeret undtagelsen om særlig alvorlig fumus, må det forventes, at Klagenævnet fremover i sager om opsættende virkning, altid vil vurdere fumus-betingelsen, såfremt denne er indgivet i den direktivfastsatte standstill-periode.

Efter *Post Telecom*-kendelsen er det dog usikkert om særlig alvorlig fumus skal vurderes helt frem til kontraktindgåelsestidspunktet, dvs. også tiden inden standstill, i den frivillige standstill-periode og en eventuel efterfølgende periode mellem standstill og kontraktindgåelsen. I en artikel fra to af Klagenævnets dommere *Høegh*³³¹ og *Thorup* fra 2016³³², angives det dog, at Klagenævnet efter EU-retten kun er forpligtet til at foretage vurderingen af, om det foreligger stærk fumus, så længe klagen er indgivet i standstill-perioden. Det er usikkert om forfatterens opfattelse herom er ændret efter *Post Telecom*-kendelsen.

³³⁰ Sag C-576/17 P(R), Wall Street Systems UK Ltd mod Den Europæiske Centralbank (ECB).

³³¹ Katja Høegh var desuden også dommer i *Eltel*-sagen.

³³² Høegh og Kirsten Thorup: *”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang”*, U.2016.403, afsnit 2.4.

Det er ikke længere nok at konstatere, at uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt, uden at vurdere, om der foreligger særlig alvorlig fumus. Hvor der ikke foreligger fumus, vil Klagenævnet dog stadig kunne undlade at udtale sig om uopsættelighed og interesseafvejning.

Det kan dog ikke udelukkes helt, at den retspraksis udviklede interesseafvejning, som er sidste lod på vægtskålen, selvstændigt kan udelukke opsættende virkning, og dermed nødvendigheden af at vurdere fumus- og uopsættelighedsbetingelserne, jf. princippernes kumulative karakter.

Interesseafvejningen spiller imidlertid kun undtagelsesvist en afgørende rolle, jf. nedenstående kapitel. Samtidig skaber fumus- og uopsættelighedsudtalelserne stor værdi for sagens parter, idet udtalelserne gør det muligt at forudse klagens udfald, samt nu også overtrædelsens karakter.

4.2.2.2.4. *Klagers passivitet*

Klagers egen skyld, i form af passivitet, kan ligeledes få en betydning for om klagen skal tillægges opsættende virkning. Klageren vil have svært ved at komme igennem med påstand om, at denne vil lide et uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.³³³

Klagers passivitet vil blive inddraget i vurderingen, hvilket bl.a. fremgår af Klagenævnets kendelse af 22. januar 2012,³³⁴ hvor klager havde klaget om manglende prækvalifikation efter tildelingsbeslutningen, dvs. 1 ½ år efter. Det blev da konstateret, at *"Klageren har som anført forholdt sig passiv i relation til muligheden for at anfægte prækvalifikationen... Herefter og da indklagede vil kunne pålægges at betale erstatning til klageren, hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt, finder klagenævnet efter en samlet vurdering af klagen, at kravet om uopsættelighed ikke er opfyldt."* Passiviteten var dermed ikke den eneste, men en medvirkende årsag til, at uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

Hvornår, passiviteten indtræder, beror formentlig på en konkret vurdering, hvor klagers manglende oplysninger vil skulle inddrages. Har klager ikke de fornødne oplysninger til at kunne gennemskue, om der er grundlag for at anlægge en klagesag, kan dette undskylde en langsom reaktion.³³⁵

³³³ Carina Risvig Hamer: *"Grundlæggende udbudsret"*, 2016, 1. udgave, s. 816.

³³⁴ Klagenævnets kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark.

³³⁵ Carina Risvig Hamer: *Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer*, 2015, 1. udgave, s. 359.

4.2.2.3. Interesseafvejning

Er betingelserne og fumus og uopsættelighed opfyldt, tillægges en klage ikke opsættende virkning, hvis en afvejning af indklagedes interesser vejer tungere end klagers. Høegh og Thorup³³⁶ angiver, at ”... hvor væsentlige samfundsmæssige hensyn med betydelig styrke taler for nødvendigheden af en hurtig kontraktindgåelse...”, vil en interesseafvejning falde ud til klagers fordel. Fabricius angiver samme snævre adgang for, at en interesseafvejning skal falde ud til ordregivers fordel – særligt når de to øvrige betingelser er opfyldt.³³⁷

Klagenævnet bemærkede i *Rail & Road*-kendelsen af 1. maj 2012³³⁸, at ”Ved ydelser omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet vil en interesseafvejning særligt nærliggende kunne tænkes at falde ud til, at en klage ikke tillægges opsættende virkning, skønt betingelserne om fumus boni juris og uopsættelighed er opfyldt, fordi indklagedes interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, vejer tungere end klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.”

I pågældende sag blev klagers interesse dog alligevel fundet tungere end indklagedes.

Almenhedens interesse i forsyningssikkerheden kan dermed forhindre opsættende virkning, selvom fumus- og uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

Inden for forsyningsvirksomhedsdirektivet har Klagenævnet i to tilfælde tillagt indklagedes interesse større vægt end klagers. I *Bombardier*-kendelsen af 22. januar 2012³³⁹, der angik udskiftning af signalsystemet på fjernbanen, fandt Klagenævnet, at et samfundsmæssigt ressourcespild vejede tungest. Desuden var hverken betingelserne om fumus eller uopsættelighed opfyldte.

I *Falck*-kendelse af 26. september 2014³⁴⁰ omhandlende ambulancetjeneste og sygetransport, førte hensynet til patientsikkerheden til, at indklagedes interesse vejede tungest, da der ville gå mere end et halvt år, før at klagen ville blive afgjort. Uopsættelighedsbetingelsen var heller ikke opfyldt.

³³⁶ Høegh og Kirsten Thorup: ”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang”, U.2016.403, afsnit 2.5.

³³⁷ Jesper Fabricius: ”Offentlige indkøb i praksis”, 2017, 4. udgave, s. 819.

³³⁸ Klagenævnets kendelse af 1. maj 2012, Rail & Road Protect GmbH.

³³⁹ Klagenævnets kendelse af 22. januar, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark.

³⁴⁰ Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

Klagenævnet har også én gang i forbindelse med et udbud afholdt efter udbudslovens regler anset indklagedes interesse for at veje tungest.³⁴¹ Udbuddet angik totalrådgivning i forbindelse med etableringen af et demens- og hjertecenter. Klagenævnet offentliggjorde ikke den nærmere begrundelse for, hvorfor betingelsen om interesseafvejning ikke var opfyldt for klager, men udbuddets genstand afslører imidlertid dette. Uopsættelighedsbetingelsen var dog heller ikke opfyldt.

I forbindelse med en klage om ulovlig, direkte tildeling, vil interesseafvejningen også typisk falde ud til klagers fordel. I en klage af den 16. marts 2015,³⁴² udtalte Klagenævnet, ”... at skadevirkningerne for en ordregiver af forsinkelsen ved at tillægge klagen opsættende virkning i en sådan situation i almindelighed vil kunne afbødes væsentligt ved, at ordregiveren annullerer sin tildelingsbeslutning og i stedet gennemfører et egentligt udbud.” Indklagede havde desuden hverken beskrevet eller dokumenteret de påståede skadevirkninger som opsættende virkning ville medføre.

På nær disse tre ovenstående kendelser, *Rail & Road*, *Bombardier* og *Falck*, har Klagenævnet ikke de seneste ti år vurderet en interesseafvejning til indklagedes fordel. Samtidig findes der ingen eksempler på, at interesseafvejningen har været eneste betingelse, som ikke har været opfyldt, for at klagen vil kunne tillægges opsættende virkning. De syntes desuden at være en tendens, at Klagenævnet kun udtaler sig om interesseafvejning, i de tilfælde hvor betingelsen om fumus og uopsættelighed er opfyldte, dog med undtagelse af kendelserne, *Bombardier* og *Falck*.

I de situationer, hvor klager har opnået opsættende virkning, synes udgangspunktet at være det, at indklagede må dokumentere, at opsættende virkning frembyder væsentlig skadevirkning for indklagede, og at disse skadevirkninger, i en situation hvor ordregivers tildelingsbeslutning forventes annulleret, vejer tungere end klagers interesse i at komme i betragtning til kontrakten.

Interesseafvejningen vil dermed kun sjældent være en hindring for, at klagen kan tillægges opsættende virkning, og afvejningen fremstår i praksis ikke som en selvstændig hindrende betingelse for, om Klagenævnet træffer bestemmelse om opsættende virkning.

³⁴¹ Klagenævnets kendelse af 16. november 2016, GPP Arkitekter A/S mod Aarhus Kommune.

³⁴² Klagenævnets kendelse af 16. marts 2015 Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet.

4.3. Sammenfatning

Opsættende virkning er et afgørende prækontraktuelt retsmiddel i udbudsretten. Sanktionen yder sikkerhed for, at den forurettede tilbudsgiver retsmæssigt kan komme i betragtning til kontrakten på ny. Sanktionen må imidlertid ikke fremstå illusorisk, men skal virke effektivt og i overensstemmelse med kontroldirektivernes formål.

I Klagenævnets EU-Domstolens og Rettens praksis, samt gældende retsregler, herunder EUF-Traktaten, Procesreglementerne, Kontroldirektiverne samt Klagenævnsloven, fremstår opsættende virkning da også som en klar undtagelsesbestemmelse. Muligvis kan undtagelsen fremtræde så snæver, at dette kan fremstå som uoverensstemmende med effektivitetsprincippet.

I udbudsretten må opsættende virkning opfattes som et særligt vigtigt retsmiddel, da det kan forhindre ordregiver i at udsætte tilbudsgiveren for en uoprettelig skade, samtidig med at det hindrer, at den endelige afgørelse ikke står uden egentlig betydning og dermed bliver overflødig.

Opsættende virkning er særlig vanskelig at opnå. Bl.a. derfor er opsættende virkning ikke eneste sanktionsmulighed. I de tilfælde hvor opsættende virkning ikke genopretter ordregivers skadevirkning, har klager mulighed for at søge erstatning. I de tilfælde hvor disse velkendte håndhævelsesmuligheder ikke kan genoprette klagers skade, der er opstået som en følge af ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne, kan ordregiver være forpligtet til at bringe kontrakten til ophør gennem reglerne om uden virkning og udbudslovens § 185, stk. 2.

Betingelserne om fumus og uopsættelighed fremgår af EU-Domstolens og Rettens procesreglementer, mens interesseafvejningen er udviklet i praksis. Klagenævnet og de ordinære domstole har dog valgt at anvende de samme betingelser, men er ikke forpligtet hertil. Klagenævnet har imidlertid også adopteret EU-Domstolens og Rettens praksis i forhold til betingelsernes opfyldelse

Seneste nye tendens fra EU-Domstolen og Retten har Klagenævnet nu også tilkendegivet at ville følge. Hvor der foreligger særlig alvorlig fumus, og klagen er indgivet inden for den direktivfastsatte standstill-periode, skal Klagenævnet lempe uopsættelighedsbetingelsen, således at skaden ikke nødvendigvis skal være uoprettelig, men blot alvorligt. *Eltel*-sagen er første eksempel herpå, og således en implementering af EU-Domstolens *Vanbreda*-kendelse, om lempelse af

uopsættelighedsbetingelsen, samt Rettens *Post Telecom*-kendelse, om at tabet dog skal være alvorligt. I *Eltel*-sagen var klagen indgivet i standstill-perioden, og det bliver derfor spændende, hvad Klagenævnet stiller op med en klage (indeholdende en begæring om opsættende virkning), der er indgivet uden for standstill-perioden, men før kontraktindgåelsen, set i lyset af *Post Telecom*-kendelsen. Taget Klagenævnets historik i betragtning, angående implementeringen af EU retsinstansernes praksis på området, kan dette fremstå som overvejende sandsynligt.

5. Perspektivering

Set i lyset af ovenstående gennemgang af praksis, kan det være relevant at inddrage fremmed ret og undersøge, hvordan andre medlemslande har implementeret kontroldirektiverne. I forhold til opsættende virkning anvender størstedelen af medlemslandene de samme tre betingelser som EU-Domstolen og Retten. Alligevel synes sandsynligheden for at opnå opsættende virkning at variere væsentligt fra medlemsstat til medlemsstat.

Italiensk ret synes imidlertid, at træffe bestemmelse om opsættende virkning i højere grad end i de øvrige medlemsstater.³⁴³ Forklaringen herpå er ifølge *Mario Comba* en mere lempelig tilgang til uopsættelighedsbetingelsen. Desuden er det de administrative domstole, fremfor de ordinære, der behandler udbudstvister.

De administrative domstole er mindre restriktive i deres bedømmelse af, om skaden er uoprettelig, særligt fordi ikke-økonomiske tab tages betragtning i form af mistet reference. *Danno curricolare*, hvilket betyder ”skadet curriculum”, vil dermed kunne fremføres som et uopretteligt ikke-økonomisk tab. Den mistede mulighed for at kunne anvende referencen fremover, og dermed stå stærkere i fremtidige udbudsrunder, kan således anvendes i tilbudsgivers argumentation for, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

³⁴³ Roberto Caranta: ”Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?” I Steen Treumer & François Lichère (eds): *Enforcement of the EU Public Procurement Rules - European Procurement Law Series vol. 3*, 2011, 1. udgave, s. 64.

Hertil kommer, at de italienske administrative domstole er mere tilbageholdende med at tilkende erstatning, hvilket formentlig foranlediger en mere lempelig tilgang til opsættende virkning.³⁴⁴

Ydermere synes de administrative domstole ikke at anvende nogen interesseafvejning som betingelse for at tillægge klagen opsættende virkning. Dette kunne ligeledes have en formildende effekt på klagers mulighed for at få klagen tillagt opsættende virkning.

6. Konklusion

Er én af de direktivfastsatte sanktionsmuligheder *umulig* eller *uforholdsmæssig vanskelig* at opnå, vil håndhævelsessystemet på det pågældende område være i strid med hhv. princippet om effektiv håndhævelse og kontroldirektiverne, idet tilbudsgiveren ikke vil være tilstrækkelig beskyttet mod ordregivers overtrædelse. Er én sanktionsmulighed derimod *vanskelig* at opnå, betyder det ikke automatisk, at håndhævelsessystemet er ineffektivt eller uhensigtsmæssigt. Dette vil således ikke være tilfældet, såfremt den modstående sanktionsmulighed afspejler en tilsvarende styrket adgang. Er den prækontraktuelle sanktionsmulighed svag, må den postkontraktuelle håndhævelsesmulighed være dét stærkere.

På baggrund af kapitel 3 kan det konstateres, at erstatningsbeføjelsen sjældent, og særligt i sager vedrørende klagers påstand om dækning af mistet fortjeneste, faktisk genopretter klagers påståede tab. Den dårlige udsigt til at opnå fuld erstatning synes utilfredsstillende – set fra klagers perspektiv – og klager må derfor søge sine interesser beskyttet gennem andre retsmidler.

I den forbindelse er det særligt bemærkelsesværdigt, at de ordinære domstoles erstatningsbeløb ses at ligge væsentligt tættere på det af klager påståede tab, end hvad tilfældet er ifølge Klagenævnets praksis. Med forbehold for at tallene ikke tager hensyn til sagernes konkrete omstændigheder, må denne tendens anses som uhensigtsmæssig. Såfremt klager kan forvente at blive tilkendt et højere erstatningsbeløb ved de ordinære domstole, end ved Klagenævnet, vil denne tendens *de facto* kunne skabe et (økonomisk) incitament for klager til at søge erstatningsspørgsmålet udskilt til særskilt behandling ved netop de ordinære domstole.

³⁴⁴ Mario Comba: “Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies”. I Steen Treumer & François Lichère (eds): *Enforcement of the EU Public Procurement Rules - European Procurement Law Series vol. 3*, 2011, 1. udgave, s. 245-246.

I relation til den tendens, som ses i dansk praksis vedrørende erstatning, bidrager Rettens praksis ikke med nogen hensigtsmæssig løsning. Spørgsmålene om negativ kontraktinteresse og positiv opfyldelsesinteresse behandles fundamentalt anderledes i sager for Retten, end dansk praksis har tradition for. Det kan derfor ikke anbefales, at dansk ret på dette område implementerer Rettens praksis, idet dette vil svække klagers retsstilling markant.

Opsættende virkning er den mest hensigtsmæssige løsning, da ordregiver derved hindres i dels at indgå en udbudsstridig kontrakt, og dels i at skulle betale erstatning til en uberettiget forbigået klager. Ved at tillægge en klage opsættende virkning vil Klagenævnet varetage vigtige samfundsøkonomiske hensyn, ligesom at hensynet til de enkelte tilbudsgivere vil blive tilgodeset, da kontrakten på ny vil blive konkurrenceudsat.

I praksis er det imidlertid særdeles vanskeligt for den klager, der lider et økonomisk tab, at få imødekommet en begæring om opsættende virkning ved Klagenævnet. I mange sager vil en sådan begæring således blive afvist med henvisning til manglende opfyldelse af uopsættelighedsbetingelsen med den begrundelse, at klagers lidte tab er *økonomisk genopretteligt* og dermed kan kompenseres gennem et erstatningskrav. Paradoksalt nok vil klager dog kun sjældent blive tilkendt erstatning i et omfang, der faktisk genopretter klager økonomiske tab.

En mere lempelig tilgang til uopsættelighedsbetingelsen kan derfor være tiltrængt. I dansk Klagenævnspraksis foreligger der to muligheder for at kunne træffe bestemmelse om opsættende virkning, selvom at tabet må karakteriseres som økonomisk genopretteligt.

Hvor klagers markedsposition eller eksistens vil være truet, har Klagenævnet i 2010 i to omgange fundet, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, idet erstatning ikke ville udgøre et tilstrækkeligt værn mod, at klager ville lide et tab. Efter *Euris Consult*-kendelsen forekommer denne praksis dog forladt i dansk udbudsret. Klagenævnet synes efterfølgende at have ændret holdning, og klager kan nu umuligt sandsynliggøre, at erstatning ikke vil være tiltrækkelig. Dermed må undtagelsen opfattes som illusorisk.

En anden mulighed klager har, for at opfylde uopsættelighedsbetingelsen, er at dokumentere, at der foreligger særlig alvorlig fumus. Klagenævnets praksis på området er fortsat begrænset, men taget Rettens seneste praksis i betragtning i *Wall Street*-kendelsen, kan det ikke udelukkes, at undtagelsen

forekommer yderst snæver. Praksis på dette område må følges tæt over den nærmeste fremtid, og herunder særligt med fokus på EU-Domstolens behandling af den appellerede *Wall Street*-kendelse.

Anerkendelsen af svækkede håndhævelsesmuligheder har givet grobund for, at andre sanktionsmuligheder kan finde anvendelse, såfremt kontraktindgåelsen er foretaget, idet ordregiver kan være forpligtet til at bringe den indgåede kontrakt til ophør. I den forbindelse kan udbudslovens § 185, stk. 2 muligvis få en betydning fremover, idet denne er indført ud fra en betragtning om, at positiv opfyldelsesinteresse er vanskeligt at opnå. Modslutningsvist vil fremtidig klagenævnspraksis afsløre, om Klagenævnets tilbageholdenhed i relation til at tillægge en klage opsættende virkning vil kunne blive opvejet af endnu en postkontraktuel sanktionsmulighed – nu hvor erstatning ikke har kunnet.

Ordregivers vide mulighed for at udskyde kontraktens ophævelse, samt muligheden for at udrede erstatning og betale for ydelsen igen ved et genudbud, understreger behovet for, at klagen i større grad end hidtil bør tillægges opsættende virkning. En måde at gøre dette på kunne være at lempe uopsættelighedsbetingelsen, dog uden at dette unødigt hindrer ordregivers udbudsforretning.

Klagenævnet eller lovgiver har – som det tilsvarende forholder sig i relation til erstatningssanktionen – mulighed for at fastlægge egne nationale betingelser for at kunne tillægge en klage opsættende virkning, samt på hvilke vilkår disse betingelser skal opfyldes.

I Danmark er den processuelle frihed på dette område ikke blevet udnyttet, og man har i stedet adopteret EU-Domstolens og Rettens betingelser, samt deres praksis for betingelsernes opfyldelse. Det er værd at bemærke, at betingelserne er udledt af deres respektive procesreglementer, hvilke ikke er udarbejdet særligt med henblik på udbudsrettens særegne forhold. Dette er problematisk set fra kontroldirektivernes perspektiv, idet disse har særligt fokus på, at medlemsstaterne sikrer adgang til midlertidige foranstaltninger.³⁴⁵ Dette særlige fokus kommer dermed ikke til udtryk i det danske håndhævelsessystem, ligesom det også kan læses på det beskedne antal kendelser, hvor Klagenævnet har tillagt klagen opsættende virkning.

Yderligere efterlever dansk klagenævnspraksis også EU-Domstolens og Rettens praksis for, hvornår betingelserne er opfyldt. Med undtagelse af den seneste ændring i EU-Domstolens og Rettens

³⁴⁵ Kontrolldirektivet (89/665)

praksis i forhold til særlig alvorlig fumus, der dog kan forekomme illusorisk, forekommer det at, disse EU-retsinstanser anvender betingelserne *mekanisk*. Denne mekaniske anvendelse blev kritiseret af rettens præsiden i *Vandbreda*-sagen, hvilket EU-Domstolen principielt anerkendte.

Dermed tilpasses uopsættelighedsbetingelsen ikke de særlige forhold, der gør sig gældende inden for udbudsretten. Et godt eksempel herpå er, at muligheden for erstatning *de facto* udelukker uopsættelighedsbetingelsen, og dermed muligheden for opsættende virkning. Dette sker uden en egentlig hensyntagen til, hvorvidt erstatningen genopretter klagers skade. Dette har en særlig betydning for de kontrakter og rammeaftaler, hvor det forekommer uforholdsmæssig vanskeligt at opgøre et tab.

Retstilstanden i forhold til opsættende virkning i udbudsretten er dermed uhensigtsmæssig, og den synes ikke i at være i overensstemmelse med kontroldirektivernes formål. Dette medfører, at håndhævelsessystemet, i hvert fald på dette område, fremstår ineffektivt.

Den italienske model fremstår som et interessant alternativ. Anerkendelsen af vanskeligheden ved at opnå (fuld) erstatning tillader i større grad end i Danmark den dømmende myndighed at tillægge en klage opsættende virkning. I Italien tillægges også ikke-økonomiske tab betydning ved de administrative domstole, idet der lægges vægt på den mistede reference, som tilbudsgiver ikke vil kunne drage nytte af i forbindelse med fremtidige udbud.

En tilsvarende anerkendelse af, at de danske erstatningsbetingelser ikke efterlader megen værn for den forsmåede tilbudsgiver, må medføre en ændring af betingelserne. Uopsættelighedsbetingelsen er i den forbindelse den største og mindst hensigtsmæssige hindring. Det kunne i den forbindelse overvejes, om uopsættelighedsbetingelsen ikke blot er en hindring for et effektivt klagesystem, og om betingelsen ikke helt bør udgå.

Den seneste debat, der forstummede i 2011, synes dermed, at kunne rejses på ny.

Kildefortegnelse

1. Litteraturliste

Bøger:

Bernhard Gomard og Torsten Iversen: *"Obligationsret 2. del"*, 2011, 4. udgave ved Torsten Iversen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Carina Risvig Hamer: *"Grundlæggende udbudsret"*, 2016, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Carina Risvig Hamer: *"Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer"*, 2015, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Claus Berg: *"Udbudsret i byggeriet"*, 2012, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Erik Hørlyck: *"EU-Udbud"*, 1997, 1. udgave, Nyt Juridisk Forlag.

Grit Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"*, 2015, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Jesper Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"*, 2017, 4. udgave, Forlaget Karnov Group.

Karsten Ensigt Sørensen og Poul Runge Nielsen: *"EU-retten – forkortet udgave"*, 2010, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Michael Steinicke og Lise Groesmeyer: *"EU's udbudsdirektiver med kommentare"*, 2008, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Morten Frank og Torkil Høg: *"Håndhævelsesloven med kommentarer"*, 2011, 1. udgave, Forlaget Karnov Group.

Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg: *"EU-*

udbudsretten. Udbudsloven. Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Koncessionsdirektivet", 2016, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ruth Nielsen: *"Udbud af offentlige kontrakter"*, 2010, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Steen Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"*, 2000, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Torkil Høg: *"Udbudsretlige erstatningsspørgsmål"*, 2005, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Torsten Iversen: *"Erstatningsberegning i kontraktforhold"*, 2000, 1. udgave, Forlaget Thomson Gadjura.

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen: *"den Civile Retspleje"*, 2015, 3. udgave, Forlaget Pejus.

Artikler:

Katja Høegh og Kirsten Thorup: *"Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang"*, U.2016.403

Lotte Hummelshøj: *"Ordregivers opsigelse af kontrakt"*, i bogen af Steen Treumer (red.), *"Udbudsloven"*, 2016, 1. udgave, ExTuto Publishing.

Mario Comba: *"Enforcement of EU Procurement Rules. The Italian System of Remedies"*, i bogen Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules - European Procurement Law Series vol. 3"*, 2011, 1. udgave, DJØF Publishing Copenhagen.

Mette Frimodt Hansen og Kirsten Thorup: *"Standstill og opsættende virkning i udbudsretten"*, U.2010B.303.

Per Walsøe: En kommentar til Højesterets kendelse af 24. august 1994, U.1995B.128.

Roberto Caranta: *"Many Different Paths, but Are They All Leading to Effectiveness?"*, i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules - European Procurement Law Series vol. 3"*, 2011, 1. udgave, DJØF Publishing Copenhagen.

Steen Treumer: *"Enforcement of The EU Public Procurement Rules: Danish Regulation and Practise"*. i bogen af Steen Treumer & François Lichère (eds): *"Enforcement of the EU Public Procurement Rules vol. 3"*, 2011, 1. udgave, DJØF Publishing Copenhagen.

Steen Treumer: *"National håndhævelse af EU's udbudsregler – er håndhævelsessystemet effektivt på EU-udbudsområdet?"* i bogen af Jens Fejø og Steen Treumer: *"EU's udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden"*, 2006, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Steen Treumer: *"Erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler"* i bogen af Peter Pagh, Søren Højgaard Mørup og Niels Fenger (red.): *"Offentlige myndigheders erstatningsansvar"*, 2017, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Stinne Richter Berg: *"Erstatning ved prækontraktuelt ansvar"* i Erhvervsjuridisk Tidsskrift, U.2009.261.

Torkil Høg: *"Erstatning for udbudskrænkelser"* i bogen af Torsten Iversen (red.): *"Festskrift til Det Danske Selskab for Byggeret"*, 2009, 1. udgave, Forlaget Thomson Reuters.

Torsten Iversen: *"Erstatningsudmåling i kontraktforhold"*, U.2012B.271.

2. Domme og kendelser

Klagenævnets kendelser:

Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Undervisningsministeriet.

Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998. Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt.

Klagenævnets kendelse af 4. december 2000, Renoflex A/S mod Vestforbrænding.

Klagenævnets kendelse af 2. maj 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 12. oktober 2004, Køster Entreprenør A/S mod Morsø Kommune.

Klagenævnets kendelse af 8. marts 2005, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

Klagenævnets kendelse af 19. januar 2007, P. Jensen og Sønner Outrup A/S mod Blaabyrg Kommune.

Klagenævnets kendelse af 20. februar 2007, Bangs Gård mod Esbjerg Kommune.

Klagenævnets kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt.

Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum mod Sønderborg Kommune.

Klagenævnets kendelse af 4. december 2007, Magnus Informatik A/S mod Skat

Klagenævnets kendelse af 7. december 2007, Scan-Plast Production A/S mod Herning Kommune.

Klagenævnets kendelse af 14. juli 2008, Thomas Borgå mod Skive Kommune.

Klagenævnets kendelse af 13. februar 2009, Labofa Munch A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S og Finansministeriet.

Klagenævnets kendelse af 14. december 2009, Ortos A/S mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 15. december 2009, Sahva A/S mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 16. december 2009, Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune.

Klagenævnets kendelse af 25. januar 2010, J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvsstyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 9. februar 2010, Barslund A/S mod Københavns Kommune.

Klagenævnets kendelse af 13. april 2010, KMD A/S mod Frederiksberg Kommune.

Klagenævnet i kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S.

Klagenævnets kendelse af 20. juli 2010, Otto P. Nedergaard A/S mod Boligforeningen Bispegaarden.

Klagenævnets kendelse af 21. september 2010, Balle Blik og VVS ApS mod Boligselskabet Sct. Jørgen.

Klagenævnets kendelse af 29. september 2010, BKI foods A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste.

Klagenævnets kendelse af 19. oktober 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet.

Klagenævnets kendelse af 1. december 2010, Einar Kornerup Jylland A/S mod Ejerforeningen Parkvænget.

Klagenævnets kendelse af 17. januar 2011, Danmarks Miljøundersøgelser mod By- og Landskabsstyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 18. januar 2011, O K Entreprise A/S mod Tønder forsyning A/S.

Klagenævnets kendelse af 22. september 2011, Kirkebjerg A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 28. september 2011, Atea A/S mod Københavns Kommune.

Klagenævnets kendelse af 5. oktober 2011, Køge Taxa mod Køge Kommune

Klagenævnets kendelse af 18. oktober 2011, Jytas A/S mod Universitets- og Bygningsstyrelsen

Klagenævnets kendelse af 25. november 2011, Brdr. A. & B. Andersen Entreprenører & Ingeniører A/S mod Boligforeningen Vesterport.

Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.

Klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

Klagenævnets kendelse af 6. februar 2012, Ricoh Danmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.

Klagenævnets kendelse af 28. februar 2012, Mediq Danmark A/S mod Københavns Kommune.

Klagenævnets kendelse af 5. marts 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark.

Klagenævnets kendelse af 16. marts 2012, Oticon A/S mod Kommunernes Landsforening.

Klagenævnets kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen.

Klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems ApS mod Region Sjælland.

Klagenævnets kendelse af 1. maj 2012, Rail & Road Protec GmbH mod DSB Vedligehold A/S og DSB S-tog A/S.

Klagenævnets kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet.

Klagenævnets kendelse af 20. juni 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut.

Klagenævnets kendelse af 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune.

Klagenævnets kendelse af 28. juni 2012, Gambro Danmark, Filial af Gambro Lundia AB, mod Region Sjælland.

Klagenævnets kendelse af 17. juli 2012, Activ Care A/S mod Billund Kommune.

Klagenævnets kendelse af 30. juli 2012, NCC Construction Danmark A/S mod Egedal Kommune.

Klagenævnets kendelse af 19. september 2012, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnets kendelse af 19. november 2012, Rent A/S mod Køge Kommune.

Klagenævnets kendelse af 6. december 2012, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte.

Klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening.

Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune.

Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland.

Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnets kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

Klagenævnets kendelse af 4. februar 2014, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet

Klagenævnets kendelse af 3. marts 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland.

Klagenævnets kendelse af 9. april 2014, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden.

Klagenævnets kendelse af 8. maj 2014, Abena A/S mod Slagelse Kommune.

Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014, Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trafikselskabet Movia.

Klagenævnets delkendelse af 29. juli 2014, TEAM OPP v/ DEAS A/S mod Region Midtjylland.

Klagenævnets kendelse af 7. august 2014, Roche Diagnostics A/S mod Region Sjælland.

Klagenævnets kendelse af 25. august 2014, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S mod Hillerød Spildevand A/S.

Klagenævnets kendelse af 26. september 2014, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

Klagenævnets kendelse af 29. oktober 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Klagenævnets kendelse af 18. november 2014, AV Form A/S mod Skive Kommune.

Klagenævnets kendelse af 7. januar 2015, Rengoering.com A/S mod Ringsted Kommune.

Klagenævnets kendelse af 16. marts 2015, Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet.

Klagenævnets kendelse af 25. marts 2015, ZENZO Group ApS mod Horsens Kommune.

Klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Klagenævnets kendelse af 8. juni 2015, Hoffmann A/S mod Region Hovedstaden.
Klagenævnets kendelse af 29. juli 2015, New Mind TellUs AS mod Parternerskabet Det Digitale Turisme Danmark c/o VisitDenmark.
Klagenævnets kendelse af 27. august 2015, CSC Danmark A/S mod Forsvarsministeriet v/ Forsvarets Koncernfælles Informatiktjeneste.
Klagenævnets kendelse af 18. september 2015, Staples Danmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.
Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune.
Klagenævnets kendelse af 15. oktober 2015, Sanofi Pasteur MSD Danmark mod Statens Serum Institut.
Klagenævnets kendelse af 23. oktober 2015, BKI mod Fællesudbud Sjælland.
Klagenævnets kendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet.
Klagenævnets kendelse af 12. november 2015, IGT Global Services Limited mod Danske Lotteri Spil A/S.
Klagenævnets kendelse af 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.
Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.
Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Houlberg Instrumentering A/S mod SKAT.
Klagenævnets Kendelse af 14. december 2015, Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark.
Klagenævnets kendelse af 17. december 2015, BC Catering Roskilde A/S mod Rudersdal Kommune.

Klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus universitet.
Kendelse af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune.
Klagenævnets kendelse af 5. april 2016, Brian Madsen mod Slagelse.
Klagenævnets kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Meteorologiske.
Klagenævnets kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune.
Klagenævnets afgørelse af 23. maj 2016, Svend Pedersen A/S mod Favrskov Kommune.
Klagenævnets kendelse af 15. juni 2016, Danske Færger A/S mod Transport- og Bygningsministeriet.
Klagenævnets kendelse af 28. juni 2016, Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd. mod Thyborøn-Agger Færgeoverfart.
Klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.
Klagenævnets kendelse af 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/ Moderniseringsstyrelsen.
Klagenævnets kendelse af 16. november 2016, GPP Arkitekter A/S mod Aarhus Kommune.
Klagenævnets kendelse af 19. december 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune.

Klagenævnets kendelse af 13. januar 2017, C.C. Contractor A/S mod Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening.
Klagenævnets kendelse af 19. januar 2017, Holmris + Flexfom A/S mod Københavns Kommune.
Klagenævnets kendelse af 9 februar 2017, Bricks A/S mod Region Midtjylland.
Klagenævnets kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune.
Klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark.
Klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.
Klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Thermo Electron A/S mod Fødevarestyrelsen.

Klagenævnets kendelse af 11. august 2017, Hirtenberger Defence Systems GmbH & Co KG mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelsen.
Klagenævnets kendelse af 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUbud v/Randers Kommune.

De ordinære domstole:

Byretten i Horsens' dom af 20. maj 2009 i sag BS 99-1556/2007.

Østre Landsrets dom af 16. august 2000 i sag B-1654-97 m.fl., Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard & Schultz A/S.

Østre Landsret ved dom af 19. december 2005 i sag B-3256-04.

Østre Landsrets dom af 22. december 2008 i sag B-1989-05.

Højesterets kendelse af 24. august 1994 i sag I 86/1994, trykt i U.1994.823 H.

Højesterets dom af 15. juni 2012, sag 88/2010, 2. afd., Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet.

EU-Domstolens afgørelser:

Forenede sager 16, 17 og 18/59, Salgsforeningerne for Ruhrkul Geitling, Mausegatt, Præsident og de i disse salgsforeninger sammensluttede mineselskaber i Ruhr-distriktet mod Den Høje Myndighed.

Sag 17/64 R, Suss mod Den Høje Myndighed.

Sag 62/74 R, Vellozzi mod Kommissionen.

Sag 4/78 R, Salerno mod Kommissionen m.fl.

Sager 24 og 97/80 R, Kommissionen mod Frankrig. Forslag til afgørelse fra generaladvokat F. Capotorti fremsat den 25. marts 1980.

Sag C-14/83, Von Colson mod Land Nordrhein-Westfalen.

Sag 194/88 R, Kommissionen mod Italien.

Forenede sager C-6/90 og 9/90, Andrea Francovich og Danila Binifaci m.fl. mod Italien.

Sag C-272/91 R, Kommissionen mod Italien.

Sag C-87/94 R, Kommissionen mod Belgien.

Sag C-97/94 P-R, Schulz mod Kommissionen.

Sag C-148/96 P(R), Anthony Goldstein mod Kommissionen.

Sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod kommissionen.

Sag C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl. mod Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

Sag C-180/01 P-R, Kommissionen mod National Association of Licensed Opencast Operators
Sag C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH mod Allgemeine Unfallversicherungsanstalt.

Sag C-26/03 - Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

Sag C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL mod Administración del Estado.

Sag C-568/08, ”Spijker” mfl. mod Provincie Drenthe.

Sag C-314/09, Stadt Graz mod Strabag AG mfl.

Sag C-396/14, MT Højgaard og Züblin.

Sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

Sag C-576/17 P(R), Wall Street Systems UK Ltd mod Den Europæiske Centralbank (ECB).

Rettens afgørelsen:

Sag T-264/90 R, Schmoldt mod Kommissionen.

Sag T-203/96, Embassy Limousines & Services mod Europa-Parlamentet.

Sag T-69/00, FIAMM og FIAMM Technologies mod Rådet og Kommissionen.

Sag T-160/03, AFCon Management Consultans m.fl. mod Kommissionen.

Sag T-447/04 R, Capgemini Nederland BV mod Kommissionen.

Sag T-125/05 R, Umwelt- und Ingenieurtechnik Dresden mod Kommissionen.

Sag T-195/05 R, Deloitte Business Advisory NV mod Kommissionen.

Sag T-437/05, Brink’s Security Luxembourg SA mod Kommissionen.

Sag T-114/06 R, Globe SA mod Kommissionen.

Sag T-461/08, Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod European Investment Bank (EIB).

Sag T-637/11 R Euris Consult Ltd mod Europa-Parlamentet.

Sag T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen.

Sag T-199/14 R, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Sag T-158/17 R, Post Telecom mod Den Europæiske Investeringsbank (EIB).

Bilag 1.1

Oversigt over klager angående negativ kontraktinteresse ved Klagenævnet, 2007 til og med 2017 (november)

Afgørelser	Erstatning?	Påstået: Positiv / Negativ	Tilkendt: Positiv / Negativ	Beløb påstået	Beløb tilkendt	Procentvis tilkendt
K: 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUbud v/Randers Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 158.803,70	kr. 50.000,00	31%
K: 19. januar 2007, P. Jensen og Sønner Outrup A/S mod Blaabyrg Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 136.108,75	kr. 75.000,00	55%
K: 12. juli 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 56.039,00	kr. 50.000,00	89%
K: 14. juli 2008, Thomas Borgå mod Skive Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 30.000,00	kr. 30.000,00	100%
K: 12. januar 2009, Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 139.016,00	kr. 75.000,00	54%
K: 13. februar 2009, Labofa Munch A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S og Finansministeriet	Ja	Negativ	Negativ	kr. 126.000,00	kr. 126.000,00	100%
K: 18. maj 2009, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården	Ja	Positiv	Negativ	kr. 86.050,00	kr. 50.000,00	58%
K: 27. maj 2009, Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS mod Region Midtjylland	Ja	Positiv	Negativ	kr. 320.000,00	kr. 60.000,00	19%
K: 5. november 2009, Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland og 3. november 2010. Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland	Ja	Positiv	Negativ	kr. 143.625,00	kr. 60.000,00	42%
K: 14. december 2009, Ortos A/S mod Odense Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 58.500,00	kr. 58.500,00	100%
K: 15. december 2009, Sahva A/S mod Odense Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 17.125,00	kr. 17.125,00	100%
K: 16. december 2009, Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier mod Odense Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 13.125,00	kr. 13.125,00	100%
K: 27. januar 2010, Billetlugen A/S mod Det Kongelige Teater	Ja	Negativ	Negativ	kr. 523.440,00	kr. 300.000,00	57%
K: 9. februar 2010, Barslund A/S mod Københavns Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 34.750,00	kr. 34.750,00	100%
K: 19. juli 2010, Frederik Pedersen Alu-Glas A/S mod Viborg Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 176.450,00	kr. 75.000,00	43%
K: 19. oktober 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet	Ja	Positiv	Negativ	kr. 151.589,00	kr. 50.000,00	33%
K: 1. december 2010, Einar Kornerup Jylland A/S mod Ejerforeningen Parkvænget	Ja	Positiv	Negativ	kr. 56.000,00	kr. 56.000,00	100%
K: 12. august 2011, Falck Danmark A/S mod Brand og Redning Djursland	Ja	Negativ	Negativ	kr. 206.788,00	kr. 100.000,00	48%
K: 19. august 2011, VMAaling-Fyn v/Jakob Storm mod Assens Kommune mfl.	Ja	Negativ	Negativ	kr. 86.300,00	kr. 5.000,00	6%
K: 31. maj 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 48.000,00	kr. 24.000,00	50%
K: 26. november 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut	Ja	Positiv	Negativ	kr. 173.454,13	kr. 50.000,00	29%
K: 28. november 2012, CG Jensen A/S mod Region Midtjylland	Ja	Negativ	Negativ	kr. 183.899,00	kr. 30.000,00	16%
K: 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune	Ja	Positiv	Positiv + Negativ	kr. 4.606.577,25	kr. 1.000.000,00	22%
K: 15. december 2014, BSN Medical AB mod Region Sjælland	Ja	Positiv	Negativ	kr. 186.900,00	kr. 5.000,00	3%
K: 31. oktober 2016, Motus A/S mod Den Danske Stat v/ Moderniseringsstyrelsen	Ja	Negativ	Negativ	kr. 672.841,50	kr. 175.000,00	26%
K: 19. januar 2017, Holmris + Flexform A/S mod Holbæk Kommune	Ja	Positiv	Negativ	kr. 160.315,08	kr. 100.000,00	62%
K: 9. februar 2017, Bricks A/S (tidligere TEAM OPP v/Bricks A/S, tidligere v/DEAS A/S) mod Region Midtjylland	Ja	Negativ	Negativ	kr. 17.529.825,00	kr. 828.140,00	5%
K: 4. oktober 2017, Lekolar LEIKA A/S mod KomUbud v/Randers Kommune	Ja	Negativ	Negativ	kr. 158.803,70	kr. 50.000,00	31%
Gennemsnit						53%

Bilag 1.2

Oversigt over klager angående positiv opfyldelsesinteresse ved Klagenævnet, 2007 til og med 2017 (november).

Afgørelser	Erstatning?	Påstået: Positiv / Negativ	Tilkendt: Positiv / Negativ	Beløb påstået	Beløb tilkendt	Procentvis tilkendt
K: 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt	Ja	Positiv	Positiv	kr. 418.650,00	kr. 100.000,00	24%
K: 4. december 2007, Magnus Informatik A/S mod Skat	Ja	Positiv	Positiv	kr. 2.188.375,00	kr. 1.500.000,00	69%
K: 25. januar 2010, J.H. Schultz Information A/S mod Kulturarvstyrelsen	Ja	Positiv	Positiv	kr. 1.894.857,60	kr. 800.000,00	42%
K: 20. juli 2010, Otto P. Nedergaard A/S mod Boligforeningen Bispegaarden	Ja	Positiv	Positiv	kr. 3.452.572,00	kr. 1.000.000,00	29%
K: 21. september 2010, Balle Blik og VVS ApS mod Boligselskabet Sct. Jørgen	Ja	Positiv	Positiv	kr. 1.290.976,26	kr. 400.000,00	31%
K: 17. juli 2012, Activ Care A/S mod Billund Kommune	Ja	Positiv	Positiv	kr. 284.400,00	kr. 80.000,00	28%
K: 6. december 2012, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte	Ja	Positiv	Positiv	kr. 9.166.802,80	kr. 5.000.000,00	55%
K: 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune	Ja	Positiv	Positiv	kr. 3.924.776,00	kr. 1.200.000,00	31%
K: 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune	Ja	Positiv	Positiv + Negativ	kr. 4.606.577,25	kr. 1.000.000,00	22%
K: 9. april 2014, EFG Bondo mod Region Hovedstaden	Ja	Positiv	Positiv	kr. 10.520.000,00	kr. 1.250.000,00	12%
K: 29. oktober 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen	Ja	Positiv	Positiv	kr. 4.801.241,00	kr. 2.000.000,00	42%
K: 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune	Ja	Positiv	Positiv	kr. 12.072.491,00	kr. 1.500.000,00	12%
K: 19. november 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen	Ja	Positiv	Positiv	kr. 8.757.603,00	kr. 6.000.000,00	69%
K: 2. december 2015, Annelise Kiselær mod Morsø Kommune	Ja	Positiv	Positiv	kr. 2.357.354,00	kr. 600.000,00	25%
K: 19. december 2016, Zöllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune	Ja	Positiv	Positiv	kr. 1.069.296,12	kr. 250.000,00	23%
Gennemsnit						34%

Bilag 2.1

Oversigt over sager angående negativ kontraktinteresse ved de ordinære domstole, 2007 til og med 2017 (november).

Afgørelser	Erstatning?	Påstået: Positiv / Negativ	Tilkendt: Positiv / Negativ	Beløb påstået	Beløb tilkendt	Procentvis tilkendt
D: Østre Landsrets dom af 19. maj 2009 i sag 8. afd. a.s. B-1591-08, MT Højgaard A/S mod Fonden for Frederiksborg Centret	Ja	Positiv	Negativ	kr. 398.188,00	kr. 300.000,00	75%
D: Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S	Ja	Positiv	Negativ	kr. 697.375,00	kr. 500.000,00	72%
D: Retten i Horsens' dom af 20. maj 2009, BS 99-1556/2007	Ja	Positiv	Negativ	kr. 1.374.256,70	kr. 750.000,00	55%
Gennemsnit						67%

Bilag 2.2

Oversigt over sager angående positiv opfyldelsesinteresse ved de ordinære domstole, 2007 til og med 2017 (november).

Afgørelser	Erstatning?	Påstået: Positiv / Negativ	Tilkendt: Positiv / Negativ	Beløb påstået	Beløb tilkendt	Procentvis tilkendt
D: Esbjerg rets dom af 30. april 2007 i sag BS 49-1922/2004, H.O. Service A/S mod Boligforening 32	Ja	Positiv	Positiv	kr. 260.000,00	kr. 230.000,00	88%
D: Østre Landsrets dom af 14. maj 2010 i sag 22. afd. B-338-09, MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune (anerkendelsespåstand)	Ja	Positiv	Positiv	kr. 25.370.444,00	Ikke afgjort	
D: Retten i Århus' dom af 6. maj 2009 i sag BS 9-2355/2007, Lejerbo Herning, afdeling 86-0 mod MT Højgaard A/S	Ja	Positiv	Positiv	kr. 6.185.588,00	kr. 6.000.000,00	97%
D: Amager Strandpark, H.D. 5. april 2011 i sag 67/2008 (2. afd.) U.2011.1955	Ja	Positiv	Positiv	kr. 20.045.863,00	kr. 8.000.000,00	40%
D: Højesterets dom af 15. juni 2012, sag 88/2010, 2. afd., Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet	Ja	Positiv	Positiv	kr. 6.342.652,01	kr. 4.000.000,00	63%
D: Retten i Svendborgs dom af 1. november 2013 i sag BS R2-623/2012, PH-Byg mod Faaborg Menighedsråd	Ja	Positiv	Positiv	kr. 1.278.767,63	kr. 800.000,00	63%
D: Vestre Landsrets dom af 27. august 2015, B-2093-14, Gustav H. Christensen mod Morsø Spildevand	Ja	Positiv	Positiv	kr. 1.636.768,00	kr. 500.000,00	31%
						Gennemsnit 64%