



AARHUS UNIVERSITET

ERSTATNING FOR POSITIV  
OPPFYLDELSESINTERESSE  
I UDBUDSRETTE

DAMAGES FOR POSITIVE  
CONTRACTUAL LIABILITY  
IN PUBLIC PROCUREMENT

**Kristoffer Hennie Botilsrud**

Studienr. 202101717

**Cand.jur.**

Specialeavhandling

Juridisk institutt ved Aarhus universitet

Avlevert 1. Juni 2023

**Veileder**

Michael Steinicke

**Antall anslag (ink mellomrom): 99 816**

## Abstract

Initially is unfavourable for a contracting authority, that wants a good or service procured, to have to pay a double price, one for the contract in its entirety, and one for damages of lost profits to the supplier who claims to be entitled to the contract. Secondly, it is not in the interest of society that such a contract is paid for twice by the public since the money ultimately comes from the state.

The aim of this thesis is to analyze the set of rules on damages for positive contractual liability in public procurement. And by extension, which conditions must be met as well as the national and European jurisprudence's interpretation and understanding of the conditions.

The thesis deals with the Danish set of rules on compensation for lost profits. In Denmark, compensation for lost profits in public procurement must follow the general Danish compensation rules. The Remedies Directive in the EU confirms that it is up to the member states at a national level to implement proportional sanctions to ensure effectiveness in enforcing the procurement rules. Denmark has implemented this in the Act of the complaints board (lov om klagenævnet for udbud) § 14. The challenge is that neither the EU directive nor the national compensation provision provides guidance on how this is to be understood in more detail in tender law and the thesis is therefore largely based on how the conditions are applied and understood through practice.

Compensation for lost interest can be claimed when three cumulative conditions are met: Causation, financial loss and basis for liability. The thesis will also examine what the appeals body and the courts attach importance to, when it determines the actual assessment of the compensation.

The thesis concludes that compensation positive contractual liability can be claimed when the following three cumulative conditions are met: Causation, financial loss and basis for liability. Considering this, the thesis concludes that there is still doubt in national and EU law regarding the interpretation of the respective basis of liability.

# Innholdsfortegnelse

Abstract .....	2
<b>1. Introduksjon .....</b>	<b>5</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	5
1.2 Avgrensninger.....	7
1.3 Definisjoner og forkortelser (alfabetisk).....	7
1.4 Aktualitet .....	8
1.5 Specialets struktur.....	9
<b>2. Rettskildebilde og metode .....</b>	<b>10</b>
2.1. EU-retten .....	11
2.1.1 Primær rett .....	11
2.1.2 Sekundær rett .....	13
2.2.Nasjonalt rett.....	14
2.2.1 Udbudsloven og Lov om klagenævnet for udbud .....	14
2.2.2 Domstolsavgjørelser .....	16
2.2.3 Avgjørelser fra klagenemnda for udbud .....	17
<b>3. Rettslig grunnlag for erstatning .....</b>	<b>20</b>
3.1 Hensyn bak erstatningsreglene .....	21
3.2 Teoretisk grunnlag og lovkrav for erstatning i udbudsretten .....	23
3.2.1 Nasjonal lovgivning .....	23
3.2.1.1 KNL § 14 stk. 1.....	23
3.2.1.2 KNL § 14 stk. 2.....	24
3.2.2 Alminnelig erstatning i dansk rett.....	25
3.2.3 Innledende av ansvarsgrunnlaget for erstatning i udbudsretten .....	26
3.2.4 Utmålingsprinsippene i alminnelig erstatningsrett.....	27
3.3 Effektivitetsprinsippet og Ekvivalensprinsippet .....	29
<b>4. Positiv oppfyldelsesinteresse .....</b>	<b>29</b>

4.1 Rettsgrunnlaget for positiv oppfylldelsesinteresse.....	30
4.1.1 Montaneisen-saken (U.2012.2952 H) .....	32
4.2 Årsakssammenheng .....	34
4.2.1 Underbetingelse nummer 1: Klagers tilbud er kondisjonsmessig og lovlig utarbeidet .....	35
4.2.2 Underbetingelse nummer 2: Beviskrav om at klager ville blitt tildelt kontrakten om feilen tenkes borte .....	37
4.2.3 Underbetingelse 3: Ordregiver mangelfulle bevis for at klager ikke ville bli tildelt kontrakten .....	39
4.3 Økonomisk tap.....	41
4.4 Ansvarsgrunnlag .....	43
4.4.1 Ansvarsgrunnlag i nasjonal praksis.....	45
4.4.2 Kort om ansvarsgrunnlaget i EU-rettslig perspektiv .....	47
4.5 Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldelsesinteresse gjennomføres i praksis .....	49
4.6 Sammenlignende analyse med lignende saker i andre jurisdiksjoner .....	51
<b>5. Konklusjon .....</b>	<b>52</b>
<b>6. Referanser .....</b>	<b>55</b>
6.1 Direktiver, traktater og lover.....	55
6.1.1 Direktiver og traktater.....	55
6.1.2 Dansk lovgivning.....	55
6.1.3 Annen lovgivning .....	55
6.2 EU-praksis .....	56
6.3 Nasjonal praksis.....	56
6.4 Klagenemndspraksis .....	57
6.5 Rapporter og veiledninger .....	58
6.6 Juridisk litteratur.....	58
6.7 Artikler.....	59

# 1. Introduksjon

## 1.1 Tema og problemstilling

Offentlige udbud er et viktig rettsområde som har betydning for både offentlige myndigheter og private leverandører. Udbudsretten utgjør en stor del av økonomien i mange land, og det er derfor nødvendig å regulere dette området på en hensiktsmessig og effektiv måte som ivaretar oppdragsgiveren samt de økonomiske midlene som brukes ved en anskaffelse. Offentlig udbudsrett er bygget på forutsetninger om å sikre en balansert, konkurransedyktig og rettferdig fordeling av ressurser og muligheter mellom oppdragsgivere og leverandører/tilbydere<sup>1</sup>.

Anskaffelsesprosessen igangsettes som utgangspunkt når terskelverdiene for ulike anskaffelsesområdene er oversteget<sup>2</sup> og omfatter hele spekteret fra utforming av anbudsdokumenter og kunngjøring av kontrakten, til evaluering av tilbud og tildeling av kontrakten. Ved kontraktsverdi under terskelverdien vil nasjonale udbudsregler, som for eksempel Udbudslovens<sup>3</sup> avsnitt 4 og 5, få anvendelse. Etter tildeling av kontrakt, slutter som utgangspunkt anvendelsesområde for udbudsreglene. Formålet med reguleringen av området er å sikre at anskaffelsesprosessen skjer på en rettferdig og gjennomiktig måte og at det ikke forekommer diskriminering eller favorisering av bestemte leverandører. I tillegg følger det av UBL § 1 at gjennom en best mulig utnyttelse av offentlige midler, skal det oppnås en effektiv konkurranse. Tidsbruk og ressurs som medgår i erstatningssaker er ofte store og kan fremstå som unødvendig sett opp mot effektivitetshensynet. I lys av det, kan kritiske spørsmål om forvaltningen av offentlig midler oppstå. Det er imidlertid viktig å opprettholde en balanse mellom oppdragsgivers interesse og leverandørens tap, noe som innebærer å se omfanget av oppdragsgiverens ansvarspådragende adferd opp mot tilbyderens reelle tap, som følge av tapt kontrakt. Begge disse faktorene må være med i vurderingen når erstatningsspørsmålet oppstår og mer presist om erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse.

---

<sup>1</sup> Poulsen (2022) s.31-32

<sup>2</sup> UBL §§ 6-8

<sup>3</sup> Heretter UBL

Oppdragsgiver<sup>4</sup> har ansvaret for å følge reglene og prosedyrene for anskaffelsesprosessen, og er ansvarlig for eventuelle brudd på regelverket. Hva som menes med ordregiver er definert i nasjonal lov og omfatter «*statslige, regionale og kommunale myndigheter, offentligrettlige organer og sammenslytninger af en eller flere af disse myndigheter*» jf. Lovbekendtgørelse 2023-01.06 nr.10 UBL § 24 nr. 28. Offentligrettslige organer er også pliktsubjekt i henhold til udbudsloven såfremt de tre betingelsene i UBL § 24 nr. 27 er oppfylte og er for eksempel TV2 og Statens og kommunernes innkjøpservice (SKI) jf. lovbemerkningene.

På den andre siden vil leverandøren, normalt den forbigåtte, i tilfeller av brudd på reglene av ordregiver, ha en rett til å påberope seg sanksjonsbestemmelsene jf. lov om Klagenævnet for Udbud kapittel. 5<sup>5</sup>. Sanksjonsformer i offentlige anskaffelser inkluderer for eksempel erstatning, annullering av ulovlige beslutninger og oppsettende virkning. I denne oppgaven vil fokuset være på erstatningsdelen og spesielt erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse. Det er ikke et krav om at erstatning skal følge særskilt hjemmel, da erstatningsansvaret hviler på alminnelig dansk rett<sup>6</sup>.

Rettspraksis i Danmark tilsier at erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse i offentlige anskaffelser ofte baseres på teoretiske, hypotetiske og dermed skjønsmessige utregninger<sup>7</sup>. Dette skyldes at offentlige anskaffelser kan være komplekse og omfattende, og det kan være utfordrende å fastslå hva som ville ha skjedd hvis kontrakten hadde blitt gjennomført som avtalt. Selv om det ikke finnes en spesifikk lovbestemmelse som regulerer dette prinsippet, finnes det rettspraksis som utfyller og tolker erstatningsbestemmelsen både på nasjonalt og europeisk nivå.

Problemstillingen vil være hvilke betingelser som må være oppfylt for å benytte positiv oppfyldelsesinteresse som utmålingsgrunnlag ved erstatning til forbigått leverandør.

---

<sup>4</sup> Heretter synonymt med ordregiver

<sup>5</sup> Lovbkg nr. 593 av 2.juni 2016 om Klagenævnet for Udbud (Heretter KNL)

<sup>6</sup> Poulsen mfl. (2022) s. 713

<sup>7</sup> Se pkt. 4.5 under «*Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfyldelsesinteresse gjennomføres i praksis*»

## 1.2 Avgrensninger

Denne oppgaven avgrenses mot den «alminnelige» sektoren som omfattes av udbudsdirektivet og vil vende fokuset vekk fra forsyningsvirksomhetsdirektivet, direktiv for tildeling av koncessionsavtaler og forsvar og sikkerhets-virksomhetsdirektivet. Dette skyldes at erstatning-/sanksjonsreglene er like for de ulike direktivene jf. Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593<sup>8</sup> § 1 stk. 1 og 2 og det foreligger mest rettskildemateriale som stammer fra udbudsdirektivet.

Videre avgrenses oppgaven mot å behandle negativ oppfylldelsesinteresse, men det vil tas med der det er nødvendig for å illustrere sammenhenger og ulikheter.

## 1.3 Definisjoner og forkortelser (alfabetisk)

**Direktivet:** 2014/24/EU. Det seneste udbudsdirektivet. Ved henvisning til andre direktiver, blir det uttrykt konkret.

**Domstolen:** Med domstolen refereres det til de nasjonale domstolene (Høyesterett, landsrettene og byrettene). Ved henvisning til EU-domstolen, blir det uttrykt konkret.

**Klagenemnda for udbud:** Organ som behandler klagesaker i første instans. Forkortelse: KFU.

**Klagenævnsløven:** Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593. Forkortelse: KNL.

**Oppfylldelsesinteresse:** Blir brukt synonymt med kontraktsinteresse og oppfylldelsesinteresse, men den danske formuleringen blir hovedsakelig benyttet da det oppnår harmoni med KFU og domstolsavgjørelser som anvendes.

**Skadelidte:** Leverandør som har lidt tap og krever erstatning.

---

<sup>8</sup> Heretter KNL

**Traktaten og det indre marked:** Traktaten om Den Europeiske Unions virkeområde (TEUV) særlig artikkel. 18, 34, 45, 49, 56 og 62. Bestemmelsene omhandler de grunnleggende prinsippene om det indre markedet og de frie bevegelighetene.

**Udbud:** Forstås synonymt med anskaffelse og omfatter aktiviteten med å dekke behovet for enten varer, tjeneste eller bygg og anlegg hos det offentlige. Begrepene brukes om hverandre.

**Udbudsdirektivene:** Udbudsdirektivet skal forstås som en samlet betegnelse på udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhetsdirektivet og direktiv om tildeling av koncessionskontrakter.

**Udbudsloven:** Lov nr. 1564 15/12/2015. Forkortelse: UBL.

**Udbudsregler:** Med udbudsreglene menes reguleringen etter udbudslov nr. 1564 15/12/2015 og Direktivet 2014/24/EU samt traktaten om Den Europeiske Unions virkeområde (TEUV).

**Udbudsprosedyren:** Tidspunktet fra ordregiver har kartlagt behovet for en vare eller tjeneste frem til kontrakt er tildelt tilbudsgiver.

#### 1.4 Aktualitet

Danmark anskaffer for over 300 milliarder i året. Som en rekke praksis har vist til, og som vil bli redegjort for i oppgaven, kan erstatningsspørsmål bli påberopt av den ene parten. I et hypotetisk, men svært aktuelt eksempel, kan erstatningsspørsmål oppstå lenge etter at opprinnelig kontrakt er inngått. En naturlig konsekvens av dette er at offentlig myndighet som ønsker et oppdrag utført i første omgang betaler slik kontrakten statuerer. Videre vil offentlig myndighet så betale en rekke sakskostnader samt erstatningssummen for positiv oppfylldesinteresse, som da vil medføre dobbel utgift for det offentlige, en for selve kontrakten, én for sanksjonen i form av erstatning.

Det er høyst sannsynlig at tilfeller, som beskrevet ovenfor, vil forekomme i praksis. Som vi ser i en artikkel fra Norge med et meget tilsvarende regelverk, basert på de samme direktiver, har fagforbundet uttrykt bekymring om faren for “dobbelt betaling”, én for selve kontrakten,



én for erstatningen<sup>9</sup>. Spørsmålet baserer seg på om det kan iverksettes regler som sikrer en mer effektiv gjennomføring av udbudsreglene, som påkoster offentlig myndighet mindre og i forlengelsen av det, skattebetalerne. Offentlig myndigheter som må betale millionbeløp i erstatning for feil som kunne vært rettet opp i, er direkte i strid med effektivitetsprinsippet, forsvarlig bruk av offentlige midler og hindrer god konkurranse.

Som rettspraksis viser<sup>10</sup>, er domstolene relativt romslige med erstatningsutmålinger, uten å egentlig gi en begrunnelse for hvorfor erstatning for tapt fortjeneste er forenelig i et samfunnsmessig perspektiv. I tillegg kan domstolenes manglende vurderinger av eksempelvis årsakssammenhengen mellom tapet til leverandøren og feilen hos ordregiver, øke usikkerheten hos offentlig myndigheter til å iverksette et udbud i frykt for å bli idømt store erstatningssummer.

I forlengelsen av dette, følger det direkte av ordlyden i klagenemndsloven § 14 stk. 1 at klageren kan få tilkjent erstatning for “lidt tap som denne har lidt som følge af en overtrædelse af de regler (...)”. (understrekingen er min markering). Et lidt tap er et faktisk tap basert på kroner og øre. Et fortjenestetap er en hypotetisk og matematisk beregning av fremtidige fortjenesteposter som lovteksten ikke direkte fremlegger mulighet til dekning for.

## 1.5 Specialets struktur

Grunnlaget for redegjørelsen rundt teorien i udbudsretten er basert på en rekke juridisk litteratur, avgjørelser fra EU-domstolen for å eksemplifisere teorien, klagenemndsavgjørelser og enkelte bemerkninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sine evalueringer.

I *kapittel* en vil speialet inneholde en introduksjon av temaet, diverse avgrensninger samt sentrale definisjoner og forkortelser.

---

<sup>9</sup> Hovland, 2022

<sup>10</sup> Eksempelvis Klagenemndas kjennelse av 26. september 2019, *MBG Entreprise A/S mot Københavns kommune*. Se også kapittel 4.5 «Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfyldelsesinteresse gjennomføres i praksis»

I det videre vil det i *kapittel to* kort beskrives metoden og deretter det kompliserte EU-beslektede rettskildebilde med særlig vekt på reglene rundt sanksjoner ved brudd på udbudsreglene.

Etter dette vil det i *kapittel tre* grunnlaget for at erstatning skal kunne kreves etter KNL § 14 og EU-regler redegjøres for. I tillegg blir to av de grunnleggende prinsippene, effektivitet- og ekvivalensprinsippet fremstilles. De øvrige prinsippene blir kommentert sporadisk ved relevans.

I *kapittel fem* behandles sanksjonen erstatningsutmålingsprinsippet positiv oppfylldesinteresse og redegjørelse av betingelsene årsakssammenheng, økonomisk tap og ansvarsgrunnlag i lys av rettspraksis. Det vil også belyses hvilke utmålingsprinsipper og beregninger som legges til grunn. Og til slutt en kort sammenligning med andre jurisdiksjoner.

Avslutningsvis vil jeg knytte sammen en konklusjon i *kapittel 5* og referanser og vedlegg vil bli presentert i *kapittel seks*.

## 2. Rettskildebilde og metode

Reglene for offentlige anskaffelser i Danmark er basert på diverse ulike direktiver fra EU. Dette omfatter blant annet udbudsloven som implementerer udbudsdirektivet<sup>11</sup> ved å skrive om til dansk lov og lovbekendtgørelse om klagenævnet for udbud som gjennomfører kontrolldirektivene<sup>12</sup> som EU har utstedt som to direktiver, se mer under pkt. 2.1.2 om sekundær rett.

Danmark har også implementert de andre udbudsdirektivene. Både forsyningsvirksomhetsdirektivet og direktiv om tildeling av koncessionskontrakter er implementert gjennom to korte bekjentgjørelser som fastslår at direktivene er gjeldene i Danmark.

---

<sup>11</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26.februar. 2014 om offentlige udbud.

<sup>12</sup> Rådets direktiv 89/665/EØF og rådets direktiv 92/13/EØF

EU-retten, i kombinasjon med nasjonale rett, sitt samordnede formål, er å sikre en konkurranserettet udbudsprosedyre som gjennomgående bærer preg av likebehandling<sup>13</sup> I tillegg er det under hver enkelt udbudsprosedyre ulike politiske, økonomiske og sosiale formål som skal etterleves. Eksempelvis skal ordregiver oppføre sykehus som er nødvendig for at borgere skal få helsehjelp, hvor bakgrunnen klart springer ut av et helsepolitisk formål, men som også skaper arbeidsplasser. Det er altså store overordnede formål som overholdelse av prinsipper, samt mindre nasjonale/lokale formål.

I denne oppgaven vil problemstillingen bli besvart ved bruk av rettsdogmatisk metode. Dette innebærer først en identifisering og plassering av relevante kilder innenfor erstatning i udbudsretten. Deretter vil metoden brukes til å fastsette hva som kan fortolkes og anvendes fra rettskildene, samt en vurdering av deres juridiske verdi. Tilnærmingen brukes for å klargjøre hva som er å anse som gjeldende rett. Det er viktig å bruke denne juridiske metoden for å sikre en grundig analyse av problemstillingen og en klar fremstilling av de rettslige konklusjonene.

Det skal bemerkes at Aarhus Universitet ikke tilbyr produktet “offentlige udbud” i Karnov, noe som medfører en innskrenket mulighet for å lese, analysere og sammenligne enkelte kjennelser, avgjørelser og dommer. Dette produktet er ifølge kommunikasjon med Karnov forbeholdt for virksomheter med årlig abonnement og ikke studerende.

## 2.1. EU-retten

### 2.1.1 Primær rett

EU har mulighet til å opprette overenskomster for å sikre det indre markedet<sup>14</sup>.

Udbudsdirektivene er hjemlet i nettopp en slik foranstaltning; Traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte (TEUV). TEUV-traktaten baserer seg på opprettelsen av et indre marked som en av de vesentligste oppgavene til Det Europeiske Felleskapet. Hele formålet bak bestemmelsene om offentlige avtaler er nettopp å sikre den frie bevegeligheten og fjerne

---

<sup>13</sup> Arrowsmith (2014) s. 262

<sup>14</sup> TEUV art. 26 stk. 1

barrierer til det indre markedet<sup>15</sup> samt at medlemsstater ikke skal tilgodese og foretrekke egne nasjonale virksomheter<sup>16</sup>. Det finnes dog ikke direkte bestemmelser i TEUV, som omhandler reguleringen av offentlig udbudsprosedyrer eller fremgangsmåter<sup>17</sup>. Bestemmelsene er rettet mot reguleringen av den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital (fire friheter). På den andre siden, får bestemmelsene likevel tolkningsverdi ved for eksempel handelshindringsreglene i TEUV art. 34 (varer) og art. 56 (tjenester), da nettopp formålet med direktivene understreker at en fjerning av hindringer er forenelig med det udbudsdirektivene forsøker å oppnå.

Klagenemnda og domstolene benytter seg ofte av fortolkningsbidrag fra EU-retten og EU-praksis. Det er dog flere eksempler på at fortolkninger som nasjonale domstoler i medlemstatene foretar seg, ikke er holdbare sett opp mot EU-praksis (se eksempel ved nevnte dommer nedenfor).

En av årsakene kan være at EU-praksis ofte er av prinsipiell verdi og skaper normalt ny rett (i det minste tolkes reglene annerledes enn hva som har vært praksis til nå)<sup>18</sup>. I sak C-14/17 tolker domstolen art. 34 i direktivet på en måte som fraviker det som nasjonal domstol hadde kommet frem til og tolker regelen annerledes enn hva som har vært praksis til nå. EU-domstolen uttrykker at:

*“Når de tekniske spesifikasjoner, som fremgår af udbudsdokumenterne, henviser til et mærke, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion, skal kræve, at tilbudsgiveren allerede i sit tilbud godtgør, at der er lighed mellem de produkter, som vedkommende tilbyder, og de produkter, der er fastsat i de tekniske specifkationer”<sup>19</sup>*

Tilfellet viser at domstolen her fraviker fra gjeldende rett om at tilbudsgiveren tidligere ikke måtte godtgjøre likhet mellom produkter som springer ut de tekniske spesifikasjonene i

---

<sup>15</sup> Arrowsmith (2014) s. 155

<sup>16</sup> Hamer (2021) s. 33

<sup>17</sup> Hamer (2021) s. 39

<sup>18</sup> Treumer (2019) s. 22

<sup>19</sup> Sak C-14/17 (VAR & ATM) premiss 37

udbudsdokumentet. Dette illustrerer kun deler av kompleksiteten i sammensetningen rundt rettskildebilde i EU.

### 2.1.2 Sekundær rett

Den sekundære retten utgjør udbudsdirektivene, forordningen og avgjørelser truffet av EU-domstolen.

Udbudsdirektivene omfatter utelukkende hvordan en ordregiver skal opptre og forholde seg ved inngåelsen av en offentlig avtale. Ved overtredelse eller tilsidesettelse av reglene i udbudsdirektivene er det klart påfallende konsekvenser for ordregiver. Dette reguleres ikke av udbudsdirektivene, men av kontroldirektivene som er implementert i Danmark gjennom lov om klagenemnda for udbud<sup>20</sup>. Kontroldirektivene omtaler sanksjoner ved overtredelse samt minimumskravene som stilles til klagesystemet hos medlemstaten. For eksempel gjelder det at medlemsstatene skal sikre adgang til statens klageprosess, etter nærmere fastsatte regler hos medlemsstaten selv<sup>21</sup>. Dette gjør seg også eksempelvis gjeldende i betraktningene til Rådets direktiv 92 / 13 /EØF for erstatningssaker hvor det fremkommer at:

*«når en person fremsætter krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, er vedkommende ikke forpligtet til, med henblik på at få disse omkostninger godtgjort, at bevise, at han ville have fået tildelt ordren, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået;»<sup>22</sup>*

Det vises her til den fraværende bevisbyrden for forbigått tilbudsgiver som ønsker at bli tilkjent erstatning for negativ oppfyldelsesinteresse.

Videre vil avgjørelser fra EU-domstolen tillegges stor betydning da organet har som oppgave å verne om forståelsen gjennom anvendelse og fortolkning av direktiver og traktatene. Slike

---

<sup>20</sup> Lov nr. 492 av 1.juli 2010 lov om håndhevelse av udbudsreglene. Se lovbekjentgjørelse nr. 593 av 2016-06-02

<sup>21</sup> Direktiv 89/665/EØF art. 1 nr. 3

<sup>22</sup> Betraktning til direktiv 92/13/EØF

avgjørelser og saker fra EU-domstolen kan oppstå på to forskjellige måter<sup>23</sup>. For det første kan en “rett“ i en medlemsstat stille prejudisielle spørsmål for EU-domstolen for å unngå at direktivene tolkes på ulike måter i de forskjellige medlemsstatene. Det er fastlagt i C-275/09<sup>24</sup> at Klagenemnda for Udbud også er å anse som en «rett» med slik kompetanse. For det andre vil saker for EU-domstolen kunne oppstå ved spørsmål om brudd på traktaten. Her vil kommisjonen anlegge sak mot medlemsstaten som forklarer hvorfor de hevder det foreligger brudd på EU-retten.

## 2.2.Nasjonal rett

Udbudsloven danner, sammen med direktivet, det primære grunnlaget for vurdering av udbudsreglens rekkevidde og anvendelse. Udbudsloven har implementert direktivet gjennom en omskriving til gjeldende dansk lov. Omskrivingen har inntatt direktivet med presiseringer og utdypinger for å øke forståelsen av direktivet. Et eksempel på en utdypning som ikke følger av direktivet, er UBL § 1. Bestemmelsen kartlegger prosedyrene for offentlig innkjøp.

### 2.2.1 Udbudsloven og Lov om klagenævnet for udbud

Implementeringen av udbudsloven har som formål å blant annet skape større klarhet om udbudsreglene. Ettersom udbudsloven er en implementering av EU-direktivet, skal det ved tvist mellom reglene gis forrang til direktivet, foran de nasjonale reglene, etter EU-konform fortolkningsprinsippet. EU-rettens forrang er beskrevet i Traktatens formålsbestemmelser<sup>25</sup>. Kritiske spørsmål kan dog oppstå om en udbudslov på totalt 199 bestemmelser, med tillegg av regler, som for eksempel lovbekendtgørelse om klagenemnda for udbud og tilbudsloven, faktisk øker eller svekker klarheten. Konkurranselov og forbrukertilsynet har den 7.mai 2021

---

<sup>23</sup> Hamer (2021) s. 51

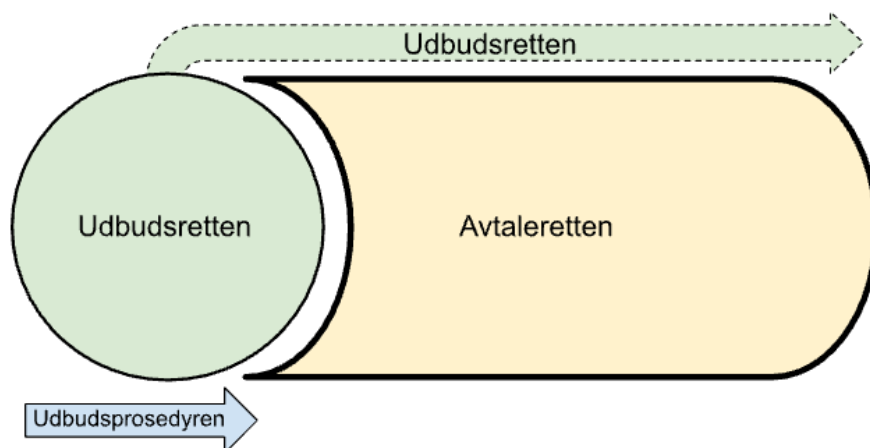
<sup>24</sup> C-275/98, (Unitron AS) premiss 15 ”Indledningsvis bemærkes, således om generaladvokaten rigtigt har redegjort for i punkt 17 og 18 i forslaget til afgørelse, at Klagenævnet er en ret i traktatens artikel 177's forstand.” Se for øvrig C-396/14 MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark hvor konklusjonen stadfestes.

<sup>25</sup> Poulsen (2022) s. 50

offentliggjort en omfattende evaluering «Evaluering af udbudsloven»<sup>26</sup> som kan gi indikasjoner om at en ny endring av loven kan være å se i nær fremtid.

### Illustrasjon 1:<sup>27</sup>

Udbudrettens regler gjelder som hovedregel kun før og under udbudsprosedyren. Figuren illustrerer tidsskille fra når udbudsprosedyren er ferdig og kontrakt er tildelt, til hvor avtale-



og kontraktsretten tar over som hovedrettsgrunnlag. Likevel viser den øverste grønne overliggende pila i figuren at udbudsretten vil ha innvirkning selv etter at kontrakt er inngått, slik som for eksempel ved erstatningsspørsmål og endring av kontrakt etter tildeling.

I motsetning til direktivet, inneholder udbudsloven en direkte lovbestemmelse som uttrykker formålet med regelverket<sup>28</sup>. Udbudsloven § 1 uttrykker:

*“Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”*

Formålet legger opp til en mest mulig konkurranserettet udbudsprosedyre som sørger for en effektiv behandling. En slik behandling vil igjen være basert på økonomiske hensyn da mer

<sup>26</sup> Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Evaluering af udbudsloven, mai 2021. (besøkt: april 2023). Konklusjonen er dog at ”Evalueringen viser blandt andet, at udbudsloven samlet set har bidraget til at skabe mere klarhed over reglerne for offentlige indkøb og udbud.”

<sup>27</sup> Egenprodusert illustrasjon

<sup>28</sup> Merk at det ikke kan påberopes brudd på § 1 til klagenemnda for udbud, fordi den ikke følger av direktivet. Se også KNL § 1 stk. 4

effektivitet svarer til lavere kostnader både for potensielle leverandører, men også for ordregiver<sup>29</sup>.

I 2007 fikk de to kontrolldirektivene 92/13/EØF for forsyningsvirksomhetssektoren og 89/665/EØF for den klassiske sektoren en større, revisjon hvor formålet blant annet var å øke effektiviteten for klageprosedyren<sup>30</sup>.

Direktivet<sup>31</sup> stiller i betraktningens nr. 13 krav til at medlemstatene bør iverksette sanksjoner:

*«der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.»<sup>32</sup>*

Slike sanksjoner har Danmark innført for eksempel ved KNL § 14 stk 1 som åpner opp for klagers erstatningsmulighet for overtredelse av udbudsreglene. Ut over denne retningslinjen følger det ikke av betraktning eller direktivet hvordan erstatningen skal reguleres nasjonalt, dette er opp til medlemstatene individuelt. Denne uklarheten i regelverket vil være et vesentlig aspekt ved spoliaet, da EU-retten, i verken sin primære eller sekundære rett, oppstiller retningslinjer for erstatningsretten eller utmåling av erstatning.

### 2.2.2 Domstolsavgjørelser

I medfør av kontrolldirektivene er det opp til medlemsstatene å avgjøre om overtredelsen i saken medfører brudd på udbudsreglene eller ikke. Det er videre opp til medlemsstatene om klagers innsigelser skal behandles av domstol eller annet treffende organ (i Danmark er dette klagenemnda for udbud)<sup>33</sup>. Som altoverveiende utgangspunkt vil udbudsrettslige tvister mellom de involverte partene bli brakt inn for klagenemnda for udbud fremfor domstolen. Det skal dog merkes at på bakgrunn av at klagenemnda for udbud og nasjonale domstoler, i motsetning til EU-domstolen, avgjør konkrete tvilstilfeller i udbudsretten, vil disse typer

---

<sup>29</sup> Note nr. 1 til KNL

<sup>30</sup> Hamer (2021) s. 773 jf. Preamblebetraktning nr. 13 og 34 i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF

<sup>31</sup> Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007

<sup>32</sup> Betraktning nr.13 av Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF

<sup>33</sup> Hamer (2021)s. 55



rettspraksis også ha større interesse i spolialet. I tillegg vil det på bakgrunn av saksmengden av klagenemndsavgjørelser sett opp mot domstolsavgjørelser, brukes betydelig flere nemndsavgjørelser i spolialet.

Hensikten med behandling hos domstolene er primært å avgjøre saken for partene. Ved de fleste avgjørelser vil domstolen til en viss grad fortolke og gi en retningslinje på hvordan bestemmelser skal forstås og avgjøre ulike typetilfeller som vil få betydning for fremtidige saker. I høyesterettssak U.2004.1294 H<sup>34</sup> oppstod det tvist hvor klager anførte at overtredelse av udbudsreglene medførte at de ikke vant konkurransen og påberopte seg erstatning for mistet fortjeneste (positiv oppfyldelsesinteresse) og subsidiært erstatning for utgifter til avgivelse av tilbud (negativ oppfyldelsesinteresse, altså lidt tap). Høyesterett fastslo at det ikke var godtgjort tilstrekkelig at klager hadde vunnet konkurransen om regelbruddet ikke fant sted og frifant innklagde på alle områder. Høyesterett la dermed retningslinjer for godtjørelsen av bevismengde og byrde som klager kan forvente i fremtidige saker.

### 2.2.3 Avgjørelser fra klagenemnda for udbud

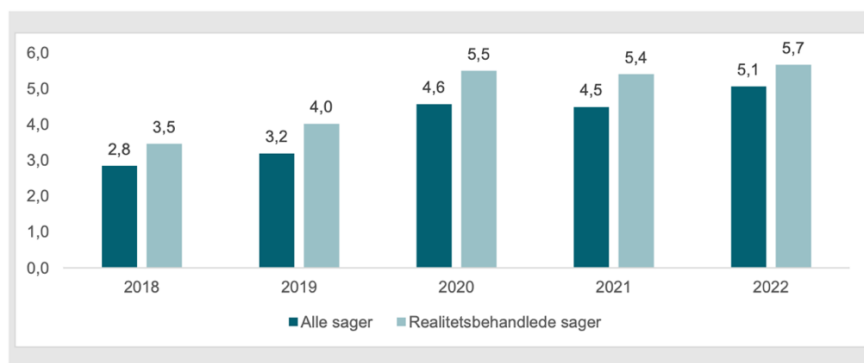
Klagenemnda for udbud (KFU) har som oppgave å sikre at forbigåtte leverandører oppnår en effektiv klagemulighet for brudd på udbudsreglene<sup>35</sup>. Hensynet bak opprettelsen av KFU er en kombinasjon av kontrolldirektivenes krav til medlemsstatene og behovet for en effektiv og rask behandling av saken. Det kan stilles spørsmålet ved om utviklingen i saksbehandlingstiden til klagenemnda står i overenstemmelse med hensynet til effektiv behandling. Og i forlengelsen av det, er det en sannsynlig sammenheng mellom lenger behandlingstid og økte sakskostnader som vil bli krevd dekket ved eventuelle erstatningsoppgjørelser.

---

<sup>34</sup> U 2004.1294 H hvor høyesterett kom til følgende resultat med begrunnelse i manglende bevisførsel: "Af de grunde, der er anført af landsretten, tiltrædes det også efter bevisførelsen for Højesteret, at det ikke er godtgjort, at Skjortegrossisten A/S ville have fået ordren, hvis Post Danmark A/S havde overholdt udbudsreglerne"

<sup>35</sup> Hamer (2021) s. 774

## Illustrasjon 2<sup>36</sup>:



Illustrasjonen viser en oppadgående økning i saksbehandlingstiden fra ca. 3,5 måneder i 2018 opp mot 5,7 måneder i 2022, en stigning på 62 % på fire år<sup>37</sup>.

KFU har kompetanse til å behandle klager for overtredelse av udbudsreglene jf. KNL § 10 stk. 1<sup>38</sup>. Bestemmelsen viser til KNL § 1 stk. 2 og 3 som omhandler klager over udbudsloven jf. stk. 2 og klager over inngåelse av kontrakt etter udbudsdirektivene<sup>39</sup> samt der hvor KFU gis uttrykkelig kompetanse i lov jf. stk. 3<sup>40</sup>. KFU sine avgjørelser kan som hovedregel bringes inn for domstolene jf. KNL § 8 og klager kan også i utgangspunktet innbringe saken direkte for domstolen (selv om det i praksis normalt skjer via KFU). Unntaket er i situasjoner hvor klagen innbringes i standstill-perioden jf. KNL § 3, stk. 1 eller 2 og profylaksebekjentgjørelsesperioden. I disse tilfellene er det ikke mulig å inngi klage direkte til domstolene uten at KFU først har behandlet og avgjort saken<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Illustrasjonen hentet fra Ankestyrelsen, Årsrapporten for 2022 Klagenævnet for specialundervisning s. 20 (besøkt: april 2023)

<sup>37</sup> Spørsmålet om effektiviteten av klagenemnda vil ikke bli behandlet ytterligere i spoliaet, men det henvises videre til årlige årsberetningen fra klagenemnda som utgis hvert år.

<sup>38</sup> Vi har dog et unntak i KNL § 1 stk. 4 om klager for overtredelse av UBL § 1 og hvor kontrakten ikke har en grenseoverskridende interesse i § 193.

<sup>39</sup> Definisjon i pkt. 1.3

<sup>40</sup> Se for eksempel BKG 2008 607 § 5 ”Bekendtgørelse om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud“

<sup>41</sup> Fabricius (2017) s. 785

Ettersom KFU er et rent administrativt klageorgan vil det også være underlagt alminnelig forvaltningsrettslige regler når det gjelder saksbehandling, god forvaltningsskikk og partshøring. Dette er i motsetning til domstolene som er omfattet av rettspleielovens regler<sup>42</sup>. I videreførelsen av dette vil KFU som også være omfattet av officialprinsippet. Prinsippet innebærer at nemnda (som andre administrative organer) skal sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst, uavhengig av hva parten(e) har anført. I medfør av endring av håndhevelsesloven<sup>43</sup> er rettsregelen noe endret ved at det heretter er opp til partene å gjøre gjeldende forhold som KFU skal ta stilling til. KFU vil dermed eksempelvis ikke tilkjenne en part erstatning for positiv oppfylldesinteresse om klager kun har anført dekning for negativ oppfylldesinteresse. Et vesentlig problem i en slik erstatningsprosedyre er dersom en klagemotpart (normalt ordregiver) ikke fremlegger tilstrekkelig dokumentasjon etter forespørsel fra klager. Dette kan resultere i tallrike innsynsbegjæringer, krav om bevisførsel og utsettelse av frister som ikke fremmer god effektivitet og øker sakskostnadene i saken og dermed de totale økonomiske faktorene i saken.

KFU har i tillegg fått kompetanse til å pålegge ordregiver å yte erstatning til klager (som regel forbigått leverandør) etter KNL § 10 stk. 1 «*tilkende en part mere (...)*». Denne kompetansen følger særlig av rettsplejelovens regler<sup>44</sup> og det oppstod spørsmål om rettsplejeloven skal anvendes på KFU sine erstatningssaker<sup>45</sup>. Dette ble dog ikke tilfellet ettersom KFU er omfattet av officialmaksimen, som ikke er forenelig med rettsplejeloven. Som en løsning har det blitt bestemt at etter KNL § 9 skal klagememnda for udbud inneholde en formand<sup>46</sup> som skal delta i avgjørelsen av saker<sup>47</sup>.

KFU i Danmark sin kompetanse til å ilegge erstatning skiller seg fra andre nordiske jurisdiksjoner. Sverige og Norge følger fremdeles samme avgjørelsesprinsipp<sup>48</sup> som Danmark

---

<sup>42</sup> Hamer (2021) s. 775

<sup>43</sup> Lov nr. 618 av 14.juni 2011 om Ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 1 nr. 7 stk .1

<sup>44</sup> Rettsplejelovens regler omfavner som utgangspunkt kun domstolen.

<sup>45</sup> Poulsen (2022) s. 665

<sup>46</sup> En formand og formandskapet er definert i KNL § 9 stk. 2 som: ”*Formandskabet og Klagemåden for Udbuds sagkyndige medlemmer udpeges af erhvervs- og vækstministeren for en periode på op til 4 år. Formandskabet består af byrets- og landsdommere*”

<sup>47</sup> Poulsen (2022) s. 664

<sup>48</sup> Prinsippet relaterer seg om domstolene eller klageorgan skal avgjøre erstatningsspørsmålet

gjorde ved sin første klagenemndslovgivning<sup>49</sup>. I Sverige kan erstatningsspørsmål kun reises for de alminnelige domstolene jf. lag om offentlig upphandling (LOU) § 21 stk. 1<sup>50</sup>. Det samme gjelder for Norge hvor det nasjonale klagenemnda «*Klagenemnda for offentlige anskaffelser*» (KOFA) ikke har kompetanse til å ilegge erstatning til klager jf. lov om offentlige anskaffelser § 10<sup>51</sup>, men her har KOFA mulighet til å gi ordregivende myndighet et overtredelsesgebyr som svarer til en prosentvis del av den opprinnelige kontrakten.

### 3. Rettslig grunnlag for erstatning

En overtredelse av udbudsreglene hva gjelder udbudsloven, tilbudsloven, forsyningsvirksomhetsdirektivet, koncessionsdirektivet eller noen av de grunnleggende prinsippene kan føre til erstatningsansvar for ordregiver etter KNL §14 jf. § 1 stk. 2.

Det foreligger et klart og tydelig samspill mellom alminnelig dansk erstatningsrett og erstatning i udbudsretten. Alminnelig erstatningsrett oppstiller tre betingelser for at erstatning skal kunne kreves. Det må foreligge ansvarsgrunnlag<sup>52</sup> hos pliktsubjektet<sup>53</sup>, det må foreligge et økonomiske tap og tapet må være kausalt og adekvat<sup>54</sup>. Betingelsene får også anvendelse ved avgjørelser om erstatning etter udbudsreglene<sup>55</sup>.

Innledningsvis skal det skilles mellom erstatning ut ifra skadelidtes posisjon. Skadelidte kan for det første kreve erstatning som følge av at en kontrakt er kommet til opphør etter at kontrakt er inngått. Det er typisk i tilfeller hvor en ordregiver har foretatt en ulovlig direkte

---

<sup>49</sup> Lov nr. 344 av 6. juni 1991 om Klagenævnet for udbud § 5

<sup>50</sup> Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

<sup>51</sup> Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) pkt. 44.1. og 44.3 stadfester at det kun er domstolene som har kompetanse til å tilkjenne erstatning.

<sup>52</sup> Ansvarsgrunnlaget i udbudsretten har spesiell karakteristika ettersom det er omfattet av alminnelig erstatningsrett i samspill med praksis fra nasjonale- og EU-domstol samt klagenemnda sine avgjørelser.

<sup>53</sup> Pliktsubjektet vil i spolialet være ordregiver. Valgte leverandørens misligholdelse vil ikke bli behandlet nærmere da situasjonen som utgangspunkt omfattes av obligasjonsretten.

<sup>54</sup> Poulsen (2022) s. 718

<sup>55</sup> Se kapittel 4.2-4.4

tildeling<sup>56</sup> og kontrakten skal etter KNL § 17 stk. 1 erklæres for uten virkning. I slike tilfeller vil medkontrahenten til ordregiver ha mulighet til å kreve erstatning for lidt tap.

Erstatningsproblemstillingen ved å erklære en allerede inngått kontrakt for uten virkning, løses dog av obligasjon- og avtaleretten fremfor gjennom udbudsreglene.

For det andre kan skadelidte opptre som en forbigått leverandør og påberope seg erstatning som følge av ordregiver overtredelse av reglene som nevnt i KNL § 1 stk. 2. Denne erstatningsproblemstillingen har KFU etter § 14 stk. 1 fått kompetanse til å behandle og er typetilfellet som specialet vil behandle ettersom udbudsreglene her får en sentral rolle. Dette illustrerer et vesentlig skille til alminnelig erstatningsrett ved kontrakter, som forutsetter at bindende avtale er inngått. Ordregivers erstatningsansvar i udbudsretten kan derfor omtales som et prekontraktuelt ansvar.

### 3.1 Hensyn bak erstatningsreglene

Fra alminnelig dansk erstatningsrett skal to hovedhensyn ses opp mot hverandre ved utmåling av erstatning. For det første skal skadelidte (erstatningssøker) oppnå en full erstatning og dermed gjenopprette rettmessig tilstand og skadelidte og for det andre skal ikke skadelidte tjene på erstatningen og dermed ikke stilles bedre enn om skaden (overtredelsen) ikke hadde skjedd, altså et forbud mot berikelse<sup>57</sup>.

I videreføringen av alminnelige erstatningsregler i udbudsretten, skal erstatning opptre som en sanksjonsform mot ordregiver i lys av EU-rettens krav om effektiv håndhevelse av udbudsreglene. For det andre skal erstatningsreglene, og da særlig utmålingen, tilgodese og beskytte forbigått leverandør (eventuelt valgte leverandør) som har lidt tap som følge av regelovertrødelsen og dermed enten gjenopprette situasjonen til den forbigåtte leverandøren eller dekke tapt fortjeneste.

---

<sup>56</sup> Det forutsettes at det ikke er foretatt sikringsakten i KNL. § 4 stk. 1 for å unngå at kontrakt erklæres uten virkning.

<sup>57</sup> U.2012B.271 «Erstatningsudmåling i kontraktsforhold» av Torsten Iversen s. 272

Videre har reglene en preventiv funksjon ved at KFU ilegger ordregiver en erstatningssum som igjen styrker incitamentet for fremtidige ordregivere til å etterleve udbudsreglene. Den preventive virkningen ble stadfestet i bemerkningene til den tidligere KNL § 6 stk. 3<sup>58</sup>:

*«Herved sikres, at en klage - i givet fald - fører til et mærkbart resultat for klager. Ud fra en bredere synsvinkel vil det have en præventiv effekt og betyde en styrkelse af retshåndhævelsen, at der i påkommende tilfælde statueres konsekvenser for den pågældende ordregiver af at overtræde udbudsreglerne» (Mine understreknings).*

Det preventive hensynet og sanksjonshensynet må dermed ses opp mot hverandre ved avgjørelsen av om erstatning skal tildeles, og i hvilken grad de skal vektlegges.

Det er viktig å bemerke at ordregivers erstatningsansvar bærer preg av et prekontraktuelt ansvar, nettopp fordi anmodningen om å inngi tilbud kommer fra ordregiver. Det prekontraktuelle ansvaret kommer særlig til synet når en stiller spørsmålet om hvorfor erstatning tildeles. Som utgangspunkt er erstatningen ikke en betegnelse på straff og dermed heller ikke en pønaltipulasjon. Som et direkte motstykke til dette, vil erstatning for positiv oppfylldesinteresse være nettopp dette. Hvis ordregiver tilpliktes til å betale erstatning for positiv oppfylldesinteresse, vil det dekke kostnader ved inngivelse av tilbud samt tapt fortjeneste. Denne type sanksjon vil ha et klart element av straff og vil for ordregiver oppfattes slik, da den rettmessige situasjon først og fremst gjenopprettes, men går videre ved å ilegge erstatning i form av dekning for tapt avanse. KFU har etter KNL §§ 18-21 kompetanse til å pålegge ordregiver å betale diverse bøter og økonomiske sanksjoner som følge av regelovertrædelser, og denne sanksjonen har en tydeligere form for pønaltipulasjon. Det samme kan ikke sies om erstatningen.

---

<sup>58</sup> Forslag til Lov om Klagenævnet for udbud, Fremsat den 30. mars 2000 av erhvervsministeren

## 3.2 Teoretisk grunnlag og lovkrav for erstatning i udbudsretten

### 3.2.1 Nasjonal lovgivning

#### 3.2.1.1 KNL § 14 stk. 1

Det rettslige grunnlaget for å kunne kreve erstatning for ordregivers overtredelse av reglene i KNL § 1 stk. 2 kan etter KNL § 14 medføre erstatningsansvar. Bestemmelsens stk. 1 fastslår at:

*«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»<sup>59</sup>*

Etter bestemmelsens ordlyd, vil en tilbyder (klager) som har lidt et tap som følge av ordregivers overtredelse av reglene, ha mulighet for å kreve erstatning. Erstatningen kan for det første dekke økonomisk tap som følge av omkostninger ved inngivelse/utarbeidelse av et tilbud, den negative oppfylldelsesinteresse<sup>60</sup>. For det andre kan erstatning dekke tapt fortjeneste, den positive oppfylldelsesinteresse<sup>61</sup>.

Bestemmelsen kan også tilsynelatende oppstille erstatningsansvar ut over enhver overtredelse av reglene jf. «*som følge af en overtrædelse av de regler (...)»<sup>62</sup>*. Spørsmålet i denne sammenheng er om alle overtredelser kan danne grunnlag for erstatning, eller om det skilles mellom ulike grader av overtredelser<sup>63</sup>. Da lovteksten ikke oppstiller type ansvarsgrunnlag som skal til for å tilkjenne erstatning, tilsier det etter ordlyden at selv små og ubetydelige feil vil ha erstatningsrettslige konsekvenser for pliktsubjektet som i erstatningsdelen av udbudsretten er ordregiver. Endvidere skiller ikke lovteksten mellom typer av erstatning jf.

---

<sup>59</sup> KNL § 14 stk. 1

<sup>60</sup> Se kap. 3.2.2 «*Alminnelig erstatning i dansk rett*»

<sup>61</sup> IBID

<sup>62</sup> KNL § 14 stk. 1

<sup>63</sup> Se kap. 4.4 om «*Ansvarsgrunnlag*» for en utdypning

“(…) yte klager erstatning<sup>64</sup>” og det må derfor tolkes dithen at ordlyden åpner for erstatning, enten for negativ eller positiv oppfyldelsesinteresse.

Kontrolldirektivet, som gjennomføres av lov om klagenævnet for udbud, stadfester kun at medlemsstatene har plikt til «at tilkende skadelidte personer skadeserstatning»<sup>65</sup>. Det presiseres dog i samme kontrolldirektiv art. 2 stk. 6 at:

*“Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.”*

Til tross for at virkningene av utøvelsen ifølge EU-retten skal avgjøres etter nasjonal rett, har ikke Danmark inntatt dette i KNL eller udbudsreglene for øvrig.

Direktivet legger ut over dette ingen føringer på ansvarsnormen hos pliktsubjektet eller hvilke betingelser som kreves for å tildele erstatning. Utforming av betingelsene blir dermed naturlig overlatt til nasjonale og europeiske domstoler for tolkning og utfyllelse, og deres avgjørelser skal også på bakgrunn av dette, tillegges stor rettskildemessig betydning.

### *3.2.1.2 KNL § 14 stk. 2*

Bestemmelsen nevnes kun kort for å belyse forskjeller til den positiv oppfyldelsesinteressen.

Det følger av KNL § 14 stk. 2 hvor klager krever erstatning for den negativ oppfyldelsesinteresse, for eksempel omkostningene i forbindelse med inngivelse av udbud, er bevisbyrden til årsakssammenheng i teorien noe lempeligere enn det som følger av stk. 1.

Bestemmelsens stk. 2 implementerer kontrolldirektivet for forsyningsvirksomheter<sup>66</sup> art. 2 stk. 7 og hensynet bak regelen er primært å poengtere at ansvarsgrunnlaget for å bli tilkjent erstatning for negativ oppfyldelsesinteresse jf. «erstatning for omkostningene i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller for deltagelse i et udbud» skal være ringere ved udbud etter forsyningsvirksomhetsdirektivet. I ordlyden stilles det her, i motsetning til § 14 stk. 1,

---

<sup>64</sup> KNL § 14 stk. 1

<sup>65</sup> Jf. Direktiv 89/665/EØF artikkel 2 stk. 1 litra c).

<sup>66</sup> Direktiv 89/665/EØF



krav til klagers bevisbyrde å påvise årsakssammenheng mellom ordregivers overtredelse og klagers mulighet for å bli tilkjent kontrakten.

Det er tydelig at hele KNL § 14 er meget vag og mangler utdypende innhold. Det gis ingen retningslinjer på hvilke ansvarsgrunnlag som skal anvendes, hvilke erstatningsbetingelser som skal legges til grunn og utmålingsprinsipper. Lovgiver har i bemerkningene til KNL § 14<sup>67</sup> kun gjort gjeldende at dansk retts alminnelige erstatningsregler skal anvendes, men gir ut over dette ingen ytterligere føringer og det virker som lovgiver ikke ønsker å ta stilling til hvordan erstatning eksempelvis skal utmåles i udbudsretten.

### 3.2.2 Alminnelig erstatning i dansk rett

I bemerkningen til KNL § 14 i lovforslaget til håndhævelse af udbudsreglerne<sup>68</sup> blir det lagt til grunn at: *«(...) i en given sag er grundlag for at tilkende en klager erstatning afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler»*. I dansk erstatningsrett kan det sies å være to hovedformer for erstatning. Én form omhandler erstatning i et allerede inngått kontraktsforhold (Culpa in contrahendo). En slik erstatningsform vil i udbudsretten relatere seg til forholdet mellom ordregiver og vinnende tilbyder som har blitt tildelt kontrakt. Rettsforholdet i situasjonen blir som utgangspunkt omfattet av obligasjons- og kontraktsretten, og vil derfor ikke bli behandlet ytterligere. Den andre formen for erstatning relaterer seg til alle disposisjoner som ikke foregår under en kontrakt (deliktsansvar). I udbudsretten er det som nevnt<sup>69</sup> relevant å se på deliktsansvarerstatningen da kontrakt mellom ordregiver og forbigått leverandør naturligvis ikke er inngått som følge av de foreliggende overtredelser.

De alminnelige erstatningsbetingelsene i udbudsrettslig perspektiv kan i stor grad kortes ned til å omfatte ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng<sup>70</sup> og et økonomisk tap<sup>71</sup>. Prinsipper som

---

<sup>67</sup> LFF 2010-01-27 nr 110

<sup>68</sup> IBID

<sup>69</sup> Innledningen til kapittel 3 «Rettslig grunnlag for erstatning»

<sup>70</sup> Det siktes til årsakssammenheng mellom ordregivers overtredelse av udbudsreglene og konsekvensen ved at forbigått leverandør (klager) ikke har fått tildelt kontrakt.

<sup>71</sup> Se videre om betingelsen under 5.2-5.4 «Årsakssammenheng», «økonomisk tap» og «ansvarsgrunnlag».

passivitet og tapsbegrensningsplikt skal da som utgangspunkt også være med i erstatningsproblematikken<sup>72</sup>. Tapsbegrensningsplikten kan særlig bli relevant ved oppgjørelsen etter negativ oppfylldesinteresse i forhold til utgifter som er benyttet ved utarbeidelse av tilbud og vurdering av utbudsmaterialet. I en av de første erstatningssakene for KFU, *Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen*<sup>73</sup> tilbake i 2001, ble spørsmålet om omkostninger ved utarbeidelse av tilbud og forståelse av komplisert udbudsmaterialet kan kreves dekket, selv om tilbud aldri ble inngitt av klager. KFU bemerker at tjenesten som skulle leveres lå innenfor virksomhetens kjerneområde, og den påkrevde analysen av udbudsmaterialet var omkostning som kunne kreves dekket<sup>74</sup>. Utgiftene som ble avholdt omhandlet også utgifter til advokatbistand i forbindelse med forståelsen av udbudsmaterialet. Denne type utgift har i senere kjennelse<sup>75</sup> blitt ansett som en ikke-erstatningsberettiget post. Saken illustrerer dermed rekkevidden av nasjonale erstatningsprinsipper som også får betydning ved utmålingen.

De tre overnevnte erstatningsbetingelser har dannet grunnlag for en rekke avgjørelser i KFU og domstolene samt omfattende juridisk teori. Adekvanskrevet i dansk rett om påregnelighet (Sannsynlig og forutsigelig årsakssammenheng) mellom skaden (regelovertrædelsen) og lidt tap har imidlertid ikke gitt de store utfordringene innenfor litteraturen<sup>76</sup>

### 3.2.3 Innledende av ansvarsgrunnlaget for erstatning i udbudsretten

Til tross for at det foreligger en rekke avgjørelser ved erstatning i udbudsretten, er det ikke fastlagt en absolutt ansvarsnorm som ordregiver skal vurderes etter, ved overtredelse av udbudsreglene. Ansvarsgrunnlaget kan primært forekomme dersom det er gjort brudd på udbudsreglene som anført i KNL § 1 stk. 2. Videre kan det foreligge et ansvarsgrunnlag hvis noen av de grunnleggende prinsippene, som forbud mot forskjellsbehandling eller kravet til

---

<sup>72</sup> Prinsippene vil ikke bli behandlet videre da relevansen for erstatning ved *positiv* oppfylldesinteresse er minimal kontra for den *negativ* oppfylldesinteressen.

<sup>73</sup> Klagenemdas kjennelse 22.november 2001, *Forlaget Magnus A/S mot Told- og Skattestyrelsen*

<sup>74</sup> IBID

<sup>75</sup> Klagenemdas kjennelse av 15.desember 2014, *BSN Medical AB v Region Sjælland*

<sup>76</sup> Fabricius (2017) s. 832 og Hamer (2021) s. 803

likebehandling, krenkes<sup>77</sup>. Eksempelvis vil krenkelse på likebehandling være om det gjøres endringer i udbudsmaterialet innenfor rammene av udbudsreglene etter forespørsel fra én prekvalifisert leverandør, uten at øvrige leverandører blir informert.

Ettersom KFU er et administrativt organ under den offentlige myndighet, vil det være naturlig å ilegge et mildere ansvarsgrunnlag på bakgrunn av det som gjelder for alminnelige myndigheter<sup>78</sup>. Men på grunn av at begrepet ordregivende myndighet i visse tilfeller også kan omtale enkelte private virksomheter med særlig eller eksklusive rettigheter (for eksempel når en privat virksomhet sine kontrakter mottar offentlig støtte jf. UBL § 6, stk. 3), vil det være unaturlig å tildele et mildere ansvarsgrunnlag til disse private virksomhetene.

I tidligere rett (før 2009 hvor Strabag-saken<sup>79</sup> kom) var culpa ansett som det alminnelige ansvarsgrunnlaget ved erstatningsspørsmålet. Saken fastslo derimot at culpa hos ordregiver, ikke må stilles som en betingelse i nasjonal rett for at klager skal få tilkjent erstatning. EU-domstolen avsa i 2010 Provincie Drenthe-saken<sup>80</sup> som stadfester Strabag saken, og presiserte at en culpa-ansvarsnorm ikke er i overensstemmelse med kontrolldirektivenes krav til effektivitet.

### 3.2.4 Utmålingsprinsippene i alminnelig erstatningsrett

På lik linje med betingelsene for erstatning, følger også erstatningsutmålingen den danske retts alminnelige prinsipper. Hovedregelen er at erstatning skal svare til en full erstatning, som gjenspeiles enten i form av negativ eller positiv oppfylldelsesinteresse. Det er også nødvendig

---

<sup>77</sup> Se eksempelvis Klagenemndas kjennelse 25. juni 2019 hvor erstatning ble tilkjent klager som følge av ordregivers handling i strid med likebehandling- og gjennomsiktighetsprinsippet. Ordregiver har endvidere ikke anført tilstrekkelig bevis som *SK Varme (ordregiver)* har bevisbyrden for. Ordregiver har bevisbyrden: ”*SK varme har bevisbyrden for, at ordregiveren for at sikre konkurransen, ville have foranstaltet endnu et nyt udbud i stedet for at indgå kontrakten med den konditionsmæssige tilbudsgiver, hvis tilbud blev bedømt til kun at ligge marginalt under tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver.*”

<sup>78</sup> Høg mfl. (2019) s. 487

<sup>79</sup> Sak C-314/09 (Strabag Graz mot Strabag AG) og kapittel 4.4.2 «Kort om ansvarsgrunnlaget i EU-rettslig perspektiv»

<sup>80</sup> Sak C-568/08 (Combinatie Spijker v Provincie Drenthe)

at erstatningen etterlever EU-prinsippene om effektivitet i håndhevelsen samt erstatningssummens avskrekkende funksjon<sup>81</sup>.

I alminnelig dansk erstatningsrett er det ulike prinsipper som skal ivaretas, deriblant utmålingsprinsipper som skal sikre en rettferdig og fullstendig utbetaling av erstatning. Prinsippet fastsetter hvordan erstatningen skal regnes ut i forhold til det økonomiske tapet som er lidt. Utmålingsprinsippene kan deles inn i to hovedkategorier: positiv oppfylldelsesinteresse og negativ oppfylldelsesinteresse.

I alminnelig erstatningsrett vil positiv oppfylldelsesinteresse omhandle tilbakeføringen av den skadelidte part til den situasjonen vedkommende ville vært i hvis avtalen hadde blitt gjennomført slik kontrakten stadfester. Dette prinsippet vil være relevant i tilfeller hvor det foreligger et brudd på avtalen, og den skadelidte har lidt et økonomisk tap som følge av dette bruddet.

Negativ oppfylldelsesinteresse handler om å tilbakeføre partene til situasjonen før avtalen ble inngått. Dette prinsippet vil være relevant i tilfeller hvor avtalen aldri skulle ha blitt inngått eller blitt inngått på feil grunnlag, og den skadelidte har lidt et økonomisk tap som følge av dette.

Innenfor udbudsretten kan det oppstå erstatningsansvar i tilfeller hvor ordregivende myndigheter bryter med regelverket<sup>82</sup>. Dette kan for eksempel være i tilfeller hvor ordregiver ikke har gjennomført anskaffelsesprosessen på en korrekt måte, og dette har ført (lidt tap) eller vil føre til et økonomisk tap (tapt fortjeneste) for den forbigåtte leverandøren. I slike tilfeller vil det i tråd med kontrolldirektivet<sup>83</sup> art. 2 litra c være relevant å se på utmålingsprinsippene i henhold til nasjonale alminnelige erstatningsprinsipper for å fastsette erstatningens omfang og størrelse.

---

<sup>81</sup> Poulsen (2022) s. 735

<sup>82</sup> Se mer om utmålingsprinsippene i udbudsretten i kapittel 4.5 «Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldelsesinteresse gjennomføres i praksis»

<sup>83</sup> Direktiv 89/665/EØF

### 3.3 Effektivitetsprinsippet og Ekvivalensprinsippet

Udbudsretten støttes i hovedsak på tre grunnleggende prinsipper: Gjennomsiktighet, likebehandling og proporsjonalitet jf. UBL § 2 stk. 1 som implementerer udbudsdirektivet artikkel 18 stk. 1. I tillegg er det særlig, i medfør av kontrolldirektivene, oppstilt to prinsipper til: Effektivitet- og ekvivalensprinsippet. Det er kun to sistnevnte prinsipper som kort blir behandlet, da de har direkte relevans for håndhevelsen av udbudsreglene.

Effektivitetsprinsippet innebærer at medlemsstatens regler skal være utformet slik at rammene som EU-reglene oppstiller, skal være forholdsmessige og tilgjengelige, slik at den som ønsker å påberope seg rettighetene ikke har utfordringer med dette<sup>84</sup>. Eksempelvis ved at forbigått leverandør skal ha muligheten til å påberope seg erstatningsbestemmelsene i lys av det danske regelverket. EU-domstolen har flere ganger stadfestet prinsippet ved eksempelvis sak C-19/13<sup>85</sup>

Ekvivalensprinsippet går ut på at fellesskapsretten ikke skal være mindre gunstige enn nasjonale staters rett. EU-retten oppstiller dermed minimumsdirektiver som setter en nedre grense for hvordan medlemsstatene skal anvende regelverket<sup>86</sup>. Ved flere anledninger har EU-domstolen også her stadfestet prinsippet, ved for eksempel sak C-538/13<sup>87</sup>.

## 4. Positiv oppfylldelsesinteresse

Positiv oppfylldelsesinteresse som utmålingsprinsipper har som formål å føre den skadelidte parten frem til den økonomiske situasjonen vedkommende ville vært i, hvis avtalen var blitt

---

<sup>84</sup> Poulsen (2022) s. 71

<sup>85</sup> Sak C-19/13 Ministero dell'Interno mot Fastweb SpA premiss 35. Se også Sakene C-538/13 eVigilo Ltd, C-497/20 Randstad Italia SpA mot Umana SpA mfl. premiss 58 og C-456/08 Europa-Kommissionen mot Irland premiss 62

<sup>86</sup> Fabricius (2019) s. 59

<sup>87</sup> Sak C-538/13 eVigilo Ltd mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos premiss 39: «ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål fastsat til beskyttelse af rettigheder, der udledes af den interne retsorden» Se også C-497/20 Randstad Italia SpA mot Umana SpA mfl. premiss 58 og

oppfylt i tråd med udbudsreglene. Innenfor dansk rett er dette en sentral faktor i utmålingen av erstatning ved kontraktsbrudd. Det vil i kapittelet undersøkes hvilke juridiske prinsipper, regler og betingelser som ligger til grunn for positiv oppfyldelsesinteresse, og hvordan disse prinsippene er tolket og anvendt i dansk praksis med understøttelse av enkelte prinsipielle EU-avgjørelser. Til undersøkes det hvordan utmålingen gjennomføres i praksis.

For å dokumentere at den forbigåtte leverandører ville ha vunnet kontrakten, må erstatningssøkeren kunne godtgjøre at tilbudet deres var det mest kvalifiserte ut ifra udbudsmaterialet sine krav. Imidlertid er det ikke tilstrekkelig for tilbudsgiveren å vise at de var “neste i køen” til å motta tildelingen. Det baserer seg også på om ordregiver klarer å bevise at et nytt udbud ville blitt gjennomført, da ordregiver normalt vil hevde at udbudet ville ha blitt annullert uansett omstendigheter. Erstatningsutmålingen gis vanligvis basert på skjønnsmessig utmålinger, og det kan være stor forskjell mellom tilbudsgiverens beregninger og den erstatningen som faktisk tildeles.

#### 4.1 Rettsgrunlaget for positiv oppfyldelsesinteresse

Positiv oppfyldelsesinteresse kan først bli tilkjent dersom de øvrige betingelsene for erstatning er oppfylt<sup>88</sup>. Forutsatt at kravene om (1) årsakssammenheng mellom ordregivers overtredelse og forbigåtte leverandørs tapte kontrakt, (2) økonomisk tap og (3) ansvarsgrunnlag, stilles det endvidere krav om at det fremlegges påstand om dekning for positiv oppfyldelsesinteresse. Det er selvsagt at en klager ikke kan fremme påstand om dekning for både positiv og negativ oppfyldelsesinteresse. Dersom en forbigått leverandør blir tilkjent erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse, stilles parten som kontrakten var inngått og gjennomført i henhold til avtalen. Dette medfører også at avholdte utgifter ved inngivelse av tilbud og andre vurderinger i tilfellet ikke kan kreves dekket ettersom utgiftene ved tildelt kontrakt uansett hadde blitt avholdt<sup>89</sup>. En forbigått leverandør vil i praksis derfor primært anføre erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse og subsidiært for negativ oppfyldelsesinteresse, ettersom den økonomiske gevinsten i majoriteten av saker er størst ved positiv oppfyldelsesinteresse<sup>90</sup>.

---

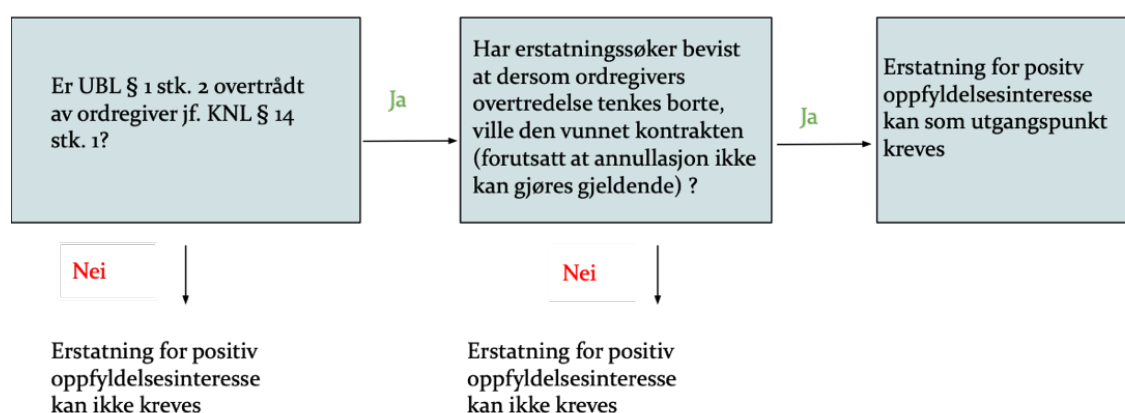
<sup>88</sup> Om alminnelige erstatningsbetingelser se kapittel 3 «*Rettslig grunnlag for erstatning*». Nærmere om betingelsene se kapittel 4.2-4.4

<sup>89</sup> Det er altså tale om en nettoavanse erstatning

<sup>90</sup> Hamer (2021) s. 804

I medfør av utmålingen ved alminnelige erstatningsregler, vil hovedregelen stille erstatningssøker som om kontrakten hadde blitt oppfylt. Modifikasjonen i udbudsretten, i henhold til positiv oppfylldesinteresse, er å gjeninnsette den økonomiske situasjonen sett ut fra overtredelsen til ordregiver. Praksis viser at det stilles krav til et detaljert dokumentasjonsgrunnlag fra klager som viser ulike taps-poster i form av tapt inntekt som kan bevises ved forventet fortjeneste ut ifra klagers eller bransjespesifikke avansepåslag/dekningsbidrag eller forventet prisstigning på diverse varer og tjenester<sup>91</sup>.

### Illustrasjon 3:<sup>92</sup>



Illustrasjonen viser en meget simplifisert, men oversiktlig fremgangsmåte av muligheten for en forbigått leverandør til å bli tilkjent erstatning for positiv oppfylldesinteresse. For det første skal en undersøkelse av om det overhodet foreligger et brudd gjennomføres og derav et ansvar grunnlag<sup>93</sup>. Deretter om tilstrekkelig bevisbyrde er løftet vedrørende årsakskravet mellom lidt økonomisk tap og ordregivers overtredelse<sup>94</sup>.

Det har i lang tid vært antatt at erstatning for en tapt fremtidig inntekt kan kreves av forbigått leverandør. I forslaget til lov om klagenævnet for udbud ble det utalt at forventningen var at KFU skulle være tilbakeholden med å tilkjenne erstatning for positiv oppfylldesinteresse: «Det kan forventes, at Klagenævnet vil være tilbakeholdende med at tilkende positiv

<sup>91</sup> Poulsen (2022) s. 732

<sup>92</sup> Egenprodusert illustrasjon

<sup>93</sup> Se kapittel 4.4 Ansvarsgrunnlag

<sup>94</sup> Se kapittel 4.2 Årsakssammenheng og 4.3 Økonomisk tap

*oppfylldesinteresse.*»<sup>95</sup>. Klagenemnda har dog, som vist til i gjentatte saker,<sup>96</sup> tilkjent erstatningen ved flere anledninger<sup>97</sup>.

Det er i det videre trukket ut en rekke klagenemnds og domsavgjørelsers. Det finnes et mangfold av kjennelser og avgjørelser som behandler positiv oppfylldesinteresse i dansk praksis. Årsaken til at undernevnte saker er benyttet, er at de bidrar til å illustrere rettstilstanden vedrørende betingelsene for positiv kontraktinteresse og bevisbyrde. Sakene er også gjennomgående benyttet i fremtidige saker og underbygger dermed påstanden om rettstilstanden.

#### 4.1.1 Montaneisen-saken (U.2012.2952 H)<sup>98</sup>

Saken blir behandlet selvstendig og ikke under betingelsene (kap. 4.2-4.4) fordi dommen fremstiller egenskaper om bevisbyrden hos ordregiver eller eventuelt forbigått leverandør, som praksis har vist at har blitt en vesentlig faktor i om klager skal få tilkjent erstatning for positiv oppfylldesinteresse.

*Montaneisen*-saken gjaldt erstatning for et minerydningsoppdrag hvor spørsmålet var om kystdirektoratet som ordregiver har tilkjent kontrakt til vinnende tilbyder på feil grunnlag. I hovedsak omahandlet saken seg om brudd på direktiv 2004/18/EF. I forlengelsen av dette, hvem som har bevisbyrden i erstatningssaker, konkret om ordregiver var forpliktet til å se bort ifra tilbudet da dette inneholdt et forbehold. Klager mente at tilbudet som vinnende tilbyder fremsatte, skulle vært avvist.

Ordregiver ble dømt til å betale erstatning på 4 000 000,-<sup>99</sup> for positiv oppfylldesinteresse. Høyesterett konkluderte med at ordregiver hadde bevisbyrden, men ikke sannsynliggjort

---

<sup>95</sup> Forslag til Lov om Klagenævnet for udbud, Fremsat den 30. mars 2000 av erhvervsministeren § 6

<sup>96</sup> Se *illustrasjon 4*

<sup>97</sup> Fredriksen mfl., 2018

<sup>98</sup> U.2012.2952 H Montaneisen GmbH mot Kystdirektoratet

<sup>99</sup> Påstått beløp fra klager var: 6 842 652,-. Se kapittel 4.5 «*Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldesinteresse gjennomføres i praksis*» for ytterligere om nedsettelse av erstatningsbeløp ut fra estimert beløp av klager.



ovenfor domstolen at de ville annullert udbudet og klager sitt tilbud skulle dermed vunnet frem.

*«Højesteret finder, at Kystdirektoratet på denne baggrund ikke har sandsynliggjort, at en afvisning af Minegruppens tilbud ville have ført til, at udbuddet blev annulleret. Det må herefter lægges til grund, at Montaneisens tilbud ville være blevet antaget»<sup>100</sup>*

Av avgjørelsen finner en antitetisk at vedrørende bevisbyrden stilles det ikke kun krav at ordregiver skal gjøre gjeldende at udbudet faktisk ville blitt avlyst, men det oppstilles et sannsynlighetskrav som må begrunnes og ikke kun bestå av “hypotetisk karakter”<sup>101</sup>

I henhold til UBL § 159, stk. 3, er det fastsatt at ordregiveren i tilfeller der det foreligger tvil, skal foreta en effektiv kontroll av informasjonen og dokumentasjonen som er innsendt, samt tilbudet. Dette er i tråd med etablert praksis fra KFU, som fastslår at det ikke foreligger en generell plikt til for ordregiver å undersøke riktigheten av mottatte opplysninger. Kun i tilfeller der det er tvil er ordregiveren forpliktet til å gjennomføre en effektiv kontroll av opplysningenes riktighet.

*«Indklagede (kystdirektoratet) har således anset det for nødvendigt at sikre sig, at den tilbudsgiver, der fik kontrakten, kunne gennemføre opgaven. Der var dog tale om en omvendt rækkefølge, idet testen først skulle gennemføres efter, at tildelingsbeslutningen var truffet (...). Indklagede drog ikke den konsekvens heraf at opsigelse den indgåede kontrakt og foranstalte nyt udbud»<sup>102</sup>(mine uthevinger og kommentarer)*

Dommen fastslår at en slik undersøkelsesplikt foreligger, i tillegg til under evalueringsprosessen, også på forhold som ordregiver blir kjent med etter at tildelingsbeslutningen er avgjort. Forhold som dog blir kjent etter kontraktinngåelse reguleres som nevnt under kapittel 3.2.2 «*Alminnelig erstatning i dansk rett*» av kontraktsretten.

---

<sup>100</sup> U.2012.2952 H Montaneisen GmbH mot Kystdirektoratet, s.2974

<sup>101</sup> U.2012.2952 H Montaneisen GmbH mot Kystdirektoratet s.2967

<sup>102</sup> U.2012.2952 H Montaneisen GmbH mot Kystdirektoratet, s. 2959

Avgjørelsen legger føringer på hva en ordregiver må forvente vedrørende bevisføringen, for å påberope at tilbudet hadde blitt annullert (som en ser at ordregivere i stor grad gjør) og rekkevidden av en undersøkelsesplikt også etter at tildelingsbeslutning er gjennomført.

Et eksempel på at premissene blir videreført og bemerket er i Aarsleff Rail mot Viborg Kommune.

*«Viborg Kommune har med tilstrækkelig sandsynlighed, jf. UfR2012.2952H, godtgjort, at kommunen ville have annulleret kontrakten fremfor at tildele den til Aarsleff Rail, hvorfor der ikke er årsagsforbindelse»<sup>103</sup>*

Bevis- og sannsynlighetskravet som stadfestet i Montaneisen-saken, blir her anvendt motsatt. Ovenfor klagenemnda har kommunen fremlagt tilstrekkelig dokumentasjon og dermed bevist at kontrakten ville blitt annullert fremfor å bli tildelt forbigått leverandør.

I påstander om positiv oppfylldesinteresse er den forbigåtte tilbyder i det videre omtalt som *erstatningssøkende*.

## 4.2 Årsakssammenheng

Innledningsvis er det i tråd med alminnelig erstatningsrett i Danmark at erstatningssøker<sup>104</sup> som utgangspunkt har bevisbyrden for å påvise årsakssammenhengen mellom skaden og lidt tap<sup>105</sup>. I tillegg vil kravene om adekvans og kausalitet fra alminnelig erstatningsrett få betydning ved at adekvanskravet i majoriteten av erstatningsspørsmålene alltid være til stede, ettersom tapet på eksempelvis omkostninger vil være en helt påregnelig følge av å ikke bli tildelt kontrakt.

Vedrørende kausaliteten i tilbudsreglene, har dette være noe formildende sett opp mot erstatningsretten i Danmark. Da det kun er én vinner av tilbuds konkurransen, og det således vil hos tapende tilbydere være lidt et tap i form av kostnader til inngivelse av tilbud og vurdering av tilbudsmaterialet, kan selvsagt ikke ordregiver stå til ansvar og dekke disse

---

<sup>103</sup> Klagenemndas kjennelse av 28. februar 2019, Aarsleff Rail mot Viborg Kommune

<sup>104</sup> Omtales som skadelidte i alminnelig erstatningsrett

<sup>105</sup> Den Store Danske, 2023

“naturlige” omkostningene. Alle tilbudsgivere godt bekjent med at innebærer en mulighet for å ikke bli tildelt kontrakt<sup>106</sup>.

Kravet om årsakssammenheng har altså tette bånd til tapsoppgjørelsen og dokumentasjonen av tap hos erstatningssøkende. For å vinne frem med krav om positiv oppfyldelsesinteresse, skal det godtgjøres at kontrakt ville bli tildelt den erstatningssøkende.

Årsakssammenheng mellom forbigått tilbyders tapte fortjeneste og ordregivers regelovertrødelse, kan anses som oppfylt når tre underbetingelser av årsakskravet er oppfylt.

Klager har for det første bevisbyrden for å påvise at deres inngivende tilbud er kondisjonsmessig<sup>107</sup> og i tråd med krav og kriterier i udbudsmaterialet. Kontrakt skal dermed rettmessig være mulig å inngå og tilbudet skal som utgangspunktet være grunnlag for en lovlig tildeling.

For det andre vil det påhvile klager å bevise at deres tilbud ville vært det vinnende tilbud og dermed fått tildelt kontrakten dersom ordregiver ikke hadde handlet i strid med udbudsreglene.

For det tredje må ordregiver mislykkes med å bevise at klager ikke ville bli tildelt kontrakten. Ordregiver vil typisk argumentere med lovlighetsgrunner, som at overtredelsen fører til annullasjon og klager ville uansett ikke bli tildelt kontrakten<sup>108</sup>. Vi taler altså om en omvendt bevisbyrde enn hva som gjelder ved de øvrige betingelsene for årsakssammenheng<sup>109</sup>.

#### 4.2.1 Underbetingelse nummer 1: Klagers tilbud er kondisjonsmessig og lovlig utarbeidet

Betingelsen om at klagers tilbud skal være kondisjonsmessig kan behandles under både ordregivers ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng. Da nyere praksis gjentagende

---

<sup>106</sup> Poulsen (2022) s. 727

<sup>107</sup> Kondisjonsmessig skal heretter forstås som et lovlig tilbud i henhold til udbudsmaterialets krav og kriterier

<sup>108</sup> Hamer (2021) s. 806

<sup>109</sup> Se eksempelvis argumentasjonen til høyesterett i: Montaneisen-saken (U.2012.2952 H, s.2974) under kapittel 5.1.1 «Montaneisen-saken»

behandler spørsmålet sammen med årsakskravet, vil samme oppsett bli etterfulgt i speialet<sup>110</sup>.

For at årsakssammenhengsbetingelsen skal være relevant må erstatningssøkende sitt tilbud være kondisjonsmessig, gjennomført i henhold til udbudsreglene og oppfylle udbudsmaterialets krav og betingelser. Om tilbudet ikke er kondisjonsmessig vil det ikke gi mening å tilkjenne erstatning for en tapt fortjeneste til tilbudsgiveren, uavhengig av regelovertrædelser hos ordregiver.

Underbetingelsen er blitt gjentatt og anvendes aktivt i KFU sine avgjørelser i vurderingen av om årsakskravet er oppfylt. I eksempelvis kjennelse fra 28. februar 2019<sup>111</sup> hvor klager ble tilkjent erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse, uttalte KFU<sup>112</sup>:

*«Det er en forudsætning for at opnå erstatning, at kontrakten lovligt skulle kunne tildeles den erstatningssøgende»<sup>113</sup>*

Hvor KFU kom frem til motsatt resultat og stadfester at tilbudet ikke er kondisjonsmessig, blir konklusjonen at årsakskravet ikke er oppfylt og påstand og positiv oppfyldelsesinteresse bortfaller jf. for eksempel kjennelse 10. mars 2022<sup>114</sup>:

*«Tilbuddet var således ukonditionsmæssigt og kunne ikke danne grundlag for en tildeling af kontrakt til City Mobil A/S. På denne baggrund og efter det i øvrigt foreliggende er kravet om årsagsforbindels ikke opfyldt.»<sup>115</sup>*

---

<sup>110</sup> Se eksempelvis Klagenemdas kjennelse av 28.februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mot Viborg kommune* s. 15 og Klagenemdas kjennelse av 25.februar 2021, *SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S* s. 76

<sup>111</sup> Klagenemdas kjennelse av 28.februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mot Viborg kommune*

<sup>112</sup> Se eksempelvis også klagenemdas kjennelse av 27.september 2013, *Rent A/S mot Køge kommune*, hvor positiv oppfyldelsesinteresse også ble tilkjent klager: «Såfremt det [tilbudet] var ukonditionsmæssigt, er der ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelser og klagerens tab» (min kommentar).

<sup>113</sup> Klagenemdas kjennelse av 28.februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mot Viborg kommune* s. 12

<sup>114</sup> Klagenemdas kjennelse av 10.mars 2022, *City Mobil A/S mot Region Midtjylland*

<sup>115</sup> Klagenemdas kjennelse av 10.mars 2022, *City Mobil A/S mot Region Midtjylland* s. 13

Som praksis viser er det ikke tilstrekkelig for klager å påvise at en med overveiende sannsynlighet ville blitt tildelt kontrakten, det er også krav om at deres eget tilbud er egnet for å bli tildelt kontrakten.

#### 4.2.2 Underbetingelse nummer 2: Beviskrav om at klager ville blitt tildelt kontrakten om feilen tenkes borte

I relasjon til betingelse nummer to om at klager skal bevise at denne ville fått kontrakten, illustrerer saken Eksponent ApS mot Gentofte kommune<sup>116</sup> betingelsen i praksis<sup>117</sup>. I saken ble ordregiver idømt et erstatningskrav for positiv oppfylldelsesinteresse på 1 200 000,- for overtredelse av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet jf. UBL § 2 og § 159 stk. 5.

Klagenemnda sitt tilsynelatende faste oppsett, ved å først vurdere erstatningsgrunnlaget med ansvarsgrunnlag før årsakssammenheng og tapsutmålingen, gjennomføres også i denne saken<sup>118</sup>. I saken ble ansvarsgrunnlaget avgjort i foregående klagenemndssak<sup>119</sup> og anses som oppfylt. Som vist, skal klager (Eksponent ApS) fremlegge tilstrekkelig bevis for at deres tilbud ville vunnet frem og blitt tildelt kontrakt dersom ordregivers feil tenkes borte.

*«Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for en sådan erstatning, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne»<sup>120</sup>*

---

<sup>116</sup> Klagenemndas kjennelse av 10. februar 2021, Eksponent ApS mot Gentofte Kommune

<sup>117</sup> Se også for eksempel U 2004.1294 H og klagenemndas kjennelse av 5.september 2018, *Sigmax Law Enforcement B.V. mot Rejsekort A/S*

<sup>118</sup> Se også eksempelvis klagenemndas kjennelse av 17.desember 2020, *De Forenede Dampvaskerier A/S mot Ringkøbing-skjern Kommune*, klagenemndas kjennelse 7.juni 2019, *Pankas A/S mot Haderslev Kommune* og klagenemndas kjennelse av 25.juni 2019, *Justsen Energiteknik A/S mot SK varme A/S*

<sup>119</sup> Klagenemndas kjennelse av 29. april 2020, Eksponent ApS mot Gentofte Kommune

<sup>120</sup> Klagenemndas kjennelse av 10. februar 2021, Eksponent ApS mot Gentofte Kommune s.14

I tilsvarende saker hvor tildelingskriteriet er beste forhold mellom pris og kvalitet jf. UBL § 162 stk. 1 nr. 3, vil det naturlig være vanskeligere å bevise at klager vil få tildelt kontrakt, fordi vurderingen må gjøres konkret og avgjøres etter en fordeling av underkriterier, som for eksempel “den tilbudte løsning”. Klager bør dermed gå nøye gjennom tildelingsbeslutningen og eventuelle rapporter om evalueringen. Det hadde stilt seg motsatt hvis tildelingskriteriet hadde vært laveste pris jf. UBL § 162 stk. 1 nr. 1 være enkelt å vurdere da en kun ser på prisen i tilbudet. Dersom feilen bestod i mer betydningsfulle feil, som for eksempel en endring av udbudsmaterialet som ikke blir informert til samtlige tilbudsgivere og hvor endringen er av grunnleggende karakter, vil det tale for at ordregiver ikke lovlig har mulighet til å gjennomføre et udbud og vil dermed være tvunget til å annullere. Denne argumentasjonen vil føre til at kravet om «tap» ikke vinner frem, ettersom udbudet ikke ville blitt gjennomført. Avgjørelsen viser til viktigheten av en detaljert og omfattende gjennomgang av tilbudsevalueringen med poenger.

*«Den tilbudte løsning [underkriteriet] (vægt 35 %) opnåede Eksponents tilbud 4,14 point med bemærkningen: ”Meget tilfredsstillende opfyldelse af under- eller delkriteriet. Dette var kun marginalt mindre end de 4,35 point, som tilbuddet fra Kruso opnåede. Det kan derfor – helt objektivt – udledes, at Eksponent afgav et kvalificeret tilbud (...)»<sup>121</sup> (mine uthevinger og understrekinger)*

Erstatningssøker fremsetter en redegjørelse av sine utdelte poenger i henhold til et poengsystem og konkluderer rettmessig med at dette vil være tilstrekkelig til at få tildelt kontrakten om ordregiver hadde etterlevd regelverket.

I motsetning til positiv oppfylldesinteresse er det ved negativ oppfylldesinteresse ikke nødvendig å bevise at tilbyderer ville fått kontrakten. Det er tilstrekkelig å dokumentere omkostningene, påberope seg erstatningskravet og bevise årsakssammenhengen mellom overtredelsen og tappt kontrakt<sup>122</sup>.

Det hersker dog noe usikkerhet rundt hvilken sannsynlighetsovervekt som domstolene og klagenemnda skal legge til grunn ved vurderingen. Avgjørelsene baseres i stor grad på om

---

<sup>121</sup> Klagenemndas kjennelse av 10. februar 2021, Eksponent ApS mot Gentofte Kommune s.8

<sup>122</sup> Direktiv 92/13/EØF art. 2 stk. 7

klager har godtgjort eller bevist om kontrakten ville tilfalt erstatningssakene. KFU og domstolene bruker konklusjoner som eksempelvis: «bevist, at den forbigående tilbudsgiver, Aarsleff Rail, ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne»<sup>123</sup> «Pankas ville have fået kontrakten tildelt, har selskabet krav på erstatning opgjort som positiv opfyldelsesinteresse»<sup>124</sup> eller «Skjortegrossisten har herefter ikke godtgjort, at denne ville have fået ordren, hvis udbudsreglerne var overholdt. Skjortegrossisten har derfor ikke krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse»<sup>125</sup>. Ut over dette gis det ingen retningslinjer på forståelsen av årsakskravet eller hvilken sannsynlighetsberegning som skal anvendes. Da rettspraksis ikke gir føringer, må det antas at beviskravet er i overensstemmelse med resten av erstatningsretten om en enkel sannsynlighetsovervekt<sup>126</sup>.

#### 4.2.3 Underbetingelse 3: Ordregiver mangelfulle bevis for at klager ikke ville bli tildelt kontrakten

I likhet med underbetingelse nummer 1, stilles det også her et sannsynlighetskrav hos ordregiver hva gjelder dens mulighet til å bevise at tilbudet (forutsatt korrekt og lovlig gjennomføring) ville blitt annullert. Et hypotetisk eksempel kan være dersom ordregiver annullerer et tilbud med begrunnelsen at erstatningssøkende sitt tilbud inneholder elementer som ville gjort gjennomføringen for kostbar. Hvis ordregiver løfter denne bevisbyrden og lykkes i å overbevise klagenemnda eller domstolen, er ikke årsakskravet oppfylt og erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse blir ikke tilkjent.

---

<sup>123</sup> Klagenemndas kjennelse av 28.februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mot Viborg kommune*

<sup>124</sup> Klagenemndas kjennelse 7.juni 2019, *Pankas A/S mot Haderslev Kommune*

<sup>125</sup> U2004.1294 H s. 1301

<sup>126</sup> Juridisk teori har også sprikende forutsetninger og definisjonsbruk. Eksempelvis bruker Høg mfl. (2019) fremstillingsmåten: «Det afgørende for, om en klager kan opnå erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, er (...) at ordregiveren med overvejende sansynlighed ville have tildelt klageren den udbudte kontrakt i fravær af udbudskrænkelsen». Altså i samsvar med tanken om en enkel/overveiende sannsynlighetsovervekt (dvs. Mer enn 50% se Den store Danske «Forsæt» av 30. januar 2009, mens Poulsen (2022) bruker fremstillingsmåten: «(...) at kontrakten i mangel af de af ordregiver begåede fejl skulle have vært tildelt den erstatningssøgende tilbudsgiver». Ingen sannsynlighetsberegning anvendes her annet enn kontrakten skulle vært tildelt klager om feilen tenkes borte.

Et vesentlig element i underbetingelsen, er om det foreligger en kontraheringsplikt for ordregiver sammen med den påståtte forbigått leverandør. Høyesterett har i sak U 2000.1561H sagt at erstatningssøker hadde blitt tildelt kontrakten da dette var det beste tilbudet ut ifra tildelingskriteriene og at det indirekte foreligger en kontraheringsplikt mellom ordregiver og tilbyder med det da nest beste tilbudet: «*Indstævnte kunne således ikke på det pågældende tidspunkt som entreprenør vælge andre end appellanten, som var den billigste tilbudsgiver*»<sup>127</sup>. Under samme avsnitt har flertallet i dommen dog uttalt at: «*appellanten ville have fået entreprisen, hvis indstævnte ikke i strid med licitationslovens bestemmelser havde indhentet underhåndsbud*»<sup>128</sup>. Uttalelsene strider dog med hverandre, i det siste kommentar tilsynelatende legger opp til motsatt, nemlig at appellanten (klager) likevel ikke har krav på kontrakten som igjen medfører at årsakskravet ikke vil bli oppfylt. I dette kan det konkluderes med at underbetingelsens oppfyllelse er betinget av om klager faktisk hadde fått tildelt kontrakten dersom ordregiver ikke handlet i strid med udbudsreglene<sup>129</sup>.

Prinsippet om at ordregiver som utgangspunkt ikke har en kontraheringsplikt blir også understreket i en rekke avgjørelser fra klagenemnda og domstolene. Eksempelvis har KFU i avgjørelse De Forenede Dampvaskeri A/S stadfestet at “*En ordregiver har således ikke kontraheringspligt ved et udbud og kan derfor vælge at annullere udbuddet*”<sup>130</sup>.

I mellomtid, ser vi at det hersker usikkerhet konkret rundt hvordan bevisoppjørelsen faktisk skal gjennomføres i praksis. Høyesterett og klagenemnda benytter ulike formuleringer. I eksempelvis Montainesen saken<sup>131</sup> benytter høyesterett formuleringen «*Højesteret finder, at det må påhvile Kystdirektoratet (...), at sandsynliggøre, at man, hvis Minegruppens tilbud var blevet afvist, ikke ville have antaget Montaneisens tilbud*» (min markering) og opererer således med at Montaneisens sitt tilbud skulle blitt akseptert. I kjennelse 20. december 2017<sup>132</sup> uttrykker klagenemnda at «*den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis*

---

<sup>127</sup> U 2000. 1561H *Jøni Container- og Vognfabrik ApS mot Fårup Sommerland Sports- og Fritidspark s. 1567*

<sup>128</sup> IBID

<sup>129</sup> Fredriksen mfl., 2018

<sup>130</sup> Klagenemndas kjennelse av 17. desember 2020, *De Forenede Dampvaskerier A/S mot Ringkøbing-skjern Kommune*

<sup>131</sup> For mer om saken, se kap. 4.1.1 “*Montainesen-saken*”

<sup>132</sup> Klagenemndas kjennelse av 20 desember 2017, *Tunstall A/S mot Herlev kommune*



ordregiveren ikke hadde overtrådt udbudsreglerne.»<sup>133</sup> som også baserer seg på relativt samme forståelse som høyesterett i Montaneisen-saken, men uten at det virker som noen konsis avklaring av årsakskravet.

Det generelle utgangspunktet hva gjelder underbetingelse nummer tre kan dog oppsummeres til at klager ville vært vinner av udbudet og dermed fått kontrakten, om ordregiver ikke hadde overtrådt udbudsreglene.

### 4.3 Økonomisk tap

Den andre hovedbetingelsen for å oppnå erstatning for positiv oppfylldesinteresse er i samsvar med den alminnelige erstatningsretten at skadelidte (erstatningssøkende) skal ha lidt et økonomisk tap som kan dokumenteres<sup>134</sup>. Det lidte tap for den positive oppfylldesinteressen består av den mangelfulle tildeling av rettmessig kontrakt. Tapet skal også ses i sammenheng med krav om adekvans og kausalitet som nevnt innledningsvis under pkt. 4.2 og gjelder kun krav som klageren selv har lidt. Det avgrenses her mot tap lidt av underleverandører<sup>135</sup>. For tapsoppgjørelsens utmålinger vises det til kapittel 4.5 «Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldesinteresse gjennomføres i praksis». I tillegg forutsetter økonomisk tap at ordregiver ikke beviser at udbudet skulle vært annullert eller at erstatningssøkende skal være prekvalifisert. Ved fravær av én av disse to betingelsene, vil erstatningssøker i realiteten aldri ha mulighet til å bli tilkjent kontrakt og det foreligger således heller ingen økonomisk tap.

---

<sup>133</sup> Klagenemdas kjennelse av 20 desember 2017, *Tunstall A/S mot Herlev kommune* s.13

<sup>134</sup> Se eksempelvis klagenemdas kjennelse av 9 februar 2017, *Bricks A/S mot Region Midtjylland*, hvor det erstatningsrettslige utgangspunktet stadfestes med hjemmel i forarbeidene til KNL § 14 stk .1: «Det er i forarbejderne til klagenævnslovens § 14, stk. 1, forudsat, at klagenævnet anvender dansk rets almindelige regler om erstatning i forretningsforhold, herunder at klager skal have lidt et tab.»Og klagenemdas kjennelse av 20 august 2007, *Dansk Industri mod Silkeborg Kommune*, hvor kommunen lovlig kunne lovlig avlyse udbudet «at kommunen havde haft mulighed for lovligt at annullere udbudet. (...) Dette indebærer, at det ikke ved kommunens ovenfor i spørgsmål 12 beskrevne ansvarspådragende adfærd er påført klagerne nr. 3-6 noget tab (...) hverken et tab fastsat efter reglerne om positiv oppfylldesinteresse eller efter reglerne om negativ kontraktsinteresse».

<sup>135</sup> Jf. Klagenemdas kjennelse av 2 desember 2015, *Annelise Kusler mot Morsø kommune*

Dokumentasjonen som kreves vil normalt omfatte et estimert dekningsbidrag basert på forutsatte inntekter med fradrag for estimerte omkostninger fra erstatningssøker<sup>136</sup>. Det er klart når vage ord og uttrykk som: hypotetisk, skjønnsmessig, potensielle etc. benyttes i utmålingsgrunnlaget, gir det ikke særlig gode retningslinjer for fremtidige saker. Utrykkene er med på å illustrere at bevismidlene rundt det økonomiske tapet kan være vanskelig å fastsette konkret.

Utfordringen rundt dokumentasjonen omhandler i stor grad om omkostningene for en leverandør og hvor mye diverse tjenester og arbeid vil koste. Dette vil typisk omfatte situasjoner med rammeavtaler hvor det er usikkert hvor mye ordregiver skal gjøre avrop på i løpet av kontraktsperioden, og opsjonsperioder. I tilfeller med rammeavtaler vil KFU være tilbakeholden med å tilkjenne erstatning for hele kontraktsperioden, særlig hvor det foreligger opsjoner som ikke er kontraktsbundet. I kjennelse fra 6 oktober 2015<sup>137</sup> ble erstatningssøker avvist med kravet om erstatning for kontraktsperioden på 6 år hvor opsjonen omfattet 2x12 måneder. KFU begrunnet avgjørelsen med: *Da Brøndby Kommune ikke var forpliktet til at udnytte optionen (...) er der ikke grundlag for at opgøre tabet ud fra en kontraktperiode på 6 år»*<sup>138</sup>. I sin praksis legger KFU vekt på om det foreligger grunnlag for at opsjonen eller hele rammeavtalen skal utnyttes hvorav det må vurderes opp mot udbudsmaterialet og eventuelt hendelsesforløp med vinnende tilbyder<sup>139</sup>.

Selve estimatet på inntjeningsbeløpet vil normalt ikke by på de store utfordringer, da anslaget baseres på andre tilbud, bransjepriser ved tidligere arbeid og sedvanlige prisstigninger i det type marked. Det vil med andre ord bety at fraværende bevisføring eller mangelfull dokumentasjon, utelukkende vil skade klager. Det avgjørende på veien mot full erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse vil altså være en nøye, detaljert og omfattende dokumentasjon.

---

<sup>136</sup> Høg mfl. (2019) s. 492. Se også eksempelvis U 2011.1955 H som illustrerer hvilke omkostninger som er med i fradragsutregningen: «Det er ikke muligt at beregne de reelle udgifter. Det, som klageren har foretaget, er et kvalificeret gæt med hensyn til omkostningerne på baggrund af erfaringer fra andre projekter»

<sup>137</sup> Klagenemdas kjennelse av 6 oktober 2015, *Human care ApS mot Brøndby Kommune*

<sup>138</sup> Klagenemdas kjennelse av 6 oktober 2015 *Human care ApS mot Brøndby Kommune* s. 19

<sup>139</sup> Se eksempelvis Klagenemdas kjennelse av 9 april 2014, *EFG Bondo AS mot Region hovedstaden* s. 23: «Optionen på kvalitetsfondsprojekter er heller ikke besluttet udnyttet og skal allerede af den grund ikke medregnes [i hva som regnes som «tap»]» (Min kommentar).

#### 4.4 Ansvarsgrunnlag

Erstatningsansvar er lovfestet og følger av KNL § 14 stk. 1. Av bestemmelsen vil en forbigått leverandør («klageren») ha mulighet til å kreve erstatning, om ordregiver har overtrådt udbudsreglene som nevnt i KNL § 1 stk. 2. Brudd på udbudsreglene danner dermed ansvarsgrunnlaget, men ordlyden i loven gir ikke videre retningslinjer på hvilke ansvarsgrunnlag som skal anvendes. Det kan forekomme ansvarsgrunnlag i tilfeller av overtredelse av de grunnleggende prinsippene som likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet, og i tilfeller av krenkelse i tildelingsprosessen med eksempelvis feil anvendelse av evaluering/poengmodell. Usikkerheten er om en simpel overtredelse av udbudsreglene er tilstrekkelig, eller om culpa eller annen ansvarsnorm skal tillegges.

Nasjonale domstoler har i en rekke saker behandlet erstatningsspørsmålet. I enkelte saker blir det konstatert at ordregivers overtredelser er ansvarspådragende basert på karakteren av overtredelsen<sup>140</sup> uten videre begrunnelse. En naturlig del i forlengelsen av dette er om alle typer overtredelser og feil vil føre til ansvarsgrunnlag.

Enhver type overtredelse vil ikke føre til feil og det settes en viss terskel mot en nedre grense på hva som skal være ansvarspådragende. I kjennelse 15. januar 2009 uttalte nemnda at «Under hensyn til, at de konstaterede overtrædelse ikke er af underordnet karakter eller bagatelagtige»<sup>141</sup>. Ved en antitetisk fortolkning, illustrerer kjennelsen at det legges opp til en viss terskel for ansvarsgrunnlaget. I saken var eksempelvis ordregivers 6 måneders utsettelse av ikrafttredelsestidspunktet, som igjen vil ha innvirkning på potensielle leverandørers interesse, ansett for å overstige bagatellterskelen.

Fra et EU-rettslig perspektiv har domstolen gjennomgående overlatt spørsmålet om ansvarsnorm i stor grad til nasjonale domstoler og regler. Ansvarsgrunnlaget er som nevnt avhengig av at det (1) foreligger en overtredelse av reglen, men i tillegg (2) oppstilles det i enkelte avgjørelser et krav om “tilstrekkelig kvalifisert brudd”. Kravet om at overtredelsen

---

<sup>140</sup> Se Eksempelvis U.2011.1955H Per Aarsleff A/S mot Amager Strandpark ”Højesteret fandt, at A efter karakteren af overtrædelsen af udbudsreglerne havde handlet ansvarspådragende over for P” og kapittel 4.4.1. «Ansvarsgrunnlag i nasjonal praksis» for praksis vedrørende spørsmålet.

<sup>141</sup> Klagenemndas kjennelse av 15.januar 2009, *Ortos A/S mfl. mot Odense Kommune* s. 16

skal være tilstrekkelig kvalifisert springer ut av at EU-retten ikke har anerkjent culpa som korrekt ansvarsnorm<sup>142</sup>.

Prinsippet om en nasjonal autonomi, som oppstiller frihet i forhold til udbudsprosessen, spiller inn ved blant annet at håndhevelsen skal foregå innenfor rammene av effektivitetsprinsippet, kommer til uttrykk i C-568/08<sup>143</sup>:

*«(...) og de må heller ikke i praksis gjøre det umuligt eller (...) uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)»<sup>144</sup>*

EU-domstolen har dog i C-314/09<sup>145</sup> stadfestet at en nasjonal erstatningsbetingelse som setter culpa som krav for å kreve erstatning, ikke er i overenstemmelse med kontrolldirektivene og effektivitetsprinsippet:

*«I denne forbindelse bemærkes først og fremmest, at ordlyden af artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, 5 og 6, (...) på ingen måde indikerer, at en overtrædelse (...) skal bero på en nærmere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side, såsom en godtgjort eller formodet culpøs adfærd»<sup>146</sup>*

Domstolens anledning til å tilkjenne erstatning skal ikke baseres på en betingelse om culpøs handling fra ordregiver og kontrolldirektivet er direkte «til hinder»<sup>147</sup> for å anvende en slik culpa-betingelse jf. Art. 2, stk. 1, litra c), og artikkel 2, stk. 7 i kontrolldirektivet<sup>148</sup>.

---

<sup>142</sup> Fabricius (2017) s. 829

<sup>143</sup> Sak C-568/08 (Combinatie Spijker v Provincie Drenthe)

<sup>144</sup> Sak C-568/08 (Combinatie Spijker v Provincie Drenthe) premiss 91

<sup>145</sup> Sak C-314/09 (Strabag Graz mot Strabag AG)

<sup>146</sup> Sak C-314/09 (Strabag Graz mot Strabag AG) premiss 35

<sup>147</sup> Sak C-314/09 (Strabag Graz mot Strabag AG) Premiss 47

<sup>148</sup> Direktiv 89/665/EØF

#### 4.4.1 Ansvarsgrunnlag i nasjonal praksis

Det skal som nevnt bemerkes at i lys av nasjonal- og EU-praksis ikke er dannet en hovedregel av hvilke typer ansvar som skal benyttes eller hvilke vurderinger som skal legges til grunn. Det finnes et stort omfang av praksis med ulike typetilfeller av årsaker som kan kvalifiseres som overtredelse av udbudsreglene, enhver situasjon vil ikke bli behandlet, men enkelte avgjørelser trekkes frem for å belyse diverse poenger om ansvarsgrunnlagets betydning og forståelse. Typiske situasjoner som ofte vil være ansvarspådragende er tildeling av kontrakt for tilbud som ikke er kondisjonsmessig eller en manglende avvisning av tilbud som i utgangspunktet er korrekt<sup>149</sup>.

I det videre legges det til grunn at ordregiver som utgangspunkt og altoverveiende hovedregel, men ikke en betingelse<sup>150</sup>, har pådratt seg kvalifisert ansvarsgrunnlag dersom overtredelsen har ført til annullasjon<sup>151</sup> etter klagenemndas avgjørelse<sup>152</sup>. Annullasjon har en klar sammenheng med ansvarsgrunnlag da en overtredelse av ordregiver, som danner grunnlag for annullering av udbudsprosedyren, normalt vil være av stor betydning for ansvarsgrunnlaget.

I U.2013.2361<sup>153</sup> ble et rent erstatningsspørsmål fremstilt. Problemet var om Justisministeriet sin overtredelse av EU-retten medførte oppfyllelse av ansvarsgrunnlaget. Høyesterett begrunner manglende ansvarsgrunnlaget med at overtredelsen av reglene ikke var «tilstrækkelig kvalifisert»<sup>154</sup> og Justisministeriet ble frifunnet.

Høyesterett uttaler at:

---

<sup>149</sup> Se eksempelvis klagenemndas kjennelse av 27.september 2013, *Rent A/S mot Køge kommune* s. 17

<sup>150</sup> Se Østre Landsretts dom av 14.mai 2010, *Mt Højgaard A/S mot Slots og ejendomsstyrelsen og Helsingør kommune*

<sup>151</sup> Se eksempelvis klagenemndas kjennelse av 15.april 2021, *Dansk Uniform mod Region Hovedstaden mfl.*

<sup>152</sup> Selv om annullasjon som utgangspunkt fører til ansvarsgrunnlag er det ikke en nødvendighet jf. Østre landsrett dom 14 mai 2010 *MT Højgaard A/S mot Slots og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune*, hvor det ble tilkjent erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse selv om annullasjons ikke har vunnet frem i klagenemndas tidligere avgjørelse av om det var grunnlag for annullasjon.

<sup>153</sup> U.2013.2361 H N. V. Randers A/S mfl. mot Justisministeriet

<sup>154</sup> U.2013.2361 H N. V. Randers A/S mfl. mot Justisministeriet s. 2374

*”I de tilfælde, hvor en medlemsstat er overladt et skøn, foreligger der kun ansvar, hvor medlemsstaten åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsmålinger”<sup>155</sup>*

En slik begrunnelse går bort fra det objektive ansvaret og tillegger klagemotparten et klart culpa-ansvarsgrunnlag for overtredelsen som går direkte imot det Strabag-saken (sak C-314/09)<sup>156</sup> uttalte om at offentlig udbud skal håndteres med et krav om objektivt ansvar.

I sak U.2016.86V<sup>157</sup> hadde ordregiver ved en feiltagelse avvist den forbigåtte tilbyder sitt tilbud med begrunnelse om at dette ikke var kondisjonsmessig. Erstatningssøker la ned påstand om erstatning på 1.656.768 kr, men erstatningen «*skønsmæssigt blev fastsat*» til 500.000 kr, noe som er gjennomgående i praksis<sup>158</sup>. Udbudsmaterialet til ordregiver var ifølge domstolen ikke tilstrekkelig for å sikre at samtlige tilbydere forstod og leverte et tilbud på de samme forutsetninger. Høyesterett benytter ikke begrepet «likebehandling», men forholdet har klare sammenhenger med brudd på likebehandlingsprinsippet.

Høyesterett fremsetter et tydelig eksempel på at utilstrekkelig gjennomført udbudsmaterialet vil anses for en overtredelse som gir grunnlag for erstatning. Ordregiver hadde fått medhold i byretten på at tilbudet til erstatningssøker ikke var kondisjonsmessig. I tillegg konkluderte ordregiver med at ettersom det mangelfulle tilbudet ikke kunne endres ved en senere anledning, ville avvisning være rettmessig. Dette veier således mot at domstolen (i motsetning til U.2013.2361<sup>159</sup>), tillegger objektivt ansvar for overtredelsen, uten at dette uttrykkes direkte.

Det er som vist gjennom EU-praksis, høyesterett, lagmannsrett og klagenemnda vanskelig å legge frem en gjennomgående hovedregel for hvilke ansvarsgrunnlag som legges til grunn for overtredelser. Vi kan likevel utlede av dommene at enhver overtredelse ikke vil være ansvarspådragende og at det trolig oppstilles en grense som ligger mellom objektivt ansvar og et skjerpet culpaansvar.

---

<sup>155</sup> IBID

<sup>156</sup> Se kapittel 4.4.3 «Kort om ansvarsgrunnlaget i EU-rettslig perspektiv»

<sup>157</sup> U.2016.86V Gustav H. Christensen A/S mot Morsø Spildevand A/S

<sup>158</sup> Se kapittel 4.5 «Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldelsesinteresse gjennomføres i praksis»

<sup>159</sup> U.2013.2361 H N. V. Randers A/S mfl. mot Justisministeriet

#### 4.4.2 Kort om ansvarsgrunnlaget i EU-rettslig perspektiv

Det er begrenset EU-rettslig praksis hva gjelder erstatningskravet for positiv oppfylldesinteresse. En av de første sakene var C-6/90 og C-9/90<sup>160</sup> som gjaldt at erstatningskravet fastsatte tre betingelser for at erstatning kan bli tilkjent borgere for overtredelse av EU-regelen av medlemsstaten, danner presedens for den videre forståelsen.

*«Den første betingelse er, [1] at det mål, der tilsigtes med direktivet, innebærer, at private tillægges rettigheder. [2] Den anden betingelse er, at indholdet af disse rettigheder kan fastslås på grundlag af selve direktivets bestemmelser. Endelig er den tredje betingelse, at der er [3] årsagsforbindelse mellem statens tilsidesættelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab.»<sup>161</sup> (mine uthevinger)*

Avgjørelsen gir ikke direkte føringen på annet enn at det eksempelvis foreligger et ansvarsgrunnlag om erstatningsmuligheten til borgerne innskrenkes. Og i videreføringen, at nasjonale bestemmelser ikke skulle hindre gjennomføringen og oppnåelsesmuligheten til erstatning, ved å benytte minimumsvernet for erstatning som direktivet og EU-praksis legger opp til<sup>162</sup>.

Senere EU-praksis har konkretisert og utdypet ansvarsgrunnlaget. I forente saker C-46/93 og C-48/93<sup>163</sup> ble det slått fast at *«overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret»<sup>164</sup>* og en kan antyde at ansvarsnormen fra nå av vil få et vurderingstema som nasjonale domstoler og ordregivere kan forholde seg til. Avgjørelsen oppstiller en rekke momenter som skal inngå i vurderingen som eksempelvis hvor forsettlig eller uaktsom ordregiver har opptrådt ved overtredelsen<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Sakene C-6/90 og C-9/90, Francovich and Bonifaci mot Italy

<sup>161</sup> Sakene C-6/90 og C-9/90 premiss 40

<sup>162</sup> Sakene C-6/90 og C-9/90 premiss 43 *”ikke må være mindre gunstige end de ”betingelser, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret,”*

<sup>163</sup> Sakene C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA mot Forbundsrepublikken Tyskland

<sup>164</sup> Sakene C-46/93 og C-48/93 premiss 51

<sup>165</sup> Sakene C-46/93 og C-48/93 premiss 56

I etterfølgende praksis har EU-domstolen forsøkt å belyse og definere ansvarsgrunnlaget nærmere. I C-314/09<sup>166</sup> ble skyldproblematikken rundt culpa stilt som prejudisielt spørsmål. EU-domstolen presiserer innledningsvis utgangspunktet om nasjonal autonomi og håndhevelse innenfor rammene av håndhevelsesdirektivene, samt effektivitet- og ekvivalensprinsippene<sup>167</sup>. Videre uttaler domstolen at ordregiver, basert på utformingen av håndhevelsesdirektivet, ikke kan ilegges et ansvarsgrunnlag basert på et skyldkrav (culpa): «*en nær mere bestemt adfærd fra den ordregivende myndigheds side*»<sup>168</sup>. Ut fra avgjørelsen vil det være naturlig å tolke ansvarsgrunnlaget dithen at objektivt ansvar skal benyttes som ansvarsnorm. Samtidig kan en tolkning også kun være at culpøs atferd hos ordregiver, ikke vil kunne benyttes som ansvarsgrunnlag.

I avgjørelse like etter, kom EU-dommen C-568/08<sup>169</sup> som tilsynelatende ville oppklare spørsmålene rundt ansvarsgrunnlagets omfang på nasjonalt plan. Domstolen starter, på lik linje med C-314/09<sup>170</sup> å stadfeste den nasjonale autonomien med henvisning til avgjørelsen<sup>171</sup>. Når det gjelder ansvarsgrunnlaget, sier ikke C-568/08 særlig mye. Dommen nøyer seg i prinsippet med å overlate reguleringen til nasjonale domstoler i lys av effektivitet- og ekvivalensprinsippene og fraviker dermed den hittil antatte ansvarsnormen objektivt ansvar jf. Strabag<sup>172</sup>.

Ut fra praksis fra EU-domstolen vil det være noe komplisert å fastlegge om culpa opererer som en terskelverdi eller om overtredelsens karakter som «tilstrekkelig kvalifisert» skal brukes til fortolkning av ansvarsgrunnlaget.

---

<sup>166</sup> Sak C-314/09 Stadt Graz v Strabag AG

<sup>167</sup> Sak C-314/09 premiss 34

<sup>168</sup> Sak C-314/09 premiss 35

<sup>169</sup> Sak C-568/08, Combinatie Spijker mfl. mot Provincie Drenthe

<sup>170</sup> Sak C-314/09, Stadt Graz mot Strabag AG

<sup>171</sup> Sak C-568/08, Combinatie Spijker m.fler mot Provincie Drenthe premiss 90

<sup>172</sup> Sak C-314/09, Stadt Graz v Strabag AG



#### 4.5 Utmålingsprinsippene med vekt på hvordan utmåling for positiv oppfylldesinteresse gjennomføres i praksis

Det er primært kun adgang til å bli tilkjent enten positiv eller negativ oppfylldesinteresse individuelt<sup>173</sup>. Betingelsene for å bli tilkjent positiv oppfylldesinteresse er strengere enn for negativ oppfylldesinteresse og har en naturlig sammenheng med at beløpene for positiv oppfylldesinteresse vil i størst grad av saker være størst. Det dermed klart at om en ikke vinner frem med påstand om negativ oppfylldesinteresse, vil det være vanskelig å oppnå positiv oppfylldesinteresse. På den andre siden, vil det fremdeles være mulig å vende blikket tilbake til den negative oppfylldesinteressen om erstatningssøker får avslag for den positive delen av kravet. Utgangspunktet for KFU eller domstolens vurdering er erstatningssøkers bevisfremleggelse om forventet fortjeneste og utvikling i markedet. Om karakteren av overtredelsen er av stor betydning ved for eksempel krenkelse av de grunnleggende prinsippene<sup>174</sup> vil domstolene og KFU stille lempeligere beviskrav til erstatningssøker.

Erstatningen for positiv oppfylldesinteresse i udbudsretten er naturligvis betinget av at kontrakten ikke er gjennomført med erstatningssøker. En vet dermed ikke med fullstendig sikkerhet hva fortjenesten faktisk hadde blitt og utregningen gjøres basert på fremlagt dokumentasjon, sannsynlighet og hypotetiske utmålinger. En kan med sikkerhet si at oppgjørelsen beregnes ut fra erstatningssøker forventete inntjeninger med fratrukk for naturlig omkostninger i det tenkte kontraktsforløpet, en nettoavanse.

Rettsoppfattelsen fra KFU og domstolene ved konstatert brudd på regelverket og tildeling av positiv oppfylldesinteresse, er at klagers påståtte beløp blir vesentlig satt ned ut ifra det som anføres.

---

<sup>173</sup>For mer om begrunnelsen, se kapittel 3.2.4 «Utmålingsprinsippene i alminnelig erstatningsrett»

<sup>174</sup> Se kapittel 3.3 «Effektivitet- og ekvivalensprinsippene»

#### Illustrasjon 4:<sup>175</sup>

Avgjørelse	Anført beløp	Tilkjent beløp
Kjennelse 29.oktober 2014, <i>HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen</i> ,	Kr. 4.801.241	Kr. 2.000.000
Kjennelse 6.oktober 2015, <i>Human Care ApS mod Brøndby Kommune</i>	Kr. 12.072.491	Kr. 1.500.000
Kjennelse 19.november 2015, <i>Kai Andersen A/S mod direktoratet for Kriminalforsorgen</i>	Kr. 8.757.600	Kr. 6.000.000
Kjennelse 2.desember 2015, <i>Annelise Kuseler mod Morsø Kommune</i>	Kr. 2.357.354	Kr. 600.000
Kjennelse 19.desember 2016, <i>Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnær Kommune</i>	Kr. 1.069.296	Kr. 250.000
Kjennelse 7. juni 2019, <i>Pankas A/S mod Haderslev Kommune</i>	Kr. 1.622.551	Kr. 600.000
Kjennelse 25. juni 2019, <i>Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S</i>	Kr. 7.675.000	Kr. 1.000.000
Kjennelse 2. april 2020, <i>MBG Entreprise A/S mod Københavns kommune</i>	Kr. 700.029	Kr. 650.000
Kjennelse 17. december 2020, <i>De Forenede Dampvaskerier A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune</i>	Kr. 4.136.880	Kr. 2.500.000
Kjennelse 10. februar 2021, <i>Eksponent ApS mod Gentofte Kommune</i>	Kr. 4.259.800	Kr. 1.200.000
Kjennelse 30. juli 2021, <i>EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle</i>	Kr. 1.095.085	Kr. 450.000
Kjennelse 4. oktober 2021, <i>Dansk Uniform A/S mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland</i>	Kr. 8.437.500	Kr. 2.500.000
Dom fra retten i Odense 11.november 2020, <i>Assens Spildevand A/S mod TC Anlæg A/S</i>	Kr. 14.244.653	Kr. 5.000.000
Høyesterett dom U.2011.1955H <i>Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S</i>	Kr.20.000.000	Kr. 8.000.000
Høyesterett dom U.2012.2952 <i>Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet</i>	Kr. 6.800.000	Kr. 4.000.000

Det vises gjennom en analyse av erstatningssaker vedrørende positiv oppfylldesinteresse fra oktober 2014 – mai 2023 at KFU og domstolene er skeptiske med hensyn til å tilkjenne klager full erstatning for det påståtte tapet. En kan dermed fastslå som et nesten klart utgangspunkt at erstatningen alltid vil reduseres ut ifra påstått erstatningsgrunnlag for positiv oppfylldesinteresse. Årsaken til dette fremgår ikke uttrykkelig av kjennelsene, og KFU baserer utmålingene sine i samtlige tilfeller på skjønnsmessige vurderinger: “*fastsætter klagenævnet herefter skønsmæssigt erstatning*”<sup>176</sup>. Det kan dog vanskelig sies at en mer

<sup>175</sup> Egenprodusert illustrasjon

<sup>176</sup> Se eksempelvis klagenemdas kjennelse av 4. oktober 2021, *Dansk Uniform/Chriswear mot Region Hovedstaden* og klagenemdas kjennelse av 17. desember 2020, *De Forenede Dampvaskerier A/S v Ringkøbing-*

vidtgående undersøkelse og vurdering hos klagenemnda hva gjelder erstatningsutmålingen, ville ført til at erstatningssummen blir større. Når en først har konkludert med at erstatning for positiv oppfylldelsesinteresse skal tilkjennes, er bevis og dokumentasjonsløsningen som skissert her og under kapittel 3.2.4 «Utmålingsprinsippene i alminnelig erstatningsrett», den mest egnede løsningen for å fremme en rettmessig og rettferdig oppgjørelse.

#### 4.6 Sammenlignende analyse med lignende saker i andre jurisdiksjoner

I utgangspunktet vil erstatning for positiv oppfylldelsesinteresse teoretisk, “*lost profits*”,<sup>177</sup> sett ut ifra EU-reglene være mulig å tilkjenne. Det er derimot noen ulikheter i hvordan EU-statene velger å utøve prinsippet.

I Norge har høyesterett i sak Fosen-linjen dommen<sup>178</sup>, oppsatt de tre vilkårene<sup>179</sup> som skal være oppfylt og er dermed i overensstemmelse med dansk rettstilstand. Det skal nevnes at Høyesterett i Norge nylig (31.januar 2023) har avsagt en avgjørelse som mulig er starten på en endring av oppfatningen. HR-2023-206-A (Perpetuum-saken) hvor ordregiver avlyste med en begrunnelse som klagenemnda ikke fant saklig. Ordregiver hadde dog ved senere anledning benyttet en annen begrunnelse for avlysningen som derimot var saklig. Høyesterett konkluderte med at på det på dette grunnlag ikke var en berettiget forventning hos forbigått leverandør og erstatning for positiv oppfylldelsesinteresse ble avslått. Spørsmålet i videre praksis og forståelsen av udbudsreglene er så om denne dommen, og særlig om den fraværende kontraheringsplikten, vil få betydning i saker hvor ordregiver faktisk ikke avlyser kontrakt, men hvor det likevel forelå en slik avlysningsplikt.

I andre EU-land som Tyskland, Frankrike, Nederland og Storbritannia er det anerkjent at erstatning for tapt inntekt (positiv oppfylldelsesinteresse) kan kreves. Tyskland opererer med

---

*Skjern Kommune*. Om klagenemndas kjennelsen av 17.desember 2020, har retten i Glostrup 9. desember 2022 satt opp erstatningen til det påståtte beløpet: 4.136.884,-. Retten har forkastet deler av klagenemndas argumentasjon hva gjelder fratrek for “*tabsopgørelse som et forventet tab for bortkommet tøj*” og klagenemndas generelle nedsettelse av erstatningsbeløpet basert på usikkerhet rundt inntekter og utgifter: “*den usikkerhed, der altid vil være ved indtægter og udgifter over en fremtidig 6-årig periode*».

<sup>177</sup> Schebesta (2016) s. 191

<sup>178</sup> HR-2019-1801-A

<sup>179</sup> Se kapittel 4.2-4.4 om *Årsakssammenheng, Økonomisk tap og Ansvarsgrunnlag*

et skyldkrav om culpa in contrahendo som ansvarsgrunnlag (som da etter en vurdering mulig vil stride med Strabag avgjørelsen<sup>180</sup>) om dette blir stilt for EU-retten. I Nederland stilles det særlig strenge beviskrav, som også kan være noe av årsaken for at det hører sjeldenheten til at positiv oppfylldelsesinteresse tildeles<sup>181</sup>.

USA anvender en noe interessant tankegang i forhold til andre nevnte stater. I USA blir det som altoverveiende hovedregel ikke tildelt erstatning for positiv oppfylldelsesinteresse, men fokuserer mer på den negative oppfylldelsesinteressen, såkalt «lost profits».<sup>182</sup> Årsaken til dette er at udbud foretas av en ordregivende myndighet og iverksetter en oppgave for å få et oppdrag utført. Dette oppdraget tilgodeser endelig skattebetalere. Derfor er det urimelig at det til slutt faller tilbake på skattebetaleren som i praksis betaler for forbigått leverandør sin erstatning med positiv oppfylldelsesinteresse.

På bakgrunn av dette skal en være varsom med å ta uttrykk som EU-domstolen anvender på konkrete saker fra ulike medlemsstater, med inn i nasjonale vurderinger, nettopp fordi praktiseringen ikke fullt ut harmoniserer med hverandre. Se hen til eksempelvis Tyskland som kun omfatter culpøse handlinger som erstatningspådragende opp mot Danmark, som går i retning av et mer objektivt ansvar med «kvalifisert ansvarsgrunnlag» som tidvis anvendt begrunnelse.

## 5. Konklusjon

Spesialet har forsøkt å kartlegge hva som ligger i de kumulative betingelsene for å kreve positiv oppfylldelsesinteresse: Årsakssammenheng, økonomisk tap og ansvarsgrunnlag. Det har dog ikke vært totalt oppklarende da rettstilstanden fremdeles er noe uavklart. I årsakssammenhengen opereres det i praksis med tre underbetingelser som gjør at kravene skjerpes betraktelig fra hva som gjelder alminnelig årsakssammenheng i alminnelig erstatningsrett. Det økonomiske tapet i seg selv utgjør ikke de største utfordringene. Problemet oppstår når domstolene krever detaljert, omfattende og utdypende dokumentasjon

---

<sup>180</sup> Se kapittel 3.2.2 «*Innledende av ansvarsgrunnlaget for erstatning*»

<sup>181</sup> Schebesta (2016) s. 192

<sup>182</sup> Schebesta (2016) s. 192 og Lichére mfl. (2011) s. 207-208

og bevisføringen naturligvis øker kostnader for begge parter, hindrer dette effektiv utnyttelse av ressurser og effektiv håndhevelse av reglene. Ansvarsgrunnlaget er den mest uavklarte betingelsen i det EU-domstolen ikke har kommet med en avgjørelse på hvordan dette konkret skal forstås, annet enn at en culpa-norm trolig vil være for streng. EU-domstolen og nasjonale avgjørelser antyder at enhver overtredelse ikke vil være grunnlag for ansvar og at det sannsynligvis vil være en grense mellom objektivt ansvar og skjerpet culpaansvar.

Det blir ofte noe teoretisk anlagt å gi virksomheter erstatning for tapt fremtidig inntekt og dermed sidestille prinsippet personskadeerstatningen. En virksomhet vil ikke bli invalid og ufør på bakgrunn av ordregivers overtredelse av udbudsreglene. Det innebærer heller ikke at selskapet har krav på erstatning for hele nettoavansen som regnes ut gjennom teoretisk og hypotetiske forløp, og selskapets egen dokumentasjon og bevisførsel av hvordan markedet vil utvikle seg for den aktuelle virksomheten.

Mange ordregivere som ønsker å anskaffe diverse varer eller tjenester, kan bli bekymret over størrelsene og konsekvensene ved brudd på udbudsreglene som en selv ikke var kjent med og hvor hurtig en kan bli ilagt erstatningssanksjon. Et eksempel er sak U.2011.1955H der Amager strandpark måtte betale 8 000 000kr i erstatning for feil i udbudsmaterialet for anlegg av en strandpark<sup>183</sup>. En slik utnyttelse av statens ressurser gjennom flere runder i statens instanser med økende trend av saksbehandlingstid<sup>184</sup>, kan vanskelig sies å være konform med effektiv utnyttelse av skattepengene.

En ser at fra domstols og klagenemndspraksis at erstatning for positiv oppfylldesinteresse fremdeles lever i beste velgående, til tross for den begrensede samfunnsnyttens utmålingsprinsippet har. Som følge av dette kan det være forhåpninger om en endring i udbudspraksisen. Det kan imidlertid være mer hensiktsmessig om erhvervsministeren kom med lovforslag om at endre KNL § 14 til kun å omfatte erstatning for negativ oppfylldesinteresse, altså det faktiske lidte tap hos en forbigått tilbyder som ved neste dag allerede kan sette i gang med å innlevere nye tilbud i andre udbudsprosesser.

---

<sup>183</sup> U.2011.1955H Per Aarsleff A/S mot Amager Strandpark

<sup>184</sup> Se illustrasjon 2

Når erstatning for positiv oppfyldelsesinteresse først skal kreves, vil det dog være klokt av forbigått leverandør å fremlegge detaljert og mangfoldig bevis på tapt fortjeneste og analyser av revisor- og økonomiselskaper. Som praksis viser, vil dette for det første øke sannsynligheten for å bli tilkjent erstatning og for det andre vil selve erstatningssummen høyst sannsynlig bli større etter som KFU eller domstolene ikke vil kunne argumentere for manglende oppfyllelse av beviskravet for sannsynlig tapt fortjeneste.

## 6. Referanser

### 6.1 Direktiver, traktater og lover

#### 6.1.1 Direktiver og traktater

Traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte (funksjonsmåde) (TEUF/TEUV)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26.februar. 2014 om offentlige udbud.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. marts 2004

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU av 26. februar 2014

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF av 1. desember 2007

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 89/665/EØF 21. desember 1989

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 92/13/EØF 25. februar 1992

#### 6.1.2 Dansk lovgivning

Udbudsloven, Lov nr 1564 av 15.december 2015

Forslag til lov om klagenævnet for udbud, Lovforslag nr. L 243) fremsatt 30, mars 2000, av erhvervsministeren Pia Gjellerup

Bekendtgørelse om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud, Lovbkg nr. 607 av 24.juni 2008

Rettsplejeloven, Lovbkg nr 1655 av 25.desember 2022,

Lov om klagenævnet for udbud, Lov nr. 344 av 6. juni 1991

Lov om klagenævnet for udbud, Lovbkg nr. 593 av 2.juni 2016

Ændring av lov om håndhevelse av udbudsreglerne, Lov nr. 618 av 14.juni 2011

#### 6.1.3 Annen lovgivning

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

Anskaffelsesloven, Lov om offentlige anskaffelser av 17 juni 2016 nr. 73

## 6.2 EU-praksis

Sakene C-6/90 og C-9/90, Francovich and Bonifaci mot Italy

Sakene C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA mot Forbundsrepublikken Tyskland

Sak C-275/98, Unitron Scandinavia A/S mot Ministeriet for fødevarer, landbrug og fiskeri

Sak C-456/08 Europa-Kommissionen mot Irland

Sak C-314/09, Strabag Graz mot Strabag AG

Sak C-568/08, Combinatie Spijker mfl. mot Provincie Drenthe

Sak C-538/13 eVigilo Ltd mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

Sak C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mot Banedanmark

Sak C-19/13 Ministero dell'Interno mot Fastweb SpA

Sak C-14/17, VAR og ATM mot Iveco Orecchia SpA

Sak C-497/20 Randstad Italia SpA mot Umana SpA

## 6.3 Nasjonal praksis

Høyesterettsdom av 17.april 2000 i sak II 318/1998, Jøni Container- og Vognfabrik ApS mot Fårup Sommerland Sports- og Fritidspark

Høyesterettsdom av 10.februar 2004 i sak 495/2001, 1. afd., Skjortegrossisten A/S mot Post Danmark A/S

Høyesterettsdom av 5.april 2011 i sak 67/2008, 2. afd., Per Aarsleff A/S mot Amager Strandpark I/S

Høyesterettsdom av 15.juni 2012 i sak 88/2010, 2. afd., Montaneisen GmbH mot Kystdirektoratet

Høyesterettsdom av 31.mai 2013 i sak 33/2009, 1. afd., Randers A/S mfl. mot Justisministeriet

Høyesterettsdom av 27.august 2015 i anke, 9 afd Gustav H. Christensen A/S mot Morsø Spildevand A/S

Østre Landsretts dom av 14.mai 2010, *Mt Højgaard A/S mot Slots og ejendomsstyrelsen og Helsingør kommune*

Retten i Glostrups dom av 9.desember 2022, sag BS-4342/2021-GLO, *De Forenede Dampvaskerier mot Ringkøbing-Skjern Kommune*



## 6.4 Klagenemndspraksis

Klagenemndas kjennelse 22.november 2001, *Forlaget Magnus A/S mot Told- og Skattestyrelsen*

Klagenemndas kjennelse av 20 august 2007, *Dansk Industri mod Silkeborg Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 15.januar 2009, *Ortos A/S mfl. mot Odense Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 27.september 2013, *Rent A/S mot Køge kommune*

Klagenemndas kjennelse av 9 april 2014, *EFG Bondo AS mot Region hovedstaden*

Klagenemndas kjennelse av 15.desember 2014, *BSN Medical AB v Region Sjælland*

Klagenemndas kjennelse av 6 oktober 2015, *Human care ApS mot Brøndby Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 2 desember 2015, *Annelise Kusler mot Morsø kommune*

Klagenemndas kjennelse av 9 februar 2017, *Bricks A/S mot Region Midtjylland*

Klagenemndas kjennelse av 8. august 2017, *Konkurrence og forbrukerstyrelsen mot region Midtjylland*

Klagenemndas kjennelse av 20 desember 2017, *Tunstall A/S mot Herlev kommune*

Klagenemndas kjennelse av 5.september 2018, *Sigmax Law Enforcement B.V. mot Rejsekort A/S*

Klagenemndas kjennelse av 28.februar 2019, *Aarsleff Rail A/S mot Viborg Kommune*

Klagenemndas kjennelse 7.juni 2019, *Pankas A/S mot Haderslev Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 25.juni 2019, *Justsen Energiteknik A/S mot SK varme A/S*

Klagenemndas kjennelse av 26. september 2019, *MBG Entreprise A/S mot Københavns kommune*

Klagenemndas kjennelse av 29. april 2020, *Eksponent ApS mot Gentofte Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 17.desember 2020, *De Forenede Dampvaskerier A/S mot Ringkøbing-Skjern Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 10. februar 2021, *Eksponent ApS mot Gentofte Kommune*

Klagenemndas kjennelse av 25. februar 2021, *SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S*

Klagenemndas kjennelse av 15.april 2021, *Dansk Uniform mot Region Hovedstaden mfl.*

Klagenemndas kjennelse av 4. oktober 2021, *Dansk Uniform/Chriswear mot Region Hovedstaden*

Klagenemndas kjennelse av 10.mars 2022, *City Mobil A/S mot Region Midtjylland*

## 6.5 Rapporter og veiledninger

Ankestyrelsen, Årsrapporten 2022 Klagenævnet for Specialundervisning, februar 2023

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, Evaluering af udbudsloven, mai 2021

## 6.6 Juridisk litteratur

Arrowsmith, Sue: «The law of Public utilities procurement: Regulations in the EU and UK», 2014, (3. Udgave, Volume 1), Sweet and Maxwell

Fabricius, Jesper: Kapittel 2 «Udbudsretlige principper» i Steen Treumer (red.) «Udbudsretten», 2019, EX Tuto Publishing A/S

Fabricius, Jesper: «Offentlige indkøb i praksis», 2017, (4. udgave), Forlagt Karnov Group

Hamer, Carina Risvig: «Udbudsret», 2021, (2. udgave, 1. oplag), Jurist- og Økonomforbundets forlag (Djøf)

Høg, Torkil: Kapittel 17 «Håndhevelse av udbudsreglerne» i Steen Treumer (red.) «Udbudsretten», 2019, EX Tuto Publishing A/S

Lichère, François mfl.: «Public Procurement law Damages as an effective remedy», 2011, Hart Publishing

Poulsen, Sune Troels mfl.: «EU Udbudsretten», 2022, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag (Djøf)

Schebesta, Hanna: «Damages in EU Public Procurement Law», 2016, (6. udgave), Springer

Treumer, Steen: Kapittel 1 «Om retskilderne, «sødsuppeagdig» udbudsret og hovsavgivning» i Steen Treumer (red.) «Udbudsretten», 2019, EX Tuto Publishing A/S

## 6.7 Artikler

Den Store Danske (2023). Bevisbyrden ved erstatningsansvar. I Den Store Danske. Hentet 20.april.2023 fra [https://denstoredanske.lex.dk/bevisbyrden\\_ved\\_erstatningsansvar](https://denstoredanske.lex.dk/bevisbyrden_ved_erstatningsansvar)

Den Store Danske (2009). Forsæt. I den Store Danske. Hentet 02.mai.2023 fra <https://denstoredanske.lex.dk/forsæt>

Fredriksen, H. H. mfl. 28.juni 2018. Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker. *Idunn*. <https://www-idunn-no.ez.statsbiblioteket.dk/doi/full/10.18261/issn.1504-3096-2018-02-03-01#AFN64>

Hovland, L. 2022, 14.februar. Vil lette på frykten for å gjøre innkjøpsfeil – angriper erstatningsreglene. *Anbud 365*. <https://www.anbud365.no/regelverk/vil-lette-pa-frykten-for-a-gjore-innkjopsfeil-angriper-erstatningsreglene/>

Iversen, T. 2012. Erstatningsudmåling i kontraktsforhold. *Ugeskrift for rettsvæsen*. <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000513985>

### Statistikk:

Sider	49
Ord	14 170
Tegn (ikke mellomrom)	85 826
Tegn (med mellomrom)	99 816
Avsnitt	404
Linjer	1 538

Ta med fotnoter og sluttnoter