KØBENHAVNS UNIVERSITET
DET JURIDISKE FAKULTET

Specialeafhandling:

Ordregivers henvisning til fabrikater og varemærker i offentlige indkøb

Fagområde: Udbudsret
Problemformulering: *I hvilket omfang kan ordregivere henvise til et bestemt varemærke, fabrikat mv. i de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, og hvilken betydning har udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, for ordregivers adgang til at angive materialer i de tekniske specifikationer?*

Navn	**KU-brugernavn**
Julie Sofie Kikkenborg	Mhg799

Vejleder: Carina Risvig Hamer	**Antal tegn:** 135.574

Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	x

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	x

Afleveringsdato: 2. juni 2025	**Karakter**:

ABSTRACT

The purpose of the thesis is to examine the contracting authority's access to refer to a specific make or trade mark in the technical specifications in the procurement document. The thesis focuses on assessing under which exemptions a contracting authority may be entitled to refer to a specific make or trade mark in the technical specifications. The second theme of the thesis is to examine the contracting authority's access to reference a specific material in the technical specifications.

The thesis first sets out to examine how technical specifications may be formulated under section 40-41 of the Danish Procurement Act and art. 42(1)-(3) of the Public Procurement Directive ("The Directive"). This is followed by a thorough analysis of the scope of the prohibition against referencing a specific make or trade mark under section 42(1) of the Danish Procurement Act and art. 42(4) of the Directive.

Through various cases from The Court of Justice of the European Union ("CJEU") and the Danish Complaints Board for Public Procurement, the thesis also analyses and discusses the scope of the exemptions set out in art. 42(4) of the Directive and section 42(2) of the Danish Procurement Act. The analysis shows that two exemptions can be identified under art. 42(4) of the Directive, which is when i) a reference is justified by the subject-matter of the contract, or ii) where a sufficiently precise and intelligible description of the subject matter of the contract is not possible using the methods in art. 42(3) and where the reference is accompanied by the words 'or equivalent'. Based on a textual interpretation, the thesis finds that section 42(2) of the Danish Procurement Act only contains the second exemption to the prohibition on references to trade marks. However, it cannot be ruled out that the Complaints Board's practice, through an EU-conform interpretation, may nonetheless find that the exemption, in which a reference can be justified by the subject-matter of the contract, falls within the scope of the provision in the Danish Procurement Act.

Moreover, the thesis analyses to what extent the prohibition on referencing a specific make or trade mark also applies to public contracts that do not fall within the scope of the Directive, specifically due to their lower contract value. The thesis concludes that the prohibition on referencing a specific trade mark is also encompassed by the rules and principles of Treaty on the Functioning of the European Union.

Lastly, based on an analysis of the CJEU's judgment of 16 January in *DYKA*, the thesis concludes that a reference to a specific material falls within the scope of the prohibition in art. 42(4), provided that the reference does entail a favoring or exclusion of a certain product or undertaking.

Indholdsfortegnelse

1. INDLEDNING 8

1.2 Problemformulering 9

1.3 Opbygning og afgrænsning 9

2. METODE 12

2.2 Den anvendte metode 12

2.3 De anvendte retskilder 13

2.3.1 EU's traktater og principper 13

2.3.2 Udbudsdirektivet og præambelbetragtninger 14

2.3.3 Udbudsloven og de danske forarbejder 16

2.3.4 Domme fra EU-Domstolen 18

2.3.5 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud 19

2.3.6 Juridisk litteratur og øvrige retskilder 19

3. UDBUDSRETTENS FORMÅL OG PRINCIPPER 21

3.2 Udbudsrettens formål 21

3.2.1 De EU-retlige formål 21

3.2.2 De nationale formål 23

3.3 De grundlæggende principper 24

3.3.1 Ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet 25

3.3.2 Gennemsigtighedsprincippet 28

3.3.3 Proportionalitetsprincippet 29

4. TEKNISKE SPECIFIKATIONER 30

4.2 Definitionen af tekniske specifikationer 30

4.3 Udarbejdelsen af tekniske specifikationer 32

4.3.1 Funktionskrav 33

4.3.2 Standarder 34

4.3.3 Er oplistningen af metoder for tekniske specifikationer i direktivets artikel 42, stk. 3 udtømmende? 35

4.4 Iagttagelse af de udbudsretlige principper ved fastsættelse af tekniske specifikationer 37

4.4.1 'Skræddersyet' udbud 38

4.4.1.1 Eksempler fra praksis 40

5. FORBUDDET MOD HENVISNINGER TIL VAREMÆRKER, FABRIKATER MV. I DE TEKNISKE SPECIFIKATIONER 43

5.2 Betingelsen om favorisering eller eliminering af en varer eller virksomhed 44

5.3 En eller to undtagelser til forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv.? 46

5.3.1 Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. 47

5.3.1.1 Delkonklusion 52

5.3.2 Udbudslovens § 42, stk. 2. 52

5.4 Undtagelse - angivelse af 'eller tilsvarende' 54

5.4.1 Bevisbyrden for en 'tilsvarende' ydelse 57

5.5 Undtagelse - 'berettiget under kontraktens genstand' 60

5.5.1 Kompatibilitet med ordregivers eksisterende produkt 61

5.5.1.1 Særligt om ordregivers bevisbyrde 66

5.5.2 Æstetiske hensyn 67

5.5.3 Er undtagelsen om 'kontraktens genstand' implementeret i udbudslovens § 42, stk. 2? 70

5.6 Offentlige kontrakter udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde 72

5.6.1 Særligt om offentlige kontrakter under tærskelværdien 74

5.6.1.1 Offentlige kontrakter uden grænseoverskridende interesse 76

5.6.2 Undtagelsen til forbuddet mod henvisninger til varemærker i medfør af TEUF's regler 77

6. ER HENVISNINGER TIL MATERIALER OMFATTET AF FORBUDDET I UDBUDSDIREKTIVETS ARTIKEL 42, STK. 4? 81

6.2 EU-Domstolens dom af 16. januar 2025, DYKA Plastics NV 81

6.2.1 Kort om forholdet mellem udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2 og artikel 42, stk. 4. 85

***6.3* Klagenævnets kendelse af 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune* 86**

7. KONKLUSION 87

8. LITTERATURLISTE 90

8.2 Lovgivning fra EU 90

8.3 Dansk lovgivning 90

8.4 Retspraksis 91

8.4.1 EU-Domstolens afgørelser ... 91
8.4.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud ... 92

8.5 Juridisk litteratur ... 93
8.5.1 Artikler ... 95

8.6 Vejledninger, rapporter og øvrig litteratur ... 95

1. Indledning

I Danmark foretager den offentlige sektor årligt indkøb for godt over 400 mia.kr., hvilket svarer til ca. 1/3 af de samlede offentlige udgifter.[1] Udbudsretten fastsætter reglerne for det offentliges indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder over en vis værdi, når indkøbet foretages hos eksterne økonomiske aktører.[2] Offentlige indkøb har derfor stor økonomisk betydning for både offentlige ordregivere og private virksomheder.

Under hensyn til EU-rettens frie bevægelighed og en effektiv udnyttelse af offentlige midler er det vigtigt, at offentlige udbud gennemføres under hensyn til en lige og effektiv konkurrence. Det er derfor afgørende, at kravene til de egenskaber som kræves af den udbudte ydelse ikke udformes på en sådan måde, at de unødigt hindre konkurrencen.

Et centralt spørgsmål i udbudsretten er, i hvilket omfang ordregiver kan henvise til bestemte varemærker og fabrikater i udarbejdelsen af de tekniske specifikationer til udbudsmaterialet. En sådan henvisning kan i praksis forekomme oplagt, når ordregiver skal beskrive og opliste en lang række af krav til egenskaberne til den udbudte ydelse. Sådanne henvisninger vil imidlertid ofte indebære, at én eller flere økonomiske aktører favoriseres i konkurrencen om kontrakten, eller at visse økonomiske aktører helt udelukkes fra at deltage i konkurrencen.

I medfør af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er hovedreglen, at henvisninger til et bestemt varemærke, fabrikat, fremstillingsproces mv. ikke er tilladt. Bestemmelsen indeholder imidlertid en snæver undtagelse, hvor ordregiver kan være berettiget til at foretage henvisninger til varemærker, fabrikater mv., når det ikke er muligt at udarbejde en tilstrækkelig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand, og når henvisningen ledsages af udtrykket 'eller tilsvarende'.

Emnet er særligt aktuelt i lyset af EU-Domstolens nye dom af 16. januar 2025, *DYKA Plastics NV*[3] *("DYKA"),* hvor anvendelsesområdet for ordregivers adgang til at henvise til varemærker, fabrikater

---

[1] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Status for offentlig konkurrence 2022"* (2023), s. 5.

[2] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 31.

[3] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, ("*DYKA*"), dom af 16. januar 2025.

mv. i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, blev genstand for en fornyet fortolkning. Dommen rejser spørgsmålet, om udbudsdirektivet rummer én yderligere undtagelsesmulighed for, hvornår ordregiver kan være berettiget til at henvise til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer.

Særligt interessant ved EU-Domstolens afgørelse i *DYKA*-dommen er, at sagen ikke omhandler en henvisning til et varemærke eller fabrikat, men derimod et krav om anvendelse af et bestemt materiale. Kravet medførte, at en tilbudsgiver med et alternativt materiale blev udelukket fra konkurrencen. Dommen rejser et grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt materialekrav i sig selv udgør en henvisning til en bestemt varetype eller produktionsmetode, og dermed er underlagt de samme retlige begrænsninger i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Afslutningsvis kan problemstillingen muligvis også få betydning i praksis, idet det må antages - navnlig i tekniske udbud - at der i stort omfang henvises til materialer i de tekniske specifikationer.

1.2 Problemformulering

I hvilket omfang kan ordregivere henvise til et bestemt varemærke, fabrikat mv. i de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, og hvilken betydning har udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, for ordregivers adgang til at angive materialer i de tekniske specifikationer?

1.3 Opbygning og afgrænsning

Udgangspunktet for afhandlingen er at fastsætte retsstillingen for ordregivende myndigheders[4] adgang til at henvise til varemærker, fabrikater mv. i offentlige kontrakter i henhold til dansk udbudsret. Afhandlingen vil behandle problemformuleringen med udgangspunkt i reglerne om henvisninger til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer i udbudslovens[5] § 42 og udbudsdirektivets[6] artikel 42, stk. 4. Derudover vil afhandlingen inddrage udbudsdirektivets artikel 42, stk. 1-3, som fastlægger de overordnede regler for tekniske specifikationer.

[4] Herefter også betegnet "ordregiver".

[5] Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025 ("Udbudsloven").

[6] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Herefter "Udbudsdirektivet").

Sekundært vil ordregivers adgang til at henvise til varemærker, fabrikater mv. ligeledes blive behandlet i lyset af Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter "TEUF" eller "Traktaten"), navnlig bestemmelserne om fri bevægelighed, særligt artikel 34, der forbyder kvantitative indførelsesrestriktioner mellem medlemsstaterne. Løbende i afhandlingen inddrages Traktatens grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som ligeledes er selvstændigt implementeret som udbudsretlige principper i både udbudsloven og udbudsdirektivet.

Afhandlingen tager afsæt i udbudsloven og det gældende udbudsdirektiv, dog vil tidligere udbudsdirektiver og dertilhørende praksis, som indeholder tilsvarende bestemmelser om henvisninger til varemærker, fabrikater mv., ligeledes blive inddraget, i det omfang de bidrager til besvarelse af problemformuleringen.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet[7], koncessionsdirektivet[8], forsvars- og sikkerhedsdirektivet[9] og tilbudsloven[10] vil ikke blive nærmere behandlet i afhandlingen. Der vil i begrænset omfang inddrages afgørelser fra Den Europæiske Unions Domstol (herefter "EU-Domstolen" eller "Domstolen"), som er behandlet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, da denne indholdsmæssigt er identisk med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Der vil i mindre grad blive inddraget kendelser fra Klagenævnet for Udbud (herefter "klagenævnet"), som er behandlet efter tilbudsloven, idet tilbudsloven - ligesom udbudsloven - indeholder grundlæggende regler om effektiv konkurrence og ligebehandling.

---

[7] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF. ("Forsyningsvirksomhedsdirektivet")

[8] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

[9] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregivers indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

[10] Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 ("Tilbudsloven")

I analysen af anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, refereres der i afhandlingen til varemærker/fabrikater eller varemærker, fabrikater mv. Afhandlingen vil primært tage udgangspunkt i ordregiveres henvisninger til varemærker og fabrikater. Afhandlingen vil derfor ikke foretage en uddybende gennemgang af de øvrige typer af henvisninger i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Afhandlingen vil anvende udtrykket 'varemærker, fabrikater mv.' eller 'varemærker, fabrikater el.lign.', for at understrege, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, også omfatter et forbud mod de øvrige henvisninger[11], der er oplistet i bestemmelsen. Afhandlingens fastlæggelse af retstillingen for ordregivers henvisninger til varemærker og fabrikater, vil derfor også gælde de øvrige henvisninger, der er oplistet i artikel 42, stk. 4, medmindre andet udtrykkeligt er angivet.

Ved brug af begrebet 'mærker' i afhandlingen, er der udelukkende tale om et varemærke, som er omfattet af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Afhandlingen behandler ikke ordregivers adgang til at kræve, at indkøbet er forsynet med et specifikt mærke[12] efter udbudsdirektivets artikel 43.

[11] Fabrikater eller en bestemt oprindelse, fremstillingsproces, varemærke, patent, type, oprindelse eller produktion.

[12] Oftest mærker om miljø, som f.eks. EU-Blomsten.

2. Metode

2.2 Den anvendte metode

Til besvarelse af problemstillingen anvendes den juridiske metode – også kaldet den retsdogmatiske metode.[13] Formålet med metoden er at afdække den gældende retstilstand for en pågældende problemstilling ved at identificere, analysere og fortolke relevante retskilder.[14] Det centrale i den juridiske metode er således retskilderne.[15] Afhandlingen vil gennem den juridiske metode forsøge at afklare og beskrive gældende ret for forbuddet mod ordregivers henvisninger til varemærker, fabrikater mv.[16] Den juridiske metode bidrager til at skabe et overblik over en uklar retstilstand, og er derfor særligt relevant for besvarelsen af afhandlingens problemstilling.[17]

I afhandlingen er det de udbudsretlige regler, der er centrale for besvarelsen af problemstillingen. Da EU-retten udgør grundlaget for de danske udbudsregler, er det væsentligt at inddrage både nationale og EU-retlige kilder for at fastlægge gældende ret i lyset af afhandlingens problemstilling.

Som en del af metoden er udgangspunktet for fortolkning af bestemmelserne i udbudsloven og udbudsdirektivet en ordlydsfortolkning, hvor indholdet af bestemmelsen vil fortolkes i lyset af dennes konkrete ordlyd.[18] Supplerende til ordlydsfortolkningen er der gennem inddragelse af udbudslovens forarbejder også anvendt en subjektiv formålsfortolkning til fastlæggelsen af anvendelsesområdet for bestemmelserne.

---

[13] Naundrup Olesen (red. Johansen og Cederstrøm): *"Ret på tværs – mellem retsdogmatik og andre metoder"* (2023), s. 36.

[14] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 32 og s. 175.

[15] Ibid., s. 32 og s. 183.

[16] Ibid., s. 32.

[17] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 29.

[18] Evald: *"Juridisk teori, metode og videnskab"* (2024), s. 59.

2.3 De anvendte retskilder

Retskilderne har normativ karakter, hvilket betyder, at retskildernes hensigt er at bidrage til fastsættelsen af, hvordan et bestemt samfundsrelateret spørgsmål retligt skal løses.[19] Med andre ord beskriver retskilderne ikke noget, som allerede er, men angiver, hvordan noget bør være.[20] I den juridiske litteratur er der dog ligeledes fremført argumenter for, at retskilderne indeholder en kombination af normative og deskriptive elementer.[21]

Retskilderne spiller sammen, og det er derfor yderst sjældent, at én retskilde alene kan danne grundlag for gældende ret.[22] I besvarelsen inddrages derfor en række forskellige juridiske retskilder, som beskrives i de følgende afsnit. Herunder redegøres der for de overvejelser, der ligger bag inddragelsen af retskilderne, samt deres betydning i kraft af deres retskildemæssige værdi.

2.3.1 EU's traktater og principper

EU-rettens retskilder kan opdeles i en primær og sekundær regulering.[23] Den primære regulering udgør i dag EU's traktatgrundlag: Traktaten om Den Europæiske Union ("TEU"), TEUF og Chartret om grundlæggende rettigheder, samt grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper.[24] TEUF og TEU indeholder i udgangspunktet ikke eksplicitte bestemmelser, der regulerer udbudsområdet. En række af bestemmelserne i traktaterne danner dog grundlaget for udbudsdirektivet.[25] Særligt TEUF's regler om forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet i artikel 18 og reglerne om fri bevægelighed – især for varer - har betydning for udbudsdirektivets grundlag.[26]

---

[19] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 183.

[20] Blume (red. Riis og Trzaskowski): *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"* (2020), s. 4.

[21] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 31-32, og Evald: *"Juridisk teori, metode og videnskab"* (2024), s. 35.

[22] Blume (red. Riis og Trzaskowski): *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"* (2020), s. 5.

[23] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 34.

[24] Neergaard og Nielsen: *"EU-ret"* (2024), s. 135.

[25] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 35.

[26] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 43, og Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 35.

Udover traktaterne eksisterer der en række almindelige EU-retlige principper. De almindelige EU-retlige principper har ikke altid været fastlagt i traktaterne, men er udviklet gennem EU-Domstolens praksis. Enkelte af dem er sidenhen kodificeret i traktaterne, bl.a. proportionalitetsprincippet i TEU's artikel 5, stk. 4.[27] For udbudsretten er de EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet særligt væsentlige. Både gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet kan udledes gennem EU-domstolens praksis. Ligebehandlingsprincippet er desuden indeholdt i forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet i TEUF's artikel 18, da denne blot er en speciel udformning af det grundlæggende princip om ligebehandling.[28]

I udbudsdirektivets præambelbetragtninger fremgår det, at tildeling af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med TEUF's principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.[29] De almindelige EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet er tilsvarende grundlæggende udbudsretlige principper, idet principperne tillige finder anvendelse indenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde og kan udledes direkte af artikel 18.[30]

2.3.2 Udbudsdirektivet og præambelbetragtninger

Den sekundære regulering udgør retsakter, som er udstedt af EU's institutioner i henhold til den primære regulering.[31] TEUF's artikel 288 opregner tre typer af bindende sekundær regulering; forordninger, direktiver og afgørelser.[32] I udbudsretten, er udbudsdirektivet, som er udstedt med hjemmel i TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62 og artikel 114, den mest relevante bindende sekundære regulering.[33] Udbudsdirektivet udgør en af de mest centrale retskilder i udbudsretten, da den regulerer

---

[27] Hamer og Daniel (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 141.

[28] C-810/79, *Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,* pr. 16.

[29] Betragtning nr. 1 i præambel til direktiv 2014/24 af 26. februar 2014 om offentlige udbud (herefter "udbudsdirektivets præambelbetragtning")

[30] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 56.

[31] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 38.

[32] Neergaard og Nielsen: *"EU-ret"* (2024), s. 143.

[33] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 50.

proceduren for ordregivende myndigheders indgåelse af offentlige kontrakter om anskaffelse af varer, tjenesteydelser og udførelse af bygge- og anlægsarbejder.[34] Forbuddet mod ordregivers henvisning til varemærker, fabrikater mv., er reguleret i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, men også tidligere udbudsdirektiver[35] - herunder 2004-udbudsdirektivet[36] - indeholder tilsvarende bestemmelser, hvorfor disse også vil blive inddraget.

Da direktiver er bindende for medlemsstaterne, indebærer dette, at medlemsstaterne er forpligtet til at implementere de regler, der følger af direktivet.[37] Da den retskildemæssige værdi af sekundær regulering er lavere end den primære regulering betyder dette konkret, at udbudsdirektivet ikke må stride imod traktaterne og de dertilhørende principper.[38]

Udbudsdirektivet indeholder tillige præambelbetragtninger, som kan anvendes ved fortolkningen af direktivets bestemmelser, idet de afspejler lovgivers hensigt med indførelsen af direktivet og de enkelte bestemmelser heri.[39] Der kan imidlertid ikke støttes selvstændig ret på præambelbetragtninger, og det er derfor vigtigt at understrege, at betragtningerne alene kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel.[40] På denne baggrund vil udbudsdirektivets præambelbetragtninger i afhandlingen inddrages som et fortolkningsbidrag, særligt da EU-Domstolen i sin afgørelse i *DYKA*-dommen henviser til præambelbetragtningerne, i sin fortolkning af om

---

[34] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 49.

[35] Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF og Rådets direktiv 88/295/EØF. Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

[36] Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter ("2004-udbudsdirektivet").

[37] Hamer og Daniel (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 143.

[38] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 39.

[39] Ibid., s. 40.

[40] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 43.

forbuddet mod ordregivers henvisninger til varemærker i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, også omfatter henvisninger til materialer.[41]

2.3.3 Udbudsloven og de danske forarbejder

I dansk udbudsret er udbudsdirektivet implementeret i udbudsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2016. Der kan ved den danske implementering af udbudsdirektivet opstå fortolkningsproblemer, idet ordlyden af udbudslovens bestemmelser – f.eks. udbudslovens § 42, stk. 2, som har særlig relevans for afhandlingen – ikke altid er overensstemmende med ordlyden af de tilsvarende bestemmelser i udbudsdirektivet. Da udbudsloven implementerer udbudsdirektivet, løses denne problemstilling ved, at udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, det vil sige gennem de EU-retlige principper om EU-konform fortolkning og EU-rettens forrang.[42] Princippet om EU-konform fortolkning indebærer, at danske udbudsregler, som udspringer af EU-retsakter, så vidt det er muligt i medfør af nationale fortolkningsmetoder, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retlige regler og principper.[43] Pligten til EU-konform fortolkning udspringer af TEU's artikel 4, stk. 3, som angår medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde. Princippet om EU-konform fortolkning gælder for alle EU-retsakter.[44] TEU indeholder imidlertid en lignende regel i artikel 288, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at foretage direktivkonform fortolkning. Denne forpligtelser gælder imidlertid kun fortolkning af direktiver og ikke øvrige EU-retsakter.[45] Når en EU-konform fortolkning af en national lovregel, der er i strid med EU-retten, ikke er mulig, indtræder der i stedet en forpligtelse til at undlade at anvende lovreglen i medfør af princippet om EU-rettens forrang.[46]

På denne baggrund vil besvarelsen tage udgangspunkt i både udbudsdirektivet og udbudslovens bestemmelser. Der vil særligt blive foretaget en sammenligning af ordlyden og anvendelsesområdet for udbudslovens § 42, stk. 1 og 2, i henhold til bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

---

[41] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 43-44.

[42] Hamer og Daniel (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 144.

[43] Neergaard (red. Riis og Trzaskowski): *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling"* (2020), s. 45.

[44] Neergaard og Nielsen: *"EU-ret"* (2024), s. 230.

[45] Ibid., s. 228.

[46] Ibid., s. 231.

I forbindelse med udarbejdelsen af udbudsloven er der opstået en række øvrige relevante retskilder herunder forarbejderne til udbudsloven. Forarbejderne forklarer dels, hvorfor loven gennemføres, dels hvilke betragtninger lovgiver har gjort sig i forhold til de enkelte bestemmelser i loven.[47] Det er omdiskuteret i den juridiske litteratur, hvor stor en retskildemæssig værdi og juridisk betydning lovforarbejder kan tillægges.[48] Uanset dette bidrager forarbejderne - herunder lovbemærkningerne – dog til forståelsen af, hvorfor den konkrete lovregel er udformet, som den er.[49] I den juridiske litteratur er det blevet påpeget, at der skal udvises forsigtighed ved anvendelsen af udbudslovens forarbejderne. Dette skyldes blandt andet, at der i udstrakt grad findes eksempler på lovgivningen i forarbejderne.[50] Klagenævnet for Udbud har på denne baggrund i flere sager gået direkte imod udbudslovens forarbejder.[51] Derudover er der også eksempler på sager, hvor klagenævnet har set bort fra forarbejderne, fordi de har været uklare, eller når der har kunne udledes en anden fortolkning af EU-retlige retskilder.[52] Forarbejderne til udbudsloven inddrages i afhandlingen, da de bidrager til fortolkningen af udbudslovens § 42, særligt i forhold til, hvornår ordregiver kan være berettiget til at henvise til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer.

Udbudsloven bygger i stor grad på den rapport[53], som Udvalg om Dansk Udbudslovgivning fik til opgave af regeringen at fremsætte.[54] Rapportens formål var at lave et udkast til et samlet og overskueligt regelsæt, som skulle implementere udbudsdirektivet i dansk ret.[55] I afhandlingen er rapporten, ligesom udbudslovens forarbejder, inddraget som et fortolkningsbidrag til at klarlægge den danske lovgivers intentionen og betragtningerne bag bestemmelserne – særligt §§ 41-42 - i udbudsloven.

---

[47] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 189.

[48] Se hertil Hamer og Horskjær Nielsen: *"Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?"* U.2020B.114 og Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 189.

[49] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 189.

[50] Hamer og Horskjær Nielsen: *"Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?"* U.2020B.114, afsnit 1.

[51] Ibid.

[52] Ibid.

[53] Udvalg om Dansk Udbudslovgivning: *"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"* (2014).

[54] Fabricius (red. Treumer): *"Udbudsloven"* (2016), s. 59.

[55] Udvalg om Dansk Udbudslovgivning: *"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"* (2014), s. 5.

2.3.4 Domme fra EU-Domstolen

EU-Domstolen fastlægger endeligt, hvad der er gældende EU-ret.[56] Da udbudsretten udspringer af EU-retlige regulering, er domme fra EU-Domstolen en central retskilde ved fortolkningen af udbudsloven, udbudsdirektivet og traktaterne.[57] Den retskildemæssige værdi af domme afhænger af, hvilken ret der træffer dem, herunder hvor højt den konkrete domstol er placeret i domstolshierarkiet. EU-Domstolen er den øverste domstol for afgørelser, der udspringer af EU-rettens regler, og EU-Domstolens afgørelser vil derfor have forrang for en eventuel modstridende bestemmelse i udbudsloven.[58] Den høje retskildemæssige værdi af EU-Domstolens praksis skyldes blandt andet, at dommene er bindende og har virkning for hele det indre marked.[59] Med andre ord er de nationale lovgivere og nationale domstole forpligtet til at iagttage afgørelser fra EU-Domstolen.

I afhandlingen er der inddraget relevant praksis fra EU-Domstolen, som angår både præjudicielle spørgsmål og traktatbrudssøgsmål. Særligt afgørelser om præjudicielle spørgsmål bidrager konkret til at sikre en ensartet anvendelse af EU-retten og undgår, at medlemsstaterne foretager forskellige fortolkninger af traktaterne og udbudsdirektivet.[60]

Generaladvokatens forslag til afgørelse spiller ofte ikke nogen særlig rolle og det er tvivlsomt, om generaladvokatens forslag reelt har retskildeværdi.[61] Generaladvokatens forslag til afgørelse kan dog imidlertid bidrage til forståelsen af sagens problemstillinger, særligt i de situationer, hvor forslaget får betydning for den endelige dom. [62] På denne baggrund inddrages generaladvokatens forslag til afgørelse i *DYKA*, da Domstolen i sin afgørelse både inddrager og henviser til generaladvokaten.

---

[56] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 278.

[57] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 56.

[58] Schaumburg-Müller (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 66, og Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 56.

[59] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 56.

[60] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 53.

[61] Schaumburg-Müller (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 86 og Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 278.

[62] Hamer og Daniel (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner"* (2020), s. 155 og Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 278.

2.3.5 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er et dansk administrativt organ, som behandler klager over offentlige ordregiveres overtrædelse af udbudsreglerne, herunder bl.a. udbudsloven, udbudsdirektivet, TEUF og de heraf afledte principper.[63] Klagenævnet træffer afgørelser i konkrete klagesager, men klagenævnet har tillige afsagt principielle kendelser, som har betydning udover den enkelte sag.[64] Klagenævnet er i medfør af TEUF's artikel 267 forstand en 'ret', hvilket bl.a. betyder, at klagenævnet har kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen. [65]

I Danmark kan udbudsretlige sager desuden anlægges direkte ved domstolene, ligesom klagenævnets kendelser kan indbringes for domstolene.[66] Det er imidlertid en ganske lille del af Klagenævnets kendelser, som indbringes for domstolene[67], hvorfor klagenævnets kendelser er en vigtig retskilde, som spiller en ganske central rolle ved fastlæggelsen af gældende ret.[68] Klagenævnets kendelser har dog, når alt kommer til alt, en lavere retskildemæssig værdi end domme fra de danske domstole og EU-Domstolen.[69] Der er i imidlertid ikke nogen danske domstolsafgørelser, som er af relevans for afhandlingen, hvorfor der udelukkende vil blive analyseret praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud.

2.3.6 Juridisk litteratur og øvrige retskilder

Endelig vil afhandlingen anvende juridisk litteratur i form af juridiske artikler og fagbøger om juridiske temaer. Den retsvidenskabelige litteratur anvendes, da denne har en retskildemæssig

---

[63] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 62. og Klagenævnet for Udbud: "*Årsberetning 2023*" (2024), s. 6.

[64] Klagenævnet for Udbud: "*Årsberetning 2023*" (2024), s. 7.

[65] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 77.

[66] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 56.

[67] I 2023 blev kun 4 ud af 40 af klagenævnets kendelser indbragt for domstolen, se hertil Klagenævnet for Udbud: "*Årsberetning 2023*" (2024), s. 7.

[68] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 56.

[69] Klagenævnet for Udbud: "*Årsberetning 2023*" (2024), s. 7.

betydning, grundet dens påvirkning på løsningen af retlige tvister.[70] Desuden anvendes den juridiske litteratur til at danne et overblik over retsområdet.[71]

Afslutningsvis inddrages Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens "*Vejledning om Udbudsloven*"[72] som et fortolkningsbidrag til udbudsreglerne. Da vejledninger ikke er bindende, og hverken klagenævnet eller ordregivere er forpligtet til at følge dem, tillægges de kun en begrænset retskildemæssig værdi.[73]

[70] Blume: *"Retssystemet og juridisk metode"* (2020), s. 31.

[71] Ibid., s. 74.

[72] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne"* (2024)

[73] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 57.

3. Udbudsrettens formål og principper

3.2 Udbudsrettens formål

Formålet bag udbudsrettens regler er afgørende, da det bidrager til fortolkningen af de konkrete lovregler i udbudsdirektivet og udbudsloven.[74] Da de EU-retlige og nationale retskilder ikke nødvendigvis forfølger de samme formål, sondres der i udbudsretten mellem de EU-retlige og nationale hensyn.[75]

3.2.1 De EU-retlige formål

Udbudsdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF, som overordnet har til formål at oprette og sikre et indre marked med fri bevægelighed for bl.a. varer og tjenesteydelser jf. TEUF's artikel 26, stk. 1 og 2. I overensstemmelse hermed, fastslår udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, at:

> *"tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i [TEUF], og navnlig fri bevægelighed for varer […]."*[76] [min fremhævning]

Formålet med udbudsdirektivet er således at skabe et indre marked for offentlige kontrakter med effektiv konkurrence.[77] Udbudsdirektivet har særlig fokus på regler og principper, der skal sikre, at nationale virksomheder ikke favoriseres, og at alle virksomheder i EU har lige adgang til at deltage i udbudsprocessen. Formålet er desuden fastslået flere gange i praksis[78], herunder bl.a. i EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i C-454/06[79] ("*Pressetext*"), hvor Domstolen udtalte:

---

[74] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 75.

[75] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 32.

[76] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1.

[77] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 36.

[78] Se bl.a. C-470/99, *Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, dom af 12. december 2002, pr. 51 og pr. 89, og C-441/22 og C-443/22*, Zamestnik-minist mod Obsjtjina Razgrad (C-441/22) Obsjtjina Balchik (C-443/22)*, dom af 7. december 2023, pr. 61.

[79] C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich*, dom af 19. juni 2008.

> *"Det fremgår af retspraksis, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater."*[80]

Senest i Europa-Kommissionens forslag til udbudsdirektivet[81] angav Kommissionen, at udbudsdirektivet havde to supplerende formål, herunder i) effektiv udnyttelse af de offentlige midler, og ii) forbedring af ordregivers muligheder for at foretage indkøb til støtte for samfundsmæssige mål f.eks. ved miljøbeskyttelse, fremmelse af innovation og social integration.[82] Disse supplerende formål, anses dog for sekundære, idet hovedformålet fra et EU-retligt perspektiv er en åben og lige konkurrence om offentlige kontrakter, der bidrager til opretholdelsen af den frie bevægelighed i EU, bl.a. ved at sikre lige adgang for alle økonomiske aktører i de offentlige kontrakter.[83] I den juridiske litteratur er der blevet argumenteret for, at hensynet til en effektiv udnyttelse af offentlige midler ikke kan anses for at udgøre et EU-retligt formål.[84] Dette begrundes med, at bestemmelserne om det indre marked ikke giver beføjelse til at regulere økonomiske hensyn.[85] Det fremgår konkret af den juridiske litteratur:

> *"The CJEU [EU-Domstolen] has made it very clear that, […], these internal market provisions may be invoked by the EU legislature only for two purposes that relate to the internal market. These purposes are to support the 'four freedoms' […] and to seek to eliminate appreciable distortions of competition in the market."*[86]

---

[80] C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich*, dom af 19. juni 2008, pr. 31.

[81] Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896

[82] Ibid., s. 2.

[83] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 77-78.

[84] Arrowsmith: "*Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform",* Konkurrensverket (2012), s. 84.

[85] Ibid.

[86] Ibid.

Den juridiske litteratur er dermed i overensstemmelse med både præambelbetragtninger til udbudsdirektivet og EU-domstolens praksis, hvorefter fri bevægelighed og lige adgang til konkurrencen i offentlige udbud må anses for det overordnede EU-retlige hovedformål med udbudsdirektivet.

3.2.2 De nationale formål

Udover det EU-retlige formål som er indeholdt i udbudsdirektivet, kan medlemsstaterne indføre selvstændige formål ved implementeringen af direktivet.[87] De nationale formål er således også relevante ved fortolkningen af uklare udbudsregler, særligt de bestemmelser, som ikke implementere udbudsdirektivet, men alene udspringer af udbudsloven.[88] En række af samfundsmæssige formål f.eks. effektiv udnyttelse af offentlige midler, undgåelse af korruption eller miljø og sociale hensyn, vil kunne tillægges betydning gennem de nationale udbudsregler.[89] I den juridiske litteratur fremgår det ligeledes, at *"value for money is in fact a matter for Member States' to address, withing the constraints that the EU directives imposes."*[90] Inddragelsen af denne type samfundsmæssige hensyn er således overladt til de enkelte medlemsstater at fastsætte i deres nationale udbudsregler, forudsat at disse ikke er i modstrid med udbudsdirektivets formål.[91]

I de danske udbudsregler er der indført en bestemmelse om udbudslovens formål, som er fastsat i udbudslovens § 1. Bestemmelsen fastlægger, at:

---

[87] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 89.

[88] F.eks. udbudslovens § 45 om sortimentsudbud, som ikke implementerer en bestemmelse fra udbudsdirektivet, og hvis anvendelse medfører vanskeligheder i praksis, se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. oktober 2024, *DriveClever A/S mod Københavns Kommune*.

[89] Hamer: "*Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 36, og Arrowsmith: "*Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform",* Konkurrensverket (2012), s. 117.

[90] Arrowsmith: "*Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform",* Konkurrensverket (2012), s. 117.

[91] Horskjær Nielsen: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (2022), s. 89.

> *"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."*[92] [min understregning].

Udbudsdirektivet indeholder ikke en lignende formålsbestemmelse, og bestemmelsen i udbudslovens § 1, er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.[93] Bestemmelsen anfører, at formålet med udbudsloven er at skabe de bedste rammer for konkurrencen af offentlige indkøb, så denne er effektiv og med lavest mulige omkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver.[94] Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1 har reel betydning for fortolkningen af udbudsreglerne. Af lovbemærkningerne fremgår det, at der ikke kan støttes selvstændig ret på bestemmelsen. Formålsbestemmelsen udtrykker således blot et nationalt ønske om, at udbudsreglerne skal sikre effektiv udnyttelse af offentlige midler. Da medlemsstaternes formål kan variere, må der ved fastlæggelsen af udbudsreglernes overordnede formål alt andet henvises tilbage til det EU-retlige hensyn om lige konkurrence og fri bevægelighed, der må anses for værende det primære formål.

3.3 De grundlæggende principper

Centralt for udbudsrettens grundlag er de generelle udbudsretlige principper, som er fastlagt i udbudslovens § 2, stk. 1, og § 3, stk. 2, samt i udbudsdirektivets artikel 18. De udbudsretlige principper udspringer af retten til fri bevægelighed i TEUF, hvilket kan udledes af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1:

> *"Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er*

[92] Udbudslovens § 1

[93] Bemærkninger for lov nr. 1564 af 15/12/2015 til § 1, jf. lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 (herefter "Lovbemærkning til udbudsloven")

[94] Lovbemærkning til udbudslovens § 1

afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed."[95] [min fremhævning]

De udbudsretlige principper bidrager - ligesom udbudsrettens formål - til fortolkningen af, hvordan en konkret bestemmelse i udbudsreglerne skal fortolkes eller udfyldes.[96] Alle offentlige indkøb er underlagt de generelle udbudsretlige principper[97] og iagttagelse af principperne skal ske igennem hele udbudsprocessen.[98] De væsentligste udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtig og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2, samt forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, jf. udbudslovens § 3, stk. 2, vil blive behandlet nærmere nedenfor.

3.3.1 Ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet

Forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet er indeholdt i TEUF's artikel 18. I udbudsloven medfører princippet, at en ordregiver ikke må stille en økonomisk aktør eller en ydelse fra et andet EU-land mindre gunstigt end økonomiske aktører og ydelser fra Danmark, jf. udbudslovens § 3, stk. 2. Den modsatte situation, hvor en dansk aktør behandles mindre gunstigt end en aktør fra udlandet, er ligeledes omfattet af forbuddet, jf. udbudslovens § 3, stk. 1. Bestemmelsen finder også anvendelse på aktører uden fra EU eller EØS i det omfang der følger af internationale forpligtelser, jf. udbudslovens § 3, stk. 3.

Ligebehandlingsprincippet kan udledes af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet[99], og indebærer, at det lige skal behandles lige, medmindre der foreligger en objektiv begrundelse for forskelsbehandling.[100] Ligebehandlingsprincippet indebærer således ikke, at alle forhold skal behandles ens.[101] Af EU-domstolen og klagenævnets praksis kan det udledes, at ligebehandlingsprincippet indebærer, at ordregiver ikke må tilrettelægge et udbud med det formål

---

[95] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1.

[96] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 60.

[97] Berg: "*Udbudsret i byggeriet"* (2012), s. 33.

[98] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 57

[99] C-810/79, *Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, dom af 8. oktober 1980, pr. 16.

[100] Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"* (2000), s. 63.

[101] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 61.

kunstigt at begrænse konkurrencen.[102] Konkurrencen anses for kunstigt begrænset, hvis ordregiver bevidst udformer udbuddet således, at én eller flere aktører favoriseres, eller hvis visse aktører bliver stillet mindre gunstigt end de øvrige aktører, jf. udbudslovens § 2, stk. 2. Dette indebærer dog ikke, at ordregiver, hvis der kun er én eller få leverandører, som kan levere den udbudte ydelse, skal sænke sine krav til ydelsen, så længe disse krav er sagligt begrundet.[103]

Ligebehandlingsprincippet adskiller sig fra forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet ved, at ligebehandlingsprincippet indeholder et forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling[104], hvorimod forbuddet mod forskelsbehandling i udbudslovens § 3 er begrænset til ikke-diskrimination på baggrund af nationalitet.[105] Da ligebehandlingsprincippet omfavner alle former for forskelsbehandling, henvises der oftest udelukkende til dette princip[106], hvilket også er reflekteret af ordlyden i udbudslovens § 2.

Forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet er bl.a. afspejlet i EU-Domstolens dom af 22. juni 1993 i C-243/89[107] ("*Storebælt*"), hvor udbudsbetingelserne indeholdt en klausul om dansk indhold, hvorefter "*entreprenøren var forpligtet til i størst muligt omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel.*"[108] En sådan klausul var uforenelig med princippet om ligebehandling.[109] Selvom ligebehandlingsprincippet ikke udtrykkeligt fremgik af det dagældende bygge- og anlægsdirektiv[110], fandt Domstolen, at forpligtelsen til at overholde ligebehandlingsprincippet følger af direktivets hovedformål om at fremme en effektiv konkurrence, jf. dommens pr. 33.

---

[102] Lovbemærkning til udbudslovens § 2.

[103] Ibid.

[104] Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"* (2000), s. 70.

[105] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 59.

[106] Ibid.

[107] C-243/89, *Kommissionen mod Danmark, ("Storebælt"),* dom af 22. juni 1993, pr. 4.

[108] Ibid.

[109] Ibid., pr. 33.

[110] Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter ("Bygge- og anlægsdirektivet").

Ligebehandlingsprincippet indebærer ikke kun et forbud mod direkte diskrimination, som køb-dansk-klausulen i *Storebælt*-sagen, men omfatter også et forbud mod indirekte diskrimination. Indirekte diskrimination kan f.eks. foreligge, hvor der i udbudsmaterialet stilles et krav, som gælder ens for alle aktører, men som reelt tilgodeser nationale aktører, da de har nemmere ved at opfylde kravet.[111]

Ligebehandlingsprincippet får ligeledes betydning, når der i udbudsbetingelserne stilles krav om anvendelse af produkter af et bestemt fabrikat, hvilket er illustreret i EU-Domstolens dom af 3. december 2001 i sag C-59/00[112] ("*Vestergaard*"). I udbudsbetingelserne i en bygge- og anlægskontrakt, var der stillet krav om, at der ved gennemførelse af kontrakten skulle anvendes et bestemt vinduesfabrikat kaldet 'Hvidbjerg'.[113] Domstolen fastslog i sagen, at TEF[114] artikel 28 (nu TEUF artikel 34) er til hinder for, at ordregiver i udbudsbetingelserne kan indsætte en bestemmelse, om at der ved kontraktens udførelse skal anvendes et bestemt fabrikat, uden at der tilføjes bemærkningen "*eller dermed ligestillet*".[115] Dommen er ligeledes interessant, da ordregiver ikke var forpligtet under det dagældende bygge- og anlægsdirektiv[116], fordi kontraktværdien var lavere end den gældende tærskelværdi.[117] Domstolen bemærkede hertil, at offentlige kontrakter, som falder udenfor direktivets anvendelsesområdet, stadigvæk er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler, herunder princippet om varernes frie bevægelighed, som er fastsat i TEUF artikel 34.[118] Ligebehandlingsprincippet, og de øvrige EU-retlige principper, skal dermed også iagttages i udbud af kontrakter, der falder under tærskelværdierne, når disse kontrakter har grænseoverskridende interesse.[119]

---

[111] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 100 og Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 59.

[112] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001.

[113] Ibid., pr. 2 og 5.

[114] Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab – (konsolideret udgave 2002)

[115] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001, pr. 24.

[116] Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. ("Bygge- og anlægsdirektivet").

[117] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001, pr. 4.

[118] Ibid., pr. 20 og 21.

[119] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 124-125.

3.3.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet kan, på samme vis som ligebehandlingsprincippet, udledes af forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet i TEUF artikel 18.[120] Kravet til offentlige ordregivere om at gennemføre en gennemsigtig udbudsproces er ligeledes kodificeret i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1. Gennemsigtighedsprincippet indebærer dels et krav om offentlighed, når ordregiver påtænker at indgå en kontrakt, og dels et krav om en åben og klar beskrivelse af hele udbudsprocessen og det dertilhørende udbudsmateriale.[121]

Gennemsigtighedsprincippet har en nær sammenhæng med ligebehandlingsprincippet, idet gennemsigtigheden i udbudsprocessen netop er afgørende for at sikre og kontrollere, at ordregiver foretager ligebehandling af de økonomiske aktører.[122] Gennemsigtighedsprincippet kommer særligt til udtryk i en lang række af udbudslovens bestemmelser om udformning af udbudsmaterialet bl.a. kravet om ordregivers offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser, jf. udbudslovens § 128 og kravet om, at ordregiver skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 160, stk. 1.

At gennemsigtighedsprincippet har særlig betydning for udformning af udbudsmaterialet er afspejlet i klagenævnets praksis, hvor uklare og modstridende oplysninger i udbudsmaterialet kan medføre en overtrædelse af udbudslovens § 2. I Klagenævnets for Udbuds kendelse af 5. december 2024, *Cura Pleje ApS mod Frederiksberg Kommune ("Cura-Pleje"),* fandt klagenævnet, at ordregiver havde handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at angive uoverensstemmende oplysninger i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Ordregiver havde i udbudsbekendtgørelse vedrørende egnethedskrav fejlagtigt angivet, at disse var "ikke anvendt", hvorimod det af udbudsbetingelserne fremgik, at ordregiver ville anvende egnethedskrav.[123] Uoverensstemmelsen medførte en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og resulterede i en annullation af ordregivers tildelingsbeslutning. Kendelsen viser tydeligt, at det er ordregivers ansvar, at udbudsmaterialet fremstår klart og utvetydigt, og at resultatet

---

[120] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s.62.

[121] Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"* (2024), s. 48-49

[122] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 66.

[123] Klagenævnets for Udbuds kendelse af 5. december 2024, *Cura Pleje ApS mod Frederiksberg Kommune,* s. 34.

af et uklart udbudsmateriale kan være en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet. Dette er også understøttet af øvrig praksis fra klagenævnet, herunder bl.a. en nyere kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 7. februar 2025, *Vognmand Andreas R. Søborg A/S mod Odsherred Kommune,* der angik et ugennemsigtigt referencekrav til tilbudsgivers tekniske og faglige formåen. Tilbudsgiver kunne godtgøre sin tekniske kapacitet ved enten i) at vedlægge én reference fra en sammenlignelig opgave, eller ii) for nye aktører på området på anden vis godtgøre den relevante erfaring på transportområdet.[124] Det var ikke yderligere i udbudsmaterialet præciseret, hvad der kunne udledes af 'nye aktører på området'. I klagenævnet afgørelse fremgik det, i overensstemmelse med *Cura Pleje*-kendelsen, at *"referencekravet er derfor uklart formuleret, og risikoen for denne uklare formulering påhviler efter fast klagenævnspraksis ordregiveren."*[125]

3.3.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er det tredje og sidste af de udbudsretlige principper, som er kodificeret i udbudslovens § 2, stk. 1, og i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1. Det generelle EU-retlige proportionalitetsprincip, som udspringer af TEU's artikel 5, stk. 4, medfører, at medlemsstaternes foranstaltninger skal være egnede og nødvendige til at opnå deres formål, og ikke må medføre mere indgribende foranstaltninger, end hvad der kan anses for værende nødvendigt.[126] Inden for udbudsretten indebærer princippet mere konkret, at ordregiver ikke må opstille krav i udbudsmaterialet, som går ud over, hvad der er nødvendigt og egnet i henhold til formålet med kravet, samt hvad der kan anses for rimeligt i lyset af det konkrete indkøb.[127]

Afslutningsvis indebærer proportionalitetsprincippet ligeledes et forbud mod nationale lovregler, der medfører, at ordregiver uden at foretage en konkret vurdering automatisk skal udelukke en tilbudsgiver, jf. bl.a. EU-domstolens dom af 3. juni 2021 i C-210/20, *Rad Service Srl mod Del Debbio SpA.* Dommen omhandlede en national lovregel, som indebar en automatisk udelukkelse af en tilbudsgiver, da en støttende enhed til tilbudsgiveren, havde fremsendt urigtige oplysninger ift.

---

[124] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. februar 2025, *Vognmand Andreas R. Søborg A/S mod Odsherred Kommune,* s. 4.

[125] Ibid., s. 12.

[126] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 137.

[127] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 64. og lovbemærkning til udbudslovens § 2.

udelukkelsesgrunde.[128] Domstolen fremhævede i sagen, at proportionalitetsprincippet indebærer en pligt for ordregiver til at foretage en konkret og individuel vurdering af den pågældende enheds holdning.[129]

4. Tekniske specifikationer

4.2 Definitionen af tekniske specifikationer

De tekniske specifikationer er reguleret i udbudsdirektivets artikel 42 og udbudslovens §§ 40-45.
De tekniske specifikationer udgør en del af ordregivers udbudsmateriale, og kaldes ofte for ordregivers kravspecifikation.[130] De tekniske specifikationer fastsætter kravene til de egenskaber, som kræves ved et bygge- og anlægsarbejde, en tjenesteydelse eller en vare.[131] Direktivets og udbudslovens regler om tekniske specifikationer har til formål at skabe klarhed over, hvilken ydelse eller genstand ordregiver ønsker at anskaffe, og sikre at ordregivers krav til den ønskede ydelse fastsættes på et objektiv og gennemsigtigt grundlag.[132]

Udbudslovens § 40, stk. 1, anfører, at ordregiver i udbudsmaterialet skal angive de tekniske specifikationer som nærmere defineret i udbudsdirektivets bilag VII, punkt 1, litra a og b. Bilaget skelner mellem tekniske specifikationer i bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter. Af udbudsdirektivets bilag VII, punkt 1, litra a, forstås ved tekniske specifikationer i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter:

> *"samtlige tekniske forskrifter, der navnlig findes i udbudsdokumenterne, og som fastlægger krævede egenskaber for et materiale, et produkt eller et indkøb således, at de opfylder kravene til den anvendelse, som den ordregivende myndighed har bestemt dem til."*[133]

---

[128] C-210/20, *Rad Service Srl mod Del Debbio SpA*, dom af 3. juni 2021, pr. 29

[129] Ibid., pr. 40.

[130] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 409.

[131] Udbudsdirektivet artikel 42, stk. 1 og udbudslovens § 40, stk. 2

[132] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 1-2, afsnit 2.2.

[133] Udbudsdirektivet, bilag VII "Definition af visse tekniske specifikationer", punkt 1, litra a, 1. pkt.

I bilagets litra a, 2. pkt., oplistes en række eksempler på egenskaber, som er omfattet af bestemmelsen, herunder bl.a. funktionsdygtighed, sikkerhed, emballering, produktionsprocesser og -metoder, samt øvrige tekniske betingelser som ordregiver kan fastsætte vedrørende de færdige arbejder og de materialer eller dele, der indgår heri. [134]

Af udbudsdirektivets bilag VII, punkt 1, litra b, forstås ved tekniske specifikationer i forbindelse med offentlige vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter:

> *"en specifikation i et dokument, som fastlægger krævede egenskaber ved et produkt eller en tjenesteydelse, som f.eks. kvalitetsniveau, […] på et hvilket som helst tidspunkt i indkøbets eller tjenesteydelsens levetid samt procedurer for overensstemmelsesvurdering."*[135] [min understregning]

De tekniske krav omfatter således ikke alene processen for produktionen eller leveringen af den ønskede ydelse, men kan også vedrøre en anden fase i ydelsens livscyklus.[136] Det samme gælder også for bygge- og anlægsarbejder, da adgangen til at fastsætte egenskaber i en anden fase i ydelsens livscyklus i øvrigt er reguleret i udbudsdirektivets artikel 42, 1. stk., 2. pkt. Bestemmelsen angiver, at de tekniske specifikationer gerne må indeholde krav, som angår en anden fase i ydelsens livscyklus, selvom dette ikke udgør en del af ydelsens materielle indhold. I udbudsdirektivets artikel 42, 1. stk., 2. pkt., begrænses denne adgang, hvorefter tekniske specifikationer som vedrører øvrige faser i ydelsens livscyklus, skal være forbundet med kontraktens genstand og stå i rimeligt forhold til kontraktens værdi og mål.

---

[134] Udbudsdirektivet, bilag VII "Definition af visse tekniske specifikationer", punkt 1, litra a, 2. pkt.

[135] Ibid., punkt. 1, litra b.

[136] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 410 og lovbemærkning til udbudslovens § 40.

4.3 Udarbejdelsen af tekniske specifikationer

Det følger af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a-d, at ordregiver skal udarbejde de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, ved enten at angive dem som i) funktionsdygtighed eller funktionelle krav, ii) henvisninger til tekniske specifikationer og standarder efter en prioriteret rækkefølge i artikel 42, stk. 3, litra b, eller iii) en kombination af funktionsdygtighed eller funktionelle krav og tekniske specifikationer eller standarder.[137] Artikel 42, stk. 3, finder anvendelse, såfremt der ikke er fastsat danske tekniske forskrifter, som ordregiver er forpligtet til at anvende, forudsat at disse er forenelige med EU-retten.[138] Bestemmelsen er implementeret i udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1-3, der indholdsmæssigt er en videreførelse af direktivets artikel 42, stk. 3, litra a-d, dog med enkelte sproglige ændringer. Et eksempel på en sproglig ændring er udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1, der nærmere uddyber ordregivers mulighed for at udarbejde tekniske specifikationer ved:

> *"beskrivelse af funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, tekniske krav, eller andre krav, forudsat at beskrivelsen er så præcis, at ansøgere og tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand."*[139]

Bestemmelsen i § 41, stk. 1, nr. 1 giver indholdsmæssigt det samme anvendelsesområde for udarbejdelsen af tekniske specifikationer[140], som direktivets artikel 42, stk. 3, men ordlyden i § 41, stk. 1, nr. 1, tydeliggør i modsætning til direktivets bestemmelse, at tekniske specifikationer ikke kun kan angives som funktionelle krav, men at disse også kan angives som tekniske krav eller øvrige krav, der er tilstrækkelige præcise, f.eks. hvor metodefriheden for tilbudsgiveren bliver begrænset. Således kan ordregive fastsætte sine tekniske specifikationer ved eksempelvis at udarbejde en teknisk beskrivelse af de egenskaber, som en tilbudsgivers løsning skal indeholde, eller ved aktivitetsbaserede krav, hvor ordregiver beskriver den aktivitet der skal gennemføres, men ikke nødvendigvis en beskrivelse af det ønskede resultat.[141] Det væsentligste ved både bestemmelsen i udbudsloven og

---

[137] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 411-412.

[138] Lovbemærkning til udbudslovens § 41.

[139] Udbudslovens § 41, stk. 1, nr.1.

[140] Se hertil bl.a. C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024, pr. 59-63.

[141] Lovbemærkning til udbudslovens § 41.

udbudsdirektivet er dog, at kravene skal være udarbejdet så præcist, at tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand.

Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 41, at rækkefølgen for fremgangsmåderne i nr. 1-3 ikke er prioriteret. Dette er ligeledes understøttet i praksis bl.a. i EU-domstolens dom af 25. oktober 2018 i C-413/17[142] ("*Roche*"), hvor Domstolen udtalte:

> *"Det skal endvidere bemærkes, at affattelsen af artikel 42, stk. 3, i direktiv 2014/24 for det første ikke fastsætter en rangorden med hensyn til metoderne til affattelse af de tekniske specifikationer og ikke tillægger den ene af disse metoder nogen forrang."*[143]

For det modsatte argument, kan der henvises til udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 74, der ikke understøtter fortolkningen af metodernes lige vægtning. Betragtning anfører, at den bedst mulige metode til at undgå en kunstig indsnævring af konkurrence er ved, at de tekniske specifikationer udarbejdes som funktionelle og udførelsesrelaterede krav. Herefter angives, at funktionelle og udførelsesrelaterede krav i øvrigt er passende metoder til at fremme innovation, og at disse *"bør anvendes i videst muligt omfang."*[144] I henhold til udbudsdirektivets præambelbetragtninger bør ordregiver i videst muligt omfang anvende metoderne efter direktivets artikel 42, stk. 3, litra a.

4.3.1 Funktionskrav

Ordregiver kan ved udarbejdelsen af de tekniske specifikationer bl.a. opstille funktionelle krav i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1, og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a. Funktionskrav er krav til ydelsens funktion. Dette betyder, at ordregiver ikke på forhånd beskriver ydelsen i detaljer, men i stedet opstiller de ønskede resultater for ydelsen. Det er herefter op til tilbudsgiverne selv at udarbejde en løsning, som opfylder de ønskede resultater.[145] Et eksempel på et

---

[142] C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika,* dom af 25. oktober 2018

[143] Ibid., pr. 28.

[144] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 74.

[145] Ølykke m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* (2022), s. 100 og Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 303.

funktionskrav til en udbudt kontrakt om vedligeholdelse af grønne områder, kan være et krav om, at leverandøren skal sikre, at græsset til enhver tid ikke overstiger en maksimal højde på x centimeter.[146] Et sådant krav fastsætter herefter ikke en plan for, hvor ofte eller på hvilke dage plæneklipningen skal foretages, ligesom det overlades til leverandøren at beslutte, efter hvilken metode ydelsen skal gennemføres, f.eks. om plæneklipningen skal foretages med en almindelig græsslåmaskine, en traktor eller en robotplæneklipper. Funktionskrav bidrager til at åbne konkurrencen og fremme innovative tilbud, da de giver mulighed for forskellige løsningsmodeller ved udførelsen af ydelsen.[147] Ordregiver skal sikre, at de funktionelle krav er beskrevet præcist nok, så tilbudsgiver ud fra de tekniske specifikationer kan identificere kontraktens genstand.[148] Det følger af udbudslovens § 44, stk. 1, at såfremt ordregiver udarbejder de tekniske specifikationer som funktionskrav efter § 41, stk. 1, nr. 1, må ordregiver ikke afvise et tilbud, som henviser til standarder, så længe tilbuddet opfylder de af ordregiveren fremsatte funktionskrav. Det er dog tilbudsgiver, som bær bevisbyrden for, at tilbuddet opfylder de funktionelle krav, som ordregiver har angivet i de tekniske specifikationer.[149]

4.3.2 Standarder

Modsat ved ordregivers egen udarbejdelse af funktionelle krav, kan ordregiver i stedet fastsætte de tekniske krav ved blot at henvise til en standard, som indeholder på forhånd fastsatte krav til ydelsen. En standard er nærmere defineret i udbudsdirektivets bilag VII, punkt 2, som: *"en teknisk specifikation, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk"*[150]*,* og som kan henføres til en af følgende kategorier: i) international standard, ii) europæiske standard, eller iii) national standard.[151]

Henvisningen til standarder er reguleret i udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, hvor standarderne er angivet i en prioriteret rækkefølge. Det betyder, at ordregiver som det klare udgangspunkt skal anvende nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder (herefter "europæiske standarder"),

---

[146] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne"* (2024), s. 149.

[147] Poulsen, m.fl.: *"EU Udbudsretten"* (2022), s. 371.

[148] Lovbemærkning til udbudslovens § 41.

[149] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 413.

[150] Udbudsdirektivet, bilag VII "Definition af visse tekniske specifikationer", punkt. 2.

[151] Ibid., punkt. 2, litra a-c.

jf. § 41, stk. 1, nr. 2, litra a. I de situationer, hvor der således ikke forelægger europæiske standarder, som er relevante for udbuddet, kan ordregiver anvende europæiske tekniske vurderinger, jf. § 41, stk. 1, nr. 2, litra b, og sådan fortsætter rækkefølgen, jf. udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, litra a-h.[152] Særligt for anvendelsen af nationale standarder er, at disse kun kan benyttes, når der ikke foreligger standarder i medfør af litra a-e, herunder europæiske standarder eller internationale standarder, jf. udbudslovens § 41, stk. 2. Dette kan formentligt begrundes med, at europæiske standarder har højest prioritet i bestemmelsen, da de er ensartede på tværs af alle medlemsstater. Dermed sikres gennemsigtighed for alle tilbudsgivere, uanset hvilket land de kommer fra.[153]

Ved henvisning til standarderne fastsat i § 41, stk. 1, nr. 2, følger det ligeledes af bestemmelsen, at henvisningen skal efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende'. Dette er særligt relevant, når ordregiver henviser til en national standard, da det tydeliggør for alle potentielle udenlandske tilbudsgivere, at det er muligt at afgive tilbud ved anvendelse af en anden *sammenlignelig* standard. Hvis en henvisning til en national standard ikke efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende', kan det medføre en uberettiget forskelsbehandling mellem nationale og udenlandske tilbudsgivere.[154]

Vælger ordregiver at henvise til en standard i de tekniske specifikationer, kan ordregiver ikke afvise et tilbud med den begrundelse, at tilbuddet ikke er i overensstemmelse med den anførte standard, såfremt tilbudsgiver ved passende midler godtgør, at den tilbudte løsning på tilsvarende vis opfylder de krav, der er fastsat i specifikationen eller den angivne standard, jf. udbudslovens § 43, stk. 1. Ved udtrykket 'passende midler' henvises der til dokumentation såsom testrapporter, certificeringer og anden dokumentation i medfør af udbudslovens § 47, stk. 1.

4.3.3 Er oplistningen af metoder for tekniske specifikationer i direktivets artikel 42, stk. 3 udtømmende?

Som nævnt ovenfor i afsnit 4.3, angiver ordlyden af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, at de tekniske specifikationer skal fastsættes som funktionskrav, standarder eller en kombination heraf, når *"andet*

---

[152] Lovbemærkning til udbudslovens § 41.

[153] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 2, afsnit 3.3.3.

[154] Ibid., s. 3, afsnit 3.3.3.

ikke er fastsat i de retligt bindende nationale tekniske forskrifter, forudsat at de er forenelige med EU-retten".[155] Senest i EU-Domstolens dom af 16. januar 2025 i *DYKA*[156], har EU-Domstolen taget stilling til, hvorvidt metoderne i artikel 42, stk. 3, er udtømmende, eller om ordregiver har mulighed for at fastsætte de tekniske specifikationer på øvrige måder. Domstolen henviste til den klare ordlyd af artikel 42, stk. 3, hvorefter tekniske specifikationer skal "*affattes […] på en af følgende måder*"[157], og bemærkede, at ordregiver således er forpligtet til at formulere de tekniske specifikationer i overensstemmelse med metoderne i artikel 42, stk. 3, litra a-d.[158] Domstolen understregede desuden sin fortolkning af bestemmelsen med det argument, at:

> *"Såfremt EU-lovgiver havde tilsigtet at tillade yderligere metoder, ville denne lovgiver nemlig have udtrykt sin hensigt herom med en formulering i denne retning, såsom »kan formuleres«."*[159]

En lignende opfattelse kan udledes af Generaladvokatens forslag til afgørelse i *DYKA*[160], hvor der i overensstemmelse med EU-domstolens afgørelse i sagen blev anført, at hvis der ikke var tale om en udtømmende opregning af metoder, kunne ordregiver have valgt en mere åben formulering, som f.eks. 'hovedsagelig'.[161] EU-domstolen fastslog herefter, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, skal fortolkes således, at opregningen af metoderne til udarbejdelsen af de tekniske specifikationer er udtømmende, medmindre andet er fastsat i retligt bindende nationale tekniske forskrifter, som er forenelige med EU-retten.[162] Dette gælder dog med forbehold for direktivets artikel 42, stk. 4, som behandles nærmere i afhandlings afsnit 5.

---

[155] Udbudsdirektivet, artikel 42, stk. 3.

[156] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025.

[157] Udbudsdirektivet, artikel 42, stk. 3.

[158] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 30.

[159] Ibid., pr. 30.

[160] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024.

[161] Ibid., pr. 44.

[162] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 38.

En sådan fortolkning er i øvrigt understøttet i lovbemærkningerne til udbudslovens § 41, der implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3. I lovbemærkningerne til § 41 er det anført, at direktivets artikel 42, stk. 3[163], fastlægger kravene til, hvordan ordregiver skal angive de tekniske specifikationer ved den udbudte anskaffelse, og at denne anskaffelse kan foretages efter 4 metoder. Ved de 4 metoder refereres der til de oplistede i udbudsdirektivets artikel 42. stk. 3, litra a-d.

4.4 lagttagelse af de udbudsretlige principper ved fastsættelse af tekniske specifikationer

De tekniske specifikationer skal være i overensstemmelse med de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, der er fastsat i udbudslovens § 2, stk. 1 og udbudsdirektivets artikel 18, stk. 2. Dette kommer også til udtryk flere steder i bestemmelserne om tekniske specifikationer i udbudsloven og udbudsdirektivet, dog særligt tydeligt i ordlyden af udbudslovens § 40, stk. 4[164], hvorefter:

> ”*de tekniske specifikationer skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet, og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.”*[165]

Bestemmelsen er en udtrykkelig afspejling af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, hvorefter ensartede forhold ikke må behandles forskelligt.[166] Af præambelbetragtning nr. 74 i udbudsdirektivet fremgår det - i overensstemmelse med direktivets artikel 42, stk. 2 - at de tekniske specifikationer skal udformes på en måde, der åbner offentlige udbud for konkurrence. Dette indebærer, at de tekniske specifikationer skal gøre det muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud, som kan indeholde forskellige tekniske løsningsmuligheder.[167] Bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, og udbudslovens § 40, stk. 4, indeholder et forbud mod udarbejdelse af tekniske

---

[163] I lovbemærkning henvises der til artikel 23, stk. 3 i direktiv nr. 2004/18/EF, som var den på tidspunktet gældende bestemmelse.

[164] Som implementerer og indholdsmæssigt svarer til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2.

[165] Udbudslovens § 40, stk. 4.

[166] Lovbemærkning til udbudslovens § 40.

[167] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 74.

specifikationer, som medfører, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. Ordregiver må herefter ikke udarbejde tekniske specifikationer, som ubegrundet hindrer eller på anden måde kunstigt indsnævrer konkurrencen.[168] Når det af bestemmelsen fremgår, at ordregiver ikke må fremsætte krav, som *ubegrundet* hindrer konkurrencen, følger det heraf, at ordregiver godt kan fastsætte krav i de tekniske specifikationer, som medfører, at kun visse aktører kan deltage i udbuddet, så længe disse krav er sagligt begrundet.[169]

På trods af at særligt ligebehandlingsprincippet kommer til udtryk i ordlyden af direktivets og udbudslovens bestemmelser om tekniske specifikationer, er gennemsigtighedsprincippet dog også relevant. Princippet medfører, at de tekniske specifikationer skal udarbejdes, så det klart og tydeligt fremgår, hvilke egenskaber de tilbudte løsninger skal indeholde, samt hvilke egenskaber, der danner grundlaget for konkurrencen.[170] De beskrevne egenskaber i de tekniske specifikationer bør derfor være udformet således, at potentielle tilbudsgiver kan gennemskue, hvad der kræves ved afgivelse af tilbud.[171]

4.4.1 'Skræddersyet' udbud

Som tidligere nævnt i afsnit 4.2, indebærer udbudsdirektivets artikel 42, 1. stk., 2. pkt., at krav i de tekniske specifikationer, som vedrører øvrige faser i ydelsens livscyklus, skal være forbundet med kontraktens genstand og skal svare til kontraktens værdi og mål. Denne begrænsning er en afspejling af det krav om proportionalitet, som følger af udbudslovens § 2, hvorefter ordregiver kun kan fastsætte krav, som er nødvendige og passende for gennemførelsen af udbuddet.[172]

Dette indebærer, at de tekniske specifikationer ikke må være for vidtgående eller så detaljeret, at de reelt medfører, at konkurrencen kunstigt indskrænkes f.eks. ved en så detaljeret kravspecifikation, som reelt medfører at kun én enkelt aktør kan afgive tilbud, jf. bl.a. *Roche*-dommen. Dommen angik

---

[168] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 411 og lovbemærkninger til udbudslovens § 40.

[169] Lovbemærkning til udbudslovens § 40.

[170] Ibid.

[171] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 410.

[172] Lovbemærkning til udbudslovens § 40.

grænserne for det skøn, som en ordregiver har ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer. I den konkrete sag gjorde klager gældende, at det pågældende udbud indebar en uberettiget begrænsning af konkurrencen, idet de tekniske specifikationer var så specifikke, at de reelt var tilpasset kendetegnene for produkter af bestemte producenter af blodanalysatorer. Med andre ord var der tale om et såkaldt 'skræddersyet udbud'. På trods af, at Domstolen fandt, at det tilkom den forelæggende ret at foretage en konkret vurdering af, om de tekniske specifikationer i sagen var udarbejdet i overensstemmelse med ligebehandling- og proportionalitetsprincippet[173], bemærkede Domstolen, at:

> *"Overholdelsen af disse krav [udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2] er så meget desto vigtigere, når, som i det foreliggende tilfælde, de tekniske specifikationer, der fremgår af udbudsbetingelserne, er affattet særligt detaljeret."*[174]

Domstolen understregede ved ovenstående vigtigheden af, at der – særligt ved en høj detaljering i de tekniske specifikationer - foretages en vurdering af, om detaljeringsgraden er proportional.[175] Ordregiver bør derfor nøje overveje, om en høj detaljeringsgrad i de tekniske specifikationer er nødvendig for at beskrive og gennemføre ydelsen, idet en høj detaljeringsgrad øger sandsynlighed for et 'skræddersyet udbud', hvilket kan udgøre en overtrædelse af kravet om en lige og åben konkurrence i henhold til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2.

På trods af, at ordregiver ikke må udarbejde de tekniske specifikationer så detaljeret, at de reelt kunstigt indskrænker konkurrencen, jf. bl.a. *Roche*-dommen, bør det bemærkes, at ordregiver har et forholdsvis vidt skøn ved fastlæggelsen af kravene i de tekniske specifikationer.[176] Dette er også understreget i *Roche*-dommen, som begrunder ordregivers vide skønsmargin med, at det som udgangspunkt er ordregiver der har bedst kendskab til sit eget behov og den ønskede ydelse, og dermed bedst kan fastlægge de krav, som er nødvendige for at opnå ordregivers ønskede resultat.[177] Ordregivers vide skøn ved fastlæggelsen af den udbudte ydelse, skal dog altid udøves under hensynet

---

[173] C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika,* dom af 25. oktober 2018, pr. 44.

[174] Ibid., pr. 37.

[175] Se hertil bl.a. C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika,* dom af 25. oktober 2018, pr. 41.

[176] Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"* (2024), s. 435.

[177] C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika,* dom af 25. oktober 2018, pr. 29-31.

til den effektive konkurrence, hvilket også er gengivet i en række af klagenævnets kendelser.[178] Der kan derfor opstå situationer, hvor ordregiver kan være berettiget til at fastsætte de tekniske specifikationer således, at kun få virksomheder vil kunne opfylde disse. Dette er understøttet i ordlyden af artikel 42, stk. 2, hvorefter *"De tekniske specifikationer […], må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at offentlige udbud åbnes for konkurrence."*[179] [min understregning]. Når kravene imidlertid er opstillet i så detaljeret omfang, at de reelt indskrænker konkurrencen ved at favorisere en eller flere tilbudsgivere, vil ordregivers bevisbyrde for, at kravene er nødvendige og proportionale imidlertid være skærpet.[180]

4.4.1.1 Eksempler fra praksis

Ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet er derfor særligt relevant ved ordregivers udarbejdelse af de tekniske specifikationer, da ordregiver alene må fastsætte krav, som er forbundet med kontraktens genstand, og disse ikke må være konkurrencebegrænsende, medmindre ordregiver kan godtgøre, at kravene er sagligt begrundet. Af eksempler fra praksis, hvor ordregiver fandtes at have en saglig begrundelse for krav, som medførte, at kun visse aktører kunne afgive tilbud, kan der henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2023, *Oshkosh Airport Products, United States of America mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.* Klagenævnet fandt, at ordregiver for hver af de tekniske specifikationer, som klagen angik, havde angivet sagligt og relevante grunde for de respektive krav, som afspejlede ordregivers behov.[181] Det konkrete udbud var et offentligt udbud af anskaffelse af crashtendere[182], en crashtendersimulator og tilhørende drifts- og vedligeholdelsesaftale med reservedele til brug i danske militære lufthavne. I de tekniske specifikationer var der bl.a. stillet krav til køretøjets maksimale bredde og højde. Ordregiver havde under udbudsprocessens redegjort for hensynet til kravene, herunder at Forsvarets garageforhold satte en begrænsning for køretøjets maksimale højde, samt at områderne udenfor flyvestationerne havde

---

[178] Se hertil bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune,* s. 16, og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* s. 20.

[179] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2.

[180] Fabricius: *"Offentlige indkøb i praksis"* (2024), s. 435.

[181] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2023, *Oshkosh Airport Products, United States of America mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse,* s. 13.

[182] Et særligt brandslukningskøretøj designet til at slukke flybrænde.

udfordringer med tilladelser til kørsel i crashtendere, som var bredere end den fastsatte maksimale bredde.[183] Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tilsidesætte ordregivers skøn ved fastsættelse af kravene i de tekniske specifikationer, da kravene var begrundet i hensyn til den praktiske anvendelse af køretøjerne. Der var ligeledes fremsat krav om, at køretøjet skulle have en dieselmotor under hensyn til økonomi og da nyere teknologier ikke var tilstrækkeligt afprøvet. Klagenævnet fandt heller ikke på denne baggrund grundlag for at tilsidesætte ordregivers skøn. Klagenævnet fandt, at ordregiver for alle de påklagede krav i de tekniske specifikationer, havde angivet saglige grunde til de krav, som afspejlede ordregivers behov. På denne baggrund havde ordregiver ikke handlet i strid med udbudslovens §§ 40 og 42, eller principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.[184]

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. oktober 2013, *Gambro Denmark, Filial af Gambro Lundia AB Sverige mod Region Sjælland,* angik et udbud af en rammeaftale med én økonomisk aktør om køb af dialysemaskiner. Der var kun to virksomheder på det danske marked, som kunne levere den udbudte ydelse.[185] Klagenævnet udtalte hertil, at i en situation, hvor der alene er to aktører, som kunne forventes at afgive tilbud, vil ordregivers opstilling af specifikke og detaljerede krav til ydelsen kunne indebære, at én eller begge tilbudsgiver ikke ville kunne opfylde kravene. Dette skulle imidlertid holdes op imod ordregivers vide skøn til at beskrive den ønskede ydelse og fastsættelsen af kravene hertil. Kendelsen er særligt interessant, idet klagenævnet i forhold til saglighed og proportionalitet, særligt påpegede, at der bør være saglige overvejelser bag ordregivers beslutning om at opstille krav som mindstekrav fremfor konkurrenceparametre.[186] Dette er formentligt under hensyn til, at ordregiver er forpligtet til at udelukke virksomheder, som ikke opfylder mindstekravene, idet tilbudsgivere ikke kan tage forbehold for mindstekrav. Konkurrenceparametre medfører derimod ikke afvisning af virksomheder, men er i stedet de parametre, som ordregiver har fastsat i udbudsmaterialet, med henblik på at kunne evaluere, i hvilken grad den enkelte tilbudsgiver opfylder

[183] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2023, *Oshkosh Airport Products, United States of America mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse,* s. 6-8.

[184] Ibid., s. 13-14

[185] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. oktober 2013, *Gambro Denmark, Filial af Gambro Lundia AB, Sverige mod Region Sjælland,* s. 1.

[186] Ibid., s. 31.

disse.[187] Når der kun er to potentielle virksomheder, der har mulighed for at afgive tilbud, kan ordregivers angivelse af et specifikt og detaljeret mindstekrav med større sandsynlighed medføre, at en tilbudsgiver bliver udelukket fra at afgive tilbud. Kendelsen understreger, at ordregiver skal godtgøre, hvorfor det har været sagligt og nødvendigt, at et potentielt konkurrencebegrænsende krav opstilles i de tekniske specifikationer, f.eks. som et mindstekrav, fremfor at kravet indarbejdes som et konkurrenceparameter. Af kendelsen kan det desuden udledes, at ordregivers adgang til at fastsætte potentielt konkurrencebegrænsende krav i kravspecifikationen - under hensyntagen til proportionalitetsprincippet – muligvis er snævrere, end hvis et sådant krav udarbejdes som led i tildelingen. Ordregivers fastsættelse af konkurrenceparametre vil dog ikke blive behandlet nærmere.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. oktober 2023, *Liebherr-MCCtec Rostock GmbH mod Køge Havn,* var det ikke godtgjort, at udbudsmaterialet indeholdt mindstekrav, som favoriserede en enkelt aktør og dermed kunstigt begrænsede konkurrencen. De to mindstekrav angik krav om en havnekrans løftekapacitet på op til 125 ton, samt et krav om en udvendig gangbro i begge sider af kabinen.[188] I klagenævnets kendelse, blev det tillagt betydning, at der forud for udbuddet var gennemført en markedsundersøgelse, hvorefter ordregiver havde fundet, at der var flere leverandører på markedet, som kunne tilbyde en havnekran med den påkrævede løftekapacitet på op til 125 ton.[189] Ligeledes var det også ubestridt, at klager i sit sortiment var i besiddelse af en kran med den påkrævede løftekapacitet, men blot i sit tilbud af prismæssige hensyn havde valgt at tilbyde en kran med en løftekapacitet, som ikke opfyldte mindstekravet.[190] Kravet til gangbroen var fastsat på baggrund af en dialog med de operatører, som til dagligt styrede havnekranen, og som udtrykte ønske om en udvendig gangbro i begge sider af kabinen bl.a. under hensyn til en lettere rengøring af ruderne.[191] Således var der ikke noget grundlag for at antage, at ordregiver havde fastsat det pågældende mindstekrav på et usagligt grundlag, herunder med det formål at favoriserer den vindende tilbudsgiver, eller at udelukke øvrige potentielle tilbudsgivere.[192] Kendelsen understreger, at

---

[187] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 423.

[188] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. oktober 2023, *Liebherr-MCCtec Rostock GmbH mod Køge Havn,* s. 3.

[189] Ibid., s. 19.

[190] Ibid., s. 20.

[191] Ibid., s. 3 og s. 20.

[192] Ibid., s. 20.

ligebehandlingsprincipper ikke indebærer, at ordregiver er forpligtet til at ændre sine tekniske krav til ydelsen, så længe disse er sagligt begrundet. Dette gælder også, selvom ændringerne kunne sikre en bredere konkurrence om udbuddet.

5. Forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer

I udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4 og udbudslovens § 42, stk. 1, er der indført et forbud mod henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer. Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4 er indholdsmæssigt en videreførelse af 2004-udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8. En bestemmelse om et forbud mod henvisninger til varemærker i de tekniske specifikationer har dog rødder helt tilbage til de første EU-regler på udbudsområdet, og fremgår bl.a. i bygge- og anlægsdirektivet af 26. juli 1971.[193] I bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 2, fremgik det allerede dengang, at:

> ”*Medmindre kontraktgenstanden berettiger dertil, skal medlemsstaterne […] forbyde, at der indføres tekniske specifikationer, som nævner varer af et bestemt fabrikat eller hidrørende fra et bestemt sted, eller specielle metoder, og som har den virkning at begunstige eller udelukke bestemte virksomheder. Således er det især forbyde at anføre varemærker, patenter eller typer eller at anføre en bestemt oprindelse eller en bestemt fabrikation […]”*[194]

En lignende bestemmelse kan findes i det gældende udbudsdirektiv i artikel 42, stk. 4, samt den tilsvarende danske implementering af bestemmelsen i udbudsloven. Udbudsloven § 42, stk. 1, præciserer nærmere, at ordregiver i de tekniske specifikationer ikke må:

---

[193] Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

[194] Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, artikel 10, stk. 2.

> *"1) Angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller*
> *2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres."*[195] [min understregning]

Udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 1, indeholder et forbud mod udarbejdelse af tekniske specifikationer der angiver et bestemt fabrikat, oprindelse eller fremstillingsproces, som kendetegner de produkter, som en bestemt aktør leverer. Således kan der af bestemmelsen udledes et forbud mod udarbejdelse af tekniske specifikationer, hvori der f.eks. angives et bestemt fabrikat eller en bestemt fremstillingsproces, som reelt medfører, at udbuddet 'skræddersys' til en enkelt leverandør. Ordregiver må således ikke have en bestemt leverandør i tankerne ved udformningen af udbuddet, og derefter fastsætte kravene til ydelsen, så de reelt afspejler denne leverandørs produkt eller ydelse.

Efter bestemmelsen er det den klare hovedregel, at ordregiver ikke kan angive varemærker, fabrikater mv., når disse kendetegner en bestemt økonomisk aktør, eller når en sådan henvisning medfører, at en eller flere virksomheder/varer favoriseres eller elimineres.

5.2 Betingelsen om favorisering eller eliminering af en varer eller virksomhed

I § 42, stk. 1, nr. 2, kan det udledes som en betingelse for, at forbuddet finder anvendelse, at en sådan henvisning medfører, at en aktør/en varer favoriseres eller elimineres. Hvor en sådan henvisning muligvis ikke medføre favorisering eller eliminering af en virksomhed eller en varer, er der i den juridiske litteratur nævnt som eksempler: i) en henvisning til en bestemt fremstillingsproces, men hvor alle aktører benytter den samme proces, og ii) der er udelukkende et produkt, som er produceret af kun én aktør, der kan opfylde ordregivers behov.[196]

---

[195] Udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 1 og 2.

[196] Arrowsmith: *"The Law Of Public and Utilities Procurement",* (2005), s. 1131.

Førstnævnte eksempel kaldes også de facto-standarder, og indebærer, at en bestemt virksomheds produkt er blevet standarden, som alle aktører på det pågældende marked anvender, hvorfor der på den ene side kan argumenteres for, at der ikke sker en favorisering af bestemte virksomheder. Det er dog omdiskuteret i den juridiske litteratur, hvorvidt varemærker kan og bør anerkendes, som de-facto standarder.[197] Først og fremmest er en de facto-standard ikke udpeget af et autoritativt organ, hvorfor vurdering af om et varemærke er en de facto-standard, ville skulle afgøres ud fra udbredelsen af varemærket inden for det pågældende marked. Der kan ved afgørelsen af en sådan bevisvurdering formentlig opstå store vanskeligheder.[198] Derudover kan der ved anerkendelse af de facto-standarder opstå det problem, at det kan blive ugennemsigtigt at anvende et varemærke mv. som reference, da det ikke er tydeligt for tilbudsgivere, hvilke egenskaber ved produktet, der reelt er ønsket indeholdt i ordregivers kravspecifikation, og hvilke egenskaber der er overflødige. Uden at gå nærmere ind i diskussionen om anerkendelsen af de facto-standarder, vil det dog i praksis være svært at forstille sig et scenarie, hvor en økonomisk aktør ikke favoriseres ved angivelse af dennes varemærker. En henvisning til et konkret varemærke vil formentligt altid give varemærkeindehaveren en fordel i konkurrencen, da denne er den eneste som med sikkerhed ved, at dennes produkt opfylder ordregivers krav i de tekniske specifikationer.[199]

Det generelle varemærkeforbud er da også i overensstemmelse med reglerne om udarbejdelsen af tekniske specifikationer herunder udbudslovens § 40, stk. 4, der også er en afspejling af ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Havde der ikke været fastsat et forbud mod henvisning til varemærker, fabrikater mv., havde en sådan henvisningen netop ville kunne medføre at konkurrencen begrænses eller fordrejes. Et krav om anvendelse af et bestemt varemærke, vil kunne medføre, at konkurrencen begrænses til én eller få tilbudsgivere, som kan levere det specifikke varemærke. Tilbudsgivere med produkter af øvrige mærker vil afgive tilbud, som potentielt vil være ukonditionsmæssige, da de ikke vil opfylde kravene i de tekniske specifikationer, og indehaveren af varemærket vil være den eneste, hvis ydelse med sikkerhed opfylder kravene i de tekniske specifikationer.

---

[197] Christensen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter – en kommentar",* U.2008B.112, s. 1, afsnit 1.1.

[198] Ibid., s. 2, afsnit 1.1.

[199] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 3, afsnit 3.4.1.

Sekundært vil det ved henvisning til et specifikt varemærke være ugennemsigtigt, hvilke krav ordregiver stiller til ydelsen, idet det ikke nærmere uddybes hvilke af varemærkets egenskaber, der er relevante for ordregivers behov f.eks. produktets funktion, design, kvalitet mv.[200] Angivelsen af varemærker i de tekniske specifikationer vil således være i modstrid med formålet bag udbudsdirektivets regler om fri bevægelighed, herunder særligt formålet om effektiv konkurrence, idet konkurrencen af den ønskede ydelse enten fuldkommen hindres eller begrænses ved et krav om anvendelsen af et specifikt varemærke.[201]

5.3 En eller to undtagelser til forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv.?

Det fremgår imidlertid af ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, og udbudsdirektivet artikel 42, stk. 4, at der kan være undtagelser, som legitimerer ordregivers henvisning til et varemærke, fabrikat mv. I bestemmelserne for udbudsdirektivet og udbudsloven anvendes formuleringerne "*undtagelsesvis tilladt"* og *"i særlige tilfælde"*, der understreger, at den klare hovedregel er, at ordregiver ikke må foretage henvisninger til varemærker, fabrikater mv., og at der er tale om en undtagelsesregel. Ordlyden af bestemmelserne i udbudsloven og udbudsdirektivet er dog ikke ens, hvorefter det vil blive undersøgt, om bestemmelserne har det samme materielle indhold.

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4:	**Udbudslovens § 42, stk. 2:**
"*Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse […] med det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3. En sådan angivelse eller henvisning efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«."*[202]	"*En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen eller tilsvarende*."[203]

[200] Lovbemærkning til udbudslovens § 42.

[201] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 1, afsnit 1.

[202] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Mine understregninger.

[203] Udbudslovens § 42, stk. 2. Mine understregninger.

5.3.1 Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Særligt ordlyden af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, giver anledning til at sætte spørgsmål ved, om der reelt er tale om én eller to undtagelser til forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv. I artikel 42, stk. 4, er det angivet, at *"medmindre kontraktens genstand gør det berettiget"*[204] må der ikke henvises til varemærker, fabrikater mv. og at en henvisning undtagelsesvis er tilladt, *"hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3."*[205] Til den sidste del er ligeledes tilknyttet et krav om angivelse af udtrykket 'eller tilsvarende'. Det bemærkes, at der i direktiverne før 2004-udbudsdirektivet i stedet blev anvendt formuleringen 'eller dermed ligestillet', hvilket også er afspejlet i ældre praksis fra EU-Domstolen.[206]

Ordlyden af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, åbner - i modsætning til udbudslovens § 42, stk. 2 - op for en fortolkning af bestemmelsen, hvor der er to undtagelsesmuligheder til forbuddet mod henvisning til varemærker: (i) når *kontraktens genstand gør det berettiget* eller (ii) når en *tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse* af kontraktens genstand ikke er mulig, *og* denne henvisning er efterfulgt af udtrykket *'eller tilsvarende'*. Problemstillingen vil blive nærmere behandlet med udgangspunkt i retspraksis nedenfor.

Fra EU-Domstolen findes der praksis, som kan understøtte en fortolkning af, at der kun foreligger én undtagelsesbestemmelse, herunder i dom af 24. januar 1995 i sag C-359/93[207] ("*Unix*"), hvor der i sagen alene blev henvist til artikel 7, stk. 6, i det dagældende direktiv om offentlige indkøb[208], hvorefter Domstolen angiver, at det er forbudt at anføre varemærker uden tilføjelsen af 'eller dermed

---

[204] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. pkt.

[205] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 2. pkt.

[206] Se hertil f.eks. C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995.

[207] C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995.

[208] Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF og Rådets direktiv 88/295/EØF.

ligestillet', når aftalens genstand ikke kan beskrives på en måde, som er tilstrækkeligt nøjagtig og forståelig. I *Unix*-dommen behandler domstolen således udelukkende varemærkeforbuddet i henhold til, om denne er omfattet af én undtagelse, hvorefter der skal være angives udtrykket 'eller dermed ligestillet'.

I praksis fra Klagenævnet for Udbud findes en kendelse, der understøtter en lignende opfattelse, som den der kan udledes i EU-Domstolens afgørelse i *Unix*. Klagenævnets kendelse af 5. august 2003, *Georg Berg A/S mod Køge Kommune,* omhandlede et udbud efter det tidligere bygge- og anlægsdirektiv, hvorefter der i udbudsbetingelserne var anført, at forskellige materialer skulle være 'som' nærmere angivne referenceprodukter, og at disse referenceprodukter var et udtryk for bygherres krav til art, kvalitet, funktion, geometri mv.[209] Der var herefter i udbudsmaterialet angivet, at tagisoleringsmateriale skulle være *"som 'Rockwool Ucoatede lameltagkiler'."*[210] Det interessante i kendelsen er herefter, at Klagenævnet i sin afgørelse udtalte, at kravet om, at isoleringen skulle være *som* Rockwool lameltagkiler, var i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, "*allerede fordi denne bestemmelse kræver, at der ved henvisning til referenceprodukter bruges formuleringen 'eller dermed ligestillet'*".[211]

Klagenævnet behandler i kendelsen - i overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse i Unix - slet ikke muligheden for, at ordregiver kan henvise til et varemærke, fabrikat mv., hvor dette ikke er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'. Klagenævnet understreger hermed, at undtagelsesbestemmelsens anvendelsesområde udelukkende indeholder én undtagelse, hvori ordregiver i alle tilfælde skal benytte formuleringen 'eller dermed ligestillet' (nu 'eller tilsvarende').

I kendelsen fastslog klagenævnet desuden, at en sådan henvisning til et varemærke efterfulgt af 'eller tilsvarende' i den konkrete situation alligevel ikke ville have været berettiget, da det ønskede isoleringsmateriale godt kunne være beskrevet ved nøjagtige og forståelige specifikationer uden brug af et referenceprodukt. Klagenævnet udtalte herefter:

---

[209] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. august 2003, *Georg Berg A/S mod Køge Kommune,* s. 2.

[210] Ibid., s. 3.

[211] Ibid., s. 6.

> *"[...], at indklagede, har handlet i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne [...] at have henvist til Rockwool lameltagkiler, allerede fordi der ikke blev anvendt formuleringen 'eller dermed ligestillet', men også bortset herfra."*[212] [min understregning]

Meget taler således for, at EU-Domstolen og klagenævnet - i hvert fald i ældre praksis - fortolker indholdet af de tidligere bestemmelser, der indholdsmæssigt svarer til den nugældende artikel 42, stk. 4, så de udelukkende indeholder én undtagelse, hvorefter ordregiver under ingen omstændigheder kan henvise til et varemærke, fabrikat mv., uden at dette er efterfulgt af udtrykket 'eller dermed ligestillet'/'eller tilsvarende'.

Der findes dog én ældre kendelse, hvor klagenævnet alligevel fandt, at der godt kunne ske en sådan henvisning til et varemærke uden angivelse af 'eller tilsvarende'. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* fandt klagenævnet helt særegent, at ordregiver i et udbud angående vedligeholdelse og udskiftning af VVS-udstyr, havde været berettiget til i udbudsbetingelserne at henvise til varemærker og specifikke VVS-produktionsnumre. Ordregiver havde haft en interesse i, at udskiftningen af VVS-udstyret, så vidt det var muligt, enten helt svarede til eller bedst harmonerede med de VVS-elementer, som i forvejen var i lejlighederne. Ordregiver havde angivet, at henvisningerne var sket for *"i videst muligt at omfang at fastholde det aktuelle præg."*[213] Der kan heraf ikke udelukkes, at der ud fra et hensyn om kompatibilitet mellem tekniske installationer[214], kan foreligge tilfælde, hvor ordregiver var berettiget til at henvise til varemærker, fabrikater mv., uden angivelsen af 'eller tilsvarende' i medfør af 2004-udbudsdirektivet artikel 23, stk. 8 (nu udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4). Det bør dog bemærkes, at kendelsen står i klar modsætning til klagenævnets og EU-Domstolens ellers restriktive praksis, hvorefter en henvisning til et varemærke mv. kun er berettiget i absolutte

---

[212] Ibid., s. 7.

[213] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* s. 12.

[214] Berg: *"Udbudsret i Byggeriet"* (2012) s. 415 og 426.

undtagelsestilfælde, og hvor henvisninger til referenceprodukter altid vil være betinget af at det efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende'.[215]

I den juridiske litteratur findes der imidlertid argumenter for, at udbudsdirektivet indeholder to undtagelser. S. Arrowsmith anfører om de daværende tilsvarende bestemmelser herunder bl.a. 2004-udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8: *"There is also an exception when the subject of the contract makes the use of a reference to a particular make, source, etc. 'indispensable'."*[216] På denne baggrund kan der forekomme tilfælde, hvor kontraktens genstand kan medføre at en henvisning til et varemærke kan være uundgåelig. Arrowsmith oplister som eksempel, f.eks. ordregivers behov for at sikre at den udbudte ydelse er kompatibel med allerede eksisterende produkter. Arrowsmith angiver desuden, at der findes en anden undtagelse til forbuddet mod henvisning til varemærker, fabrikater mv., som dog er betinget af et krav om tilføjelsen af udtrykket 'eller tilsvarende' efter angivelsen af varemærket:

> *"There is also a further exception where this is the only way a subject-matter of the contract can be described in a way which is sufficiently precise and intelligible, provided, however, that the words 'or equivalent' are appended to the description."*[217] [min understregning]

Således findes der argumenter i den juridiske litteratur, som taler for, at der eksisterer to undtagelser til forbuddet mod henvisning, hvorefter kun én af undtagelserne er betinget af, at ordregiver desuden tilføjer udtrykket 'eller tilsvarende'.

Denne fortolkning af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er efterfølgende fastslået i EU-Domstolens nye afgørelse af 16. januar 2025 i *DYKA.* Dommen angik et udbud af et anlæg af en kloakledning,

---

[215] Se hertil f.eks. C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. marts 1999, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening Slagelse,* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. august 2003, *Georg Berg A/S mod Køge Kommune.*

[216] Arrowsmith:*"The Law Of Public and Utilities Procurement",* (2005), s. 1131.

[217] Ibid.

hvor det af de tekniske specifikationer fremgik, at kloakrørene skulle være af stentøj og beton.[218] Dommens præmis nr. 50 og 51, bidrager særligt til fortolkningen af, om udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder én eller to undtagelser. Domstolen anførte ikke overraskende, at der undtagelsesvis i de tekniske specifikationer kan angives en henvisning til varemærker mv., når det ikke i sig selv er muligt at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand i medfør af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a-d. I et sådant tilfælde, skal ordregiver i overensstemmelse med artikel 42, stk. 4, 3. pkt., efterfølge henvisningen med udtrykket 'eller tilsvarende'.[219]

Det er dog domstolens efterfølgende udtalelser i *DYKA*-dommens pr. 51, der nærmere bidrager med en fortolkning af indholdet i ordlyden 'medmindre kontraktens genstand gør det berettiget' i direktivets artikel 42, stk. 4, 1.pkt. Domstolen anfører, at

> *"Som det fremgår af sætningsleddet »medmindre kontraktens genstand gør det berettiget« […], kan de i denne bestemmelse omhandlede henvisninger **også** foretages, når det er berettiget i lyset af kontraktens genstand."*[220] [min understregning og fremhævning]

På baggrund af placeringen af udtrykket 'medmindre' i starten af stk. 4, som adskiller sig fra direktivets 2. pkt., har ordregiver herefter mulighed for at fravige det øvrige indhold af stk. 4, herunder det generelle forbud om henvisning til varemærker mv., samt bestemmelsens 2. og 3. pkt.[221]

I generaladvokatens forslag til afgørelse[222] i *DYKA*-sagen kommer generaladvokaten frem til samme konklusion, som domstolens afgørelse i *DYKA*. I generaladvokatens gennemgang af forbuddets anvendelsesområde er der desuden foretaget følgende opdeling: a) berettigelse som følge af kontraktens genstand, b) undtagelsesvis tilladelse som følge af manglende mulighed for at give en

---

[218] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* dom af 16. januar 2025, pr. 2 og 15.

[219] Ibid., pr. 50.

[220] Ibid., pr. 51.

[221] Ibid.

[222] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024.

detaljeret beskrivelse af kontraktens genstand, og c) udtrykket 'eller tilsvarende'. Særligt for udtrykket 'eller tilsvarende' skriver generaladvokaten, at der i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er opstillet en dobbelt betingelse om, at i) henvisningen eller angivelsen skal være nødvendig for at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand og ii) den skal være ledsaget af udtrykket 'eller tilsvarende'.[223] En sådan dobbelt betingelse kan imidlertid ikke udledes af berettigelse som følge af kontraktens genstand.

Således findes der klare argumenter i EU-domstolens afgørelse og generaladvokatens forslag til afgørelse i *DYKA-sagen* om, at der gælder en yderligere undtagelse til forbuddet mod henvisninger til varemærker end den i bestemmelsens 2. pkt., hvorefter der kan henvises til varemærker, fabrikater mv., når kontraktens genstand berettiger dette. En sådan undtagelse er i medfør af *DYKA*-dommen ikke betinget af et tilsvarende krav om anvendelsen af udtrykket 'eller tilsvarende', som efter bestemmelsens 3. pkt.[224]

5.3.1.1 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse må det formentligt antages, at der findes to undtagelser til det generelle forbud mod henvisning til varemærker, fabrikater mv. i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Således kan ordregiver undtagelsesvis være berettiget til at angive et varemærke, fabrikat mv., når i) kontraktens genstand gør det berettiget, eller ii) når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelsen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, dog betinget af, at en sådan henvisning er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'.

Anvendelsesområdet og en gennemgang af relevant praksis for begge undtagelser er nærmere uddybet i henholdsvis afsnit 5.4 og afsnit 5.5.

5.3.2 Udbudslovens § 42, stk. 2.

Ordlyden i udbudslovens § 42, stk. 2, adskiller sig fra ordlyden af den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet på grund af dens manglende to-leddet opbygning.[225] Kigges der udelukkende på

---

[223] Ibid., pr. 84.

[224] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* dom af 16. januar 2025, pr. 51.

[225] Berg (red. Treumer): *"Udbudsloven"* (2016), s. 613.

ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, kan der udtrykkeligt kun udledes én undtagelse til henvisning til varemærker, hvorefter der i særlige tilfælde kan henvises til et varemærke, når *"en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1."*[226] Denne undtagelsesbestemmelse kan kun anvendes ved angivelse af udtrykket 'eller tilsvarende', hvilket er særligt understreget i bestemmelsens ordlyd ved brug af ordet 'skal'. Det er desuden understøttet i lovbemærkningerne til udbudslovens § 42, at bestemmelsen udelukkende indeholder én undtagelsesbestemmelse. Lovgiver har heri anført:

> *"I forhold til artikel 42, stk. 4, er det i § 42, stk. 2, præciseret, at bestemmelsen alene indeholder en undtagelse til hovedreglen om, at der ikke kan henvises til et bestemt fabrikat m.v."*[227]

Denne udarbejdelse af ordlyden i udbudslovens § 42, stk. 2, der implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er som følge af, at den danske lovgiver har fortolket udbudsdirektivets varemærkebestemmelse som indeholdende én undtagelse. Bemærkningerne til loven henviser i denne sammenhæng til, at de to dele i artikel 42, stk. 4, er forbundet, da der i andet led af direktivets bestemmelse henvises til *'en sådan angivelse eller henvisning'*, hvorefter der ikke er tale om to selvstændige undtagelser.[228] Lovgiver finder således, at der kun findes én undtagelse, da 1. og 2. led er forbundet, således, at ordregiver undtagelsesvis kan henvise til et varemærke, et fabrikat mv., når *"kontraktens genstand gør det berettiget, fordi en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre."*[229] [min understregning].

Ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, er med overvejende sandsynlighed udarbejdet ud fra Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning. Udvalg om Dansk Udbudslovgivning (herefter "Udvalget") blev nedsat i juni 2013 med det formål at udarbejde et udkast til et samlet og klart regelsæt, som skulle implementere det nugældende udbudsdirektiv i dansk ret.[230] I rapporten fremgår udvalgets

---

[226] Udbudslovens § 42, stk. 2, 1. pkt.

[227] Lovbemærkning til udbudslovens § 42.

[228] Ibid.

[229] Ibid.

[230] Udvalg om Dansk Udbudslovgivning: *"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"* (2014), s. 5.

forslag til den danske implementering af direktivets artikel 42, stk. 4. Ordlyden af udvalgets forslag til lovens § 41, stk. 2 (nu udbudslovens § 42, stk. 2) er nemlig indholdsmæssigt ens med ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, dog med små sproglige ændringer, som er understreget nedenfor:

> *"En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, hvis kontraktens genstand gør det berettiget, herunder hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig ved anvendelse af metoderne i henhold til § 40, stk. 1 [nu § 41, stk. 1]. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen 'eller tilsvarende'."*[231] [min understregning]

Indholdet i ordlyden af udvalgets forslag til den nugældende § 42, stk. 2, er indholdsmæssigt tilsvarende med den nugældende bestemmelse. Ordlyden i bestemmelsen fra udvalgets rapport tydeliggør dog, at den to-leddet opbygning i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, er sammenhængende og ikke udgør to separate undtagelser. Udvalget skriver i sine bemærkninger til § 41, stk. 2 (nu udbudslovens § 42, stk. 2), at kontraktens genstand undtagelsesvis kan berettige en henvisning til et varemærke, fabrikat mv., efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende', hvis det ikke kan lade sig gøre at foretage en tilstrækkelig nøjagtig beskrivelse af kontraktens genstand ud fra de tekniske specifikationer. Der er således ikke tvivl om, at udvalget har været af den overbevisning, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder én undtagelse, som er betinget af en efterfølgende angivelse af 'eller tilsvarende'.

5.4 Undtagelse - angivelse af 'eller tilsvarende'

Af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4 og udbudslovens § 42, stk. 2, kan det udledes, at det kun er i de tilfælde hvor, det ikke er muligt at fastsætte en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ved brug af funktionskrav eller standarder, at ordregiver kan henvise til et varemærke efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'. Der er dermed tale om en snæver undtagelsesbestemmelse, hvorefter ordregiver ikke uhindret kan angive et referenceprodukt ved blot at tilføje 'eller tilsvarende' efterfølgende.

[231] Ibid., § 41, stk. 2, s. 29

Dette er understøttet i Klagenævnets kendelse af 12. april 2005, *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt,* angående varemærkeforbudsbestemmelsen i det dagældende bygge- og anlægsdirektiv artikel 10, stk. 6. Klagenævnet udtalte, at en henvisning til et varemærke, fabrikat mv. kun er tilladt i de tilfælde, hvor ordregiver *undtagelsesvis* ikke har mulighed for at beskrive kontraktens genstand ved hjælp af specifikationer, der er tilstrækkelige nøjagtige og forståelige for alle parter.[232] Klagenævnet fandt herefter, at en generel bestemmelse i aftalegrundlaget om, at henvisninger til varemærker alene skal danne norm for kravene til funktion, kvalitet, æstetik og geometri, *"[imidlertid ikke fritager] indklagede for i hvert enkelt tilfælde at overveje, om kontraktgenstanden muligt kunne beskrives tilstrækkelig nøjagtigt og forståeligt uden henvisning til referenceprodukter."*[233]

Kendelsen understreger, at ordregiver ikke kan henvise til varemærker, fabrikater mv., selvom disse i udbudsmaterialet er angivet udelukkende som en reference til kravene til ydelsens egenskaber, hvis de tekniske specifikationer kunne være beskrevet tilstrækkeligt uden angivelse af et varemærke. Det blev i den forbindelse også tillagt betydning at beskrivelserne af referenceprodukternes tekniske specifikationer, som under klagesagen blev fremlagt for klagenævnet, var korte, præcise og lette at forstå. Dette talte for, at det ikke havde været vanskeligt for ordregiver, og da slet ikke umuligt at beskrive kontraktens genstand ved brug af tilstrækkelige nøjagtige og forståelige specifikationer.[234]

I en ældre Klagenævns kendelse fra 1. marts 1999, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse* ("*Enemærke*"), der angik et udbud efter det tidligere bygge-og anlægsdirektiv[235], fandt klagenævnet, at en henvisning til et referenceprodukt var i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6[236], da det ikke fandtes godtgjort, at den udbudte

---

[232] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. april 2005, *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt,* s. 14.

[233] Ibid.

[234] Ibid.

[235] Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

[236] Indholdsmæssigt tilsvarende til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, dog med enkelte sproglige ændringer.

ydelse ikke kunne have været tilstrækkeligt beskrevet uden en henvisning til et referenceprodukt.[237] I overensstemmelse med det tidligere fremhævede citat fra Klagenævnets kendelse af 5. august 2003, *Georg Berg A/S mod Køge Kommune,* bemærkede klagenævnet i *Enemærke*-kendelsen, at en sådan henvisning var i strid med direktivet, og *"at dette ville have været tilfældet, også selv om man havde anvendt formuleringen 'eller dermed ligestillet'."*[238] Særligt interessant for *Enemærke*-kendelsen, er dog klagenævnets udtalelser angående de potentielle økonomiske udgifter, der kan opstå for ordregiver ved komplekse udbud, der medfører et behov for teknisk bistand ved udarbejdelsen af de tekniske specifikationer. I kendelsen lagde klagenævnet til grund, at det er mest nærlæggende at antage, at ordregivers henvisning til et referenceprodukt var økonomisk begrundet, i det en sådan henvisning ville spare en udgift til en eventuel nødvendig teknikerbistand både ved udarbejdelsen af de tekniske specifikationer og ved den efterfølgende vurdering, der kunne opstå af tilsvarende ydelser. Klagenævnet udtaler hertil:

> *"Vi lægger imidlertid herover vægt på, at tærskelværdierne i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 6 må have til formål bl.a. at identificere de udbud, der som følge af deres størrelse kan bære udgifterne til teknikerbistand som omtalt."*[239]

Af ovenstående citat fra klagenævnet, kan der argumenteres for, at den omstændighed, at ordregiver har økonomiske udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af de tekniske specifikationer, ikke udgør en omstændighed, som kan begrunde, at ordregiver er berettiget til at henvise til et varemærke, fabrikat mv., i medfør af 'eller tilsvarende '-undtagelsen. En sådan fortolkning er også mest nærliggende da, det jo ikke er umuligt for ordregiver at foretage en nøjagtig beskrivelse af kontraktens genstand efter mulighederne i udbudslovens § 41, stk. 1, dog med udgifter til eventuel teknisk bistand.

Af ovenstående citat, er det nærliggende at konkludere, at der for offentlige kontrakter over tærskelværdien, som allerede har en vis størrelse, må veje et tungere hensyn til konkurrencen end de

---

[237] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. marts 1999, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse,* s.7-8.

[238] Ibid., s. 9.

[239] Ibid.

merudgifter ordregiver bliver underlagt som følge af at skulle udarbejde en objektiv kravspecifikation efter kravene i udbudslovens § 41, stk. 1.[240]

5.4.1 Bevisbyrden for en 'tilsvarende' ydelse

Når der stilles krav til ordregiver om, at referencer til varemærker, fabrikater mv., skal efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende', er det relevant at fastslå, hvordan og hvem der bedømmer om et givent produkt fra en tilbudsgiver er tilsvarende. Hverken udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, eller udbudslovens § 42, stk. 2, angiver på hvilken måde, eller hvornår det skal godtgøres, at en tilbudsgivers produkt er 'tilsvarende'.

I udbudsdirektivets artikel 42, stk. 5-6, fremgår det, at når ordregiver fastsætter de tekniske specifikationer som funktionskrav eller ved henvisning til standarder, jf. udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, kan ordregiver ikke afvise tilbudsgivers tilbud, hvis tilbudsgiver i sit tilbud godtgør, at den tilbudte løsning på en tilsvarende måde opfylder de fastsatte krav i de tekniske specifikationer.
I relation til dette fremgår det efter 2004-udbudsdirektivets betragtninger, at "*tilbudsgiverne skal kunne benytte ethvert bevismiddel for at godtgøre, at der er tale om en tilsvarende løsning*."[241]
Det kan herefter udledes, at i de tilfælde, hvor der er angivet funktionskrav eller standarder efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, er det tilbudsgiver, der har bevisbyrden for, at det tilbudte produkt er en tilsvarende løsning til beskrevne i udbudsmaterialet.

I EU-Domstolens dom af 12. juli 2018 i C-14/17[242] ("*ATM*") fastsatte Domstolen i denne forbindelse, at anvendelsesområdet for undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4[243], må være underlagt bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3 og stk. 5-6, idet undtagelsesbestemmelsen ikke selv angiver, efter hvilken metode eller på hvilket tidspunkt et 'tilsvarende' tilbud skal opfylde kravene i de tekniske specifikationer.

---

[240] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 4, afsnit 3.4.3.

[241] Præambelbetragtning nr. 29 til udbudsdirektivet 2004/18.

[242] C-14/17, *VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) mod Iveco Orecchia SpA,* dom af 12. juli 2018

[243] Der er i dommen henvist til bestemmelserne i 2004-forsyningsvirksomhedsdirektivet, der indholdsmæssigt er ens med udbudsdirektivets bestemmelser om tekniske specifikationer. Der i afhandlingen refereret til de tilsvarende bestemmelser i 2014-udbudsdirektivet.

Dommen angik en udbudspligtig kontrakt om levering af originale og/eller tilsvarende reservedele til busser fremstillet af mærket 'IVECO'.[244] De ønskede reservedele var oplistet på ordregivers udarbejdede tilbudsliste, hvorefter det udtrykkeligt fremgik, at originale reservedele skulle være af mærket (FIAT/IVECO). I udbudsmaterialet var der angivet, at 'originale reservedele' var dele, som var fremstillet af producenten eller en leverandør til producenten af køretøjet, hvorimod 'tilsvarende reservedele' var defineret, som reservedele, der var fremstillet af enhver virksomhed, som certificerede, at reservedelene var af samme kvalitet, som 'de originale' reservedele, som producenten af køretøjet leverede.[245] Det fremgik i udbudsbetingelserne, at ordregiver kun ville acceptere levering af 'tilsvarende reservedele', hvis disse var blevet typegodkendt, eller at der forelå certifikat for, at disse var i overensstemmelse med de originale tilbudte produkter.[246]

To virksomheder deltog i udbudsproceduren, Iveco, der som enekoncessionshaver, var den eneste der kunne udbyde de originale dele, og VAR, hvis tilbud indeholdt 'tilsvarende reservedele'. Kontrakten blev tildelt til VAR, hvorefter Iveco klagede over, at VAR ved afgivelsen af sit tilbud ikke havde godtgjort ligheden med de tilbudte reservedele og de originale dele.[247]

Domstolen blev herefter forelagt det præjudicielle spørgsmål, hvorvidt bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, skal fortolkes således, at når ordregiver i de tekniske specifikationer henviser til et mærke, en bestemt oprindelse el. lign, skal kræve, at tilbudsgiveren allerede i sit tilbud godtgør, at der foreligger en lighed mellem tilbudsgivers tilbudte ydelse og den ydelse, der er fastsat i de tekniske specifikationer.[248] Domstolen argumenterer herefter for, såfremt en tilbudsgiver ikke allerede ved afgivelsen af sit tilbud skulle godtgøre, at dennes produkt var tilsvarende, men i stedet kunne vente med at godtgøre dette efter tilbudsafgivelsen, ville de øvrige tilbud ikke være underlagt de samme betingelser ved tidspunktet for ordregivers gennemgang af

[244] C-14/17, *VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) mod Iveco Orecchia SpA,* dom af 12. juli 2018, pr. 9.

[245] Ibid., pr. 12.

[246] Ibid., pr. 14.

[247] Ibid., pr. 15.

[248] Ibid., pr. 19.

tilbuddene.[249] En sådan fortolkning kan understøttes af de udbudsretlige principper om ligebehandling- og gennemsigtighed, hvorefter alle tilbudsgivere skal behandles lige under hele udbudsprocessen, herunder ved udarbejdelse af deres tilbud og ved ordregivers efterfølgende evaluering, jf. bl.a. EU-domstolens udtalelse i dom af 24. maj 2016 i C-396/14[250] ("*MT Højgaard*").

Det er særligt bemærkelsesværdigt for den konkrete afgørelse, at det netop var tilbudsgiveren med det 'tilsvarende' produkt, som potentielt ville blive favoriseret, hvis denne måtte godtgøre ligheden mellem ydelserne efter tilbudsafgivelse. Dommen er således et eksempel på, at der kan opstå scenarier, hvor det ikke nødvendigvis er varemærkeindehaveren der favoriseres, på trods af at denne normalt vil være bedre stillet i konkurrencen end de øvrige tilbudsgivere under hensyn til at denne er garanteret, at dens produkt opfylder de tekniske krav. De udbudsretlige principper skal selvfølgeligvis stadig iagttages i disse scenarier.

Domstolen tog afslutningsvis også stilling til, efter hvilken metode tilbudsgiver kan godtgøre, at det tilbudte produkt er 'tilsvarende'. Domstolen henviste igen til proceduren i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3 og stk. 5-6, hvorefter godtgørelsen skal foretages på en passende måde f.eks. teknisk dokumentation fra producenten. Ordregiver er dog underlagt et vist skøn ved fastsættelsen af de metoder, hvorpå tilbudsgiver kan dokumentere, at deres ydelse er 'tilsvarende'. Skønnet er dog begrænset af, at det rent faktisk skal være muligt for ordregiver, at kunne bedømme tilbuddene, og skønnet skal ske under iagttagelse af proportionalitetsprincippet, så godtgørelsen ikke går udover, hvad der er nødvendigt.[251] Der findes ikke i udbudsdirektiverne retningslinjer for, hvordan ordregivers produktsammenligning skal foretages.[252] Således må ordregivers produktsammenligning af referenceproduktet og det tilsvarende produkt, ske ud fra ordregivers skønsmæssige vurdering af, om tilbudsgiveren med det tilsvarende produkt har godtgjort, at produktet er tilsvarende f.eks. ved teknisk dokumentation.

---

[249] Ibid., pr. 30.

[250] C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark,* dom af 24. maj 2016, pr. 37-38.

[251] C-14/17, *VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) mod Iveco Orecchia SpA,* dom af 12. juli 2018, pr. 33-34.

[252] Steinicke og Groesmeyer: *"EU's Udbudsdirektiver med kommentarer"* (2008), s.734.

5.5 Undtagelse - 'berettiget under kontraktens genstand'

Udover den ovenstående undtagelse i afsnit 5.4, om henvisninger til varemærker, fabrikater mv., ved angivelsen af udtrykket 'eller tilsvarende', når der ikke kan foretages en tilstrækkelig forståelig beskrivelse af kontraktens genstand, er der i udbudsdirektivet fastslået en anden undtagelsesmulighed ved henvisninger til varemærker, fabrikater mv.

I udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, følger det, at *"Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat […]."*[253] Således følger det af bestemmelsens ordlyd, at der kan foreligge tilfælde, hvor en henvisning til et varemærke, fabrikat mv., kan være berettiget under hensyn til kontraktens genstand. Dette er i øvrigt nærmere diskuteret i afsnit 5.3.1., der særligt med udgangspunkt i EU-Domstolens afgørelse i *DYKA*[254], konkluderer, at der for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, gælder to undtagelser til hovedreglen om forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv.

I *DYKA* blev det i øvrigt fastslået, at *"når en henvisning […] er berettiget i lyset af kontraktens genstand, kan den følgelig indføres i de tekniske specifikationer, uden at forbuddet i denne bestemmelses første punktum eller betingelserne i bestemmelsens andet og tredje punktum finder anvendelse."*[255] Således er det i *DYKA*-dommen endeligt fastslået, at der kan forekomme tilfælde, hvor en henvisning til et varemærker, fabrikat mv., som ikke er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende', kan være berettiget i medfør af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Undtagelsen, hvor en angivelse af et varemærke kan være berettiget under hensyn til 'kontraktens genstand', må dog anses for yderst snæver. Dette er også understøttet af S. Arrowsmith, som argumenterer for, at undtagelsen formentligt ikke kan benyttes, hvis ordregivers behov kan imødekommes af tilsvarende produkter, men hvor et sådant vil medføre vanskeligheder eller ekstra udgifter for ordregiver.[256] I et sådant scenarie kan det dog diskuteres, om det alligevel bør tillægges

---

[253] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4., 1. pkt.

[254] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025.

[255] Ibid., pr. 52.

[256] Arrowsmith: *"The Law Of Public and Utilities Procurement",* (2005), s. 1131.

betydning, hvis anvendelsen af et tilsvarende produkt ligefrem vil medføre urimelig høje udgifter for ordregiver. Under hensyn til undtagelsens snævre anvendelsesområde, kan der argumenteres for, at ordregiver dog må tåle forholdsvis høje ekstra udgifter før denne kan være berettiget til brugen af undtagelsen om 'kontraktens genstand'. *DYKA*-dommen anfører ligeledes angående undtagelsens rækkevidde, at denne skal fortolkes indskrænkende, så det alene omfatter situationer, hvor kravet om anvendelsen af en vare af f.eks. en bestemt type eller endda et bestemt varemærke eller produktion *uundgåeligt* følger af kontraktens genstand.[257]

Under hensyn til, at anvendelsen af denne undtagelsesbestemmelse helt afskærer udvalgte aktører fra at afgive tilbud, idet der - i modsætning til direktivets anden undtagelse - ikke åbnes for adgangen til at afgive tilbud med tilsvarende produkter, kan der argumenteres for, at anvendelsesområdet for undtagelsen om 'kontraktens genstand' formentligt er endnu mere restriktiv end den i forvejen restriktive 'eller tilsvarende'-undtagelse. Dette er da også understøttet i praksis, hvorefter der med undtagelse af én kendelse fra Klagenævnet for Udbud[258], ikke findes eksempler i praksis fra klagenævnet eller EU-Domstolen, hvor ordregiver efter udbudslovens § 42, stk. 2 eller udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, har været berettiget til at angive et varemærke, fabrikat mv., udelukkende med henvisning til kontraktens genstand.

5.5.1 Kompatibilitet med ordregivers eksisterende produkt

I praksis er det fastslået, at et af de eksempler, hvorpå en henvisning til et fabrikat, varemærker mv., kan være berettiget under hensyn til kontraktens genstand er, når ordregiver har et sagligt behov for, at det ønskede indkøb skal være kompatibel med et allerede eksisterende produkt.[259]

Når ordregiver kan være berettiget til at henvise til et varemærke pga. kompatibilitet, er der oftest tale om særlig komplekse og tekniske udbud, hvor ordregiver har et sagligt behov for, at det udelukkende

---

[257] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 53.

[258] Klagenævnets kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården.*

[259] Se bl.a. C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 60, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

er det angivne produkt, som kan opfylde ordregivers behov, og ikke et som er tilsvarende.[260] C. Berg fremfører et lignende synspunkt med udgangspunkt i entrepriseudbud:

> *"At der tegner sig et praktisk behov for denne mere naturlige fortolkning af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, kan der ikke herske tvivl om, fx ved tekniske entrepriser, hvor blandt andet driftshensyn nødvendiggør brug af helt samme – ikke blot 'tilsvarende' – fabrikater i tekniske anlæg og installationer for at sikre kompatibilitet i det samlede bygningskompleks."*[261] [min understregning]

Klagenævnets praksis viser, at undtagelsen dog ofte diskuteres eller forsøges anvendt i særligt tekniske udbud af IT-ydelser, hvor ordregiver kan have behov for kompatibilitet med det allerede eksisterende IT-miljø.[262] Også i øvrig juridisk litteratur, angives hensynet til kompatibilitet, hvorefter henvisning til et fabrikat, som er berettiget under kontraktens genstand, kan forekomme, når:

> *"This is the only way in which the procuring entity's functional needs can be met- for example, where this is necessary to ensure compatibility with exisiting equipment."*[263]

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* angik en kontrakt om it-tjenesteydelser. Klager påstod, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, samt forbuddet mod angivelsen af varemærker mv. i udbudslovens § 42, ved at have angivet et bestemt fabrikat, selvom det havde været muligt for klager på en forståelig måde at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til et fabrikat, og i øvrigt ved ikke at have angivet udtrykket 'eller tilsvarende'. [264] Udbuddet var opdelt i

---

[260] Berg (red. Treumer): *"Udbudsloven"* (2016), s. 614.

[261] Ibid.

[262] Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017, *Omada A/S mod Københavns Kommune.*

[263] Arrowsmith:*"The Law Of Public and Utilities Procurement",* (2005), s. 1131.

[264] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* s. 2.

to delaftaler, hvorefter delaftale 1 vedrørte hosting af it-systemet og delaftale 2 vedrørte udvikling og vedligeholdelse af it-systemet.[265] Ordregiver havde til delaftale 2 i udbudsmaterialet fremsat et konkurrenceparameter[266] om, at systemet skulle understøtte driftsafvikling på 'MySQL'. Klager havde undervejs i udbudsprocessen stillet spørgsmål til ordregiver om at udvide kravet, så det ville være muligt for tilbudsgiverne at anvende øvrige databaser, da klager havde dårlige erfaringer med det pågældende system. Ordregiver afviste dette.

Ordregiver gjorde i sagen gældende, at der ikke var tale om en henvisning til et fabrikat, da MySQL er et open source-system, som ligger frit tilgængeligt for alle. En sådan henvisning var ikke konkurrencebegrænsende, da der ikke var sket favorisering af enkelte aktører.[267] Det forhold at alle aktører ikke havde den samme grad af erfaring med systemet, kunne heller ikke føre til et andet resultat. Angående dette forhold fandt klagenævnet efter en samlet vurdering, at MySQL var et fabrikat, på trods af, at henvisningen angik den version, som var et open source-system.[268] Selvom ydelsen var frit tilgængelig på markedet for alle relevante aktører, og selvom henvisningen angik et konkurrenceparametre og ikke en mindstekrav, fandt man, at et manglende kendskab til det henviste system kunne påvirke den samlede tilbudsevaluering.[269] Der kan næppe siges, at en sådan henvisning vil medføre eliminering af visse aktører, idet den frie adgang til system jo netop sikrer at alle potentielle aktører kan komme i besiddelse af systemet. En sådan henvisning kan imidlertid medføre en favorisering af de aktører på markedet, som allerede havde kendskab og erfaringer med det konkrete system.

Angående kompatibilitet med eksisterende udstyr fastslog klagenævnet i øvrigt noget interessant for indholdet af denne undtagelsesmulighed. Klagenævnet fastslog i denne forbindelse, at ordregiver ikke havde godtgjort, at henvisningen til MySQL skyldtes et ønske om kompatibilitet med allerede

---

[265] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* s. 2.

[266] I det konkrete udbud var angivet: *"Et Konkurrenceparameter skal ikke nødvendigvis opfyldes af Applikationsleverandøren, men besvarelse af, i hvilken grad Konkurrenceparameteret opfyldes, vil få indflydelse på tilbudsvurderingen."*

[267] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* s. 16.

[268] Ibid., s. 20.

[269] Ibid., s. 21.

eksisterende udstyr. Kendelsen fastslår herefter, at en sådan undtagelse til forbuddet eksisterer, men at der i den konkrete situation, var tale om et krav om kompatibilitet med det 'eksisterende udstyr' i den udbudte delaftale 1, hvilket ikke er indeholdt i undtagelsen.[270] Kendelsen understøtter det snævre anvendelsesområde for undtagelsen, og fastsætter i øvrigt en tydelig afgræsning, hvorefter kompatibilitet med udstyr i et samtidigt udbud ikke kan rummes indenfor undtagelsens anvendelsesområde.

I modsætning hertil er udfaldet i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("Dustin"),* der angik et IT-udbud af indkøb af computere og it-tilbehør via to komplekse delaftaler.[271] I udbudsbetingelserne havde ordregiver ("SKI") angivet, at de tekniske specifikationer kunne indeholde henvisninger til standarder, fabrikater, varemærker eller patenter mv., og at ordregiver i så fald havde bestræbt sig på, at enhver henvisning var efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'. Hvis der forelå en henvisning, som ved en fejl ikke var efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende', skulle henvisningen i alle tilfælde fortolkes inklusiv tilsvarende produkter/ydelser.[272] I både delaftale 1 og delaftale 2 var der henvist til flere forskellige mærker, fabrikater el.lign., hvorefter kun nogle af henvisninger var efterfulgt af udtrykkende 'eller tilsvarende', 'som eksempelvis' og 'eller lignende'.[273] Klager gjorde gældende, at henvisningerne til varemærker, fabrikat mv., med generelle og sporadiske angivelser af 'eller tilsvarende' medførte, at SKI's krav blev ugennemsigtige, og at det således ikke var muligt for tilbudsgiveren at vurdere, hvilke krav SKI egentligt fremsatte til 'tilsvarende produkter'. På denne baggrund skete der en uretmæssig favorisering af de leverandører, som producerede og solgte Microsoft og Google Chrome produkter.[274] Klager anførte ligeledes, at det ikke var muligt for SKI at beskrive ét eksisterende IT-miljø, som de tilbudte computere skulle være kompatible med, da SKI udbød delaftalerne på vegne af ca. 700 forskellige ordregiver, som havde hvert deres behov og

[270] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland,* s. 21.

[271] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S,* s. 8.

[272] Ibid., s. 25.

[273] Ibid., s. 26.

[274] Ibid., s. 70.

forskellige eksisterende IT-miljøer.[275] Klagenævnet kom modsætningsvis frem til, at SKI havde været berettiget til at foretage henvisninger til bestemte fabrikater og varemærker, under hensyn til kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø hos aftagerne.[276] Klagenævnet henviste til, at ordregiver nøje havde redegjort for behovet hos aftagerne i det konkrete udbud og understregede, at ordregiver har et bredt skøn ved opgørelsen af sit indkøbsbehov og fastlæggelsen af kravene til, hvordan dette behov opfyldes.[277]

Kendelsen understreger under alle omstændigheder, at ordregiver kan være berettiget til at henvise til et eksisterende produkt, dvs. et bestemt fabrikat, varemærker mv., som det ønskede indkøb skal være kompatibelt med, hvilket også er understøttet i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2022, *Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden ("Trend Micro")*. Det bemærkes dog hertil, at *Trend Micro*-kendelsen imidlertid er afsagt med dissens, og udelukkende er behandlet efter udbudslovens § 40, stk. 4, idet der var nedlagt påstand om overtrædelse af denne. Hvorfor kendelsen ikke er behandlet som en overtrædelse af udbudslovens § 42, stk. 2, kan være begrundet i, at klagenævnet ikke må tage hensyn til forhold, som parterne ikke har gjort gældende, jf. § 10, stk. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud[278]. Kendelserne adskiller sig også ved, at der i kravspecifikation i Trend Micro-kendelsen blot var fremsat krav om, at softwaren skulle kunne integrere sig med 'kundens eksisterende firewalls'. [279] Der var derfor i kravspecifikationen ikke henvist til, at tilbudsgiverne skulle kunne levere et specifikt fabrikat eller tilsvarende. Der var dog angivet en række af fabrikater i et bilag om beskrivelsen af kundens eksisterende IT-miljø. I beskrivelsen af kundens eksisterende IT-miljø var der imidlertid angivet: "*beskrivelsen af Kundens it-miljø indeholder ingen selvstændig kravsætning til Leverandøren*."[280] På denne baggrund blev

[275] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S,* s. 73.

[276] Ibid., s. 108.

[277] Ibid.

[278] Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025 om Klagenævnet for Udbud ("Klagenævnsloven").

[279] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2022, *Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden,* s. 4-5.

[280] Ibid.*,* s. 5.

kendelsen behandlet som en potentiel ubegrundet indsnævring af konkurrencen, som skal behandles efter udbudslovens § 40, stk. 4, jf. nærmere herom afsnit 4.4.1.

5.5.1.1 Særligt om ordregivers bevisbyrde

Dustin-kendelsen er bortset fra hensynet til kompatibilitet desuden interessant i forhold til bevisbyrden for anvendelsen af undtagelsen. I sine anbringender fremhævede klager, at det er ordregiver, som skal løfte beviset for, *"at det helt undtagelsesvis har været berettiget at anvende undtagelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, på den måde og i det omfang, det er sket."*[281] [min understregning]. En sådan fortolkning er da også i overensstemmelse med klagenævnets praksis, hvorefter det entydigt fremgår, at det er ordregiver, som har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelse af undtagelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, er opfyldt.[282] Ordregivers bevisbyrde er i øvrigt også udtrykkeligt fastslået i bemærkningerne til udbudslovens § 42.

Klagenævnet fandt i *Dustin*-kendelsen, at SKI nøje havde redegjort for kravspecifikationens opbygning og behovet hos de forpligtede aftagere i udbuddet, og at klager imidlertid ikke havde godtgjort, at henvisningerne ikke sikrede kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø. Klagenævnet anførte, at:

> *"Dustin [Klager] har ikke heroverfor påvist eksempler på, at de mange henvisninger i kravspecifikationen til bestemte fabrikater, varemærker o.l. ikke netop sikrer kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø hos aftagerne."*[283]

Når klagenævnet påpeger, at kravspecifikationen er sagligt begrundet og opfylder ordregivers behov, kan dette fortolkes, som klagenævnets konstatering af, at ordregiver har løftet bevisbyrden for, at henvisningen er omfattet af undtagelsens anvendelsesområde. Det fremstår dog noget usædvanligt,

---

[281] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S,* s. 70.

[282] Se hertil f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017, *Omada A/S mod Københavns Kommune,* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. oktober 2019, *Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden.*

[283] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S,* s. 108.

at klagenævnet imidlertid påpeger klagers manglende godtgørelse af, at henvisningerne ikke sikrer kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø. Det kan diskuteres, om klagenævnets udtalelse, kan fortolkes således, at klagenævnet tillægger det betydning ved vurderingen af, om henvisningen er omfattet af undtagelsen, i hvilket omfang klager har godtgjort, at henvisningen ikke er egnet til at sikre kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø. En sådan fortolkning vil muligvis kunne medføre, at bevisbyrden for, om en henvisning er berettiget under kontraktens genstand, ligefrem overflyttes til klager. En sådan forståelse er dog ikke i overensstemmelse med øvrige praksis[284], hvorefter det er ordregiver der skal godtgøre, at en henvisning til et fabrikat, varemærke mv., har været berettiget under hensyn til kontraktens genstand. En sådan fortolkning fremstår da også mest logisk i medfør af undtagelsens meget snævre anvendelsesområde. På trods af klagenævnets uklare udtalelse i *Dustin*-kendelsen, må det dog konkluderes, at det er ordregiver, som skal løfte bevisbyrden for, at dennes henvisning til et varemærke, fabrikat mv., falder indenfor anvendelsesområdet af én af de to undtagelsesmuligheder i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

5.5.2 Æstetiske hensyn

Det er uafklaret i praksis, hvorvidt det er muligt for ordregiver at henvise til et bestemt fabrikat, varemærke mv. i medfør af undtagelsesbestemmelsen om 'kontraktens genstand', når det udelukkende er af rent æstetiske hensyn.[285] Det kan diskuteres, hvorvidt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården*, kan fortolkes således, at henvisningen til et varemærke og specifikke VVS-produktionsnumre udelukkende var under hensyn til, at tekniske installationer skulle være kompatible med eksisterende installationer. Ordregiver gjorde gældende, at henvisningen til varemærker og VVS-produktionsnumre, var sket fordi ordregiver ved vedligeholdelsen og udskiftningen af VVS-installationer og VVS-elementer i lejlighederne tilsigtede i videst muligt omfang: *"at fastholde det aktuelle præg og i hvert fald et så ensartet præg som muligt."*[286]

Det er utvivlsomt, at der ved VVS-installationer ikke er tale om et æstetiske udtryk, idet der med henvisninger til VVS-installationer formentligt må være tale om tekniske installationer. Anvendelsen

---

[284] Se hertil f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017, *Omada A/S mod Københavns Kommune.*

[285] Berg: *"Udbudsret i byggeriet"* (2012), s. 415-416.

[286] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* s. 12.

af udtrykket 'det aktuelle præg', særligt i henhold til VVS-elementer/VVS-udstyr, kan imidlertid understøtte en fortolkning, hvorefter ordregiver har haft et behov for, at der udseendemæssigt er overensstemmelse mellem de allerede eksisterende VVS-elementer i de pågældende lejligheder og de VVS-elementer, som skal udskiftes. En sådan fortolkning kan muligvis understøttes i klagenævnets udtalelse:

> *"Har indklagede som udlejer af lejlighederne en interesse i, at denne vedligeholdelse af og udskiftning af VVS-udstyret i lejlighederne sker med VVS-elementer, som enten så vidt det er muligt, helt svarer til de VVS-elementer, som i forvejen er i lejlighederne […]"*[287]

Der er i den juridiske litteratur henvist til *Brøndum*-kendelsen, som et eksempel på, at ordregivers behov for kompatibilitet med eksisterende installationer, komponenter, reservedele mv., kan berettige en henvisning til et varemærke, fabrikat mv. [288] En sådan fortolkning af kendelsen fremstår da også korrekt, idet der af kendelsen kan udledes, at ordregivers behov primært har været ønsket om kompatibilitet med de eksisterende VVS-elementer i lejlighederne. Klagenævnets udtalelser og ordregivers anbringender[289] om henvisningerne til varemærker åbner dog op for et argument om, at ordregiver sekundært har haft et behov for at opretholde en vis æstetik i lejlighederne, således at de nye VVS-elementer æstetisk skulle passe sammen med de eksisterende elementer for at fastholde det aktuelle præg i lejlighederne.

En sådan fortolkning kan også understøttes af C. Bergs udtalelse, som kommer direkte efter Bergs gennemgang af *Brøndum*-kendelsen, hvorefter Berg skriver:

> *"Hvorvidt der også ud fra **rent** arkitektoniske/æstetiske hensyn o.l. kan tillades specifikke produktangivelser, fabrikater mv. efter denne undtagelsesbestemmelse, er uafklaret. Helt udelukket er dette dog næppe, navnlig i udbud af byggesager om*

---

[287] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* s. 16.

[288] Se hertil Berg: *"Udbudsret i byggeriet"* (2012), s. 415 og s. 426

[289] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* s. 12 og s. 16.

tilbygning, ombygning, renovering og eventuelt byggerier opført i flere etaper."[290]
[min understregning og fremhævning]

Udtalelsen understøtter en fortolkning af, at der i *Brøndum*-kendelsen formentlig kan udledes en berettigelse af henvisninger til varemærker under hensyn til ordregivers behov for kompatibilitet og i sammenspil hermed æstetik. Hvorvidt et rent æstetiske hensyn er berettiget, er dog uafklaret i praksis.

Af udbudslovens bemærkninger til § 42, fremgår det, at indkøbets kompleksitet eller øvrige særlige forhold undtagelsesvis kan legitimere en henvisning et varemærke eller lignende, dog under iagttagelsen af betingelserne i udbudslovens § 42, stk. 2. Lovbemærkninger anfører som eksempel restaurering af fredede bygninger, hvor der i lovgivningen er krav om, at bygningens æstetiske udtryk ikke må ændres.[291] Dette er dog kun berettiget forudsat, at en sådan henvisning ikke kan imødekommes ved en generel beskrivelse af behovet.[292]

At der helt undtagelsesvis kan opstå tilfælde, hvor en kontrakts genstand under hensyn til æstetik kan berettige en henvisning til et varemærke, en specifik fremstillingsproces el.lign., er ligeledes understøttet i EU-Domstolens udtalelse i *DYKA*-dommen, hvorefter:

"[...] at kravet om anvendelsen af et bestemt materiale til en offentlig kontrakt [...] navnlig kan være en uundgåelig følge kontraktens genstand, når denne er støttet på den af den ordregivende myndighed tilstræbte æstetik eller behovet for at tilpasse bygge- og anlægsarbejdet sine omgivelser [...]"[293] [min understregning]

[290] Berg: *"Udbudsret i byggeriet"* (2012), s. 415-416.

[291] Lovbemærkning til udbudslovens § 42.

[292] Ibid.

[293] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 60.

5.5.3 Er undtagelsen om 'kontraktens genstand' implementeret i udbudslovens § 42, stk. 2?

På baggrund af afsnit 5.3.1 og 5.3.2 kan det konkluderes, at udbudslovens § 42, stk. 2 – i modsætning til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4 – udelukker enhver henvisning til varemærker, fabrikater el.lign., hvortil der ikke er angivet udtrykket 'eller tilsvarende'. På denne baggrund opstår spørgsmålet om, hvorvidt udbudsloven korrekt implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, herunder særligt om undtagelsen om 'kontraktens genstand' er omfattet af det materielle indhold i udbudslovens § 42, stk. 2.

I gennemgangen af undtagelsen i afsnit 5.5, hvorefter en henvisning kan være berettiget under hensyn til kontraktens genstand, er der gennemgået og diskuteret flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud, der primært angår henvisninger til et varemærke/fabrikat under hensyn til ordregivers behov for kompatibilitet med et eksisterende produkt. På baggrund af den gennemgået praksis i afsnit 5.5.1, kan der således foreligge situationer, hvor ordregivers hensyn til kompatibilitet med et eksisterende produkt, kan være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, jf. særligt Klagenævnets kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*. Ligeledes kan der henvises til udbudslovens lovbemærkninger til § 42, hvor ordregiver efter omstændighederne kan være berettiget til at henvise til et eksisterende produkt, som det ønskede indkøb skal være kompatibel med, med henblik på at tydeliggøre ordregivers behov. Ifølge lovbemærkningerne kan en henvisning ligeledes være berettiget, når denne sker under hensyn til at bevare en fredede bygnings karakter, dvs. under hensyn til æstetik.[294]

Ovenstående viser således, at klagenævnet igennem sin praksis[295] – på trods af ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2 – behandler kendelser, som falder indenfor anvendelsesområdet af undtagelse om 'berettiget under kontraktens genstand', idet klagenævnet i få tilfælde har tilladt henvisninger under hensyn til ordregivers behov for kompatibilitet. Spørgsmålet er herefter, om en sådan praksis med føje kan argumentere for, at klagenævnet således gennem en EU-konform fortolkning af udbudslovens § 42, stk. 2, finder undtagelsen om 'kontraktens genstand' indeholdt heri.

---

[294] Lovbemærkningerne til § 42.

[295] Se hertil bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S* og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland.*

På baggrund af klagenævnets praksis, kan det derfor ikke helt udelukkes, at undtagelsen om 'kontraktens genstand', finder anvendelse i dansk udbudsret på trods af, at denne ikke er omfattet af ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2.

Bestemmelserne i udbudsdirektivet og udbudsloven adskiller sig imidlertid ved, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ikke indeholder en betingelse om, at en henvisning til et varemærke skal efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende', hvor henvisningen er berettiget under kontraktens genstand.[296] Det er imidlertid det klare udgangspunkt både i klagenævnets praksis samt ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, at en henvisning til et varemærke, fabrikat mv., kun kan ske, hvis denne er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'. Der findes dog ét eksempel fra praksis, hvor klagenævnet i sin kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården,* tillod en henvisning til et varemærke uden at anvende udtrykket 'eller tilsvarende'. Det bør dog understreges, at der er tale om en ældre enkeltstående kendelse, hvis udfald står i modsætning til klagenævnets øvrige praksis.

Af ordlyden af udbudslovens § 42, stk. 2, kan der ikke udledes en undtagelsesmulighed, som den i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. led. Det må derfor formentlig kunne antages, at udbudslovens § 42, stk. 2 ikke korrekt implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Modsætningsvis åbner klagenævnets praksis dog op for - muligvis på baggrund af en EU-konform fortolkning - at indholdet af undtagelsen om kontraktens genstand, er omfattet af udbudslovens § 42, stk. 2, dog med en yderligere betingelse, hvorefter undtagelsen kun må anvendes, når denne er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'. En sådan betingelse kan dog ikke udledes af direktivets artikel 42, stk. 4, 1.led[297], hvorfor det ikke kan udelukkes, at ordlyden af den danske undtagelsesbestemmelse giver et mere restriktivt anvendelsesområde for undtagelsen, end det som direktivet har tilsigtet.

Såfremt udbudslovens § 42, stk. 2, ikke korrekt implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, må der faldes tilbage på EU-rettens principper om EU-konform fortolkning eller subsidiært EU-rettens forrang. Princippet om EU-konform fortolkning vil medføre, at Klagenævnet for Udbud og

[296] Se nærmere herom diskussionen i afsnit 5.2.1.

[297] Se nærmere herom afsnit 5.3.1.

domstolene vil være forpligtet til at fortolke indholdet af udbudslovens bestemmelse i lyset af den tilsvarende bestemmelse i direktivet, hvis et fortolkningsskøn i dansk ret muliggør dette.[298]

5.6 Offentlige kontrakter udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde

Udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, finder kun anvendelse på offentlige kontrakter, hvis værdi overstiger den til enhver tid gældende tærskelværdi for vareindkøb-, tjenesteydelse- og bygge- og anlægskontrakter, jf. udbudslovens § 6 og udbudsdirektivets artikel 1, stk. 1. EU-Domstolens praksis fastslår imidlertid, at offentlige kontrakter, som falder udenfor direktivets anvendelsesområde, stadigvæk kan være underlagt de almindelige EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, der udspringer af TEUF's formål om varers fri bevægelighed.[299]

I en ældre EU-dom af 22. september 1988 i C-45/87[300] ("*Dundalk*"), anlagde Kommissionen en sag med påstand om, at Irland havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til dagældende EØF-traktats artikel 30[301] (nu TEUF artikel 34) og artikel 10 i bygge- og anlægsdirektivet[302] ved indsættelse af en klausul i udbudsbetingelserne, hvorefter *"Trykledningerne af asbestcement skal være i overensstemmelse med Irish Standard Specification 188: 1975 […]."*[303] EU-Domstolen fastlagde, at kontrakten ikke var omfattet af direktivets anvendelsesområde, idet direktivet ikke fandt anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, som indgås af virksomheder, der producerer, distribuerer og transporterer vand og energi.[304] EU-Domstolen behandlede således sagen efter TEUF artikel 34, der indfører et forbud mod kvantitative indførselsrestriktioner og tilsvarende

---

[298] Neergaard og Nielsen: *"EU-ret"* (2024), s. 228.

[299] Se bl.a. EU-Domstolens dom af 3. december 2001 i sag C-59/00[299] ("*Vestergaard*").

[300] C-45/87, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Irland, ("Dundalk")*, dom af 22. september 1988.

[301] EØF-traktaten (Også kaldet Romtraktaten) er ikke udarbejdet på dansk eller engelsk, der henvises derfor til Lov nr. 21145 af 11. november 1972 om Danmarks tiltrædelse af De europæiske Fællesskaber: Traktat om oprettelse Det europæiske økonomiske Fællesskab (EØF-traktaten), artikel 30.

[302] Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, artikel 10.

[303] C-45/87, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Irland*, *("Dundalk")*, dom af 22. september 1988, pr. 3.

[304] Ibid., pr. 8 og 10.

foranstaltninger mellem medlemsstaterne. Den irske regering gjorde gældende, at TEUF artikel 34 ikke omfatter offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet kontrakter om udførelsen af arbejder i stedet er omfattet af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.[305] Domstolen udtalte modsætningsvis, at formålet med artikel 34 er at ophæve alle former for foranstaltninger fra medlemsstaterne, som hindrer indførslerne ved samhandelen indenfor EU, *"uanset om sådanne foranstaltninger direkte vedrører de importerede varers bevægelighed, eller de indirekte medfører en hindring af afsætningen af varer fra andre medlemsstater."*[306]

Domstolen fastslog, at en begrænsning i materialevalget i en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som i øvrigt har foretaget offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, ikke er udelukket fra anvendelsesområdet af den generelle forbudsbestemmelse i artikel 34.[307] Ordregiver havde i sagen afvist at tage et tilbud i betragtning, hvor rørledningerne var fremstillet i overensstemmelse med en international standard, der gav tilsvarende garantier som den i udbudsbetingelserne angivne irske standard, og som der i øvrigt kun var én virksomhed, der havde opnået.[308] Indsættelsen af klausulen om at rørledningerne skulle opfylde en irsk standard, havde dermed haft til følge, at kun irske fabrikanter kunne levere de rørledninger, som var beskrevet i udbuddet, hvorefter der forelå en krænkelse af forbuddet mod handelsrestriktioner mellem medlemsstaterne efter TEUF artikel 34.[309]

Dommen illustrerer, at offentlige kontrakter, som falder uden for anvendelsesområdet af de udbudsretlige direktiver, under hensyn til reglerne i TEUF om varernes frie bevægelighed, alligevel kan være underlagt et forbud mod henvisning til varemærker i udbudsmaterialet i de tilfælde, hvor angivelsen af et varemærke, et fabrikat el.lign. medfører en direkte eller indirekte hindring i indførslen af varer mellem medlemsstaterne.

---

[305] C-45/87, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Irland*, *("Dundalk")*, dom af 22. september 1988, pr. 14.

[306] Ibid., pr. 16.

[307] Ibid., pr. 17.

[308] Ibid., pr. 4 og 20.

[309] Ibid., pr. 27.

5.6.1 Særligt om offentlige kontrakter under tærskelværdien

Denne fortolkning er også understøttet i EU-domstolens efterfølgende praksis bl.a. *Vestergaard*-dommen[310], som særligt angår offentlige kontrakter, som falder udenfor udbudsdirektivets anvendelsesområde, fordi de ikke er over tærskelværdien. I *Vestergaard*-dommen var der tale om en bygge- og anlægskontrakt, som var under tærskelværdien for det dagældende bygge- og anlægsdirektiv, hvorefter udbudsmaterialet kun blev tilsendt til de potentielle tilbudsgivere, som ønskede det. Som tidligere anført i afsnit 3.3.1, var der i udbudsmaterialet angivet, at udvendige døre og vinduer skulle leveres af 'Hvidbjerg Vinduet', som var et dansk fabrikat. En tilbudsgiver havde imidlertid ved kontraktunderskrivelsen anført, at leveringer af vinduer ville blive med mærket 'Trokal', som var en tysk fabrikant.[311] I Klagenævnet for Udbuds behandling af sagen havde klagenævnet bl.a. henvist til, at *Dundalk*-sagen angik et stort projekt, hvis værdi, på trods af ikke at være omfattet af bygge- og anlægsdirektivet, overskred den dagældende tærskelværdi, og at *Dundalk*-dommen derfor ikke var relevant for klagenævnets afgørelse i *Vestergaard*-sagen. Klagenævnet anførte på denne baggrund, at sagen ikke havde EU-retslig interesse, og at det ville være uforholdsmæssigt omkostningskrævende, hvis ordregiver, for offentlige kontrakter under tærskelværdien, var underlagt bestemmelserne om tekniske specifikationer efter bygge- og anlægsdirektivet. Klagenævnet fandt, at TEUF's artikel 18 og 34[312] ikke indeholdte et lignende krav om, at henvisninger til varemærker, fabrikat mv. ikke måtte forekomme uden tilføjelse af udtrykket 'eller dermed ligestillet' (nu 'eller tilsvarende') ved offentlige kontrakter, der er under tærskelværdien for direktivet. I EU-Domstolens afgørelse i *Vestergaard*-dommen blev det modsætningsvis fremført, at

> *"den omstændighed, at fælleskabslovgiver har fundet, at de særlige og strenge fremgangsmåder, der er fastsat i de nævnte direktiver [udbudsdirektiverne], ikke er egnede, såfremt der er tale om offentlige kontrakter af mindre værdi, indebærer imidlertid ikke, at sådanne kontrakter er udelukket fra fællesskabsrettens anvendelsesområde."*[313]

---

[310] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001.

[311] Ibid., pr. 5-6

[312] I dommen henvises der til den dagældende EF-traktats artikel 6 og 30.

[313] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001, pr. 19.

Ordregivende myndigheder, som indgår kontrakter under tærskelværdien, vil herefter være forpligtet til at overholde de grundlæggende regler i TEUF, herunder også de heraf fastsatte principper. Selvom en bestemmelse i udbudsdirektivet ikke finder anvendelse for den pågældende kontrakt, skal ordregiver i medfør af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed afholde sig fra at fastsætte krav og fremgangsmåder i udbudsprocessen, der medfører en ubegrundet hindring af konkurrencen. Herefter vil en henvisning til et varemærke i en kontrakt, der er under tærskelværdien, uden angivelsen af 'eller tilsvarende' være i strid med TEUF's artikel 34, idet denne henvisning kan medføre en handelsrestriktion mellem medlemsstaterne, da der ikke åbnes for konkurrencen ved at tillade tilsvarende ydelser. Domstolen fastslog afslutningsvis helt utvetydigt, at TEUF's artikel 34 således er til hinder for, at en ordregiver indsætter en henvisning til et bestemt varemærke, uden at dette efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende', uanset at en kontrakt ikke overskrider den tærskelværdi der er fastsat i udbudsdirektivet, og derfor ikke er omfattet af direktivets bestemmelser.[314]

Samme fortolkning kan også udledes af en nyere dom fra EU-domstolen af 16. april 2015 i C-278/14 [315] ("*SC Enterprise*"), der vedrørte en potentiel overtrædelse af 2004-udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, der indholdsmæssigt svarer til 2014-udbudsdirektivs artikel 42, stk. 4. Domstolen fandt, at udbudsdirektivet ikke fandt anvendelse for den konkrete kontrakt, da denne var under den relevante tærskelværdi. I dommen understreger Domstolen i overensstemmelse med *Dundalk*-dommen, at

> *"Kontrakter, som, henset til deres værdi, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for nævnte direktiv, ikke desto mindre er underlagt EUF-traktatens [TEUF] grundlæggende regler og generelle principper, herunder ligebehandlingsprincippet […], for så vidt som disse kontrakter frembyder en klar grænseoverskridende interesse, […]"*[316] [min understregning].

---

[314] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001, pr. 24.

[315] C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia*, dom af 16. april 2015, pr. 4 og 20.

[316] Ibid., pr. 16.

Ovenstående citat fra *SC Enterprise*-dommen understreger særligt, at TEUF's regler og principper stadigvæk finder anvendelse på offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet, når disse har en *klar grænseoverskridende interesse*. Begrebet grænseoverskridende interesse indebærer, at der potentielt kan være virksomheder i andre medlemsstater, som kunne have en interesse i den udbudte opgave.[317] I *SC Enterprise*-dommen henviste domstolen til en række objektive kriterier, der kan tillægges betydning ved vurderingen af om en kontrakt havde klar grænseoverskridende interesse, herunder f.eks. kontraktsummen, udførelsesstedet for kontrakten, kontraktens tekniske egenskaber, samt hvorvidt der er blevet indgivet reelle klager fra aktører i andre medlemsstater.[318]

5.6.1.1 Offentlige kontrakter uden grænseoverskridende interesse

Det kan med udgangspunkt i den ovenstående udtalelse fra Domstolen i *SC Enterprise*, være relevant at diskutere, om TEUF's grundlæggende principper og regler herunder artikel 34 ikke finder anvendelse for offentlige kontrakter, som er under tærskelværdien, når disse ikke har klar grænseoverskridende interesse. Det er i EU-Domstolens praksis fastslået, at reglerne om fri bevægelighed ikke kan påberåbes i situationer, som alene angår interne situationer i en medlemsstat.[319] Dog kan TEUF alligevel finde anvendelse i de situationer, hvor en virksomhed kan påvise grænseoverskridende elementer i den konkrete sag.[320] I *Vestergaard*-dommen var der tale om en dansk ordregiver og en dansk virksomhed, der dog ønskede at levere vinduer af et tysk fabrikat. I sagen var der således ikke tale om en klar grænseoverskridende interesse, hvor en udenlandsk virksomhed havde interesse i det konkrete udbud, men der forelå i stedet et grænseoverskridende element i form de tyske vinduer. Domstolen fandt, som tidligere nævnt, at den konkrete henvisning til et bestemt fabrikat udgjorde en krænkelse af traktatens artikel 30 (nu TEUF's artikel 34).

---

[317] Hamer: *"Udbudsret bind 1-2"* (2025), s. 204.

[318] C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia*, dom af 16. april 2015, pr. 20.

[319] Se hertil f.eks. C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH,* dom af 23. april 1991, pr. 37, C-108/98, *RI.SAN. Srl mod Commune di Ischia,* dom af 9. september 1999, pr. 23.

[320] Treumer: *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"* (2000), s. 71.

På denne baggrund må det konkluderes, at der kan der opstå situationer, hvor en offentlig kontrakt, der er under tærskelværdien og ikke har klar grænseoverskridende interesse, kan være omfattet af TEUF's grundlæggende regler og principper, i det tilfælde, hvor der i sagen alligevel kan påvises, at der foreligger et grænseoverskridende element. Herefter vil en angivelse af et bestemt varemærke, fabrikat mv., som indeholder et grænseoverskridende element, stadigvæk kunne udgøre en krænkelse af reglerne i TEUF samt de grundlæggende principper herunder særligt ligebehandlingsprincippet.

Ud fra EU-Domstolens praksis er det således utvetydigt fastslået, at forbuddet om henvisning til varemærker samt undtagelsen om angivelsen af udtrykket 'eller tilsvarende', ligeledes gælder for offentlige kontrakter, der falder uden for direktivets anvendelsesområde, idet en henvisning til et varemærke, som ikke efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende' vil udgøre en overtrædelse af TEUF's artikel 34, og de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

5.6.2 Undtagelsen til forbuddet mod henvisninger til varemærker i medfør af TEUF's regler

I *Unix*-dommen[321] var den pågældende kontrakt omfattet af direktivets anvendelsesområde, men en angivelse af varemærket 'UNIX' uden tilføjelse af 'eller dermed ligestillet' blev dog alligevel behandlet efter både udbudsdirektivets bestemmelser og TEUF artikel 34. I dommen henviste Domstolen til artikel 7, stk. 6 i direktiv om offentlige indkøb fra 21. december 1976[322], hvorefter, at undtagelsen om 'eller tilsvarende' kun fandt anvendelse, når *"aftalens genstand ikke kan beskrives på en anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og fuldstændigt forståelige for alle interesserede."*[323] Domstolen anførte, at en manglende angivelse af udtrykket 'eller dermed ligestillet' kan skabe indførselshindringer mellem medlemsstaterne, hvorfor en ordregivende myndighed skal tilføje udtrykket 'eller dermed ligestillet' efter angivelsen af et varemærke, såfremt dette ikke skal udgøre en krænkelse af TEUF artikel 34.

---

[321] C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995.

[322] Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF og Rådets direktiv 88/295/EØF.

[323] C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995, pr. 25.

Det kan herefter diskuteres, hvorvidt anvendelsesområdet for undtagelsen om tilføjelse af udtrykket 'eller tilsvarende' er lige så snævert i TEUF, og dermed for kontrakter udenfor direktivets anvendelsesområde, som ved kontrakter der er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

På den ene side er hensynet bag reglerne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, og stk. 4, udtrykkeligt en afspejling af ligebehandlingsprincippet, og er netop udarbejdet for sikre, at ordregiver ikke kan udarbejde sit udbudsmateriale på en sådan måde, at det udbudsretlige formål om en lige og effektiv konkurrence samt fri bevægelighed ikke efterleves. En fri adgang til at henvise til varemærker ved blot efterfølgende at angive udtrykket 'eller tilsvarende', virker umiddelbart som en for bred undtagelsesregel, hvilket ikke harmonerer med det grundlæggende princip om ligebehandling i TEUF. Der kan på denne baggrund argumenteres for, at selvom artikel 42, stk. 4, ikke finder direkte anvendelse på kontrakter under tærskelværdien, vil indholdet af undtagelsen i artikel 42, stk. 4 finde anvendelse i medfør af de generelle principper i TEUF, hvorefter en henvisning til et varemærke, fabrikat mv. med angivelse af udtrykket 'eller tilsvarende', kun kan anvendes i de tilfælde, hvor det ikke er muligt for ordregiver at beskrive kontraktens genstand ved funktionskrav, standard eller øvrige tekniske krav.

Modsætningsvis bemærkes det, at der – udover Domstolens henvisning til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, i *Unix*-dommen pr. 25 - ikke videre er angivet i *Unix*-dommens præmisser, at anvendelsen af 'eller tilsvarende' i TEUF skulle være betinget af et lignende krav om, at undtagelsen kun kan anvendes, når kontraktens genstand ikke kan beskrives tilstrækkelig nøjagtig og fuldstændigt forståeligt. Det bemærkes, at *Vestergaard*-dommen - modsat *Unix*-dommen - angår en offentlig kontrakt, som falder udenfor direktivets anvendelsesområde. I *Vestergaard* henviser Domstolen ikke til den tilsvarende undtagelsesbestemmelse i udbudsdirektivet. I *Vestergaard* er det blot anført, at en henvisning til et varemærke skal efterfølges af udtrykket 'eller dermed ligestillet/eller tilsvarende'.[324] Det fremgår derfor ikke udtrykkeligt af praksis, at undtagelsen med angivelse af 'eller tilsvarende' kun kan anvendes, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig, som i tilfældet med undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 2. pkt.

[324] C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001, pr. 22 og 24.

En lignende betingelse for offentlige kontrakter, som udelukkende er omfattet af reglerne og principperne i TEUF, kan dermed ikke direkte udledes af EU-Domstolens praksis.

Mest taler således for, at anvendelsesområdet for undtagelsen i TEUF muligvis ikke er lige så snævert, som for kontrakter, der er underlagt udbudsdirektivets anvendelsesområde, hvor det kun er muligt at anvende undtagelsen i direktivets artikel 42, stk. 4, 2. og 3. led, når betingelsen om, at kontraktens genstand ikke kan beskrives ved brug af tilstrækkelige nøjagtige og forståelige specifikationer, er opfyldt. En sådan fortolkning er i øvrigt også understøtter flere steder i den juridiske litteratur, herunder:

> *"Clearly, under either Article 34 TFEU or the Directive, contracting authorities cannot state in a given contract that a specific make is required to be used if the contracting authority is able to describe the contract. However, in my opinion this requirement should not be interpreted as limited under the Treaty. Under the Treaty it might be easier to justify that it is permitted to state a make, as long as it is always followed by the words 'or similar/equivalent'."*[325] [min understregning]

Ligeledes fastslår S. Poulsen særligt under henvisning til Domstolens afgørelse i *Vestergaard*-dommen, at når en offentlig kontrakt alene er omfattet af TEUF, og ikke falder indenfor anvendelsesområdet for udbudsdirektivet, må det være tilstrækkeligt for at overholde de grundlæggende regler og principper i TEUF, at en ordregiver kan henvise til et varemærke udelukkende med en efterfølgende angivelse af udtrykket 'eller dermed ligestillet'.[326]

En sådan fortolkning af anvendelsen af undtagelsen er muligvis en smule vidtgående, idet det netop tydeligt er indeholdt i direktivets bestemmelse, at undtagelsen til forbuddet mod henvisning til varemærker, fabrikater mv., er en meget snævre undtagelsesbestemmelse, som er betinget af, at de tekniske specifikationer ikke må kunne udarbejdes ved hjælp af funktionskrav eller standarder. Poulsen udtaler hertil, at der ud fra udbudsdirektivets ordlyd er *"skærpede betingelser i forhold til*

---

[325] Hansen: "*Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive"* (2012), s. 198.

[326] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 3-4, afsnit 3.4.2.

kravene i henhold til EF-traktaten, førend en offentlig ordregiver må henvise til bestemte varemærker ved udformningen af kravspecifikationerne."[327]

Det er uafklaret i praksis, hvorvidt ordregivere for offentlige kontrakter, som er udenfor direktivets anvendelsesområde, altid kan foretage henvisning til varemærker, fabrikater mv., ved blot at angive 'eller tilsvarende' efterfølgende. En sådan fortolkning kan anses for værende for vidtgående, på trods af, at det ikke direkte kan udledes af EU-domstolens praksis, at angivelsen af 'eller tilsvarende' er underlagt den samme betingelse som efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Domstolen vil formentligt i hver enkelt sag af offentlige kontrakter udenfor direktivets anvendelsesområde skulle foretage en konkret vurdering af om en henvisning til et varemærke, fabrikat mv., efterfulgt af angivelsen 'eller tilsvarende' har været sagligt begrundet og nødvendig.

Det kan således ikke udelukkes, at undtagelsen til varemærkeforbuddet for offentlige kontrakter under tærskelværdien, kan være underlagt et hensyn til proportionalitet, f.eks. ved de store økonomiske udgifter, der kan være forbundet med teknisk bistand til udarbejdelsen af tekniske krav, der i udbudsdirektivets forstand formentligt ikke vil kunne berettige, at undtagelsen om angivelse af 'eller tilsvarende' finder anvendelse.

[327] Poulsen: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, s. 4, afsnit 3.4.3.

6. Er henvisninger til materialer omfattet af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4?

På baggrund af EU-Domstolens afgørelse i *DYKA* opstod spørgsmålet om, hvorvidt byggematerialer er omfattet af varemærkeforbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. EU-Domstolen har ikke i tidligere afgørelser forholdt sig direkte til dette spørgsmål, ligesom det ikke fremgår direkte af ordlyden af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, om forbuddet mod angivelse af varemærker, fabrikater mv. også omfatter henvisninger til materialer.

6.2 EU-Domstolens dom af 16. januar 2025, DYKA Plastics NV

I EU-Domstolens dom af 16. januar 2025, *DYKA*, anmodede den belgiske domstol om fire præjudicielle spørgsmål. Det første spørgsmål angik metoderne for fastsættelse af de tekniske specifikationer, og er behandlet i afhandlingens afsnit 4.3.3.

Det andet og tredje spørgsmål har retten behandlet kumuleret. Spørgsmålet gik på, om en henvisning i de tekniske specifikationer til kloakrør af stentøj og beton skal anses for en henvisning som nævnt i artikel 42, stk. 4, f.eks. henvisninger til bestemte rørtyper eller rørproduktioner.[328] Med andre ord om artikel 42, stk. 4, skal fortolkes således, at den hindrer ordregivers adgang til i de tekniske specifikationer at præcisere, hvilke materialer de tilbudte varer skal bestå af.[329]

Angående problemstillingen anførte Domstolen, at det påhviler den nationale ret konkret at anvende reglen i artikel 42, stk. 4. Domstolen kan imidlertid vejlede den nationale ret med henblik på at fastlægge, i hvilket omfang reglen i artikel 42, stk. 4, finder anvendelse på en henvisning om anvendelse af rør i 'stentøj' og 'beton'.[330] Domstolen bemærkede i denne forbindelse tydeligt, at det materiale, som en vare består af, ikke kan kvalificeres som et 'funktionelt krav' eller 'funktionsdygtighed' i medfør af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a.[331] I *DYKA* fastslog Domstolen, at listen af metoder til udarbejdelse af de tekniske specifikationer, jf. udbudsdirektivets

[328] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 21.

[329] Ibid., pr. 39.

[330] Ibid., pr. 55.

[331] Ibid., pr. 56.

artikel 42, stk. 3, litra a-d, er udtømmende.[332] Når en henvisning til et materiale ikke er omfattet af de udtømmende metoder i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, er det herefter relevant at vurdere, om en henvisning til et materiale er omfattet af forbuddet i artikel 42, stk. 4, og om denne kan være berettiget i medfør af undtagelsesmulighederne i artikel 42, stk. 4.

EU-domstolen har, i overensstemmelse med og med henvisning til generaladvokatens forslag til afgørelse i *DYKA*[333], fastslået, at angivelsen af 'stentøj' og 'beton' som obligatoriske materialer angår en bestemt type af rør eller en bestemt produktion. Dette er indeholdt i ordlyden i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4[334], hvorefter de tekniske specifikationer ikke må henvise til:

> *"en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres."*[335] [min understregning].

Hertil anfører Domstolen, at dette gælder i en situation som den i hovedsagen, hvor:

> *"der i den berørte økonomiske sektor findes varer, som kan udskilles fra hinanden på baggrund af fremstilling heraf, og navnlig det materiale, de udgøres af."*[336]

Dette understreger i øvrigt det i direktivets nævnte betingelse om, at tekniske specifikationer ikke må angive bestemte varemærker, typer, produktioner mv., som har det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres.

Generaladvokaten har i denne forbindelse angivet, at forbuddet også gælder, selvom kredsen af kandidater begrænses til ikke blot én men flere aktører, når en sådan begrænsning medfører, at

---

[332] Se herom afhandlings afsnit 4.3.3.

[333] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024.

[334] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 57.

[335] Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. pkt.

[336] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 57.

producenter med alternative materialer udelukkes.[337] Med andre ord er anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ikke udelukket til den situation, hvor den pågældende henvisning medfører, at der kun er én tilbudsgiver, som kan levere varen. En henvisning til et bestemt materiale vil således være forbudt i medfør af artikel 42, stk. 4, selv hvis der fortsat er indbyrdes konkurrence mellem et udvalg af virksomheder, hvis henvisningen medfører, at virksomheder med alternative løsninger udelukkes fra konkurrencen.

Man kan spørge om der i praksis kan forekomme tilfælde, hvor der i den berørte økonomiske sektor findes varer, som ikke kan adskilles fra hinanden på baggrund af det materiale, som de er fremstillet af. Altså den situation, hvor der ikke findes konkurrerende materialer, som opfylder de samme tekniske krav. Hvis dette kan være tilfældet – altså at der ikke eksisterer alternative/konkurrerende materialer, som kan anvendes til samme formål – kan det ikke udelukkes, at en henvisning til et bestemt materiale ikke vil medføre, at visse virksomheder favoriseres eller elimineres. I et sådant tilfælde kan en henvisning til et materiale muligvis være berettiget, hvis den er saglig begrundet og ikke foretager en begrænsning af konkurrencen. Denne situation må dog have karakter af en undtagelse i praksis, da der formentligt oftest vil forekomme tilfælde, hvor der er et stort udvalg af byggematerialer, som har samme egenskaber.

Ligeledes kan det overvejes, om en henvisning til et materiale i et bygge- og anlægsarbejde, men hvor denne ikke berører den økonomiske sektor for de potentielle tilbudsgivere, ligeledes vil medføre, at der sker en favorisering eller eliminering af en virksomhed eller vare. Et tænkt eksempel kunne f.eks. være et stort entrepriseudbud angående opførelsen af en bygning, hvor der i en længere kravspecifikation stilles krav om, at bygningen skal belægges med trægulve. Det vil formentligt være let tilgængeligt og muligt for alle potentielle tilbudsgivere, der i dette eksempel er entreprenørvirksomheder, at indkøbe det pågældende materiale, træ, hos en leverandør. I det påtænkte eksempel er det således svært at forstille en situation, hvor en specifik materialehenvisning udelukker potentielle tilbudsgivere eller forringer deres konkurrencemæssige stilling. Dog er betingelsen om, at henvisningen skal medføre, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres, jo netop i

[337] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024, pr. 73.

dennes ordlyd ikke afgrænset til at omhandle eliminering/favorisering af potentielle tilbudsgivere, hvorefter en henvisning til et materiale af en specifik vare, formentligt i langt de fleste tilfælde vil medføre at øvrige varer elimineres.

Uanset ovenstående betragtninger ændrer dette ikke på, at en henvisning til et materiale ifølge *DYKA*-dommen er omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelsen, hvorefter ordregiver vil skulle løfte bevisbyrden for, at en henvisning til et materiale ikke er omfattet af forbuddet i artikel 42, stk. 4, fordi henvisningen til materialet ikke har medført en eliminering eller favorisering af én eller flere virksomheder/varer. Derudover skal der formentligt ikke meget til, før en henvisning til et fabrikat, varemærker mv. vil medføre en favorisering eller eliminering af en virksomhed eller vare[338], hvorfor en henvisning til et materiale på baggrund af *DYKA*-dommen, som udgangspunkt kun vil være berettiget i medfør af undtagelserne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Hvordan ordregiver i praksis på bagkant af *DYKA*-dommen skal løse problemstilling for, at materialer skal betragtes som omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, skal formentligt besvares med, at ordregiver skal falde tilbage på undtagelsesmuligheder i stk. 4, hvis betingelserne hertil er opfyldt. Det skal dog understreges, at undtagelsesmulighederne har et snævert anvendelsesområde. Undtagelsen om angivelse af 'eller tilsvarende' er underlagt en betingelse om, at de udtømmende metoder i artikel 42, stk. 3 ikke kan anvendes under henvisning til kontraktens genstand. Undtagelsen om angivelse af 'eller tilsvarende' kan dermed ikke frit benyttes af ordregiver til at angive en lang række af materialer i kravspecifikation med angivelsen af 'eller tilsvarende'. Ligeledes vil det være ordregiver, som skal løfte bevisbyrden for, at en sådan henvisning er omfattet af anvendelsesområdet for undtagelsen.[339]

DYKA-dommen kan formentligt medføre nogle problemer ved udformningen af de tekniske specifikationer, særligt i byggebranchen, hvor det i praksis er vanskeligt at udforme de tekniske specifikationer til store tekniske bygge- og anlægsarbejder udelukkende ved brug af funktionelle krav eller standarder, jf. artikel 42, stk. 3. Hvor dette ikke er muligt åbner *DYKA*-dommen imidlertid op

[338] Nærmere behandlet i afsnit 5.2.

[339] Se herom afsnit 5.5.1.1.

for, jf. dommens pr. 60-61, at ordregiver kan henvise til et materiale i de tekniske specifikationer, når i) dette er en uundgåelig følge af kontraktens genstand eller ii) når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens ikke genstand ikke kan foretages efter metoderne i direktivets artikel 42, stk. 3, og hvor en sådan henvisning til et materiale er efterfulgt af udtrykket 'eller tilsvarende'.

6.2.1 Kort om forholdet mellem udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2 og artikel 42, stk. 4.

Det sidste præjudicielle spørgsmål i *DYKA* omhandler, hvorvidt ordregivers overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4[340], også udgør en overtrædelse af de almindelige udbudsretlige principper i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, samt artikel 42, stk. 2.[341]

Domstolen anfører, at artikel 42, stk. 2 sammenholdt med artikel 18, stk. 1, skal fortolkes således, at den forpligtelse om lige adgang til udbudsproceduren og det forbud mod uberettigede hindringer for konkurrencen, tilsidesættes, hvis ordregiver udformer de tekniske specifikationer uforeneligt med reglerne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3 og stk. 4, og dermed eliminerer visse virksomheder eller varer.[342] Ud fra domstolens udtale herom, kan der således udledes, at en overtrædelse af reglerne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4[343] også automatisk vil medføre en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 og artikel 42, stk. 2. Det bør dog bemærkes, at en sådan automatisk overtrædelse ikke gælder i den omvendte situation, idet der godt kan forelægge krav i de tekniske specifikationer, som ubegrundet hindrer konkurrencen og ikke giver lige adgang til udbuddet i medfør af artikel 42, stk. 2, men som ikke henviser til et varemærke, materiale mv., hvorfor kravet ikke falder indenfor forbuddet i artikel 42, stk. 4. Dette kunne f.eks. være et beliggenhedskrav, som i EU-Domstolens afgørelse af 22. oktober 2015, i C-552/13[344] ("*Grupo*"), hvor et krav om, at et privathospital skulle være beliggende i en bestemt kommune, ikke var sagligt og hindrede den lige adgang for tilbudsgiverne.[345]

---

[340] Og artikel 42, stk. 3.

[341] C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025, pr. 63.

[342] Ibid., pr. 67.

[343] Og artikel 42, stk. 3.

[344] C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón SA mod Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco,* dom af 22. oktober 2015.

[345] Ibid., pr. 32-33.

6.3 Klagenævnets kendelse af 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*

Klagenævnets kendelse af 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune ("Scan-Plast"),* er den eneste kendelse, hvor klagenævnet har taget stilling til ordregivers henvisning til et materiale. Kendelsen er dog behandlet efter tilbudslovens § 2, stk. 3, som er et udtryk for det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, da tilbudsloven ikke indeholder en lignende bestemmelse om forbud mod henvisninger til varemærker som i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Det fremgik af materialebeskrivelsen, at bygningen skulle være opført med *"naturlig træfacadebeklædning udvendigt som lærketræ."*[346]

Klagenævnet fandt, at en henvisning til, at bygningen skulle være beklædt 'som lærketræ', måtte forstås som et udtryk for ordregivers ønske om, at bygningen skulle være beklædt med træ, og at træet skulle have samme egenskaber som lærketræ. På dette grundlag fandt klagenævnet, at der ikke var sket en overtrædelse af udbudsreglerne om henvisning til referenceprodukter.[347] Kendelsen taler således for – i modsætning til *DYKA-dommen* – at en henvisning til et materiale ikke kan anses for værende i strid med de udbudsretlige principper.

Det bemærkes dog hertil, at der er en række forhold, som begrænser den retskildemæssige værdi af klagenævnets kendelse i *Scan-Plast*. Først bemærkes det, at der er tale om en ældre kendelse, der desuden er behandlet efter de mere lempelige regler i tilbudsloven. Dette betyder også, at kendelsen ikke er behandlet direkte i relation til udbudslovens § 42, stk. 2, men udelukkende efter et udbudsretligt ligebehandlingsprincip. Afslutningsvis - og mest tungtvejende - har *Scan-Plast*-kendelsen en lavere retskildemæssig værdi end *DYKA*-dommen på baggrund af retskildernes hierarki. Klagenævnets fortolkning, hvorefter en henvisning til et bestemt materiale ikke udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, kan derfor ikke tilsluttes.[348]

---

[346] Klagenævnets kendelse af 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune,* s. 3.

[347] Ibid., s. 5.

[348] jf. nærmere herom afsnit 2.3.4 og 2.3.5

7. Konklusion

Udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, regulerer ordregivers adgang til at henvise til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet. Det er i medfør af bestemmelserne ikke tilladt for ordregiver at henvise til et bestemt fabrikat, varemærke mv., når henvisningen kendetegner en bestemt økonomisk aktør, eller hvis en sådan henvisning medfører, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres i konkurrencen.

Det er uafklaret i praksis, i hvilke tilfælde en henvisning ikke medfører, at en vare eller virksomhed favoriseres eller elimineres. Af eksempler kan anføres det scenarie, hvor alle aktører på det gældende marked anvender det samme produkt, altså hvor én virksomheds produkt er blevet en de facto-standard på markedet. Argumentet herfor er, at der ved en sådan henvisning ikke opstår en favorisering af én eller flere virksomheder, idet produktet anvendes af alle aktører. Modsætningsvis kan det anføres, at der ved vurdering af om noget er blevet en de-facto standard kan opstå store bevismæssige vanskeligheder. Ligeledes kan ordregivers henvisning til en de-facto standard blive ugennemsigtig, idet kravene til egenskaberne til produktet ikke vil være klare og tydelige for tilbudsgiverne.

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder imidlertid to snævre undtagelser til forbuddet mod angivelse af varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, hvor ordregiver alligevel kan være berettiget til at foretage en sådan henvisning. Den første undtagelse er, når ordregiver ikke kan foretage en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand med anvendelse af de udtømmende metoder i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3. Der er til denne undtagelse opstillet en betingelse om, at henvisningen skal efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende'. En sådan betingelse indebærer, at tilbudsgivere med tilsvarende produkter ikke helt udelukkes fra konkurrencen. Denne undtagelse til forbuddet mod henvisninger til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer er ligeledes implementeret i udbudslovens § 42, stk. 2.

På baggrund af særligt EU-Domstolens afgørelse i *DYKA*-dommen, er der imidlertid opstået spørgsmål om, hvorvidt udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder én yderligere undtagelse i medfør af ordlyden af bestemmelsens 1. del. Undtagelsen indebærer, at ordregiver kan henvise til et bestemt fabrikat, varemærke mv. når kontraktens genstand gør det berettiget. I *DYKA*-dommen blev det af Domstolen fastslået, at direktivets artikel 42, stk. 4, indeholder den yderligere undtagelse, som

ikke er betinget af kravet om angivelsen af udtrykket 'eller tilsvarende'. På baggrund af *DYKA*-dommen, klagenævnets praksis og den juridiske litteratur kan det konkluderes, at undtagelsen formentligt vil kunne finde anvendelse, når en henvisning uundgåeligt følger af kontraktens genstand, hvorefter denne er støttet på ordregivers behov for æstetik eller tilpasninger/kompatibilitet med eksisterende produkter eller bygninger. Undtagelsen er imidlertid ikke implementeret i udbudslovens § 42, stk. 2, hvis ordlyd og lovbemærkninger tydeligt angiver, at bestemmelsen udelukkende indeholder én undtagelse til varemærkeforbuddet, og denne er betinget af angivelsen af udtrykket 'eller tilsvarende'. Klagenævnet har dog på trods heraf behandlet flere kendelser om henvisninger til varemærker eller fabrikater, som var begrundet under hensyn til ordregivers behov for kompatibilitet med en eksisterende ydelse. På baggrund af klagenævnets praksis, kan det imidlertid ikke udelukkes, at undtagelsen om kontraktens genstand alligevel finder anvendelse i dansk ret gennem de EU-retlige principper om EU-konform fortolkning eller EU-rettens forrang.

Afhandlingen behandler tillige ordregivers henvisninger til varemærker og fabrikater i offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde. Offentlige kontrakter, som falder udenfor direktivets anvendelsesområde f.eks. på grund af dennes værdi, er underlagt de almindelige EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som udspringer af TEUF. Domstolen har i en række af domme fastslået, at en henvisning til et bestemt varemærke eller fabrikat også kan medføre en overtrædelse af TEUF's regler om varers fri bevægelighed, herunder særligt artikel 34. Af ældre praksis fra EU-Domstolen fremgår det ligeledes, at en henvisning til et varemærke eller fabrikat, skal efterfølges af udtrykket 'eller tilsvarende', hvis denne ikke skal udgøre en overtrædelse af TEUF's artikel 34 og principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Afhandlingen finder det imidlertid uafklaret om den blotte angivelse af 'eller tilsvarende' efter en henvisning er tilstrækkelig i medfør af TEUF, eller om undtagelsen er lige så snæver, og underlagt den samme betingelse for anvendelse, som i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Mest taler dog for, at anvendelsesområdet for undtagelsen om angivelse af 'eller tilsvarende' i TEUF, formentligt ikke er helt så restriktiv som efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Indtil EU-Domstolens dom af 16. januar 2025 i *DYKA*, var det uafklaret om forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ligeledes omfattede ordregivers henvisninger til materialer. Med EU-Domstolens afgørelse i *DYKA*, er det imidlertid blevet fastlagt, at materialer udgør en bestemt varetype eller en bestemt produktion, som er indeholdt i varemærkeforbuddet i artikel 42, stk. 4. På

denne baggrund kan *DYKA*-dommen, muligvis få betydning i praksis, da det nu er fastslået, at ordregiver kun undtagelsesvis kan henvise til materialer i de tekniske specifikationer i medfør af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Der kan dog rejses tvivl om, hvorvidt betingelsen for forbuddet - hvorefter en henvisning skal kendetegne en bestemt økonomisk aktør eller medføre at en virksomhed eller varer favoriseres eller elimineres - altid vil være opfyldt ved ordregivers henvisning til et materiale. Det kan forekomme tvivlsomt om en henvisning til et materiale - modsat ordregivers henvisning til varemærker og fabrikater – lige så ofte vil få den virkning, at en virksomhed eller varer favoriseres. Uanset dette kan ordregiver – under hensyn til dennes bevisbyrde - være henvist til at falde tilbage på undtagelsesbestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, særligt undtagelsen om angivelse af 'eller tilsvarende', når betingelserne for anvendelse er opfyldt.

8. Litteraturliste

8.2 Lovgivning fra EU

Traktaten om Den Europæiske Union (”TEU”)

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (”TEUF”)

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

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (”Forsyningsvirksomhedsdirektivet”)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (”2004-udbudsdirektivet”)

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Rådets direktiv 80/767/EØF og Rådets direktiv 88/295/EØF.

Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896

8.3 Dansk lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025 om Klagenævnet for Udbud (”Klagenævnsloven”).

Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025 (”Udbudsloven”).

Lovforslag nr. L19 af 7. oktober 2015 om forslag til Udbudsloven.

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 (”Tilbudsloven”).

8.4 Retspraksis

8.4.1 EU-Domstolens afgørelser

C-810/79, *Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, dom af 8. oktober 1980.

C-45/87, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Irland ("Dundalk")*, dom af 22. september 1988.

C-41/90, *Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH,* dom af 23. april 1991.

C-243/89, *Kommissionen mod Danmark, ("Storebælt"),* dom af 22. juni 1993.

C-359/93, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, ("Unix"),* dom af 24. januar 1995.

C-108/98, *RI.SAN. Srl mod Commune di Ischia,* dom af 9. september 1999.

C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, dom af 3. december 2001.

C-470/99, *Universale-Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, dom af 12. december 2002.

C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich*, dom af 19. juni 2008.

C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia*, dom af 16. april 2015.

C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón SA mod Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco,* dom af 22. oktober 2015.

C-396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark,* dom af 24. maj 2016.

C-14/17, *VAR Srl, Azienda Trasporti Milanesi SpA (ATM) mod Iveco Orecchia SpA,* dom af 12. juli 2018.

C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika,* dom af 25. oktober 2018.

C-210/20, *Rad Service Srl mod Del Debbio SpA*, dom af 3. juni 2021.

C-441/22 og C-443/22*, Zamestnik-minist mod Obsjtjina Razgrad (C-441/22) Obsjtjina Balchik (C-443/22)*, dom af 7. december 2023.

C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, dom af 16. januar 2025.

Generaladvokatsudtalelser

C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV,* forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024

8.4.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. marts 1999, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening Slagelse*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. august 2003, *Georg Berg A/S mod Køge Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. april 2005, *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. oktober 2013, *Gambro Denmark, Filial af Gambro Lundia AB Sverige mod Region Sjælland*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017, *Omada A/S mod Københavns Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. oktober 2019, *Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2022, *Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2023, *Oshkosh Airport Products, United States of America mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. oktober 2023, *Liebherr-MCCtec Rostock GmbH mod Køge Havn*

Klagenævnets for Udbuds kendelse af 5. december 2024, *Cura Pleje ApS mod Frederiksberg Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. februar 2025, *Vognmand Andreas R. Søborg A/S mod Odsherred Kommune*

8.5 Juridisk litteratur

Arrowsmith, Sue:*"The Law Of Public and Utilities Procurement",* 2005 (2nd edition), Sweet & Maxwell Limited

Berg, Claus (red. Treumer):*"Udbudsloven"* 2016 (1. udgave), Ex Tuto Publishing A/S

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

Blume, Peter (red. Riis og Trzaskowski): *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling",* 2020 (2. udgave), Ex Tuto Publishing A/S

Blume, Peter: "*Retssystemet og juridisk metode*", 2020 (4. udgave) Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Evald, Jens: *"Juridisk teori, metode og videnskab",* 2024 (3. udgave), Djøf Forlag

Fabricius, Jesper (red. Treumer): *"Udbudsloven"* 2016 (1. udgave), Ex Tuto Publishing A/S

Fabricius, Jesper: *"Offentlige indkøb i praksis",* 2024 (5. udgave), Karnov Group Denmark A/S

Hamer, Carina Risvig og Daniel, Bugge Thorbjørn (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner",* 2020 (1. udgave), Djøf Forlag

Hamer, Carina Risvig: *"Udbudsret bind 1-2",* 2025 (3. udgave), Djøf Forlag

Hansen, Carina Risvig: "*Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive",* 2012 (1. Edition), Djøf Publishing

Neergaard, Ulla (red. Riis og Trzaskowski): *"Skriftlig jura – den juridiske fremstilling",* 2020 (2. udgave), Ex Tuto Publishing A/S

Neergaard, Ulla og **Nielsen**, Ruth: *"EU-ret",* 2024 (9. udgave), Karnov Group Denmark A/S

Nielsen, Rasmus Horskjær: *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt",* 2022 (1. udgave), Djøf Forlag

Olesen, Karsten Naundrup (red. Johansen og Cederstrøm): *"Ret på tværs – mellem retsdogmatik og andre metoder"*, 2023 (1. udgave), Djøf Forlag

Poulsen, Sune Troels m.fl.: *"EU Udbudsretten",* 2022 (4.udgave), Djøf Forlag

Schaumburg-Müller, Sten (red. Hamer og Schaumburg-Müller): *"Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner",* 2020 (1. udgave), Djøf Forlag

Steinicke, Michael & **Groesmeyer**, Lise: *"EU's Udbudsdirektiver med kommentarer",* 2008 (2. udgave), Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Ølykke, Grith Skovgaard, m.fl.: *"EU's udbudsregler – i dansk kontekst"* 2022 (3. udgave), Djøf Forlag

8.5.1 Artikler

Arrowsmith, Sue: "*Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform",* i Konkurrensverket: *"The Cost of Different Goals of Public Procurement"*, 2012

Christensen, Morten Uhrskov: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter – en kommentar",* U.2008B.112, Ugeskrift for Retsvæsen

Hamer, Carina og **Nielsen**, Rasmus Horskjær: *"Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?",* U.2020B.114, Ugeskrift for Retsvæsen

Poulsen, Sune Troels: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter",* U.2008B.41, Ugeskrift for Retsvæsen

8.6 Vejledninger, rapporter og øvrig litteratur

Klagenævnet for Udbud: "*Årsberetning 2023*", 2024

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Status for offentlig konkurrence 2022"*, 2023

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *"Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne",* 2024

Udvalg om Dansk Udbudslovgivning: *"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"*, 2014