



Specialeafhandling: Erstatning for tab af chance i dansk udbudsret

Fagområde: Forskningscenter CEPRI - Centre for Private Governance
Problemformulering: I hvilket omfang kan en forbigået virksomhed kræve erstatning for tab af chance efter dansk udbudsret som følge af en ordregivers uberettigede afvisning?

Navn	KU-brugernavn
Ida-Emilie Spanggaard	rvx452

Vejleder: Vibe Garf Ulfbeck	Antal tegn: 138.002
------------------------------------	----------------------------

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

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

Afleveringsdato: 20. december 2025	Karakter:
---	------------------

Abstract

This thesis examines the concept of loss of chance in Danish procurement law. It explores the extent to which an economic operator who has been unlawfully rejected in a procurement procedure can claim compensation for the loss of a chance to win a contract. Focus will be on assessing if the legal position is changed after the judgement of the EU Court of Justice of the European Union in INGSTEEL.

Claims for compensation in Danish procurement law have legal basis in section 14 of the Act on the Complaints Board for Public Procurement and must follow the general principles of Danish tort law, under which four cumulative conditions must be met. At present, Danish law does not recognize loss of a chance as a compensable loss, as it reflects a non-realized and speculative loss. In INGSTEEL, however, the EU Court of Justice held that the Remedies Directive precludes national legislation or practice that excludes the possibility for an unlawfully excluded tender to obtain compensation for the damage suffered. Yet, the judgement provides no guidance on exactly in which cases compensation for loss of chance must be granted, which conditions must be met or how the loss is quantified.

The thesis concludes that INGSTEEL might only affect Danish procurement law in restricted procedures with prequalification, as there is already access to expectation damages in open procedures. Since compensation is envisaged as the legal remedy of last resort, loss of chance in Danish procurement law should be limited to situations where a contract has already been signed, and annulment cannot make up for the infringement caused by the contracting authority. Case law from the General Court and from English and French law serves as an important source of inspiration for the quantification method and suggests that compensation should be granted proportionally to the chance of winning the contract. Furthermore, it is concluded that while a recognition of compensation for loss of a chance in Danish procurement law could strengthen the protection of economic operators, there are also several arguments against such a recognition, suggesting that Danish law should be careful with recognizing loss of chance as a compensable loss. It is found that the development in EU procurement law is unlikely to have a knock-on-effect in other legal areas in Danish law, as INGSTEEL is based on specific interests in the procurement sector.

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	1
Indholdsfortegnelse.....	2
1. Indledning.....	4
1.1 <i>Introduktion til emne og problemformulering.....</i>	4
1.2 <i>Afgrænsning af emne.....</i>	5
1.3 <i>Metodiske overvejelser.....</i>	6
1.3.1 Den anvendte metode.....	6
1.3.2 EU-retlige retskilder.....	6
1.3.2.1 Traktater og principper.....	6
1.3.2.2 Direktiver, præambelbetragtninger og forarbejder.....	7
1.3.2.3 EU-retspraksis og generaladvokaters udtalelser	8
1.3.3 Danske retskilder.....	8
1.3.3.1 Dansk lovgivning og forarbejder	8
1.3.3.2 Domstolsafgørelser og Klagenævnets kendelser	9
1.3.3.3 Juridisk litteratur	9
1.3.4 Udenlandsk ret	10
1.4 <i>Plan for fremstillingen</i>	10
2. Redegørelse for hidtidig gældende ret vedrørende erstatning for tab af chance	10
2.1 <i>Retstilstanden vedrørende erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne</i>	10
2.1.1 Håndhævelsessystemet.....	10
2.1.2 Klagenævnet for Udbud	11
2.1.3 Retlig interesse hos Klagenævnet	12
2.1.4 Klagenævnets prøvelsesbegrænsning.....	13
2.1.5 Klagenævnets sanktionsmuligheder.....	14
2.1.6 Erstatning som sanktion	15
2.2 <i>Erstatningsbetingelser i udbudsretten</i>	16
2.2.1 Ansvarsgrundlag	16
2.2.1.1 Strabag og Spijker	17
2.2.1.2 Dansk udbudspraksis om ansvarsgrundlag	18
2.2.1.3 Teoretisk uklarhed om ansvarsgrundlag	19
2.2.1.4 Sammenfatning	21
2.2.2 Kausalitet	22
2.2.3 Adækvans.....	24
2.2.4 Økonomisk tab	24
2.2.4.1 Positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse.....	26
2.2.4.1.1 Positiv opfyldelsesinteresse	26
2.2.4.1.2 Negativ kontraktsinteresse	28
2.3 <i>Tab af chance som koncept.....</i>	28
2.3.1 Tab af chance i dansk udbudsret	30
2.3.1.1. Klagenævnslovens § 14, stk. 2.....	31

2.3.2 Tab af chance i engelsk og fransk ret.....	33
2.3.2.1 Engelsk ret	33
2.3.2.2 Fransk ret	34
2.3.3 Sammenfatning	36
3. Analyse af retstilstanden efter INGSTEEL	36
3.1 De faktiske omstændigheder	37
3.2 Afgørelsen	40
3.2.1 Skadesbegrebet	40
3.2.2 Tabsopgørelsen	41
3.2.3 Erstatning som det sidste retsmiddel.....	42
3.2.4 Sammenfatning	43
3.3 Relevansen af tab af chance og INGSTEEL i dansk udbudsret	43
3.3.1 Offentligt udbud.....	43
3.3.2 Udbudsformer med prækvalifikation	44
3.3.3 Udbudsformen i INGSTEEL	45
3.4 INGSTEELS rækkevidde	46
3.5 Erstatning som det sidste retsmiddel	48
3.6 Tab af chance i forbindelse med EU-institutioners udbud.....	50
3.6.1 Rettens restriktive tilgang	53
3.6.2 Sammenligning med INGSTEEL	54
3.6.3 Kan Rettens praksis overføres til medlemsstaternes udbud?	55
3.7 Tabsopgørelsen.....	56
3.7.1 Udgangspunktet i dansk erstatningsret.....	56
3.7.2 Fastlæggelse af kontraktens værdi	57
3.7.3 Fastlæggelse af sandsynligheden	59
3.7.4 Sammenfatning	62
4. Hensynsafvejning	63
4.1 Principper og hensyn bag erstatning for tab af chance.....	63
4.2 Argumenter imod en anerkendelse af erstatning for tab af chance	66
5. Perspektivering	67
5.1 Advokatansvar	68
5.2 Patienterstatning.....	69
5.3 Sammenfatning	71
6. Konklusion.....	71
7. Litteraturliste	74

1. Indledning

1.1 Introduktion til emne og problemformulering

Hver dag køber den offentlige sektor i Danmark ind for cirka en milliard kroner, og der er ofte store beløb på spil for private virksomheder, der ønsker at byde på en kontrakt.¹ Målet for enhver virksomhed, der deltager i en udbudsproces, er at vinde kontrakten. Udbudsprocesser er dog typisk komplekse og skal følge detaljerede procedurekrav, der betyder, at ordregivere regelmæssigt overtræder udbudsreglerne. Dette kan resultere i, at en virksomhed uberettiget afvises i et udbud og mister chancen for at vinde kontrakten, der kunne have ført til en økonomisk formuefordel. Virksomheden kan i den forbindelse være interesseret i at gøre et erstatningskrav gældende mod ordregiveren for den tabte chance for at opnå kontrakten. En virksomhed, der afvises, før denne har afgivet et tilbud, vil dog særligt have svært ved at dokumentere et økonomisk tab, og at denne ville have vundet kontrakten.

Emnet vedrørende muligheden for at opnå erstatning for en tabt chance er særlig relevant i lyset af EU-Domstolens (“**EUD**”) dom af 6. juni 2024, INGSTEEL.² I INGSTEEL tog EUD stilling til, om kontroldirektivet³ er til hinder for en national praksis, der udelukker erstatning for tab af chance i udbudssager. EUD fandt, at et sådant tab udgør et selvstændigt erstatningsberettiget tab i EU-udbudsretten. Imidlertid har dansk ret ikke tradition for at yde erstatning for tab af chance, og tabskategorien falder derfor udenfor de traditionelle former for erstatning i dansk ret. EUD’s præmisser udfordrer de grundlæggende krav om et økonomisk tab og kausalitet, og dommen har derfor potentiale til at revolutionere dansk erstatningsret. Med INGSTEEL opstår spørgsmålet, hvorvidt EU-retten opstiller et krav om, at dansk ret fremover skal anerkende erstatning for tab af chance i udbudssager. Det synes uklart på baggrund af dommen, hvad der i så fald skal til for at opnå erstatning for tab af chance, hvordan et sådant tab kan indarbejdes i dansk udbuds- og erstatningsret, og hvordan tabsopgørelsen skal foretages. Retstilstanden er således uafklaret efter INGSTEEL, og der savnes en juridisk behandling af retstilstanden. En afklaring er nødvendig, da ordregivere fremover potentielt kan blive mødt med en ny form for

¹ Risvig Hamer, 2025, s. 31

² C-547/22, INGSTEEL spol.S r.o. mod Úrad pre verejné obstarávanie, 6. juni 2024 (“**INGSTEEL**”)

³ Direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 regulerer udbudsdirektivet (“**Kontroldirektivet**”) og Direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 regulerer forsyningsvirksomhedsdirektivet (“**Kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed**”). Kontroldirektiverne er ændret ved direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (“**Ændringsdirektivet**”)

erstatningskrav. Specialeafhandlingen har derfor til formål at besvare følgende problemformulering:

I hvilket omfang kan en forbigået virksomhed kræve erstatning for tab af chance efter dansk udbudsret som følge af en ordregivers uberettigede afvisning?

1.2 Afgrænsning af emne

Emnet angående erstatning for tab af chance giver anledning til flere juridiske problemstillinger, hvorfor det er nødvendigt at afgrænse hvilke forhold, der behandles i nærværende specialeafhandling.

Afhandlingen omhandler det tilfælde, hvor en virksomhed uretmæssigt er blevet afvist i et udbud og dermed mister *muligheden* for at opnå kontrakten. Problemstillingen behandles fra en udbudsretlig vinkel, selvom tab af chance også kan anskues fra andre retsområder. Afgrænsningen er foretaget af hensyn til muligheden for en dybdegående behandling af den udbudsretlige problemstilling.

Afhandlingen indeholder ikke en detaljeret gennemgang af den overordnede udbudsret og behandler alene andre sanktionsmuligheder end erstatning, hvis det er relevant for forståelsen af problemstillingen. Derudover omtaler specialeafhandling kun to ud af fire udbudsdirektiver: Udbudsdirektivet⁴ og forsyningsvirksomhedsdirektivet⁵, da forsvars- og sikkerhedsdirektivet⁶ og koncessionsdirektivet⁷ bevæger sig udenfor temaets kerne. Da det primære fokus i specialet er på den klassiske udbudsret, berøres heller ikke tilbudsloven.⁸

⁴ Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (“**Udbudsdirektivet**”)

⁵ 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**”)

⁶ Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres 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 (“**Forsvars- og sikkerhedsdirektivet**”)

⁷ Direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (“**Koncessionsdirektivet**”)

⁸ Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, LBK nr. 1410 af 7. december 2007 (“**Tilbudsloven**”)

1.3 Metodiske overvejelser

1.3.1 Den anvendte metode

Formålet med dette speciale er at beskrive retstilstanden vedrørende erstatning for tab af chance i dansk udbudsret, og de ændringer som INGSTEEL potentielt medfører. Derfor er afhandlingen baseret på den retsdogmatiske metode, der grundlæggende går ud på at identificere, analysere og fortolke retskilder med henblik på at beskrive gældende ret.⁹ Den retsdogmatiske metode bidrager således til at skabe overblik over en uklar retstilstand og er dermed relevant for løsningen af nærværende problemstilling.¹⁰

Specialet behandler også kort retspolitiske spørgsmål ved at diskutere, om en anerkendelse af tab af chance er hensigtsmæssig eller giver anledning til udfordringer samt eventuelle løsninger på underproblemer.¹¹ Overvejelserne befinder sig i gråzonen mellem den retsdogmatiske og retspolitiske metode, idet de tager afsæt i gældende ret og på samme tid indeholder en vurdering af, hvordan gældende ret både kan og bør se ud.¹²

Afhandlingen berører desuden forskellige retsdiscipliner, hvor erstatnings- og udbudsretten udgør de dominerende discipliner. Forskellige retskilder yder et bidrag til belysningen af problemstillingen og gennemgås i det følgende med henblik på at beskrive overvejelserne bag brugen af retskilderne og deres retskildemæssige værdi.

1.3.2 EU-retlige retskilder

1.3.2.1 Traktater og principper

EU-rettens kilder kan opdeles i primær og sekundær ret. Ved primær EU-ret forstås EU's traktater, herunder TEU,¹³ TEUF,¹⁴ traktatfæstede principper og Chartret om grundlæggende rettigheder¹⁵.¹⁶ Traktaterne udgør EU's højeste retskilder, jf. TEUF, art. 1.

⁹ Blume, 2020, s. 32

¹⁰ Horskjær Nielsen, 2022, s. 29

¹¹ Ibid, s. 30f

¹² Blume, 2020, s. 347

¹³ Traktaten om Den Europæiske Union, konsolideret udgave, EUT C 202, 7. juni 2016 ("TEU")

¹⁴ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, konsolideret udgave, EUT C, 202/01, 7. juni 2016 ("TEUF")

¹⁵ Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 202, 7. juni 2016 ("EU's charter om grundlæggende rettigheder")

¹⁶ Risvig Hamer, 2025, s. 39

I afhandlingen inddrages både TEU og TEUF, selvom de ikke indeholder specifikke regler for indgåelsen af kontrakter, fordi en række af bestemmelserne heri danner grundlag for udbuds-direktiverne.¹⁷

På udbudsrettens område er de traktatfæstede principper om ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet, ikke-forskelsbehandling og gensidig anerkendelse centrale.¹⁸ De EU-retlige principper har karakter af egentlige retskilder med en retskildeværdi, der svarer til traktaternes bestemmelser, når kontrakten har en grænseoverskridende interesse. Principperne er implementeret i den danske udbudslov¹⁹ og udgør grundlaget for hele udbudsretten.²⁰ I afhandlingen er kun de principper, der vurderes centrale for afhandlingens formål, inddraget. I tillæg til de nævnte grundlæggende principper, har EUD også udviklet et effektivitets- og ækvivalensprincip, der tillige henvises til i afhandlingen.

1.3.2.2 Direktiver, præambelbetragtninger og forarbejder

Den sekundære EU-ret udgør retsakter, der er afledt af EU-institutioner i henhold til den primære ret.²¹ Af TEUF art. 288 fremgår det, at der sondres mellem tre forskellige sekundære reguleringer, herunder direktiver, forordninger og afgørelser. I EU-regi eksisterer fire udbuds-direktiver og to kontroldirektiver, der alle er bindende for EU's medlemsstater, jf. TEUF art. 288. Afhandlingen fokuserer på direktivernes bestemmelser om erstatning, men der henvises også kort til et direktiv om privat håndhævelse²² på konkurrencerettens område i afsnit 4.1.

Afhandlingen anvender præambelbetragtninger, der dog ikke er udtryk for egentlige retskilder, der kan støttes selvstændig ret på. Imidlertid anvendes præambelbetragtninger ofte af EUD i deres fortolkning, idet en præambel indeholder den pågældende retsakts overordnede hensyn og yder et bidrag til forståelsen af de pågældende artikler.²³ Forslag fra Kommissionen inddrages til belysning af Kommissionens tanker bag kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed.

¹⁷ Ibid, s. 39

¹⁸ Ibid, s. 40

¹⁹ Bekendtgørelse af udbudsloven, LBK nr. 116 af 3. februar 2025 ("**Udbudsloven**")

²⁰ Risvig Hamer, 2025, s. 58

²¹ Horskjær Nielsen, 2022, s. 38

²² Direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret EØS-relevant tekst ("**Direktiv om privat håndhævelse**")

²³ Blume, 2020, s. 277

EUD har gentagne gange tillagt et direktivs forarbejder betydning i en fortolkning.²⁴ Dog indeholder Kommissionens forslag ikke Rådets og Parlamentets senere betragtninger, og dermed er forslagene ikke udtryk for vedtagen ret.

1.3.2.3 EU-retspraksis og generaladvokaters udtalelser

Udvalgte domme fra EUD inddrages for at afdække gældende ret, hvoraf INGSTEEL står som den centrale afgørelse i afhandlingen. Idet udbudsretten er funderet på baggrund af EU-ret, er EUD's domme en væsentlig retskilde i fortolkningen af udbudsloven og udbudsdirektiverne. Den betydelige retskildemæssig værdi skyldes også, at dommene er bindende for alle offentlige ordregivere, at dommene ikke kan indbringes for en højere instans, og at medlemsstaters lovgivere og nationale domstole skal efterleve afgørelser afsagt af EUD.²⁵ Rettens praksis om EU-institutionernes egne udbud anvendes også i afhandlingen, idet praksis herom udgør et vægtigt fortolkningsbidrag i fortolkningen af udbudsdirektiverne.²⁶

En udtalelse fra en generaladvokat inddrages tillige i afhandlingen som et fortolkningsbidrag.²⁷ Generaladvokaters forslag til afgørelser er ikke bindende for EUD, hvorfor dets retskildemæssige værdi er begrænset.²⁸ Den retskildemæssige værdi afhænger desuden af, om EUD endeligt tilslutter sig forslaget.²⁹

1.3.3 Danske retskilder

1.3.3.1 Dansk lovgivning og forarbejder

I dansk ret er lovgivning den primære retskilde.³⁰ Udbudsloven og klagenævnsloven³¹ er centrale for besvarelsen af problemformuleringen og er begge en implementering af EU's udbuds- og kontroldirektiver. Såfremt der er konflikt mellem dansk lovgivning og EU's direktiver, skal national ret vige for EU-retten som følge af forrangsprincippet.³² I den forbindelse har medlemsstaterne pligt til at fortolke national ret EU-konformt, jf. TEU art. 4, stk. 3. National lov-

²⁴ Fenger, 2014, s. 294f

²⁵ Horskjær Nielsen, 2022, s. 44

²⁶ Risvig Hamer, 2025, s. 55

²⁷ Blume, 2020, s. 278

²⁸ Horskjær Nielsen, 2022, s. 55

²⁹ Blume, 2020, s. 279

³⁰ Ibid, s. 189

³¹ Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud, LBK nr. 448 af 8. maj 2025 ("**Klagenævnsloven**")

³² Horskjær Nielsen, 2022, s. 60

givning giver dog ikke altid et fyldestgørende svar, hvorfor lovforarbejderne, herunder lovbemærkninger, anvendes i fortolkningen af lovens bestemmelser. Selvom forarbejderne kan give et billede af lovens formål og indeholder betragtninger vedrørende de enkelte bestemmelser i loven, kan de dog ikke selvstændigt indføre retlige forpligtelser.³³

1.3.3.2 Domstolsafgørelser og Klagenævnets kendelser

Både kendelser fra Klagenævnet for Udbud ("**Klagenævnet**") og domstolsafgørelser anvendes til belysning af problemstillingen. Klagenævnet udgør imidlertid den primære retshåndhavende instans på udbudsrettens område.³⁴ Langt de fleste afgørelser træffes af Klagenævnet, og alene en lille del af Klagenævnets afgørelser indbringes for domstolene. I 2024 blev kun én afgørelse fra Klagenævnet indbragt for domstolene, hvilket understreger kendelsernes helt centrale betydning.³⁵ Det skyldes, at Klagenævnet hurtigere og mere effektivt træffer afgørelse end domstolene³⁶, at Klagenævnet har en særlig udbudsretlig ekspertise, samt at sagerne ikke forhandles mundtligt.³⁷ Da flertallet af udbudssager i praksis afgøres af Klagenævnet, refererer specialet primært til muligheden for at opnå erstatning hos Klagenævnet. I praksis træffer Klagenævnet dog sjældent afgørelser om erstatning. I 2023 og 2024 afsagde Klagenævnet kun tre kendelser herom. Det betyder, at kendelser udgør et sparsomt, men alligevel væsentligt fortolkningsbidrag, til retsstillingen på erstatningsområdet. Det bemærkes, at domstolene træffer afgørelse efter samme materielle regulering som Klagenævnet, men at de vedrørende den processuelle regulering er underlagt retsplejeloven³⁸ i modsætning til klagenævnsloven. Kendelser er ikke endelige domme, hvorfor de senere kan indbringes for domstolene, hvilket taler for, at de har en lavere retskildemæssig værdi sammenlignet med domstolsafgørelser.³⁹

1.3.3.3 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur benyttes til at give en teoretisk forståelse af erstatningsretten i udbudsretten og til refleksion over problemstillingerne, der affødes af INGSTEEL. Litteraturen yder dog begrænset hjælp i forhold til spørgsmålet om tab af chance i dansk udbudsret efter INGSTEEL. Der er tvivl om den retskildemæssige værdi af juridisk litteratur, da juridiske forfattere ikke har legitimitet til at påvirke retsforholdene og udlægge juraen på bindene vis, i modsætning til

³³ Risvig Hamer, 2025, s. 49

³⁴ Horskjær Nielsen, 2022, s. 62

³⁵ Nævnenes hus: Årsberetning 2024, s. 42

³⁶ Ibid, s. 7

³⁷ Nævnenes hus: Klagevejledning

³⁸ Bekendtgørelse af lov om rettens pleje, LBK nr.1298 af 7. november 2025 ("**Retsplejeloven**")

³⁹ Blume, 2020, s. 248

lovgivere, domstole og domstolslignende organer. Den gængse opfattelse er imidlertid, at juridisk litteratur ikke har en sådan autoritet, at det er at betragte som en retskilde, men at det derimod kan anvendes som et fortolkningsbidrag.⁴⁰

1.3.4 Udenlandsk ret

Afhandlingen tager udgangspunkt i danske retskilder, men i det omfang det er relevant, indrages udenlandsk ret, herunder engelsk og fransk praksis, da begge retsordener har tradition for at tilkende erstatning for tab af chance. Udenlandsk ret er selvsagt ikke gældende i Danmark, men bidrager til at identificere løsningsmuligheder i dansk ret og til at give en bredere forståelse af begrebet ”tab af chance”.

1.4 Plan for fremstillingen

Afsnit 2 præsenterer gældende ret vedrørende erstatning for tab af chance forud for EUD’s afgørelse i INGSTEEL og giver en forståelse af det udbudsretlige håndhævelsessystem i Danmark, herunder Klagenævnets kompetence og sanktionsmuligheder. Afhandlingens afsnit 3 analyserer retstilstanden efter EUD’s afgørelse i INGSTEEL med fokus på dens relevans og rækkevidde i dansk udbudsret. I den forbindelse indgår et afsnit om praksis fra Retten vedrørende EU-institutioners udbud samt et afsnit om forslag til tabsopgørelsen. I afsnit 4 foretages en hensynsafvejning ved at diskutere argumenterne for og imod en anerkendelse af erstatning for tab af chance, hvorefter afsnit 5 sætter resultaterne af analysen i et bredere perspektiv og vurderer, om udviklingen i udbudsretten kan få en afsmittende effekt på andre retsområder. Afslutningsvis samler afsnit 6 delkonklusionerne i én overordnet konklusion på problemformuleringen.

2. Redegørelse for hidtidig gældende ret vedrørende erstatning for tab af chance

2.1 Retstilstanden vedrørende erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne

2.1.1 Håndhævelsessystemet

På udbudsrettens område gælder et fælles håndhævelsessystem, der hviler på EU’s to kontrol-direktiver. Kontrol-direktiverne indeholder minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer og sanktionsmuligheder og har til formål at sikre håndhævelsen af udbudsreglerne på nationalt

⁴⁰ Ibid, s. 192

niveau. De fælles håndhævelsesregler er en undtagelse til den almindelige processuelle autonomi, hvorefter det som udgangspunkt er de nationale domstole, der håndterer håndhævelsen af EU-retten.⁴¹ I Danmark er kontroldirektiverne implementeret i klagenævnsloven. De følgende afsnit belyser, hvordan de processuelle regler spiller sammen med både den praktiske og teoretiske mulighed for at opnå erstatning for tab af chance.

Der er mulighed for at klage over overtrædelser af udbudsreglerne og gøre et erstatningskrav gældende hos Klagenævnet eller direkte hos de almindelige domstole.⁴² Imidlertid skal en klage i standstill-perioden indgives til Klagenævnet efter klagenævnsloven § 5, stk. 1. Klagenævnets afgørelser er retligt bindende for parterne og kan ikke indbringes for en anden administrativ myndighed, men for domstolene senest 8 uger efter, at en afgørelse er meddelt den pågældende. Hvis spørgsmålet om erstatning er udskilt til særskilt behandling, kan indbringelse for domstolene af afgørelsen om de i første omgang afgjorte klagepunkter dog ske, senest 8 uger efter at afgørelsen om erstatningsspørgsmålet er meddelt parterne, eller 8 uger efter at Klagenævnet har meddelt, at spørgsmålet om erstatning ikke tages under behandling, jf. klagenævnslovens § 8, stk. 1.

2.1.2 Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er et administrativt nævn, der er nedsat for at opfylde Danmarks forpligtelser efter kontroldirektiverne. Klagenævnet består af 10 dommere, herunder 1 formand, 9 næstformænd og et antal sagkyndige medlemmer.⁴³ Klagenævnet behandler klager over ordregiveres overtrædelser af udbudsloven, EU's udbudsdirektiver, tilbudsloven, TEUF og de afledte principper, jf. klagenævnslovens § 1, stk. 2. Dog er Klagenævnet ikke kompetent i sager om formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1 og kontrakter omfattet af afsnit V, jf. § udbudslovens 193, jf. klagenævnslovens § 1, stk. 4 samt i sager om anden lovgivning end udbudsret, herunder sager om konkurrenceret, forvaltningsret og kontraktuelle spørgsmål, såsom spørgsmål om erstatning ved ophævelse og misligholdelse.⁴⁴ Klagenævnet har således kompetence til at tage stilling til en sag, der vedrører, hvorvidt en forbigået virksomhed kan opnå erstatning for tab af chance.

⁴¹ Risvig Hamer, 2025, s. 826

⁴² Ibid, s. 828

⁴³ Nævnenes Hus: Om Nævnet

⁴⁴ Risvig Hamer, 2025, s. 831

Klagenævnet kan ikke tage sager op af egen drift og behandler alene sager på baggrund af indgivne klager.⁴⁵ Klagenævnet er underlagt forhandlingsmaksimen, og kan derfor kun tage stilling til parternes påstande og anbringender, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1. Klagenævnet kan således ikke tilkende en part mere, end vedkommende har påstået og kan ikke inddrage forhold, som ikke er gjort gældende af parten. Det er således klagerens ansvar at nedlægge en udtrykkelig påstand om erstatning for tab af chance. Som forvaltningsorgan er Klagenævnet også underlagt forvaltningsretlige regler i dets sagsbehandling, herunder officialprincippet. Dog har Klagenævnet alene pligt til at sikre en tilstrækkelig oplysning af sagen inden for rammerne af parternes påstande og anbringender.⁴⁶ Det vil sige, at hvis klager nedlægger påstand om erstatning for tab af chance, har Klagenævnet pligt til at fremskaffe oplysninger, der er nødvendige for at kunne vurdere sandsynligheden for, at klageren ville have haft en chance for at opnå kontrakten.

2.1.3 Retlig interesse hos Klagenævnet

I relation til dette speciale, hvor en virksomhed uberettiget er blevet afvist i et udbud og dermed har lidt et tab af chance, er det afgørende at vurdere, om virksomheden har retlig interesse i at klage over tildelingsbeslutningen og dermed kan få en erstatningssag behandlet ved Klagenævnet.

Efter kontroldirektivets art. 1, stk. 3 er det et minimumskrav, at klageberettigede er enhver, der har eller har haft interesse i at opnå en kontrakt, og som har lidt eller risikerer at lide skade som følge af en overtrædelse. Klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1-4 udvider kredsen af klageberettigede og foreskriver, at klage til Klagenævnet over nationale udbud kan indgives af de, der har retlig interesse, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, organisationer som erhvervs- og vækstministeren har givet klageadgang samt organisationer i andre medlemsstater i EU og Den Europæiske Frihandelssammenslutning (EFTA), der svarer til organisationer efter nr. 3. Begrebet "*retlig interesse*" i klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1 skal fortolkes i overensstemmelse med forvaltningsretten, sagens genstand og kontroldirektivets art. 1, stk. 3.⁴⁷

Har en tilbudsgiver afgivet et tilbud, er tilbudsgiveren som hovedregel klageberettiget. Klagenævnet har fastslået, at en virksomhed, der ikke har afgivet tilbud, ikke har retlig interesse, jf.

⁴⁵ Ibid, s. 832

⁴⁶ Risvig Hamer, 2025, s. 828

⁴⁷ Ibid, s. 836

Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland.⁴⁸ Klagenævnet fandt konkret, at Steelco Nordic A/S ikke havde retlig interesse, eftersom udbuddet var annulleret af ordregiver, virksomheden ikke havde indleveret et tilbud, og der ikke forelå en konkret og direkte interesse i Klagenævnets behandling af sagen.⁴⁹ Er en deltager blevet afvist i en prækvalifikationsrunde, har deltageren ikke afgivet et tilbud, og den retlige interesse samt direkte og konkrete indvirkning på dennes mulighed for at deltage i udbuddet kan derfor være vanskeligere at konkretisere. Det er dog fast antaget, at også ansøgere, der ikke er blevet prækvalificerede, og derfor ikke har afgivet tilbud, har retlig interesse, da Klagenævnet anlægger en bred fortolkning af, hvem der anses som klageberettigede.⁵⁰ Retsstillingen understøttes også af kendelsen Holm og Halby A/S mod Aarhus Universitet,⁵¹ hvor en prækvalificeret virksomhed ikke afgav et tilbud, men gjorde gældende, at denne også skulle underrettes om tildelingsbeslutningen.⁵² Klagenævnet fandt, at den prækvalificerede virksomhed var klageberettiget og fastslog, at *“en virksomhed, der har deltaget eller ville have kunnet deltage i et udbud, [har] retlig interesse i at klage”*.⁵³ Derfor kan en ansøger, der er blevet afvist i prækvalifikationsfasen, og som dermed potentielt har lidt et tab som følge af tab af chance, altså indgive klage til Klagenævnet på lige fod med virksomheder, der har afgivet et reelt tilbud.

For at kunne anlægge en erstatningssag hos de almindelige domstole, kræver det også en retlig interesse hos den erstatningssøgende. Det kan kort bemærkes, at der ikke er en entydig beskrivelse af begrebets indhold, men at retlig interesse hos de danske domstole forudsætter, at sagsøgeren kan nedlægge en lovlig påstand, der kan bedømmes retligt, at påstanden er aktuel, og at sagsøgeren har en konkret interesse i sagen.⁵⁴ Af hensyn til specialets omfang, vil de nærmere krav til retlig interesse hos domstolene ikke yderligere behandles.

2.1.4 Klagenævnets prøvelsesbegrænsning

Som pointeret er Klagenævnet kompetent til at behandle klager over ordregiveres overtrædelser af udbudsreglerne. Klagenævnet er dog underlagt en prøvelsesbegrænsning, hvorefter Klagenævnet ikke kan erstatte ordregivers skøn med sit eget, men kun tager stilling til, om ordregiveren har overskredet rammerne for sit skøn eller har udøvet skønnet på en usaglig eller

⁴⁸ Kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland

⁴⁹ Ibid, s. 5

⁵⁰ Risvig Hamer, 2025, s. 836

⁵¹ Kendelse af 14. december 2011, Holm og Halby A/S mod Aarhus Universitet

⁵² Ibid, s. 1-2

⁵³ Ibid, s. 8

⁵⁴ Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., 2024, s. 144

åbenbar urimelig måde eller på et retligt forkert grundlag. Kun i disse tilfælde kan Klagenævnet tilsidesætte ordregivers skøn. Klagenævnet kan derfor ikke forholde sig til den konkrete pointgivning ved tilbudsevalueringen, eller til hvem der “burde” have vundet kontrakten.⁵⁵

Ordregivers skønsbeføjelse kan sammenlignes med det klassiske forvaltningsretlige skøn, som domstolene som udgangspunkt heller ikke efterprøver. Domstolenes prøvelse er i forvaltningssager begrænset til retlige spørgsmål, såsom mangler i afgørelser, sagsbehandlingsfejl og ulovlig skønsudøvelse.⁵⁶ Tilgangen hos Klagenævnet og hos domstolene synes derfor at være parallel, idet de begge respekterer det skøn, der tilkommer henholdsvis ordregivere og forvaltningsmyndigheder. Hvor Klagenævnets prøvelsesbegrænsning skyldes udbudsrettens særlige karakter og respekten for de komplekse og tekniske beslutninger, som ordregiver træffer, må man antage, at domstolenes tilbageholdenhed i forvaltningssager derimod bygger på princippet om magtens adskillelse og retssikkerhedsmæssige hensyn.

I relation til erstatning for tab af chance kan det diskuteres, om Klagenævnets prøvelsesbegrænsning har indvirkning på, hvilke erstatningssager om tab af chance som kan realitetsprøves. Er en virksomhed blevet afvist i et udbud og vurderes afvisningen ikke at overskride rammerne for ordregivers skøn, vil Klagenævnet ikke tage stilling til, om den pågældende virksomhed ville have vundet kontrakten. Har ordregiver ikke begået en fejl, idet denne har ageret inden for sit skøn, vil der heller ikke være det fornødne ansvarsgrundlag, hvilket betyder, at der ikke vil kunne tilkendes erstatning for tab af chance. Omvendt kan en fejl hos en ordregiver, der går ud over ordregivers skøn, begrunde et erstatningsrelevant tab af chance. Prøvelsesbegrænsningen har altså direkte betydning for, hvilke tab af chance-sager der kan føre til erstatning. Kun i det tilfælde, hvor ordregiver har overtrådt udbudsreglerne eller har overskredet sin skønsbeføjelse, kan sagen falde ud til erstatning.

2.1.5 Klagenævnets sanktionsmuligheder

Under en klagesag nedlægger klager typisk en eller flere påstande om, at en ordregiver har tilsidesat udbudsreglerne. Såfremt Klagenævnet finder, at udbudsreglerne er overtrådt, kan det føre til, at der anvendes en eller flere reaktionsmuligheder. Klagenævnet har mulighed for at tillægge en klage opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12 samt annullere en beslutning eller hele udbudsprocessen, jf. lovens § 13. Derudover kan Klagenævnet tilkende erstatning,

⁵⁵ Risvig Hamer, 2025, s. 640

⁵⁶ Bønsing, 2023, s. 477

jf. lovens § 14. I nogle tilfælde kan eller skal en kontrakt erklæres uden virkning, jf. lovens §§ 16 og 17, og hvis ikke en kontrakt erklæres uden virkning, kan der som alternativ pålægges en økonomisk sanktion eller en bøde, jf. lovens § 19.

I det følgende gennemgås muligheden for at opnå erstatning med afsæt i Klagenævnets kompetence. Domstolene har som udgangspunkt samme beføjelser som Klagenævnet, hvorfor samme betragtninger finder anvendelse ved domstolsbehandling.

2.1.6 Erstatning som sanktion

En af de mulige sanktioner hos Klagenævnet ved overtrædelse af udbudsreglerne er erstatning. Det er almindeligt, at Klagenævnet udskiller spørgsmålet om erstatning til særskilt behandling, efter der er truffet afgørelse om de materielle klagepunkter.⁵⁷ I et tab af chance tilfælde vil først de materielle klagepunkter og lovligheden af ordregivers handlinger altså typisk behandles, hvorefter selve erstatningsspørgsmålet behandles.

Erstatning som sanktion har været udgangspunktet siden 1989, hvor kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c fastsatte, at erstatning skulle indgå blandt de tilgængelige retsmidler:

“Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til: (...) c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.”

Bestemmelsen i kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c fastlægger dog kun et minimumskrav om adgang til erstatning. Det er således overladt til medlemsstaterne at definere de nærmere erstatningsbetingelser i national lovgivning. Bestemmelsen er implementeret i klagenævnslovens § 14, der fastlægger, at Klagenævnet har kompetence til at pålægge en ordregiver at yde klageren erstatning for tab forårsaget af en overtrædelse af reglerne nævnt i klagenævnslovens § 1, stk. 2. Klagenævnslovens § 14, stk. 1 angiver ikke, hvilke betingelser, der skal være opfyldt for at en klager kan opnå erstatning. Af lovbemærkningerne til klagenævnslovens § 14 fremgår det dog, at det *“afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser”*.⁵⁸ I forhold til denne afhandling har det den fordel, at temaet om tab af chance - i hvert fald i et vist omfang -

⁵⁷ Ibid, s. 827

⁵⁸ Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., Lovforslag 2010-01-27, nr. 110, bemærkninger til § 14

også kan belyses ud fra andre retsområder end blot udbudsretten. For til sidst at kunne diskutere, hvorvidt tab af chance kan rummes inden for almindelig dansk erstatningsret, beskrives de almindelige erstatningsbetingelser i det følgende.

2.2 Erstatningsbetingelser i udbudsretten

Det følger af dansk erstatningsret at fire kumulative erstatningsbetingelser skal være opfyldt for, at en skadelidt kan rejse et erstatningskrav mod en skadevolder. Den første erstatningsbetingelse indebærer, at der skal være et ansvarsgrundlag (afsnit 2.2.1). For det andet skal der være indtrådt et økonomisk tab (afsnit 2.2.4). Derudover stilles der også krav om kausalitet og adækvans (afsnit 2.2.2 og 2.2.3). De fire erstatningsbetingelser er grundlæggende og gælder på alle områder, heriblandt på udbudsrettens område.⁵⁹ Forbigåede tilbudsgivere og ansøgere kan derfor kun opnå erstatning, hvis de kan godtgøre, at samtlige betingelser er opfyldt. Særlig relevant for spørgsmålet om erstatning for tab af chance i udbudssager er betingelserne om tab og kausalitet.

Endelig kan forhold hos den erstatningssøgende i visse tilfælde begrænse erstatningsansvaret. Det gælder forhold som egen skyld, passivitet og accept af risiko, men da de ikke har selvstændig relevans for spørgsmålet om erstatning for tab af chance, behandles de ikke yderligere.

2.2.1 Ansvarsgrundlag

Den første erstatningsbetingelse indebærer, at der skal være et ansvarsgrundlag, hvilket kan foreligge i form af culpa, objektivt ansvar eller en af mellemformerne, såsom hæftelsesansvar.⁶⁰ Culpansvaret er udgangspunktet i dansk ret.⁶¹ En skadevolder har udvist culpa efter den klassiske opfattelse, hvis denne har handlet forsætligt eller uagtsomt, og der er retsstridighed.⁶² I udbudsretlig henseende har det omtvistet i praksis, hvilket ansvarsgrundlag, der gælder. Før Strabag⁶³ der blev afsagt i 2010 blev culpa traditionelt betragtet som det almindelige ansvarsgrundlag i udbudsretlige erstatningssager.⁶⁴

⁵⁹ Ehlers, 2025, s. 17

⁶⁰ von Eyben & Isager, 2024, s. 26

⁶¹ Ibid, s. 93

⁶² Ibid, s. 96

⁶³ C-314/09, Stadt Graz mod Strabag AG m.fl, 30. september 2010 (“Strabag”)

⁶⁴ Risvig Hamer, 2025, s. 861

2.2.1.1 Strabag og Spijker

Strabag vedrører et udbud om fremstilling og levering af et asfaltprodukt. Ordregiver tildelte en kontrakt til en tilbudsgiver, der havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud ved ikke at opfylde tidsfristerne i henhold til kontrakten.⁶⁵ Strabag, der havde afgivet det næstbedste tilbud, gjorde krav på erstatning som følge af ordregivers fejl.⁶⁶ Det centrale spørgsmål i sagen var, om erstatning forudsætter, at ordregiver har handlet culpøst.⁶⁷ EUD fastslog, at ordlyden af kontroldirektivet ikke betyder, at krav på erstatning beror på en bestemt adfærd hos ordregiver, og at selvom medlemsstaterne har autonomi til at bestemme, hvilke erstatningsbetingelser, der skal gælde, skal nationale regler respektere ækvivalens- og effektivitetsprincippet.⁶⁸ EUD fandt, at et krav om culpa i den konkrete sag ikke var forenelig med disse principper, da et sådant krav underminerer kontroldirektivets formål og hindrer klager i at opnå erstatning.⁶⁹ Retsstillingen efter afgørelsen synes at være, at ansvarsgrundlaget nærmer sig et objektivt ansvar, og at det er tilstrækkeligt, at ordregiver har tilsidesat udbudsretlige regler som anført i klagenævnslovens § 1, stk. 2, idet EUD fastslår, at ordregivende myndigheder ikke kan fritages for ansvar på grund af "*manglende subjektiv skyld*".⁷⁰

I Spijker⁷¹, der blev afsagt kort efter Strabag, havde EUD en anden tilgang til spørgsmålet om ansvarsgrundlaget. EUD behandlede i denne sag igen spørgsmålet om ansvarsgrundlag. EUD fandt, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør en konkretisering af princippet om, at staten er ansvarlig for tab, der er forvoldt som følge af tilsidesættelser af EU-retten, der må tilregnes staten.⁷² Det kræver, at "*tilsidesættelsen af denne bestemmelse er tilstrækkeligt kvalificeret*".⁷³ Dette øger tvivlen om præcist, hvilket ansvarsgrundlag, der reelt gælder på udbudsrettens område. Retsstillingen har været diskuteret i den juridiske litteratur, hvor det generelt er antaget, at Strabag-sagen har den største indflydelse i spørgsmålet om, hvilket ansvar der gælder.⁷⁴

⁶⁵ C-314/09, Strabag, pr. 23

⁶⁶ Ibid, pr. 19

⁶⁷ Ibid, pr. 30

⁶⁸ Ibid, pr. 34

⁶⁹ Ibid, pr. 35, 36 og 43

⁷⁰ Ibid, pr. 45

⁷¹ C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe, 9. december 2010 ("**Spijker**")

⁷² Ibid, pr. 87

⁷³ Ibid, pr. 92

⁷⁴ Risvig Hamer, 2020, s. 395

2.2.1.2 Dansk udbudspraksis om ansvarsgrundlag

Udgangspunktet i Strabag om at den blotte overtrædelse kan udløse erstatningsansvar, afspejles også i Klagenævnets praksis. Af nyere praksis kan kendelsen, Scania Danmark A/S mod I/S REFA⁷⁵ fremhæves, idet Klagenævnet gør gældende, at ordregiveren handlede ansvarspådragende ved at tilsidesætte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet:

*“(...) REFA handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Ejner Hessel, på trods af at Ejner Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys. REFA har herved handlet ansvarspådragende.”*⁷⁶

Tilsvarende er betingelsen om ansvarsgrundlag opfyldt, hvis ordregiver udarbejder et mangelfuldt udbudsmateriale, jf. U 2016.86 V. I denne sag blev en virksomheds tilbud uberettiget afvist af ordregiver som værende ukonditionsmæssigt. Landsretten fastslog, at udbudsmaterialet ikke sikrede, at alle tilbudsgivere afgav tilbud på samme grundlag, og at ordregiver derfor havde overtrådt udbudsreglerne og var erstatningsansvarlig.⁷⁷

Derimod vil en ordregivers rent formelle fejl, for eksempel mangler ved tidsfrister og manglende underretning eller begrundelse, ikke opfylde betingelsen om et ansvarsgrundlag, da sådanne fejl ikke antages at have indflydelse på afgørelsen af hvem, der tildeles en kontrakt.⁷⁸ Samtidig er det ikke enhver overtrædelse, der udløser et erstatningsansvar. Dansk praksis kan tages til indtægt for, at overtrædelsen skal være kvalificeret på en sådan måde, at overtrædelsen ikke er af underordnet eller bagatelagtig karakter. Det blev blandt andet fastslået i Ortos A/S mod Odense Kommune.⁷⁹ Klagenævnet udtalte:

*“Som Klagenævnet har anført i kendelsen af 15. januar 2009 ad påstand 10, var de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne ikke af underordnet eller bagatelagtig karakter.”*⁸⁰

⁷⁵ Kendelse af 14. februar 2024, Scania Danmark A/S mod I/S REFA

⁷⁶ Ibid, s. 14

⁷⁷ U 2016.86 V, s. 94

⁷⁸ Risvig Hamer, 2020, s. 405

⁷⁹ Kendelse af 14. december 2009, Ortos A/S mod Odense Kommune

⁸⁰ Ibid, s. 5

En ordregiver kan ydermere undgå ansvar, såfremt der rettes op på den begåede fejl og konsekvenserne for klageren fjernes. Dette illustreres i Jotar A/S under konkurs mod Uddannelsescenter Ringkøbing-Skjern⁸¹, hvor ordregiver overtrådte tilbudslovens § 7, stk. 1 ved ikke at åbne et rettidigt indkommet tilbud fra en tilbudsgiver på licitationstidspunktet. Fejlen var dog ikke begået mod Jotar A/S, og ordregiver genoptog senere udbuddet og traf en ny tildelingsbeslutning, hvor alle rettidigt indkomne tilbud kom i betragtning. Klagenævnet fandt på den baggrund, at ordregiver ikke havde handlet ansvarspådragende i relation til Jotar A/S og frifandt ordregiver.⁸²

Ændringsdirektivets art. 2, stk. 6 indebærer, at medlemsstaterne kan bestemme, at skadeserstatning forudsætter, at ordregivers tildelingsbeslutning først annulleres af Klagenævnet. Selvom der i dansk ret ikke er indført krav herom, og det derfor ikke er en betingelse, at Klagenævnet har annulleret ordregivers tildelingsbeslutning, tilkender Klagenævnet ofte kun erstatning, hvor Klagenævnet har foretaget en annulation af en tildelingsbeslutning.⁸³

2.2.1.3 Teoretisk uklarhed om ansvarsgrundlag

På trods af Strabag-dommen og det ovenfor anførte om objektivt ansvar, er Klagenævnets praksis alligevel ikke entydig i spørgsmålet om, hvilket ansvarsgrundlag en ordregiver skal bedømmes efter ved en overtrædelse af udbudsreglerne. Det skyldes, at Klagenævnet i senere kendelser fortsat anvender culpa i sin argumentation, hvilket kan give indtryk af, at der stilles krav om culpa.

Et eksempel findes i SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark⁸⁴, hvor ordregiver anvendte et ulovligt vilkår i udbudsbetingelserne, der gav tilbudsgivere med taxibevilling en fordel.⁸⁵ SIM Lægekørsel I/S havde limousinebevilling og afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men blev ikke valgt, idet virksomheden ikke havde en taxabevilling.⁸⁶ Klagenævnet fandt, at tilbudsgivere med limousinebevilling skulle sidestilles med tilbudsgivere med taxabevillinger, og at ordregiver havde handlet culpøst, jf. ordlyden: “*Som fastslået er kravet om ”culpa”*”

⁸¹ Kendelse af 7. september 2011, Jotar A/S under konkurs mod Uddannelsescenter Ringkøbing-Skjern

⁸² Ibid, s. 2-3

⁸³ Risvig Hamer, 2020, s. 391

⁸⁴ Kendelse af 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark

⁸⁵ Ibid, s.9

⁸⁶ Ibid, s. 3

opfyldt".⁸⁷ Klagenævnet udtalte dog samtidig, at det i sig selv var ansvarspådragende, at regionen havde brugt et ulovligt vilkår, selvom ordregiver havde fået vejledning fra andre myndigheder.⁸⁸ Klagenævnet afviste dog erstatningskravet, da det ulovlige vilkår betød, at kontrakten ikke lovligt kunne være indgået, og at der var udvist egen skyld ved en passiv accept vilkåret.⁸⁹

Uklarheden forstærkes i U 2013.2361 H om offentlige myndigheders ansvar, hvor Højesteret fandt, at der skal være tale om en "*tilstrækkeligt kvalificeret*"⁹⁰ overtrædelse for, at en medlemsstat ifalder et erstatningsansvar over for borgerne. Konkret havde Justitsministeriet indført regler om transport af slagtesvin, der stred mod et EU-direktiv om beskyttelse af dyr under transport. Reglerne førte til en forskelsbehandling af danske transportører, idet reglerne begrænsede det antal af svin, som *danske* transportører kunne transportere.⁹¹ Flere danske virksomheder fremsatte derfor krav om erstatning som følge af de tab, de havde lidt. Højesteret fandt, at overtrædelsen ikke var tilstrækkeligt kvalificeret, da Justitsministeriet ikke havde forfulgt usaglige formål.⁹² Det fremgår desuden af afgørelsen, at når en medlemsstat er tillagt et skøn, vil der kun være ansvar, såfremt staten har foretaget en "*åbenbar og grov tilsidesættelse af EU-reglerne*",⁹³ og hvis staten har overskredet grænserne for sit skøn. Justitsministeriet blev derfor frifundet.⁹⁴ Dommens krav om en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse peger på et strengere ansvarsgrundlag end forudsat i Strabag, da graden af fejlen spiller en rolle. Selvom Højesterets dom ikke omhandler udbudsret, men statens erstatningsansvar efter EU-retten i et tilfælde af transport af slagtesvin, er den alligevel relevant, da den viser uklarheden om ansvarsgrundlaget, når en offentlig myndighed overtræder med EU-ret.

EUD har aktuelt behandlet spørgsmålet om ansvarsgrundlaget i INGSTEEL, som behandles i sin helhed under afsnit 3. Afgørelsen er også brugbar som fortolkningsbidrag vedrørende ansvarsgrundlaget, da dommen står som den nyeste markante afgørelse på området. EUD fastslog, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør "*en konkretisering*"⁹⁵ af betingelserne for medlemsstaternes erstatningsansvar. Med henvisning til EU-dommen, Spijker, uden at nævne Strabag, påpegede EUD, at det er betingelserne for statens ansvar, der sætter rammerne for

⁸⁷ Ibid, s. 8

⁸⁸ Ibid, s. 8

⁸⁹ Ibid, s. 9

⁹⁰ U 2013.2361 H, s. 2381

⁹¹ Ibid, s. 2372 og 2381

⁹² Ibid, s. 2381

⁹³ Ibid, s. 2373

⁹⁴ Ibid, s. 2381

⁹⁵ C-547/22, INGSTEEL, pr. 35

tildeling af erstatning. EUD præciserede, at der kan kræves erstatning, hvis tre betingelser er opfyldt: i) den overtrådte regel tillægger den enkelte rettigheder, ii) overtrædelsen er tilstrækkeligt kvalificeret, og iii) der er årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og den lidte skade.⁹⁶

Efter praksis medfører betingelsen om, at overtrædelsen skal være tilstrækkeligt kvalificeret, at overtrædelsen skal være væsentlig og konkret have haft betydning for valget af tilbudsgiver. I den engelske oversættelse af INGSTEEL er ordlyden konkret, at “*the breach of that rule must be sufficiently serious*”,⁹⁷ hvilket indebærer, at overtrædelsen skal være tilstrækkelig “seriøs”. I Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, der dog angår EU-institutioners udbud, fastslås det, at det afgørende for, om en tilsidesættelse er tilstrækkeligt kvalificeret er, at ordregiver “*åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsmålinger*”.⁹⁸ I Brasserie du Pêcheur SA mod Bundesrepublik Deutschland og The Queen mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m. fl. fandt EUD, at der kan lægges vægt på i) hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, ii) hvor vidt et skøn myndighederne er tillagt, iii) om overtrædelsen er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, iv) om der er tale om en undskyldelig retsvildfarelse og v) om EU-institutionens holdning var medvirkende til adfærden.⁹⁹ Derudover fremhæves det, at en overtrædelse vil være åbenbart kvalificeret, når den varer ved, selvom der er afsagt en dom, der fastslår, at adfærden udgør en overtrædelse.¹⁰⁰

2.2.1.4 Sammenfatning

På baggrund af INGSTEEL, der udgør det nyeste fortolkningsbidrag i spørgsmålet om ansvarsgrundlag på området, konkluderes det, at ansvarsgrundlaget som udgangspunkt er opfyldt, når ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne, og overtrædelsen er tilstrækkeligt kvalificeret. Dermed skal ordregiver åbenbart og groft have tilsidesat udbudsreglerne, og overtrædelsen skal ligeledes være væsentlig og konkret samt have betydning for valget af tilbudsgiver. I et tab af chance tilfælde, hvor en virksomhed uberettiget afvises i et udbud, kan det lægges til grund, at der vil være tale om en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse, idet en sådan overtrædelse vil være væsentlig og have betydning for valg af tilbudsgiver. Selvom det diskuteres, hvilket an-

⁹⁶ Ibid, pr. 35

⁹⁷ Ibid, pr. 35

⁹⁸ T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, 29. oktober 2015, pr. 179

⁹⁹ C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA mod Bundesrepublik Deutschland og The Queen mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m. fl., 5. marts 1996, pr. 4 i sammendrag og pr. 55 i dommen

¹⁰⁰ Ibid, pr. 57

svarsgrundlag der gælder i dansk udbudsret, har uklarheden om ansvarsgrundlag mindre betydning for spørgsmålet om erstatning for tab af chance. Selv hvis der gælder et krav om culpa, må det antages, at betingelsen som udgangspunkt er opfyldt, hvis tabet af chancen skyldes en uberettiget afvisning. Den store udfordring i forhold til tab af chance findes derfor i de øvrige erstatningsbetingelser.

2.2.2 Kausalitet

Kravet om kausalitet indebærer, at den ansvarspådragende adfærd skal være en nødvendig betingelse for den faktisk indtrådte skade eller tab. I dansk ret benyttes som udgangspunkt *conditio sine qua non*-testen ("**SQN-testen**"), der betyder, at den erstatningssøgende skal godtgøre, at tabet ikke ville være indtrådt, hvis ordregivers fejl ikke var begået.¹⁰¹ Gennem SQN-testen sammenlignes det faktiske hændelsesforløb med et hypotetisk forløb, hvor det prøves om fraværet af skadevolders handling eller undladelse i et hypotetisk forløb gør en forskel for skadens indtræden.¹⁰² I udbudsretten afskærer denne betingelse ofte retten til erstatning, hvor tabet skyldes tilbudsgiverens egne forhold, eller når udbuddet under alle omstændigheder ikke kunne have ført til kontraktindgåelse, jf. gennemgangen nedenfor.

Der vil ikke være kausalitet mellem det lidte tab og den udbudsretlige overtrædelse, såfremt tilbudsgiver har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, og kontrakten derfor ikke lovligt kunne være tildelt denne. I *City Mobil A/S mod Region Midtjylland*¹⁰³ fastslog Klagenævnet, at ordregiver havde overtrådt udbudslovens § 2 ved at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav.¹⁰⁴ Udbuddet blev annulleret, men klagerens påstand om erstatning opgjort efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse blev afvist, idet klagers eget tilbud også var ukonditionsmæssigt. Der var derfor ikke kausalitet på grund af klagers egne forhold.¹⁰⁵

Tilsvarende vil der ikke foreligge kausalitet, hvis udbudsmaterialet er så mangelfuldt, at en lovlig tildelingsbeslutning ikke kan træffes, jf. *Atea A/S mod Region Sjælland*.¹⁰⁶ I den pågældende sag afgav klager et tilbud på trods af væsentlige fejl i udbudsmaterialet. Ordregivers fejl i tegningsmaterialet førte imidlertid til, at tilbuddene ikke kunne evalueres på lige fod, og at

¹⁰¹ Ehlers, 2025, s. 205

¹⁰² Ibid, s. 397

¹⁰³ Kendelse af 2. marts 2021, *City Mobil A/S mod Region Midtjylland*

¹⁰⁴ Ibid, s. 18

¹⁰⁵ Kendelse af 10. maj 2022, *City Mobil A/S mod Region Midtjylland*, s. 13

¹⁰⁶ Kendelse af 22. december 2023, *Atea A/S mod Region Sjælland*

udbuddet skulle have været annulleret. Klagenævnet betonedes desuden, at klager kendte til fejlen. Derfor blev erstatningskravet afvist på grund af manglende årsagssammenhæng.¹⁰⁷ Der vil generelt mangle kausalitet, hvis tilbudsgiver kendte eller burde kende til fejlen og alligevel vælger at afgive tilbud. I Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune¹⁰⁸ havde ordregiver opfordret tilbudsgiverne til at tilbyde flere produkter, end der var plads til på tilbudsskemaet samt opgivet upræcise og ikke-entydige kvantiteter pr. produkttype.¹⁰⁹ Klagers erstatningskrav angående negativ kontraktsinteresse blev afvist, fordi ordregivers fejl var åbenbare for klager fra begyndelsen, og klager dermed “*kendte eller burde kende*” til overtrædelserne.¹¹⁰

For at kravet om kausalitet er opfyldt indebærer det også, at ordregiver ikke ville have annulleret udbuddet af andre årsager, eksempelvis fordi klagers tilbud var uforholdsmæssigt dyrt. I Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune¹¹¹ var det overvejende sandsynligt, at ordregiver ville have annulleret udbuddet, hvis klager havde vundet udbuddet, da klagers tilbud væsentligt oversteg ordregivers budget. Klagenævnet fremhævede “*den store prisforskel mellem tilbudene, og at tilbuddet fra Kaj Bech A/S faktisk viste, at det var muligt at opnå en pris inden for det budgetterede*”,¹¹² hvorefter klager ikke kunne få erstatning for positiv opfyldelsesinteresse,¹¹³ men derimod erstatning for negativ kontraktsinteresse.¹¹⁴

Endelig kræves det, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen på baggrund af en væsentlighedsvurdering. I FICS Danmark A/S mod Patientombuddet¹¹⁵ fandt Klagenævnet, at ordregivers evalueringsmodel var i strid med udbudsreglerne. Klager fik dog ikke medhold i sin påstand om annulation ud fra en væsentlighedsvurdering, eftersom klager ikke kunne dokumentere, at en korrekt vurdering af tilbuddet ville have betydet, at klager ville vinde kontrakten. Der var derfor ikke kausalitet mellem overtrædelserne og klagerens tab, hvorfor Klagenævnet afviste erstatningskravet.¹¹⁶

¹⁰⁷ Ibid, s. 43

¹⁰⁸ Kendelse af 19. december 2013, Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune

¹⁰⁹ Ibid, s. 2

¹¹⁰ Ibid, s. 5

¹¹¹ Kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune

¹¹² Ibid, s. 14

¹¹³ Ibid, s. 15

¹¹⁴ Ibid, s. 16

¹¹⁵ Kendelse af 23. februar 2012, FICS Danmark A/S mod Patientombuddet

¹¹⁶ Ibid, s. 5

Sagerne illustrerer tilsammen, hvordan der kræves en årsagssammenhæng mellem tabet og den konkrete overtrædelse. Der stilles relativt få krav til kausalitet, men alligevel giver det tit anledning til vanskeligheder, når beviset skal føres.¹¹⁷ Dette gælder navnlig i relation til tab af chance. Såfremt en ansøger ulovligt er blevet afvist i et udbud, udspringer tabet af fraværet af en mulighed for at konkurrere om kontrakten, og det ikke er sikkert, at det netop er ordregivers fejl, der er afgørende for, at klageren mister af chancen for at vinde kontrakten. Netop denne udfordring ligger i kernen af problemstillingen om, hvorvidt tab af chance kan anerkendes som et erstatningsretligt relevant tab i udbudsretten, jf. mere herom under afsnit 2.3.

2.2.3 Adækvans

Kravet om adækvans fordrer, at skaden og tabet skal være påregneligt for skadevolder. Adækvans fungerer som en retlig afgrænsning, således at ikke alle tænkelige og usandsynlige konsekvenser medfører erstatningsansvar hos ordregiver.¹¹⁸ Adækvans har imidlertid kun haft begrænset betydning i udbudsretlig praksis og har også begrænset betydning i relation til tab af chance.¹¹⁹ Det skal formentlig ses i lyset af, at de tab, der påberåbes, almindeligvis er påregnelige for ordregiver, idet tabene vil være nært knyttet til udbudsprocessen.

2.2.4 Økonomisk tab

Udgangspunktet i dansk ret er, at skadelidte skal have lidt et økonomisk tab eller skade, før en skadevolder kan holdes erstatningsansvarlig.¹²⁰ Tabet skal være konkret, dokumenteret¹²¹ og kunne opgøres i penge.¹²² Der sondres mellem forskellige skadestyper, herunder tingsskader, personskader og formuetab. I udbudsretlige erstatningssager vil tabet bestå i et rent formuetab, da tabet relaterer sig til en virksomheds økonomiske stilling og ikke til skader på person eller ting.

I dansk udbudsret gælder det som udgangspunkt, at hvis ikke en virksomhed har deltaget i et udbud, har virksomheden ikke lidt et tab. Der kan hverken dokumenteres negativ kontraktsinteresse, da virksomheden ikke har afholdt deltagelsesudgifter eller positiv opfyldelsesinteresse, eftersom virksomheden ikke kan godtgøre, at denne ville have vundet kontrakten. Dette har

¹¹⁷ Ehlers, 2025, s. 207

¹¹⁸ Ibid, s. 276

¹¹⁹ Risvig Hamer, 2025, s. 859, fodnote 77

¹²⁰ Gomard, 2002, s. 95

¹²¹ Pagh m.fl., 2017, s. 329

¹²² von Eyben & Isager, 2024, s. 541

støtte i U 2012.3232 V, hvor landsretten fandt, at det er en betingelse for at kræve erstatning, at klager har afgivet tilbud:

*“AV Form A/S har ikke afgivet tilbud. Der er under disse omstændigheder ikke grundlag for at yde erstatning i anledning af et afholdt tidsforbrug eller for udgiften til advokatbistand.”*¹²³

Dette udgangspunkt kan dog fraviges i tilfælde, hvor det skyldes ordregivers forhold, at et tilbud ikke blev afgivet. Dette understøttes af kendelsen Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat, hvor klager fik erstatning for forgæves afholdte omkostninger, selvom klager ikke afgav tilbud.¹²⁴ Årsagen til at klager ikke fremsatte et tilbud, skyldtes uklarheder i udbudsmaterialet. Klager havde deltaget i udbudsprocessen og konkret efterspurgt en afklaring hos ordregiver.¹²⁵

I et tilfælde af tab af chance udfordres den grundlæggende betingelse om et økonomisk tab. Det skyldes, at det er vanskeligt at opgøre et konkret tab i “kroner og øre”, når klageren alene har mistet en *mulighed* for at opnå en kontrakt. Tab af chance adskiller sig således fra et almindeligt indtægtstab, som eksempelvis foreligger ved en uberettiget ophævelse af en kontrakt, ved at tabet er baseret på fratagelsen af en hypotetisk gevinst, hvor det ikke med sikkerhed kan bevises, at gevinsten ville være oppebåret. En skadelidt vil derfor i et tab af chance tilfælde befinde sig i en situation, hvor denne ikke har den fornødne viden til at konstruere det hypotetiske hændelsesforløb og sætte bestemte beløb på tabet. En ligefrem bevisbyrde uden lempelser forekommer derfor tung.

Udgangspunktet i dansk ret er den ligefremme bevisbyrde, og at skadelidte har bevisbyrden for, at der er lidt et økonomisk tab. Dette skal ses i lyset af grundsætningen om, at bevisbyrden er hos den, *”der påstår – ikke den der fornægter”*.¹²⁶ Bevisbyrden kan dog i særlige tilfælde vendes, for eksempel hvor det er bestemt ved lov, eller hvor skadevolder har handlet groft uagtsomt eller forsætligt.¹²⁷ Det samme udgangspunkt om ligefrem bevisbyrde gælder i udbudsretten, og det er således klager, der bærer bevisbyrden for, at denne har lidt et tab. For eksempel udtalte Klagenævnet i Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, at *“Bevisbyrden, for i hvilket omfang klageren har lidt et tab, påhviler klageren.”*¹²⁸ Overført til en tab af chance-situation betyder det, at hvis den forbigåede virksomhed ikke kan

¹²³ U 2012.3232 V, s. 3255

¹²⁴ Kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat, s. 7-8

¹²⁵ Ibid, s. 2 og 7-8

¹²⁶ Ehlers, 2025, s. 375

¹²⁷ Ibid, s. 376

¹²⁸ Kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, s. 10

bevise at den mistede mulighed udgjorde et økonomisk tab, får virksomheden ikke medhold i et erstatningskrav.

2.2.4.1 Positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse

Ved erstatningsansvar i kontraktsforhold, herunder ansvar i forbindelse med overtrædelse af udbudsreglerne, sondres mellem to måder at opgøre tab på. Erstatning kan enten opgøres som positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. De to opgørelsesmetoder gennemgås i det følgende med henblik på at identificere de eksisterende muligheder for at opnå erstatning i dansk ret og for senere at kunne vurdere, i hvilke tilfælde erstatning for tab af chance kan være relevant i dansk ret og eventuelt kan udfylde et retligt tomrum.

2.2.4.1.1 Positiv opfyldelsesinteresse

Såfremt en forbigået tilbudsgiver kan dokumentere, at virksomheden ville have vundet kontrakten - hvis ikke ordregiver havde overtrådt udbudsreglerne - kan der kræves positiv opfyldelsesinteresse.¹²⁹ Erstatningen svarer til kontraktens værdi med fradrag af omkostninger, således at erstatningen svarer til det "tabte" dækningsbidrag ved kontrakten. På den måde stilles den erstatningssøgende som om, at overtrædelsen ikke var begået, og kontrakten var gennemført af klager. Et særligt kendetegn ved udbudsretten er derfor, at der er mulighed for at få erstatning, selvom der ikke er en kontraktsretlig forpligtelse mellem ordregiver og virksomheden. Udgangspunktet vil almindeligvis være klagerens kalkulationer af dækningsbidrag/fortjenesten, såfremt beregningerne er gennemarbejdede og dækkende.¹³⁰ Optioner indregnes som udgangspunkt ikke, da det ikke er sikkert, at optionen anvendes.¹³¹ Der tages i den forbindelse højde for, at omstændighederne ville kunne have udviklet sig mere negativt, end klagerens kalkulationer indikerer. Generelt opgøres erstatning for positiv opfyldelsesinteresse skønsmæssigt.¹³² I relation hertil vurderes det blandt andet, om klageren kan opnå dækningsbidrag andetsteds, om klageren kan genanvende arbejdet senere, og om der er særlige risici forbundet med den udbudte kontrakt. Desuden skal klagers tilbud være konditionsmæssigt, før positiv opfyldelsesinteresse kan tilkendes.¹³³

¹²⁹ Risvig Hamer, 2020, s. 409

¹³⁰ Ibid, s. 424

¹³¹ Ibid, s. 429

¹³² Ibid, s. 425

¹³³ Fabricius, 2024, s. 990

I bedømmelsen af om den erstatningssøgende ville have vundet kontrakten, tages der udgangspunkt i de oplysninger, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne og ikke på den måde, som ordregiveren har foretaget evalueringen.¹³⁴ Bevisbyrden er streng, hvilket blandt andet kommer til udtryk i Rent A/S mod Køge Kommune¹³⁵, hvor klager nedlagde påstand om erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse for 3 delaftaler. Vedrørende én af delaftalerne fandt Klagenævnet, at klager havde dokumenteret, at denne ville have opnået kontrakten, hvis ordregivers bevisbedømmelse havde været korrekt. Klagenævnet udtalte konkret:

*”Uden at erstatte indklagedes bedømmelse med sin egen, konstaterer klagenævnet med en tilvished grænsende sandsynlighed, at klageren, hvis bedømmelsen havde været korrekt, ville have fået tildelt kontrakten.”*¹³⁶

Klagenævnet anvender således ordene *”vished grænsende sandsynlighed”*, hvilket understøtter den strenge bevisbyrde. For to øvrige delaftaler kunne klager dog ikke med samme sikkerhed bevise, at en korrekt bedømmelse af dennes konditionsmæssige tilbud ville have medført, at denne skulle have været tildelt kontrakten for disse delaftaler. Det vil sige, at på trods af, at ordregiver havde handlet ansvarspådragende, og klager havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud, tilkendte Klagenævnet kun erstatning vedrørende én af delaftalerne, fordi der fortsat var en usikkerhed for de to øvrige delaftaler. I forhold til de to aftaler havde klager alene krav på negativ kontraktsinteresse.¹³⁷

Et centralt princip er, at to tilbudsgivere ikke begge kan modtage erstatning for deres positive opfyldelsesinteresse, da kun én virksomhed kan godtgøre, at denne ville have vundet kontrakten, jf. Østre Landsrets dom i J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S. Østre Landsret udtalte følgende af relevans:

*“Det er således ikke muligt at fastslå, om enten J.H. Schultz Information A/S eller Magnus Informatik A/S ville have fået tildelt ordren, hvis SKAT havde overholdt udbudsreglerne, og der er herefter ikke grundlag for at tilkende erstatning efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse til nogen af de bydende virksomheder.”*¹³⁸

¹³⁴ Ibid, s. 989

¹³⁵ Kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune

¹³⁶ Ibid, s. 17

¹³⁷ Ibid, s. 17

¹³⁸ Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S

2.2.4.1.2 Negativ kontraktsinteresse

Hvis en forbigået tilbudsgiver kan dokumentere, at der er afholdt forgæves omkostninger i forbindelse med en udbudsforretning, kan tabet opgøres som negativ kontraktsinteresse.¹³⁹ Krav om erstatning for forgæves omkostninger kan for eksempel relatere sig til udarbejdelsen af en ansøgning om prækvalifikation, tilbudsfremsættelsen, kalkulationer, undersøgelser og deltagelse i forhandlinger.¹⁴⁰ Negativ kontraktsinteresse stiller skadelidte som om, at skadelidte ikke havde deltaget i udbuddet og ikke havde brugt ressourcer og omkostninger i den forbindelse. Negativ kontraktsinteresse dækker både omkostninger til tredjemand og interne lønudgifter til medarbejdere, der har været involverede i at håndtere tilbudsprocessen.¹⁴¹ Er en virksomhed nået så langt i udbudsprocessen, at et tilbud er afgivet, kræves det, at tilbuddet er konditionsmæssigt for at opnå erstatning.¹⁴²

2.3 Tab af chance som koncept

Som godtgjort ovenfor, følger det af dansk erstatningsret, at der skal foreligge et dokumenterbart, økonomisk tab, som udspringer af den skadevoldende handling. Det betyder, at spekulative og hypotetiske tab almindeligvis ikke erstattes. “Tab af chance” er et forholdsvis uafklaret koncept i dansk erstatningsret, og hvis eksistens netop afhænger af fortolkningen af betingelserne om tab og kausalitet. I det følgende specificeres begrebet i en almindelig erstatningsretlig kontekst, således at retstilstanden i almindelig erstatningsret kan sættes i perspektiv med retstillingen på det udbudsretlige område, med det formål at afdække hvorvidt der er konsistens herimellem, eller om der er en videre mulighed for at få erstatning for tab af chance i udbudsretten.

Indledningsvist kan det fremhæves, at der på de fleste retsområder kan opstå en erstatningsretlig situation, der kan karakteriseres som “tab af chance”. Ikke kun i udbudsretten, men også i sager om eksempelvis advokatansvar og patienterstatning kan forestilles situationer, hvor der spekuleres i fremtidige scenarier, muligheder og risici, og hvor tab af chance i et vist omfang kan forsøges diskuteret, jf. afsnit 5.

¹³⁹ Risvig Hamer, 2020, s. 409

¹⁴⁰ Berg, 2012, s. 909

¹⁴¹ Fabricius, 2024, s. 1001

¹⁴² Ibid, s. 841

Tabet - i tilfælde af tab af chance - vil generelt udspringe af, at skadevolder misligholder sine forpligtelser på en sådan måde, at den skadelidte mister en potentiel indtjening og dermed *muligheden* for at opnå et økonomisk udbytte. Tab af chance adskiller sig fra det almindelige erstatningsretlige dokumenterbare tab ved, at tabet ikke manifesterer sig med sikkerhed.¹⁴³ Teoretisk må tab af chance som koncept udsondres fra en situation, hvor erstatningskravet relaterer sig til selve formuegodet - eksempelvis en kontrakt og det deraf følgende dækningsbidrag - som det er kendt i almindelige sager om eksempelvis uberettigede ophævelser. Ved tab af chance indgår et led mere, idet det netop er den *tabte chance*, som der kræves erstatning for. Med andre ord angår erstatningskravet således ikke *formuegodet*, der kunne være opnået, men derimod den mistede chance for at opnå formuegodet. De to former for erstatningskrav har betydelige fællestræk, men sondringen er af afgørende betydning, da det i førstnævnte tilfælde er uproblematisk at tilkende positiv opfyldelsesinteresse. Her er det dog forudsat, at den skadelidte kan bevise, at formuegodet ville have været opnået, hvis ikke skaden var indtrådt. Ved det egentlige tab af chance forekommer det vanskeligere at tilkende positiv opfyldelsesinteresse, da der - netop som følge af tab af chancen særlige kendetegn - ikke er samme grad af sikkerhed for, at formuegodet ville kunne opnås. Samtidig forekommer bevisbyrden lettere, idet det ikke skal bevises med samme sikkerhed, at skadelidte ville have opnået formuegodet. Beviskravet relaterer sig til *sandsynligheden* for, at skadelidte ville opnå formuegodet og ikke til et bevis for, at skadelidte ville have vundet kontrakten. Således er der ikke tale om en egentlig lempet bevisbyrde - det er genstanden for bevis, der er en anden ved tab af chance.

Der kan drages paralleller til erstatningsretlige betragtninger om skuffede forventninger, der udgør krav om erstatning for en subjektiv skuffelse. Her oplever en part i tråd med tab af chance en ikke-indfriet forventning om en fremtidig gevinst, der ikke materialiserer sig. Efter dansk ret tilkendes som udgangspunkt ikke erstatning for skuffede forventninger, fordi tabet ikke er realiseret.¹⁴⁴ Dette er også den primære begrundelse for, at erstatning for tab af chance afvises. Skuffede forventninger minder om tab af chance-situationen ved at begge krav baseres på en hypotetisk gevinst, og at tabet i begge tilfælde udspringer af en usikker og fremtidig forventning. Der findes dog en undtagelse til udgangspunktet om, at der ikke tilkendes erstatning for skuffede forventninger, hvor en lov eksplicit hjemler en godtgørelse.¹⁴⁵ I lov om formidling af

¹⁴³ Jansen, 1999, s. 279

¹⁴⁴ Ulfbeck, 2021, s. 57

¹⁴⁵ Ehlers, 2025, s. 25

fast ejendom, mv. § 47¹⁴⁶ fremgår det for eksempel, at der kan tilkendes godtgørelse, hvor en ejendomsmægler har foretaget forkerte beregninger i relation til salgsprovenu, ejerudgift eller værdiansættelse. Skuffede forventninger adskiller sig dog fra tab af chance ved, at skuffede forventninger vedrører en subjektiv reaktion og udgør et ikke-økonomisk tab, der ikke direkte kan værdiansættes, hvorimod tab af chance angår en sandsynlighedsbaseret chance for at opnå en økonomisk gevinst.

2.3.1 Tab af chance i dansk udbudsret

Der er, som ovenfor behandlet, ikke tradition for i dansk ret at anerkende erstatning for tab af chance, da der ikke foreligger et realiseret økonomisk tab, og idet kausalitet er vanskelig at dokumentere. Erstatning i udbudsretten følger de almindelige erstatningsregler i dansk ret, jf. afsnit 2.1.6. Det betyder, at erstatning for tab af chance tilsvarende ikke er anerkendt i dansk udbudsret.

Ved tab af chance på udbudsrettens område er klageren blot blevet frataget en mulighed for at opnå en økonomisk gevinst, men klager har ikke lidt et måleligt, økonomisk tab. Kausalitetsbetingelsen udfordres desuden ved, at der ikke er sikkerhed for, at det netop er ordregivers fejl, der er afgørende for, at klageren går glip af chancen for at vinde kontrakten og den tilhørende fortjeneste. Klager kan potentielt senere i processen blive afvist på baggrund af andre faktorer. Hvis en virksomhed for eksempel uberettiget afvises i en prækvalifikation, kan de øvrige tilbudsgivere stå stærkere i konkurrencen som følge af en mere fordelagtig pris eller bedre referencer, der betyder, at virksomheden alligevel ville blive afvist. Derfor kan der ikke uden videre sættes lighedstegn mellem en uberettiget afvisning og en vundet kontrakt.

Samtidig adskiller udbudsretten sig fra almindelig erstatnings- og kontraktsret. Selvom udbudsretten og kontraktsretten møder hinanden, er der tale om to forskellige discipliner, hvorfor de almindelige erstatningsregler ikke altid er teoretisk dækkende for de særlige erstatningssituationer, som gør sig i udbudsretten. Hvor kontraktsretten primært har til formål at regulere transaktioner parterne imellem, har udbudsretten et større samfundsmæssigt sigte. Udbudsretten er derudover ikke underlagt samme aftalefrihed og er - sammenlignet med kontraktsretten - langt mere formalistisk og styret af EU-retten. Desuden suppleres reguleringen af erstatningsansvaret i udbudsretten af en række andre hensyn, end dem som ligger til grund for almindelig kon-

¹⁴⁶ Bekendtgørelse af lov om formidling af fast ejendom m.v., LBK nr. 510 af 24. februar 2021 (“**Lov om formidling af fast ejendom m.v.**”)

traktsret, jf. afsnit 4. De forskellige hensyn kan dermed gøre det berettiget at adskille udbudsretten fra det almindelige erstatningsretlige udgangspunkt, hvilket netop er kerneområdet for denne afhandling.

2.3.1.1. Klagenævnslovens § 14, stk. 2

Det kan overvejes, om klagenævnslovens § 14, stk. 2, om erstatning for spildte tilbudsomkostninger, mv. efter forsyningsvirksomhedsdirektivet udgør en form for “tab af chance”. Følgende fremgår af bestemmelsen:

*“Når en klager nedlægger påstand om erstatning for omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller for deltagelse i et udbud, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal klageren alene godtgøre, at ordregiveren har overtrådt EU-udbudsreglerne, og at klageren ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt.”*¹⁴⁷

Klagenævnslovens § 14, stk. 2 er en implementering af kontroldirektivet for forsyningsvirksomheds art. 2, stk. 7 fra 1992 og udtrykker, at et tab kan bestå i en mistet mulighed, og at et reelt tab af en chance for at få tildelt ordren kan erstattes gennem negativ kontraktsinteresse. Det understreges i præambelbetragtningerne i direktivet fra 1992, at en tilbudsgiver ikke behøver at dokumentere, at denne ville have vundet kontrakten for at opnå negativ kontraktsinteresse.¹⁴⁸

På baggrund af ordlyden i klagenævnslovens § 14, stk. 2, skal virksomheden godtgøre, at der var en *reel* chance for at få tildelt ordren, og at den mistede mulighed skyldes ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne. Dermed gælder et lempeligere kausalitetskrav, end i almindelig erstatningsret, idet blot en *reel* mulighed skal dokumenteres. Det kan på baggrund af klagenævnslovens § 14, stk. 2 diskuteres, om bestemmelsen afgrænser, hvilken erstatning en virksomhed kan få på forsyningsområdet ved en mistet mulighed for at få tildelt ordren. Spørgsmålet er konkret, om der også kan opnås positiv opfyldelsesinteresse eller en proportional erstatning for den *tabte chance* for at få tildelt ordren.

Bestemmelsens ordlyd hindrer ikke direkte, at der kan svares erstatning på en anden måde end gennem negativ kontraktsinteresse, da det blot fastslås, hvad negativ kontraktsinteresse kræver.

¹⁴⁷ Klagenævnslovens § 14, stk. 2

¹⁴⁸ De unummerede præambelbetragtninger i kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed

Ligeledes foreslog Kommissionen en minimumserstatning svarende til 1 % af kontraktens samlede værdi:

“Disse omkostninger skønnes at beløbe sig til én procent af kontraktens værdi, medmindre den person, der fremsætter kravet, godtgør, at omkostningerne var større.”¹⁴⁹

Uddraget understøtter, at formålet med bestemmelsen har været at fastslå den erstatning, som en forbigået virksomhed, som det mindste bør kunne kræve, og at det ikke kan afvises, at der kan ydes en større erstatning. Det fremgår direkte, at den erstatningssøgende har mulighed for at godtgøre større omkostninger. Det er dog ikke et vægtigt argument for, at der er en videre mulighed for at opnå erstatning - både fordi forslaget ikke blev en del af den færdige direktivtekst, og fordi der kun kan godtgøres større omkostninger i relation til negativ kontraktsinteresse. Det er konkret er bestemt i kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed, at negativ kontraktsinteresse er den erstatning, der kan opnås ved tab af chance for at opnå en kontrakt, og at intentionen med reglen derfor ikke var, at tab af chance ikke skal kunne erstattes med mere end negativ kontraktsinteresse - og altså ikke med positiv opfyldelsesinteresse eller en proportional erstatning for den *tabte chance* for at opnå kontrakten. Kommissionen udtalte tillige i forslaget til direktivet for forsyningsvirksomhed, at direktivet tager hensyn til forsyningsområdets særlige karakteristika, der ikke gælder i den almindelige udbudssektor.¹⁵⁰ Af særlige karakteristika kan det blandt andet fremhæves, at forsyningsvirksomhedsdirektivet kun finder anvendelse, når en ordregivende enhed udøver en aktivitet, der relaterer sig til forsyningsydelser, herunder vand, elektricitet og brændsel samt transporttjenester.¹⁵¹ Aktiviteterne drives både af private aktører og det offentlige, og området er særligt afhængig af statslig involvering, da forsyningsvirksomhed ikke alene kan leveres af det private marked.¹⁵² Forsyningsvirksomhed har ligeledes stor samfundsmæssig betydning, idet der er tale om vitale ydelser,¹⁵³ der i høj grad påvirker den økonomiske stabilitet i samfundet.¹⁵⁴ Reglerne er mere fleksible og ikke lige så omfattende som i den klassiske sektor, ligesom forsyningsvirksomhedsdirektivet har højere tærskelværdier end det klassiske udbudsdirektiv.¹⁵⁵ Derfor vil det ofte være mere fordelagtigt for en ordregiver

¹⁴⁹ Kommissionens forslag til Rådets direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af EF-regler for fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, KOM(90) 297 endelig udgave, 25. juli 1990, art. 2, stk. 7

¹⁵⁰ Ibid, betragtning 7 (2)

¹⁵¹ Risvig Hamer, 2025, s. 278

¹⁵² Ibid, s. 274

¹⁵³ Troels Poulsen m.fl., 2022, s. 140

¹⁵⁴ Ibid, s. 141

¹⁵⁵ Risvig Hamer, 2025, s. 281

at være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet end det klassiske udbudsdirektiv.¹⁵⁶ De mere fleksible regler skal ses i lyset af, at ordregivere skal kunne optræde på en fleksibel og kommerciel måde i sektoren.¹⁵⁷ Dertil kommer, at området er præget af store og langsigtede investeringer.¹⁵⁸ De særlige karakteristika og hensynene bag reglerne på forsyningsområdet viser, at reglen i § 14, stk. 2 er baseret på denne sektors særlige behov og ikke er udviklet til den klassiske sektor. Dette taler direkte imod en analog anvendelse, hvorfor det vurderes, at klagenævnslovens § 14, stk. 2 ikke kan overføres til den klassiske sektor. På forsyningsområdet kan derfor opnås erstatning for negativ kontraktsinteresse ved “tab af chance”, men retsstillingen for positiv opfyldelsesinteresse og en proportional erstatning svarende til den *tabte chance* må antages at tilsvare reglerne efter de almindelige udbudsregler.

2.3.2 Tab af chance i engelsk og fransk ret

Hvor dansk ret traditionelt ikke anerkender erstatning for tab af chance, har flere retsordener udviklet et mere fleksibelt system, hvor det er muligt at opnå erstatning for tab af chance. Tabskategorien er for eksempel særligt udbredt i engelsk og fransk ret, hvor henholdsvis *loss of chance* og *perte d'une chance* er etablerede erstatningsbegreber. En illustration af engelsk og fransk ret giver et billede af, hvordan graden af sandsynlighed får betydning for vurderingen af kausalitet og tabsopgørelsen.

Det bemærkes, at de andre skandinaviske lande ikke har tradition for at tilkende erstatning for tab af chance, hvorfor der ikke kan hentes inspiration der.

2.3.2.1 Engelsk ret

I engelsk ret er tab af chance anerkendt som en selvstændig tabskategori på flere områder, herunder i udbudssammenhæng, hvor tabet omtales som “loss of chance”.¹⁵⁹ Engelsk udbudspraksis indebærer, at hvis der kun er en spekulativ chance for at vinde en kontrakt, fastsætter domstolene den procentvise chance for, at virksomheden ville være blevet tildelt den udbudte opgave, hvoraf erstatningen fastsættes svarende dertil.¹⁶⁰ Det er altså muligt i engelsk ret at opnå erstatning, selvom en virksomhed ikke med 100 % sandsynlighed kan dokumentere, at

¹⁵⁶ Ibid, s. 275

¹⁵⁷ Forsyningsvirksomhedsdirektivets præambelbetragtning 2

¹⁵⁸ Wegener Jessen m.fl., 2024, s. 541

¹⁵⁹ Frank & Høg, 2011, s. 239

¹⁶⁰ Arrowsmith, 2014, s. 143

ordregivers tilsidesættelse af reglerne har resulteret i et faktisk tab. Det kræver dog, at virksomheden har en “*real and substantial*” chance.¹⁶¹ Oversat til dansk skal der være en reel og substantiel chance for at vinde udbuddet. Dette medfører, at der ikke kan ydes erstatning, hvis chancen er rent hypotetisk.

En central afgørelse i engelsk ret, der illustrerer det engelske tab af chance-system, er *Harmon v House of Commons*.¹⁶² Sagen vedrører en ordregiver, der tildelte en kontrakt til et konsortium, selvom en anden tilbudsgiver havde indleveret et mere fordelagtigt tilbud til en lavere pris.¹⁶³ I High Court vurderedes det, at den forbigåede tilbudsgiver havde en reel og substantiel chance for at opnå kontrakten, hvis ikke ordregiver havde tilsidesat udbudsreglerne. Det blev lagt til grund, at sandsynligheden for, at den forbigåede virksomhed ville have opnået kontrakten var 70 %. Muligheden for at få dækningsbidraget inklusive risici blev fastslået til at være omtrent 50 %. Den samlede sandsynlighed var derfor 35% af dækningsbidraget. Den engelske domstol fastsatte erstatningen skønsmæssigt til 75% af de 35% ud fra rimelighedsbetragtninger.¹⁶⁴ Erstatningen beregnes således ud fra to chancemomenter, idet både chancen for at opnå kontrakten, og den efterfølgende chance for at realisere dækningsbidraget kapitaliseres i erstatningsopgørelsen.

De engelske domstole kræver i øvrigt, at overtrædelsen er “*sufficiently serious*” og dermed tilstrækkelig alvorlig, i tråd med EU-rettens krav vedrørende statsansvar. Dette understøttes i den engelske sag, *Braceurself v NHS England* fra 2024:

*“In a public procurement claim, where an unsuccessful bidder claims damages against the contracting authority, the claimant must prove (...) that the breach is 'sufficiently serious' to warrant an award of damages (...)”*¹⁶⁵

2.3.2.2 Fransk ret

I EU-regi kan det påpeges, at der er en forskel i EU-medlemsstaternes anerkendelse af erstatning for tab af chance. Hvor man i dansk ret, som pointeret, ikke hidtil har anerkendt erstatning

¹⁶¹ Pooles QC & McMahon, 2021, s. 1

¹⁶² *Harmon CFEM Facades (UK) Limited v House of Commons Corporate Officer* 67 Con LR 1, 28. oktober 1999

¹⁶³ *Ibid*, para. 1 og 261

¹⁶⁴ *Harmon CFEM Facades (UK) Limited v The Corporate Officer of the House of Commons*, 29. juni 2000, para. 54

¹⁶⁵ *Braceurself v NHS England*, 30. januar 2024, para. 1

for tab af chance i tilfælde af, at en virksomhed uberettiget er blevet afvist i et udbud, er udgangspunktet i fransk ret derimod, at der kan tilkendes erstatning for tab af chance.

En tabt chance udgør en selvstændig tabskategori i fransk ret, eftersom det er selve værdien af den tabte chance, der danner grundlag for erstatningen. Det er altså kun selve tabet af chancen, der udgør et tab, i modsætning til den fordel, der potentielt kunne være opnået, hvis chancen var blevet realiseret. Erstatning forudsætter, at chancen for at vinde kontrakten er *réelle et sérieuse*, altså reel og seriøs og ikke blot hypotetisk.¹⁶⁶ I den franske sag Ville d'Amiens,¹⁶⁷ fastslog den franske domstol, at det er tilstrækkeligt at bevise, at tilbudsgiveren opnår en seriøs chance for at vinde kontrakten for at få fuld erstatning.¹⁶⁸ I udbudssager afhænger omfanget af erstatningen således af sandsynligheden for, at tilbudsgiveren faktisk ville have vundet kontrakten. For at opnå erstatning for tab af chance i fransk ret skal den erstatningssøgende bevise tre forhold: i) at ordregiver har overtrådt udbudsreglerne, ii) et tab, og iii) årsagssammenhæng mellem de to. Der er derfor ikke et krav om et subjektivt element. Således er enhver overtrædelse en erstatningsberettiget fejl.¹⁶⁹ Dertil kommer, at muligheden for at påberåbe andre retsmidler ikke påvirker adgangen til at få erstatning.¹⁷⁰

Hvis tilbudsgiveren kun kan bevise, at denne blot ville have haft en chance for at vinde kontrakten, tilkendes alene erstatning for tabte tilbudsomkostninger og dermed erstatning for negativ kontraktsinteresse. Er der ingen chance, opnås ingen erstatning. Hvis tilbudsgiveren i stedet kan bevise, at denne havde en seriøs chance for at vinde kontrakten, kan tilbudsgiveren opnå erstatning for tabt fortjeneste og dermed fuld erstatning for den positive opfyldelsesinteresse.¹⁷¹ I det franske system fungerer en "seriøs chance" som en nuancering af kravet om kausalitet og som et middel til at lette bevisbyrden. Bevisbyrden præsumeres til fordel for den forbigåede tilbudsgiver, idet der indbygges en formodning fra start om, at en chance faktisk forelå. I Ville d' Amiens udtalte den franske domstol, at beregningen af en tabt fortjeneste bygger på i) et skøn over den forventede omsætning/nettofortjeneste ved kontrakten og ii) ganget med den procentvise profitmargin, virksomheden normalt ville have opnået. Dette understøttes af, at den franske domstol anerkender erstatning for den tabte fortjeneste og på samme tid afviser erstatning for faste/interne omkostninger.¹⁷² Sagsøgeren skal således angive, hvilken

¹⁶⁶ Nuninga m.fl., 2020, s. 380

¹⁶⁷ Conseil d'Etat, Ville d'Amiens, 27. januar 2006 ("**Ville d'Amiens**")

¹⁶⁸ Fairgrieve & Lichère, 2011, s. 10

¹⁶⁹ Ibid, s. 8

¹⁷⁰ Ibid, s. 15

¹⁷¹ Ibid, s. 9

¹⁷² Ville d' Amiens

nettofortjeneste denne ville have opnået, såfremt sagsøgeren havde vundet kontrakten og samtidig fremlægge domstolene den beregning, der er foretaget og de anvendte dokumenter. I relation til den procentvise profitmargin inddrager de franske domstole markedets økonomiske situation og den typiske gevinst, virksomheder får på det pågældende område. Det er set, at de franske domstole accepterer en fortjeneste, der svinger fra 1,25 % til 35%. Det kan ligeledes anføres, at den erstatningssøgende virksomhed kan få erstatning, selvom den i mellemtiden opnår fortjeneste ved andre kontrakter, der blev gennemført, idet den oprindelige kontrakt ikke gik igennem.¹⁷³ For så vidt angår erstatning for tabte omkostninger i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet, skal den erstatningssøgende fremlægge dokumentation for, hvor mange medarbejdere, der har arbejdet på tilbuddet, og hvor længe. Erstatningsberegningen sker på baggrund af de beløb, der er brugt til aflønning af medarbejderne, der deltog i udarbejdelsen af tilbuddet.¹⁷⁴

2.3.3 Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at dansk erstatningsret hidtil ikke har anerkendt “tab af chance” som en selvstændig tabskategori. Dette skal ses i lyset af, at i) tabet er usikkert, ii) der ikke kan føres bevis for årsagssammenhæng, og iii) at dansk ret som udgangspunkt ikke erstatter spekulative tab og skuffede forventninger. Samme udgangspunkt gælder på det udbudsretlige område, således at der ses en konsistens mellem almindelig erstatningsret og udbudsretten. Bestemmelsen i klagenævnslovens § 14, stk. 2 ændrer ikke herpå, da bestemmelsen er sektor-specifik og ikke kan anses som en generel anerkendelse af erstatning for tab af chance i dansk udbudsret. Engelsk og fransk ret anerkender imidlertid erstatning for tab af chance, hvor erstatningen kan forstås som i) en selvstændig tabskategori, ii) et proportionalt ansvar og iii) som en lempelse af bevisbyrden.

3. Analyse af retstilstanden efter INGSTEEL

Som anført ovenfor, har dansk erstatningsret, hverken generelt eller udbudsretligt, tradition for at yde erstatning for tab af chance. EUD’s afgørelse i INGSTEEL fra 2024 giver dog anledning til en fornyet diskussion af tab af chance som erstatningskategori i dansk ret. I det følgende analyseres afgørelsens betydning i dansk ret med fokus på at undersøge, om afgørelsen skal opfattes som et brud med den hidtidige retstilstand. Formålet er at vurdere, om den juridiske

¹⁷³ Fairgrieve & Lichère, 2011, s. 12-13

¹⁷⁴ Ibid, s. 13

argumentation i dommen kan rummes inden for de eksisterende regler for erstatning, eller om erstatning for tab af chance i danske udbudssager fremover skal anerkendes.

3.1 De faktiske omstændigheder

Sagen vedrører et offentligt udbud fra november 2013 indledt af *Slovenský futbalový zväz*, et slovakisk fodboldforbund ("**Ordregiver**"). Ordregiver udbød en rammeaftale om genopbygning, opførelse og modernisering af 16 fodboldstadioner i Slovakiet. Der indkom to tilbud, hvoraf INGSTEEL spol. S r.o. deltog som den ene tilbudsgiver i udbuddet og afgav tilbud som en del af et konsortium.¹⁷⁵ Ordregiver stillede i udbudsbekendtgørelsen krav om indsendelse af en erklæring fra en slovakisk bank eller fra en udenlandsk banks slovakiske filial, der bekræftede, at der var stillet en kreditaftale til rådighed, der var øremærket til forhold under rammeaftalen på mindst EUR 3.000.000. Erklæringen skulle afgives som en kreditaftale eller en foreløbig kreditaftale underskrevet af en bemyndiget person i banken.¹⁷⁶

Kravet viste sig at være problematisk for INGSTEEL, da dennes bank først ville udstede den krævede erklæring efter kontraktens indgåelse.¹⁷⁷ Da INGSTEEL af objektive årsager ikke kunne fremsende den påkrævede erklæring, indsendte konsortiet derfor en alternativ erklæring fra banken, hvor INGSTEEL forpligtede sig til at råde over mindst EUR 3.000.000 under hele kontraktperioden, samt en erklæring, der indeholdt oplysninger om åbning af en kassekredit på over EUR 5.000.000. Erklæringen havde reelt samme effekt, som det krævede lånecertifikat.¹⁷⁸ Ordregiver fandt imidlertid, at konsortiet ikke opfyldte betingelsen og dermed kravene til økonomisk og finansiell formåen og udelukkede konsortiet fra det første trin i udbudsprocessen. Beslutningen blev tiltrådt af Úrad pre verejné obstarávanie, en slovakisk myndighed for offentlige udbud.¹⁷⁹ I dansk terminologi hedder det, at ordregiveren "afviste" tilbudsgiverens tilbud som ukonditionsmæssigt, men idet afgørelsen anvender formuleringen "udelukkede", anvendes denne formulering også i gengivelsen af sagen.

Idet INGSTEEL udelukkedes, blev tilbuddet ikke evalueret. INGSTEEL klagede til det slovakiske klagesystem over udelukkelsen, og klagen gik derefter gennem forskellige instanser. Ved Najvyšší súd Slovenskej republiky, den slovakiske højesteret, fandt retten, at ordregiver havde

¹⁷⁵ C-547/22, INGSTEEL, pr. 13

¹⁷⁶ C-76/16, INGSTEEL og Metrostav mod Úrad pre verejné obstarávanie, 13. juli 2017, pr. 16

¹⁷⁷ Ibid, pr. 18

¹⁷⁸ Ibid, pr. 30

¹⁷⁹ C-547/22, INGSTEEL, pr. 14 og 19

foretaget en forkert vurdering af konsortiets dokumentation. INGSTEEL fik medhold i, at det slovakiske fodboldforbund uberettiget havde udelukket konsortiet fra den offentlige udbudsprocedure. Den slovakiske højesteret annullerede derfor i 2018 beslutningen om udelukkelsen. Afgørelsen blev truffet efter, at den slovakiske højesteret forelagde sagen for EUD, der udtalte sig i C-76/16, INGSTEEL og Metrostav mod Úrad pre verejné obstarávanie.¹⁸⁰ EUD fandt i INGSTEEL og Metrostav, at det var lovligt at opstille kravet om en kreditaftale, men at tilbudsgiverne skulle have haft mulighed for at dokumentere kravet på andre måder, når ikke det objektivt var muligt at opfylde betingelsen.¹⁸¹ Da den slovakiske højesteret traf beslutningen om annulation, var udbudsproceduren afsluttet, og ordregiver havde allerede flere år forinden indgået rammeaftalen med den eneste tilbageværende tilbudsgiver. Annulationen havde derfor ingen faktisk effekt for INGSTEEL. INGSTEELs eneste tilbageværende retsmiddel var at kræve erstatning for de påståede tab som følge af de ulovlige afgørelser som ordregiver og den slovakiske myndighed for offentlige udbud havde truffet.¹⁸² INGSTEEL anlagde derfor sag ved Okresný súd Bratislava II, en slovakisk domstol, med krav om erstatning *“for det tab, som denne angiveligt havde lidt som følge af de ulovlige afgørelser”*¹⁸³ i form af den ulovlige udelukkelse samt tab af muligheden for at blive tildelt kontrakten. INGSTEEL krævede erstatning for tabt fortjeneste svarende til EUR 819.498,10 samt udgifter til sagkyndig bistand på EUR 2.500.¹⁸⁴ Sagen blev anlagt mod den slovakiske myndighed for offentlige udbud. Det er dog ikke i dommen begrundet, hvorfor sagen blev anlagt mod klageinstansen frem for ordregiveren, men det synes dog at være uden betydning i sagen.

Erstatningsspørgsmålet afgjordes efter slovakisk ret, der som udgangspunkt kun giver adgang til erstatning for faktiske tab og for tab af fortjeneste, hvor en tilbudsgiver højst sandsynligt eller tæt på sikkert ville have opnået på kontrakten, når domstolene har fastslået, at en beslutning i udbudsproceduren var ulovlig.¹⁸⁵ De slovenske tabsposter minder om henholdsvis negativ kontraktsinteresse og positiv opfyldelsesinteresse i dansk ret. Således er der ikke efter slovakisk ret mulighed for at få erstatning for tabet af en chance i et udbud.

¹⁸⁰ Ibid, pr. 15

¹⁸¹ C-76/16, INGSTEEL og Metrostav mod Úrad pre verejné obstarávanie, 13. juli 2017, pr. 55

¹⁸² C-547/22, INGSTEEL, pr. 16

¹⁸³ Ibid, pr. 16

¹⁸⁴ Ibid, pr. 18

¹⁸⁵ Ibid, pr. 12 og 46

INGSTEEL krævede erstatning for tab af chancen for at konkurrere om kontrakten og ikke for tabt fortjeneste.¹⁸⁶ Dog var INGSTEEL på grund af national ret nødt til at kvalificere tabet som et “indtægstab” og derfor som erstatning for tabt fortjeneste.¹⁸⁷ INGSTEEL anførte, at et krav, der af objektive grunde ikke er godtgjort med sikkerhed, ikke uden videre kan kvalificeres som hypotetisk. Tabet består ikke af en tabt formuefordel, men i et tab i form af en mistet chance af den forventede fortjeneste.¹⁸⁸ Ifølge INGSTEEL måtte dette betragtes som et selvstændigt tab, der ikke kunne sidestilles med tabt fortjeneste, og som et tab, der ikke kan kræve en lige så høj grad af sandsynlighed for at opnå en økonomisk fordel.¹⁸⁹ INGSTEEL anførte, at der var lidt et tab, fordi den vindende tilbudsgiver alene vandt en plads på rammeaftalen som følge af ordregivers ulovlige udelukkelse af INGSTEEL. Det var INGSTEELs opfattelse, at konsortiet ville have vundet kontrakten, da konsortiets tilbud levede op til alle udbudsbetingelser og var mere fordelagtigt end det vindende tilbud.¹⁹⁰ Det fremgår ikke klart af afgørelsen, men tilsyneladende var tildelingskriteriet pris, og INGSTEEL havde altså afgivet et tilbud, der var billigere for ordregiver end det vindende tilbud.

På den anden side gjorde den slovakiske myndighed for offentlige udbud gældende, at tabet var hypotetisk og byggede på fiktive data, da ikke alt det arbejde, der var anført i udbuddet, nødvendigvis ville være blevet udført i virkeligheden.¹⁹¹ De anførte også, at INGSTEEL ikke kunne dokumentere, at de ville have vundet udbuddet. Selv hvis INGSTEEL ikke var blevet udelukket, ville processen ikke nødvendigvis have ført til kontraktindgåelse, da deres tilbud ville være blevet vurderet mere detaljeret, blandt andet i forhold til om prisen var unormalt lav og derfor også skulle have været afvist.¹⁹²

Den nationale domstol forelagde sagen for EUD, idet domstolen var i tvivl om, hvorvidt slovakisk ret var forenelig med kontrol direktivet. Domstolen fremsatte i henhold til art. 267 TEUF to præjudicielle spørgsmål.¹⁹³ For det første ønskede den slovakiske domstol klarlagt, om en national praksis, hvorefter domstolene nægter at tilkende erstatning for tab af chance til en tilbudsgiver, der ulovligt er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, er forenelig med kontrol direktivets art. 2, stk. 1, litra c sammenholdt med art. 2, stk. 6 og 7. Dernæst ønskede den

¹⁸⁶ Ibid, pr. 22

¹⁸⁷ Ibid, pr. 18

¹⁸⁸ Ibid, pr. 21

¹⁸⁹ Ibid, pr. 22

¹⁹⁰ Ibid, pr. 17

¹⁹¹ Ibid, pr. 20

¹⁹² Ibid, pr. 19

¹⁹³ Ibid, pr. 23

slovakiske domstol en afklaring af, om en national praksis, hvorefter et indtægtstab som følge af, at en tilbudsgiver ulovligt er blevet afskåret fra at deltage i et offentligt udbud, ikke kan indgå i erstatningskravet, er forenelig med kontroldirektivets artikel 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med art. 2 stk. 6 og 7. Overordnet var spørgsmålet altså, om ordregivere har pligt til at tilkende erstatning for tab af chance, selvom det ikke er dokumenteret, at tilbudsgiveren ville have vundet udbuddet, og om national ret skal anerkende erstatning for tab af chance for at konkurrere om en kontrakt som en selvstændig tabskategori.

3.2 Afgørelsen

EUD's afgørelse indledes med en henvisning til kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, der pålægger medlemsstaterne at tilkende erstatning til personer og virksomheder, der har lidt skade på grund af en overtrædelse af EU-udbudsretten.¹⁹⁴ EUD fremhæver i den forbindelse sin faste praksis, hvorefter EUD ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke alene tager hensyn til bestemmelsens ordlyd, men også til den sammenhæng, som den indgår i og til dens formål.¹⁹⁵

Gennem en kontekstuel fortolkning fastslog EUD, som anført under afsnit 2.2.1.3, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c, udgør en konkretisering af betingelserne for medlemsstaternes erstatningsansvar.¹⁹⁶ Således kan en ordregiver kun holdes ansvarlig efter betingelserne om statens ansvar, når ordregiver har begået en tilstrækkeligt kvalificeret overtrædelse af EU-reglerne.

3.2.1 Skadesbegrebet

EUD vendte sig derefter mod det EU-udbudsretlige skadesbegreb og præciserede, hvilke tab, en forbigået virksomhed kan søge erstatning for. Gennem en ordlydsfortolkning konstateres det, at art. 2, stk. 1, litra c i kontroldirektivet "*er formuleret bredt*", og at bestemmelsen omfatter "*enhver form for tab*", herunder tab på baggrund af en mistet chance for at deltage i et udbud.¹⁹⁷ Det understreges, at der således også kan søges erstatning for "*det tab, der er lidt som følge af en fortabt mulighed*."¹⁹⁸ Dommens præmisser kan derfor tages til indtægt for, at et erstatningsberettiget tab ikke er begrænset til en manglende tildeling af kontrakten, men også

¹⁹⁴ Ibid, pr. 31

¹⁹⁵ Ibid, pr. 32

¹⁹⁶ Ibid, pr. 34-35

¹⁹⁷ Ibid, pr. 33

¹⁹⁸ Ibid, pr. 44

omfatter det tab, der følger af ikke at kunne deltage i udbudsprocessen. Dermed underbygger dommen, at der kan opnås erstatning alene for tabet af chancen og ikke kun for den mistede kontrakt. Resultatet begrundes med kontroldirektivets formål om at sikre tilstrækkelige retsmidler, og det pointeres, at når tilbudsgivere ikke kan kræve erstatning for tab af chance for at deltage i udbuddet, vil formålet “*blive bragt i fare*”.¹⁹⁹ En fuldstændig udelukkelse af erstatning for den tabte chance, kan ikke tillades ved ordregivers tilsidesættelse af EU-udbudsretlige regler, da det i praksis “*vil kunne gøre det umuligt at erstatte skaden*”.²⁰⁰ Tab af chance udgør et “*et særskilt tab, der svarer til den fortabte mulighed for at deltage i den pågældende udbudsprocedure med henblik på at opnå denne kontrakt*”.²⁰¹ Således gør EUD det klart, at slovakisk ret ikke kategorisk må udelukke krav om erstatning for tab af chance. Dommen fastslår, at nationale domstole efter forrangsprincippet har pligt til i videst muligt omfang at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten, og at nationale domstole har pligt til at ændre en veletableret eller fast praksis, hvis den ikke er forenelig med formålet om at sikre effektiviteten af EU-retlige bestemmelser i kontroldirektivet.²⁰² Dette er relevant for lande som Slovakiet og Danmark, der ikke har tradition for at anerkende erstatning for tab af chance.

3.2.2 Tabsopgørelsen

EUD præciserede, at i mangel af bestemmelser på områder, tilkommer det medlemsstaterne selv at fastsætte kriterierne for opgørelsen af erstatningens størrelse for tab som følge af en mistet chance for at deltage i et udbud, så længe at kriterierne overholder ækvivalens- og effektivitetsprincippet.²⁰³ Ækvivalensprincippet indebærer, at EU-retten ikke må være mindre gunstig end national ret, og at nationale regler som minimum skal sikre EU-rettigheder den samme beskyttelse som nationale regler.²⁰⁴ Det EU-retlige effektivitetsprincip kræver, at det ikke må være umuligt eller vanskeligt at opnå erstatning, og at erstatning skal sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.²⁰⁵ Ligeledes understreger EUD proportionalitetsprincippet, eftersom erstatning skal stå i rimeligt forhold til det lidte tab og sikre fuld kompensation.²⁰⁶

¹⁹⁹ Ibid, pr. 42

²⁰⁰ Ibid, pr. 43

²⁰¹ Ibid, pr. 39

²⁰² Ibid, pr. 47

²⁰³ Ibid, pr. 45

²⁰⁴ Risvig Hamer, 2020, s. 394

²⁰⁵ Ibid, s. 388

²⁰⁶ C-547/22, INGSTEEL, pr. 35

EUD fulgte Generaladvokat Anthony Michael Collins (“**Collins**”) forslag til afgørelse. Collins foreslog, at EUD besvarer de præjudicielle spørgsmål med, at medlemsstaterne bestemmer betingelserne for erstatning til en tilbudsgiver, der uberettiget er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, og at betingelserne skal omfatte bevisbyrde, beviskrav, årsagssammenhæng og beregning af erstatning under overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet.²⁰⁷

3.2.3 Erstatning som det sidste retsmiddel

EUD pointerede, at erstatning er tiltænkt de tilfælde, hvor en økonomisk aktør er afskåret muligheden for at nyde godt af den effektive virkning efter andre retsmidler. Erstatning skal dermed være det sidste retsmiddel ved en overtrædelse af udbudsreglerne og være tilgængeligt og effektivt for personer, der er reelt er frataget enhver mulighed for at drage fordel af andre retsmidler fastsat i art. 2, stk. 1, litra c i kontroldirektivet.²⁰⁸ Dette er centralt i sager som INGSTEEL, hvor en kontrakt var underskrevet, og opfyldelsen af kontrakten var påbegyndt, da den slovakiske ret annullerede tildelingsbeslutningen. Annulationen havde ingen faktisk effekt for INGSTEEL, da en annulation ikke kunne gøre det muligt for INGSTEEL at komme tilbage i en position, hvor de kunne vinde kontrakten. Da det konkret var for sent at rette op på ordregivers overtrædelse, var erstatning det eneste effektive retsmiddel til rådighed.

EUD pointerer, at retten til erstatning for en tabt chance stemmer overens med art. 47 i EU’s charter om grundlæggende rettigheder.²⁰⁹ Art. 47 foreskriver, at enhver, hvis rettigheder og friheder, som er sikret i EU bliver krænket, skal have adgang til effektive retsmidler ved en domstol. Udbudsretten er fuldt reguleret på EU-plan gennem udbuds- og kontroldirektiverne, hvorfor hensynet til effektive retsmidler står stærkt på dette område. Når en virksomhed uberettiget afvises i forbindelse med et udbud, bryder ordregiver med EU-retlige rettigheder, hvorefter art. 47 kræver, at den forbigåede virksomhed får adgang til et effektivt retsmiddel. Bestemmelsen understøtter altså direkte, at en forbigået virksomhed skal kunne opnå erstatning for tab af chance, hvor det ikke er muligt at benytte andre retsmidler, således at den effektive håndhævelse ikke bliver rent teoretisk. Hvis ikke en virksomhed får mulighed herfor, lever medlemsstaten ikke op til Chartrets art. 47, da den forbigåede virksomhed ikke får mulighed for at komme i en bedre økonomisk position, end før overtrædelsen. Det er netop disse betragt-

²⁰⁷ Forslag til afgørelse af generaladvokat Anthony Michael Collins fra 7. december 2023 i C-547/22, INGSTEEL, afsnit 46

²⁰⁸ C-547/22, INGSTEEL, pr. 37

²⁰⁹ Ibid, pr. 36

ninger om effektive retsmidler, der udsondrer udbudsretten fra andre retsområder, såsom eksempelvis advokatansvaret i dansk ret, jf. afsnit 5.1, hvor der ikke gælder samme krav om effektive retsmidler, og hvor muligheden for erstatning afhænger af nationale bestemmelser og praksis.

3.2.4 Sammenfatning

Sammenfattende fastslår INGSTEEL-dommen, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c er til hinder for en national praksis, der udelukker erstatning for tab af chance i udbudssager. Tab af chance er et selvstændigt tab i EU-udbudsretten, og med denne afgørelse gør EUD erstatning for tab af chance til en del af den minimumsbeskyttelse, som forbigåede virksomheder nyder. Bestemmelsen i kontroldirektivet skal fortolkes bredt og omfatter også tab, der opstår på grund af en mistet chance for at vinde en kontrakt. Dommen udfordrer således dansk erstatnings- og udbudsret, da dommen betyder, at Danmark ikke fortsat kan afvise alle krav om erstatning for tab af chance i dansk udbudsret. Dommen giver dog ikke yderligere fortolkningsbidrag til, hvad der nærmere skal til for at erstatning for tab af chance kan tildeles, herunder om der skal være en vis grad af sandsynlighed for at virksomheden ville opnå kontrakten, og hvordan tabet skal opgøres. I det følgende analyseres det, i hvilket omfang INGSTEEL ændrer den eksisterende retsstilling i dansk udbudsret, herunder i hvilke tilfælde erstatning for tab af chance konkret kan komme på tale i.

3.3 Relevansen af tab af chance og INGSTEEL i dansk udbudsret

Dommen giver for det første anledning til at vurdere, i hvilke udbudsformer erstatning for tab af chance kan være relevant. Spørgsmålet er essentielt, idet INGSTEEL kun kan ændre retsstanden, hvor dansk ret - med positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse - ikke yder en tilstrækkelig beskyttelse. Betydningen af INGSTEEL vil som udgangspunkt bero på, om den erstatningssøgende er blevet afvist fra at deltage i et offentligt udbud eller et udbud med en prækvalifikationsrunde.

3.3.1 Offentligt udbud

Et offentligt udbud er karakteriseret ved, at alle interesserede virksomheder kan afgive tilbud som svar på en udbudsbekendtgørelse. Fordi enhver kan fremsætte et tilbud, skabes der en bred konkurrence ved afholdelse af et offentligt udbud.²¹⁰ I et offentligt udbud er det hypotetiske led

²¹⁰ Risvig Hamer, 2025, s. 451

fjernet, idet alle interesserede kan afgive tilbud, og der ikke er en forudgående udvælgelse, som i de øvrige udbudsprocedurer. Derfor kan der i modsætning til INGSTEEL ikke opstå en situation, hvor man mister chancen for at *deltage* i konkurrencen, men derimod et tab i relation til den mistede mulighed for at *vinde* kontrakten.

I tilfælde af, at en ordregiver overtræder udbudsreglerne under et offentligt udbud, er der mulighed for at opgøre tabet som positiv opfyldelsesinteresse, såfremt den forbigåede tilbudsgiver kan godtgøre, at denne ville have vundet kontrakten, hvis ikke ordregiver havde begået fejlen. Idet den forbigåede virksomhed under et offentligt udbud *har* afgivet et tilbud, er det hypotetiske element, som netop karakteriserer tab af chance, ikke til stede. Kan det konstateres, at ordregiver har overtrådt udbudsreglerne, kan der således opgøres en erstatning, hvor dansk rets almindelige erstatningsregler vil være fuldt dækkende. Derfor er tab af chance som en selvstændig tabskategori ikke relevant i forbindelse med offentlige udbud.

3.3.2 Udbudsformer med prækvalifikation

For så vidt angår begrænsede udbud forholder spørgsmålet om relevansen af tab af chance sig anderledes. Et begrænset udbud er karakteriseret ved, at enhver virksomhed som svar på en udbudsbekendtgørelse kan *ansøge* om at deltage. De interesserede virksomheder har således ikke automatisk ret til at fremsætte et tilbud. Der gennemføres en prækvalifikation, hvor ordregiver udskiller de virksomheder, der senere får lov til at afgive et tilbud. Ordregiver skal i et begrænset udbud vælge mindst fem virksomheder til at byde på en opgave, hvorefter selve tildelingen sker på baggrund af tilbuddene. Er der mindre end fem egnede deltagere, kan ordregiver opfordre ansøgere, der opfylder mindstekrav til egnethed, til at afgive tilbud.²¹¹

I tilfælde af, at en ordregiver uberettiget afviser en ansøger i et begrænset udbud, giver det anledning til at overveje muligheden for at tilkende erstatning for tab af chance. I begrænsede udbud har det ikke været muligt - sådan som erstatningsreglerne hidtil har været fortolket - at kræve erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, henset til at den forbigåede virksomhed ikke afgiver et konditionsmæssigt tilbud og derfor ikke kan løfte bevisbyrden for, at kontrakten ville være opnået. Det vil være vanskeligt at bevise det hypotetiske hændelsesforløb i konkurrencen og dokumentere, hvordan ordregiver ville have evalueret tilbuddet. Ansøgeren vil imidlertid være berettiget til negativ kontraktsinteresse som følge af forgæves afholdte omkostninger i forbindelse med udarbejdelsen af en ansøgning. Såfremt erstatningen reduceres til udgifterne

²¹¹ Ibid, s. 453

ved deltagelse, bliver erstatningen illusorisk. Hvis erstatning for tab af chance alene udgør udgifterne ved deltagelse i udbuddet, vil det ikke give reel værdi at anfægte en ordregivers uberegtiget afvisning, da den potentielle gevinst ikke kan opnås, processen kan være lang og usikker, samt fordi erstatning kun vil udgøre en symbolsk erstatning.

Det er ikke kun i begrænsede udbud, at ovenstående betragtninger gør sig gældende. Såfremt ordregiver har valgt at benytte udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, projektkoncurrencer og innovationspartnerskaber indgår der tillige en udvælgelse af interesserede virksomheder. Derfor vil der også i forbindelse med sådanne udbud kunne opstå en erstatningssituation, hvor det kan være relevant at diskutere erstatning for tab af chance.

3.3.3 Udbudsformen i INGSTEEL

Som anført ovenfor kan en anerkendelse af erstatning for tab af chance få betydning i dansk udbudsret, hvor der er tale om udbud med prækvalifikation, da der hidtil ikke har været en dækkende beskyttelse af ansøgere. Det næste spørgsmål er derfor, om der reelt er tale om et offentligt udbud eller et udbud med prækvalifikation i INGSTEEL. Vurderes det, at der er tale om et begrænset udbud, vil præmisserne i INGSTEEL være umiddelbart anvendelige. Hvis det derimod vurderes, at der er tale om et offentligt udbud, kræver det en nærmere diskussion af, om præmisserne kan udstrækkes til udbud med prækvalifikation.

Det mest vægtige argument for, at der er tale om et offentligt udbud i INGSTEEL er, at det fremgår direkte af afgørelsen, at ordregiver iværksatte et offentligt udbud. Ud fra en ordlydsfortolkning fremgår det ikke, at INGSTEEL blev prækvalificeret. Flere steder i afgørelsen står der "*tilbud*",²¹² hvilket taler for, at der blev afgivet et egentligt tilbud. Dertil kommer, at INGSTEEL konsekvent omtales som "*tilbudsgiver*"²¹³ og "*tilbudsgivende sammenslutning*"²¹⁴. Ordvalgene indebærer således, at der må være afgivet et tilbud.

På den anden side er der også forhold, der taler for, at INGSTEEL var igennem en prækvalifikation, inden denne blev udelukket. Man kan argumentere for, at prækvalifikation var en del af proceduren, fordi det fremgår, at der var en fase, hvor virksomhederne blev vurderet, jf. ordlyden:

²¹² C-547/22, INGSTEEL, pr. 17

²¹³ Ibid, pr. 46

²¹⁴ Ibid, pr. 13

*“ Sagsøgte i hovedsagen har for den forelæggende ret anført, at den tilbudsgivende sammen- slutning blev udelukket ved afslutningen af det første trin i den pågældende udbudsprocedure (...). ”*²¹⁵

Når det fremhæves, at udelukkelsen skete ved afslutningen af det første trin i den pågældende procedure, indikerer det, at der var en form for udvælgelse, og at INGSTEEL ikke fik sit tilbud evalueret. Det vil også sige, at selvom udbuddet kaldes for et offentligt udbud, har den faktiske fremgangsmåde også karakter af, at der kan være foretaget en prækvalificering.

Sammenfattende må det lægges til grund, at det er uklart på baggrund af dommen, om INGSTEEL reelt afgav tilbud. Dog vurderes argumenterne for, at der er tale om et offentligt udbud, og at INGSTEEL afgav et tilbud, at være vægtigere, idet det direkte fremgår, at der er tale om et offentligt udbud. Det vil sige, at de faktuelle omstændigheder i INGSTEEL, hvor en ordregiver uberettiget har udelukket en tilbudsgiver i et offentligt udbud, kan rummes inden for dansk ret, da der er mulighed for at få erstatning for positiv opfyldelsesinteresse.

3.4 INGSTEELS rækkevidde

Som anført under afsnit 3.3.2 aktualiseres problemstillingen om tab af chance i dansk udbudsret i prækvalifikationstilfælde, hvor en virksomhed uberettiget afskæres fra at afgive tilbud og dermed fra at deltage i udbuddet. Spørgsmålet er derfor, om afgørelsen i INGSTEEL kan udstrækkes til også at gælde i tilfælde af prækvalifikation. INGSTEEL vedrører, som netop vurderet, et offentligt udbud, hvor INGSTEEL de facto havde fremsat et tilbud. Dermed kan dommens præmisser ikke nødvendigvis anvendes analogt i et udbud med prækvalifikation, hvor en ansøger ikke får mulighed for at byde på en kontrakt.

Domstolens præmisser om effektivitet taler for, at udfaldet kan udstrækkes til tilfælde, hvor en ansøger uberettiget afskæres fra at *deltage* i konkurrencen. EUD betonedes i afgørelsen, at medlemsstater ikke må udelukke nogen form for tab fra direktivets anvendelsesområde og ikke må afskære en virksomhed fra at opnå erstatning, blot fordi tabet er usikkert.²¹⁶ Kravet om, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c skal underlægges en bred fortolkning og selve anerkendelsen af tab af chance som et særskilt tab, indikerer at princippet ikke kan begrænses til offentlige udbud, men at det også skal være muligt at opnå erstatning for tab af chance i begrænsede

²¹⁵ Ibid, pr. 19

²¹⁶ Ibid, pr. 40

udbud. Såfremt en ansøger uberettiget afvises i en prækvalifikation, vil ansøgeren netop have lidt et tab, svarende til den tabte mulighed for at deltage i konkurrencen.

Da det vurderes, at INGSTEEL kan udstrækkes til udbud med prækvalifikation, kan der yderligere stilles spørgsmålstejn ved, hvad der i så fald gælder, hvis ordregiver benytter ulovlige mindstekrav, hvorefter en række virksomheder afskæres og dermed aldrig får mulighed for at fremsætte et tilbud. Spørgsmålet er konkret, om virksomhederne også i et sådant tilfælde vil kunne kræve erstatning for den tabte chance for at deltage i udbuddet. Brugen af ulovlige mindstekrav vil som udgangspunkt udgøre en ansvarspådragende handling, ligesom kravet om adækvans og kausalitet vil være opfyldt. Hvorvidt der kan kræves erstatning beror derfor på, om virksomheden kan dokumentere et økonomisk tab. Situationen falder ind under tab af chance på lige fod med en ulovlig afvisning i en prækvalifikation, hvorfor det med den samme juridiske begrundelse kan konkluderes, at virksomheden kan kræve erstatning for tab af chance. Som det anføres under afsnit 3.7.3, skal tabet opgøres som den procentvise chance, virksomheden havde for at vinde kontrakten. I et prækvalifikationstilfælde må det antages, at der trods alt er tale om et begrænset antal virksomheder, hvorimod alle virksomheder, som ikke opfylder de ulovlige mindstekrav teoretisk ville kunne påberåbe sig som forbigået og dermed kræve erstatning. I et sådant tilfælde vil den procentvise sandsynlighed for den enkelte virksomhed være så lav, at erstatning for den tabte chance vil blive illusorisk. Erstatning bliver derfor kun relevant for virksomheder, der uden de ulovlige mindstekrav, ville have haft en reel chance for at opnå kontrakten.

Derudover rejses spørgsmålet, om flere virksomheder i samme udbud vil kunne gøre krav på erstatning for tabt chance, eller om der alene er én enkelt virksomhed, der kan dokumentere dette. På den ene side taler hensynet til adgangen til effektive retsmidler for, at flere virksomheder bør kunne kræve erstatning for tab af chance. I samme retning taler også tabsopgørelsesmetoden. I erstatningskrav baseret på den tabte kontrakt, opgjort som positiv opfyldelsesinteresse, er virksomheden afhængig af at kunne bevise, at man ville have vundet kontrakten, hvis ikke den skadevoldende handling fandt sted. Ved tab af chance opnås der derimod erstatning for den tabte *chance*, hvorfor konceptet rummer muligheden for at flere end én kan godtgøre en chance-sandsynlighed. Kan virksomhed 1 for eksempel godtgøre en chance på 20%, og virksomhed 2 godtgøre en chance på 50%, vil begge virksomheder kunne opnå erstatning for tab af chance. Dermed kan det konkluderes, at flere end én virksomhed kan gøre krav på erstatning for tab af chance i relation til samme udbud.

Selvom art. 2, stk. 1, litra c i kontroldirektivet nu forpligter Danmark til at yde erstatning for tab af chance, vil en fuld og endelig afklaring af retstillingen i dansk ret kræve, at der indføres en bestemmelse herom i udbudsloven, eller at der afsiges et klarere præjudikat end INGSTEEL, herunder om opgørelsen af tabet. Dette skyldes at anerkendelsen af tab af chance vil udgøre et brud med grundlæggende erstatningsret. Klagenævnet, der indtil nu har været tilbageholdende med at yde erstatning for tab af chance, kan vælge stille et nyt præjudicielt spørgsmål til EUD i en fremtidig sag. Ved at stille et præjudicielt spørgsmål kan Klagenævnet opnå en konkret vurdering af, om EU-retten og effektivitetsprincippet gør medlemsstater pligtige til at tilkende erstatning i tilfælde af, at en forbigået virksomhed uberettiget afvises i et udbud med prækvalifikation. En afklaring fra EUD vil give den endelige vished om Danmark fremover skal anerkende erstatning for tab af chance i udbud med prækvalifikation.

3.5 Erstatning som det sidste retsmiddel

Det er nu konkluderet, at det følger af INGSTEEL i) at det skal være muligt at opnå erstatning for tab af chance, og ii) at det i dansk ret vil være relevant at diskutere erstatning for tab af chance i prækvalifikationstilfælde. Herefter opstår spørgsmålet, om INGSTEEL skal fortolkes sådan, at EU's medlemsstater fremover er forpligtede til at tilkende erstatning for tab af chance, når en ordregiver uberettiget afviser en ansøger i en prækvalifikationsrunde.

Som pointeret under afsnit 3.2.3, er erstatning tiltænkt som det sidste retsmiddel, hvor en virksomhed ikke kan drage fordel af et andet effektivt retsmiddel. Det vil derfor i det følgende diskuteres, om der er andre effektive sanktionsmuligheder i dansk udbudsret, der betyder, at der ikke er behov for at tilkende erstatning for tab af chance i prækvalifikationstilfælde.

Klagenævnet har mulighed for at anvende en række andre sanktioner, heriblandt opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12. Opsættende virkning forudsætter, at tre betingelser er opfyldt: i) klagen må ikke være åbenbar grundløs, og der skal derfor være en formodning for, at ordregiver har overtrådt udbudsreglerne (*fumus boni juris*), ii) klager skal risikere at lide et alvorligt og uopretteligt tab (uopsættelighed) og iii) klagerens interesse i opsættende virkning skal veje tungere end ordregivers interesse i, at der ikke meddeles opsættende virkning (interesseafvejning).²¹⁷ Såfremt en klage tillægges opsættende virkning, sættes udbudsprocessen

²¹⁷ Risvig Hamer, 2025, s. 845

eller kontrakten midlertidigt på pause, mens klagen behandles. Dermed forhindrer opsættende virkning en indgåelse af en kontrakt eller suspenderer kontrakten, hvis kontrakten er indgået.²¹⁸

Et eksempel på en kendelse, hvor Klagenævnet tillagde en klage opsættende virkning, er Babcock Scandinavian Air Ambulance mod Region Midtjylland m.fl.²¹⁹, der omhandler et udbud af ambulancehelikoptere.²²⁰ Regionerne afviste en virksomheds ansøgning om prækvalifikation, fordi virksomheden ikke opfyldte kravene til økonomisk og finansiell formåen. Årsagen var, i) at virksomheden i sit ESPD (indledende egenerklæring) ikke angav at basere sin formåen på andre enheders kapacitet, ii) at virksomhedens ansøgning ikke indeholdt et ESPD for dens støttende enhed og iii) at den støtteerklæring, som virksomheden afgav, ikke indeholdte et juridisk forpligtende tilsagn om at stille ansvarlig lånekapital til rådighed for eller yde kapitaltilskud.²²¹ Klagenævnet fandt, at klagen ikke var åbenbart grundløs, og at der var konkrete argumenter for, at virksomhedens afvisning var uberettiget.²²² Der var derfor holdepunkter for, at virksomheden ikke blev prækvalificeret, selvom denne burde være blevet det. Der er således i denne sag tale om et tilfælde, hvor det ville have været relevant at yde erstatning for tab af chance. Klagenævnet tillagde imidlertid klagen opsættende virkning med den begrundelse, at virksomheden ikke efter de almindelige erstatningsregler har *“mulighed for at opnå økonomisk kompensation, hvis Babcock SAA ved en endelig afgørelse får medhold i klagen.”*²²³ Klagenævnet fandt med andre ord, at der forelå uopsættelighed, da opsættende virkning var nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for den forbigåede virksomhed. Som et alternativ til erstatning, der ikke kunne tilkendes efter dansk erstatningsret, blev opsættende virkning benyttet som et andet retsmiddel. Det kunne ikke føre til et andet resultat, at regionerne tilkendegav, at de var indstillet på at behandle virksomheden på lige fod med de prækvalificerede tilbudsgivere, indtil klagenævnets afgørelse forelå.²²⁴ Virksomheden blev derfor geninddraget i udbudsprocessen.

Dernæst kan retstilstanden diskuteres, når en klage over en prækvalifikation ikke tillægges opsættende virkning af Klagenævnet af en nærmere bestemt grund, og når en kontrakt er indgået,

²¹⁸ Ibid, s. 844

²¹⁹ Kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian Air Ambulance mod Region Midtjylland m.fl.

²²⁰ Ibid, s. 3

²²¹ Ibid, s. 40

²²² Ibid, s. 43-44

²²³ Ibid, s. 44

²²⁴ Ibid s. 44

før sagen afgøres, og det efterfølgende konstateres, at afvisningen af virksomheden i prækvalifikationen var uberettiget. En anden sanktionsmulighed, der kan overvejes før erstatning, er annulation, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Bestemmelsen foreskriver, at hvis en kontrakt er indgået, kan Klagenævnet vælge at annullere tildelingsbeslutningen, hvorefter ordregiver skal bringe kontrakten til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførsel, gør sig gældende. Annulation kan være et effektivt retsmiddel i det fornævnte tilfælde, eftersom der skabes grundlag for afholdelse af et nyt udbud, hvor virksomheden får endnu en chance for at opnå kontrakten, hvilket mindsker behovet for at yde erstatning for en tabt chance. Annulation er dog kun meningsfuld, så længe kontrakten ikke er opfyldt. Er kontrakten opfyldt, vil en annulation ikke have den ønskede virkning for virksomheden, idet konkurrencen ikke senere kan genetableres.

Foretager Klagenævnet derimod en annulation, før en kontrakt i det hele taget er indgået, jf. udbudslovens § 185, stk. 1, vil annulation generelt være et effektivt retsmiddel, fordi ordregiver kan igangsætte et nyt udbud og lade konkurrencen opstå igen. Den forbigåede virksomhed sikres ved annulation altså endnu en mulighed for at vinde kontrakten. Der er dog ingen garanti for, at den pågældende virksomhed vil have lige så gode chancer for at vinde kontrakten ved en genudbudt konkurrence.

Det kan umiddelbart virke påfaldende, at et erstatningskrav i udbudsretten skal afhænge af, om Klagenævnet vælger at tage andre sanktioner i brug. Sådan behøver det imidlertid ikke at forholde sig, idet kontroldirektiverne kun opstiller en minimumsregulering på EU-plan, og der er derfor mulighed for nationalt at indrette reglerne således, at erstatning tildeles sideløbende med andre sanktioner. Medlemsstaterne er altså frie til at udvide erstatningsadgangen.

Sammenfattende kan det udledes at, der i dansk ret er mulighed for opsættende virkning og annulation af en tildelingsbeslutning, hvilket peger i retning af, at erstatning for tab af chance ofte ikke er nødvendig og ikke udgør det sidste mulige retsmiddel i alle tilfælde. Imidlertid vil erstatning for tab af chance være det sidste retsmiddel, hvor en kontrakt er indgået og opfyldt. Annulation eller opsættende virkning vil ikke i dette tilfælde kunne afhjælpe ordregivers fejl.

3.6 Tab af chance i forbindelse med EU-institutioners udbud

På området for EU-institutioners udbud findes der flere eksempler på, at erstatning for tab af chance er tildelt virksomheder, der uberettiget er blevet afskåret fra at opnå en kontrakt. Når

EU-institutionerne foretager en anskaffelse, indgås kontrakterne med afsæt i EU's finansforordning,²²⁵ der i vidt omfang svarer til reglerne i udbudsdirektiverne. TEUF art. 340 indebærer, at Unionen skal erstatte skader forvoldt af dets institutioner ved ansvar uden for kontraktforhold. Erstatning for tab af chance er udtryk for ansvar uden for kontrakt, idet tvisterne netop vedrører situationer, hvor en ordregiver har tildelt kontrakten til en anden virksomhed end klageren.²²⁶ Ligeledes fremgår det af TEUF art. 256, at det er Retten, der på dette område har afgørelseskompetence. På samme måde som på området for medlemsstaternes ansvar kræves det, at overtrædelsen i) har til formål at tillægge den enkelte rettigheder, ii) at overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret,²²⁷ og iii) at der er årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og skaden.²²⁸

I T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen²²⁹ iværksatte Kommissionen et offentligt udbud af forsikringstjenesteydelser. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbud afgivet af konsortier kræver en erklæring om solidarisk hæftelse underskrevet af alle deltagere.²³⁰ Det vindende tilbud, afgivet af Marsh, manglede dog en sådan erklæring om solidarisk hæftelse fra et af de deltagende selskaber.²³¹ På trods af den manglende erklæring vandt konsortiet alligevel kontrakten, og Retten fandt, at Kommissionen havde brudt med ligebehandlingsprincippet ved at godtage et tilbud, der ikke opfyldte udbudsbetingelserne og ved at tillade en efterfølgende udskiftning af forsikringsselskaber før kontraktens indgåelse, der udgjorde en væsentligt ændring af de oprindelige vilkår i Marsh's tilbud.²³² Vanbreda, en forbigået tilbudsgiver, krævede erstatning for tab af chance, idet Vanbreda ville have været den eneste tilbudsgiver, der opfyldte kravene i udbudsmaterialet, hvis Kommissionen havde afvist konsortiet, som der var pligt til. Retten lagde til grund, at Vanbreda "*ville have haft meget gode muligheder for at få tildelt kontrakten*"²³³ og anerkendte, at Vanbreda havde lidt et erstatningsberettiget tab af chance for at opnå kontrakten.²³⁴ Retten pålagde parterne ved forhandling eller ved Rettens endelige afgørelse at bestemme erstatningsbeløbet, men konstaterede, at sandsynligheden for,

²²⁵ Forordning 2024/2509 om finansielle regler vedrørende Den Europæiske Unions almindelige budget (EU, Eurotom) af 23. september 2024 ("EU's finansforordning")

²²⁶ Skovgaard Ølykke m.fl., 2022, s. 1045

²²⁷ Korogiannakis, 2017, s.101

²²⁸ Korogiannakis, 2017, s.101

²²⁹ T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, 29. oktober 2015

²³⁰ Ibid, pr. 5

²³¹ Ibid, pr. 96

²³² Ibid, pr. 132 og 138

²³³ Ibid, pr. 197

²³⁴ Ibid, pr. 217

at Vanbreda ville have vundet kontrakten var 90%.²³⁵ Dette illustrerer, at erstatning for tab af chance anerkendes, da der netop opereres med en chancesandsynlighed på mindre end 100%.

Et andet eksempel er T-292/15, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen.²³⁶ I denne sag havde en ekspert fra det vindende konsortium hjulpet med at udarbejde udbudsmaterialet. Retten fandt, at der var tale om en interessekonflikt, og at Kommissionen havde brudt med sin pligt til at hindre og undersøge sådanne interessekonflikter. Der forelå derfor en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af EU-retten.²³⁷ Retten afviste på grund af manglende dokumentation et krav om erstatning svarende til, at virksomheden var blevet tildelt kontrakten²³⁸ samt et krav om erstatning for udgifter til at anfægte udbudsproceduren, da udgifterne enten var unødvendige, udokumenterede eller rent hypotetiske.²³⁹ Derimod gav Retten medhold i et erstatningskrav vedrørende omkostninger ved deltagelse og et krav om erstatning for den tabte chance for at vinde kontrakten. Parterne var enige om værdien af deltagelsesomkostningerne.²⁴⁰ Hvad angår erstatningen for den tabte mulighed for at vinde kontrakten var parterne under deres forligsforhandlinger blevet enige om, at erstatningen skulle beregnes med udgangspunkt i et dækningsbidrag på 458.064 euro.²⁴¹ Retten konstaterede, at det ved opgørelsen skulle iagttages, at den erstatningssøgende var del af et konsortium og derfor kun skulle have en andel svarende til sin konsortieandel. Konkret havde den forbigåede virksomhed ret til hele beløbet, da der var indgået en gyldig intern aftale herom.²⁴² Retten udtalte, at virksomhedens chance for at opnå kontrakten uden ordregivers fejl var 50 %, eftersom virksomhedens tilbud var rangeret som det næstbedste tilbud, og det samtidig var tvivlsomt om, Kommissionen ville have annulleret udbuddet.²⁴³ Tabet blev opgjort som den forventede nettofortjeneste ganget med den procentvise chance, som tilbudsgiveren havde for at opnå kontrakten, fratrukket omkostningerne ved deltagelsen, således at virksomheden ikke blev overkompenseret.²⁴⁴ Retten fastsatte erstatningen for tab af chance til EUR 223.711.²⁴⁵

²³⁵ Ibid, pr. 200

²³⁶ T-292/15, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen, 28. februar 2018

²³⁷ Ibid, pr. 128 og 183

²³⁸ Ibid, pr. 167

²³⁹ Ibid, pr. 174 og 179

²⁴⁰ T-292/15, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen, 12. februar 2019, pr. 18

²⁴¹ Ibid, pr. 23

²⁴² Ibid, pr. 29-33

²⁴³ Ibid, pr. 47

²⁴⁴ Ibid, pr. 38

²⁴⁵ Ibid, pr. 53

3.6.1 Rettens restriktive tilgang

Selvom Retten i en række sager har tilkendt virksomheder erstatning for tab af chance, afvises sådanne erstatningskrav dog ofte på grund af Rettens restriktive tilgang til erstatningsspørgsmål.

Når Retten behandler spørgsmålet om beviskrav i sager om Unionens ansvar uden for kontrakt efter TEUF art. 340 bemærker Retten typisk, at beviserne for tab skal være ”*afgørende*”.²⁴⁶ Retten kræver, at tabet ikke kun er hypotetisk.²⁴⁷ I praksis er det fastslået, at beviskravet er strengt, og at et faktisk og sikkert tab kræver, at det “*uden nogen tvivl kan fastslås at den omhandlede virksomhed ville have fået tildelt den første kontrakt.*”²⁴⁸

De høje beviskrav kommer klart til udtryk i Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, hvor en tilbudsgiver blev afvist ved tilbudsevalueringen, fordi tilbudsgiverens tilbud blev betragtet som unormalt lavt.²⁴⁹ Tilbudsgiveren krævede blandt andet erstatning svarende til den fortabte kontrakts fortjeneste og for udgifterne ved at udarbejde tilbuddet.²⁵⁰ Retten frifandt Kommissionen og udtalte, at der ikke ydes erstatning for tabt fortjeneste, fordi der er tale om “*et fremtidigt og hypotetisk tab*” og således ikke “*et faktisk og reelt tab*”.²⁵¹ Retten påpegede, at erstatning for tabt fortjeneste kræver en “*vished*” om at opnå kontrakten, og at et sådant tab aldrig vil være reelt i lyset af finansforordningens artikel 101.²⁵² Retten henviste til, at Kommissionen efter finansforordningens art. 101²⁵³ frit kan undlade at indgå en kontrakt og har mulighed for at annullere proceduren, indtil kontrakten er underskrevet.²⁵⁴ Det vil sige, at selvom den erstatningssøgende virksomhed skulle have vundet, forpligtede det ikke Kommissionen til at underskrive aftalen med virksomheden.²⁵⁵ Kommissionens vurdering af, om tilbuddet var unormalt lavt, var heller ikke “*behæftet med en ulovlighed*”²⁵⁶, og derfor kunne virksomheden ikke påberåbe sig en tabt chance for at opnå kontrakten. Tabet fandtes alene at

²⁴⁶ C-45/15 Safa Nicu, 30. maj 2017, pr. 62

²⁴⁷ Forslag til afgørelse af generaladvokat Anthony Michael Collins fra 7. december 2023 i C-547/22, INGSTEEL, afsnit 24

²⁴⁸ T-409/09, Europaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen, 22. juni 2011, pr. 2

²⁴⁹ T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, 28. januar 2016, pr. 14

²⁵⁰ Ibid pr. 27

²⁵¹ Ibid pr. 91-92, 96 og 113

²⁵² Ibid, pr. 98

²⁵³ Art. 101 henviser til forordning 2018/1046 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EU, Euratom) af 18. juli 2018. I Finansforordningen fra 2024 er der derimod tale om art. 174

²⁵⁴ T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, 28. januar 2016, pr. 93

²⁵⁵ Ibid, pr. 94-95

²⁵⁶ Ibid, pr. 115

knytte sig til skuffelsen over en urimelig afvisning.²⁵⁷ Udgifterne til udarbejdelse af tilbuddet måtte også bæres af tilbudsgiveren selv, eftersom risikoen for ikke at opnå en kontrakt er en naturlig del af at være erhvervsdrivende.²⁵⁸ Dommen blev senere stadfæstet i appelinstansen, hvor spørgsmålet om tab af chance dog ikke blev prøvet.²⁵⁹

En anden sag, der understøtter Rettens restriktive tilgang er T-38/21, Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen.²⁶⁰ Sagen vedrører Kommissionens udbud af hospitaldesinfektionsrobotter til medlemsstaterne under COVID-19-pandemien. Udbuddet blev gennemført som et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.²⁶¹ Kommissionen indledte en markedsundersøgelse, hvor to virksomheder, der producerer desinfektionsrobotter, ikke var inviteret til at deltage. De indgav på grund af den manglende invitation en klage og krævede erstatning som følge af den mistede mulighed for at afgive tilbud.²⁶² Retten udtalte, i tråd med Agriconsulting Europe mod Kommissionen, at det kræver, at den mistede chance udgør et *“faktisk og sikkert tab”*, og at det kan godtgøres, at klager *“ville have fået tildelt den nævnte kontrakt, såfremt institutionen ikke havde udvist den ulovlige adfærd”*.²⁶³ Retten lagde til grund, at sagsøgerne ikke havde dokumenteret, at tabet var faktisk og sikkert, samt at der ikke ville have været tvivl om, at de ville have opnået kontrakten, såfremt de var blevet opfordret til at afgive bud.²⁶⁴ Betingelsen om et økonomisk tab var dermed ikke opfyldt, og sagen bekræfter derfor, at der kræves en vis sandsynlighed for at vinde kontrakten.

3.6.2 Sammenligning med INGSTEEL

Der kan argumenteres for, at den høje bevisstandard, som Retten blandt andet benytter i Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen, strider mod linjen i INGSTEEL, hvor EUD netop vægter hensynet til en effektiv håndhævelse tungt. Rettens restriktive tilgang betyder omvendt, at det er vanskeligt at opnå en erstatning for tab af chance. Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen adskiller sig dog fra INGSTEEL ved, at de erstatningssøgende ikke afgav et tilbud, fordi der ikke var offentliggjort en udbudsbekendtgørelse. Sagerne kan derfor ikke faktisk

²⁵⁷ Ibid, pr. 99 og 121

²⁵⁸ Ibid, pr. 112

²⁵⁹ C-198/16 P, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, 19. oktober 2017

²⁶⁰ T-38/21, Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen, 21. februar 2024

²⁶¹ Ibid, pr. 3-5 og 17

²⁶² Ibid, pr. 86

²⁶³ Ibid, pr. 93

²⁶⁴ Ibid, pr. 92

sammenlignes, da en sagsøgers chance for at vinde kontrakten naturligt er mindre, når en sagsøger slet ikke har afgivet et tilbud i modsætning til tilbudsgivere, der har afgivet tilbud, som i INGSTEEL. I Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen må det alligevel antages, at de trods alt havde en chance for at vinde kontrakten, hvis der havde været offentliggjort en udbudsbekendtgørelse.

3.6.3 Kan Rettens praksis overføres til medlemsstaternes udbud?

Det kan diskuteres, om den refererede praksis fra Retten om EU-institutionernes ansvar kan overføres til området for medlemsstaternes ansvar. På den ene side er det ikke klart, hvorfor erstatning for tab af chance skulle være underlagt en anden vurdering i relation til medlemsstaternes ansvar. I finansforordningens betragtning 154 fremgår det blandt andet, at reglerne og principperne for EU-institutionerne skal stemme overens med udbudsdirektiverne:

*“Udbudsreglerne og principperne for offentlige kontrakter tildelt af EU-institutioner for egen regning bør være baseret på bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU og direktiv 2014/24/EU”*²⁶⁵

Derudover fremgår det direkte af TEUF art. 340, stk. 2 at *“for så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold, skal Unionen i overensstemmelse med de almindelige retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer, erstatte skader forvoldt af dets institutioner”*. Med andre ord gælder de almindelige retsgrundsætninger på området for medlemsstaternes retssystemer også for EU-institutionerne. Dette peger i retning af, at der er en klar sammenhæng mellem Rettens og EUD’s praksis.

På den anden side skal Rettens praksis holdes adskilt fra EUD’s praksis.²⁶⁶ EU-institutionernes ansvar bygger på finansforordningen og TEUF art. 268 og 340, hvorimod medlemsstaternes ansvar er funderet i kontroldirektivet og EU-retlige principper.²⁶⁷ Generaladvokat Collins udtalte i sit forslag til afgørelse i INGSTEEL, at praksis fra Retten om tab af chance i forbindelse med EU-institutioner ikke er anvendelig ved medlemsstaternes erstatningsansvar, da fundamentet for reglerne ikke er ens.²⁶⁸ Rettens praksis kan derfor ikke uden videre overføres til medlemsstaternes ansvar og fastsætter derfor ikke regler for medlemsstaternes forpligtelser.

²⁶⁵ Finansforordningens betragtning nr. 154

²⁶⁶ Forslag til afgørelse af generaladvokat Anthony Michael Collins fra 7. december 2023 i C-547/22, INGSTEEL, afsnit 40

²⁶⁷ Ibid, fodnote 41

²⁶⁸ Ibid, pr. 40

Den citerede retspraksis om EU-institutionernes udbud giver dog et indblik i, hvordan tab af chance kan kvalificeres som et økonomisk tab i EU-retten, og hvordan sandsynligheden for at opnå en kontrakt kan kapitaliseres.

3.7 Tabsopgørelsen

Foreløbigt er det konkluderet, at dansk ret har pligt til at anerkende erstatning for tab af chance på en række konkrete områder under udbudsretten. Da erstatning for tab af chance ikke er et kendt koncept i dansk erstatningsret, er det uafklaret, hvordan Klagenævnet og domstolene skal opgøre tabene i de første sager, der måtte komme. Dette afsnit har til formål at belyse, hvordan tabet kan kapitaliseres, når en virksomhed har mistet chancen for at deltage i et udbud med prækvalifikation.

3.7.1 Udgangspunktet i dansk erstatningsret

Udgangspunkt i dansk erstatningsret er, at en skadelidt skal have fuld erstatning for sit individuelle, økonomiske tab. Hensigten med den fulde erstatning er at genoprette den skadelidtes økonomiske forhold, således at skadelidte stilles som før skadens indtræden. Erstatning skal kompensere den skadelidte, men må ikke medføre en ugrundet berigelse. Dertil kommer, at skadelidte har en pligt til at begrænse sit tab.²⁶⁹

Kapitaliseringen af et tab ved tab af chance i et udbud med prækvalifikation giver anledning til betydelige bevisspørgsmål. Den almindelige tabsopgørelse i dansk ret udfordres, da der ikke tages højde for, at det er den tabte *chance*, der ydes erstatning for og ikke den tabte *kontrakt*. Problematikken går på at tabet af chancen ikke kan omsættes direkte til et pengebeløb, når der blot er tale om en mistet mulighed for at deltage i et udbud. EUD henviste i INGSTEEL til, at tabsopgørelsen skal afgøres efter national ret under overholdelse af ækvivalens- og effektivitetsprincippet.²⁷⁰ Dette medfører en stor frihed hos medlemsstaterne, men betyder samtidig, at der hersker usikkerhed om, hvordan et tab af chance skal opgøres.

Det er som anført ikke muligt uden videre at anvende Rettens praksis om EU-institutionernes ansvar og engelsk og fransk praksis analogt i dansk ret. Men da der er et juridisk tomrum i dansk ret på området, udgør de fremmede retskilder et inspirationsgrundlag for, hvordan kapitaliseringen kan foretages. Retten har i sager om EU-institutioners udbud flere gange benyttet

²⁶⁹ von Eyben & Isager, 2024, s. 367

²⁷⁰ C-547/22, INGSTEEL, pr. 45

en proportionel opgørelsesmetode, hvor tabet kalkuleres på baggrund af den forventede fortjeneste ganget med den procentvise sandsynlighed for at opnå kontrakten. Der opereres med en lignende metode i fransk og engelsk ret. Såfremt en sådan proportionel opgørelsesmetode overføres og anvendes i dansk ret, vil tabsopgørelsen for det første indebære, i) at kontraktens værdi skal klarlægges, hvorefter ii) sandsynligheden for at opnå kontrakten skal fastslås. Herefter skal iii) potentielle indtægter og udgifter ved ikke at opnå kontrakten skal fradrages. Formålet med det tredje punkt er at hindre, at virksomheden ikke opnår en ugrundet berigelse, jf. T-292/15, *Vakakis kai Synergates mod Kommissionen*. Fordelen ved denne fremgangsmåde, er at den ikke pålægger domstolene og Klagenævnet en uforholdsmæssig kompleks, matematisk opgave. Denne metode, hvor den procentvise sandsynlighed skal klarlægges, vil være nødvendig, idet en almindelig tabsopgørelsesmetode ikke vurderes at føre til et juridisk korrekt resultat. Baseres erstatningen alene på kontraktens værdi - og ikke på den mistede chance for at opnå kontrakten - opnår virksomheden en overkompensation. Idet sandsynligheden indgår som et ekstra led i tabsopgørelsen, tilpasses erstatningen til det faktisk lidte tab.

3.7.2 Fastlæggelse af kontraktens værdi

Første trin i tabsopgørelsen er at fastlægge kontraktens værdi. Der kan identificeres tre måder at fastslå værdien af tabet på, og følgende diskussion har til formål at klarlægge den bedst egnede.

For det første kan kontraktens værdi fastlægges ved, at virksomheden egenhændigt laver en opgørelse over kontraktens værdi og en tilbudsudregning. Virksomheden udarbejder således selv en oversigt over fortjenesten, der kunne være opnået ved en veludført opfyldelse af kontrakten. Virksomheden skal fratrække omkostningerne forbundet med arbejdet i henhold til kontrakten. Virksomheden kan i den forbindelse henvise til sin typiske fortjeneste for lignende leverancer, til udtalelser fra en revisor og til branchetypiske profitmarginer.²⁷¹ For det andet kan domstolene eller Klagenævnet på et friere grundlag fastsætte kontraktværdien uden en nærmere retlig instruktion, hvorefter værdiansættelsen baseres på en almindelig bevisvurdering og et skøn over tabets størrelse. Denne metode er enkel, men også den mest retssikkerhedsmæssige betænkelige, idet opgørelserne nemt kan blive forskelligartede og baseret på et for vidt skøn. For det tredje kan kontraktens samlede værdi fastslås gennem virksomhedens tilbud, hvis virksomheden har udarbejdet og fremsat et sådant tilbud, men fordi erstatning for tab af

²⁷¹ Risvig Hamer, 2020, s. 425

chance kun er relevant i dansk ret i tilfælde af udbud med prækvalifikation, hvor der ikke er afgivet et tilbud, er det tredje forslag ikke anvendeligt. Derfor fremstår den første metode som den mest brugbare i fastlæggelsen af kontraktens værdi.

Ved udbud af rammeaftaler fastlægges de overordnede vilkår for ordregivers og virksomhedens fremtidige kontrakter. Rammeaftalen vil typisk regulere enhedspriser, standardydelser samt forudsætningerne for levering af konkrete ydelser under rammeaftalen. Rammeaftalen er således et styringsinstrument mellem parterne, uden at ordregiver nødvendigvis har en konkret af-tagepligt. Det er dog usikkert om og i hvilket omfang ordregiver trækker på rammeaftalen. Ordregiver skal imidlertid angive både en estimeret og en maksimal værdi af en rammeaftale.²⁷² Hvis ordregiver har begået en fejl ved udbud af en rammeaftale, kan det derfor diskuteres, hvordan erstatning kan opgøres, da man i tabsopgørelsen netop er afhængig af, at kontraktens værdi fastsættes. En mulighed er at udsætte tabsopgørelsen til udløbet af rammeaftalen, således at den faktiske trækning under aftalen kan konstateres. Rammeaftaler kan indgås med en peri-ode på op til 4 år, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, hvorfor det vil derfor være forbundet med en betydelig ulempe for virksomheden at skulle afvente opgørelsen af erstatningen, ligesom at det forekommer problematisk i forhold til indtræden af forældelse.²⁷³ Det kan anføres, at erstatningsopgørelsen i dette tilfælde endeligt beror på de almindelige be-visregler, idet problematikken netop udspringer af, at virksomheden får vanskeligt ved at do-kumentere kontraktens værdi. Som udgangspunkt bør kontraktens estimerede værdi lægges til grund, da den netop er udtryk for ordregivers eget skøn af kontraktens værdi. Lovbemærknin-gerne til § 19 i klagenævnsloven om beregning af økonomisk sanktion (bøde) ved ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne udgør desuden et brugbart fortolkningsbidrag.²⁷⁴ Her fremgår det, at når rammeaftalens værdi ikke kan fastslås objektivt, skal der foretages et skøn, baseret på blandt andet i) aftalens løbetid og ii) værdien af kontrakter, der forventes tildelt. Er aftalen tidsubegrænset, skal der ske en kapitalisering på baggrund af en 5-årig periode, også selvom virksomheden inden for en kortere tidshorisont har mulighed for at deltage i et nyt udbud, jf. kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune. Derudover kan den faktiske trækning under rammeaftalen fra aftalens ikrafttræden til afgørelse af erstatningssagen

²⁷² Risvig Hamer, 2025, s. 172

²⁷³ Ibid, s. 177

²⁷⁴ Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., Lovforslag 2010-01-27, nr. 110, bemærkninger til § 19

inddrages i skønnet af aftalens faktiske værdi, jf. kendelse af 12. juli 2012, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Det kan således konkluderes, at der er samme mulighed for at opnå erstatning i forbindelse med udbud af rammeaftaler som der gælder for klassiske kontrakter. Da kontraktens værdi imidlertid er ukendt, opgøres erstatningen på baggrund af en anslået værdi ud fra et samlet skøn over blandt andet kontraktens estimerede værdi i udbuddet, aftalens løbetid samt om der er trukket på rammeaftalen fra aftalens begyndelse og frem til afgørelse af erstatningssagen. Betragtningerne om rammeaftaler gælder også i relation til dynamiske indkøbssystemer, der udgør en åben rammeaftale med miniudbud, hvor omfanget af ordregivers køb heller ikke på forhånd kan fastlægges med sikkerhed.

3.7.3 Fastlæggelse af sandsynligheden

Som anført skal den forbigåede virksomheds chance for at opnå kontrakten - isoleret fra ordregivers fejl - fastlægges, således at chancen kan indgå i erstatningsopgørelsen. Virksomheden får dermed erstatning svarende til det bevis, den kan føre for sandsynligheden for at vinde kontrakten.

Det almindelige udgangspunkt - forudsat at der er afgivet et tilbud - er at fastlægge sandsynligheden ud fra tildelingskriterierne. Det fremgår af udbudslovens § 161, at en kontrakt skal tildeles på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres på baggrund af et af tre tildelingskriterier: pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet. Anvendes "pris" som tildelingskriterium tildeles kontrakten til den, der har afgivet et tilbud med den laveste pris. Vurderingen af, hvem der ville have vundet, når tildelingskriteriet er "pris" er uproblematisk, idet det let kan konstateres, hvilket tilbud der objektivt har den laveste pris.²⁷⁵ Hvis "omkostninger" anvendes som tildelingskriterium, indregnes alle udgifter forbundet med anskaffelsen, herunder priser, driftsomkostninger, vedligeholdelsesomkostninger og andre livscyklusomkostninger.²⁷⁶ Anvendes tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" indebærer det, at ordregiver skal fastsætte en række underkriterier.²⁷⁷ Har underkriterierne en skønsmæssig karakter, vil vurderingen dog være vanskeligere for domstolene og Klagenævnet. Denne fremgangsmåde kan dog ikke anvendes ved en tabt chance i et udbud med prækvalifikation, da den erstatningssøgende

²⁷⁵ Risvig Hamer, 2025, s. 607

²⁷⁶ Ibid, s. 608

²⁷⁷ Ibid, s. 613

virksomhed netop ikke har afgivet et tilbud. Også i dette led af erstatningsopgørelsen giver det hypotetiske element i tab af chance-problematikken anledning til teoretiske udfordringer. Spørgsmålet er således hvilke faktorer, Klagenævnet og domstolene bør inddrage i deres bedømmelse af sandsynlighedsberegningen.

Som udgangspunkt beror opgørelsen af sandsynligheden på de almindelige bevisregler, hvor det synes klart, at det vil være nødvendigt at acceptere betydelige skøn. Det pointeres, at en ordregiver kun må lægge vægt på forhold, der fremgår af udbudsmaterialet.²⁷⁸ I udbudsmaterialet skal det derfor fremgå hvilke tildelingskriterier, som ordregiver vil tildele kontrakten på baggrund af. Disse tildelingskriterier danner således udgangspunktet for sandsynlighedsvurderingen, da de er styrende for ordregivers endelige evaluering. Selvom den forbigåede virksomhed ikke har afgivet et tilbud, der kan danne grundlag for sandsynlighedsvurderingen, findes der afhængig af den konkrete sag en række andre momenter, som bør inddrages.

For det første bør det inddrages, hvor mange virksomheder, der har søgt om at blive prækvalificeret, sammenholdt med hvor mange ansøgere, der faktisk inviteres til at fremsætte et tilbud. Dette giver et umiddelbart billede af konkurrenceforholdet i udbuddet, om end der ikke tages højde for den konkrete virksomheds kvalifikation til at vinde udbuddet. For det andet kan virksomhedens generelle markedsposition i forhold til andre ansøgere tages i betragtning. Afhængigt af det konkrete udbud, vil en stærk aktør formodes at have en højere konkurrenceevne. I den forbindelse bør virksomhedens referencer, erfaring med levering af de pågældende ydelser, særlige viden, kompetencer og kapacitet til at løfte opgaven inddrages. Har ordregiver i udbudsmaterialet valgt specifikke underkriterier, vil disse tillige kunne sammenholdes med virksomhedens markedsposition. Har ordregiver eksempelvis valgt grønne og miljømæssige underkriterier, bør en virksomhed med særlige kompetencer eller andre markedsfordele i relation hertil således krediteres herfor i sandsynlighedsopgørelsen. En samlet vurdering af disse momenter vil gøre det muligt for domstolene og Klagenævnet at udøve et skøn over virksomhedens chance for at opnå kontrakten.

Idet det vil være en tung bevisbyrde for en forbigået ansøger at skulle dokumentere sine chancer for tildeling, kan de danske domstole vælge at præsumere bevisbyrden for kausalitet. Ved at præsumere bevisbyrden er der en formodning for at den forbigåede virksomhed ville vinde kontrakten. Det er herefter ordregiver, der skal bevise at det modsatte er tilfældet. Ordregiver

²⁷⁸ Ibid, s. 642

vil i de fleste tilfælde kunne svække denne formodning i et vist omfang, da der netop bliver tale om en flydende bevisvurdering, hvor resultatet ikke munder ud i en konkret afklaring af, om kontrakten ville være vundet eller ej. Derimod har bevisbedømmeren mulighed for at omsætte bevisernes styrke til en konkret procentsats for at vinde kontrakten.

En vendt bevisbyrde vil være hensigtsmæssig i lyset af, at ordregiver typisk er i besiddelse af mere viden end den erstatningssøgende virksomhed. Ordregiver ved i højere grad end virksomheden selv, hvordan udbuddet ville have forløbet og vil derfor have lettere ved at føre bevis for en enten ikke-eksisterende eller lav chance. En mindre indgribende fremgangsmåde vil dog være at lempe bevisbyrden frem for at vende den. EUD's afgørelse i INGSTEEL indikerer en lempet bevisbyrde, da EUD gør det til et krav for EU-medlemsstater at anerkende erstatning for tab af chance, hvorefter en forbigået virksomhed ikke i samme omfang som ved positiv opfyldelsesinteresse skal føre bevis for kausalitet og et økonomisk tab. Det står centralt i INGSTEEL, at en virksomhed ikke må afskæres fra at opnå erstatning, blot fordi tabet er usikkert. Når tab af chance-erstatning anerkendes betyder det, at det gøres lettere for en virksomhed at føre bevis for sin chance, eftersom virksomheden ikke skal bevise, at denne med et til afgørelse af en civil sag sikkert bevis ville have vundet kontrakten, men derimod blot, at virksomheden ville have haft en vis chance for at opnå kontrakten, hvis virksomheden var blevet prækvalificeret. Dermed bliver bevisbyrden for tab af chance naturligt lempeligere sammenlignet med den positive opfyldelsesinteresse.

Med denne fremgangsmåde sker en sammensmeltning mellem bevisernes styrke og erstatningens udmåling, som ellers ikke ses i dansk erstatningsret. Beviskravet i almindelige civile sager, herunder for at der er lidt et tab, fordrer som udgangspunkt en overvejende sandsynlighed. Det er diskuteret i den juridiske teori, hvilken procentsats der kan sidestilles med en overvejende sandsynlighed, idet en bevisstyrke på 51% - selv i civile sager - forekommer problematisk.²⁷⁹ Selvom sandsynlighedsteori ikke indgår direkte i bevisbedømmelsen,²⁸⁰ kan der - afhængigt af sagstype og øvrige omstændigheder - i princippet kræves en sandsynlighedsovervægt på anslået 70-80%, for, at den til hvem bevisbyrden er overladt skal have medhold i sin nedlagte påstand. Det interessante herved er, at der efter den almindelige tabsopgørelse vil tilkendes fuld erstatning (100%), såfremt der kan føres bevis for, at skadelidte med overvejende sandsynlighed - eksempelvis med 85% - ville have vundet kontrakten. Efter opgørelsesmetoden

²⁷⁹ Hørlyck, 2020, s. 170 f.

²⁸⁰ Ibid, s. 171

i tab af chance vil de førnævnte 85% blive kapitaliseret i erstatningsopgørelsen, således at bevisets styrke direkte påvirker erstatningsudmålingen.

Teoretisk antages der ikke at være noget til hinder for, at selv lave chancer kan medføre erstatning. Ved en gennemgang af Rettens praksis, jf. afsnit 3.6, findes eksempler, hvor Retten vurderede, at der var 90 % chance for, at klager ville have vundet kontrakten, såfremt ordregiver ikke havde begået fejlen, jf. Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen. Der kan også fremhæves sager, hvor den erstatningssøgende kun havde 50 % chance for at vinde udbuddet, jf. Vakakis kai Synergates mod Kommissionen. I fransk retspraksis har domstolene accepteret chancer helt ned til 1,25 %, jf. afsnit 2.3.2.2. Derfor kan det altså lade sig gøre i andre retssystemer at yde en proportionel erstatning, selvom chancen er lav. Samme standpunkt antages ud fra samme begrundelse at kunne gælde i dansk ret.

3.7.4 Sammenfatning

Med afsæt i udfordringerne ved tabsopgørelsen og de refererede fortolkningsbidrag, kan der udformes en fremgangsmåde, der gør det muligt at kapitalisere et tab af chance i et udbud med prækvalifikation. For det første skal kontraktens værdi fastslås, hvilket bør ske med afsæt i virksomhedens egen opgørelse af den forventede nettofortjeneste. Denne metode er hensigtsmæssig, da opgørelsen således baseres på dokumenterede oplysninger og ikke på en mere fri og skønsmæssig vurdering. Derudover bør den procentvis sandsynlighed baseres på en almindelig bevisførelse, hvor momenter som i) antal ansøgere og prækvalificerede virksomheder, ii) den generelle markedsposition, iii) referencer, iv) erfaring, v) viden, vi) kompetencer, vii) valgte tildelingskriterier og viii) kapacitet kan inddrages i vurderingen. Erstatningen bliver gennem denne metode en proportional del af den positive opfyldelsesinteresse svarende til chancen for at vinde kontrakten. Da der fortsat vil gælde et krav om et økonomisk tab, men bevisbyrden blot lempes, antages kapitaliseringsmetoden at kunne rummes i dansk ret. Ligeledes bevares det danske princip om fuld erstatning, fordi der ydes fuld erstatning for den chance, virksomheden havde for at vinde udbuddet. Kapitaliseringsmetoden vil dog kræve en lovændring eller en ændring af praksis, der legitimerer denne sandsynlighedsbaserede måde at kapitalisere et tab på. Det kan i øvrigt bemærkes, at en sådan tabsopgørelse ikke kun sikrer effektivitetsprincippet, men også ækvivalens- og proportionalitetsprincippet, da en anerkendelse af erstatning for tab af chance sikrer, at der er ækvivalens mellem EU-ret og national ret, at det ikke er vanskeligt eller umuligt at opnå erstatning, og at erstatningen står i rimeligt forhold til det lidte tab.

4. Hensynsafvejning

De foregående afsnit giver herefter anledning til at diskutere de grundlæggende hensyn, der taler henholdsvis for og imod at anerkende erstatning for tab af chance i dansk udbudsret. Dette afsnit indeholder derfor en hensynsafvejning med henblik på at vurdere hensigtsmæssigheden af erstatning for tab af chance i dansk udbudsret.

4.1 Principper og hensyn bag erstatning for tab af chance

Flere forskellige hensyn og principper danner grundlag for både dansk- og EU-retlig håndhævelse af udbudsretten. De væsentligste udbudsretlige principper fremgår af udbudslovens § 2, der implementerer udbudsdirektivets art. 18 og udgør ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

I forbindelse med en anerkendelse af erstatning for tab af chance i dansk ret tilgodeses ligebehandlingsprincippet. Princippet bygger grundlæggende på, at virksomheder ikke må forskelsbehandles, medmindre det er objektivt og sagligt begrundet.²⁸¹ Når en ansøger med urette afvises i et udbud med prækvalifikation, mister ansøgeren en chance for at konkurrere på lige vilkår med de andre virksomheder, mens de øvrige ansøgere opnår en uberettiget fordel i konkurrencen. Derved opstår en forskelsbehandling i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, fordi den forbigåede ansøger stilles ringere end de øvrige virksomheder. Ved at gøre det muligt for forbigåede ansøgere at opnå erstatning for tab af chance, kan det rette op på den ulige behandling af ansøgere. Det vil derudover også være fordelagtigt på et mere overordnet plan, da det er den klare opfattelse, at udbud, der ikke sikrer en fair konkurrence mellem virksomheder, skaber barrierer for handlen i EU.²⁸² En konkurrence på ulige vilkår kan medføre, at der vælges en ydelse af ringere kvalitet, og at ordregiver betaler en højere pris for kontraktens opfyldelse, end det kunne være tilfældet, hvis udbuddet havde været konkurrenceudsat på lige vilkår. Det skyldes den simple årsag, at der vil være flere om buddet og derfor flere tilbud for ordregiver at vælge imellem.

Som gennemgået står det EU-retlige effektivitetsprincip også som et stærkt hensyn bag en anerkendelse af erstatning for tab af chance. TEU art. 4 og 19 indebærer tilsammen, at medlemsstaterne - som følge af deres loyalitetspligt - ikke må hindre virkeliggørelsen af EU's formål, og at medlemsstaterne skal sikre den nødvendige adgang til domstolsprøvelse, så der eksisterer

²⁸¹ Risvig Hamer, 2025, s. 60

²⁸² Arrowsmith, 2014, s. 151

en effektiv retsbeskyttelse på EU-rettens områder. I både det klassiske kontroldirektiv og kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed fremgår det i øvrigt, at direktiverne skal sikre en effektiv efterlevelse af udbudsdirektiverne.²⁸³ Det store fokus på en effektiv håndhævelse i EU-retten betyder, at det afgørende i højere grad bliver, om der er effektive sanktionsmuligheder at benytte for en skadelidt, og at det er mindre vigtigt, at et krav kan opgøres præcist i ”kroner og ører” - også selvom et tab ikke er fuldstændigt dokumenteret. Tilsvarende udvikling gælder i forhold til kausalitetsbetingelsen, da det i lyset af effektivitetsprincippet synes mindre vigtigt, om der kan statueres en klar årsagssammenhæng, så længe der er mulighed for en erstatning, som understøtter det effektive håndhævelsessystem i EU. INGSTEEL afspejler netop denne effektivitetsbaserede tilgang, da EUD pointerer, at erstatning ikke må være vanskelig at opnå, og at erstatning også skal kunne ydes i det tilfælde, hvor der er tale om et tab af chance og dermed en formuefordel, der ikke med sikkerhed realiseres. Udviklingen på udbudsrettens område indikerer derfor, at EU-retten bløder op i forhold til den tidligere mere stringente tilgang til dokumentation, og at der er tale om en bevægelse mod en mere effektivitetsbaseret forståelse af erstatning.

Udviklingen understøttes konkret af, at EU generelt har et stigende fokus på den private retshåndhævelse. Både fysiske og juridiske personer skal kunne håndhæve deres rettigheder i henhold til EU-retten og kunne supplere den offentlige håndhævelse, som Kommissionen og EUD står for.²⁸⁴ Som et eksempel på EU’s fokus på den private håndhævelse kan Direktiv om privat håndhævelse på konkurrencerettens område fra 2014 fremhæves. Direktivet gør det muligt gennem en privat håndhævelse at opnå erstatning ved overtrædelse af TEUF art. 101 og 102 om henholdsvis konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling. Direktivets art. 3 giver skadelidte ret til fuld erstatning for både det lidte tab og for tabt fortjeneste samt renter. Direktivets art. 17 lempet bevisbyrden ved tabsopgørelsen, da der indbygges en formodning om, “*at kartelovertrædelser forvolder skade.*” Formålet med direktivet er at fjerne hindringer for erstatning og at sikre, at erstatning ikke bliver uforholdsmæssig vanskelig at opnå.²⁸⁵ Når virksomheder og fysiske personer håndhæver deres rettigheder i henhold til EU-retten, hjælper de Kommissionen og EUD med at sikre den effektive håndhævelse. Fordi EU-

²⁸³ De unummerede præambetræktninger til både kontroldirektivet og kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed

²⁸⁴ Blume, 2018, s. 113

²⁸⁵ European Commission: Antitrust Damages Actions in Europe

institutionerne har begrænsede ressourcer, komplementerer den private håndhævelse således EU-institutionerne i deres arbejde med at sikre en effektiv EU-ret.²⁸⁶

En anerkendelse af erstatning for tab af chance i udbud med prækvalifikation må også antages at få en præventiv effekt, herunder at øge tilliden til det offentlige system og medvirke til at udbudsreglerne overholdes.²⁸⁷ Der kan argumenteres for, at ordregivere formentlig i højere grad vil bestræbe sig på at efterleve udbudsreglerne for at undgå at betale erstatning til en forbigået virksomhed i tillæg til sine i forvejen store udgifter i relation til kontrakten. Dog kan der stilles spørgsmålstegn ved om, en anerkendelse reelt vil få en præventiv effekt, fordi der i forvejen eksisterer erstatningsregler på udbudsrettens område, der kan pålægge ordregivere at yde erstatning for positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktsinteresse. Dermed vil en anerkendelse af erstatning for tab af chance alene udgøre en udvidelse af den risiko, som ordregiver i forvejen har for at ifalde et erstatningsansvar. Således står hensynet til prævention ikke stærkt som et argument for en anerkendelse af erstatning for tab af chance.

Erstatningsregler har typisk en genoprettende og tryghedsskabende funktion, idet erstatning giver en beskyttelse mod en skadevolders ansvarspådragende handlinger samt retter op på en formueforringelse.²⁸⁸ For så vidt angår erstatning for tab af chance må det formodes, at en anerkendelse skaber en økonomisk sikkerhed for de ansøgere, der uberettiget afvises i en udbudsproces, eftersom de kompenseres ud fra en moralsk begrundelse. Derudover vil det give de forbigåede virksomheder et incitament til at anlægge en sag, fordi de herved kan få en anerkendelse af, at ordregiveren i den pågældende sag har overtrådt udbudsreglerne. Det kan dog diskuteres, om erstatning for tab af chance har en egentlig genoprettende funktion, fordi tabet er spekulativt. Erstatningen knytter sig ikke til et realiseret tab, og derfor rettes der ikke op på virksomhedens formueforhold. Selvom anerkendelsen af erstatning for tab af chance i dansk udbudsret vil styrke den effektive beskyttelse, kan der således samtidig fremføres argumenter, der taler imod en sådan udvikling.

²⁸⁶ Dougan, 2004, s. 76

²⁸⁷ Risvig Hamer, 2025, s. 825

²⁸⁸ von Eyben & Isager, 2024, s. 50-51 og 55

4.2 Argumenter imod en anerkendelse af erstatning for tab af chance

Indledningsvist kan risikoen for udnyttelse fremhæves som et argument, der taler imod en anerkendelse af erstatning for tab af chance i udbud med prækvalifikation. Et sådant erstatningskrav kan potentielt blive spekulativt, idet der ikke er indgået en kontrakt mellem den erstatningssøgende og ordregiver. Det vil ikke med sikkerhed præcist kunne fastslås, hvordan kontrakten ville være udført, og hvilke omkostninger, der ville være forbundet med udførelsen. Erfaringer fra Letland, hvor der er tradition for at yde erstatning for tab af chance, viser, at lettiske domstole i sager om tab af chance har måtte støtte sig på udokumenterede beregninger fra den erstatningssøgende eller har måtte udarbejde meget skønsmæssige vurderinger af kontraktens værdi og omkostninger:

*“As can be seen from the first judgments in Latvia actually awarding the lost profit, the courts are either base their merits on the unproven estimates of claimants or are faced with an enormously difficult task to determine the exact costs of performing a contract that has never been nor will be concluded.”*²⁸⁹

Både brugen af udokumenterede beregninger og skønsmæssige vurderinger kan resultere i vilkårlighed, og i at en forbigået ansøger overkompenseres. Det må forventes, at de erstatningssøgende virksomheder vil være tilbøjelige til at undervurdere værdien af omkostninger ved kontraktens udførelse med henblik på at dokumentere, at kontraktens fortjeneste ville være større. Den forbigåedes virksomheds beregninger vil formegentligt være baseret på den opfattelse, at kontrakten vil kunne udføres fejlfrit. I praksis opstår der imidlertid ofte afvigelser i form af forsinkelser eller ekstraomkostninger, der ikke på forhånd kan estimeres.²⁹⁰

Et andet argument imod en anerkendelse af erstatning af tab af chance er, at den forbigåede ansøger opnår en berigelse på bekostning af offentlige midler, i det tilfælde, hvor en kontrakt allerede er udført af den vindende tilbudsgiver. Den forbigåede virksomhed opnår en økonomisk formuefordel uden at præstere en egentlig indsats, hvorimod den vindende virksomhed - som de facto har udført kontrakten og skaber værdi for ordregiver - påtager sig alle risici. Hvor den forbigåede ansøger får erstatning på baggrund af ordregivers juridiske procedurefejl, skyldes den vindende tilbudsgivers formuefordel deres udførte arbejde. Dette er problematisk af to årsager: For det første fordi erstatning for tab af chance ikke har en genoprettende funktion og

²⁸⁹ Danovskis, 2024, s. 7 (s. 162)

²⁹⁰ Ibid, s. 8 (s. 163)

ikke kompenserer for et lidt tab, jf. afsnit 4.1. Den erstatningssøgendes økonomiske position er den samme før som efter udbudsproceduren. I udbudslovens § 1 har lovgiver desuden indskrevet en formålsbestemmelse, hvoraf det blandt andet fremgår af, at formålet med udbudsreglerne er at sikre “*den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler*”. Ved at anerkende erstatning for tab af chance i prækvalifikationstilfælde, hvor den vindende virksomhed allerede har gennemført kontrakten, kan der argumenteres for, at der sker en utilsigtet brug af skatteborgernes penge, da erstatningen er finansieret af samfundets skattebetalinger som følge af ordregivers offentlige karakter. Virksomheden får, som Danovskis anfører, en “*unjustified enrichment*”.²⁹¹ Selvom det er u hensigtsmæssigt, når en virksomhed uretfærdigt behandles i en udbudsproces, fremstår det vidtgående at behandle den forbigåede ansøger, som om denne faktisk opfyldte kontrakten.²⁹²

Et tredje argument imod en anerkendelse er, at ordregiver typisk træffer komplekse, tekniske beslutninger. Selvom det naturligvis kræves af ordregiver, at der udvises professionalitet og en retmæssig adfærd, står ordregiver ofte over for vanskelige juridiske og tekniske vurderinger af både retsregler og praktiske spørgsmål. Dertil kommer, at ordregiveren ikke på noget tidspunkt i udbudsprocessen har en pligt til at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver. Usikkerheden om, hvorvidt ordregiver overhovedet vælger at indgå en kontrakt, betyder, at virksomhederne slet ikke kan være sikre på at opnå en kontrakt.

De gennemgåede argumenter taler således for, at dansk ret bør være forsigtige med at anerkende erstatning for tab af chance i prækvalifikationstilfælde uden en lovgivning, der belyser og håndterer de afledte udfordringer.

5. Perspektivering

De tidligere afsnit giver anledning til spørgsmålet om, hvorvidt anerkendelsen af erstatning for tab af chance i udbudsretten kan have en afsmittende effekt på andre retsområder i dansk ret. Hensigten med de to følgende afsnit er derfor at sætte problemstillingen i et større juridisk perspektiv for at undersøge, hvor langt anerkendelsen kan strækkes. En afsmittende effekt fra et retsområde til et andet, kan blandt andet begrundes hvor der er tale om ensartede hensyn.

²⁹¹ Ibid, s. 5 (s. 160)

²⁹² Ibid, s. 5-6 (s.160-161)

5.1 Advokatansvar

Sager om advokatansvar er et af de områder i dansk ret, perspektiveringen meningsfuldt kan tage afsæt i. Det skyldes, at der i sådanne sager - i tråd med udbudssager - kan opstå usikre tab, hvor der spekuleres i fremtidige udfald. En tænkt variation af tab af chance kan opstå i det tilfælde, hvor en advokat begår en fejl, og en klient mister muligheden for at forfølge et krav. En fejl kan for eksempel bestå i, at en advokat overser en forældelsesfrist, der betyder, at sagen ikke anlægges rettidigt. Tilsvarende kan der være tale om, at en advokat yder forkert rådgivning, ikke fremsætter de korrekte anbringender i en sag, eller at advokaten foretager en utilstrækkelig vidneførsel. Klienten kan i disse situationer gøre gældende, at fejlen har resulteret i en mistet chance for at opnå en økonomisk formuefordel. Det er dog usikkert, om klienten faktisk ville have vundet sagen, og om den økonomiske fordel ville være realiseret. Ligeledes vil det specifikke tab være svært at bevise, da tabet afhænger af forhold, som der ikke er vished om.²⁹³ Der er i dansk ret ikke eksempler på, at en tabt chance som følge af en advokatfejl har udløst erstatningsansvar.²⁹⁴

Der eksisterer dog dansk praksis, der grænser op til tab af chance. I U 1990.43/2 H havde en advokat handlet ansvarspådragende ved ikke rettidigt at sørge for, at en klients byretsdom blev anket. Advokatens klare professionelle fejl afskar klienten fra, inden for rimelig tid efter dennes ulykke, at få skyldfordelingen prøvet ved landsretten.²⁹⁵ Højesteret fandt, at klienten "*på tilstrækkelig måde har sandsynliggjort, at han kunne have opnået et gunstigere resultat*"²⁹⁶ i en appelsag, hvorfor klienten fik medhold i sit erstatningskrav mod advokaten. Sagen rummer elementer af tab af chance ved, at tabet er usikkert, idet det ikke var sikkert, at klienten ville have vundet ankesagen. Imidlertid afgjorde Højesteret ikke sagen ud fra en tab af chance-tankegang, hvorfor det ikke blev prøvet under de retlige forudsætninger som er beskrevet i denne afhandling. Højesteret fandt derimod, at det var tilstrækkeligt sandsynliggjort, at en ankesag kunne have medført et "*gunstigere resultat*", hvorfor klienten modtog erstatning for et realiseret økonomisk tab, baseret på en lempet bevisbyrde for sikkerheden for tabet.

På sagsområdet for advokatansvar ses domstolene at fastholde de almindelige erstatningsbetingelser. Der er derfor ikke en tendens i praksis mod, at tab af chance anerkendes som koncept.

²⁹³ Bryde Andersen & Lindencrone Petersen, 2022, s. 862

²⁹⁴ Ulfbeck, 2021, s. 79, fodnote 36

²⁹⁵ U 1990.43/2 H, s. 56

²⁹⁶ Ibid, s. 56

Endvidere er det svært at forestille sig en afsmittende effekt fra udbudsretten til advokatansvaret, da en anerkendelse af tab af chance i sager om advokatfejl vil være langt mere indgribende for en advokat end for en offentlig ordregiver. Dette skal ses i lyset af, at en advokat - selvom denne har tegnet en ansvarsforsikring - ikke i et klientforhold indtager samme økonomiske position som en offentlig myndighed. Derfor er en advokat ikke tilsvarende egnet til at bære risikoen for at blive mødt med et erstatningskrav for tab af chance. Derudover gøres det gældende, at de hensyn, der begrundet erstatning for tab af chance på udbudsområdet, ikke er dækkende på området for advokatansvar. EU's effektivitetsbetragtninger relaterer sig direkte til overtrædelse af EU-retten, hvorimod advokatansvaret er baseret på nationale regler og praksis. Hensynene bag advokatansvaret er blandt andet at bevare tilliden mellem en klient og advokaten samt at skabe incitament til at undgå fejl, hvilket i et vist omfang minder om hensynene bag erstatning for tab af chance i udbudssager. Det synes dog nærliggende, at det primære hensyn bag advokatansvaret er at genoprette et realiseret økonomisk tab i modsætning til ordregivers ansvar. De udbudsretlige hensyn kan således ikke overføres til sager om advokatansvar, hvilket taler imod en afsmittende effekt.

5.2 Patienterstatning

I sager om patienterstatning kan der også opstå en form for tab af chance i tilfælde af manglende eller forsinkede diagnoser. Når en patient diagnosticeres for sent eller slet ikke, vil det ofte være usikkert, om patienten ved en rettidig diagnose ville have haft bedre overlevelseschancer eller behandlingsudsigter.

I Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenets § 21²⁹⁷ anføres betingelserne for at opnå erstatning for skader som følge af en forsinket diagnosticering, forsinket behandling og ulykkestilfælde på hospitaler. Det fremgår, at sådanne skader kun erstattes i de i 20, stk. 1, nr. 1 og 2, nævnte tilfælde. Det vil sige, hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de givne forhold ville have handlet anderledes, hvorved skaden ville være undgået, eller hvis skaden skyldes fejl eller svigt i teknisk apparatur, redskaber, mv. Lovens § 20 samt retspraksis på området viser, at der kræves en overvejende sandsynlighed for at tilkende erstatning for det "usikre" hændelsesforløb, men at der i nogle tilfælde kan nøjes med en større sandsynlighed for årsagssammenhæng.

²⁹⁷ Bekendtgørelse af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenets, LBK nr. 1250 af 28. oktober 2025 ("Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet")

Erstatning for en forsinket diagnosticering var omdrejningspunktet i U 2024.3803. En patient fik i april 2013 en røntgenundersøgelse af sin brystkasse, hvor en læge overså en kræfttumor. Først i marts 2014 blev patienten udredt for kræft, men på nærværende tidspunkt havde kræften spredt sig, hvorfor patienten i august 2015 døde af lungekræft.²⁹⁸ Ankenævnet for Patienterstatningen erkendte, at der var begået en fejl i forbindelse med diagnosticeringen af patienten. Ankenævnet for Patienterstatningen afslog imidlertid at tilkende yderligere godtgørelse for den uhelbredelige kræft end godtgørelse for mén på 10 %. Ankenævnet for Patienterstatningen indhentede en udtalelse fra retslægerådet, hvoraf det fremgik, at patienten allerede i april 2013 med overvejende sandsynlighed var uhelbredelig syg, og at overlevelseschancen udgjorde mindre end 50 %.²⁹⁹ Byretten tiltrådte denne afgørelse og fandt det ikke bevist, at patientens kræft blev uhelbredelig som følge af den for sene diagnosticering, hvorfor der ikke var grundlag for at tilkende godtgørelse for svie og smerte.³⁰⁰ Landsretten fandt derimod, at betingelserne for at tilkende godtgørelse for patientens uhelbredelige kræft var opfyldt, eftersom patientens kræft med ”overvejende sandsynlighed”³⁰¹ ville have udviklet sig til at blive uhelbredelig som følge af den for sene diagnose. Landsretten vurderede, at sundhedsvæsenet havde begået en ansvarspådragende fejl, og at Ankenævnet for Patienterstatningens vurdering af patientens overlevelseschance var baseret på et stort skøn og en væsentlig usikkerhed. Tvivlen angående kausalitet mellem den for sene diagnose og kræftens spredning, skulle komme skadelidte til gode. Der var derfor grund til at tilkende yderligere godtgørelse.³⁰² Højesteret ændrede imidlertid landsrettens dom og frifandt Ankenævnet for Patienterstatningen for kravet om yderligere godtgørelse. Højesteret konkretiserede, at betingelsen om, at skaden med overvejende sandsynlighed kunne være undgået, kan være opfyldt, selvom der ikke er en overvejende sandsynlighed, men blot en større sandsynlighed for årsagssammenhæng. Dog fremhævede Højesteret, at det ikke er muligt at fastslå, *”hvilken grad af sandsynlighed (...) der skal foreligge, da det vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, bl.a. af fejls karakter.”*³⁰³ Højesteret konstaterede, at der hverken var tale om en overvejende eller større sandsynlighed for, at patientens død skyldtes en for sen behandling af dennes kræft. Det mest sandsynlige var, at patientens kræft

²⁹⁸ U 2024.3803, s. 3823

²⁹⁹ Ibid, s. 3806-3807

³⁰⁰ Ibid, s. 3814

³⁰¹ Ibid, s. 3822

³⁰² Ibid, s. 3822

³⁰³ Ibid, s. 3824

allerede i april 2013 var uhelbredelig. Der var derfor ikke den fornødne årsagssammenhæng, hvorefter byrettens afgørelse blev stadfæstet.³⁰⁴

Sagen illustrerer, at domstolene i tilfælde af forsinkede diagnoser undersøger et fiktivt hændelsesforløb. Dermed kan der trækkes tråde mod erstatning tab af chance, fordi domstolene indirekte ser på, om den pågældende patient mistede en "chance" for at opnå et bedre "resultat". Det er dog væsentligt at understrege, at der ikke ydes erstatning for et økonomisk tab, men derimod tilkendes en ikke-økonomisk godtgørelse for varigt mén på 10 %. Praksis på området er derfor ikke udtryk for, at de danske domstole anerkender erstatning for tab af chance, da betingelserne om tab og kausalitet skal være opfyldt. På området for patienterstatning ydes således ikke erstatning baseret på den effektivitetstankegang, der lægges til grund i INGSTEEL. Hensynene i INGSTEEL kan ikke overføres til området for patienterstatninger, da hensynene modsat relaterer sig til at sikre tilliden til sundhedssektoren. Der er derimod ikke tale om udbudsretlige hensyn til ligebehandling, effektivitet og privat håndhævelse, hvorfor der ikke er grundlag for en afsmittende effekt fra udbudsretten.

5.3 Sammenfatning

Sammenfattende kan det konkluderes, at den udvikling INGSTEEL indebærer, ikke antages at få en afsmittende effekt på andre områder i dansk erstatningsret, da de hensyn INGSTEEL er afsagt på baggrund af, ikke kan udstrækkes til de områder i dansk ret, hvor variationer af tab af chance kan opstå. Dertil kommer, at en afsmittende effekt på andre områder må antages at skabe uforholdsmæssigt store økonomiske byrder for private aktører. Sager vedrørende advokatansvar, patientskader illustrerer, at dansk ret ikke er på vej mod en generel anerkendelse af erstatning for tab af chance.

6. Konklusion

Dette speciale har haft til formål at undersøge, i hvilket omfang en forbigået virksomhed kan kræve erstatning for tab af chance efter dansk udbudsret som følge af en ordregivers uberettigede afvisning. Det primære fokus i afhandlingen har været at undersøge, om den hidtidige retstilstand er ændret efter EUD's afgørelse i INGSTEEL fra 2024.

³⁰⁴ Ibid, s. 3824

Det kan konkluderes, at retsstillingen indtil afgørelsen i INGSTEEL kun har gjort det muligt for en forbigået virksomhed at opnå erstatning for den mistede kontrakt og for forgæves afholdte omkostninger i dansk udbuds- og erstatningsret. En forbigået virksomhed har derimod ikke kunne opnå erstatning for den mistede *chance* for at opnå en kontrakt. Det skyldes, at kausaliteten mellem ordregivers overtrædelse og det indtrådte tab vanskeligt kan dokumenteres, og at det økonomiske tab hviler på et hypotetisk grundlag. Med afgørelsen i INGSTEEL fastslog EUD imidlertid, at kontroldirektivets art. 2, stk. 1, litra c er til hinder for en national praksis, der udelukker erstatning for tab af chance i udbudssager. Det begrundes med, at en kategorisk afvisning af erstatning for tab af chance vil gøre det umuligt for en skadelidt at opnå erstatning for sit tab - i strid med både effektivitetsprincippet, det EU-retlige formål om at sikre tilstrækkelige retsmidler og art. 47 i EU's charter om grundlæggende rettigheder om adgang til effektive retsmidler.

Tab af chance udgør således et selvstændigt tab i EU-udbudsretten og en del af den minimumsbeskyttelse, forbigåede virksomheder nyder. Danmarks forpligtigelse til at efterleve EU-afgørelser og fortolke national lovgivning EU-konformt indebærer, at Klagenævnet og domstolene i forbindelse med visse udbud fremover er forpligtet til at tilkende erstatning for tab af chance. Det kan på baggrund af analysen konkluderes, at en forbigået virksomhed efter INGSTEEL kan kræve erstatning for tab af chance i udbud med prækvalifikation, hvor en virksomhed uberettiget afskæres fra at deltage i udbuddet og derfor mister *chancen* for at vinde kontrakten. Da erstatning er tiltænkt som værende det sidste retsmiddel, er erstatning for tab af chance dog begrænset til tilfælde, hvor en kontrakt allerede er gennemført og en annulation ikke vil kunne afhjælpe ordregivers fejl. Således ændrer INGSTEEL den eksisterende retstilstand for uberettigede afvisninger i prækvalifikationstilfælde, men alene i det omfang, virksomheden ikke kan drage fordel af andre retsmidler. Afgørelsen er samtidig ikke til hinder for, at flere end én virksomhed kan kræve erstatning for tab af chance i udbud med prækvalifikation, da flere virksomheder potentielt på samme tid kan bevise en mistet chance for at opnå kontrakten.

INGSTEEL ændrer dog ikke erstatningsmulighederne i dansk ret for en forbigået virksomhed, der uberettiget afvises i et *offentligt udbud*, da erstatning for positiv opfyldelsesinteresse udgør en fuldt dækkende erstatning. Da virksomheden i dette tilfælde har afgivet et tilbud, er det hypotetiske element - som er en forudsætning for tab af chance - ikke til stede. Erstatning tilkendes derfor for det mistede formuegode - kontrakten - og ikke for den tabte chance for at

opnå formuegodet. Positiv opfyldelsesinteresse i et offentligt udbud forudsætter desuden, at virksomheden kan bevise, at denne ville have vundet *kontrakten* uden ordregivers fejl.

Med inspiration fra Rettens praksis samt fra engelsk og fransk ret, er det konkluderet, at tabet ved en mistet chance i et udbud med prækvalifikation kan opgøres ved først at fastslå kontraktens værdi med udgangspunkt i den forbigåede virksomheds kalkulationer og dokumenterede forventede dækningsbidrag. Herefter beregnes den procentvise sandsynlighed for at opnå kontrakten ud fra almindelige bevisregler, hvor momenter som i) antal ansøgere og prækvalificerede virksomheder, ii) den generelle markedspostition, iii) referencer, iv) erfaring, v) viden, vi) kompetencer, vii) valgte tildelingskriterier og viii) kapacitet bør inddrages i vurderingen.

Det er anført, at en anerkendelse af erstatning for tab af chance i dansk ret vil tilgodese EU-principper om effektivitet, ækvivalens og proportionalitet og styrke den effektive beskyttelse af forbigåede virksomheder, men giver dog samtidig anledning til flere udfordringer i form af en risiko for spekulation, overkompensation og berigelse på bekostning af offentlige midler.

Endelig er det konkluderet, at INGSTEELS præmisser ikke forventes at få afsmittende effekt på andre relevante erstatningsområder i dansk ret, da de hensyn INGSTEEL er afsagt på baggrund af ikke kan overføres til andre områder i dansk ret, hvor variationer af tab af chance kan opstå. Udviklingen på udbudsrettens område er således alene udtryk for en effektivitetsbaseret håndhævelsestilgang.

7. Litteraturliste

Bøger og artikler

Bøger:

- Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK* (Vol.1, 3. udgave). Sweet & Maxwell.
- Berg, C. (2012). *Udbudsret i byggeriet* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Blume, P. (2018). *Den nye persondatarets aktører* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Blume, P. (2020). *Retssystemet og juridisk metode* (4. udgave). Djøf Forlag.
- Bryde Andersen, M., & Lindenchrone Petersen, L. (2022). *Advokatretten* (2. udgave). Ex Tuto Publishing.
- Bønsing, S. (2023). *Almindelig forvaltningsret* (5. udgave). Djøf Forlag.
- Dougan, M. (2004). *National Remedies Before the Court of Justice* (1. udgave). Hart Publishing.
- Ehlers, A. B. (2025). *Grundlæggende erstatningsret* (2. udgave). Karnov Group.
- Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis* (5. udgave). Karnov Group.
- Fairgrieve, D., & Lichère, F. (Red.). (2011). *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy* (1. udgave). Hart Publishing.
- Frank, M., & Høg, T. (2011). *Håndhævelsesloven: med kommentarer* (1. udgave). Karnov Group.
- Gomard, B. (2002). *Moderne Erstatningsret* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Horskjær Nielsen, R. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Hørlyck, E. (2020). *Bevisbyrden i civile sager* (1. udgave). Djøf Forlag.
- Pagh, P., Højgaard Mørup, S., & Fenger, N. (2017). *Offentlige Myndigheders Erstatningsansvar* (1. udgave). Djøf Forlag.

- Rammeskov Bang-Pedersen, U., Højlund Christensen, L., & Salung Petersen, C. (2024). *Den civile retspleje* (6. udgave). Hans Reitzels Forlag.
- Risvig Hamer, C. (2020). *Lov om Klagenevnet for Udbud: med kommentarer* (2. udgave). Djøf Forlag.
- Risvig Hamer, C. (2025). *Udbudsret - Bind I-2* (3. udgave). Djøf Forlag.
- Skovgaard Ølykke, G., Ohm, M., & Fanøe Petersen, C. (2022). *EU's udbudsregler: i dansk kontekst* (3. udgave). Djøf Forlag.
- Troels Poulsen, S., Steinicke, M., Birkelund Nielsen, A., & Bergholdt Sommer, A. (2022). *EU udbudsretten* (4. udgave). Djøf Forlag.
- Ulfbeck, V. (2021). *Erstatningsretlige grænseområder I: professionsansvar, ledelsesansvar og produktansvar* (3. udgave). Djøf Forlag.
- von Eyben, B., & Isager, H. (2024). *Lærebog i erstatningsret* (10. udgave). Djøf Forlag.
- Wegener Jessen, P., Gram Mortensen, B. O., Steinicke, M., & Engsig Sørensen, K. (2024). *EU-konkurrenceretten* (5. udgave). Djøf Forlag.

Artikler:

- Danovskis, E. (2024). *Arguments against damages as a legal remedy in public procurement proceedings*. University of Latvia Press. Tilgået den 16. december 2025 på https://www.apgads.lu.lv/fileadmin/user_upload/lu_portal/apgads/PDF/Konferences/2024/iscflul-9-2/iscflul.9.2.13.-danovskis.pdf
- European Commission. *Antitrust damages actions in Europe*. Tilgået den 16. december 2025 på https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/actions-damages_en
- Fenger, N. (2014). U.2014B.293: *Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*. Tilgået den 16. december 2025 på <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000648927>

- Jansen, N. (1999). *The Idea of a Lost Chance*. Oxford University Press, (Vol.19 (2)). Tilgået den 16. december 2025 på <https://academic-oup-com.kb-ku.idm.oclc.org/ojls/article/19/2/271/1471052?login=true&token=eyJhbGciOi-Jub25lIn0.eyJleHAiOiJlE3NjgxNDU1NDEsImp0aSI6IjdiOWY0MmZkLWIwMGEt-NDNkYS1hMDI3LTg0NDgxNDcyMGJlOCJ9>
- Korogiannakis, N. (2017, 11. juli). *Recent Case Law of the GJEU on Interim Measures and Award of Damages in EU Public Procurement Law*. ERA. Tilgået den 16. december 2025 på <https://link-springer-com.ep.fjernadgang.kb.dk/article/10.1007/s12027-017-0467-2#Fn19>
- Nuninga, W.T., Verheij, D.J., Kahn, C., Auvray, F., & Borucki, C. (2020). *Chances as Legally Protected Assets*. European Review of Private Law, (Vol.28,(2)) Tilgået den 16. december 2025 på <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/28.4/ERPL2020018>
- Pooles QC, M., & McMahon, H. (2021, Juni). *Loss of a chance in commercial transactions: where are we now?* Butterworths Journal of International Banking and Financial Law. Tilgået den 16. december 2025 på <https://www.hailshamchambers.com/images/uploads/resources/Article-7-McMahon.1.pdf>

Lovgivning

Dansk lovgivning:

- Bekendtgørelse af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter, LBK nr. 1410 af 7. december 2007 ("Tilbudsloven")
- Bekendtgørelse af lov om formidling af fast ejendom m.v., LBK nr. 510 af 24. februar 2021 ("Lov om formidling af fast ejendom m.v.")
- Bekendtgørelse af udbudsloven, LBK nr. 116 af 3. februar 2025 ("Udbudsloven")
- Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud, LBK nr. 448 af 8. maj 2025 ("Klagenævnsløven")

- Bekendtgørelse af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenets, LBK nr. 1250 af 28. oktober 2025 (“Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet”)
- Bekendtgørelse af lov om rettens pleje, LBK nr.1298 af 7. november 2025 (“Retsplejeloven”)

EU-regulering:

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, konsolideret udgave, EUT C, 202/01, 7. juni 2016 (“TEUF”)
- Traktaten om Den Europæiske Union, konsolideret udgave, EUT C 202, 7. juni 2016 (“TEU”)
- Direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 (“Kontroldirektivet”)
- Direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 (“Kontroldirektivet for forsyningsvirksomhed”)
- Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (“Ændringsdirektivet”)
- Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres 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 (“Forsvars- og sikkerhedsdirektivet”)
- 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”)
- Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (“Udbudsdirektivet”)
- Direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (“Koncessionsdirektivet”)

- Direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret EØS-relevant tekst (“Direktiv om privat håndhævelse”)
- Forordning 2024/2509 om finansielle regler vedrørende Den Europæiske Unions almindelige budget (EU, Eurotom) af 23. september 2024 (“EU’s finansforordning”)
- Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 202, 7. juni 2016 (“EU’s charter om grundlæggende rettigheder”)

Domme og kendelser

Afgørelser fra EU-Domstolen:

- C-46/93 og C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA mod Bundesrepublik Deutschland og The Queen mod Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl., 5. marts 1996
- C-314/09, Stadt Graz mod Strabag AG m.fl, 30. september 2010 (“Strabag”)
- C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe, 9. december 2010 (“Spijker”)
- C-76/16, INGSTEEL og Metrostav mod Úrad pre verejné obstarávanie, 13. juli 2017
- C-547/22, INGSTEEL spol.S r.o. mod Úrad pre verejné obstarávanie, 6. juni 2024 (“INGSTEEL”)

Afgørelser fra Retten:

- T-409/09, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen, 22. juni 2011
- T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen, 29. oktober 2015
- T-570/13, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, 28. januar 2016
- C-45/15 Safa Nicu, 30. maj 2017
- C-198/16 P, Agriconsulting Europe SA mod Kommissionen, 19. oktober 2017

- T-292/15, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen, 28. februar 2018
- T-292/15, Vakakis kai Synergates mod Kommissionen, 12. februar 2019
- T-38/21, Inivos Ltd og Inivos BV mod Kommissionen, 21. februar 2024

Forslag til afgørelser fra generaladvokater:

- C-547/22, INGSTEEL, forslag til afgørelse fra generaladvokat Anthony Michael Collins af 7. december 2023

Praksis fra danske domstole:

- U 1990.43/2 H
- Østre Landsrets dom af 5. marts 2009 i 21. afd. B-1649-08 og B-1650-08, J.H. Schultz Information A/S mod SKAT og SKAT mod Magnus Informatik A/S (utrykt)
- U 2012.3232 V
- U 2013.2361 H
- U 2016.86 V
- U 2024.3803

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud:

- Klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told og Skat
- Klagenævnets kendelse af 14. december 2009, Ortos A/S mod Odense Kommune
- Klagenævnets kendelse af 7. september 2011, Jotar A/S under konkurs mod Uddannelsescenter Ringkøbing-Skjern
- Klagenævnets kendelse af 14. december 2011, Holm og Halby A/S mod Aarhus Universitet
- Klagenævnets kendelse af 23. februar 2012, FICS Danmark A/S mod Patientombuddet
- Klagenævnets kendelse af 12. juli 2012, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

- Klagenævnets kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune
- Klagenævnets kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune
- Klagenævnets kendelse af 19. december 2013, Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune
- Klagenævnets kendelse af 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune
- Klagenævnets kendelse af 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark
- Klagenævnets kendelse af 28. februar 2019, Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune
- Klagenævnets kendelse af 2. marts 2021, City Mobil A/S mod Region Midtjylland
- Klagenævnets kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian Air Ambulance mod Region Midtjylland m.fl.
- Klagenævnets kendelse af 28. januar 2022, Steelco Nordic A/S mod Region Sjælland
- Klagenævnets kendelse af 10. maj 2022, City Mobil A/S mod Region Midtjylland
- Klagenævnets kendelse af 22. december 2023, Atea A/S mod Region Sjælland
- Klagenævnets kendelse af 14. februar 2024, Scania Danmark A/S mod I/S REFA

Udenlandsk praksis:

- Harmon CFEM Facades (UK) Limited v House of Commons Corporate Officer 67 Con LR 1, 28. oktober 1999
- Harmon CFEM Facades (UK) Limited v The Corporate Officer of the House of Commons, 29. juni 2000
- Conseil d'Etat, Ville d'Amiens, 27. januar 2006
- Braceurself v NHS England, 30. januar 2024

Forarbejder

Danske forarbejder:

- Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., Lovforslag 2010-01-27, nr. 110

EU-forarbejder:

- Forslag til Rådets direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af EF-regler for fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, KOM (90) 297 endelig udgave, 25. juli 1990

Øvrige

- Nævnenes Hus: *Klagevejledning*. Tilgået den 16. december 2025 på <https://naevnenes-hus.dk/naevnsoversigt/klagenaevnet-for-udbud/vejledning/#accordion-kan-du-klage>
- Nævnenes Hus: *Om nævnet*. Tilgået den 16. december 2025 på <https://naevnenes-hus.dk/naevnsoversigt/klagenaevnet-for-udbud/om-naevnet/>
- Nævnenes Hus: *Årsberetning 2024*. Tilgået den 16. december 2025 på <https://naevnenes-hus.dk/media/2iuo1lm0/aarsberetning-2024-klagenaevnet-for-udbud.pdf>.

Deklaration for anvendelse af generative AI-værktøjer (GAI) i eksamensbesvarelser ved Det Juridisk Fakultet

Kernen i Københavns Universitets ordensregler om eksamenssnyd er, at studerende til eksamen ikke må vildlede om egen indsats eller resultater. Eksamenspræstationer skal derfor afspejle den studerendes egen læring og selvstændige indsats. Akademisk arbejde baserer sig altid på andres indsigter, viden og bidrag, men altid med grundig anerkendelse, respekt og kreditering af dette arbejde. Dette gælder også ved brug af GAI.

Regler for brug af GAI ved eksamen

Du skal være transparent om din anvendelse af teknologien ved at udfylde og vedlægge nedenstående deklarationsskabelon sammen med din skriftlige opgavebesvarelse. Når du skriver din deklaration, er det vigtigt, at læseren får et tydeligt billede af, om og hvordan GAI har bidraget til det endelige produkt.

Du skal også bruge skabelonen, når du ikke har anvendt GAI-værktøjer som hjælpemiddel til din skriftlige opgavebesvarelse. I dette tilfælde skal du dog blot krydse af, at du ikke har brugt GAI, og behøver ikke at udfylde resten. Ved ikke at deklarere din brug af GAI-værktøjer eller ved en ikke retvisende deklaration handler du i strid med reglerne om eksamenssnyd.

Hvis du har anvendt GAI i forberedelsen til en mundtlig eksamen med forberedelse, skal du ikke anvende den skriftlige deklaration. I stedet deklarerer du mundtligt over for eksaminator og censor efter samme principper, som gælder for den skriftlige deklaration.

Særlige opmærksomhedspunkter:

- Hvis GAI er et tilladt hjælpemiddel til din eksamen, må du anvende GAI til dialog og sparring under udarbejdelsen af din opgave, men du må ikke overlade udfærdigelsen af din opgavebesvarelse til GAI-værktøjer, selvom alle hjælpemidler er tilladt.
- Hvis GAI-genereret tekst m.v. indgår i din eksamensbesvarelse (direkte eller i redigeret form), skal det behandles som en kilde i opgaven, hvilket kræver korrekt brug af citationstegn og kildehenvisning som ved alle andre kilder, da der ellers vil være tale om plagiat.
- Brug aldrig personhenførbare, ophavsretsbeskyttede eller fortrolige data i et GAI-værktøj.
- Husk altid at undersøge gældende regler og retningslinjer for brug af generativ GAI på KU.

Deklaration for anvendelse af generative GAI-værktøjer (studerende)

☒ Jeg/vi har benyttet generativ GAI som hjælpemiddel/værktøj (sæt kryds)

☐ Jeg/vi har **IKKE** benyttet generativ GAI som hjælpemiddel/værktøj, ud over evt. brug af GAI til stavekontrol (sæt kryds)

Hvis dette er tilfældet, behøver du/I ikke at udfylde resten.

Oplist, hvilke GAI-værktøjer der er benyttet, inkl. link til platformen (hvis muligt):

Chatgpt: <https://chatgpt.com/>

Beskriv hvordan generativ AI er anvendt i opgaven:

1) *Formål (hvad har du/I brugt GAI til?)*

ChatGPT er alene anvendt til korrekturlæsning i sidste fase af udarbejdelsen af afhandlingen. I den forbindelse er alene foretaget rettelser i relation til Kommatering og stavfejl. Derudover er ChatGPT anvendt til oversættelse af enkelte ord fra dansk til engelsk i abstractet.

2) *Arbejdsfase (hvornår i arbejdsprocessen har du/I brugt GAI?)*

ChatGPT er anvendt under udarbejdelsen af specialet.

3) *Hvad gjorde du/I med outputtet? (herunder også, om du/I har redigeret outputtet og arbejdet videre med det)*

Jeg har sammenholdt min oprindelige tekst med de konkrete forslag fra ChatGPT og vurderet hvilke ændringer som forbedrede sprog og tegnsætning.