

# Erstatning i udbudssager

Advokat Torkil Høg  
23. november 2016



LETT

# Dagsordenen (1)

## Dagsordenen

- Introduktion til erstatning i udbudssager – og et nostalgisk tilbageblik
- Ansvarsgrundlag
- Årsagssammenhæng
- Tabsopgørelsen
- Erstatning ved kontraktophør
- Et par processuelle forhold



# Introduktion til erstatning i udbudssager – og et nostalgisk tilbageblik

# Erstatning

## Påstand om erstatning

- *"Efter påstand fra klageren kan Klagenævnet for Udbud pålægge en ordregiver at yde klageren erstatning for det tab, som denne har lidt som følge af en overtrædelse af [udbudsreglerne].", jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 14, stk. 1*
- Påstand om erstatning skal nedlægges og tilkendes derfor ikke ex officio af Klagenævnet
- Dansk rets almindelige erstatningsregler finder anvendelse ved bedømmelsen af, om erstatning skal tilkendes, jf. lovbemærkningerne til § 14
- Erstatningsspørgsmål behandles i Klagenævnet efter fast praksis adskilt fra sagens materielle spørgsmål

## Erstatning (2)

### **Materiel kendelse og nye påstande mv.**

- Klagenævnets kendelse om sagens materielle spørgsmål ligger fast under erstatningssagen, se hertil KfU 7. maj 2014, Duba B8 A/S mod Dong Energy, hvor klager var bundet af forståelsen af et mindstekrav, der var lagt til grund under behandlingen af sagens materielle spørgsmål
- Klager kan ikke i forbindelse med behandling af erstatningssagen nedlægge ny påstande om materielle spørgsmål – dette forudsætter ny klage, jf. KfU 14. september 2016, Motus mod Moderniseringsstyrelsen
- Parterne kan godt gøre nye anbringender gældende (dvs. anbringender, der ikke har været gjort gældende under den materielle sag), i det omfang anbringenderne har relevans for tilkendelse af erstatning

# Et nostalgisk tilbageblik

## **Gode gamle Magnus (KfU 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told & Skat)**

- *”Klagenævnets afgørelser om erstatningspligt for ordregivere i anledning af overtrædelse af EU’s udbudsregler skal træffes i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler inden for disses sædvanlige rammer ud fra den grundholdning, at erstatningsafgørelserne bl.a. skal tjene præventive formål, dvs. bidrage til at motivere ordregiverne til at overholde EU’s udbudsregler. [...] Der skal således ved Klagenævnets erstatningsafgørelser ikke stilles strenge krav til beviset for årsagssammenhæng og adækvans eller til beviset for tabets størrelse. Ordregivernes erstatningspligt skal være en realitet og må ikke neutraliseres ved beviskrav, som de erstatningsberettigede har vanskeligt ved at opfylde i praksis.”*
- Tilkendelse af erstatning uanset klageren ikke havde afgivet tilbud
- Advokatombkostninger som erstatningsberettiget post

## Et nostalgisk tilbageblik (2)

### ....og Magnus' ven, Judex (KfU 3. juli 2002, Judex A/S mod Århus Amt)

- *"Det synes ikke reelt muligt at vurdere sandsynligheden for, at Judex ville have fået ordren, hvis amtet ikke havde overtrådt EU's udbudsregler [...] Dette hænger sammen med amtets overtrædelser af udbudsreglerne og må derfor komme amtet bevismæssigt til skade. Klagenævnet henviser herved til dommen i UfR 2000.521 H, hvor Højesteret i en sag om erstatningsansvar lempede beviskravene med hensyn til tabets størrelse med henvisning til grovheden af den erstatningsansvarliges fejl.*
- *"Klagenævnet finder herefter, at amtet skal erstatte Judex' positive opfyldelsesinteresse, der som nævnt ovenfor nævnt må ansættes til 2 mio. kr..."*
- Tillkendelse af positiv opfyldelsesinteresse uagtet årsagssammenhæng ikke var godtgjort af den erstatningssøgende
- Ændret af Vestre Landsret ved dom af 16. marts 2004 – negativ kontraktinteresse kr. 150.000

*....men ak, sådan er det ikke mere....*



# Ansvarsgrundlag

# Ansvarsgrundlag

## Ansvarsnormen

- Myndighedsansvar, culpaansvar, objektivt ansvar eller....?
- Gomard i U 2004 B.383: *"Retspraksis har...ikke formuleret en klar regel om, at offentlige myndigheder kun har erstatningsansvar for væsentlige, klare fejl, men resultatet i adskillige domme stemmer overens med en sådan regel...Der er kun ringe behov for at bruge erstatningsansvar præventivt som en skadesforebyggende foranstaltning. Det kan være vanskeligt at give en kritik af de offentlige i en fældende erstatningsdom en god pædagogisk formulering, der kan forventes at have en gavnlig virkning på fremtidens forvaltning..."*
- Ansvarsvurderingen for offentlige myndigheder påvirkes sædvanligvis af en række faktorer - f.eks. hvilke interesser en offentlig regulering sigter at værne om, om myndigheden foretager indgreb i individuelle personers eller virksomheders interesser osv.

# Ansvarsgrundlag (2)

## Ansvarsnormen

- KfU 15. september 2016, SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark: *"Det forhold, at Region Syddanmark ved fastsættelsen af det ulovlige vilkår har støttet sig på vejledninger fra de ressortansvarlige styrelser, fritager ikke regionen for erstatningsansvar over for SIM, der som tilbudsgiver havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, men som på grund af det ulovlige vilkår ikke fik tildelt kontrakten" [...] " Som fastslået er kravet om "culpa" opfyldt."*
- Regionen påberåbte sig uden held Højesterets praksis (U 2007.3124 H og U 2013.2361 H) om offentlige myndigheders ansvar til støtte på anbringende om, at overtrædelsen ikke var tilstrækkelig kvalificeret til at udløse ansvar
- Der er formentlig tale om et strengt culpaansvar, men ikke objektivi ansvar
- Harmonerer det med, at Klagenævnet fra tid til anden henviser til ordregivernes forpligtelser efter principper om lovlig forvaltning mv. f.eks. i relation til lovliggørelse, jf. f.eks. KfU 2. december 2015, Annelise Küseler?

# Ansvarsgrundlag (3)

## Ansvarsgrundlag

- Udbudskrækelsen er en nødvendig, og i praksis sædvanligvis tilstrækkelig, forudsætning for ansvar
- Det er ikke en betingelse for erstatning, at Klagenævnet har annulleret ordregivers tildelingsbeslutning, jf. ØL 14.05.2010 MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune.
- De hyppigste ansvarspådragende tilfælde i praksis er
  - Antagelse af ukonditionsmæssige tilbud
  - (Andre) fejl under evalueringen, herunder afvisning af tilbud
  - Fejl i udbudsmaterialet

# Årsagssammenhæng

# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (1)

- Det er en betingelse for at opnå positiv opfyldelsesinteresse, at klager har afgivet konditionsmæssigt tilbud
- I KfU 27. september 2013 Rent A/S mod Køge Kommune udtalte Klagenævnet, at *"Det afgørende for, om indklagede skal tilpligtes at godtgøre klageren dennes tab, enten ved ikke at have fået tildelt kontrakten eller for de forgæves afholdte omkostninger i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet, er, hvorvidt klagerens tilbud var konditionsmæssigt. Såfremt det var ukonditionsmæssigt, er der ikke årsagsforbindelse mellem overtrædelse og klagerens tab."*
- I sagen var klagers tilbud konditionsmæssigt, og klager blev tilkendt en skønsmæssigt fastsat erstatning på kr. 1 mio. i positiv opfyldelsesinteresse (omtales nærmere under tabsopgørelse)

# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (2)

- Afgivelse af ukonditionsmæssigt tilbud udelukker både positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse
- I KfU 24. november 2015, GKV Brandmateriel ApS mod Sønderborg Kommune, blev klagers tilbud afvist som ukonditionsmæssigt. Kommunen tildelte herefter kontrakten til den anden tilbudsgiver (kun indkommet 2 tilbud)
- Klagenævnet fandt, at både klagers og den vindende tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssige, da tilbuddene ikke overholdt mindstekrav i udbudsbetingelserne
- Da klagers eget tilbud ikke kunne føre til tildeling, og da udbud ikke medfører kontraheringspligt, var der ikke årsagssammenhæng mellem kommunens overtrædelse af udbudsreglerne og klagers angivelige tab (hverken positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse)

# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (3)

- Ved fejl i udbudsmaterialet (så dette ikke kan føre til lovlig tildeling) er der hverken årsagssammenhæng til positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse
- I KfU 15. september 2016 SIM Lægekørsel I/S mod Region Syddanmark udbød regionen en rammeaftale med en enkelt leverandør om levering af lægevagtskørsel i regionen med laveste pris som tildelingskriterie. SIM Lægekørsel I/S havde indgivet det laveste tilbud, men regionen tildelte kontrakten til en anden tilbudsgiver, hvis tilbud var kr. 2 mio. dyrere
- Regionen havde på baggrund af en udtalelse af 27. juli 2009 fra Konkurrencestyrelsen indsat et vilkår i udbudsbetingelserne om, at tilbudsgivere med taxibevilling havde forrang for tilbudsgivere med en limousinetilladelse, uanset om tilbudsgivere med limousinetilladelse måtte kunne udføre opgaven billigere end tilbudsgivere med en taxibevilling
- Klagenævnet fandt, at der ikke i lovgivningen på det givne område kunne udledes et sådan princip og fandt derfor, at vilkåret var i strid med ligebehandlingsprincippet. Vilåret om forrang førte derfor til, at der ikke lovligt kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne



# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (4)

- I henhold til klagers erstatningskrav udtalte Klagenævnet, at *”En tilbudsgiver, der under et udbud bliver opmærksom på, at udbudsbetingelserne ikke er i overensstemmelse med udbudsreglerne, er på den ene side ikke forpligtet til at gøre ordregiveren opmærksom herpå, f.eks. under en spørgerunde. Hvis uoverensstemmelsen mellem udbudsbetingelserne og udbudsreglerne medfører, at der ikke lovligt vil kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, er tilbudsgiveren imidlertid på den anden side afskåret fra efter dansk rets almindelige erstatningsbetingelser om årsagsforbindelse at opnå erstatning. Samme resultat følger af betragtninger om tilbudsgiverens egen skyld ved på trods af den ulovlige betingelse at have afgivet tilbud.”*
- Da vilkåret om forrang førte til, at der ikke lovligt kunne indgås kontrakt på grundlag af udbudsbetingelserne, var der ikke årsagssammenhæng, og Klagenævnet frifandt regionen for klagers erstatningskrav

# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (5)

- KfU 20. maj 2014, Maxys A/S mod Region Sjælland. Klager fik medhold i 5 påstande om fejl ved evalueringen, hvorefter ordregiver af egen drift erkendte en række yderligere fejl, som gjorde, at udbudsmaterialet var uegnet til at danne grundlag for lovlig tildeling. Ingen erstatning som følge af manglende årsagssammenhæng
- Samme i KfU 19. december 2013, Phonak Danmark A/S mod Københavns Kommune. Klagenævnet havde under klagesagen konstateret, at kommunen havde overtrådt EU-udbudsreglerne, da kommunen havde fastsat to underkriterier, der ikke var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet fandt, at begge overtrædelser af EU-udbudsreglerne var overtrædelser, som klager kendte eller burde kende, hvorfor der ikke var årsagssammenhæng
- Ordregiver kan under erstatningssagen gøre gældende, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for tildeling og/eller at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, jf. KfU 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune

# Årsagssammenhæng

## Årsagssammenhæng (6)

- I KfU 16. januar 2013 Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune iværksatte kommunen en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende om- og udbygning af Nørre Alslev Skole. Opgaven blev udbudt som en totalentreprisekonkurrence. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagers tilbud var retmæssigt det økonomisk mest fordelagtige bud, da tilbuddet fra lavestbydende var ukonditionsmæssigt.
- Kommunen gjorde gældende, at de ville have annulleret udbuddet, hvis de ikke havde tildelt kontrakten til den lavestbydende. Klagenævnet fandt ikke, at kommunen havde sandsynliggjort (dvs. kommunens bevisbyrde), at de ville have annulleret udbuddet, og da klager skulle have været tildelt kontrakten, var der årsagssammenhæng. Klager var herefter berettiget til positiv opfyldelsesinteresse og fik tilkendt en skønsmæssigt fastsat erstatning
- Tilsvarende i KfU 27. september 2013 Rent A/S mod Køge Kommune: Klagenævnet vendte bevisbyrden for årsagssammenhæng, dvs. indklagede skulle bevise, at klageren ved en lovlige evaluering IKKE ville være blevet tildelt kontrakten (hvilket ikke lykkedes)

# Årsagssammenhæng

## Opsummering

- Ved tilfælde hvor klagers eget tilbud (heller) ikke var konditionsmæssigt, og hvor kontrakten er tildelt i strid med udbudsreglerne, er der ikke årsagssammenhæng i forhold til hverken PO eller NK
- Ved ulovlige/ikke-egnede udbudsbetingelser, hvor kontrakt ikke ville kunne blive tildelt på baggrund af udbudsbetingelserne, og hvor tilbudsgiver kendte eller burde havde kendt overtrædelserne, er der ikke årsagssammenhæng i forhold til hverken PO eller NK
- Ordregiveren kan gøre anbringender om klagerens konditionsmæssighed og/eller udbudsmaterialets egnethed gældende under erstatningssagen
- Klageren bærer som udgangspunkt bevisbyrden for årsagssammenhæng, men ordregiveren bærer bevisbyrden for anbringender f.eks. om, at ordregiveren i fravær af udbudskrænkelser ville have annulleret udbuddet og/eller at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt

# Tabsopgørelsen

# Positiv opfyldelsesinteresse

## Hvilke poster dækkes?

- Der tages udgangspunkt i klagers tabte dækningsbidrag.
- Erstatning for klagers positive opfyldelsesinteresse fastsættes skønsmæssigt af domstolene og Klagenævnet under hensyntagen til bl.a.
  - Usikkerheden i forhold til realisering af dækningsbidrag
  - Risikoen for øgede faste omkostninger
  - Kvaliteten af den fremlagte dokumentation

# Positiv opfyldelsesinteresse

## Relevante bevismidler

- Kalkulationer
- Underentreprisetilbud
- Bilag i relation til materialepriser
- Årsrapporter
- Brancheoplysninger
- Revisorerklæringer
- Syn og skøn (dog ikke ved KfU)
- Osv.

# Positiv opfyldelsesinteresse

## Amager Strandpark-dommen

- I U 2011.1955 H Per Arseff A/S mod Amager Strandpark I/S havde Per Arseff A/S nedlagt påstand om betaling af kr. 20.045.863. I sin opgørelse havde Per Arseff A/S inddraget: 1. Mistet dækningsbidrag, 2. Lønudgifter, 3. Interne udgifter til personalets behandling af klagesagen og 4. Advokatudgifter i forbindelse med klagesagen
- Post 2 vedrørte lønudgifter til 2 medarbejdere, der var afsat til projektet, og som ikke kunne beskæftiges andre steder hos Per Arseff A/S
- Højesteret tilkendte Per Arseff A/S en skønsmæssig fastsat erstatning på kr. 8.000.000. Højesteret udtalte, at der ved fastsættelsen af erstatningens størrelse bl.a. må tages hensyn til usikkerheden med hensyn til, om virksomheden faktisk kunne have realiseret det forventede dækningsbidrag, og usikkerheden med hensyn til, i hvilket omfang opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forøgelse af de faste omkostninger
- Vedrørende post 2 fandt Højesteret, at der ikke var grundlag for herudover at yde erstatning for lønudgifterne



# Positiv opfyldelsesinteresse

## Kai Andersen A/S

- I *KfU 19. november 2015 Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen* havde klager nedlagt påstand om erstatning på kr. 8.757.603. I klagers opgørelse havde klager inddraget budgetteret dækningsbidrag
- Klagenævnet fandt, at erstatningen skulle udmåles skønsmæssigt med hensyn til usikkerheden af, om det forventede dækningsbidrag faktisk kunne realiseres, usikkerheden af hvorvidt opgaven havde nødvendiggjort en kapacitetsudvidelse og dermed en forhøjelse af de faktiske omkostninger (samme som i U 2011.1955), samt at den sparede procesrisiko skulle indgå i vurderingen
- På baggrund heraf blev klager tilkendt en erstatning på kr. 6.000.000

# Positiv opfyldelsesinteresse

## Underleverandører

- Klager kan ikke gøre underleverandørers erstatningskrav gældende
- I KfU 2. december 2015 Annelise Küseler mod Morsø Kommune, der vedrørte tandpleje i Morsø Kommune, havde klager opgjort sit mistede dækningsbidrag ved angivelse af omsætning fratrukket udgifter til materialer samt løn til medarbejdere. Klagers opgørelse af tabet på kr. 2.357.354 byggede på et notat udarbejdet af et revisionsfirma på baggrund af vejledende prisoplysninger fra Odontologisk Institut, Tandlægeskolen
- Klager havde dog indgået aftale med en underleverandør om, at underleverandøren skulle stille sin kapacitet til rådighed mod betaling af 50 % af omsætningen. På baggrund heraf fastsatte Klagenævnet erstatningen skønsmæssigt til kr. 600.000

# Positiv opfyldelsesinteresse

## Optioner og rammeaftaler

- Klager kan ikke opnå erstatning for optioner, jf. KfU 6. oktober 2015, Human Care ApS mod Brøndby Kommune
- Ved rammeaftaler (herunder parallelle rammeaftaler) synes Klagenævnet ved erstatningsfastsættelsen i høj grad at skele til, hvordan kontraktopfyldelsen faktisk er sket i perioden efter tildelingen og indtil Klagenævnets afgørelse, jf. *Human Care*, samt KfU 9. april 2014, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, og KfU 6. december 2012, Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte

## Positiv opfyldelsesinteresse

...og vinderen er:

Placering	Kendelse	Erstatning (mio.)	Tilbudssum (mio.)	%
Guld	2. december 2015, Annelise Küseler	0,6	4,6	13
Sølv	19. november 2015, Kai Andersen	6	49,3	12,2
Bronze	29. Oktober 2014, HHM A/S	2	31,5	6,3
Nr. 4	U 2011.1955 H, Amager Strandpark-dommen	8	188	4,3
Nr. 5	U 2012.2952 H, Montaneisen	4	102	3,9
Nr. 6	16. januar 2013, Brdr. Pedersen A/S	1,2	33,9	3,5

# Negativ kontraktinteresse

## Negative kontraktinteresse (1)

Hvilke poster dækkes?

- Dokumenterede interne og eksterne udgifter i forbindelse med tilbudsudarbejdelse
- Klagenævnet tilkender små-beløb som ”plaster på såret” i sager om negativ kontraktinteresse.

# Negativ kontraktinteresse

## Negative kontraktsinteresse (2)

### Ikke dokumenterede interne udgifter

- Oplisting af arbejdsopgaver uden opgørelse af tidsforbrug eller anden lignende dokumentation. I *KfU 27. maj 2009 Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS mod Region Midtjylland* tilkendte Klagenævnet klager en skønsmæssig fastsat erstatning på kr. 60.000 i stedet for de krævede kr. 320.000
- Erstatning opgjort som procentdel af tilbudssum uden anden nærmere begrundelse. I *KfU 22. oktober 2013 Kristiansen & Co., Hadsund ApS mod Mariagerfjord Kommune* havde klager opgjort sit erstatningskrav som 1 % af tilbudssummen. Klagenævnet fandt, at klager ikke havde godtgjort at have afholdt omkostninger og tog derfor ikke klagers erstatningspåstand til følge

# Negativ kontraktinteresse

## Negative kontraktsinteresse (3)

### Eksterne udgifter

- Juridisk assistance og konsulentarbejde i forbindelse med udarbejdelse af tilbud.
- Juridisk assistance i forbindelse med klagesag:
  - I *KfU 22. november 2001 Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen* fik klager tilkendt erstatning for sin udgift til advokatbistand – udover (men fratrukket) tilkendte sagsomkostninger
  - Nyere praksis fra Klagenævnet fastsætter dog, at erstatning ikke gives for klagers eksterne udgifter i form af advokatbistand mv. i forbindelse med sager for Klagenævnet. Sådanne udgifter omfattes af de sagsomkostninger, Klagenævnet tilkender klager, jf. *KfU 29. maj 2009 Serviceselskabet for vagtlæger i Region Midt ApS mod Region Midtjylland* og *KfU 15. december 2014 BSN Medical AB mod Region Sjælland*

# Erstatning ved kontraktophør



# Kontraktophør (1)

## Ordregivers ret til at bringe kontrakten til ophør

- Ordregiver har ret til at bringe en kontrakt til ophør, hvis kontrakten har været genstand for en ændring af grundlæggende elementer, der ville have krævet nyt udbud, jf. UL § 185, stk. 1, nr. 1, eller hvis tilbudsgiveren på tildelingstidspunktet var omfattet af udelukkelsesgrunde
- Ifølge forarbejderne afgøres spørgsmål om erstatningsansvar efter dansk rets almindelige regler - kan potentielt give interessante spørgsmål f.eks.:
  - Hvis ordregiveren har insisteret på at gennemføre forudgående kontraktændringer
  - Hvis tilbudsgiveren har vildledt vedrørende udelukkelsesgrunde
- Vil i praksis blive genstand for kontraktregulering

# Kontraktophør (2)

## Annulation af tildelingen

- Ordregiver skal bringe en kontrakt/rammeaftale til ophør, hvis ordregivers tildelingsbeslutning er blevet annulleret ved endelig afgørelse eller dom, jf. § 185, stk. 2.
- U: Kontrakten kan videreføres, hvis
  - Den tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og
  - Den tilbudsgiver, der er blevet tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssige forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet udbud, jf. lovbemærkningerne til § 185, stk. 2
- Virkningen af bestemmelsen bliver, at ordregiver både skal betale den tilbudsgiver, der blev tildelt kontrakten, samt skal betale (erstatte) den uretmæssige forbigåede tilbudsgivers dækningsbidrag, som denne kunne have tjent på kontrakten
- Endnu ikke praksis fra Klagenævnet, hvor denne bestemmelse har været anvendt

# LETT

**København**

Rådhuspladsen 4  
DK-1550 København V  
Tlf. +45 33 34 00 00  
Fax +45 33 34 00 01

**Aarhus - Rådhusgården**

Vester Allé 4  
DK-8000 Aarhus C  
Tlf. +45 33 34 00 00  
Fax +45 33 34 00 01