

LETT

LETT

*Erstatning i anledning af
overtrædelser af udbudsreglerne*

14. november 2007

advokat Torkil Høg

tho@lett.dk

Hvorfor er den erstatningsretlige bedømmelse af overtrædelser af udbudsreglerne interessant?

- Vi er ikke alle drevet af (kun) akademiske interesser...
- Talrige sager om erstatningsspørgsmål ved domstolene og Klagenævnet for Udbud
- Bedømmelse efter dansk rets almindelige erstatningsregler, jf. bemærkningerne til Klagenævnsloven. Tidlig praksis fra Klagenævnet viste tegn på ganske streng erstatningsretlig bedømmelse. Senere mere tilbageholdende
- Nogle forfattere (og Klagenævnet) har antydnet, at udbudsreglernes EU-oprindelse medfører, at overtrædelser skal underkastes en streng erstatningsretlig bedømmelse

Mit indlæg vedrører 3 emner

- Ansvarsgrundlaget - EU-retlig vinkel
- Tabsopgørelse – positiv opfyldelsesinteresse
- Tab af chance ("loss of chance")

Ansvarsgrundlaget - EU-retlig vinkel (1)

Tidlig praksis fra Klagenævnet for Udbud

KLFU 22. november 2001: Forlaget Magnus

- Håndhævelse med grundholdning om "præventive formål"
- Ikke strenge krav til bevis for årsagsforbindelse, adækvans eller tabets størrelse
- Tilkendt erstatning for sagsomkostninger "efter regning"

KLFU 3. juli 2002: Judex mod Århus Amt

- Erstatning for positiv opfyldelsesinteresse uden, at det var godtgjort, at erstatningssøgende ville være blevet tildelt kontrakten
- Vestre Landsret: "Kun" negativ kontraktinteresse

Ansvarsgrundlaget - EU-retlig vinkel (2)

- Medlemsstaters erstatningsansvar for tilsidesættelser af EU-retten (f.eks. C-6 og 9/90, Francovich og C-46 og 48/93, Brasserie du Pecheur) – erstatning hvis:
 - Overtrådt regel har til formål at beskytte borgerne
 - Tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse
 - Direkte årsagsforbindelse mellem overtrædelse og tab
- Brasserie du Pecheur-dommen om "tilstrækkelig kvalificeret"
 - *"...om en medlemsstat åbenbart og groft har overskredet sine skønsmålinger..."*
 - Kan tages i betragtning *"...hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvor vidt et skøn, den tilsidesatte bestemmelse overlader..., om overtrædelsen er begået ...forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig..."*
- I Brasserie du Pecheur stod Tyskland og UK i situationer, hvor de skulle træffe valg, der *"...kan sammenlignes med det, fællesskabsinstitutionerne foretager ved udstedelse af generelle retsakter..."* – dvs. "lovgiveransvar"
- Kan samme begrebsramme anvendes på konkrete overtrædelser af EU-forskrifter på udbudsområdet?

Ansvarsgrundlaget - EU-retlig vinkel (3)

EU-institutionernes overtrædelser af udbudsreglerne

- T-4/01, Renco SPA mod Rådet, 25. februar 2003 (tilsv. T-160/03):
 - *Ansvar forudsætter retsstridighed – "...en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse, der har til formål at beskytte borgerne..." "...når en institution råder over et skøn, er det afgørende kriterium for, om en tilsidesættelse af fællesskabsretten kan anses for tilstrækkelig kvalificeret, om den pågældende fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser..."*
 - RFI henviste til Brasserie du Pecheur-dommen
 - Frifindelse fordi Rådet ikke havde udøvet åbenbart urigtige skøn ved fastsættelse af udvælgelseskriterier eller bedømmelse af tilbud
- Dvs. lempelig ansvarsnorm ved bedømmelsen af konkrete overtrædelser af udbudsreglerne – i hvert fald, når det er EU's institutioner, der er regelbrydere
- Næppe grundlag i EU-retten for streng erstatningsretlig bedømmelse af overtrædelser af udbudsreglerne
- Varsomhed på skønsprægede områder – også ved overtrædelser af ligebehandlingsprincippet
- Højesteret:
 - U 2002.1180 H – "...alvorlige fejl..." (dissens: "...bevidst og åbenbart tilsidesat sine pligter...")
 - U 2007.2106 H – "...klar og væsentlig forskelsbehandling..."

Tabsopgørelse – positiv opfyldelsesinteresse

Opgørelsen af positiv opfyldelsesinteresse:

- Baggrund:
 - Domstolenes tilkendelse af skønsmæssigt fastsatte erstatninger i praksis efter licitationsloven
 - Anvendelse af terminologi, der ikke kan genfindes i årsregnskaber mv.
 - U 2000.1561 H: Højesteret tilkendte erstatning for tabt "*...nettofortjeneste...*" i sag om positiv opfyldelsesinteresse
- Resultat: meget svingende praksis – især fra Klagenævnet
- Problem: kan man kræve erstatning for
 - Tabt dækningsbidrag (tilbudssum minus variable omkostninger) eller
 - Tabt nettofortjeneste ("bundlinieandel" af tilbudssummen)

Tabsopgørelse – positiv opfyldelsesinteresse (2)

- Ved ikke at få tildelt kontrakten taber tilbudsgiveren tilbudssummen med fradrag af sparede omkostninger ved ikke at skulle udføre arbejdet – dvs. som udgangspunkt tabt DB
- En "nettofortjeneste"-opgørelse kan have noget for sig, hvis det lægges til grund, at de faste omkostninger er (eller burde være) nyttiggjort til andre indtægtsskabende aktiviteter ("dækningsarbejder")
- En "nettofortjeneste"-opgørelse kan kun være rimelig, hvis (i) tilbudsgiveren har haft (eller i hvert fald burde have haft) dækningsarbejder, og (ii) ikke kunne udføre både dækningsarbejder og den omstridte opgave
- Den logiske konsekvens af "nettofortjeneste"-betragtningen er, at der slet ikke er lidt noget tab – der er jo også indvundet nettofortjeneste ved dækningsarbejdet? Og skal tabsgivende virksomheder slet ikke have erstatning?
- U 2002.1180 H (dissensen) tager udgangspunkt i DB. VLD af 11. april 2006 (Helle Kommune) ligeså.
- VLD af 6. november 2007 (B-3010-03) – erstatning på kr. 1.200.000 med udgangspunkt i tabt DB (NB: ankefrist ikke udløbet)
- Synspunkt: Tabt dækningsbidrag bør være udgangspunktet

Tab af chance

- Kausalitetskrav efter gældende dansk ret: tilbudsgiver skal for at opnå fuld erstatning (positiv opfyldelsesinteresse) godtgøre en overvejende grad af sandsynlighed for ordretildeling, hvis reglerne havde været overholdt
- "Tab af chance"-model: Tildeling af en forholdsmæssig andel af opfyldelsesinteressen til flere tilbudsgivere ud fra en betragtning af størrelsen af chancen for tildeling
- Chaplin v Hicks (1911) – erstatning på 100 £
- Sue Arrowsmith ("The Law of Public and Utilities Procurement", 2005) konstaterer, at doktrinen kan anvendes i engelsk ret
- Lasse Simonsen ("Prekontraktuelt ansvar", 1997) argumenterer for tab af chance-model i norsk ret
- Dansk ret indeholder ikke i dag en tab af chance-model – diskussionen er *de lege feranda*

Tab af chance – hvorfor?

- Bevistemaet ved bedømmelsen af årsagssammenhæng er, hvordan ordregiveren ville have handlet i fravær af overtrædelser af udbudsreglerne – "psykisk kausalitet" vanskeliggør sandsynlighedsbetragtninger
- Det ligger i sagens natur, at den erstatningssøgende som oftest har adgang til færrest bevismidler af relevans for bedømmelsen af årsagssammenhæng
- Risiko for hyppig underkompensation af de erstatningssøgende
- Manglende erstatning er særlig krænkende, hvis den valgte tilbudsgiver med sikkerhed ikke lovligt kunne vælges
- Et af hovedformålene med udbudsreglerne er netop at give tilbudsgivere ens muligheder/chancer
- Lempede kausalitetskrav er ikke ukendt i dansk ret – f.eks. Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 20, stk. 1
- Effektivitetshensyn – effektiv håndhævelse af EU-reglerne....

Tab af chance – hvorfor ikke?

- ...effektivitetshensyn – effektiv håndhævelse af EU-reglerne?
- Der foreligger ofte et forholdsvis godt grundlag for vurdering af det sandsynlige alternative forløb – nemlig indkomne tilbud, rådgiveres vurderinger mv.
- Risiko for systematisk overkompensation af de erstatningsøgende – ikke bevis for reelt økonomisk tab
- Hvordan opgøres "chancen"?
- Opfyldelsesinteressen er forskellig fra tilbudsgiver til tilbudsgiver – hvordan opgøres opfyldelsesinteressen, og hvordan fordeles den?
- Alternativ: pligt til at rangordne de bedste 2-3 tilbud

LETT

København

Rådhuspladsen 4
DK - 1550 København V
Tlf. +45 33 77 00 00
Fax +45 33 77 00 01

Århus

Aaboulevarden 31
DK - 8100 Århus C
Tlf. +45 86 12 86 00
Fax +45 86 12 86 56

Kolding

Jernbanegade 31
DK - 6000 Kolding
Tlf. +45 75 50 40 00
Fax +45 75 54 10 50