



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

UDBUDSLOVENS § 42 – BESTEMMELSENS RÆKKEVIDDE VED HENVISNING TIL MATERIALER OG DENS UNDTAGELSER



Kandidatspeciale

Af Katrine Nielsen (20193019) og Julie Hedegaard Buje (20215247)

Vejleder: Dorthe Kristensen Balshøj

13. maj 2026



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

Titelblad

Uddannelse: Cand.merc.jur.

Fag: Udbudsret

Periode: Forårssemesteret 2026

Specialets titel: Udbudslovens § 42 - bestemmelsens rækkevidde ved henvisning til materialer og dens undtagelser.

Specialets titel på engelsk: Section 42 of the Danish Public Procurement Act - The Scope of the Provision when referring to materials and its Exceptions.

Omfang:

Anslag i alt: 160.770 (inkl. mellemrum)

Sideantal (uden bilag): 67 sider

Forfattere:

Julie Hedegaard Buje, 20215247

Katrine Nielsen, 20193019

Vejleder: Dorthe Kristensen Balshøj

Afleveringsdato: 13. maj 2026

Abstract

This thesis examines the scope of Section 42 of the Danish Public Procurement Act, focusing on whether references to specific materials are encompassed by the prohibition against such references in technical specifications. The thesis aims to determine whether the implementation of Section 42 aligns with the EU Procurement Directives or conflicts with them.

The central research question is as follows: To what extent does a contracting authority's reference to specific materials in technical specifications fall under the prohibition in Section 42? Should this provision be interpreted to include one or two exceptions to the prohibition against references to specific brands and products?

The analysis begins with a thorough examination of Section 42 of the Danish Public Procurement Act, establishing a foundational understanding of its provisions. The provisions are then interpreted in light of the EU Procurement Directive, emphasizing the relevance of Articles 42(1-4) and their implications for the design of technical specifications.

Employing a dogmatic legal method, the thesis systematically describes, analyses, and interprets pertinent legal sources to clarify the current legal landscape (*de lege lata*). The findings reveal that the wording of Section 42 does not explicitly address whether the prohibition includes references to specific materials. However, recent case law, particularly the ruling in case C-424/23, *DYKA Plastics NV v. Fluvius System Operator CV*, provides critical insights into the interpretation of Section 42's scope. Additionally, the analysis incorporates the Complaints Board for Public Procurement's ruling from 11 July 2025 in the case of *Ketner-Utsch A/S v. Skatteforvaltningen* and the decision from 20 September 2010 in *Scan-Plast A/S v. Herning Kommune*, both of which help elucidate the application of these legal principles in Danish Practice.

The study concludes that the contracting authority's specification of certain materials in technical specifications is indeed covered by the prohibition against references to specific brands and products outlined in Section 42. Furthermore, it is determined that this provision should be interpreted as containing two exceptions to the general prohibition.

This research contributes to a deeper understanding of the legal nuances surrounding material specifications in public procurement and offers guidance to practitioners navigating these complex regulations.

Indholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| 1. Indledning | 4 |
| 2. Problemformulering..... | 5 |
| 3. Afgrænsning | 6 |
| 4. Metode og retskilder..... | 8 |
| 4.1 Den anvendte metode..... | 8 |
| 4.2 De anvendte retskilder..... | 8 |
| 4.2.1 EU-retten..... | 8 |
| 4.2.2 Udbudsdirektiverne..... | 10 |
| 4.2.3 Udbudsloven og de danske forarbejder..... | 11 |
| 4.2.4 Domme fra EU-Domstolen..... | 12 |
| 4.2.5 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud..... | 13 |
| 4.2.6 Juridisk litteratur og øvrige retskilder..... | 14 |
| 4.3 Opbygning..... | 15 |
| 5. Udbudsrettens formål og principper | 16 |
| 5.1 Udbudsrettens formål..... | 16 |
| 5.1.1 De EU-retlige formål..... | 16 |
| 5.1.2 De nationale formål..... | 17 |
| 5.2 Grundlæggende principper..... | 17 |
| 5.2.1 Ligebehandlingsprincippet..... | 18 |
| 5.2.2 Gennemsigtighedsprincippet..... | 19 |
| 5.2.3 Proportionalitetsprincippet..... | 19 |
| 5.2.4 Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet..... | 20 |
| 6. Tekniske specifikationer..... | 22 |
| 6.1 Definition af de tekniske specifikationer..... | 22 |
| 6.2 Udformningen af de tekniske specifikationer..... | 24 |
| 6.2.1 Funktionskrav..... | 25 |
| 6.2.2 Standarder..... | 26 |
| 6.2.3 Rækkevidden af udbudslovens § 41, stk. 1..... | 27 |
| 6.3 Risikoen for konkurrencebegrænsning..... | 28 |
| 6.4 Delkonklusion..... | 31 |
| 7. Forbud mod henvisning til varemærker, fabrikater mv..... | 32 |
| 7.1 Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4..... | 33 |
| 7.1.1 Analyse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4..... | 33 |
| 7.1.2 Undtagelser til forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4..... | 38 |
| 7.2 Udbudslovens § 42..... | 54 |
| 7.2.1 Analyse af udbudslovens § 42..... | 54 |
| 7.2.2 Sammenligning med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2..... | 57 |
| 7.3 Delkonklusion..... | 61 |

| | |
|---|-----------|
| 8. Er henvisning til materialer omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42? | 63 |
| 8.1 <i>Sag C-424/23, DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV</i> | 64 |
| 8.1.1 <i>EU-Domstolens kvalifikation af materialekravet</i> | 65 |
| 8.1.2 <i>Delkonklusion</i> | 68 |
| 8.2 <i>Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen</i> | 69 |
| 8.2.1 <i>Klagenævnet for Udbuds kvalifikation af undtagelsesmuligheder</i> | 70 |
| 8.2.2 <i>Klagenævnet for Udbuds kvalifikation af materialekravet</i> | 72 |
| 8.2.3 <i>Delkonklusion</i> | 74 |
| 8.3 <i>Scan-Plast A/S mod Herning Kommune</i> | 74 |
| 8.3.1 <i>Delkonklusion</i> | 77 |
| 9. Konklusion | 78 |
| 10. Litteraturliste | 80 |
| 10.1 <i>Juridisk litteratur</i> | 80 |
| 10.2 <i>Retspraksis</i> | 80 |
| 10.2.1 <i>Kendelser fra Klagenævnet for Udbud</i> | 80 |
| 10.2.2 <i>Domme fra EU-Domstolen</i> | 82 |
| 10.3 <i>Lovgivning, forarbejder mv.</i> | 82 |
| 10.3.1 <i>Dansk lovgivning</i> | 82 |
| 10.3.2 <i>Lovgivning fra EU</i> | 83 |
| 10.4 <i>Artikler</i> | 83 |
| 10.5 <i>Internetkilder</i> | 84 |
| 12. Bilag | 85 |
| 12.1 <i>Antal anslag</i> | 85 |
| 12.2 <i>Samarbejdsaftale</i> | 85 |
| 12.3 <i>Procesafsnit</i> | 85 |

1. Indledning

I Danmark indkøbte den offentlige sektor for knap 470 mia. kr. hos private leverandører i 2024, hvilket svarer til 16% af dansk BNP, som måler den samlede økonomiske aktivitet i Danmark. Offentlige udbud har således stor økonomisk betydning for offentlige ordregivere og private tilbudsgivere.¹

I Danmark er det lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025 (herefter kaldet “udbudsloven”), som implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter kaldet “udbudsdirektivet”), der fastsætter rammerne for offentlige indkøb. Loven regulerer navnlig indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder over tærskelværdierne, mens den for varer og tjenesteydelser under tærskelværdierne også finder anvendelse i medfør af udbudslovens afsnit IV og V. Formålet med reglerne er at sikre ligebehandling, proportionalitet, gennemsigtighed og en effektiv og lige konkurrence ved offentlige indkøb.² For at understøtte disse formål, indeholder udbudsloven regler for, hvordan ordregiver må udforme udbudsmaterialet, herunder de tekniske specifikationer.³ Det er således essentielt, at de tekniske specifikationer i et offentligt udbud ikke udformes på en måde, der hindrer konkurrencen ved at favorisere eller udelukke bestemte aktører. Udbudsloven afspejler altså en afvejning mellem hensynet til effektiv konkurrence og ordregivers interesse i at opnå høj kvalitet for lavest mulig pris samt gennemføre indkøb uden unødigt forsinkelse.⁴

Udbudslovens § 42 indeholder en regel om forbud mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv., som tager udgangspunkt i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Dette skyldes, at henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. kan indebære en risiko for, at visse tilbudsgivere favoriseres frem for andre tilbudsgivere, eller at visse tilbudsgivere helt udelukkes fra at deltage i et offentligt udbud. Der er imidlertid opstået tvivl om udbudslovens anvendelsesområde, da udbudslovens § 42 er formuleret anderledes end udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, hvilket blandt andet kommer til udtryk i nyere praksis, f.eks. EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator*

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2025, december). *Status for offentlig konkurrence 2025*, s. 4

² *Ibid.*, s. 6

³ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, §§ 40-45

⁴ Poulsen: “*Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter*”, U.2008B.41, afsnit 3.2

CV. Dommen omhandler, hvordan udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, skal fortolkes, herunder om anvendelse af et specifikt materiale er omfattet af forbuddet.⁵

Det er således relevant at undersøge, hvad anvendelsesområdet for udbudslovens § 42 er, og om henvisning til bestemte materialer, f.eks. kunststof, aluminium og lærketræ, er omfattet af forbuddet, hvorved ordregiver ikke må henvide til bestemte materialer i de tekniske specifikationer, medmindre det er omfattet af undtagelserne i udbudslovens § 42, stk. 2, og dermed undersøge, om implementeringen i udbudslovens § 42 er direktivkonformt eller i strid med udbudsdirektivet.

2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående ønskes følgende problemformulering undersøgt i nærværende speciale:

I hvilket omfang er ordregivers angivelse af bestemte materialer i de tekniske specifikationer omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42, og skal bestemmelsen fortolkes således, at den indeholder én eller to undtagelsesmuligheder til forbuddet mod henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv.?

⁵ Del 2: Hvor konkrete krav må ordregiver stille i de tekniske specifikationer?. (2025, 22. april). *Bech Bruun*.

3. Afgrænsning

For at besvare specialets problemformulering har det været nødvendigt at foretage en række afgrænsninger og fravalg. Specialets overordnede emne rummer flere perspektiver og mulige undersøgelsesområder, hvorfor det er væsentligt at tydeliggøre, hvilke aspekter der inddrages, og hvilke der bevidst fravælges. Formålet med nærværende afsnit 3 er således at redegøre for og begrunde de afgrænsninger, der er foretaget i relation til specialets problemformulering.

Specialet afgrænser sig fra en nærmere behandling af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (herefter kaldet “forsyningsvirksomhedsdirektivet”), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (herefter kaldet “koncessionsdirektivet”), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregivers indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (herefter kaldet “forsvars- og sikkerhedsdirektivet”) samt lovbekendtgørelse nr. 1410 af 12. juli 2007 (herefter kaldet “tilbudsloven”). Specialets fokus er således på udbud, der er omfattet af udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivet i dansk ret.

Der vil dog i begrænset omfang blive inddraget praksis, som er afgjort efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4, da bestemmelsen indholdsmæssigt svarer til reglerne i udbudslovens § 42. Denne praksis kan derfor bidrage til fortolkningen af reglerne om henvisning til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer.

I specialet anvendes derudover kendelser fra Klagenævnet for Udbud for at fastlægge anvendelsesområdet for udbudslovens § 42. Der vil endvidere i mindre omfang blive inddraget kendelser fra Klagenævnet for Udbud, der er afsagt efter tilbudsloven. Dette skyldes, at der foreligger et begrænset antal domme vedrørende henvisninger til bestemte materialer. Af den grund inddrages Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 20. september 2010 i sagen *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*, selvom den angår tilbudsloven. Kendelsen kan dog fortsat bidrage til forståelsen og fortolkningen af problemstillingen, idet tilbudsloven og udbudsloven begge bygger på de generelle principper om ligebehandling.

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, samt udbudslovens § 42, indeholder et forbud mod, at ordregiver i de tekniske specifikationer angiver et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller fremstillingsproces eller henviser til et bestemt varemærke, patent, type, oprindelse eller produktion, hvis dette medfører, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller udelukkes. Bestemmelserne er således formuleret bredt og omfatter flere forskellige former for produkt- og producenthenvisninger. Af hensyn til fremstillingen anvendes der i specialet imidlertid den mere samlede formulering "henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv.". Denne formulering skal forstås som en samlet betegnelse for de forskellige former for henvisninger, der er omfattet af udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Reglerne om de tekniske specifikationer i udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, finder anvendelse på tværs af forskellige kontrakttyper, herunder varekøbskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter. Specialet indeholder imidlertid ikke en særskilt analyse af eventuelle forskelle i anvendelsen af reglerne på tværs af disse kontrakttyper. Analysen af anvendelsen af udbudslovens § 42 foretages således på et generelt niveau med fokus på bestemmelsens indhold og fortolkning, uanset om kontrakten er en varekøbskontrakt, en tjenesteydelseskontrakt, eller en bygge- og anlægskontrakt.

Afslutningsvis afgrænser specialet sig fra en nærmere behandling af håndhævelsesretlige spørgsmål. Specialet har således fokus på de materielle regler om udformningen af de tekniske specifikationer og forbuddet mod henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. Specialet behandler derfor ikke i detaljer de retlige konsekvenser af en eventuel overtrædelse af reglerne, herunder spørgsmål om sanktioner, erstatning mv. i forbindelse med håndhævelse ved Klagenævnet for Udbud eller domstolene.

4. Metode og retskilder

4.1 Den anvendte metode

Til besvarelsen af specialets problemformulering anvendes den juridiske metode - også kaldet den retsdogmatiske metode - som redskab til at undersøge gældende ret (de lege lata) ved at beskrive, analysere, fortolke og systematisere relevante retskilder. Metoden fokuserer således på en systematisk, metodisk og transparent gennemgang af gældende ret med henblik på at klarlægge dens struktur, principper og anvendelse.⁶ Den retsdogmatiske metode har tæt tilknytning til det praktiske retsliv, men søger snarere at afdække uklarheder eller uoverensstemmelser i retstilstanden end at løse egentlige konkrete problemstillinger.⁷ Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode i nærværende speciale tilstræbes det at klarlægge gældende ret i udbudslovens § 42 vedrørende forbuddet mod ordregivers angivelse af specifikke varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer.

De udbudsretlige regler udgør et helt centralt element i specialet, da de er afgørende for at besvare problemformuleringen. Eftersom EU-retten danner grundlaget for de danske udbudsregler, inddrages både nationale og EU-retlige kilder for at fastlægge gældende ret. Fortolkningen af udbudsloven og udbudsdirektivet sker på baggrund af en ordlydsfortolkning, hvor bestemmelsens indhold fortolkes ud fra den umiddelbare, sproglige og naturlige betydning.⁸

4.2 De anvendte retskilder

Til belysning og besvarelse af specialets problemstilling anvendes en række juridiske retskilder, som udgør grundlaget for den retsdogmatiske metode. De forskellige retskilder og anvendelsen heraf vil blive beskrevet i de følgende afsnit.

4.2.1 EU-retten

EU-rettens kilder opdeles traditionelt i to hovedkilder, som er primærretten og sekundærretten. Primærretten består af Traktaterne, herunder Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), Traktaternes principper samt

⁶ Munk-Hansen, C., Retsvidenskabsteori, 2022, s. 70

⁷ Ibid., s. 211

⁸ Evald, Juridisk teori, metode og videnskab, 2024, s. 59

Chartret om grundlæggende rettigheder. Sekundærretten omfatter retsakter udstedt på baggrund af traktaterne, herunder forordninger, direktiver og beslutninger.⁹

Såvel primærretten som sekundærretten har stor betydning inden for udbudsretten. På EU-plan findes en række udbudsdirektiver, men også Traktaterne, og principperne heri, har stor betydning for offentlige indkøb. På nationalt plan er udbudsdirektivet implementeret i dansk ret gennem udbudsloven, som desuden indeholder en række yderligere udbudsretlige regler med særlig relevans for Danmark.¹⁰ Man kan derfor ikke analysere udbudslovens § 42, uden at inddrage og analysere udbudsdirektivet, som vil blive uddybet i afsnit 4.2.2.

Der findes ikke specifikke regler i Traktaterne for indgåelsen af offentlige kontrakter, dog skal Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed iagttages, da offentlige kontrakter imidlertid kan have grænseoverskridende interesse. Særligt drejer det sig om TEUF artikel 34 (fri bevægelighed af varer), TEUF artikel 49 (etableringsfrihed) og TEUF artikel 57 (fri bevægelighed af tjenesteydelser). Derudover gælder ligeledes det generelle forbud mod diskrimination på grund af nationalitet i TEUF artikel 18.¹¹

EU-Domstolen har udtalt, at Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed i relation til offentlige indkøb er til hinder for, at en ordregiver ved et udbud af et byggeri indsætter en bestemmelse om, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, hvis bestemmelsen ikke ledsages af "eller dermed ligestillet". I EU-Domstolens dom af den 22. juni 1993 i sag C-243/89, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark*, havde ordregiver indsat en klausul i udbudsmaterialet om, at tilbudsgiver var forpligtet til i størst muligt omfang at anvende materialer, forbrugsgods, arbejdskraft og materiel, som var af dansk oprindelse. EU-Domstolen fastslog, at dette var i strid med Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed. Ligeledes har Klagenævnet for Udbud taget stilling til reglerne om fri bevægelighed, herunder i Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 18. september 2007 i sagen *Kortegaards Planteskole A/S mod Kolding Kommune*, hvor det blev fastslået, at ordregiver havde handlet i strid med bestemmelsen om fri bevægelighed ved at angive, at træer skulle stamme fra Danmark.¹²

⁹ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 37-38

¹⁰ Ibid., s. 37-38

¹¹ Ibid., s. 38-39

¹² Ibid., s. 39

Ud over reglerne om fri bevægelighed, er der også en række almindelige principper, som skal iagttages. Det gælder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed, gensidig anerkendelse, ikke-diskrimination, proportionalitet samt effektivitetsprincippet anvendelse ved indgåelse af offentlige kontrakter. Særligt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet og forbud mod forskelsbehandling er vigtige inden for udbudsretten og vil blive gennemgået i afsnit 5.2.

4.2.2 Udbudsdirektiverne

Udbudsreglerne består af fire udbudsdirektiver: 1) Udbudsdirektivet (2014/24/EU), 2) Forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU), 3) Koncessionsdirektivet (2014/23/EU) og 4) Forsvars- og sikkerhedsdirektivet (2009/81/EF). Som nævnt i afsnit 4.2.1 udgør den sekundære regulering blandt andet direktiverne. Direktiverne regulerer udelukkende, *hvordan* ordregiver skal indgå offentlige kontrakter, og dermed regulerer direktiverne ikke, *hvad* ordregiver skal købe, eller hvad konsekvenserne ved tilsidesættelse af udbudsreglerne er.¹³

Inden for udbudsretten udgør udbudsdirektivet, som er vedtaget med hjemmel i TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62 samt artikel 114, den væsentligste sekundære EU-retlige regulering. Reglen om, at ordregiver ikke må henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. fremgår af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Udbudsdirektivet er bindende for medlemsstaterne, hvilket medfører en forpligtelse til at implementere reglerne i national ret. Samtidig følger det af det EU-retlige retskildehierarki, at sekundærretten skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med traktatgrundlaget og de grundlæggende principper.¹⁴

Udbudsdirektivet er ledsaget af en række betragtninger, også kaldet præambelbetragtninger. Præambelbetragtningerne anvendes ved fortolkning af direktivets bestemmelser, men udgør imidlertid ikke egentlige retskilder, der kan støttes selvstændigt ret på. Dette følger også af EU-Domstolens udtalelse om, at "*betragtninger kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel*".¹⁵ I nærværende speciale vil

¹³ Ibid., s. 40

¹⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, præambelbetragtning 1

¹⁵ C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH, præmis 31

præambelbetragtninger derfor blive anvendt som bidrag til fortolkningen af direktivets bestemmelser.¹⁶

4.2.3 Udbudsloven og de danske forarbejder

I Danmark er udbudsdirektivet implementeret gennem udbudsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2016, men udbudsloven indeholder også andre særbestemmelser, som ikke findes i udbudsdirektivet.¹⁷ Udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, og hvis der er modstrid mellem udbudsloven og direktivet, har EU-retten forrang, jf. EU-Domstolens dom af den 15. juli 1964 i sag C-6/64, *Costa mod ENEL*. Hvis en bestemmelse kan fortolkes i flere retninger, skal fortolkningen ske i overensstemmelse med EU-retten, jf. princippet om EU-konform fortolkning.¹⁸ Denne pligt blev for første gang fastslået i EU-Domstolens dom af den 10. april 1984 i sag C-14/83, *Von Colson*, hvor EU-Domstolen udtalte, at:

*“den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og pligten i medfør af Traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndigheder i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence. Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret (...) er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og mål (...)”*¹⁹

Besvarelsen af specialet vil således, med afsæt i problemformuleringen, tage udgangspunkt i udbudslovens § 42. Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, inddrages som et væsentligt fortolkningsbidrag, herunder gennem en ordlydsfortolkning, i overensstemmelse med princippet om direktivkonform fortolkning. Derudover inddrages øvrige relevante bestemmelser i udbudsloven, hvortil de tilsvarende bestemmelser i udbudsdirektivet ligeledes inddrages som fortolkningsbidrag, i det omfang det er nødvendigt for besvarelsen af problemformuleringen.

¹⁶ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 42

¹⁷ Ibid., s. 43

¹⁸ Ibid., s. 43-45

¹⁹ Ibid., s. 43-45

Da udbudsloven trådte i kraft i 2016, blev der udarbejdet et fortolkningselement til de danske udbudsregler i form af udbudslovens forarbejder, herunder særligt lovbemærkningerne til udbudsloven.²⁰ Lovbemærkningerne til udbudsloven vil også blive anvendt ved besvarelsen af specialets problemformulering. Dog er det i juridisk litteratur omdiskuteret, hvor stor en retskildemæssig værdi og juridisk betydning forarbejderne kan tillægges. I den juridiske litteratur påpeges det, at udbudslovens forarbejder skal anvendes med forsigtighed, idet Klagenævnet for Udbud i flere sager er gået direkte imod udbudslovens forarbejder, fordi lovbemærkningerne er uklare, eller fordi anden fortolkning kan udledes af de EU-retlige retskilder.²¹

4.2.4 Domme fra EU-Domstolen

Domme fra EU-Domstolen udgør et væsentligt element i det udbudsretlige grundlag, idet mange centrale retsstillinger er udviklet gennem EU-domme. Ved analyse af retsstillingen på et givent område - i dette speciale særligt udbudslovens § 42 - har domme fra EU-Domstolen høj retskildeværdi og bidrager således væsentligt til fortolkningen af reglerne inden for det udbudsretlige retsområde. EU-Domstolens sager fremkommer navnlig gennem præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af EU-retten efter TEUF artikel 267 eller som traktatbrudsspørgsmål efter TEUF artikel 258.²²

I nærværende speciale er domme fra EU-Domstolen særligt relevante i henhold til fastlæggelse af rækkevidden af udbudslovens § 42, idet denne ikke udelukkende kan fastlægges ud fra bestemmelsens ordlyd. Dette ses tydeligt i nyere praksis, herunder EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025 i sag C/424-23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, hvor EU-Domstolen gennem præjudicielle spørgsmål har taget stilling til, hvorvidt bestemmelsen også omfatter henvisninger til materialer og dermed præciserer anvendelsesområdet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ud over, hvad der umiddelbart følger af bestemmelsen ordlyd. Herefter har Klagenævnet for Udbud forholdt sig til denne dom i dansk praksis, hvilket vil blive behandlet i afsnit 8.2.

Derudover anvendes også generaladvokatens forslag til afgørelse som led i analysen af praksis fra EU-Domstolen. Generaladvokaterne besidder de samme kvalifikationer som dommerne ved

²⁰ Hamer og Horskjær Nielsen: "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?" U.2020B.114, afsnit 1

²¹ Ibid., afsnit 1

²² Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 51

EU-Domstolen, og deres opgave består i at fremsætte forslag til afgørelse, som er upartisk og uafhængig. Generaladvokatens udtalelser indeholder derfor typisk en udførlig, selvstændig og velbegrunder gennemgang af sagens retlige problemstillinger. Det skal bemærkes, at generaladvokatens forslag til afgørelse ikke er bindende for hverken sagens parter eller EU-Domstolen, og derfor forekommer det også, at der er forskel på indholdet i den endelige dom og generaladvokatens forslag til afgørelse.²³ Med afsæt i at generaladvokatens forslag til afgørelse ikke er bindende, må det også anses for tvivlsomt, om udtalelserne kan tillægges en egentlig retskildeværdi. På den baggrund inddrages generaladvokatens forslag til afgørelse primært som fortolknings- og argumentationsbidrag, der kan belyse retlige synspunkter i nærværende speciale.

4.2.5 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Ved fastlæggelse af gældende ret er det også relevant at inddrage kendelser fra Klagenævnet for Udbud. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud udgør en væsentlig national retskilde i udbudsretten. Efter klagenævnslovens § 10, stk. 1, træffer nævnet afgørelse om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2 og 3, hvilket navnlig omfatter udbudsloven, regler udstedt i medfør heraf samt EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.²⁴ Hovedparten af Klagenævnet for Udbuds sager angår således anvendelsen af udbudsloven, der implementerer udbudsdirektivet, og Klagenævnet for Udbud anvender derfor løbende EU-retlige regler og principper.²⁵

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud har ikke samme retskildeværdi som domme fra de almindelige domstole eller fra EU-Domstolen. Klagenævnet for Udbuds kendelser kan i princippet indbringes for domstolene, men i praksis sker dette sjældent. På baggrund heraf anses Klagenævnet for Udbuds praksis også som værende af væsentlig betydning for forståelsen og anvendelsen af udbudsreglerne i Danmark.²⁶

I nærværende speciale, hvor analysen tager udgangspunkt i udbudslovens § 42, anvendes kendelser fra Klagenævnet for Udbud ikke som selvstændigt fortolkningsgrundlag for bestemmelsens rækkevidde. Kendelserne inddrages derimod som udtryk for, hvordan

²³ Folketinget (s.d), Generaladvokat

²⁴ Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025 om Klagenævnet for Udbud

²⁵ Klagenævnet for Udbud, "Årsberetning 2023", s. 6-7

²⁶ Ibid., s. 7

Klagenævnet for Udbud anvender og forstår udbudslovens bestemmelser, samt hvordan Klagenævnet for Udbud gennem EU-konform fortolkning udfylder og justerer den nationale regulering i lyset af udbudsdirektivets krav. Klagenævnet for Udbuds kendelser bidrager dermed til at belyse, hvor grænserne for ordregivers adgang til at henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. går.

Derudover har EU-Domstolen i dom af den 14. marts 2000 i sag C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*²⁷ fastslået, at Klagenævnet for Udbud er at betragte som en "ret" i TEUF artikel 267's forstand, og at Klagenævnet for Udbud dermed har mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, men denne mulighed anvendes dog kun i begrænset omfang.²⁸ For specialets anvendte metode understreger dette dels Klagenævnet for Udbuds EU-retlige forankring, dels at den endelige fortolkning af udbudsdirektivets bestemmelser hører under EU-Domstolen.

4.2.6 Juridisk litteratur og øvrige retskilder

Afslutningsvis anvendes juridisk litteratur og øvrige retskilder for at besvare specialets problemformulering. Juridisk litteratur anvendes som supplerende fortolkningsbidrag, og det skal i den forbindelse understreges, at retslitteratur ikke i sig selv udgør en retskilde, idet forfatteren ikke har demokratisk legitimitet til at fastlægge gældende ret.²⁹

Øvrige retskilder udgør vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST), som også bidrager til fortolkningen af udbudsreglerne. Her skal det dog også understreges, at hverken styrelsens vejledninger eller udtalelser er bindende for ordregiver, hvorfor vejledningerne ikke binder Klagenævnet for Udbud eller domstolene. I specialet anvendes vejledningerne som understøttende bidrag til analysen af udbudsloven § 42.³⁰

²⁷ C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*

²⁸ Hamer, Carina, *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 52

²⁹ Munk-Hansen, Carsten, "Den juridiske løsning - Introduktion til den juridiske løsning", 2021, s. 80, og Munk-Hansen, Carsten, "Retsvidenskabsteori", 2022, s. 397 f.

³⁰ Hamer, Carina, *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 55

4.3 Opbygning

Specialet omhandler udbudsloven og dermed de danske regler om offentlige indkøb. Udbudsloven bygger imidlertid i vidt omfang på udbudsdirektivet, hvorfor direktivets bestemmelser samt domme fra EU-Domstolen vil blive inddraget med henblik på besvarelse af specialets problemformulering.

Med henblik på at besvare specialets problemformulering, tager analysen primært udgangspunkt i udbudslovens § 42, som analyseres i sammenhæng med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. For at sikre en korrekt forståelse af udbudslovens § 42's anvendelsesområde inddrages endvidere udbudslovens §§ 40-41, som fastlægger de overordnede rammer for udformningen af de tekniske specifikationer. Disse bestemmelser udgør den retlige kontekst for udbudslovens § 42 og bidrager hermed til fortolkningen af forbuddet mod henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. samt rækkevidden af de tilknyttede undtagelser.

Opbygningen af specialet er dermed, at der indledningsvist redegøres for udbudslovens relevante bestemmelser, hvorefter udbudsdirektivets bestemmelser, hvor det er relevant, inddrages med henblik på at fortolke de danske udbudsregler og dermed fastlægge gældende ret. Denne systematik er dog fraveget i afsnit 7, idet der er uoverensstemmelse mellem udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, hvorfor der først vil blive udarbejdet en analyse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, hvorefter der foretages en analyse af udbudslovens § 42. Dette uddybes i afsnit 7.

5. Udbudsrettens formål og principper

De grundlæggende udbudsretlige principper udgør det bærende fundament for fortolkningen og anvendelsen af udbudsreglerne, herunder reglerne om de tekniske specifikationer. Særligt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet har betydning for fastlæggelsen af, hvilke krav en ordregiver lovligt kan stille i forbindelse med offentlige indkøb. I det følgende vil de grundlæggende udbudsretlige principper blive gennemgået med henblik på at belyse de hensyn, der ligger bag reguleringen af de tekniske specifikationer og forbuddet i udbudslovens § 42.

5.1 Udbudsrettens formål

I Danmark bygger udbudsretten på en EU-retlig del i form af traktaterne og udbudsdirektivet og en national del i form af udbudsloven. Retskilderne forfølger ikke altid nødvendigvis samme formål. Overordnet set findes der en række EU-retlige formål, som er udbudsrettens primære formål, og en række nationale formål, som er udbudsrettens sekundære formål. Eftersom de nationale regler bygger på EU-retten, har de EU-retlige formål altså forrang for de nationale formål.³¹

5.1.1 De EU-retlige formål

TEUF indeholder bestemmelser, der giver EU hjemmel til at vedtage regler, der har til formål at harmonisere medlemsstaternes nationale regler for at fremme oprettelsen og funktionen af det indre marked. Udbudsdirektivet er netop vedtaget for at harmonisere medlemsstaternes nationale regler på udbudsrettens område og for at sikre, at der findes et indre marked for offentlige kontrakter.³²

EU-udbudsreglernes formål er således at fremme fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser mv. ved at sikre åben og fair konkurrence vedrørende offentlige kontrakter. Reglerne skal således være med til at forhindre, at medlemsstater favoriserer egne nationale virksomheder, samt sikre lige adgang til offentlige kontrakter for alle virksomheder i hele EU.³³

³¹ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 31-32

³² Ibid., s. 32

³³ Ibid., s. 32

EU-Domstolen har fastslået, at hovedformålet med udbudsdirektivet er at fjerne hindringer for den frie bevægelighed og beskytte virksomheder, der ønsker at byde på offentlige udbud i andre medlemsstater. Samtidig bidrager den effektive konkurrence til lavere priser, bedre kvalitet og innovation.³⁴

For at understøtte disse formål, indeholder EU-udbudsreglerne krav om ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet og forbud mod forskelsbehandling. Disse principper vil, som tidligere nævnt, blive gennemgået i afsnit 5.2.³⁵

5.1.2 De nationale formål

Medlemsstaterne kan, ud over de EU-retlige formål, forfølge nationale, sekundære formål. Udbudsreglernes nationale formål varierer mellem medlemsstaterne og kan f.eks. omfatte hensyn til bekæmpelse af korruption, miljømæssige hensyn, sociale hensyn mv. De nationale hensyn skal dog vedtages inden for rammerne af EU-retten, hvorfor de ikke kan tilsidesætte udbudsreglernes primære formål om at sikre fri bevægelighed og effektiv konkurrence i det indre marked.³⁶

I Danmark er udbudsdirektivet implementeret ved udbudsloven. Udbudslovens § 1 fastslår, at lovens formål er at fastlægge procedurer for offentlige indkøb, således at der sikres effektiv konkurrence og bedst mulig udnyttelse af offentlige midler. Udbudslovens formål adskiller sig fra udbudsdirektivets formål, idet fokus i udbudsloven i højere grad er rettet mod effektiv anvendelse af offentlige midler, modsat udbudsdirektivets formål om sikring af fri bevægelighed og lige adgang.³⁷

5.2 Grundlæggende principper

Ordregiver skal altid overholde de EU-retlige principper, som omfatter ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1.³⁸ Disse principper spiller en vigtig rolle ved fortolkningen af reglerne i udbudsloven.³⁹ Videre er der princippet om en lige og effektiv konkurrence, hvorved

³⁴ Ibid., s. 32-33

³⁵ Ibid., s. 33

³⁶ Ibid., s. 35-36

³⁷ Ibid., s. 36-37

³⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024, december). *Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne* (Version 2), s. 14

³⁹ Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 2017, s. 39

ordregiver ikke må udforme udbuddet med det formål at favorisere en enkelt eller visse tilbudsgivere eller stille den/dem mindre gunstigt, jf. udbudslovens § 2, stk. 2. Slutteligt er der et forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, jf. udbudslovens § 3, som også skal overholdes.

5.2.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre det er objektivt begrundet og proportionalt. Der skal således foreligge en saglig begrundelse, førend man kan forskelsbehandle ansøgere og tilbudsgivere.⁴⁰ Ordregiver har således pligt til at behandle alle tilbudsgivere lige i hele udbudsprocessen, altså fra de forberedende faser og til og med kontraktindgåelsen. Ordregiver skal dermed sikre, at alle tilbudsgivere får muligheden for at konkurrere på lige fod. Forbuddet mod forskelsbehandling indebærer således fastsættelse af et hvilket som helst usagligt kriterie, og ikke kun forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.⁴¹

Ligebehandlingsprincippet udspringer af TEUF, og skal dermed fortolkes i overensstemmelse med TEUF og udbudsdirektivet. Det betyder, at selvom et vilkår i udbudsmaterialet formelt gælder for alle tilbudsgivere, kan det være i strid med ligebehandlingsprincippet. Hvis f.eks. ordregiver skriver i udbudsmaterialet, at alle tilbudsgivere skal anvende produkt X, men kun en leverandør producerer produkt X, så udelukkes andre leverandører i praksis. Det er indirekte forskelsbehandling, og er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis kravet til anvendelsen af produkt X ikke er sagligt begrundet og proportionalt, og ordregiver har haft til formål at forskelsbehandle. Det er således ikke nok, at et krav står ens i udbudsmaterialet og gælder for alle tilbudsgivere, der skal også være realitet i, at tilbudsgiverne faktisk ligebehandles.⁴²

Ligebehandlingsprincippet gælder både i forhold til deltagende ansøgere og tilbudsgivere i udbudsprocessen og ikke-deltagende ansøgere og tilbudsgivere i udbudsprocessen. Det skyldes, at potentielle ansøgere måske havde deltaget i udbudsprocessen, såfremt udbudsmaterialet eller udbudsprocessen havde været udformet anderledes.⁴³

⁴⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024, december). *Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne* (Version 2), s. 14

⁴¹ *Ibid.*, s. 15

⁴² *Ibid.*, s. 14-15

⁴³ *Ibid.*, s. 15.

Ligebehandlingsprincippet indebærer ikke, at alle vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutrale for samtlige aktører på markedet. Ordregiver er således ikke forpligtet til at sænke deres krav, blot fordi kun få tilbudsgivere kan opfylde dem, så længe kravene er sagligt begrundet. Dette saglighedskrav indebærer, at ordregiver, ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af offentlige udbud, generelt skal handle sagligt.

Slutteligt har ordregiver en pligt til at undgå interessekonflikter, hvorved forstås, at en person hos ordregiver har personlige relationer eller interesser, som gør denne inhabil i forhold til det konkrete udbud.

5.2.2 Gennemsigtighedsprincippet

Det fremgår af EU-Domstolens domme, at gennemsigtighedsprincippet skal gøre det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt. Gennemsigtighedsprincippet indebærer for det første, at udbuddet skal være offentligt og tilgængeligt, således potentielle tilbudsgivere får en reel mulighed for at deltage i udbuddet og byde på opgaven. Herved forhindres det, at ordregiver vælger at indkøbe hos leverandører, som ordregiver på forhånd har en præference for, uden at andre leverandører får mulighed for at deltage i udbuddet og byde på opgaven.⁴⁴

For det andet indebærer gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver forud for udbuddet skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet i udbudsmaterialet. Herefter er ordregiver forpligtet til at handle i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet. Det betyder blandt andet, at ordregiver skal sikre, at tilbudsgiverne har adgang til alle relevante oplysninger om den udbudte kontrakt, at tildelingen af kontrakten skal ske på en gennemsigtig måde, at ordregiver skal begrunde sin beslutning om tildeling over for de afviste tilbudsgivere mv.⁴⁵

5.2.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet indebærer, at ordregiver kun må stille krav, der er egnede, nødvendige og forholdsmæssige i forhold til formålet med det pågældende indkøb. Det betyder, at udbudsprocessen skal tilrettelægges således, at kravene til potentielle ansøgere og

⁴⁴ Ibid., s. 15-16

⁴⁵ Ibid., s. 15-16.

tilbudsgivere står i rimeligt forhold til det konkrete køb og ikke går videre end nødvendigt for, at ordregivers saglige behov varetages.⁴⁶

Proportionalitetsprincippet gælder for alle de krav, som ordregiver stiller til tilbudsgiveren i udbudsmaterialet. Det indebærer, at de krav, som ordregiver stiller, ikke må indskrænke konkurrencen unødigt, f.eks. ved udelukkelse af visse tilbudsgivere uden saglig begrundelse. Desuden benyttes proportionalitetsprincippet ved ordregivers vurdering af, om en tilbudsgiver kan udelukkes, fordi de er omfattet af en udelukkelsesgrund. Slutteligt skal ordregiver tage hensyn til de omkostninger, som et krav medfører, og vurdere om eventuelle meromkostninger står i rimeligt forhold til det formål, der forfølges. Herunder skal ordregiver, ved fastsættelse af krav i udbudsmaterialet, tage hensyn til kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning, såfremt ordregiver er omfattet af de almindelige forvaltningsretlige regler.⁴⁷

Hverken praksis fra før udbudsdirektivet og udbudsloven fra EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud danner grundlag for at antage, at ordregiver i forlængelse af proportionalitetsprincippet har en pligt til at se igennem fingre med tilbudsgiveres manglende overholdelse af udbudsmaterialets krav eller til at give tilbudsgivere mulighed for at rette op på dette. Det betyder, at når man som tilbudsgiver vælger at deltage i et udbud, skal tilbudsgiver overholde tidsfrister, leve op til de tekniske specifikationer mv., idet tilbudsgivers tilbud ellers kan erklæres for ukonditionsmæssigt, og tilbudsgiver vil dermed kunne blive udelukket fra udbuddet. Dog følger det også af praksis, at fejl, som er bagatelagte eller betydningsløse, ikke kan danne grundlag for udelukkelse af udbuddet, og her er der et skærpet krav til hjemmelsgrundlaget, når ordregiver erklærer et tilbud for ukonditionsmæssigt.⁴⁸

5.2.4 Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet

Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet indebærer, at ordregiver ikke må behandle en tilbudsgiver ringere på baggrund af vedkommendes nationalitet. Det omfatter både direkte, indirekte og omvendt diskrimination. Ved direkte diskrimination er der udtrykkelig forskelsbehandling, hvorimod der ved indirekte diskrimination er neutrale krav, der reelt stiller udenlandske tilbudsgivere ringere end nationale tilbudsgivere uden saglig og proportional

⁴⁶ Ibid., s. 16.

⁴⁷ Ibid., s. 16

⁴⁸ Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 2017, s. 51

begrundelse. Omvendt diskrimination er, når nationale tilbudsgivere stilles ringere end udenlandske tilbudsgivere uden saglig og proportional begrundelse.⁴⁹

Forbuddet gælder for tilbudsgivere fra lande, der er medlem af EU eller EØS-aftalen, men også tilbudsgivere fra lande, der følger internationale forpligtelser i WTO's Agreement on Government Procurement (GPA).⁵⁰

De grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, danner grundlag for reguleringen i udbudsloven. Principperne kommer således konkret til udtryk i lovens regler om udformningen af udbudsmaterialet, herunder de tekniske specifikationer, som fastlægger rammerne for konkurrencen, og som vil blive gennemgået i det følgende afsnit 6.

⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024, december). *Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne* (Version 2). S. 16-17

⁵⁰ *Ibid.*, s. 17

6. Tekniske specifikationer

Nærværende afsnit har til formål at fastlægge de retlige rammer for ordregivers udformning af de tekniske specifikationer i et offentligt udbud, hvilket udgør det centrale vurderingsgrundlag for specialets problemformulering.

Reguleringen af de tekniske specifikationer udspringer af udbudsdirektivet, og er i dansk ret implementeret ved udbudsloven. Reglerne i udbudsloven og udbudsdirektivet har overordnet samme materielle sigte, men der kan forekomme forskelle i ordlyd og struktur. Udbudsloven henviser endvidere til udbudsdirektivets bilag, hvorfor fastlæggelsen af gældende ret tager udgangspunkt i udbudslovens regler, der fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivets ordlyd og systematik.

Afsnittet indledes med en redegørelse af definitionen af de tekniske specifikationer. Herefter gennemgås kravene til udformningen af de tekniske specifikationer, hvor sondringen mellem funktionskrav og henvisninger til standarder fastslås. Slutteligt behandles risikoen for konkurrencebegrænsning, som er tæt knyttet til forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i udbudslovens § 42.

6.1 Definition af de tekniske specifikationer

De tekniske specifikationer fastlægger de egenskaber, som en vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde skal besidde for at opfylde ordregivers behov. De udgør dermed den retlige ramme for beskrivelsen af kontraktens genstand og vil i praksis indgå som en del af kravspecifikationen i udbudsmaterialet.⁵¹

Reguleringen af de tekniske specifikationer findes i udbudsdirektivets artikel 42, som i dansk ret er implementeret ved udbudslovens §§ 40-45. Bestemmelserne har til formål at sikre, at ordregiver kan beskrive sit behov tilstrækkeligt præcist, samtidig med at kravene ikke udformes på en måde, der fører til kunstig begrænsning af konkurrencen. De tekniske specifikationer må således hverken medføre diskrimination eller skabe ubegrundede hindringer for markedets adgang til udbuddet.⁵²

⁵¹ KFST vejledning om udbudsreglerne, 2024, s. 146

⁵² Ibid., s. 146

Hvad begrebet “*tekniske specifikationer*” konkret omfatter, er nærmere defineret i udbudsdirektivets bilag VII, punkt 1, litra a og b, jf. udbudslovens § 40, stk. 1. Bilaget fastlægger, hvad der i direktivets forstand udgør en teknisk specifikation for hhv. bygge- og anlægskontrakter samt varekøbs- og tjenesteydelseskontrakter. Udbudsdirektivets bilag VII danner dermed det retlige grundlag for alle de former for krav, som kan betegnes som “*tekniske specifikationer*”. Det følger af udbudsdirektivets bilag VII, punkt 1, litra a, at de tekniske specifikationer i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter omfatter de tekniske krav, som fastlægger de krævede egenskaber ved materialer, produkter og indkøb, således at disse opfylder den anvendelse, ordregiver har bestemt. Disse egenskaber omfatter blandt andet krav vedrørende miljø- og klimapræstation, sikkerhed, funktionsdygtighed, dimensioner samt procedurer for kvalitetssikring, terminologi, symboler, afprøvning, produktionsprocesser og -metoder. Herudover omfatter de tekniske specifikationer regler om projektering og omkostningsberegning samt betingelser for afprøvning, kontrol og aflevering af bygge- og anlægsarbejdet, herunder krav til konstruktionsteknik og konstruktionsmetoder.⁵³

Ligeledes fremgår det af bilag VII, punkt 1, litra b, at de tekniske specifikationer i forbindelse med offentlige varekøbs- eller tjenesteydelseskontrakter omfatter de krævede egenskaber ved et produkt eller tjenesteydelse, herunder forhold vedrørende kvalitet, funktion, sikkerhed, mærkning, anvendelse samt produktionsprocesser og -metoder på ethvert tidspunkt i indkøbets eller tjenesteydelsens levetid.⁵⁴

Det kan udledes heraf, at de tekniske specifikationer ikke udelukkende omfatter selve produktionen eller leveringen af ydelsen, men at de også kan omfatte krav til andre faser i anskaffelsens livscyklus. Dette gælder både for bygge- og anlægsarbejder og varekøbs- og tjenesteydelseskontrakter. Adgangen til at fastsætte krav til andre faser er ikke udtrykkeligt reguleret i udbudsloven, men reguleret i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det fremgår, at sådanne krav skal være forbundet med kontraktens genstand og svare til kontraktens værdi og mål.⁵⁵

⁵³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, bilag VII

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 2017, s. 385-386

6.2 Udformningen af de tekniske specifikationer

Udbudslovens § 40, stk. 4, fastslår, at de tekniske specifikationer skal udformes, så økonomiske aktører har lige adgang til udbuddet. Dette indebærer, at kravene ikke må skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen, samtidig med at ordregiver har et vidt skøn ved fastsættelsen af kravene.⁵⁶ Ordregivers skøn ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer vil blive nærmere gennemgået i afsnit 6.3.

Måden, hvorpå de tekniske specifikationer kan udformes, følger af udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1-3. Ordregiver kan således udarbejde kravene på én af følgende tre måder:

1. Ved beskrivelse af funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, tekniske krav eller andre krav, forudsat at beskrivelsen er så præcis, at ansøgere og tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand.
2. Ved henvisning til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge, idet hver henvisning skal efterfølges af udtrykket eller tilsvarende:
 - a. Nationale standarder til gennemførelsen af europæiske standarder.
 - b. Europæiske tekniske vurderinger.
 - c. Fælles tekniske specifikationer.
 - d. Internationale standarder.
 - e. Andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer.
 - f. Nationale standarder.
 - g. Nationale tekniske godkendelser.
 - h. Nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af arbejderne og anvendelse af varerne.
3. Som en kombination af beskrivelse i henhold til nr. 1 og henvisning i henhold til nr. 2.⁵⁷

Måderne, hvorpå de tekniske specifikationer kan udformes, bliver gennemgået i de følgende afsnit 6.2.1 og afsnit 6.2.2.

⁵⁶ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 40, stk. 4

⁵⁷ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 41, stk. 1, nr. 1-3

6.2.1 Funktionskrav

Efter udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1, kan ordregiver udforme de tekniske specifikationer som krav til funktionsdygtighed eller som funktionskrav, tekniske krav eller andre krav. Denne fremgangsmåde adskiller sig fra henvisning til standarderne, jf. udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, ved, at ordregiver ikke fastlægger bestemte tekniske løsninger, men i stedet beskriver de resultater, effekter eller funktioner, som ydelsen skal opfylde.⁵⁸

Ved anvendelse af funktionskrav beskrives således ikke den konkrete fremgangsmåde eller de detaljerede specifikationer ved ydelsen. I stedet er fokus rettet mod det ønskede resultat af opgaveløsningen. Ordregiver overlader dermed til tilbudsgiveren at bestemme, hvordan kontrakten bedst opfyldes, og hvilke aktiviteter og løsninger der skal til for at opnå det resultat, som ordregiver kræver. Denne betydelige grad af frihed for tilbudsgiverne bidrager til kreativ og innovativ opgaveløsning, hvor tilbudsgiverne har mulighed for at komme med egne ideer til, hvordan en opgave løses bedst muligt.⁵⁹

Anvendelsen af funktionskrav forudsætter imidlertid, at kravene formuleres så præcist, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og ordregiver kan tildele kontrakten. Funktionskrav er dog ikke hensigtsmæssige på alle områder. I situationer, hvor ydelsen er så fast defineret, at der ikke er nogen mulighed for alternative løsningsforslag - f.eks. hvor kravene følger direkte af lovgivning - vil anvendelsen af funktionskrav ikke nødvendigvis være den mest fordelagtige løsning. Dette kan f.eks. være tilfældet ved indkøb af udstyr, der skal opfylde specifikke lovbestemte standarder, hvor ordregiver ikke har mulighed for at acceptere alternative tekniske løsninger. I praksis vil det derfor ofte være nødvendigt at kombinere funktionskrav med mere detaljerede tekniske krav eller henvisning til standarder.⁶⁰

Sammenhængen mellem funktionskrav og standarder kommer særligt til udtryk i udbudslovens § 44, stk. 1, hvoraf det følger, at ordregiver ikke kan afvise et tilbud med den begrundelse, at det ikke direkte opfylder funktionskravet, hvis tilbudsgiveren kan dokumentere, at den tilbudte løsning er i overensstemmelse med en af de standarder, der er nævnt i udbudslovens § 44, stk. 1, nr. 1-5, og at denne standard opfylder det stillede funktionskrav.⁶¹

⁵⁸ KFST vejledning om udbudsreglerne, 2024, s. 149

⁵⁹ Ibid., s. 149

⁶⁰ Ibid., s. 150

⁶¹ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 44, stk. 1, nr. 1-5

Det er tilbudsgiver, der bærer bevisbyrden for, at den anvendte standard reelt opfylder de funktionskrav, som ordregiver har fastsat, jf. udbudslovens § 44, stk. 2.⁶² Dette skal dokumenteres ved passende midler f.eks. testrapporter, certificering eller anden passende dokumentation.⁶³

6.2.2 Standarder

Udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, giver mulighed for at udarbejde de tekniske specifikationer ved at henvise til standarder eller andre tekniske specifikationer, som allerede indeholder relevante krav til kontraktens genstand. Hver henvisning skal efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende” for at sikre, at tilbudsgivere fra andre medlemslande kan anvende alternative, sammenlignelige standarder.⁶⁴

Begrebet “standard” er defineret i udbudsdirektivets bilag VII, punkt 2, som en teknisk specifikation vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk. Standarder opdeles i tre kategorier, herunder 1) international standard, 2) europæisk standard og 3) national standard.⁶⁵

Ordregiver skal følge et prioriteret normhierarki, som angiver, hvilke standarder der anvendes først, og hvilke der kun må anvendes, hvis højere prioriterede standarder ikke findes:

- a) Nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder
- b) Europæiske tekniske vurderinger
- c) Fælles tekniske specifikationer
- d) Internationale standarder
- e) Andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer
- f) Nationale standarder
- g) Nationale tekniske godkendelser

⁶² Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 44, stk. 2

⁶³ KFST vejledning om udbudsreglerne, 2024, s. 150

⁶⁴ Ibid., s. 150-151

⁶⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, bilag VII

- h) Nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af arbejderne og anvendelse af varerne⁶⁶

Hierarkiet angivet i udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, litra a-h, betyder, at ordregiver, som udgangspunkt, skal anvende standarder højere oppe på listen og kun må gå videre til lavere prioriterede standarder, hvis en højere standard ikke findes eller ikke yder tilstrækkelig præcis beskrivelse af den konkrete opgave.⁶⁷

Endvidere følger det af udbudslovens § 43, at når ordregiver henviser til en standard, må tilbud, der opfylder de fastsatte krav, ikke afvises, selvom den tilbudte løsning ikke lever op til den specifikke standard, hvis tilbudsgiveren med "passende midler", herunder f.eks. certificeringer, testrapporter mv., jf. udbudslovens § 47, kan godtgøre, at løsningen "på tilsvarende måde" opfylder standardens krav.⁶⁸

6.2.3 Rækkevidden af udbudslovens § 41, stk. 1

Udbudslovens § 41, stk. 1, er implementeret på baggrund af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3. Spørgsmålet om, hvorvidt udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, og dermed også udbudslovens § 41, stk. 1, er udtømmende, blev for nyligt behandlet af EU-Domstolen i dom af 16. januar 2025 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*. I sagen forelagde en belgisk domstol et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, som omhandler måderne, hvorpå de tekniske specifikationer kan udformes i udbudsmaterialet, og om denne bestemmelse tillader andre måder end de i stk. 3 nævnte.⁶⁹

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, indeholder eksplicit en opregning af tre metoder til udformning af de tekniske specifikationer: a) som funktionsdygtighed eller funktionelle krav, b) ved henvisning til tekniske specifikationer og standarder i en nærmere angivet rækkefølge, og c) som en kombination af disse to.⁷⁰ EU-Domstolen lagde vægt på den klare ordlyd i bestemmelsen, som fastslår, at de tekniske specifikationer "*affattes på en af følgende måder*" og udledte heraf, at det påhvilede ordregiver at formulere de tekniske specifikationer i

⁶⁶ Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 2017, s. 387

⁶⁷ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 41, stk. 1, nr. 2, litra a-h

⁶⁸ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, §§ 43 og 47

⁶⁹ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 21

⁷⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 3

overensstemmelse med et af disse eksempler og ikke efter en anden metode. Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, skal dermed forstås således, at bestemmelsen foretager en udtømmende opregning af metoder til udformning af de tekniske specifikationer. Dette følger også af generaladvokatens anførelser i dommens punkt 44. Det kan på baggrund heraf konkluderes, at såfremt EU-lovgiver havde tilsigtet at tillade yderligere metoder, ville hensigten herom have været udtrykt med en formulering såsom "kan formuleres".⁷¹ Den klare formulering i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, medfører derfor en pligt for ordregiver til at vælge mellem metoderne i litra a-d, medmindre de nationale tekniske forskrifter, der er forenelige med EU-retten, foreskriver noget andet.⁷²

EU-Domstolen præciserede samtidig, at den udtømmende opregning i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, gælder med forbehold for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, som indeholder specifikke undtagelser til reglerne om tekniske specifikationer.⁷³ Disse undtagelser bliver nærmere gennemgået i afsnit 7.1.2. Bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, fungerer således som en særlig undtagelse til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3.

DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV tydeliggør derfor, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, og dermed udbudslovens § 41, stk. 1, skal opfattes som udtømmende for de måder, hvorpå de tekniske specifikationer kan udformes, medmindre gældende nationale forskrifter foreskriver andet. Den retlige betydning heraf er, at ordregiver ikke kan beskrive de tekniske specifikationer uden for den ramme, som er givet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3.

6.3 Risikoen for konkurrencebegrænsning

Som nævnt i afsnit 6.1, er adgangen til at fastsætte krav vedrørende andre faser af en ydelses livscyklus reguleret i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 1, 2. pkt. Bestemmelsen fastslår, at sådanne krav, herunder krav til produktions- og leveringsprocesser, skal være forbundet med kontraktens genstand og svare til kontraktens værdi og mål. Dette hænger nært sammen med det grundlæggende proportionalitetsprincip, hvorefter ordregiver alene må fastsætte krav, der står i rimeligt forhold til det konkrete indkøb og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregivers konkrete saglige behov.

⁷¹ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 30

⁷² *Ibid.*, præmis 31

⁷³ *Ibid.*, præmis 32-34

I praksis indebærer dette, at ordregiver må foretage en afvejning mellem behovet for en detaljeret beskrivelse af ydelsen og hensynet til at sikre en effektiv konkurrence. En høj grad af detaljeringsniveau i de tekniske specifikationer kan være sagligt begrundet fra ordregivers side, men indebærer samtidig en risiko for, at kravene i realiteten tilpasses bestemte produkter eller løsninger, hvorved der kan opstå en situation, hvor konkurrencen indsnævres, fordi kun et begrænset antal af økonomiske aktører er i stand til at opfylde kravene.

Problemstillingen er behandlet i EU-Domstolens dom af den 25. oktober 2018 i sag C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika*, hvor EU-Domstolen tog stilling til grænserne for ordregivers skøn ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer. Sagen drejede sig om et udbud om indkøb af diagnostisk medicinsk materiel og udstyr, hvor klager gjorde gældende, at udbuddet indebar en uberettiget begrænsning af konkurrencen mellem leverandører, idet de fastsatte krav var meget specifikke, og at de reelt var tilpasset kendetegnene ved produkter fra bestemte producenter af blodanalyser.⁷⁴ Domstolen overlod det til den nationale ret at foretage den konkrete vurdering, men understregede samtidig, at overholdelse af kravene i udbudsdirektivets artikel 42 er særligt vigtigt, når de tekniske specifikationer er formuleret meget detaljeret:

“Overholdelsen af disse krav er så meget desto vigtigere, når, som i det foreliggende tilfælde, de tekniske specifikationer, der fremgår af udbudsbetingelserne, er affattet særligt detaljeret. Jo mere detaljerede de tekniske specifikationer er, desto større er risikoen således for, at en bestemt producents produkter prioriteres.”⁷⁵

Dommen illustrerer dermed, at det ved en høj detaljeringsgrad er vigtigt, at der foretages en vurdering af, hvorvidt dette er proportionalt, og dermed er det også relevant for ordregiver at vurdere, om de tekniske specifikationer reelt kan beskrives ved en lavere detaljeringsgrad, således ordregiver ikke øger sandsynligheden for at eliminere konkurrencen i markedet.

I forlængelse heraf skal det dog bemærkes, at det ikke i sig selv er i strid med udbudsreglerne, at kun et begrænset antal virksomheder kan opfylde de krav, der er fastsat af ordregiver.

⁷⁴ C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika*, præmis 10

⁷⁵ *Ibid.*, præmis 37

Dermed har ordregiver et vidt skøn ved fastlæggelsen af den udbudte ydelse, idet ordregiver, som udgangspunkt, er nærmest til at vurdere de behov, som ordregiver selv har. Dette princip fremgår også af *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika*, hvor EU-Domstolen fastslog, at:

*“EU-lovgivningen om tekniske specifikationer indrømmer den ordregivende myndighed et vidt skøn som led i affattelsen af et udbuds tekniske specifikationer.”*⁷⁶, og at *“Denne skønsmargen begrundes i den omstændighed, at det er de ordregivende myndigheder, som har bedst kendskab til de varer, som de har behov for, og som bedst kan fastlægge de krav, der skal opfyldes for at nå de ønskede resultater.”*⁷⁷

Udgangspunktet om, at ordregiver har et vidt skøn understøttes ligeledes af ordlyden i udbudslovens § 40, stk. 4, hvoraf det følger, at:

*“De tekniske specifikationer giver de økonomiske operatører mulighed for lige adgang til udbuddet, og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.”*⁷⁸

Anvendelsen af betegnelsen "ubegrundede hindringer" indebærer modsætningsvis, at ikke enhver konkurrencebegrænsende effekt er uforenelig med reglerne. Bestemmelsen forudsætter således, at der kan forekomme hindringer for konkurrencen, forudsat at disse er sagligt begrundet. Ordlyden afspejler dermed, at ordregiver tillægges et vist råderum ved fastlæggelsen af de tekniske specifikationer, herunder mulighed for at opstille krav, som kan have en begrænsende effekt på konkurrencen. Såfremt sådanne krav af konkurrencebegrænsende karakter ikke er saglige eller proportionale, vil der være tale om "ubegrundede hindringer", som bestemmelsen sigter på at forhindre.

Sammenfattende kan det således konkluderes, at ordregiver har et vidt skøn ved fastlæggelsen af tekniske specifikationer, hvilket understøttes af både praksis, herunder *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika*, og ordlyden af udbudslovens § 40, stk. 4, der alene forbyder

⁷⁶ Ibid., præmis 29

⁷⁷ Ibid., præmis 30

⁷⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 2

“ubegrundede hindringer” for konkurrencen. Dog er skønnet begrænset af proportionalitetsprincippet, og særligt når de tekniske specifikationer har en høj detaljeringsgrad skærpes kravet til, at de tekniske specifikationer er sagligt begrundede og dermed ikke eliminerer konkurrencen i markedet.

6.4 Delkonklusion

De tekniske specifikationer udgør en central del af udbudsmaterialet, idet de fastlægger rammerne for kontraktens genstand og de krav, som ordregiver har til den udbudte ydelse, og dermed hvilke krav tilbudsgiver skal opfylde. Reguleringen af de tekniske specifikationer i udbudslovens §§ 40-45 afspejler en grundlæggende balance mellem på den ene side hensynet til ordregivers behov for at kunne beskrive ydelsen så præcist som muligt, og på den anden side hensynet til at sikre, at konkurrencen i markedet bevares. Ordregiver har et vidt skøn ved fastlæggelsen og udformningen af de tekniske specifikationer, hvor ordregiver blandt andet kan vælge, om de tekniske specifikationer skal udformes ved beskrivelse af funktionskrav, henvisning til standarder eller en kombination af disse to. Ordregivers skøn er dog ikke ubegrænset. Det er underlagt de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvilket indebærer, at de tekniske specifikationer ikke må skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen. Samtidig følger det af domme fra EU-Domstolen, at særligt detaljerede krav øger risikoen for konkurrencebegrænsning, hvorfor en høj detaljeringsgrad i de tekniske specifikationer kræver, at ordregiver sagligt kan begrunde dette, og at den høje detaljeringsgrad samtidig er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Sammenfattende kan det dermed konkluderes, at de tekniske specifikationer skal udformes på en måde, der både sikrer, at ordregivers behov opfyldes, og samtidig opretholder en tilstrækkelig bred konkurrence i markedet.

7. Forbud mod henvisning til varemærker, fabrikater mv.

Som anført ovenfor inddrages udbudsdirektivets bestemmelser som fortolkningsbidrag til forståelsen af udbudslovens regler. I dette afsnit er fremstillingen dog struktureret anderledes end i de andre afsnit i specialet, idet der først udarbejdes en analyse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, i afsnit 7.1, før der udarbejdes en analyse af udbudslovens § 42 i afsnit 7.2. Denne fremgangsmåde afviger fra den generelle systematik i specialet, hvor udgangspunktet ellers er dansk ret i overensstemmelse med problemformuleringen. Årsagen hertil er, at der i forhold til forbuddet om henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. foreligger en uoverensstemmelse mellem direktivbestemmelsen og den danske implementering i udbudsloven. Udbudsdirektivet opstiller efter sin ordlyd to undtagelser til forbuddet, hvorimod udbudsloven ved en ordlydsfortolkning alene synes at indeholde én undtagelse til forbuddet (nærmere om dette i afsnit 7.1 og 7.2). Forskellen nødvendiggør, at direktivbestemmelsen analyseres først for at fastlægge det EU-retlige udgangspunkt. Dette understøttes af praksis fra Klagenævnet for Udbud, som har afsagt kendelser i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og ikke udbudslovens § 42. Ved efterfølgende at analysere udbudslovens § 42, med henvisning til direktivet, tydeliggøres det således, hvordan bestemmelsen fortolkes i lyset af EU-retten. Strukturen har derfor til formål at skabe klarhed over retsstillingen og sikre korrekt og direktivkonform fortolkning.

Analysen tager derfor først udgangspunkt i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, samt praksis fra EU-Domstolen. Det skal dog nævnes, at hvor det er relevant, vil der blive inddraget praksis fra Klagenævnet for Udbud allerede i denne del af specialets fremstilling. Dette sker ikke for at foregribe den særskilte behandling af dansk ret, som vil blive gennemgået i afsnit 7.2, men for at belyse, hvordan samme fortolkningsspørgsmål håndteres i en dansk kontekst, hvor udbudslovens § 42 netop implementerer udbudsdirektivets artikel 42. På den måde tjener praksis fra Klagenævnet for Udbud som et supplerende fortolkningsbidrag og har samtidig til formål at undgå unødige gentagelser i den senere analyse af udbudslovens § 42.

På baggrund af ovenstående vil udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4's anvendelsesområde og undtagelser blive behandlet i afsnit 7.1, hvorefter der efterfølgende foretages en særskilt analyse af udbudslovens § 42's ordlyd, forarbejder og den direktivkonforme fortolkning i afsnit 7.2.

7.1 Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4

Analysen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, har først og fremmest til formål at fastlægge bestemmelsens indhold på baggrund af ordlyden og praksis fra EU-Domstolen. Da bestemmelsen er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 42, inddrages der imidlertid også, hvor det er relevant, praksis fra Klagenævnet for Udbud som led i belysningen af bestemmelsens rækkevidde og praktiske anvendelse.

7.1.1 Analyse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4

I udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. pkt., er der indsat et forbud mod, at ordregiver i de tekniske specifikationer angiver eller henviser til bestemte varemærker, fabrikater mv., der favoriserer eller udelukker visse virksomheder i offentlige udbud.⁷⁹ Bestemmelsen lyder således:

*“Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, og de må ikke henvide til et bestemt varemærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres”.*⁸⁰

Baggrunden for forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. er, at en sådan henvisning kan påvirke konkurrencen ved at begrænse eller fordreje den, og det kan hermed blive uigennemsigtigt, hvilke krav ordregiver stiller i sine udbud.⁸¹

For at fastlægge anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, samt at fastlægge, hvordan bestemmelsen fortolkes i praksis, er det nødvendigt at inddrage relevante domme fra EU-Domstolen. Det er ikke nok at fastlægge bestemmelsens anvendelsesområde alene ud fra bestemmelsens ordlyd.

⁷⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4, 1. pkt.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 392

Det fremgår af domme fra EU-Domstolen, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, finder anvendelse i tilfælde, hvor ordregiver, enten direkte eller indirekte, har udformet de tekniske specifikationer således, at de knytter sig til bestemte varemærker, fabrikater mv., hvorved visse virksomheder favoriseres eller udelukkes fra det offentlige udbud. Dette ses f.eks. i EU-Domstolens dom af den 24. januar 1995 i sag C-359/93, *Kommissionen mod Nederlandene*, hvor ordregiver i udbudsbetingelserne havde angivet, at det ønskede operativsystem skulle være af mærket UNIX, hvorfor der var tale om en direkte henvisning til et varemærke. I 1995 var udbudsdirektivet ikke vedtaget af EU-Parlamentet og Rådet endnu, men en sådan henvisning var stadig forbudt efter det tidligere vareindkøbsdirektiv, og det var samtidig i strid med traktatens artikel 36 om varernes fri bevægelighed (tidligere EF-traktatens artikel 30), idet dette ville medføre, at visse virksomheder ikke ville kunne afgive bud, og kontrakten blev alene forbeholdt de virksomheder, der havde til hensigt at anvende det bestemte varemærke, jf. dommen præmis 27. I *Kommissionen mod Nederlandene* slog EU-Domstolen fast, at en henvisning til varemærker skulle efterfølges af formuleringen “eller dermed ligestillet”, for at en sådan henvisning var lovlig, jf. dommens præmis 25:

“Det bemærkes, at det efter artikel 7, stk. 6, i direktiv 77/62 er forbudt at anføre varemærker, uden tilføjelsen af angivelsen “eller dermed ligestillet”, når aftalens genstand ikke kan beskrives på anden måde ved hjælp af specifikationer, som er tilstrækkeligt nøjagtige og fuldstændig forståelige for alle interesserede”.⁸²

EU-Domstolens dom af den 3. december 2001 i sag C-59/00, *Bent Moustsen Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, handler, modsat *Kommissionen mod Nederlandene*, om direkte henvisning til et fabrikat og ikke et varemærke. I sagen krævede ordregiver, at udvendige døre skulle leveres af Hvidbjerg Vinduer. En tilbudsgiver ønskede i stedet at benytte sig af en tysk fabrikant.⁸³ I sagen *Bent Moustsen Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, henviste EU-Domstolen til den tidligere retspraksis, herunder *Kommissionen mod Nederlandene*. Dette fremgår af dommens præmis 22:

“[...] at i henhold til retspraksis vedrørende offentlige indkøb kan en undladelse af at tilføje bemærkningen “eller dermed ligestillet” efter angivelsen i udbudsbetingelserne af et bestemt

⁸² C-359/93, *Kommissionen mod Nederlandene*, præmis 27

⁸³ C-59/00, *Bent Moustsen Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, præmis 6

produkt ikke blot medføre, at erhvervsdrivende, der anvender systemer svarende til det pågældende produkt, undlader at afgive bud, men i strid med traktatens artikel 30 også skabe hindringer for indførsler i handelen inden for Fællesskabet, idet kontrakten herved alene forbeholdes leverandører, der har til hensigt at anvende det specielt angivne system (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 27)”.⁸⁴

Det er således tydeligt i sagen *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab*, at det er EU-Domstolens faste praksis, at der ikke må henvises til bestemte varemærker, fabrikater mv. Dette gælder også, når der er tale om offentlige udbud under tærskelværdierne⁸⁵, hvilket kan udledes af sagen *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab* præmis 4 og 24, idet der her var tale om et budgetbeløb for kontrakten, der var under tærskelværdierne i det tidligere indkøbsdirektiv.⁸⁶ Det betyder, at selvom udbudsdirektivet kun gælder for offentlige udbud over tærskelværdierne, så gælder EU-retten både for offentlige udbud over og under tærskelværdierne.

Hverken sagen *Kommissionen mod Nederlandene* eller sagen *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab* vedrører, hvornår det er muligt at henvise til et bestemt fabrikat eller varemærke, men derimod tilfælde, hvor ordregiver ulovligt undlader at acceptere tilsvarende produkter.⁸⁷ Spørgsmålet om undtagelser til forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og dermed hvornår det er muligt at henvise til et fabrikat eller varemærke, behandles i afsnit 7.1.2.

Sagen *Kommissionen mod Nederlandene* og sagen *Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab* vedrører, som tidligere nævnt, direkte henvisninger til varemærker og fabrikater, hvorfor dommene handler om de klassiske situationer, hvor ordregiver eksplicit i udbudsbetingelserne kræver anvendelsen af en bestemt kommerciel løsning. Som tidligere nævnt finder forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, også anvendelse, når der er tale om indirekte henvisninger. De indirekte henvisninger til varemærker, fabrikater mv. kan f.eks. opstå, når ordregiver ikke nævner mærket/fabrikatet, men beskriver kravene så snævert, at kun et eller få produkter kan opfylde dem. Domme om indirekte henvisninger til bestemte varemærker eller fabrikater fra EU-Domstolen er forholdsvis begrænset, men EU-Domstolen

⁸⁴ Ibid., præmis 22

⁸⁵ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 393

⁸⁶ C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, præmis 4 og 24

⁸⁷ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 393

har netop afsagt dom af den 16. april 2026 i sag C-568/24, *Sof Medica SA mod Spitalul Clinic Judetean de Urgenta Cluj-Napoca*. Sagen omhandlede et udbud om levering af en kirurgisk robot. I den forbindelse havde ordregiver opstillet en række tekniske specifikationer, herunder krav om, at robotten skulle være modulær og mobil, have en bestemt maksimal vægt, samt optage begrænset gulvplads.⁸⁸ Disse krav medførte i praksis, at sammenbyggede robotter blev udelukket fra at kunne opfylde kravene, og de såkaldte mobile robotter blev favoriseret.⁸⁹ Sof Medica, som er en leverandør af sammenbyggede robotter, gjorde gældende, at kravene var diskriminerende og i strid med udbudsdirektivets artikel 18 og 42.⁹⁰ EU-Domstolen indledte med at fastslå, at ordregiver ved fastlæggelsen af de tekniske specifikationer havde et vidt skøn, idet ordregiver var nærmest til at vurdere egne behov og de krav, der var nødvendige for at opfylde disse behov.⁹¹ Ordregivers skøn er imidlertid begrænset af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som indebærer, at der ikke må opstå uberettigede hindringer for konkurrence på baggrund af de tekniske specifikationer.⁹² EU-Domstolen fastslog herefter, at de pågældende krav falder ind under udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, hvis de i realiteten svarer til en henvisning til en bestemt type eller produktion, hvorved bestemte økonomiske aktører favoriseres eller udelukkes. Dette gælder, selvom ordregiver ikke udtrykkeligt henviser til et bestemt fabrikat.⁹³ På baggrund heraf udtalte EU-Domstolen, at krav, som de i sagen omhandlede, som udgangspunkt, skal ledsages af angivelsen “eller tilsvarende”, medmindre kravene uundgåeligt følger af kontraktens genstand.⁹⁴

Samlet set viser domme fra EU-Domstolen, at der er en konsekvent effektbaseret tilgang, idet henvisninger til bestemte varemærker eller fabrikater indebærer risiko for konkurrencebegrænsninger, hvilket er uforeneligt med EU-rettens grundlæggende principper og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Praksis viser således, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, skal anses som et værn mod ubegrundet favorisering og konkurrencebegrænsning, uanset om det skyldes direkte eller indirekte henvisninger.

⁸⁸ C-568/24, *Sof Medica SA mod Spitalul Clinic Judetean de Urgenta Cluj-Napoca*, præmis 20 og 22

⁸⁹ *Ibid.*, præmis 19 og 21

⁹⁰ *Ibid.*, præmis 21

⁹¹ *Ibid.*, præmis 37

⁹² *Ibid.*, præmis 38-39

⁹³ *Ibid.*, præmis 61

⁹⁴ *Ibid.*, præmis 62-64

7.1.1.1 Betingelser for anvendelsen af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. pkt., at betingelsen for at forbuddet finder anvendelse er, at henvisningen eller angivelsen af et bestemt varemærke, fabrikat mv. resulterer i, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres.⁹⁵

Der kan være nogle tilfælde, hvor en henvisning eller angivelse i de tekniske specifikationer ikke nødvendigvis resulterer i, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. Dette gælder f.eks. ved de facto-standarder, hvilket er tilfælde, hvor et bestemt produkt eller en bestemt løsning i praksis har opnået en så udbredt anvendelse, at det reelt fungerer som en standard. Det er dog i den juridiske litteratur omdiskuteret, hvorvidt varemærker kan anerkendes som udtryk for sådanne standarder. En de facto standard beror på markedsmæssig udbredelse og er ikke etableret gennem en autoritativ standardiseringsproces, hvorfor der er betydelige bevismæssige vanskeligheder ved vurderingen af, om et bestemt produkt eller en bestemt løsning udgør en de facto-standard.⁹⁶

Hertil kommer, at anvendelsen af varemærker som referencepunkter i de tekniske specifikationer i et offentligt udbud kan give anledning til gennemsigtmæssige betænkeligheder. En henvisning til et varemærke angiver bestemte funktionelle egenskaber, men kan også omfatte en række øvrige produktkarakteristika, som ikke nødvendigvis er relevante for ordregivers behov. Dette skaber uklarhed for tilbudsgiverne, idet det ikke ved angivelse af et varemærke fremgår entydigt af de tekniske specifikationer, hvilke egenskaber der er afgørende for kontraktens opfyldelse.⁹⁷

På baggrund af ovenstående må det antages, at henvisninger til bestemte varemærker, som udgangspunkt, indebærer en risiko for konkurrencefordrejning. Selv i tilfælde, hvor ordregiver anvender udtrykket "eller tilsvarende", vil varemærkeindehaveren typisk være den eneste aktør, der med sikkerhed kan lægge til grund, at dennes produkt opfylder kravspecifikationen. Dette forhold fremhæves i litteraturen som en central begrundelse for det generelle forbud mod

⁹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4, 1. pkt.

⁹⁶ Christensen: "Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter – en kommentar", U.2008B.112, afsnit 1.1

⁹⁷ Poulsen: "Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter", U.2008B.41, afsnit 1

henvisning til varemærker, fabrikater mv. i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.⁹⁸ Den restriktive tilgang til henvisninger til varemærker understøttes også af praksis fra EU-Domstolen, herunder sagen *Kommissionen mod Nederlandene*, som blev gennemgået i afsnit 7.1.1.⁹⁹ Klagenævnet for Udbud har en tilsvarende tilgang, hvilket ses i deres kendelse af 12. april 2005 i sagen *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*, hvor Klagenævnet for Udbud lagde vægt på, at ordregiver ikke kunne erstatte en objektiv og præcis beskrivelse af kontraktens genstand med henvisninger til referenceprodukter, når de ønskede egenskaber kunne beskrives ved funktionsbaserede krav.¹⁰⁰

7.1.2 Undtagelser til forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4

Som det blev beskrevet i afsnit 7.1, er der et forbud mod henvisning til varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. I bestemmelsen er der dog også nogle undtagelser til forbuddet. For det første er en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. tilladt, hvis kontraktens genstand gør det berettiget, jf. udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 1. pkt.:

*“Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, [...]”.*¹⁰¹

For det andet er en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3, jf. udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 2. pkt.:

*“En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3.”*¹⁰²

⁹⁸ Ibid., afsnit 3.4.1

⁹⁹ Ibid., afsnit 3.5

¹⁰⁰ Ibid., afsnit 4

¹⁰¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4, 1. pkt.

¹⁰² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4, 2. pkt.

Det fremgår dog af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 3. pkt., at anvendelsen af undtagelsen i 2. pkt. kræver, at angivelsen eller henvisningen til et bestemt varemærke, fabrikat mv. skal efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”.

7.1.2.1 “eller tilsvarende”

Som tidligere nævnt vil kravet om angivelse af “eller tilsvarende” fastlægges med udgangspunkt i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4’s ordlyd og praksis fra EU-Domstolen. Kravet om angivelse af “eller tilsvarende” har imidlertid givet anledning til omfattende dansk praksis, hvorfor der i nærværende afsnit inddrages kendelser fra Klagenævnet for Udbud med henblik på at fastslå, hvordan undtagelsen anvendes i relation til udbudslovens § 42. Formålet med gennemgangen er således at belyse undtagelsens nærmere indhold og rækkevidde på tværs af EU-retlig og national praksis. De nedenfor omtalte kendelser fra Klagenævnet for Udbud er i flere tilfælde afsagt før ikrafttrædelsen af udbudsloven i 2016. På dette tidspunkt var Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter gældende, hvilket i dansk ret var implementeret ved bekendtgørelse 2011 712. Selvom kendelserne således er afsagt før ikrafttrædelsen af den nugældende udbudslov, vurderes de fortsat at være relevante, da ordlyden af bestemmelserne om de tekniske specifikationer i det tidligere direktiv i det væsentlige er videreført i den nugældende udbudslov.

Undtagelsen om henvisning med tilføjelsen “eller tilsvarende” følger af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, 2. og 3. pkt. Heraf fremgår det, at en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. undtagelsesvis er tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, det vil sige ved funktionskrav eller ved henvisning til tekniske standarder. I sådanne undtagelsestilfælde skal henvisningen altid efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”, hvilket sikrer, at konkurrencen holdes åben for tilbudsgivere, der kan levere produkter med tilsvarende egenskaber.¹⁰³

¹⁰³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4

Dette princip blev fastslået i EU-Domstolens dom af den 24. januar 1995 i sag C-359/93, *Kommissionen mod Nederlandene*, som omhandlede udbud af levering og vedligeholdelse af en meteorologisk station.¹⁰⁴ Den nederlandske ordregivende myndighed havde i udbudsbekendtgørelsen blandt andet nævnt, at det ønskede operativsystem skulle være af mærket UNIX, men undlod at tilføje udtrykket “eller dermed ligestillet”, som var kravet i det daværende direktiv 77/62. EU-Domstolen fastslog, at sådanne mangler udgør en tilsidesættelse af direktivet¹⁰⁵, og dommen understreger således, at henvisninger til produkter af et bestemt mærke uden tilføjelsen “eller dermed ligestillet” kan begrænse konkurrencen og skabe hindringer for handel på tværs af medlemsstaterne.

På nationalt niveau er dette princip gentaget i en række kendelser fra Klagenævnet for Udbud. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 1. marts 1999 i sagen *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse*, havde ordregiver angivet, at altanlukningssystemet skulle være som fabrikat EK-Viktoria eller et i alle henseender tilsvarende altanlukningssystem.¹⁰⁶ Klagenævnet for Udbud fastslog, at henvisningen til referenceproduktet var i strid med bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, idet den udbudte ydelse kunne være beskrevet på anden måde. I forlængelse heraf udtalte Klagenævnet for Udbud, at henvisningen til EK-Viktoria som referenceprodukt ikke indebar en klar beskrivelse af det udbudte, og at udbudsbetingelserne ikke indeholdt en så nøjagtig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte, som kræves efter ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. På baggrund heraf fandt Klagenævnet for Udbud, at afvisning af tilbuddet som ukonditionsmæssigt var ugyldig.¹⁰⁷ Kendelsen understreger, at selv når “eller dermed ligestillet” formelt nævnes, er brugen af referenceprodukter ulovlig, hvis kontraktens genstand kunne beskrives tilstrækkeligt nøjagtigt og forståeligt uden henvisning til et bestemt fabrikat.

Som yderligere perspektiv fremhæver Rosenmeier og Helsteen til kendelsen af 1. marts 1999, at selv hvis man formelt tilføjer “eller dermed ligestillet”, er henvisning til referenceprodukter kun tilladt, hvis kontraktens genstand gør det nødvendigt, og hvis ordregiver ikke kunne give en tilstrækkelig præcis og forståelig beskrivelse uden referenceproduktet. I praksis kan ønsket

¹⁰⁴ C-359/93, *Kommissionen mod Nederlandene*, præmis 5

¹⁰⁵ *Ibid.*, præmis 23

¹⁰⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. marts 1999, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse*, s. 2

¹⁰⁷ *Ibid.*, s. 7-8

om at henvise til et bestemt produkt være økonomisk motiveret - f.eks. for at spare teknikerbistand, der ellers vil være nødvendig ved udarbejdelsen af specifikationer og vurderingen af tilbuddene på det pågældende punkt - men dette kan ikke legitimeres, hvis udbuddet ligger over tærskelværdier, der gør teknisk bistand økonomisk forsvarlig. Iver Pedersen supplerer hertil, at henvisning til referenceprodukter kan være lovlig, når det drejer sig om komplekse bygningsdele (systemleverancer), og referencen alene tjener som overordnet beskrivelse af funktionalitet, kvalitet og arkitektur, og der samtidig præciseres, hvilke krav der skal opfyldes. Når referencen derimod bruges til at fravælge tilbud baseret på delvise detaljer uden klare krav, er den ulovlig, også selv med "eller dermed ligestillet".¹⁰⁸

Samme linje ses i Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 12. april 2005 i sagen *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*, dog var der i denne sag ikke angivet formuleringen "eller tilsvarende". I sagen havde ordregiver i udbudsbetingelserne angivet bestemte belysningsarmaturer som referenceprodukter. Dette var ikke tænkt som et absolut fabrikatskrav, men som en angivelse af det ønskede kvalitets- og funktionsniveau.¹⁰⁹ Ordregiver afviste imidlertid tilbuddet med den laveste pris som ukonditionsmæssigt, fordi de tilbudte armaturer, efter ordregivers vurdering, afveg for meget fra referenceprodukterne.¹¹⁰ Klagenævnet for Udbud fandt for det første, at henvisningen til referenceprodukterne var i strid med varemærkeforbudsbestemmelsen i det da gældende bygge- og anlægsgodkendelseslovs § 42. Dette skyldes, at ordregiver ikke havde godtgjort, at de ønskede egenskaber ikke kunne beskrives ved tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige specifikationer. Det blev tillagt vægt, at beskrivelserne af referenceprodukternes egenskaber var korte og lette at formulere, hvilket talte for, at det ikke havde været umuligt for ordregiver at beskrive kontraktens genstand ved brug af tilstrækkelige nøjagtige og forståelige specifikationer. Det centrale i kendelsen er imidlertid, at Klagenævnet for Udbud kobede denne overtrædelse direkte til princippet om gennemsigtighed i vurderingen af tilbuddene. Da det ikke på forhånd var klart, hvilke egenskaber ved referenceprodukterne, der var afgørende, opstod der et fortolkningsrum, som ordregiver efterfølgende anvendte til at afvise tilbuddet. Klagenævnet for Udbud udtalte på denne baggrund, at ordregiver ikke kunne udnytte den uklarhed, som henvisningen til referenceprodukterne selv havde skabt, til efter eget skøn at afvise tilbud som

¹⁰⁸ Ibid., s. 8-9

¹⁰⁹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 12. april 2005, *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*, s. 11

¹¹⁰ Ibid., s. 12-13

ukonditionsmæssige. Kendelsen viser dermed, at henvisningen til referenceprodukter er uberettiget, hvis kravene kan beskrives ved specifikationer uden henvisning til varemærke.¹¹¹

Som tidligere fastslået i *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse*, er ordregiver ikke altid sikret ved at anvende formuleringen “eller dermed ligestillet”, hvis kontraktens genstand kunne være beskrevet tilstrækkeligt nøjagtigt og forståeligt uden henvisning til et bestemt fabrikat. Dette princip fastslog Klagenævnet for Udbud derudover også i kendelse af 19. maj 2009 i sagen *Anker Hansen & Co. A/S mod Rudersdal Kommune*, hvor Klagenævnet for Udbud fandt, at det udgjorde en overtrædelse af bestemmelsen, at der var henvist til et referenceprodukt, selvom de tekniske krav kunne beskrives uden at henvise til et fabrikat. Ligeledes blev det fastslået i Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 12. marts 2009 i sagen *Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune*, at henvisning til fabrikater og varemærker for toner og blækpatroner ikke var berettiget. Kendelserne illustrerer, at Klagenævnet for Udbud ikke vurderer lovligheden ud fra, om henvisningen er ledsaget af formuleringen “eller tilsvarende”, men ud fra en vurdering af, om ordregiver overhovedet har været berettiget til at anvende undtagelsen. Kendelserne viser, at det afgørende er, om behovet uden vanskelighed kan beskrives ved funktionskrav eller tekniske specifikationer, hvorfor ordregiver slet ikke havde adgang til at anvende referenceprodukter.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 6. januar 2023 i sagen *Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune* tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om ordregiver i udbudsmaterialet kunne medtage opgørelser over tidligere forbrug med angivelse af bestemte produktnavne uden samtidig at anvende udtrykket “eller tilsvarende”. Klagenævnet for Udbud accepterede dette og lagde vægt på, at de pågældende produktangivelser ikke indgik som led i kravspecifikationen, men alene havde karakter af oplysende baggrundsmateriale, der skulle gøre tilbudsgiverne i stand til at prissætte tilbuddet på et realistisk grundlag.¹¹² Kendelsen adskiller sig dermed principielt fra den praksis, hvor henvisninger til bestemte fabrikater eller referenceprodukter indgår som led i beskrivelsen af den ydelse, der skal leveres. I disse situationer - som blandt andet i *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*, *Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening* og *Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune* - bliver produktangivelsen en del af de tekniske specifikationer og bliver omfattet af

¹¹¹ Ibid., s. 14-15

¹¹² Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 6. januar 2023, *Mediq Danmark /D mod Høje-Taastrup Kommune*, s. 36-37

forbuddet i udbudslovens § 42, medmindre betingelserne for at anvende “eller tilsvarende” er opfyldt. I *Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune* var der imidlertid ikke tale om en angivelse af, hvad der skulle leveres, men om en beskrivelse af ordregivers historiske forbrug. Kendelsen illustrerer således, at det ikke er selve anvendelsen af produktnavne, der er afgørende i udbudsretlig henseende, men den funktion, de har i udbudsmaterialet. Såfremt produktnavne anvendes som led i kravspecifikationerne, aktualiseres problemstillingen om ulovlige henvisninger til udbudslovens § 42 og kravet om “eller tilsvarende”. Anvendes de derimod alene som informativt baggrundsmateriale til brug for tilbudsgivers prissætning, falder de uden for denne problemstilling.¹¹³

Lovbemærkningerne til udbudslovens § 42 understøtter forståelsen om, at der kan være situationer, der legitimerer en henvisning til et bestemt varemærke, fabrikat mv. Det fremgår heraf, at indkøbets kompleksitet eller andre særegne forhold undtagelsesvist kan legitimere en henvisning til et bestemt varemærke, fabrikat mv., jf. udbudslovens § 42, stk. 1, efterfulgt af udtrykket “eller tilsvarende”, når det ikke er muligt at foretage en tilstrækkelig nøjagtig eller forståelig beskrivelse af kontraktens genstand. Som eksempel på en sådan situation kan nævnes restaurering af fredede bygninger, hvor der efter lovgivningen kan gælde krav om, at bygningens æstetiske udtryk ikke må ændres. I sådanne situationer kan det være relevant at stille krav om produkter med en bestemt oprindelse eller fremstillingsproces, hvis disse medfører særlige æstetiske eller andre egenskaber, som det ikke er muligt at sikre gennem en generel beskrivelse af behovet.¹¹⁴

Opsummerende viser lovbe­mærkningerne, at adgangen til at henvise til et bestemt varemærke, fabrikat mv. i disse tilfælde ikke beror på et ønske om at begrænse konkurrencen, men på et reelt problem vedrørende beskrivelsen af behovet. Henvisningen til et bestemt varemærke, fabrikat mv. fungerer således som et præciseringsværktøj, der gør det muligt for ordregiver at tydeliggøre sit behov, samtidig med at konkurrencen opretholdes gennem kravet om, at henvisningen skal efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”. Dermed er der ikke tale om en selvstændig og bred adgang til at kræve bestemte produkter, men om en snæver undtagelse begrundet i, at ordregivers behov ikke kan beskrives tilstrækkeligt præcist på anden måde.

¹¹³ Ibid., s. 36-37

¹¹⁴ Lovforslag nr. L19 af 7. oktober 2015

7.1.2.1.1 Bevisbyrden for “eller tilsvarende”

Bestemmelsen om, at henvisninger til varemærker, fabrikater mv. skal ledsages af udtrykket “eller tilsvarende”, indeholder ikke i sig selv nogen angivelse af, *hvem* der skal godtgøre, at et tilbudt produkt faktisk er tilsvarende.

Når ordregiver vælger at beskrive de tekniske specifikationer gennem funktionskrav eller ved at henvise til standarder, jf. udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, følger det af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 5-6, at et tilbud ikke kan afvises, hvis tilbudsgiveren i sit tilbud påviser, at den tilbudte løsning på tilsvarende vis opfylder de fastsatte tekniske krav.¹¹⁵

Af præambelbetragtning nr. 74 til udbudsdirektivet fremgår det i den forbindelse, at:

“For at dokumentere, at der er tale om en tilsvarende ordning, bør det kunne kræves, at tilbudsgiverne fremlægger verificeret dokumentation fra tredjepart. Anden relevant dokumentation, såsom teknisk dokumentation fra fabrikanten, bør dog også tillades, hvis den pågældende økonomiske aktør ikke har adgang til sådanne certifikater eller testrapporter eller ikke har mulighed for at fremskaffe dem inden for de fastsatte frister, forudsat at den pågældende økonomiske aktør dermed dokumenterer, at bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne opfylder de krav eller kriterier, der er fastsat i de tekniske specifikationer, tildelingskriterierne eller vilkårene for gennemførelse af kontrakten.”¹¹⁶

I henhold til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, hvor en sådan bevisbyrde ikke er klart beskrevet i direktivet, får præambelbetragtningerne og forståelsen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 5-6's betydning. Særligt relevant er i denne forbindelse EU-Domstolens dom af den 12. juli 2018 i sag C-14/17, *VAR og ATM*. Sagen handlede om et udbud om levering af reservedele til busser af mærket IVECO, hvor udbudsmaterialet gav mulighed for at tilbyde enten originale reservedele, eller reservedele der var “tilsvarende”.¹¹⁷ De originale reservedele var nærmere specificeret ved et bestemt fabrikat, mens tilsvarende reservedele var defineret som dele, der var fremstillet af en anden producent, men som kunne dokumentere at have

¹¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 5-6

¹¹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, præambelbetragtning 74

¹¹⁷ C-14/17, *VAR og ATM*, præmis 10

samme kvalitet som de originale reservedele.¹¹⁸ Samtidig var det angivet, at tilsvarende reservedele skulle være typegodkendt eller ledsaget af dokumentation for overensstemmelse med de originale reservedele.¹¹⁹ Der deltog to tilbudsgivere i udbuddet: 1) producenten af de originale reservedele, og 2) en anden virksomhed, som tilbød tilsvarende reservedele.¹²⁰ Kontrakten blev tildelt virksomheden, som tilbød tilsvarende reservedele, og producenten af de originale reservedele gjorde herefter gældende, at den vindende tilbudsgiver ikke i sit tilbud havde dokumenteret, at de tilbudte reservedele faktisk var tilsvarende.¹²¹

Dommen angår fortolkningen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 4,¹²² men bestemmelsen svarer materielt til reglerne i det gældende udbudsdirektiv og udbudslovens § 42, stk. 2. Dommens præmisser må derfor anses for værende udtryk for et generelt udbudsretligt princip.

EU-Domstolen skulle herefter tage stilling til, om en ordregiver, der henviste til et bestemt mærke med tilføjelsen “eller tilsvarende”, var forpligtet til at kræve, at tilbudsgiver allerede ved afgivelsen af tilbuddet dokumenterede, at det tilbudte produkt var tilsvarende referenceproduktet. EU-Domstolen fastslog for det første, at adgangen til at henvise til et bestemt fabrikat med tilføjelsen “eller tilsvarende” er en undtagelse, der skal fortolkes restriktivt¹²³, hvilket også følger af praksis gennemgået i afsnit 7.1.2.1. Imidlertid indeholder dommen også et væsentligt bidrag til forståelsen af, *hvem* der bærer bevisbyrden, hvis “eller tilsvarende” anvendes. EU-Domstolen fastslog udtrykkeligt, at når en tilbudsgiver tilbyder et “tilsvarende” produkt, skal tilbudsgiver allerede i sit tilbud dokumentere, at produktet er tilsvarende med referenceproduktet.¹²⁴ Dokumentationen heraf kan ske på enhver passende måde, f.eks. ved producentdokumentation eller afprøvningsrapporter, men det afgørende er tidspunktet, idet dokumentationen skal foreligge ved tilbudsafgivelsen.¹²⁵ Dette følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Hvis tilbudsgiverne blot kunne vente til efter tilbudsafgivelsen med at redegøre for, hvorvidt det tilbudte produkt er tilsvarende

¹¹⁸ Ibid., præmis 12

¹¹⁹ Ibid., præmis 13

¹²⁰ Ibid., præmis 14

¹²¹ Ibid., præmis 14-19

¹²² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (2014/25/EU), artikel 60, stk. 4

¹²³ C-14/17, VAR og ATM, præmis 26

¹²⁴ Ibid., præmis 35

¹²⁵ Ibid., præmis 23

referenceproduktet, ville tilbudsgiverne ikke være underlagt samme betingelser på tidspunktet for ordregivers vurdering af tilbuddene.¹²⁶

Dommen placerer således bevisbyrden for “eller tilsvarende” hos tilbudsgiveren. Dermed er det ikke ordregiver, der skal undersøge, om et tilbud reelt er tilsvarende referenceproduktet, men i stedet er det tilbudsgivers ansvar at sandsynliggøre dette klart og tilstrækkeligt i selve tilbuddet.

Yderligere er dommen også et eksempel på, hvorfor problematikken omkring referenceprodukter ofte er praktisk vanskelig, idet desto mindre ordregiver har beskrevet, hvilke egenskaber ved referenceproduktet, der er afgørende, desto vanskeligere bliver det for tilbudsgiveren at dokumentere, hvad der skal til for at være “tilsvarende”. Det var også netop denne situation, der udspillede sig i sagen *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*¹²⁷, da det ikke på forhånd havde været klart for tilbudsgiverne, hvilke egenskaber ved referenceprodukterne udbyderen lagde vægt på.

Samtidig fastslog EU-Domstolen, at ordregiver har et skøn med hensyn til, hvordan tilbudsgiverne skal dokumentere, at et tilbudt produkt er tilsvarende referenceproduktet. Dette skøn er dog ikke frit, og de dokumentationsformer, som ordregiver accepterer, skal reelt sætte ordregiver i stand til at foretage en saglig og kvalificeret vurdering af tilbuddene, og kravene må ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for dette formål. Dokumentationskravene må således ikke udformes på en måde, der skaber unødige eller ubegrundede hindringer for konkurrencen.¹²⁸

7.1.2.2 Kontraktens genstand berettiger henvisning til varemærker, fabrikater mv.

Da praksis fra EU-Domstolen i henhold til denne undtagelse er begrænset, inddrages der også kendelser fra Klagenævnet for Udbud. Disse anvendes ikke som en selvstændig analyse af dansk ret, men indgår i afsnittet som fortolkningsbidrag til forståelsen af, hvornår kontraktens genstand kan begrunde en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv.

¹²⁶ Ibid., præmis 30

¹²⁷ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 12. april 2005, *Mariendal El-Teknik A/S mod Nordjyllands Amt*

¹²⁸ Ibid., præmis 34

Udover undtagelsen beskrevet i forrige afsnit 7.1.2.1, hvor anvendelsen “eller tilsvarende” er tilladt, når kontraktens genstand ikke kan beskrives tilstrækkeligt klart, indeholder udbudsdirektivet artikel 42, stk. 4, endnu en undtagelse til forbuddet om henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. Bestemmelsen åbner muligheden for, at en sådan henvisning kan være tilladt, hvis det er begrundet i kontraktens genstand. Således er der ved denne anden undtagelse tale om en situation, hvor selve behovet, der skal opfyldes ved kontrakten, kan nødvendiggøre en angivelse af et bestemt varemærke, fabrikat mv.¹²⁹

Denne undtagelse indebærer - i modsætning til undtagelsen “eller tilsvarende” - at bestemte potentielle tilbudsgivere udelukkes fra at give tilbud, da der ikke ved denne undtagelse er mulighed for at tilbyde tilsvarende, ligeværdige produkter og ydelser. Dette taler også for, at undtagelsen må fortolkes særdeles snævert, og at undtagelsen er endnu mere restriktiv, end den i forvejen snævre afgrænsede adgang til at anvende “eller tilsvarende”. Dette afspejles også i retspraksis, som i henhold hertil er sparsomt, f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008 i sagen *Brøndum A/S mod Ringgården*, hvor Klagenævnet for Udbud fandt det berettiget at henvise til et bestemt varemærke.¹³⁰ Sagen handlede om et udbud af VVS-arbejde og omfattede herunder vedligeholdelse af et stort antal lejligheder, hvor VVS-udstyr skulle udskiftes, fordi det enten ikke virkede længere, eller fordi det var forældet.¹³¹ Klagenævnet for Udbud fandt i den pågældende sag, at:

“Ved indgåelsen af en sådan kontrakt har indklagede som udlejer af lejlighederne en interesse i, at denne vedligeholdelse af og udskiftning af VVS-udstyret i lejlighederne sker med VVS-elementer, som enten, så vidt det er muligt, helt svarer til de VVS-elementer, som i forvejen er i lejlighederne, eller dog med VVS-udstyr, som harmonerer bedst muligt med de VVS-elementer, der i forvejen er i lejligheden. Indklagede har derfor under udbuddet af en kontrakt af denne beskaffenhed været berettiget til i det omfang, som det er sket, i udbudsbetingelserne at henvise til varemærker og specifikke VVS-produktionsnumre”¹³²

¹²⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 42, stk. 4

¹³⁰ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Ringgården*, s. 16

¹³¹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Ringgården*, s. 16 samt Hamer, Carina, *Grundlæggende udbudsret*, 2016, s. 393-394

¹³² Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 5. november 2008, *Brøndum A/S mod Ringgården*, s. 16

Kendelsen viser dermed, at der kan være tilfælde, hvor det er berettiget at henvise direkte til et bestemt varemærke, fabrikat mv., når kontraktens genstand tilsiger det. Samtidig må det imidlertid konstateres, at praksis på området er yderst begrænset, hvilket understøtter, at undtagelsen er restriktiv og kun anvendes i særligt begrundede tilfælde.

Et beslægtet synspunkt ses i EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025 i sagen C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*. Det følger af dommen, at der kan foreligge situationer, hvor en henvisning til et bestemt materiale er lovlig, fordi den uundgåeligt følger af kontraktens genstand, og at sådanne situationer f.eks. kan være, når materialekravet er begrundet i æstetik eller i behovet for at tilpasse bygge- og anlægsarbejdet sine omgivelser.¹³³ Generaladvokaten illustrerer også dette princip i sit forslag til afgørelse med et eksempel om reovering af en historisk bygning, hvor udbudsbetingelserne kræver anvendelse af samme type sten og samme herkomst ved den oprindelige opførelse. I et sådant tilfælde er materialevalget ikke udtryk for en vilkårlig eller konkurrencebegrænsende præference, men en direkte konsekvens af kontraktens genstand, nemlig bevaringen af bygningens arkitektoniske og kulturhistoriske integritet.¹³⁴

Dommen og generaladvokatens bemærkninger illustrerer, at æstetiske hensyn og hensynet til omgivelserne kan udgøre en legitim begrundelse for at stille krav om bestemte materialer, men kun hvor kravet er objektivt nødvendigt og tæt knyttet til kontraktens genstand. Det afgørende er således, om materialevalget fremstår som en uundgåelig følge af det resultat, ordregiver søger at opnå, og ikke blot som en præference, der kunne være realiseret gennem alternative løsninger.

7.1.2.2.1 Kompatibilitetssituationer

I forrige afsnit 7.1.2.2 er undtagelsesmuligheden vedrørende kontraktens genstand blevet gennemgået, og i den forbindelse er det relevant at inddrage lovbemærkningerne til udbudslovens § 42, idet de udtrykkeligt angiver kompatibilitet som en situation, hvor en henvisning til et bestemt varemærke, fabrikat mv. kan være berettiget i henhold til kontraktens genstand. Det fremgår heraf, at hvis ordregiver har behov for, at et indkøb er kompatibelt med ordregivers eksisterende produkter, kan ordregiver efter omstændighederne henvise til det

¹³³ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 60

¹³⁴ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024, præmis 76 samt note 30

eksisterende produkt, som det nye indkøb skal være kompatibelt med. Ordregiver kan dermed i disse situationer angive et bestemt varemærke, fabrikat mv. med henblik på at tydeliggøre behovet.¹³⁵

Retspraksis understøtter, at henvisning til et bestemt varemærke, fabrikat mv. grundet kompatibilitet forudsætter, at der foreligger et reelt og konkret kompatibilitetsbehov. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018 i sagen *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*, tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om en ordregiver lovligt kunne inddrage anvendelsen af en bestemt open source-software som led i tilbudsevalueringen. Udbuddet var opdelt i to delaftaler, og sagen vedrørte delaftale 2 om udvikling og vedligeholdelse.¹³⁶

Ordregiver anvendte på udbudstidspunktet databaseprogrammet DB2, men ønskede fremadrettet at skifte til MySQL. I udbudsbetingelserne fremgik det, at der ved vurderingen af underkriteriet "Kvalitet" ville blive lagt positivt vægt på tilbuddenes beskrivelse af overgangen til MySQL.¹³⁷ MySQL var open source-software og var frit tilgængelig, men var samtidig et konkret databaseprodukt.¹³⁸ Den hidtidige leverandør, EG A/S, afgav tilbud, men opnåede en lavere score for beskrivelsen af skiftet, herunder fordi EG A/S havde begrænset kendskab til MySQL.¹³⁹ EG A/S klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og gjorde gældende, at henvisningen til MySQL var i strid med udbudslovens § 42, som indeholder et principielt forbud mod at henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv.¹⁴⁰

Klagenævnet for Udbud behandlede sagen i forbindelse med spørgsmålet om opsættende virkning og tog derfor foreløbigt stilling til, om klagen havde noget på sig (fumus). Klagenævnet for Udbud udtalte, at MySQL - også i open source-versionen - måtte anses for "fabrikat" i udbudslovens § 42's forstand. Det var ikke afgørende, at henvisningen ikke fremgik som et egentligt mindstekrav, men som et konkurrenceparameter under kvalitetsvurderingen.

¹³⁵ Lovforslag nr. LF 19 af 7. oktober 2015

¹³⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 18. maj 2018, EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v. Region Nordjylland, s. 2

¹³⁷ Ibid., s. 8-9

¹³⁸ Ibid., s. 15

¹³⁹ Ibid., s. 15

¹⁴⁰ Ibid., s. 2

En henvisning til et bestemt produkt kan nemlig påvirke evalueringen og dermed reelt stille tilbudsgivere, der ikke arbejder med netop dette produkt, dårligere.¹⁴¹

Endvidere fandt Klagenævnet for Udbud, at det ikke var godtgjort, at henvisningen til MySQL var nødvendig af hensyn til kompatibilitet med eksisterende systemer, eller at betingelserne i udbudslovens § 42 i øvrigt var opfyldt. Der var derfor udsigt til, at klagen ville blive taget til følge.¹⁴² Betingelsen om fumus var således opfyldt, men da uopsættelighed ikke var godtgjort, blev klagen ikke tillagt opsættende virkning. Efterfølgende annullerede ordregiver udbuddet, og klagen blev trukket tilbage.¹⁴³

Kendelsen er interessant i forhold til kompatibilitet, fordi den viser, at der eksisterer en undtagelse vedrørende kompatibilitet, men at undtagelsen til hovedreglen ikke omfatter den situation, hvor det eksisterende udstyr defineres og indgår i et samtidigt udbud, som i sagen *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*. Sagen og kendelsen hertil understøtter dermed også, at ordregiver ikke blot kan henvise til et bestemt varemærke, fabrikat mv. med henvisning til kompatibilitet, men at en sådan henvisning skal være sagligt begrundet.

En mere lempelig tilgang ses i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. maj 2023 i sagen *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, hvor Klagenævnet for Udbud tog stilling til en række indsigelser i forbindelse med et omfattende offentligt udbud af en rammeaftale om levering af computere, tilbehør og tilknyttede serviceydelser.¹⁴⁴ Udbuddet var iværksat af indkøbscentralen SKI og var opdelt i to delaftaler. Delaftale 1 omfattede leveringer til administrativt brug, mens delaftale 2 omfattede leveringer til skolebrug m.m.¹⁴⁵

Ordregiver tildelte begge delaftaler til den samme tilbudsgiver, Comm2IG. Dustin A/S, der var den hidtidige leverandør af de udbudte ydelser, og som havde afgivet ukonditionsmæssige tilbud på både delaftale 1 og 2, klagede til Klagenævnet for Udbud.¹⁴⁶

I udbudsbetingelsernes afsnit 4, fremgår følgende:

¹⁴¹ Ibid., s. 20-21

¹⁴² Ibid., s. 21

¹⁴³ Ibid., s. 1

¹⁴⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, s. 9

¹⁴⁵ Ibid., s. 4

¹⁴⁶ Ibid., s. 4

”SKI kan have henvist til standarder, fabrikater, varemærker eller patenter mv. i de tekniske specifikationer, jf. udbudslovens § 41, stk.1, nr. 2 og § 42. SKI har bestræbt sig på, at enhver sådan henvisning er efterfulgt af udtrykket eller tilsvarende. Såfremt en sådan henvisning ved en fejl ikke er efterfulgt af udtrykket eller tilsvarende, skal henvisningen dog i alle tilfælde forstås inklusive formuleringen eller tilsvarende. Det betyder, at tilbuddet skal være i overensstemmelse med standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv., der henvises til, eller på tilsvarende måde opfylde de krav, som er angivet i eller udtrykt ved standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv. Såfremt tilbuddet ikke er i overensstemmelse med standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv., der henvises til, men opfylder kravene på tilsvarende måde, skal tilbudsgiver i sit tilbud med passende midler, herunder de bevismidler, der er nævnt i udbudslovens § 47, godtgøre, at tilbuddet på tilsvarende måde opfylder de krav, der er angivet i eller udtrykt ved standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv.”¹⁴⁷

Således fremgår det af udbudsbetingelserne, at SKI havde anført heri, at de tekniske specifikationer kunne indeholde henvisninger til standarder, fabrikater, varemærker, patenter mv., og at ordregiver i givet fald havde bestræbt sig på, at enhver sådan henvisning var efterfulgt af udtrykket “eller tilsvarende”. Det fremgik endvidere, at hvis en henvisning ved en fejl ikke var ledsaget af udtrykket “eller tilsvarende”, skulle den under alle omstændigheder fortolkes som inkluderende tilsvarende produkter eller ydelser.

Imidlertid var kun nogle af henvisningerne efterfulgt af angivelsen “eller tilsvarende”. Klager gjorde gældende, at denne generelle og til dels sporadiske anvendelse af “eller tilsvarende” medførte, at kravene blev uklare og uigennemsigtige. Efter klagers opfattelse var det ikke tilstrækkeligt klart, hvilke egenskaber et “tilsvarende” produkt skulle opfylde for at være konditions-mæssigt. Ifølge klager førte dette i realiteten til en favorisering af de leverandører, der producerede eller forhandlede Microsoft- og Google Chrome-baserede produkter.¹⁴⁸

SKI fremhævede på sin side, at ordregiver efter forarbejderne til udbudslovens § 42 havde ret til at henvise til eksisterende produkter, som det ønskede indkøb skulle være kompatibelt med.

¹⁴⁷ Ibid., s. 25

¹⁴⁸ Ibid, s. 70

SKI henviste til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2022 i sagen *Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden*, som støtte for, at sådanne henvisninger kan være i overensstemmelse med udbudslovens § 42.¹⁴⁹

Klagenævnet for Udbud fandt, at SKI havde redegjort for, at henvisningerne var begrundet i behovet for kompatibilitet med de forpligtede kunders eksisterende IT-miljøer. At “eller tilsvarende” ikke konsekvent var anført ved samtlige henvisninger, førte ikke i sig selv til, at kravene var i strid med udbudslovens § 42 eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Klagenævnet for Udbud bemærker desuden, at ordregiver har et bredt skøn ved fastlæggelsen af deres indkøbsbehov samt ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes, jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. december 2020 i sagen *MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen*.¹⁵⁰

Praksis viser, at undtagelsen til udbudslovens § 42 og udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ofte diskuteres eller forsøges anvendt i særligt tekniske udbud af IT-ydelser, f.eks. i sagen *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland* og sagen *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*. Det fremgår af sagen *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, at ordregiver, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 42 samt blandt andet Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2017 i sagen *SimaTech A/S mod Region Sjælland*, i sådanne udbud kan have et sagligt og legitimt behov for, at nyindkøbt software er kompatibelt med eksisterende IT-miljøer. I den forbindelse er det lovligt at angive bestemte produkter eller systemer som reference for kompatibilitet uden at supplere med udtrykket “eller tilsvarende”, da en løsning i praksis ikke kan være kompatibel med et generisk “tilsvarende” IT-miljø.¹⁵¹

7.1.2.2.2 Bevisbyrden ved henvisning til varemærker, fabrikater mv. grundet kontraktens genstand

Det fremgår direkte af lovbemærkningerne til udbudslovens § 42, at ordregiver bærer bevisbyrden for, at kontraktens genstand gør en henvisning til et bestemt varemærke, fabrikat

¹⁴⁹ Ibid., s. 75

¹⁵⁰ Ibid., s. 108

¹⁵¹ Ibid., s. 71 + 108

mv. berettiget.¹⁵² I sagen *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S* fastslår Klagenævnet for Udbud yderligere, at:

“Det er ordregiverens bevisbyrde, at betingelserne for at bruge undtagelsen er opfyldt, jf. bl.a. også EU-Domstolens dom af 12. juli 2018, sag C-14/17, VAR og ATM.”¹⁵³

Klagenævnet for Udbud bemærkede dog samtidig, at Dustin A/S ikke havde fremlagt konkrete eksempler på, at henvisningerne til specifikke varemærker, fabrikater mv. ikke sikrer kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø hos aftagerne.¹⁵⁴ Dette illustrerer, at selvom bevisbyrden formelt ligger hos ordregiver, spiller tilbudsgiverens argumentation sandsynligvis stadig en rolle. En fortolkning af Klagenævnet for Udbuds udtalelse i denne kendelse kunne derfor antyde, at bevisbyrden for berettigelsen af en henvisning skulle bæres af tilbudsgiver i stedet for ordregiver. En sådan forståelse anses dog imidlertid ikke for at være i overensstemmelse med øvrig praksis, hvoraf det kan udledes, at ordregiver bærer bevisbyrden for, at henvisningen til et varemærke, fabrikat mv. er berettiget under hensyn til kontraktens genstand. Dette understøttes blandt andet i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017 i sagen *Omada A/S mod Københavns Kommune*, hvor ordregiver forsøgte at kræve, at tilbud skulle baseres på et navngivet softwareprodukt uden at kunne dokumentere, at dette produkt alene kunne opfylde behovet for kompatibilitet. Ordregiver havde heller ikke anvendt angivelsen “eller tilsvarende”, hvilket fuldstændigt udelukkede andre tilbudsgivere, der kunne levere produkter med tilsvarende funktionalitet. Klagenævnet for Udbud fastslog, at ordregiver derfor ikke havde bevist, at anvendelsen af undtagelsen var berettiget, og at konkurrencen var blevet indskrænket.¹⁵⁵ Kendelsen er dermed endnu et eksempel på, at det er ordregiver, der skal løfte bevisbyrden, hvilket ikke havde været tilfældet i denne sag.

På trods af Klagenævnet for Udbuds udtalelser i *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, må det derfor konkluderes, at det alene er ordregiver, der bærer bevisbyrden for, at henvisningen falder inden for undtagelsens anvendelsesområde.

¹⁵² Lovforslag nr. L19 af 7. oktober 2015

¹⁵³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 11. maj 2023, *Dustin A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*, s. 108

¹⁵⁴ *Ibid.*, s. 108

¹⁵⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2017, *Omada A/S mod Københavns Kommune*, s. 36

7.2 Udbudslovens § 42

På baggrund af analysen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, i afsnit 7.1, analyseres udbudslovens § 42 i nærværende afsnit. Formålet med analysen af udbudslovens § 42 er ikke at gentage analysen af forbuddet og undtagelsernes materielle indhold i afsnit 7.1, men derimod at undersøge, hvordan man i dansk ret har implementeret udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, samt om ordlyd, forarbejder og dansk praksis giver grundlag for samme forståelse som i direktivet.

7.2.1 Analyse af udbudslovens § 42

I udbudsloven er der også, som i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indsat et forbud mod, at ordregiver i de tekniske specifikationer angiver eller henviser til bestemte varemærker, fabrikater mv. Dette fremgår af udbudslovens § 42, som implementerer udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, i dansk ret. Udbudslovens § 42 lyder således:

“Stk. 1. En ordregiver må ikke i de tekniske specifikation, jf. § 40,

- 1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller*
- 2) henviser til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.*

Stk. 2. En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen eller tilsvarende”.¹⁵⁶

Det materielle indhold i udbudslovens § 42 minder på mange måder om det materielle indhold i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Baggrunden for begge bestemmelser er, at en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. kan påvirke konkurrencen ved at begrænse eller fordreje den.¹⁵⁷ Derudover er det en betingelse for begge bestemmelser, at en henvisning til

¹⁵⁶ Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025, § 42

¹⁵⁷ Hamer, Carina, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 392

bestemte varemærker, fabrikater mv. resulterer i, at visse virksomheder favoriseres eller elimineres, for at en sådan henvisning er omfattet af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42. Dette fremgår direkte af bestemmelseernes ordlyd. Dog er bestemmelseernes materielle indhold vedrørende undtagelser til forbuddet ikke helt ens, og dette vil blive gennemgået i afsnit 7.2.2.

Ligesom ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, skal der ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for udbudslovens § 42 inddrages relevant retspraksis. I dette tilfælde anvendes kendelser fra Klagenævnet for Udbud, idet vi har med en dansk bestemmelse at gøre. Dog skal domme fra EU-Domstolen også anvendes som fortolkningsbidrag til udbudslovens § 42, idet der er pligt til EU-konform fortolkning, jf. EU-Domstolens dom af den 10. april 1984 i sag C-14/83, *Von Colson*.

Det følger af kendelser fra Klagenævnet for Udbud, at udbudslovens § 42 finder anvendelse i tilfælde, hvor ordregiver, enten direkte eller indirekte, har udformet de tekniske specifikationer således, at de knytter sig til bestemte varemærker, fabrikater mv., hvorved visse virksomheder favoriseres eller udelukkes fra at deltage i det offentlige udbud. Dette ses f.eks. i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. oktober 2019 i sagen *Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden*, hvor ordregiver havde lavet en "inspirationsliste" med specifikke produktnavne og designere af lamper. Her tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om denne "inspirationsliste" udgjorde en indirekte henvisning til varemærker og fabrikater, der begrænsede konkurrencen i miniudbuddet. Region Hovedstaden havde anført, at "inspirationslisten" alene skulle give tilbudsgiveren et indtryk af det ønskede designmæssige udtryk¹⁵⁸, men det fremgik af evalueringsmodellen, at der blev tildelt maksimale point til den "bedst kendte løsning", hvilket efter materialets opbygning måtte forstås som de produkter, der fremgik af inspirationslisten. Det betød således, at de tilbud, der afveg fra de produkter, der fremgik af inspirationslisten, ville blive vurderet som mindre fordelagtige.¹⁵⁹ Denne kendelse illustrerer således, at ordregiver ikke kan omgå forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker eller fabrikater ved at neutralisere formuleringer indeholdende bestemte varemærker eller fabrikater, hvis strukturen af udbudsmaterialet alligevel reelt favoriserer disse bestemte produkter eller visse virksomheder. Det var tilfældet i ovennævnte sag, hvor producenter/leverandører af andre

¹⁵⁸ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 11. oktober 2019, *Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden*, s. 7

¹⁵⁹ *Ibid.*, s. 33

fabrikater blev forhindret i at konkurrere på kvalitet og design, fordi de ikke kunne specialfremstille lamper, som lignede dem på inspirationslisten, uden at risikere at handle i strid med originalproducentens ejendomsrettigheder.¹⁶⁰

Klagenævnet for Udbud har i flere sager taget stilling til direkte henvisninger til bestemte varemærker eller fabrikater i de tekniske specifikationer i offentlige udbud. Et illustrativt eksempel er Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2018 i sagen *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*. I sagen havde ordregiver angivet, at det udbudte system skulle understøtte driftsafvikling på databasesystemet MySQL, hvilket også fremgik som et konkurrenceparameter i kravspecifikationen. Klagenævnet for Udbud fastslog, at MySQL blev anset for et bestemt fabrikat, hvorved henvisningen var omfattet af udbudslovens § 42.¹⁶¹ Desuden blev det fastslået, at tilbudsgivere med mere begrænset erfaring med MySQL risikerede en dårligere vurdering af deres tilbud, hvorfor henvisningen resulterede i, at visse virksomheder blev favoriseret eller elimineret, hvilket er en betingelse for, at en henvisning til et bestemt varemærke eller fabrikat er forbudt efter udbudslovens § 42. Herefter vurderede Klagenævnet for Udbud, om henvisningen alligevel kunne anvendes, fordi kontraktens genstand ikke kunne beskrives tilstrækkeligt præcist på anden måde, hvor henvisningen skulle efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”. Klagenævnet for Udbud fastslog i den forbindelse, at det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at kravet om anvendelse af et bestemt fabrikat eller varemærke er begrundet i hensynet til kompatibilitet med eksisterende udstyr eller andre tungtvejende tekniske hensyn. Ordregiver havde ikke i denne konkrete sag løftet bevisbyrden herfor samtidig med, at henvisningen ikke var efterfulgt af udtrykket “eller tilsvarende”. Ordregiver havde således handlet i strid med udbudslovens § 42.¹⁶²

Samlet set viser kendelser fra Klagenævnet for Udbud, at udbudslovens § 42 anvendes ud fra en tilsvarende effektbaseret tilgang som den, der følger af EU-Domstolens praksis ved fortolkningen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Klagenævnet for Udbud lægger således afgørende vægt på, om henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. indebærer en risiko for at visse virksomheder elimineres eller favoriseres, og hvis dette er tilfældet, undersøges det om undtagelserne i udbudslovens § 42, stk. 2, finder anvendelse. Kendelser fra

¹⁶⁰ Ibid., s. 33

¹⁶¹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 18. maj 2018, *EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland*, s. 20

¹⁶² Ibid., s. 21

Klagenævnet for Udbud viser dermed, at udbudslovens § 42, ligesom udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, fungerer som et værn mod ubegrundet favorisering og konkurrencebegrænsning, uanset om det skyldes direkte eller indirekte henvisninger.

7.2.2 Sammenligning med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42 regulerer begge et forbud mod, at ordregiver må henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, samt undtagelser til dette forbud. Udbudsloven er implementeret i dansk ret på baggrund af udbudsdirektivet, hvorfor bestemmelserne har et fælles formål, nemlig at sikre effektiv konkurrence og forhindre favorisering eller eliminering af visse virksomheder. Ordlyden af de to bestemmelser er dog ikke ens, hvorfor det er relevant at undersøge, om de har det samme materielle indhold.

Ud fra en ordlydsfortolkning åbner udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, op for en fortolkning af, hvorvidt den består af to undtagelsesmuligheder, nemlig:

- 1) Kontraktens genstand gør det berettiget, og
- 2) En tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand kan ikke lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3, samt at en sådan angivelse eller henvisning efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”.

Det er blevet slået fast i EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025, C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder to undtagelser til forbuddet mod at angive eller henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv.¹⁶³ Der henvises til specialets afsnit 7.1.2 for uddybning af de to undtagelser.

Udbudslovens § 42, stk. 2, indeholder derimod kun én undtagelse. Her kan en henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. være tilladt, såfremt en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til udbudslovens § 41, stk. 1, og at henvisningen efterfølges af udtrykket “eller tilsvarende”. Det er tydeligt ud fra en ordlydsfortolkning, men det fremgår også af lovbemærkningen til udbudsloven, at udbudslovens § 42 alene indeholder én undtagelse til forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv., hvilket kan ses i nedenstående udtalelse fra lovgiver:

¹⁶³ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 50 og 51

*”I forhold til artikel 42, stk. 4, er det i § 42, stk. 2, præciseret, at bestemmelsen alene indeholder en undtagelse til hovedreglen om, at der ikke kan henvises til et bestemt fabrikat mv.”.*¹⁶⁴

Det betyder, at den danske lovgiver har lagt til grund, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ikke opstiller to selvstændige undtagelser, men derimod én samlet undtagelse. Fortolkningen bygger på udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4's opbygning, hvorefter andet led indledes med formuleringen *“en sådan angivelse eller henvisning”*. Lovgiver har herved antaget, at betingelsen om kontraktens genstand gør henvisningen berettiget, må læses i sammenhæng med kravet om, at en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelsen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, og at henvisningen skal efterfølges af udtrykket *“eller tilsvarende”*.¹⁶⁵ Som tidligere gennemgået kan det konkluderes, at EU-Domstolen ikke er enig i denne fortolkning af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, jf. *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, som fastslår, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, indeholder to alternative undtagelsesmuligheder.¹⁶⁶

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42 har stort set det samme materielle indhold. Det eneste der adskiller sig er undtagelserne, hvor udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder to undtagelser, jf. *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*¹⁶⁷, hvorimod udbudslovens § 42, stk. 2, kun indeholder én undtagelse, jf. bemærkning til udbudslovens § 42.¹⁶⁸ Det må dog antages, at udbudsloven skal fortolkes direktivkonformt, hvilket er blevet bekræftet i Klagenævnet for Udbuds kendelse, *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* af den 11. juli 2025. Af kendelsen fremgår følgende:

*“Udbudslovens § 42, stk. 2, skal fortolkes direktivkonformt, og bestemmelsen må derfor – uanset det anførte i forarbejderne – fortolkes således, at også ”kontraktens genstand” i sig selv undtagelsesvist kan gøre det berettiget at anvende henvisninger som omtalt i bestemmelsens stk. 1”.*¹⁶⁹

¹⁶⁴ Bemærkninger for lov nr. 1564 af 15/12/2015, jf. lovforslag nr. LF 19 af 7. oktober 2015, § 42

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 50 og 51

¹⁶⁷ Ibid., præmis 50 og 51

¹⁶⁸ Bemærkninger for lov nr. 1564 af 15/12/2015, jf. lovforslag nr. LF 19 af 7. oktober 2015, § 42

¹⁶⁹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. juli 2025, *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*, s. 64

På baggrund af ovenstående kan det således konstateres, at til trods for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42, stk. 2, forskelligheder i ordlyd og systematik, så vil undtagelsesadgangen i dansk ret ikke være snævrere end efter udbudsdirektivet. Dette skyldes, at udbudsdirektivet skal implementeres som minimum i dansk ret, hvilket indebærer en pligt til direktivkonform fortolkning. At Klagenævnet for Udbud anlægger en sådan fortolkning af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, fremgår blandt andet af *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*.

Som nævnt i afsnit 4.2.4 har det også været diskuteret i juridisk litteratur, at forarbejderne til udbudsloven skal anvendes med forsigtighed, netop fordi Klagenævnet for Udbud i flere sager er gået direkte imod udbudslovens forarbejder. Dette reagerede den danske lovgiver for nylig på ved at fremsætte forslag til lov til ændring af udbudsloven (L 113) af 18. februar 2026. Forslaget indebærer en ændring af udbudslovens § 42, blandt andet på baggrund af *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, hvor EU-Domstolen blandt andet fastslog, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, består af to undtagelser og ikke kun én. Lovforslaget foreslår blandt andet, at udbudslovens § 42 skal ændres og formuleres som nedenstående, så det bliver tydeligt, at der er to undtagelser til hovedreglen om, at der ikke må henvises til bestemte varemærker, fabrikater mv.:

“Ordregiver må ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40, angive en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, og må ikke henvide til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Stk. 2. En sådan angivelse eller henvisning kan uanset stk. 1 i særlige tilfælde anvendes, hvis

- 1) kontraktens genstand gør det berettiget, eller*
- 2) en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1.*

Stk. 3. I det i stk. 2, nr. 2, omhandlede tilfælde skal angivelsen eller henvisningen efterfølges af formuleringen “eller tilsvarende”.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Lovforslag nr. L 113 af 18. februar 2026, s. 1-2

Forslaget til lovændringen, herunder ændringen af udbudslovens § 42, stk. 2, begrundes med, at EU-Domstolen i nyere praksis, nemlig *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, fastslår at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, indeholder to undtagelser til forbuddet mod at angive eller henvis til bestemte fabrikater mv., hvorfor den danske lovgiver har set et behov for at tydeliggøre dette i udbudslovens § 42 samt lovbemærkningerne hertil.¹⁷¹

Hvor den tidligere ordlyd i udbudslovens § 42 kunne give indtryk af en mere begrænset undtagelsesadgang end efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, synes den foreslåede ændring af udbudslovens § 42 i det væsentlige at afspejle direktivets struktur og indhold. Selvom formuleringerne ikke er fuldstændig identiske, fremstår bestemmelseernes materielle indhold og sigte sammenfaldende. Begge bestemmelser består nu af et forbud mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv., og to (og ikke længere kun én) undtagelsesmuligheder. Ændringen vil understøtte den retstilstand, som allerede har udviklet sig i dansk praksis gennem Klagenævnet for Udbuds direktivkonforme fortolkning. Lovændringen anses dermed blot som en kodificering og præcisering af gældende ret snarere end en egentlig materiel nyskabelse. Såfremt lovforslaget vedtages, vil udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42 få samme retlige rækkevidde.

I forlængelse heraf skal det dog bemærkes, at lovforslaget ikke nåede at blive behandlet og dermed vedtaget, idet der efter fremsættelsen blev udskrevet folketingsvalg i Danmark. Efter dansk statsretlig praksis bortfalder alle ikke-færdigbehandlede lovforslag ved Folketingets opløsning i forbindelse med valg. Som det fremgår af Folketingets egen vejledning, bortfalder alle sager, der ikke er færdigbehandlet inden valgdagen, og et lovforslag må således fremsættes på ny i det efterfølgende Folketing, hvis det ønskes gennemført.¹⁷²

På den baggrund er forslag til lov om ændring af udbudsloven (L 113) af 18. februar 2026 bortfaldet. Lovforslaget kan dog fortsat tillægges en vis retlig relevans som fortolkningsbidrag. Det afspejler lovgivers opfattelse af behovet for at tilpasse udbudsloven til EU-retten, herunder en anerkendelse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, må forstås som indeholdende to selvstændige undtagelser.

¹⁷¹ Ibid., s. 20

¹⁷² Folketinget (s.d). Hvad sker der med lovforslag, beslutningsforslag og spørgsmål, når der er udskrevet valg?

Det må imidlertid samtidig understreges, at et bortfaldet lovforslag har begrænset retskildemæssig værdi. Vurderingen af gældende ret må derfor fortsat baseres på en direktivkonform fortolkning af udbudslovens § 42 i lyset af udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis.

7.3 Delkonklusion

Ovenstående analyse viser, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42 begge indeholder et grundlæggende forbud mod, at ordregiver henviser til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, såfremt en sådan henvisning medfører, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. Formålet med bestemmelserne er at sikre en fair og effektiv konkurrence, samt gennemsigtighed i offentlige udbud ved at forhindre, at ordregiver indirekte eller direkte begrænser konkurrencen gennem udformningen af udbudsmaterialet, herunder de tekniske specifikationer.

Domme fra EU-Domstolen viser, at forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, fortolkes ud fra en effektbaseret tilgang, hvor det afgørende element er, om henvisningen indebærer en risiko for konkurrencebegrænsning, og hvis det er tilfældet, undersøges det om henvisningen alligevel er lovlig, fordi den er omfattet af en af undtagelserne til bestemmelsen. Dette gælder både ved direkte henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. og ved indirekte henvisninger, hvor der ikke nævnes et bestemt varemærke, fabrikat mv., men kravene udformes så snævert, at kun bestemte produkter i praksis kan opfylde dem. Samme effektbaseret tilgang ses i praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Analysen viser endvidere, at selvom der findes undtagelser til forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42, så er adgangen til at henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. snæver. Efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, kan henvisninger til bestemte varemærker, fabrikater mv. undtagelsesvis anvendes, når kontraktens genstand gør det berettiget, eller når kontraktens genstand ikke kan beskrives tilstrækkeligt præcist uden en sådan henvisning, og at henvisningen efterfølges med udtrykket "eller tilsvarende". Retspraksis viser samtidig, at disse undtagelser fortolkes restriktiv, og at det som udgangspunkt påhviler ordregiver at godtgøre, at betingelserne for at anvende en henvisning er opfyldt.

Slutteligt kan det ud fra analysen konkluderes, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42 ikke har helt samme materielle indhold, idet udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ud fra en ordlydsfortolkning har to undtagelsesmuligheder, hvilket også er blevet fastslået af EU-Domstolen dom af den 16. januar 2025 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, hvorimod udbudslovens § 42, stk. 2, alene består af én undtagelse ud fra en ordlydsfortolkning, hvilket også fremgår af lovbemærkningerne til udbudsloven. Dog ses det i kendelser fra Klagenævnet for Udbud, at Klagenævnet for Udbud går direkte imod udbudslovens lovbemærkninger, og dermed fortolker udbudsloven direktivkonformt, hvorved Klagenævnet for Udbud vurderer, at udbudslovens § 42, stk. 2, også har to undtagelsesmuligheder. Dette har den danske lovgiver reageret på i et nyt lovforslag fra 18. februar 2026, hvor lovgiver blandt andet lægger op til at ændre udbudslovens § 42, stk. 2's, ordlyd, således den er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, hvorved den også kommer til at indeholde to undtagelsesmuligheder.

Det er nu blevet analyseret, hvad udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og udbudslovens § 42's anvendelsesområde er, og om bestemmelserne indeholder én eller to undtagelsesmuligheder. Herefter er spørgsmålet, om ordregivers henvisning til bestemte materialer også er omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42, hvilket vil blive behandlet i afsnit 8.

8. Er henvisning til materialer omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42?

Det fremgår ikke direkte af ordlyden i udbudslovens § 42, hvorvidt forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, også omfatter et forbud mod henvisning til eller angivelse af bestemte materialer. Tilsvarende er spørgsmålet ikke klart reguleret i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Nærværende afsnit har derfor til formål at afklare, om materialer er omfattet af udbudslovens § 42's anvendelsesområde. Spørgsmålet er behandlet af EU-Domstolen i dom af 16. januar 2024 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, som udgør det centrale fortolkningsbidrag til afklaring af udbudslovens § 42's anvendelsesområde. Der vil således blive foretaget en domsanalyse af *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, samt en domsanalyse af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. juli 2025 i sagen *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*, der belyser, hvordan EU-Domstolens fortolkning er blevet anvendt i dansk praksis. Endvidere inddrages Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. september 2010 i sagen *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*, som, selvom den er afsagt under tilbudsloven og forud for *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, bidrager til at belyse den hidtidige danske retstilstand vedrørende henvisning til materialer i de tekniske specifikationer.

Inden den nærmere analyse af *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* er det relevant at præcisere, at dommen allerede tidligere er blevet inddraget i specialet. Anvendelse af dommen i de tidligere afsnit har imidlertid haft et afgrænset sigte, hvor formålet har været at understøtte enkelte delspørgsmål. Således har der ikke været tale om en samlet eller selvstændig behandling af dommens betydning for besvarelsen af specialets problemformulering.

I den følgende analyse af *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* ændres fokus, idet der foretages en egentlig hovedanalyse af dommen med henblik på at klarlægge dens betydning for forståelsen af anvendelsen af bestemte materialekrav i udbudsretten, herunder navnlig spørgsmålet om, hvorvidt henvisninger til bestemte materialer er omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42. Nærværende analyse har dermed til formål at anvende dommen som led i besvarelse af specialets problemformulering.

8.1 Sag C-424/23, DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV

EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, vedrører fortolkningen af udbudsdirektivets artikel 42 om tekniske specifikationer og fastlægger væsentlige grænser for ordregivers adgang til at stille krav om bestemte materialer i offentlige udbud.¹⁷³ Da der er tale om en fortolkning af udbudsdirektivet, tages der i dette afsnit alene udgangspunkt i direktivets bestemmelser og ikke den danske implementering i udbudsloven.

Sagen handlede om et belgisk udbud vedrørende kloakeringsarbejde. Fluvius, en belgisk ordregiver, stillede i de tekniske specifikationer krav om, at rør til spildevand skulle være af stentøj, og at rør til regnvand skulle være af beton.¹⁷⁴ Fluvius accepterede som udgangspunkt ikke rør lavet af kunststof.¹⁷⁵ DYKA, der producerede og leverede rør lavet af kunststof, indbragte sagen for en belgisk domstol¹⁷⁶, som forelagde fire præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen, hvoraf to af spørgsmålene vurderes relevante i henhold til besvarelsen af specialets problemformulering. De to præjudicielle spørgsmål, der behandles i specialet, er følgende:

1. Skal artikel 42, stk. 3, i direktiv 2014/24 fortolkes således, at den deri indeholdte liste over måder at affatte tekniske specifikationer på er [udtømmende], og en ordregivende myndighed derfor er forpligtet til at affatte de tekniske specifikationer for sine offentlige udbud på en af de måder, der er nævnt i denne bestemmelse?
2. Skal artikel 42, stk. 4, i direktiv [2014/24] fortolkes således, at henvisninger i udbuds tekniske specifikationer til kloakrør af stentøj og beton (svarende til det konkrete kloaksystem) skal anses for en eller flere af de henvisninger, der er nævnt i denne bestemmelse, f.eks. for henvisninger til bestemte rørtyper eller bestemte rørproduktioner?¹⁷⁷

I forhold til det første præjudicielle spørgsmål behandles dette i afsnit 6.2.3. Det andet præjudicielle spørgsmål behandles i nærværende afsnit, hvor det vil blive analyseret, i hvilket omfang ordregivers angivelse af bestemte materialer i de tekniske specifikationer er omfattet af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

¹⁷³ C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 1

¹⁷⁴ *Ibid.*, præmis 12

¹⁷⁵ *Ibid.*, præmis 16

¹⁷⁶ *Ibid.*, præmis 17

¹⁷⁷ *Ibid.*, præmis 21

8.1.1 EU-Domstolens kvalifikation af materialekravet

Sagen *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* er særligt interessant og praktisk relevant, fordi den ikke omhandler en henvisning til et varemærke eller fabrikat, men derimod et krav om anvendelse af et bestemt materiale, nemlig rør af stentøj og rør af beton. Ordregivers krav til, at rørene var lavet af et bestemt materiale, medførte, at en tilbudsgiver, der kunne tilbyde rør lavet af et alternativt materiale, blev udelukket fra konkurrencen. Dommen giver således anledning til at afklare, om krav om anvendelse af bestemte materialer i de tekniske specifikationer falder under forbuddet mod henvisninger i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, der kan medføre, at visse tilbudsgivere favoriseres eller elimineres.

EU-Domstolen indledte sin analyse med at fastslå, at de tekniske specifikationer efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 1, har til formål at fastsætte de egenskaber, som kræves af bygge- og anlægsarbejdet, og dermed at definere selve kontraktens genstand. Som det fremgår af betragtningerne til udbudsdirektivet, er det gennem disse specifikationer, at ordregiver konkretiserer sit behov.¹⁷⁸

EU-Domstolen anerkendte samtidig, at ordregivende myndigheder har en vid skønsmargen ved fastlæggelsen af deres tekniske krav. Denne skønsmargen begrundes i, at ordregiver har det bedste kendskab til sine behov og de resultater, der ønskes opnået. Skønnet er imidlertid ikke ubegrænset. Det er underlagt de restriktioner, der følger af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 2, sammenholdt med udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, hvorefter tekniske specifikationer skal sikre lige adgang og ikke må skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen.¹⁷⁹

EU-Domstolen gennemgår herefter udbudsdirektivets artikel 42's systematik. Efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, kan tekniske specifikationer udformes enten som 1) funktionsdygtighed eller funktionskrav (litra a), 2) henvisninger til tekniske standarder (litra b) eller 3) kombinationer af disse to (litra c og d). Særligt fremhæves, at det følger af 74. betragtning til udbudsdirektivet, at formuleringen af de tekniske specifikationer i form af funktionelle og udførelsesrelaterede krav almindeligvis gør det muligt at opnå målet om åbning for konkurrence, og at en sådan metode til formulering af de tekniske specifikationer fremmer innovationen, hvorfor denne tilgang bør anvendes i videst muligt omfang. Dette begrundes

¹⁷⁸ Ibid., præmis 39-40

¹⁷⁹ Ibid., præmis 42

med, at måden at formulere de tekniske specifikationer på, som omhandlet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a, giver alle økonomiske aktører på markedet, hvis varer opfylder den funktionsdygtighed eller de funktionelle krav, som ordregiver kræver, mulighed for at afgive tilbud. Der åbnes således en mulighed for at afgive tilbud uafhængigt af fremstillingsproces og produkternes materiale.¹⁸⁰

For så vidt angår udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, understreger EU-Domstolen, at EU-lovgiver har bestemt, at henvisninger ledsages af angivelsen “eller tilsvarende”. Dette krav fungerer som sikring for en passende åbning af konkurrencen.¹⁸¹

Det er netop denne systematiske gennemgang af udbudsdirektivets artikel 42, som danner baggrund for vurderingen af materialekravets retlige kvalifikation. EU-Domstolen fastslog udtrykkeligt, at det materiale, som en vare består af, ikke kan kvalificeres som en funktionsdygtighed eller funktionelle krav i henhold til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a. Selv om varens materiale kan have betydning for dens funktionelle egenskaber, udgør det ikke i sig selv en funktionsdygtighed eller et funktionelt krav.¹⁸² Et krav om, at en vare skal bestå af et bestemt materiale, vedrører derimod produktets type eller produktion. I en situation, som den i dommen omhandlende, hvor der på markedet fandtes varer og produkter, der kunne opfylde samme funktionelle behov, men som var fremstillet af andre materialer, indebærer et materialekrav derfor, at virksomheder, der leverede alternative løsninger, blev elimineret og udelukket fra konkurrencen. EU-Domstolen kvalificerede derfor et sådant krav som en henvisning til en “type” eller “bestemt produktion” i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4’s forstand.¹⁸³ Samme linje følger også af generaladvokatens forslag til afgørelse punkt 72 og 73.¹⁸⁴

Dermed bringes kravet om materialer i form af stentøj og beton ind under udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4’s principielle forbud mod henvisninger, der kan favorisere eller eliminere bestemte virksomheder eller varer. Dommen indebærer dermed en klar begrænsning af

¹⁸⁰ Ibid., præmis 43-47

¹⁸¹ Ibid., præmis 46

¹⁸² Ibid., præmis 56

¹⁸³ Ibid., præmis 57

¹⁸⁴ C-424/23, DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024, præmis 72-73

ordregivers adgang til at stille materialebestemte krav. Et sådant krav anses som udgangspunkt for en konkurrencebegrænsende henvisning omfattet af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Derudover er det relevant at bemærke, at generaladvokaten i sit forslag til afgørelse gør det klart, at forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, ikke kun gælder i de situationer, hvor en teknisk specifikation i realiteten peger på én bestemt producent. Bestemmelsen finder efter generaladvokatens opfattelse også anvendelse, når ordregivers krav ganske vist kan opfyldes af flere virksomheder, men samtidig udelukker andre virksomheder, som tilbyder en alternativ løsning.¹⁸⁵

Det betyder, at det ikke er afgørende, om der stadig er konkurrence mellem flere leverandører inden for den valgte kategori af materialer. Hvis ordregiver f.eks. kræver rør af beton eller stentøj, kan der godt være flere producenter af sådanne rør. Men hvis kravet samtidig medfører, at producenter af kunststofrør slet ikke kan byde, er der tale om en begrænsning af konkurrencen i bestemmelsens forstand.

Generaladvokaten afviser dermed den tanke, at udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, kun beskytter mod rene “eneleverandørsituationer”. Det centrale er ikke, om én eller flere aktører kan levere det krævede produkt, men om kravet afskærer alternative materialer og dermed alternative tekniske løsninger fra at indgå i konkurrencen.

Denne forståelse gør bestemmelsen mere praktisk relevant. Hvis forbuddet kun gjaldt, når én bestemt producent blev favoriseret, ville det være forholdsvis let at omgå ved blot at formulere kravet, så det dækkede en mindre gruppe producenter. Generaladvokatens tilgang indebærer derimod, at fokus rettes mod, om markedet indsnævres ved, at bestemte materialer eller løsninger udelukkes. Det er denne indsnævring, der udløser anvendelsen af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Derudover kan det med afsæt i dommen være relevant at kigge ind i, hvad der gælder i situationer, hvor der i den relevante sektor reelt ikke findes konkurrerende materialer, der kan opfylde de samme tekniske krav.

¹⁸⁵ C-424/23, DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona af 12. september 2024, præmis 73

Hvis det kan dokumenteres, at der ikke eksisterer alternative materialer, som funktionelt kan anvendes til samme formål, vil et materialekrav muligvis ikke medføre eliminering i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4's forstand. I sådanne tilfælde kan der argumenteres for, at konkurrencen ikke begrænses, fordi der ikke foreligger reelle alternativer. Det må imidlertid antages, at denne situation er undtagelsesvis. I de fleste bygge- og anlægsprojekter vil der f.eks. eksistere flere materialetyper med sammenlignelige egenskaber.

I forlængelse heraf rejser dommen også en praktisk problemstilling f.eks. i henhold til bygge- og anlægssektoren. Ved større entrepriser kan materialekrav forekomme, uden at de nødvendigvis påvirker kredsen af potentielle tilbudsgivere. Det kan f.eks. være et udbud vedrørende opførelsen af en skolebygning, hvor der stilles krav om, at facaden skal udføres i tegl. Et sådant krav vil næppe i sig selv begrænse kredsen af potentielle tilbudsgivere, idet disse typisk vil kunne indkøbe teglsten fra forskellige leverandører på markedet. Set isoleret i forhold til kredsen af tilbudsgivere forekommer konkurrencen derfor ikke umiddelbart indskrænket.

Imidlertid vil alternative facadeløsninger, som f.eks. facadeelementer i træ eller beton, udelukke virksomheder fra konkurrencen, uanset at disse funktionelt kan opfylde de samme krav til holdbarhed, vedligeholdelse og æstetik. I et sådant tilfælde vil et materialekrav kunne indebære en eliminering af konkurrerende varer i henhold til udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, selv om der fortsat er effektiv konkurrence mellem tilbudsgivere, der tilbyder den samme materialebaserede løsning.

8.1.2 Delkonklusion

Analysen af *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* viser, at EU-Domstolen klart fastslår, at en henvisning til et bestemt materiale i de tekniske specifikationer er omfattet af anvendelsesområdet for udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. Angivelse af bestemte materialer kan ikke kvalificeres som funktionsdygtighed eller funktionskrav efter udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, litra a, men må derimod anses for henvisninger til en bestemt type eller produktion, når de medfører, at varer fremstillet af andre materialer udelukkes.

Dommen præciserer dermed, at det ikke er afgørende, om flere økonomiske aktører fortsat kan levere produkter af det krævede materiale. Det centrale er, om kravet indebærer, at alternative materialer, og dermed alternative tekniske løsninger, afskæres fra at indgå i konkurrencen. En

henvisning til et bestemt materiale vil som udgangspunkt have en sådan ekskluderende virkning, hvorfor en sådan henvisning falder ind under forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

Kun hvis anvendelsen af et bestemt materiale uundgåeligt følger af kontraktens genstand, kan henvisningen ske uden angivelsen “eller tilsvarende”. I andre tilfælde forudsætter en lovlig materialehenvisning, at den ledsages af “eller tilsvarende”, og at betingelserne for at fravige de øvrige metoder i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3, er opfyldt.

Samlet set fastlægger dommen således, at materialeangivelser ikke udgør et neutralt teknisk valg, men som udgangspunkt en konkurrencebegrænsende specifikation, der er underlagt de snævre rammer i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4.

8.2 Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. juli 2025 i sagen *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* skal ses i forlængelse af EU-Domstolens dom i *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*. Dette skyldes, at de begge vedrører fortolkningen og anvendelsen af reglerne om tekniske specifikationer i offentlige udbud. I *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* tog EU-Domstolen stilling til ordregivers adgang til at stille krav om bestemte materialer i udbudsmaterialet, og *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* vedrører ligeledes lovligheden af et materialerelateret krav.

I *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* havde Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen udbudt en kontrakt om produktion og levering af nummerplader og tilknyttede ydelser. Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen havde i de tekniske specifikationer krævet, at de tilbudte nummerplader skulle bestå af en aluminiumplade fremstillet af aluminiumbånd. Ketner-Utsch A/S afgav tilbud, men Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen tildelte den 10-årige kontrakt til Systemafspærring ApS.¹⁸⁶ Ketner-Utsch A/S indgav herefter en klage, hvor de blandt andet nedlagde følgende påstande af relevans for nærværende speciales problemformulering:

¹⁸⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 11. juli 2025, *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*, s. 1

“Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Motorstyrelsen har handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, ved i udbudsmaterialets kravspecifikation at opstille krav nr. K 46, hvorefter de tilbudte nummerplader skal bestå af en ”aluminiumplade fremstillet af aluminiumbånd”.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 2):

Klagenævnet skal konstatere, at Motorstyrelsen har handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 2, ved ikke i krav nr. K 46 at ledsage angivelsen af, at de tilbudte nummerplader skal bestå af en ”aluminiumplade fremstillet af aluminiumbånd”, af formuleringen ”eller tilsvarende”. ”¹⁸⁷

Ketner-Utsch A/S nedlagde således påstand om, at Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen handlede i strid med udbudslovens § 42, ved at henvise til et konkret materiale, nemlig aluminium, samt at denne henvisning til et konkret materiale alene havde været lovlig, hvis henvisningen blev efterfulgt af udtrykket “eller tilsvarende”. De øvrige fire påstande i *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* er ikke relevante for besvarelsen af dette speciale, hvorfor analysen vil tage udgangspunkt i påstand 2 og påstand 3.

8.2.1 Klagenævnet for Udbud kvalifikation af undtagelsesmuligheder

Klagenævnet for Udbud indledte kendelsen med at fastslå, at udbudslovens § 42, stk. 2, skal fortolkes direktivkonformt i lyset af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4. I den forbindelse gav Klagenævnet for Udbud udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og fremhævede, at bestemmelsen indeholder to selvstændige undtagelser til forbuddet om at henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv.

Den første undtagelse anføres af Klagenævnet for Udbud til de tilfælde, hvor “*kontraktens genstand gør det berettiget at henvise til et bestemt varemærke, fabrikat mv.*”, og de tilfælde, “*hvor en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af artikel 42, stk. 3*”. En sådan angivelse eller henvisning angives til i øvrigt at skulle efterfølges af udtrykket ”eller tilsvarende”. Klagenævnet for Udbud bemærkede

¹⁸⁷ Ibid., s. 2

udtrykkeligt, at dette var blevet bekræftet af EU-Domstolen i *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, jf. præmis 50 og 51.¹⁸⁸

Dernæst bemærkede Klagenævnet for Udbud dog, at forståelsen af, at der findes to undtagelser til forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv., står i kontrast til forarbejderne til udbudslovens § 42, stk. 2.¹⁸⁹ Af forarbejderne til udbudslovens § 42, stk. 2, fremgår følgende:

”§ 42 gennemfører direktivets artikel 42, stk. 4[...] Det fremgår af artikel 42, stk. 4, at der kan henvises til et bestemt fabrikat m.v., hvis ”kontraktens genstand gør det berettiget”. Derudover fremgår det af artikel 42, stk. 4, at ”en sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3.” Det vurderes, at de 2 dele i artikel 42, stk. 4, er forbundet, idet der i andet led henvises til ”en sådan angivelse eller henvisning”. Som følge heraf vurderes det, at de 2 dele i artikel 42, stk. 4 er et led i samme undtagelse, og ikke 2 selvstændige undtagelser med et selvstændigt indhold. Dette betyder, at artikel 42, stk. 4 alene indeholder en undtagelse, hvorefter en ordregiver kan henvise til et bestemt fabrikat mv., hvis kontraktens genstand gør det berettiget fordi en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre. Det centrale i undtagelsen er herefter, om ordregiveren kan foretage en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse. Med henblik på at skabe en klar regel, er det som følge heraf præciseret i § 42, stk. 2, at ordregiveren kan henvise til fabrikat m.v., hvis ordregiveren kan foretage en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse.”¹⁹⁰

Forarbejderne bygger således på en forudsætning om, at “kontraktens genstand gør det berettiget” og “en sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3.” er indbyrdes forbundne i én samlet undtagelse. Klagenævnet for Udbud fraviger imidlertid forarbejdernes forståelse og fastslår, at udbudslovens § 42, stk. 2,

¹⁸⁸ Ibid., s. 62-63

¹⁸⁹ Ibid., s. 62-63

¹⁹⁰ Lovforslag nr. LF 19 af 7. oktober 2015 om forslag til Udbudsloven, forarbejderne til udbudslovens § 42

må fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og dennes todelte struktur, hvilket også blev fastslået i afsnit 7.2.2.¹⁹¹

8.2.2 Klagenævnet for Udbuds kvalifikation af materialekravet

Efter at have fastlagt den korrekte fortolkningsramme tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om kravet om materialet aluminium overhovedet var omfattet af udbudslovens § 42, stk. 1. Med henvisning til sagen *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, præmis 57, anførte Klagenævnet for Udbud, at et krav om at benytte varer, der består af et bestemt materiale, kan kvalificeres som en henvisning til en “type” eller en “bestemt produktion”, hvis kravet fører til, at virksomheder, som leverer varer af andre materialer, elimineres. Klagenævnet for Udbud udtalte på den baggrund, at *“henvisningen kan kvalificeres som en henvisning til et bestemt materiale, der skal fremstilles, med det resultat, at virksomheder eller varer elimineres, og henvisningen er dermed omfattet af udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 2.”*¹⁹²

Ud fra kendelsen er det således klart, at materialekrav, som udgangspunkt, falder ind under udbudslovens § 42. At aluminium er et almindeligt forekommende materiale fører ikke i sig selv til, at bestemmelsen er uden anvendelse. Kravet anses for at have en potentiel konkurrencebegrænsende effekt, idet det udelukker tilbud baseret på andre materialer.¹⁹³

Herefter var spørgsmålet, om undtagelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, finder anvendelse. Klagenævnet for Udbud tog udgangspunkt i den første undtagelse om, hvorvidt *“kontraktens genstand gør henvisningen berettiget”*. Udbuddet vedrørte produktion og levering af nummerplader. Det fremgår af cirkulære nr. 10705 af 25. januar 1995 om nummerplader, at *“Nummerpladerne fremstilles af aluminium påsat et reflekterende materiale”*. På denne baggrund konkluderede Klagenævnet for Udbud, at *“nummerpladerne skal bestå af en ‘aluminiumsplade fremstillet af aluminiumsbånd’, derfor er en uundgåelig følge af kontraktens genstand”*. På den baggrund fastslog Klagenævnet for Udbud, at Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen var berettiget til at fastsætte kravet om aluminium herunder uden at anvende tilføjelsen *“eller tilsvarende”*.¹⁹⁴

¹⁹¹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen, s. 64

¹⁹² Ibid., s. 64-65

¹⁹³ Ibid., s. 65

¹⁹⁴ Ibid., s. 65-66

Klagenævnet for Udbuds begrundelse knytter således materialekravet direkte til produktets retlige regulering. Kravet om aluminium udspringer ikke af ordregivers frie valg, men af en bindende national forskrift, som definerer nummerpladers fremstillingsmateriale. I denne forbindelse kan henvises til udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, hvorefter de tekniske specifikationer - forudsat forenelighed med EU-retten - kan affattes med henvisning til retligt bindende nationale tekniske forskrifter.

Kravet om, at nummerpladerne skulle være af aluminium, anses dermed for en integreret del af kontraktens genstand, og det er netop denne kvalifikation, der aktiverer undtagelsen "*hvis kontraktens genstand gør henvisningen berettiget*".

Et centralt spørgsmål er herefter, om kravet om aluminium i så fald skulle have været ledsaget af udtrykket "eller tilsvarende". Klagenævnet for Udbud fastslog, at vilkåret om at efterfølge henvisningen med "eller tilsvarende" ikke fandt anvendelse i den situation, hvor kontraktens genstand i sig selv gør henvisningen berettiget. Kravet om "eller tilsvarende" knytter sig alene til undtagelsen, hvor henvisningen er nødvendig, fordi en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse ikke kan gives. Når henvisningen er objektivt nødvendig som følge af kontraktens genstand, er der ikke tale om en situation, hvor alternative løsninger principielt vil kunne accepteres.¹⁹⁵

Sammenholdt med *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, som gennemgået i afsnit 8.1, viser kendelsen, at materialekrav, som udgangspunkt, skal ledsages af tilføjelsen "eller tilsvarende", men at denne tilføjelse ikke gælder, når materialet er uadskilleligt fra den retlige og funktionelle definition af det udbudte produkt. I *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* var materialevalget en teknisk løsning valgt af ordregiver, og i *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* var materialet fastlagt ved national regulering.

Kendelsen bidrager dermed væsentligt til afklaringen af rækkevidden af udbudslovens § 42. Den viser for det første, at forarbejdernes sammenkædning af undtagelserne ikke kan opretholdes efter EU-Domstolens praksis. For det andet fastslår den, at materialekrav falder ind under udbudslovens § 42. For det tredje præciserer den, at ordregiver kan undlade "eller

¹⁹⁵ Ibid., s. 64

tilsvarende”, når materialet er en uundgåelig følge af kontraktens genstand, navnlig hvor kravet udspringer af bindende national regulering.

Det følger således heraf, at adgangen til at henvise til bestemte materialer efter udbudslovens § 42 er snæver og betinget af objektivt nødvendighed. Ordregiver kan ikke frit fastsætte materialekrav, men kan gøre det uden “eller tilsvarende”, når materialet er en integreret og retligt forankret del af den udbudte ydelses identitet, som det er tilfældet med nummerplader, der er lavet i aluminium.

8.2.3 Delkonklusion

Kendelsen *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* præciserer, at et krav om anvendelse af et bestemt materiale - i dette tilfælde aluminium - som udgangspunkt er omfattet af udbudslovens § 42, idet et sådant krav kan have den virkning, at visse virksomheder eller produkter elimineres. Materialekrav er dermed ikke neutrale og falder ind under bestemmelsens forbud mod konkurrencebegrænsende henvisninger.

Kendelsen fastslår imidlertid samtidig, at henvisningen kan være lovlig, når den er en uundgåelig følge af kontraktens genstand. I den konkrete sag var materialevalget ikke udtryk for ordregivers frie tekniske præference, men udsprang af en bindende national regulering, som definerede nummerpladers materiale. Aluminium blev dermed anset for en integreret og retligt fastlagt del af den udbudte ydelses identitet.

Dermed tydeliggør kendelsen således, at adgangen til at henvise til bestemte materialer beror på en vurdering af objektiv nødvendighed. Desto tættere materialekravet er forankret i kontraktens genstand, desto større er sandsynligheden for, at undtagelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, finder anvendelse, og at kravet til et bestemt materiale kan opstilles uden tilføjelsen “eller tilsvarende”.

8.3 Scan-Plast A/S mod Herning Kommune

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. september 2010 i sagen *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune* vedrørte et udbud, der var omfattet af tilbudsloven, idet indkøbet lå under tærskelværdierne i udbudsloven, og der var tale om indhentning af tilbud på udførelse af bygge- og anlægsarbejder, jf. tilbudslovens § 1.

Scan-Plast A/S mod Herning Kommune vedrørte, ligesom *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, og *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*, hvorvidt en henvisning til bestemte materialer i udbudsmaterialet var tilladt.

I *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune* havde Herning Kommune iværksat en begrænset licitation efter tilbudsloven vedrørende opførelse af en toiletbygning ved en sø. Scan Plast A/S havde i licitationsbetingelserne skrevet, at den udvendige facadebeklædning på toiletbygningen skulle være ”som lærketræ”. De fire indbudte virksomheder havde alle ved udløbet af tilbudsfristen den 13. april 2010 afgivet tilbud. Herning Kommune besluttede den 2. september 2010 at indgå kontrakt med Arne Danielsen A/S. Scan Plast indgav den 23. april 2010 en klage til Klagenævnet for Udbud over Herning Kommune.¹⁹⁶ Scan-Plast nedlagde følgende påstande af relevans for specialets problemformulering:

“Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 2 og 3, idet indklagede ikke sørgede for, at der ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af den begrænsede licitation fandt udvælgelse sted på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier og ikke sørgede for, at der ikke fandt forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiveren.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstateres, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, ved i licitationsbetingelserne at bestemme, at den udvendige facadebeklædning skulle være “som lærketræ”.¹⁹⁷

Scan-Plast A/S nedlagde således påstand om, at Herning Kommune handlede i strid med tilbudslovens § 2, stk. 2, ved ikke at skabe tilstrækkelig konkurrence, fordi de ikke havde gennemført en prækvalifikationsrunde, men blot indbudt fire virksomheder til at byde på licitationen. For det andet nedlagde Scan-Plast A/S påstand om, at der ved at skrive i licitationsbetingelserne, at den udvendige facadebeklædning på toiletbygningen skulle være

¹⁹⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 20. september 2010, *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*, s. 1

¹⁹⁷ *Ibid.*, s. 2

“som lærketræ”, var tale om en ulovlig henvisning til bestemt materiale, som kan begrænse konkurrencen, hvorved Herning Kommune havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3. Eftersom Herning Kommunes indkøb var omfattet af tilbudsloven og ikke udbudsloven, skal det bemærkes, at tilbudsloven ikke indeholder en udtrykkelig bestemmelse om forbud mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, ligesom i udbudslovens § 42. En sådan henvisning måtte derfor i stedet vurderes i lyset af ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3.¹⁹⁸

I forhold til påstand 1 udtalte Klagenævnet for Udbud, at det ikke er godtgjort, at Herning Kommune ikke havde skabt tilstrækkeligt konkurrence ved blot at indbyde de fire virksomheder til at afgive tilbud på toiletbygningen, uden først at gennemføre en prækvalifikationsrunde. Klagenævnet for Udbud tog dermed ikke klagen til følge.¹⁹⁹

I forhold til påstand 2 udtalte Klagenævnet for Udbud, at Herning Kommunes henvisning til “som lærketræ”, måtte anses for en henvisning til, at Herning Kommune blot ønskede toiletbygningen beklædt med træ, der har de samme egenskaber, som lærketræ har. Klagen blev dermed ikke taget til følge. Udfaldet af kendelsen må formodes at have været anderledes, hvis Herning Kommune havde skrevet “af lærketræ” i stedet for “som lærketræ”, idet det så havde været et krav, at toiletbygningen skulle beklædes af lærketræ.²⁰⁰

Hvis Herning Kommunes indkøb derimod havde været over tærskelværdierne, og dermed omfattet af udbudsloven (såfremt denne havde været vedtaget i 2010), ville vurderingen i praksis næppe have været anderledes. Udbudslovens § 42 fastslår, at man som udgangspunkt ikke må henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, medmindre henvisningen ledsages af udtrykket “eller tilsvarende”. Formuleringen “som lærketræ” ligger imidlertid tæt på betydningen af “eller tilsvarende”, idet den netop åbner for materialer med tilsvarende egenskaber som lærketræ. Det betyder, at formuleringen “som lærketræ” også efter udbudslovens regler formentligt ville blive anset for en funktions- eller egenskabsbeskrivelse snarere end en ulovlig produktangivelse.

¹⁹⁸ Ibid., s. 4-5

¹⁹⁹ Ibid., s. 5

²⁰⁰ Ibid., s. 5

DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen og *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune* illustrerer forskellige situationer vedrørende de tekniske specifikationer. I *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV* fastslog EU-Domstolen, at tekniske krav, der reelt udelukker alternative løsninger, f.eks. ved at kræve bestemte materialer til kloakrør, kan være i strid med reglerne om de tekniske specifikationer, hvis de begrænser konkurrencen uden tilstrækkelig begrundelse eller mulighed for tilsvarende løsninger. EU-Domstolen slog således fast, at materialer også er omfattet af forbuddet i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, og dermed også udbudslovens § 42, hvilket senere blev fastslået af Klagenævnet for Udbud i *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*. I *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen* var kravet om, at nummerpladerne skulle være lavet af aluminium derimod ikke problematisk, idet materialevalget fulgte af den gældende regulering på området. Kendelsen illustrerer således, at det er lovligt for ordregiver at fastsætte specifikke materialekrav, når de er objektivt begrundet, f.eks. i lovgivning. I modsætning hertil viser *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune*, at en formulering, der beskriver materialets egenskaber, såsom “som lærketræ”, ikke i sig selv udgør en ulovlig henvisning, men sagen havde været anderledes, hvis der havde stået “af lærketræ”.

8.3.1 Delkonklusion

Klagenævnet for Udbuds kendelse i *Scan-Plast A/S mod Herning Kommune* viser, at en henvisning til et bestemt materiale ikke er i strid med udbudsreglerne, såfremt formuleringen skal anses som en beskrivelse af materialets egenskaber, og ikke som et krav om et specifikt materiale. Formuleringen “som lærketræ” blev således anset for at åbne op for, at tilbudsgiver kunne tilbyde andre tilsvarende materialer, og dermed begrænsede formuleringen ikke konkurrencen i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3.

9. Konklusion

Bestemmelsen i udbudslovens § 42 fastlægger rammerne for, hvornår ordregiver kan henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer. Det følger af disse bestemmelser, at det, som udgangspunkt, er forbudt at foretage sådanne henvisninger, hvis henvisningerne kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller hvis de har til følge at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres.

Indtil januar 2025 har det dog været uafklaret, hvorvidt en henvisning til bestemte materialer også er omfattet af forbuddet i udbudslovens § 42. EU-Domstolens dom af den 16. januar 2025 i sag C-424/23, *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, har fastslået, at henvisning til bestemte materialer i de tekniske specifikationer må anses for at vedrøre produktets type eller produktion, hvilket er i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 2. Henvisning til bestemte materialer falder dermed inden for bestemmelsens anvendelsesområde, hvorfor ordregivers adgang til at henvise til bestemte materialer i de tekniske specifikationer er begrænset og kun undtagelsesvist kan ske efter reglerne i udbudslovens § 42, stk. 2. Denne tilgang fulgte Klagenævnet for Udbud også i kendelse af 11. juli 2025 i sagen *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*, hvor man dog, modsat *DYKA Plastics NV mod Fluvius System Operator CV*, kom frem til, at en henvisning til materialer i den konkrete sag ikke var forbudt, idet henvisningen til det konkrete materiale, var en uundgåelig følge af kontraktens genstand.

Det kan desuden konkluderes, at der i udbudslovens § 42, stk. 2, er to undtagelser til forbuddet om henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer. Dette gælder til trods for, at det, ud fra en ordlydsfortolkning af udbudslovens § 42 og forarbejderne til udbudslovens § 42, er tydeligt, at der kun findes én undtagelse. Det skyldes, at Klagenævnet for Udbud anvender EU-konform fortolkning, og EU-Domstolen har slået fast i *DYKA Plastics NV mod Fluvius Operator CV*, at der i forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er to undtagelsesmuligheder og ikke kun én. Ordregiver kan således henvise til bestemte varemærker, fabrikater mv. i de tekniske specifikationer, såfremt 1) kontraktens genstand gør det berettiget, eller 2) en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre og at henvisningen efterfølges af udtrykket "eller tilsvarende". Det fremgår også af praksis fra

Klagenævnet for Udbud, at de derfor er opmærksomme på begge undtagelsesmuligheder, når de træffer afgørelser i sager vedrørende udbudslovens § 42, selvom det fremgår af ordlyden og forarbejderne til udbudslovens § 42, at der kun er én undtagelse til forbuddet. Det var f.eks. tilfældet i Klagenævnet for Udbuds kendelse i *Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen*. Det faktum, at der findes to undtagelsesmuligheder til forbuddet om henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i udbudslovens § 42, har lovgiver ligeledes tiltrådt ved Lovforslag 113 af 18. februar 2026.

Sammenfattende kan det konkluderes, at ordregivers angivelse af bestemte materialer i de tekniske specifikationer er omfattet af forbuddet mod henvisning til bestemte varemærker, fabrikater mv. i udbudslovens § 42, og at bestemmelsen skal fortolkes således, at den indeholder to undtagelsesmuligheder til forbuddet i udbudslovens § 42 og ikke kun én.

10. Litteraturliste

10.1 Juridisk litteratur

Evald, Jens (2019). *At tænke juridisk* (5. udgave). Djøf Forlag.

Fabricius, Jesper (2017). *Offentlige indkøb i praksis* (4. udgave). Karnov Group

Hamer, Carina (2016). *Grundlæggende udbudsret* (1. udgave). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Munk-Hansen, Carsten (2022). *Retsvidenskabsteori* (3. udgave). Djøf Forlag.

Munk-Hansen, Carsten. (2021). *Den juridiske løsning: Introduktion til juridisk metode* (2. udgave). Djøf Forlag.

10.2 Retspraksis

10.2.1 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

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

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

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

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. marts 2009, Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2009, Anker Hansen & Co. A/S mod Rudersdal Kommune

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

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

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2017, SimaTech A/S mod Region Sjælland.

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

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

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen.

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

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune.

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

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. juli 2025, Ketner-Utsch A/S mod Skatteforvaltningen v/Motorstyrelsen

10.2.2 Domme fra EU-Domstolen

C-6/64, Costa mod ENEL, dom af den 15. juli 1964

C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, dom af den 13. juli 1989

C-243/89, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, dom af den 22. juni 1993

C-359/93, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Nederlandene, dom af den 24. januar 1995.

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

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

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

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

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

C-568/24, Sof Medica SA mod Spitalul Clinic Judetean de Urgenta Cluj-Napoca, dom af den 16. april 2026

10.3 Lovgivning, forarbejder mv.

10.3.1 Dansk lovgivning

Lovforslag nr. LF 19 af 7. oktober 2015 om forslag til Udbudsloven.

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

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 12. juli 2007 ("tilbudsloven").

Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025 om Klagenævnet for Udbud.

Lovforslag nr. L 113 af 18. februar 2026 om lov om ændring af udbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud og om ophævelse af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

10.3.2 Lovgivning fra EU

Traktaten om Den Europæiske Union ("TEU")

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF")

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

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

10.4 Artikler

Christensen, Morten Uhrskov: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter – en kommentar"*, U.2008B.112, <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000376503>

Hamer, Carina og Nielsen, Rasmus Horskjær: *"Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?"*, U.2020B.114, Karnov. <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000850573>

Poulsen, Sune Troels: *"Om henvisning til varemærker ved udbud af offentlige kontrakter"*, U.2008B.41, Karnov. <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000374468>

10.5 Internetkilder

Del 2: Hvor konkrete krav må ordregiver stille i de tekniske specifikationer?. (2025, 22. april). *Bech Bruun*. Lokaliseret den 3. februar 2026 på <https://www.bechbruun.com/nyheder/faglige-nyheder/del-2-hvor-konkrete-krav-maa-ordregiver-stille-i-de-tekniske-specifikationer>

Generaladvokat. (s.d.). *Folketinget*. Lokaliseret den 3. marts 2026 på <https://www.eu.dk/da/leksikon/Generaladvokat>

Hvad sker der med lovforslag, beslutningsforslag og spørgsmål, når der er udskrevet valg? (s.d.). *Folketinget*. Lokaliseret den 19. marts 2026 på https://www.ft.dk/da/ofte-stillede-spoergsmaal/valg_ftarb_hvad-sker-der-med-lovforslag-beslutningsforslag-og-spoergsmaal-naar-der-er-udskrevet-valg

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024, december). *Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne* (Version 2). <https://kfst.dk/media/ua3fml2r/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne-a.pdf>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2025, december). *Status for offentlig konkurrence 2025*. <https://kfst.dk/media/1c3nkqx0/status-for-offentlig-konkurrence-2025a.pdf>

12. Bilag

12.1 Antal anslag

Ordoptælling

Statistik:

| | | |
|-----------------------|--------|---------|
| | Sider | 76 |
| | Ord | 22.476 |
| Tegn (uden mellemrum) | | 138.489 |
| Tegn (med mellemrum) | | 160.770 |
| | Afsnit | 350 |
| | Linjer | 2.214 |

Medtag fodnoter og slutnoter

12.2 Samarbejdsaftale

Afleveret som bilag i Digital Eksamen.

12.3 Procesafsnit

Afleveret som bilag i Digital Eksamen.