

Kandidatafhandling

**Copenhagen Business School**

**2013**

*Forfatter:* Anne Dorthe Baunerhøj CPR: 161188-\*\*\*\*

*Studie:* Cand. Merc. (jur.)

*Afleveringsdato:* Forår 2013, d. 31.05.2013

*Vejledere:* Lektor, Grith Skovgaard Ølykke og Lektor, Niels Blomgren – Hansen

*Antal Anslag:* 180.830, 79,5 normalsider



**Forslaget til det nye udbudsdirektivs (KOM(2011) 896 endelig) strategiske anvendelse af EU-udbudsret til opnåelse af Europa 2020-Strategiens miljømålsætninger**

*English Version:*

**The proposal for the new public procurement directive´s (COM(2011) 896 final) strategic use of EU public procurement law to achieve the environmental goals of the Europe 2020-Strategy**

---

Anne Dorthe Baunerhøj

## Summary

Over the past 100 years, the average temperature in Europe has risen by one degree Celsius. This climate change has entailed extreme weather conditions as well as social and economic issues that have forced the EU to approach these problems via climate politics. The Europe 2020-Strategy is a part of the EU's climate politics; it contains five goals that are to combat these climate changes. Public procurement is one of the tools to achieve the goals of The Europe 2020-Strategy. Due to the increased environmental focus in public procurement, The European Commission has presented a proposal for a new public procurement directive, which is intended to ensure the environmental goals of The Europe 2020-Strategy. In this thesis, a comparison will be made between the current public procurement directive and the proposal for the new public procurement directive. This comparison will be conducted by using case law on the public procurement directive. Through this analysis, it is possible to explicate that the proposal for the new public procure directive does not contain any significant changes in comparison to the current public procurement directive. Furthermore, the proposal presents no change in the possibility of using environmental criteria in public procurement. The principal of equal treatment is the most important principal in the public procurement directive - any criteria must adhere to the rules of the principal of equal treatment. This interpretation of the principal is also present in the proposal of the new public procurement directive and complicates the use of environmental criteria. An economic analysis of idea behind the public procurement directive reveals that the competitive element of public procurement is the most central factor. The proposal for the new public procurement directive can only adhere to its environmental objectives, and be deemed efficient, provided that the contracting authority has incitement to use environmental criteria. An economic analysis shows that the contracting authority is not provided this incitement with the proposal. The proposal cannot be deemed suitable for achieving the objectives for The Europe 2020-Strategy, since the proposal does not entail any actual obligations, towards the contracting authority, in regards to adhering to the environmental criteria. However, the proposal could be viewed as an EU strategy through which greater focus is, in time, put on environmental considerations within all aspects of the EU legislation. Over time, the proposal could have an impact on environmental concerns, since these are being embedded into an increasing amount of aspects of the overall EU collaboration. The long term effect of proposals, like the new public procurement directive, is bound to be a positive one, for the environment. From an economic point of view, as the proposal does not have an immediate impact, as demanded by The Europe-2020 Strategy - the proposal can only be considered as a waste of EU resources.

## Indhold

Kapitel 1: Introduktion .....	6
1.1 Indledning .....	6
1.2 Problemstilling .....	8
1.2.1 Problemformulering .....	8
1.3 Formål .....	9
1.4 Afgrænsning .....	10
1.5 Metode .....	12
1.5.1 Synsvinkel .....	12
1.5.2 Retskilder .....	12
1.5.3 Juridisk metode .....	12
1.5.4 Fortolkningsbidrag .....	14
1.5.5 Økonomisk metode .....	15
1.5.6 Integreret metode .....	15
1.5.7 Afhandlingens opbygning .....	16
1.6 Begrebsafklaring .....	17
1.7 Kildekritik .....	18
Kapitel 2: Ligebehandlingsprincippet .....	19
2.1 Ligebehandlingsprincippet .....	19
2.2 Ligebehandlingsprincippet i udbudsretten .....	20
2.3 Mulighed for at benytte miljøkriterier i dag .....	24
2.3.2 Tekniske specifikationer art. 23 .....	24
2.3.3 Udelukkelse .....	26
2.3.4 Udvælgelse .....	27
2.3.5 Tildeling art. 53 .....	28
2.3.6 Short-listing ved begrænset udbud .....	30
2.4 Fortolkningen af ligebehandlingsprincippets betydning for anvendelsen af miljøkriterier .....	36
2.4.1 Historisk udvikling i anvendelsen af miljøkriterier .....	41
2.5 Vil det nye udbudsdirektiv medføre en ændring i forhold til gældende ret? .....	44
2.5.1 Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv .....	44
2.5.2 Miljøkriterier ved Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv .....	47
2.5.3 Vil det nye udbudsdirektiv være en mulighed eller en forpligtelse? .....	49
2.6 Delkonklusion .....	52
Kapitel 3: Økonomiske konsekvenser ved forslaget til det nye udbudsdirektiv .....	53
3.1 Økonomiske betragtninger bag reguleringen af offentlige indkøb .....	53

3.2 Ordregivers og tilbudsgivers adfærd overfor miljøhensyn jf. forslaget til det nye udbudsdirektiv .....	55
3.3 Ordregivers og tilbudsgivers adfærd overfor miljøkriterier .....	58
3.2.1 Håndtering og anvendelse af miljøkriterier .....	61
3.2.4 Snyd .....	63
3.4 Ændringer og økonomisk effekt ved forslaget til det nye udbudsdirektiv .....	65
3.5 Interessekonflikter .....	66
3.5.4 Er forslaget til det nye udbudsdirektiv rationelt og kan målene nås? .....	67
3.4 Delkonklusion .....	69
Kapitel 4: Er forslaget til det nye udbudsdirektiv egnet til at opfylde Europa 2020-Strategiens mål? .....	70
4.1 Er forslaget til det nye udbudsdirektiv egnet? .....	72
4.1.1 Indholdet i forslaget til det nye udbudsdirektiv .....	72
4.1.2 Holdningsændringen til miljøhensyn .....	72
4.2 Forslag til indholdet af det nye udbudsdirektiv .....	75
4.3 Delkonklusion .....	77
Kapitel 5: Samlet konklusion .....	78
Litteraturliste .....	79
Bøger .....	79
Artikler .....	80
Kommissionens dokumenter .....	81
Lovgivning .....	82
Øvrigt materiale .....	82
Domme .....	83
Klagenævnet for Udbud .....	84
Bilag .....	85
Bilag 1: Illustration over udbudsprocessen .....	85

# Kapitel 1: Introduktion

## 1.1 Indledning

Jordens gennemsnitstemperatur er steget med 1 grad og har medført forhøjet vandstande, smeltning af polerne og voldsomme vejrforhold<sup>1</sup>. I Europa er orkaner, skybrud og hedeølger blevet mere og mere hyppige vejrforhold. Disse klimaforandringer medfører store økonomiske og sociale omkostninger, da de blandt andet bevirker dårligere høst hos landmændene og fatale ødelæggelser af naturen samt ejendomme. Klimaforandringerne er dyre og truende for Europa. Igennem de seneste år er der kommet mere fokus på klimaforandringer og miljøhensyn. EU har på baggrund af behovet for at bekæmpe klimaforandringerne og skaderne på miljøet, udviklet sin egen klimapolitik. Ligeledes samarbejdes der på internationalt plan, for at bekæmpe klima – og miljøforandringerne<sup>2</sup>. Et par af de vigtigste elementer i EU's klimapolitik, er at sænke niveauet af udledningen af drivhusgasser med 20 % i 2020, i forhold til niveauet i 1990, samt at den gennemsnitlige globale temperatur max må stige 2 grader. Det kan være svært at forene klimapolitiske målsætninger med økonomiske målsætninger og det er derfor interessant at undersøge hvilken økonomisk effekt, konkrete klimapolitiske tiltag fra EU medfører. Denne afhandling vil afdække hvilke økonomiske og juridiske konsekvenser, et konkret direktivforslag og miljøtiltag fra EU får, og afhandlingen er relevant i forhold til at belyse hvorledes EU's ressourcer anvendes, samt hvilken betydning EU's lovgivning har for medlemslandene og EU's egne målsætninger.

Kommissionen har fremsat forslag til et nyt udbudsdirektiv<sup>3</sup> på baggrund af Europa 2020–Strategiens<sup>4</sup> mål om en bæredygtig vækst. I Europa 2020–Strategien, spiller offentlige udbud en vigtig rolle, som et værktøj til at opnå Europa 2020-Strategiens miljømålsætninger<sup>5</sup>. Forslaget sigter mod at øge effektiviteten af offentlige indkøb, gennem en forenkling af regelsættet og mod at gøre bedre brug af offentligt udbud, til støtte for fælles samfundsmål: som miljøbeskyttelse, innovationsfremme og social inddragelse.

---

<sup>1</sup> Europa Kommissionens egne angivelser på deres hjemmeside: [http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus\\_pa/klimaendringer/index\\_da.htm](http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus_pa/klimaendringer/index_da.htm)

<sup>2</sup> Blandt andet i FN's Klimakonvention og på en årlig FN klimakonference.

<sup>3</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011. I Akten for det indre marked I (Meddelelse 'Akten for Det Indre Marked: *Tolv løftestænger til at skabe vækst og øget tillid*' af den 13. april 2011) oplister Kommissionen 12 initiativer, der skal være med til at fremme væksten og beskæftigelsen i EU og forfølge Europa 2020-Strategiens mål og deriblandt findes Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv.

<sup>4</sup> Europa 2020-Strategien er EU's vækststrategi frem til år 2020 og indeholder mål for klimaet/miljøet og er derfor også en del af EU's klimapolitik.

<sup>5</sup> Kommissionens meddelelse om Europa 2020: EUROPE 2020 A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth. KOM(2010) 2020 final.

Det vil i denne afhandling blive analyseret, hvilken ændring forslaget vil få for ligebehandlingsprincippet fortolkning i EU-udbudsretten, og hvilken økonomisk betydning forslaget har. Det vil også blive analyseret om forslaget, kan blive et effektivt middel til opfyldelsen af miljø-målsætningerne i Europa 2020-Strategien.

Når det nuværende udbudsdirektivs bestemmelser om udvælgelse og tildeling gennemgås, står det klart at miljøkriterier ikke er direkte indarbejdet i direktivet. Derfor må det i dag udledes af retspraksis, hvorvidt miljøkriterier er lovlige at anvende i udbudsprocessen. Det kan ud fra retspraksis udledes, at der i dag faktisk er ganske vid adgang til at benytte miljøkriterier, såfremt kriterierne har relevans for kontraktens genstand og er objektive, målbare og overholder ligebehandlingsprincippet. Det vil I denne afhandling blive analyseret, hvordan gældende ret forholder sig i forhold til inddragelse af miljøkriterier, med fokus på fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Det bliver klarlagt om forslaget det nye udbudsdirektiv medfører nogen ændringer, og om forslaget skal fortolkes som en forpligtelse eller mulighed, for inddragelse af miljøkriterier. Derefter vil det blive analyseret, hvad eventuelle ændringer vil betyde for ordregiver og tilbudsgivers adfærd, samt hvilken økonomisk effekt, forslaget vil medføre. Det konkluderes desuden om forslaget er egnet til at sikre en opfyldelse af Europa 2020-Strategiens mål.

Kort sagt vil det blive undersøgt om forslaget til det nye udbudsdirektiv, er egnet til at sikre et øget hensyn til miljøet, eller om det i virkeligheden er ”stort ståhej for ingenting”.

## 1.2 Problemstilling

- Er gældende fortolkning af udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip en hindring for at inddrage miljøkriterier i udbudsprocessen ved offentlige indkøb, tilsvarende Europa 2020-strategiens målsætninger og hvordan vil Kommissionens forslag til det nye udbudsdirektiv ændre gældende ret, og er denne ændring egnet til at sikre målet om øget hensyn til miljøet i offentlige indkøbskontrakter?

### 1.2.1 Problemformulering

Ovenstående problemstilling vil blive søgt afdækket ved besvarelse af følgende spørgsmål;

#### **Juridisk problemstilling:**

Hvordan skal ligebehandlingsprincippet fortolkes, i forhold til muligheden for at inddrage miljøkriterier i udbudsprocessen?

Hvordan er muligheden for at benytte miljøkrav under det gældende udbudsdirektiv og kan der påvises en udvikling i anvendelsen af miljøkrav ved offentlige udbud?

Medfører Kommissionens forslag til det nye udbudsdirektiv nogen ændring i forhold til gældende ret?

Kan det nye udbudsdirektiv ses som en forpligtigelse eller en mulighed for at inddrage miljøkriterier?

#### **Økonomisk problemstilling:**

Hvad er det økonomiske incitament bag Udbudsdirektivet?

Ændres betingelserne for ordregiver og tilbudsgiver med forslaget til det nye udbudsdirektiv?

Hvordan påvirker miljøkriterier ordregivers adfærd?

Hvilke interessekonflikter kan forslaget til det nye udbudsdirektiv bevirke?

#### **Integreret problemstilling:**

Er Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv egnet til at sikre målene i Europa 2020-Strategien?

Hvordan bør forslaget til det nye udbudsdirektiv udformes, for at sikre egnethed til at opfylde målsætningerne tilsvarende Europa 2020-Strategien?

### 1.3 Formål

Formålet med denne afhandling er at undersøge og forklare om forslaget det nye udbudsdirektiv, vil medføre en mulighed for at inddrage miljøkriterier i overensstemmelse med målene i Europa 2020–Strategien. Formålet er ligeledes at afdække og belyse, om offentlige indkøb er egnet til at anvende strategisk, til at opnå miljømålsætninger. Ydermere er formålet med denne afhandling, at fremstille en analyse af hvilke medfølger et konkret EU-direktivforslag, medfører økonomiske og juridisk for at afdække om EU's ressourcer er effektivt anvendt, i forhold til målsætningen med direktivforslaget.

Det er interessant at analysere hvilken mulighed, der allerede findes for at benytte miljøkriterier i udbudsprocessen, for at kunne foretage en sammenligning af effektiviteten, mellem det nuværende udbudsdirektiv og forslaget til det nye udbudsdirektiv, i forhold til anvendelsen af miljøhensyn. Det analyseres hvorledes de økonomiske aktører på markedet, vil reagere overfor et øget fokus på miljøkriterier. Ligebehandlingsprincippet er et afgørende princip indenfor EU-udbudsretten, og det er derfor vigtigt at undersøge, om den nuværende fortolkning af ligebehandlingsprincippet, er en hindring for at inddrage miljøkriterier, for at afdække, i hvor høj grad, det allerede er muligt at tilgodese Europa 2020–Strategiens mål. Det er ligeledes afgørende at få klarlagt, hvilke adfærdsmæssige ændringer hos de økonomiske aktører, som vil kunne følge med et øget fokus på miljøkriterier. Det er afslutningsvist afgørende at konkludere om Kommissionens forslag til det nye udbudsdirektiv, er egnet til at sikre øget miljøhensyn tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål, eller om det ikke bibringer nogen effektiv virkning og dermed blot er et spild af EU's ressourcer.



## 1.4 Afgrænsning

Denne afhandling afgrænser sig fra national lovgivning samt national retspraksis, idet der anlægges en EU-synsvinkel og afhandlingen udelukkende omhandler en analyse af EU's retsakter. Afhandlingen afgrænses således fra eventuel national ret, som er i konflikt med EU retten, heriblandt kommunal lovgivning, som benyttes ved kommuners indkøb. Der anvendes dog afgørelser fra Klagenævnet for Udbud, da dette er et relevant og nødvendigt middel ved fortolkningen og analysen af short-listing bestemmelsen i Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, da EU-retspraksis på området er minimal. Klagenævnets afgørelser benyttes som fortolkningsbidrag til en analyse af EU-Domstolens holdning til short-listing og Klagenævnets afgørelser anvendes derfor, som et bidrag til en fortolkning af short-listings-bestemmelsens betingelser.

Forslaget til det nye udbudsdirektiv, sigter mod at øge effektiviteten af offentlige indkøb, gennem en forenkling af regelsættet for offentlige udbud og mod at gøre bedre brug af offentligt udbud til støtte for fælles samfundsmål såsom miljøbeskyttelse, innovationsfremme og social inddragelse. Afhandlingen afgrænses fra øvrige tiltag i forslaget og omhandler kun miljøbeskyttelse, da dette element anses for at være særligt interessant i forhold til det øgede fokus på miljøbeskyttelse og klimaforandringer i EU's strategier.

Afhandlingen behandler ikke statsstøtteretlige aspekter ved udbud og afgrænser sig fra statsstøtte, da dette ikke er relevant for undersøgelsen af miljøhensyn ved offentlige indkøb, da det antages at miljøhensyn bør inddrages i ethvert udbud, uanset om der er tale om statsstøtte samt at miljøhensyn er underlagt samme kriterier uanset typen af udbud. Der skelnes således heller ikke mellem udbudstyperne i analysen af miljøhensyn og rammeaftaler og koncessioner behandles ikke. Den overordnede antagelse er at miljøkriterier kan være relevante under alle former for offentlige indkøb.

I dag er der opstået et generelt fokus på miljøkriterier i samfundet og forskellige internationale aftaler har fokus på miljø. EU har fokus på miljø, hvilket betyder at der opstået en "miljø-norm", som nogle virksomheder forsøger at leve op til, fx ved at opstille interne miljømålsætninger eller opfylde fastsatte miljøstandarder. Miljøkriterier findes således i flere forskellige former: Som et krav fra forbrugerne, som CSR foranstaltninger samt ved regulering på nationalt og internationalt plan. Når begrebet miljøkriterierne anvendes og behandles i denne afhandling, menes der ethvert

form for kriterium som har potentiale til at skåne miljøet og forbedre miljøet tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål.

## 1.5 Metode

### 1.5.1 Synsvinkel

Denne afhandling indtager og anvender en EU-synsvinkel, hvor problemstillingen ansues og løses i forhold til EU-rettens formål, og hvor aktørernes adfærd på det indre marked analyseres. Analysen centrerer omkring virkningerne af gældende ret og Kommissions forslag til fremtidig ret, samt effekten af disse på det indre marked. Der anlægges desuden en samfundsinteresse-synsvinkel, ud fra en antaget samfundsinteresse i mål-rationaliseret og effektiv opfyldelse af Europa 2020-Strategiens mål.

### 1.5.2 Retskilder

Retskildelæren er læren om retskildernes indhold, prioritering og forpligtende virkning. I EU retten indeholder Traktaten grundlæggende rettigheder og almindelige principper, herunder proportionalitetsprincippet, som er udledt og bevist ved retspraksis<sup>6</sup>. Traktaten fungerer som primærretten mens den sekundære ret omfatter forordninger, direktiver, beslutninger, henstillinger og udtalelser - som alle er listet i TFEU art. 288. Det bemærkes at forordninger, direktivet og beslutninger er bindende, mens henstillinger og udtalelser ikke er bindende. I denne afhandling fungerer traktatens regler om fri bevægelighed, principperne om proportionalitet og ligebehandling som primær ret, mens Udbudsdirektivet er sekundær ret. EU retten har direkte virkning på national ret og har forrang overfor national ret jf. Costa mod ENEL<sup>7</sup>.

### 1.5.3 Juridisk metode

I analysen af, hvordan ligebehandlingsprincippet fortolkes i forhold til miljøkriterier, anvendes retsvidenskaben med en praktisk og retsdogmatisk tilgang, hvor det analyseres, hvorledes retstilstanden er på nuværende tidspunkt. Kapitlet om ligebehandlingsprincippet indledes med en analyse af ligebehandlingsprincippets udspring fra traktatens bestemmelser om fri bevægelighed.

---

<sup>6</sup> Jf. sag C- 120/78 – Cassis de Dijon – Denne sag omhandler eksport af en likør fra Frankrig til Tyskland som forbydes af Tyskland jf. en Tysk lov om alkoholprocent i likør. Dommen omhandler nationale handelshindringer og en fortolkning af TFEU art. 36 om undtagelse af forbud mod handelsrestriktioner, og i dommen bliver proportionalitetsprincippet, som medlemslandene skal overholde ved national lovgivning, defineret.

Proportionalitetsprincippet kan også udlede fra Kommissionen mod Danmark sag C-302/86, hvor Danmark indførte lov om obligatorisk retursystem for emballage på øl og læskedrikke og al emballage på produkter til salg i Danmark skulle godkendes af Miljøstyrelsen. Danmark indførte reglerne om retursystem grundet et tvingende hensyn til miljøbeskyttelse og Domstolen fandt at dette var lovligt så længe at bestemmelsen var nødvendig for at varetage tvingende hensyn og stod i rimelig forhold til det tilsigtede formål. Domstolen anerkendte ydermere miljøbeskyttelse som et tvingende hensyn. Kommissionen anklagede Danmark for ikke at have overholdt proportionalitetsprincippet men Domstolen fandt at dette var overholdt.

Betingelserne for proportionalitetsprincippet er at foranstaltningen skal være egnet til formålet og ikke gå videre end hvad der er nødvendigt for at sikre opfyldelse af formålet. Jf. Proportionalitetsprincippet som udledt af retspraksis, henvender sig til medlemslandene, mens proportionalitetsprincippet som angivet i art. 5 TFEU, henvender sig til EU's institutioner ved EU lovgivning.

<sup>7</sup> Sag C- 6/64, hvor italiensk lov stred mod artikler i EU – traktaten og EU Domstolen for første gang, fastslog at fællesskabsretten er en principielt anden slags ret end folkeret og har forrang for national ret.

Ved brug af Storebælt-sagen sag C-243/89, Beentjes sag C-31/87, Kommissionen mod Frankrig sag C-16/98, Bent Mousten Vestergaard sag C-59/00, Lianakis sag C-532/06, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Plannungs GmbH (HI) mod Stadt Wien Sag C-92/00, Wallonske busser sag C-87/94, Parking Brixen sag C-458/03, Peter Überschär sag C-810/79, Telaustria sag C-324/98 samt Unitron Scandinavia sag C-275/98 som gældende retspraksis på området, analyseres det hvorledes ligebehandlingsprincippet i dag fortolkes og anvendes, i forhold til miljøhensyn samt hvilke kriterier, som kan stilles i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Den udvalgte retspraksis, giver forskellige fortolkningsbidrag af ligebehandlingsprincippet og bidrager således alle, til at skabe en helheds-analyse af princippet. Dommene omhandler grundelementer ved ligebehandlingsprincippet og giver en god baggrund for analysen af indholdet i princippet.

Efter analysen af ligebehandlingsprincippet, analyseres det hvilke miljøkrav som i dag kan stilles jf. det nuværende udbudsdirektiv. I dette afsnit gennemgås faserne i udbudsprocessen<sup>8</sup>. Short-listing<sup>9</sup> er fremhævet som en interessant fase i udbudsprocessen. Afsnittet om short-listing placeres efter gennemgangen af udelukkelse, udvælgelses- og tildelingsfaserne og således er dette afsnit ikke indsat i kronologisk rækkefølge. Denne rækkefølge vælges, idet det er nødvendigt at klarlægge formålet med de øvrige faser før short-listing analyseres, da analysen tager udgangspunkt i formålet med de øvrige faser af udbudsprocessen. Ved short-listing anvendes retspraksis til at klarlægge hvilke kriterier som kan stilles ved short-listing. Nord-Pas-Calis sag C-225/98 benyttes til at bestemme hvilket mindste antal tilbudsgivere, som skal deltage i et begrænset udbud samt til analysen af betingelsen om et konkurrenceelement ved short-listing. Universale-Bau sag C-470/99 benyttes ved analysen af hvilke kriterier som må stilles ved short-listing. Da retspraksis omkring short-listing er minimal, anvendes Klagenævnet for Udbuds afgørelser: ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune samt Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune, som fortolkningsbidrag til analysen af EU-Domstolens holdning til hvilke kriterier, som kan benyttes ved short-listing. Disse afgørelser afspejler Klagenævnets holdning, men giver et bidrag til hvordan short-listing bestemmelsen kan fortolkes, hvilket bidrager til fortolkningen af EU-Domstolens holdning.

Alf Ross' begreb: *Gældende ret*, samt en retsrealistisk anvendelse af retspraksis benyttes i analysen af Udbudsdirektivet. Retsspraksis benyttes til at bestemme, hvilke kriterier EU-Domstolen ligger

---

<sup>8</sup> Se bilag 1, for en illustration og overblik over udbudsprocessen.

<sup>9</sup> Short-listing finder sted under prækvalifikation ved begrænset udbud og giver ordregiver mulighed for at begrænse antal deltagere i udbuddet, ved brug af angivne udvælgelseskriterier i udbudsmaterialet. Udbudsdirektivet art. 44, stk. 3.

vægt på i disse typer af sager. Concordia Bus sag C-513/99, Wienstrom sag C-448/01 og Max Havelaar sag C-368/10 anvendes alle ved analysen af hvorledes, miljø i dag kan inddrages som tildelingskriterier og hvordan EU-Domstolen har forholdt sig til miljøkriterier. Retspraksis tillægges stor værdi, sammen med traktaten samt Udbudsdirektivet, som er retskilder. Retspraksis benyttes til at finde frem til en fortolkning gældende ret. Dernæst analyseres det, om forslaget til et nyt udbudsdirektiv, medfører en ændring i forhold til gældende ret samt om forslaget kan anses for en forpligtelse eller en mulighed, for at inddrage miljøkriterier. Dette gøres ved en analyse af forslaget til det nye udbudsdirektivs bestemmelser, som dog ikke tillægges værdi som en retskilde, idet det endnu ikke er vedtaget og dermed ikke er gældende ret. Forslaget til det nye udbudsdirektiv, anvendes udelukkende som en retningslinje for hvordan det kommende nye udbudsdirektiv muligvis vil blive udformet.<sup>10</sup>

#### 1.5.4 Fortolkningsbidrag

Retslitteraturen som er opgivet under litteraturlisten for afhandlingen, anvendes som fortolkningsbidrag. Ydermere inddrages, Europa 2020-Strategien og Meddelelse 'Akten for Det Indre Marked: Tolv løftestænger til at skabe vækst og øget tillid' af den 13. april 2011 og 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb' – af 27. januar 2011, til forståelse af Kommissionens strategi med det nye udbudsdirektiv. Desuden anvendes Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til Rådsmøde (Konkurrenceevne)<sup>11</sup> den 20. februar 2012, til forståelse af, hvilken holdning ordregivere og tilbudsgivere selv har til det nye udbudsdirektiv, som belæg for hvorvidt det nye udbudsdirektiv kan opfattes som en mulighed eller en forpligtelse. Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens manual om grønne indkøb anvendes til fortolkningsbidrag til analysen af muligheden for at inddrage miljøhensyn under det gældende udbudsdirektiv.

Europa 2020–Strategien, Grønbøger, manualer samt samlenotater er ikke bindende retsakter og tillægges derfor kun værdi som fortolkningsbidrag til gældende ret, samt bidrag til analyse af hvordan kommende ret bør udformes. Disse fortolkningsbidrag anvendes, da de bidrager positivt til fortolkningen af gældende ret og forståelsen af konsekvenserne ved forslaget til det nye udbudsdirektiv.

EU har iværksat et initiativ, der skal fremme grønne offentlige indkøb kaldes GPP, og dette initiativ består af både obligatoriske og frivillige mål og specifikke foranstaltninger til at fremme grønne

---

<sup>10</sup> Forslaget til de nye udbudsdirektiver forventes vedtaget i andet halvår af 2013, med en forventet implementeringsfrist i juni 2014.

<sup>11</sup> Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til Rådsmøde (Konkurrenceevne)<sup>11</sup> den 20. februar 2012, Rådsmøde 3147 – Konkurrenceevne, Bilag 1.

offentlig indkøb. Målene for GPP er fastlagt i Kommissionens meddelelse ” *Offentlige indkøb for et bedre miljø* ” KOM (2008) 400. Dette initiativ skal ses sammen med Udbudsdirektivet og benyttes derfor i denne afhandling, i til forståelsen af incitamentet bag forslaget til det nye udbudsdirektiv. GPP har ikke karakter af bindende ret, men tillægges kun værdi af fortolkningsbidrag til gældende udbudsdirektiv.

#### 1.5.5 Økonomisk metode

Med udgangspunkt i den juridiske analyse, vil det i den økonomiske analyse blive analyseret, hvilken effekt den mulige ændring af betingelserne for at inddrage miljøhensyn, har på ordregivers og tilbudsgivers adfærd. Denne analyse foretages for, at det efterfølgende kan analyseres, om det nye udbudsdirektiv vil være egnet til effektivt at sikre opfyldelse af Europa 2020–Strategiens mål. Det centrale i analysen af de økonomiske aktørers adfærd, er en analyse af aktørernes behov, intentioner, incitamenter og adfærd.

Det analyseres først hvilket økonomisk rationale som ligger bag Udbudsdirektivet, for at klarlægge hvorfor det er nødvendigt at regulere offentlige indkøb. Dernæst analyseres det om ordregiver og tilbudsgivers betingelser ved udbud ændres med det nye direktiv, og hvilken betydning dette har for deres adfærd. Det antages i analysen, at de økonomiske agenter har en målrationel adfærd, med et grundlæggende incitament til profitmaksimering<sup>12</sup>. Det vil blive analyseret, hvilke interesser som ligger til grund for udbudsdirektivet og forslaget til det nye udbudsdirektiv. EU's interesser og medlemslandenes interesser undersøges og i denne analyse inddrages også ordregivers og tilbudsgivers interesser. Dette gøres for at analysere, hvorledes der ved udbudsdirektivets kan opstå interessekonflikter. Afslutningsvist konkluderes det om forslaget til det nye udbudsdirektiv er egnet til at sikre opfyldelse af miljømålsætningerne i Europa 2020-Strategien. Denne konklusion er afgørende for analysen af forslagets effektivitet, som bliver foretaget i afhandlingens integreret del.

#### 1.5.6 Integreret metode

Den integrerede analyse er et retsøkonomisk afsnit, hvor det analyseres, om det nye udbudsdirektiv er egnet til at opfylde miljømålsætningerne i Europa 2020–Strategien. Analysen tager udgangspunkt i Kommissionens forslag til det nye udbudsdirektiv og fremfører en normativ retsøkonomisk analyse af, om det kommende udbudsdirektiv er egnet til at sikre opfyldes af de klimapolitiske

---

<sup>12</sup> Ved offentlige indkøb bemærkes det at, ordregiver kan udtrykke hvordan han kan profitmaksimere via udbudsmaterialet, hvor ordregiver angiver hvad der for ham er økonomisk mest fordelagtigt. Kriterierne for udvælgelse og tildeling samt vægtingen af disse, er således udtryk for ordregivers mulighed for at profitmaksimere.

målsætninger i Europa 2020–Strategien, med fokus på økonomisk efficiens. Der foretages således en analyse af, hvorledes loven bør udformes for at sikre en effektiv virkning.

#### 1.5.7 Afhandlingens opbygning

I kapitel 2 analyseres gældende ret og fortolkningen af ligebehandlingsprincippet, i forhold til anvendelse af miljøkriterier i udbudsprocessen. Først bliver ligebehandlingsprincippet analyseret, med fokus på om ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivet, fortolkes anderledes end ligebehandlingsprincippet i Traktaten. Efterfølgende bliver det analyseret, om ligebehandlingsprincippet påvirker muligheden for at inddrage miljøkriterier i dag og det analyseres i hvor høj grad, det i dag er muligt at anvende miljøkriterier under gældende ret - i forbindelse med udvælgelse af tilbudsgivere og ved tildeling af udbudskontrakter. Der fremføres et overblik over den historiske udvikling i EU-Domstolens fortolkning af og holdning til, miljøhensyn ved offentlige indkøbskontrakter. Det vil afslutningsvist blive analyseret, om forslaget til det nye udbudsdirektiv medfører en ændring i forhold til gældende ret, og om det kan anses for at være en forpligtigelse eller en mulighed i forhold til at tage miljøhensyn ved udbud.

I kapitel 3 analyseres det økonomiske rationale bag udbudsdirektivet, samt de mulige effekter af ændringer i betingelserne for inddragelsen af miljøkriterier ved offentlige indkøb, på ordregiver og tilbudsgivers adfærd. Det analyseres hvilke adfærd, som miljøkriterierne indbyder til og om der sker en ændring i adfærden efter indførelsen af det nye udbudsdirektiv. Det vil afslutningsvist blive analyseret, hvilke interessekonflikter som kan opstå ved udbudsdirektivet og om forslaget til det nye direktiv, medfører en adfærd hos de økonomiske aktører, som er egnet til at sikre opfyldelse af målene i Europa 2020–Strategien.

I kapitel 4 analyseres det, om det nye udbudsdirektiv vil være egnet til at sikre at målene i Europa 2020-Strategien opfyldes og hvordan det nye udbudsdirektiv bør udformes for, at sikre miljøhensyn ved offentlige indkøb tilsvarende miljømålsætningerne i direktivforslaget jf. Europa 2020-Strategien.

Kapitel 5 er en samlet konklusion af afhandlingens problemstilling.

## 1.6 Begrebsafklaring

**Ordregiver:** Er defineret i Udbudsdirektivets art. 1, stk. 9. Ordregivere omfatter ethvert organ som er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov og er en juridisk person, hvis drift er underlagt offentligretlige organer eller disses kontrol.

**Tilbudsgiver:** Enhver økonomisk aktør, som afgiver tilbud ved en udbudsproces jf. Udbudsdirektivets art. 1, stk. 8. **Potentielle tilbudsgivere** er betegnelsen for tilbudsgivere som ikke har afgivet tilbud, men potentielt godt kunne deltage i udbuddet.

**Økonomisk aktør:** Samlet betegnelse for ordregivere og tilbudsgivere ved offentlige udbud.

**Miljøkriterier:** Europa 2020-strategien opstiller 5 konkrete mål, som EU er enige om at stræbe efter at opnå inden år 2020. Blandt de fem mål, er der et mål for miljøet, om at der skal ske en mindst 20% mindre drivhusgasudledning end udledningsmængden i 1990, at 20% af al energi skal komme fra vedvarende energi og at der skal ske en 20% forøgelse af energieffektiviteten<sup>13</sup>. Målene er fordelt ud på EU's lande og der findes derfor også landespecifikke mål. Miljøkriterier anses for at været ethvert kriterium, som kan bidrage til opfyldelse af disse målsætninger.

---

<sup>13</sup> Kommissionens meddelelse om Europa 2020: *EUROPE 2020 A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth*. KOM(2010) 2020 final.



## 1.7 Kildekritik

Den afhandling tager udgangspunkt i Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv og man kan stille sig kildekritisk overfor Kommissionens eget forslag, idet dette kan være påvirket af Kommissionens interesser i forhold til miljøhensyn. Der anvendes desuden grønbøger og andre dokumenter fra EU, som afspejler EU's holdning til miljøkriterier og offentlige udbud, som entydigt må betragtes som EU's synsvinkel<sup>14</sup>.

Denne afhandling er udarbejdet med udgangspunkt i faglitteratur og artikler som primære fortolkningsbidrag, og disse kilder anvendes derfor med høj tillagt pålidelighed, men det må bemærkes at forfatterne kan have forskellige synsvinkler på samme teorier og dermed forskellige antagelser og konklusioner, hvorfor det er nødvendigt at anvende flere forskellige forfattere ved samme analyse område, for at sikre en korrekt besvarelse af problemstilling.

---

<sup>14</sup> Interessekonflikten behandles desuden i afhandlingens kapitel 3.

## Kapitel 2: Ligebehandlingsprincippet

### 2.1 Ligebehandlingsprincippet

Udbudsprocessen er styret af retlige rammer, som er sat af EU-rettens regler om fri bevægelighed<sup>15</sup>, samt EU rettens ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip. EU-rettens regler om fri bevægelighed danner grundlag for Udbudsdirektivet. Udbudsdirektivet har indskrevet et ligebehandlingsprincip i Udbudsdirektivets art 2. Udbudsdirektivet indeholder ikke nogen definition af dette ligebehandlingsprincip men jf. præmis 2 i præambelen til Udbudsdirektivet, udledes ligebehandlingsprincippet af Traktatens regler om fri bevægelighed. TEUF art. 18 indeholder et forbud mod diskrimination grundet nationalitet. Traktatens ligebehandlingsprincip er indskrevet i TFEU art. 18. I *Überschär* sagen<sup>16</sup> defineres ligebehandlingsprincippet som et princip der bestemmer, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet<sup>17</sup>. I *Telaustria* – sagen<sup>18</sup>, som omhandler en koncession<sup>19</sup> på en tjenesteydelse, fastslog EU-Domstolen at selvom en kontrakt falder uden for Udbudsdirektivets område, så skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne alligevel overholdes<sup>20</sup>. I samme dom henviser<sup>21</sup> EU-Domstolen til *Unitron Scandinavia* sagen<sup>22</sup>, hvor EU-Domstolen fastslog at gennemsigtigheds og ligebehandlingsprincippet er tæt knyttet til hinanden, fordi gennemsigtighedsprincippet skal overholdes, for at sikre at det er muligt at gennemskue om ligebehandlingsprincippet er overholdt<sup>23</sup>. EU-Domstolen udtaler sig også om EU-rettens generelle principper i *Parking Brixen* sagen<sup>24</sup>, og i denne sag fastslår EU-Domstolen endnu engang, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet skal overholdes ved indgåelse af kontrakter i grænseoverskridende situationer<sup>25</sup>. Ligebehandlingsprincippet er altså udledt af traktatens bestemmelse om forbud mod forskelsbehandling og anvendes sammen med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed samt gennemsigtighedsprincippet<sup>26</sup>.

---

<sup>15</sup> Navnlig reglerne om fri bevægelighed for varer jf. TEUF art. 34 samt reglerne om fri bevægelighed for tjenesteydelser jf. TEUF art. 56.

<sup>16</sup> Sag C- 810/79 Peter *Überschär* mod Bundesversicherungsamtalt für Angestellet.

<sup>17</sup> Jf. Sag C- 810/79 Peter *Überschär* mod Bundesversicherungsamtalt für Angestellet, præmis 16.

<sup>18</sup> Sag C-324/98 *Telaustria Verlags GMBH* og *Telefonadress GMBH* mod *Telkom Austria AG*.

<sup>19</sup> Koncessioner er ikke reguleret i Udbudsdirektivet.

<sup>20</sup> Jf. C-324/98 *Telaustria Verlags GMBH* og *Telefonadress GMBH* mod *Telkom Austria AG* præmis 60 og 61.

<sup>21</sup> Jf. C-324/98 *Telaustria Verlags GMBH* og *Telefonadress GMBH* mod *Telkom Austria AG* præmis 61.

<sup>22</sup> Sag C – 275/98 *Unitron Scandinavia* og 3-S, som omhandler overdragelse af retten til at udføre en offentlig tjenesteydelse.

<sup>23</sup> Jf. Sag C – 275/98 *Unitron Scandinavia* og 3-S, præmis 31.

<sup>24</sup> Sag C- 458/03 *Parking Brixen GmbH* mod *Brixen Kommune* og *Stadtwerke Brixen AG*, som omhandler koncession på en tjenesteydelse som derfor falder uden for Udbudsdirektivets område.

<sup>25</sup> Jf. Sag C- 458/03 *Parking Brixen GmbH* mod *Brixen Kommune* og *Stadtwerke Brixen AG*, præmis 29, smp. 2 samt præmis 49.

<sup>26</sup> Jf. ovenstående retspraksis.

## 2.2 Ligebehandlingsprincippet i udbudsretten

I forslaget til det nuværende udbudsdirektiv<sup>27</sup>, anvendes *Überschär* sagen<sup>28</sup> til begrundelse for at ligebehandlingsprincippet er indskrevet som en del af det nuværende direktivets art. 2<sup>29</sup>. EU-Domstolen har i forskellige sager fastslået at ligebehandlingsprincippet ligger til grund for Udbudsdirektivet - blandt andet i *Hospital Ingenieure* sagen<sup>30</sup> hvor der ligeledes henvises til *Unitron* og *Telaustria* sagerne<sup>31</sup>.

I *Wallonske Busser* sagen<sup>32</sup>, fastslår EU-Domstolen at ligebehandlingsprincippet gælder selvom der ikke kan påvises nogen nationalitetsbaseret diskrimination eller risiko herfor. *Storebæltsdommen*<sup>33</sup> kom før ligebehandlingsprincippet blev en eksplicit del af Udbudsdirektivets principper, og denne dom har derfor stor betydning for forståelsen af udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, da princippet blev indskrevet i det nuværende udbudsdirektiv, på baggrund af blandt andet denne dom. I *Storebæltsdommen* krænkede Danmark ligebehandlingsprincippet idet A/S *Storebæltsforbindelsen*, som ordregiver, foretog forhandlinger med en tilbudsgiver som havde afgivet et ikke konditionsmæssigt tilbud<sup>34</sup>. Kommissionen sagsøgte Danmark med påstand om et traktatbrud af blandt andet ligebehandlingsprincippet og EU-Domstolen skulle herefter tage stilling til om der gjaldt et ligebehandlingsprincip i EU-udbudsretten. EU-Domstolen fandt at ligebehandlingsprincippet fulgte af selve formålet med Udbudsdirektivet jf. direktivets mål om en effektiv konkurrence<sup>35</sup> og fastslog derudover, at ligebehandlingsprincippet indebære at alle tilbud skal kunne objektivt sammenlignes.

*Beentjes* sagen<sup>36</sup> har stor betydning for forståelsen af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med hvilke kriterier, som kan anvendes i udbudsbekendtgørelsen. I denne sag anvendte det nederlandske Landbrugs - og Fiskeministerium blandt andet et krav om beskæftigelse af langtidsledige, som kriterium for tildeling ved et udbud af en bygge – og anlægskontrakt. Sagen omhandlede om det, jf. det daværende udbudsdirektiv, var muligt at udelukke tilbudsgivere på baggrund af kvalitative udvælgelseskriterier, som ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen<sup>37</sup>. *Beentjes*, som var

---

<sup>27</sup> KOM (2000) 275 endelig/2.

<sup>28</sup> Sag C- 810/79 *Peter überschär* mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.

<sup>29</sup> KOM (2000) 275 endelig/2, forslag til art. 2, side 14.

<sup>30</sup> Sag C- 92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Plannungs GmbH (HI)* mod Stadt Wien.

<sup>31</sup> Jf. Sag C- 92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Plannungs GmbH (HI)* mod Stadt Wien, præmis 45.

<sup>32</sup> Sag C-87/94, *Kommissionen mod Belgien – Wallonske Busser*.

<sup>33</sup> Sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*.

<sup>34</sup> Jf. Sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*, præmis 32.

<sup>35</sup> Jf. Sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*, præmis 33.

<sup>36</sup> Sag C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV* mod den nederlandske stat.

<sup>37</sup> Jf. sag C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV* mod den nederlandske stat, præmis 4, spm. 2.

tilbudsgiver med det laveste tilbud, anlagde sag mod den Nederlandske stat, med blandt andet påstand om, at udvælgelse udelukkende kunne ske ved en vurdering af laveste tilbud eller økonomisk mest fordelagtige tilbud. EU-Domstolen afgjorde i denne sag, at et kriterium om beskæftigelse af langtidsledige var foreneligt med udbudsdirektivet, såfremt dette kriterium ikke bevirkede en direkte eller indirekte forskelsbehandling af tilbudsgivere fra andre medlemslande og bemærkede ydermere, at en sådan betingelse skulle obligatorisk nævnes i udbudsbekendtgørelsen<sup>38</sup>. EU-Domstolen fastlagde desuden i dommen, at betingelsen om beskæftigelse af langtidsledige, skal være i overensstemmelse med traktatens bestemmelser om fri bevægelighed samt traktatens forbud mod forskelsbehandling<sup>39</sup>. Denne doms afgørelse er relevant for analysen af hvorledes miljøkriterier kan anvendes ved offentlige udbud, i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Miljøhensyn er, ligesom beskæftigelse af langtidsledige, et kvalitativt kriterium, som umiddelbart kan falde uden for EU-udbudsrettens bestemmelser om udvælgelse og tildeling<sup>40</sup>. I betragtning 33 til Udbudsdirektivet er der en reference til Beentjes dommen, hvor det anføres at vilkårene for udførelsen af kontrakten, kan have til formål at fremme visse hensyn – herunder beskæftigelse af langtidsledig eller beskyttelse af miljøet. Det er ved Udbudsdirektivets betragtning 33 tydeligt, at man har taget ved lære af domme som Beentjes, som indeholder hensyn, som Udbudsdirektivet ikke eksplicit nævner som lovlige, men som alligevel kan være vigtige at benytte ved offentlige indkøb.

Sagen, Kommissionen mod Frankrig<sup>41</sup>, omhandler blandt andet, ligebehandlingsprincippet forhold til potentielle tilbudsgivere. I denne sag anlagde Kommission en traktatbrudssag mod Frankrig med påstand om at Frankrig havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet i en udbudsproces, hvor en fransk fælleskommunal sammenslutning udsendte 37 udbudsbekendtgørelser om elforsyning - og vejbelyningsarbejde. Kun nogle af udbudsbekendtgørelserne blev offentliggjort på fællesskabsplan og EU-Domstolen fandt i denne sag, at forskellen på de bekendtgørelser som blev offentliggjort og dem som ikke blev offentliggjort, ville kunne stille tilbudsgivere i øvrige medlemslande ringere end nationale tilbudsgivere<sup>42</sup>. EU-Domstolen mente yderligere at det var relevant at vurdere ligebehandling mellem nationale og ikke-nationale tilbudsgivere, på baggrund af både tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere<sup>43</sup>. EU-Domstolen konstaterede i denne sag, at

---

<sup>38</sup> Jf. sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, præmis 37.

<sup>39</sup> Jf. sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, præmis 29 og 30.

<sup>40</sup> Jf. sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, præmis 28

<sup>41</sup> Sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig.

<sup>42</sup> Sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 101.

<sup>43</sup> Jf. Sag C-16/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 107.

ligebehandling omfatter alle faser af udbudsprocessen og dermed er potentielle tilbudsgivere også omfattet, da udbudsdirektivets formål er at give adgang til konkurrence på fællesskabsplan.

I Sagen Bent Mousten Vestergaard<sup>44</sup> udledes begrebet ”eller dermed ligestillet”, som anvendes ved vurderingen af hvorvidt ligebehandlingsprincippet er overholdt. I denne sag anlagde Bent Mousten Vestergaard sag an mod Spøttrup Boligselskab, med påstand om traktatbrud, grundet Spøttrup Boligselskabs krav om anvendelse af et bestemt vinduesfabrikat i udbudsbekendtgørelsen. EU-Domstolen fandt at betingelsen om anvendelsen af et bestemt fabrikat, var i strid med traktatens ligebehandlingsprincip, med mindre at kravet var ledsaget af bemærkningen; ”eller dermed ligestillet”<sup>45</sup>. EU-Domstolen bemærkede endvidere, at undladelsen af at benytte bemærkningen ”eller dermed ligestillet”, ikke kun bevirkede at visse tilbudsgivere blev udelukket men også at potentielle tilbudsgivere ikke afgav tilbud<sup>46</sup>.

Ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivet er en almindelig lighedsgrundsætning, som ikke indeholder nogle retningslinjer for, hvordan princippet skal anvendes og hvilke kriterier som vil stride mod ligebehandlingsprincippet<sup>47</sup>. Traktatens ligebehandlingsprincip er i modsætning til udbudsrettens, en speciel lighedsgrundsætning og forskellen mellem Traktatens og udbudsrettens ligebehandlingsprincip, er at udbudsrettens ligebehandlingsprincip indebærer en mere vidtgående beskyttelse mod forskelsbehandling, ved at kræve handlepligt fra ordregiver til at sikre ligebehandling – f.eks. ved bestemmelserne om offentliggørelse af udbudsmaterialet og tildelingskriterier<sup>48</sup>. I Traktatens ligebehandlingsprincip derimod ligger der en forpligtelse til at afholde sig fra at forskelsbehandle<sup>49</sup>. Ydermere er forskellen mellem udbudsrettens og Traktatens ligebehandlingsprincip, at udbudsrettens ligebehandlingsprincip beskytter mod enhver form for forskelsbehandling mens Traktatens ligebehandlingsprincip, i kraft af sin status som en speciel lighedsgrundsætning, særligt har til formål at beskytte mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller varernes oprindelse<sup>50</sup>. I udbudsrettens ligebehandlingsprincip, er hensynet til den effektive konkurrence mere tungtvejende end hensynet til ordregivers og tilbudsgivers interesser, i det konkrete udbud<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> Sag C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab.

<sup>45</sup> Jf. sag C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, præmis 26.

<sup>46</sup> Jf. sag C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, præmis 22.

<sup>47</sup> Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 64.

<sup>48</sup> Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 69.

<sup>49</sup> Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 70.

<sup>50</sup> Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 70.

<sup>51</sup> Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 266.

På trods af konklusionen af at Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, er mere vidtgående og omfattende end Traktatens ligebehandlingsprincip, så må det også konkluderes, at der er en del uklarheder i Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, som umærker sig ved at der igennem retspraksis er rejst en del spørgsmål til ligebehandlingsprincippet<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Herunder blandt andet domme gennemgået tidligere i denne afhandling.

## 2.3 Mulighed for at benytte miljøkriterier i dag

I Kommissionens forslag til det nye udbudsdirektiv (*herefter: forslaget*), opstilles der nogle mål for hvordan offentlige indkøb, skal bruges til at sikre miljømæssige mål jf. Europa 2020–Strategiens målsætninger om en bæredygtig vækst. Målet for det nye udbudsdirektiv er, at der skal ske større anvendelse af grønne udbud, som skal understøtte omstillingen til en energieffektiv og grøn økonomi, samt at der skal være bedre muligheder, for at tage højde for miljøbeskyttelse<sup>53</sup>. Forslaget har potentiale til at der i højere grad, tages hensyn til miljøbeskyttelse. Det er derfor relevant at undersøge, hvilken betydning ligebehandlingsprincippet har for miljøhensyn ved offentlige indkøb. Det vil nu blive undersøgt, i hvor høj grad, miljøkriterier kan indgå ved udvælgelse og tildeling, i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, jf. det nuværende Udbudsdirektiv. I de følgende afsnit, vil de forskellige faser i udbudsprocessen gennemgås, for at afdække om miljøkriterier kan anvendes under disse faser. Dette gøres for efterfølgende at kunne konkludere, om det nuværende udbudsdirektiv og udbudsrettens ligebehandlingsprincip, hindrer anvendelsen af miljøkriterier tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål. Dette gøres som et led i undersøgelsen af det økonomiske rationale bag forslaget og nyskabelserne i forslaget.

### 2.3.2 Tekniske specifikationer art. 23

Udbudsdirektivets art. 23 omhandler tekniske specifikationer og disse er yderligere defineret i Udbudsdirektivets bilag VI. Bestemmelsen om tekniske specifikationer virker som den mest oplagte mulighed i udbudsdirektivet, til at retfærdiggøre anvendelsen af miljøkriterier, da denne artikel giver ordregiver mulighed for, nærmere at specificere udbuddets genstand. Jf. udbudsdirektivets art. 23, stk. 3 litra b), kan ordregiver opstille tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, som angiver funktionsdygtighed eller funktionelle krav, og disse specifikationer kan blandt andet omfatte miljøegenskaber. Art. 23, stk. 6, regulerer betingelserne for at angive funktionsdygtighed og funktionelle krav om miljøegenskaber i udbudsmaterialet. Jf. art. 23 stk. 6, må ordregiver gerne anvende detaljerede specifikationer eller dele heraf, som er fastlagt i de europæiske eller (multi)nationale miljømærker eller ethvert andet miljømærke, forudsat at disse specifikationer opfylder betingelser om egnethed og gennemsigtighed. Ordregiver kan altså jf. art. 23, stk. 6, opstille betingelser i udbudsmaterialet, omkring at visse miljømærker anses for at opfylde de tekniske specifikationer, som ordregiver kræver, men ordregiver skal dog acceptere enhver anden ”passende” dokumentation for at et tilbud overholde de fastsatte specifikationer. De tekniske

---

<sup>53</sup> Jf. Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb med et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM(2011) 15 endelig, afsnit 4.

specifikationer skal overholde ligebehandlingsprincippet og må ikke skabe hindringer for konkurrencen jf. art. 23, stk. 2. At ligebehandlingsprincippet er indskrevet som en del af art. 23 om tekniske specifikationer, fremgår ikke kun af stk. 2 men også af stk. 3, litra a), hvor det fremgår, at en henvisning til tekniske specifikationer eller standarder, skal efterfølges af udtrykket: ”eller tilsvarende” som refererer til udtrykket ”eller dermed ligestillet” fra ligebehandlingsprincippet<sup>54</sup>.

Det er altså lovligt jf. Udbudsdirektivets art. 23 stk. 3 samt stk. 6, at ordregiver fastsætter miljøegenskaber som tekniske specifikationer i udbudsmaterialet. Det fremgår ikke tydeligt i art. 23, i hvor høj grad der må opstilles miljøegenskaber og hvordan disse må benyttes, og det er derfor nødvendigt at undersøge bilag VI nærmere på dette område. Det fremgår af bilag VI, at tekniske specifikationer, skal benyttes til at definere udbyders krav nærmere og skal benyttes af ordregiver, for at sikre at den ønskede anvendelse af kontraktens genstand, kan opfyldes. Det er dog ikke nærmere angivet i bilaget, hvordan miljøegenskaber må anvendes som tekniske specifikationer.

Art. 23 om tekniske specifikationer virker som den mest oplagte mulighed til retfærdiggørelse af anvendelsen af miljøkriterier, fordi det umiddelbart ser ud til, at man jf. art. 23 stk. 3 samt stk. 6 kan anvende miljøegenskaber, til at definere betingelserne for kontraktens genstand. Men når man nærlæser bestemmelsen samt bilag VI, fremgår det dog ikke klart, i hvor vid udstrækning bestemmelsen af tekniske specifikationer kan retfærdiggøre anvendelsen af miljøkriterier og det fremgår ligeledes ikke tydeligt, hvad begrebet ”miljøegenskaber” dækker over. Jf. forarbejderne, dækker begrebet miljøegenskaber over objektive og målbare kriterier, som er direkte knyttet til kontraktens genstand og omfatter anvendelse af særlige råstoffer, en specifik produktionsproces og muligheden for at referere til et miljømærke<sup>55</sup>. Det er dog ikke angivet i forarbejderne, hvornår miljøegenskaber har relevans for kontraktens genstand. Det er uklart om bestemmelsen om tekniske specifikationer kun kan anvendes ved kriterier som omhandler funktionaliteten af kontraktens genstand eller om denne bestemmelse også kan anvendes ved kriterier, som skal sikre en mere grøn økonomi og miljøbeskyttelse, tilsvarende Europa 2020–Strategiens mål.

---

<sup>54</sup> Som udledt af dommen; C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab. Se denne afhandlings afsnit 2.2.

<sup>55</sup> KOM (2001) 274 endelig, II, 1 – 1.3.



Som art. 23 umiddelbart skal fortolkes, omfatter muligheden for at inddrage miljøegenskaber, kun en mulighed for at benytte disse egenskaber, til en nærmere definition af kontraktens genstand, for at sikre at det er tydeligt hvilken funktionalitet som ønskes<sup>56</sup>. Miljøkriterier med formål tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål, kan derfor ikke retfærdiggøres via Udbudsdirektivets art. 23, såfremt det ikke kan bevises at disse kriterier har en relevans for kontraktens genstand, også selvom kriterierne ikke hindrer konkurrencen eller overtræder ligebehandlingsprincippet jf. art. 23, stk. 2.

### 2.3.3 Udelukkelse

Tilbudsgivere kan udelukkes fra at deltage i udbuddet, såfremt visse objektive kriterier er opfyldt. Udbudsdirektivets art. 45 omhandler udelukkelsesgrunde. Udelukkelsesgrundene er opdelt i grunde som fører til obligatorisk udelukkelse og grunde som kan medføre udelukkelse, såfremt ordregiver vælger dette, kaldet fakultative udelukkelsesgrunde. Udbudsdirektivets art. 45, stk. 1 regulerer de obligatoriske udelukkelsesgrunde mens art. 45, stk. 2 regulerer de fakultative udelukkelsesgrunde.

Udbudsdirektivet gør det således muligt at udelukke tilbudsgivere, fra deltagelse i et offentligt udbud, såfremt visse forhold er opfyldt, herunder: en endelig dom for en strafbar handling, der rejser tvivl om tilbudsgivers faglige hæderlighed, eller at tilbudsgiver har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelse af sit erhverv, som ordregiveren bevisligt har konstateret. Det må antages at mulighed for udelukkelse, også gælder domme eller alvorlige faglige fejl på miljøområdet, f.eks. overtrædelse af miljølovgivningen. Det vil dermed være muligt at udelukke tilbudsgivere, som ikke har potentiale til at kunne leve op til diverse miljøkriterier. Betragtning nr. 43 til Udbudsdirektivet, beskriver faktisk, at såfremt en tilbudsgiver har tilsidesat miljølovgivningen og der er afsagt dom omkring dette, så kan denne tilbudsgiver udelukkes fra at afgive tilbud, såfremt dette er i overensstemmelse med nationale lovgivning.

Det er dermed allerede ved nuværende gældende ret, til en vis grad muligt, at anvende miljøhensyn ved udelukkelse. Det er således muligt at imødekomme miljøhensyn tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål ved Udbudsdirektivets art. 45 om udelukkelse.

---

<sup>56</sup> Arrowsmith, Sue, (2005) *“The Law of Public and Utilities Procurement”*, Afsnit 8.3.1. side 203. Ydemere angives det i forarbejderne KOM (2001) endelig, II 1.1 – 1.3, at krav til råstoffer kun må stilles for at sikre at formålet med kontraktens genstand kan opfyldes, at krav om visse produktionsprocesser kun må stilles for at karakterisere kontraktens genstand og kun må vedrøre selve produktionen samt at referencer til miljømærker skal overholde gennemsigtighedsprincippet og andre former for dokumentation end selve mærkning skal også godtages.

### 2.3.4 Udvælgelse

Afdeling 2 i Udbudsdirektivet regulerer udvælgelse af tilbudsgivere. Art. 48 omhandler tekniske og faglig formåen hos tilbudsgiver, og disse bestemmelser kan indeholde en oplagt mulighed, for at retfærdiggøre miljøhensyn. Art. 48 kan anvendes af ordregiver til at indsamle informationer om, blandt andet, tilbudsgivernes tidligere udførte projekter, kvalitetsstandarder, arbejdsmetoder og uddannelse blandt medarbejderne. Udvælgelsen kan hjælpe ordregiver til at få en fornemmelse af, hvilket forhold tilbudsgiverne har til miljøregulering samt miljøhensyn fx ved tilbudsgivers egen CSR regulering<sup>57</sup>. Art. 48, stk. 2, litra f, giver ydermere ordregiver mulighed for at anmode om at tilbudsgivere angiver deres miljøstyringsforanstaltninger<sup>58</sup>. Art. 50 skal anvendes sammen med art. 48, stk. 2 litra f, og regulerer hvilken dokumentation for tilbudsgivers miljøstyringsnormer, som ordregiver må kræve, samt sikrer overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Selve formålet med udvælgelsen i udbudsprocessen er at ordregiver foretager en kvalitativ udvælgelse blandt tilbudsgiverne af, hvilke tilbudsgivere, som har tilstrækkelige ressourcer (økonomisk, finansielt, teknisk og fagligt) til at kunne gennemføre udbudskontrakten<sup>59</sup>. I udvælgelsesfasen er formålet, at foretage en vurdering af tilbudsgivernes *generelle* egnethed til at afgive et tilbud og det er afgørende at udvælgelsesfasen og tildelingsfasen ikke blandes sammen<sup>60</sup>. I Beentjes – sagen<sup>61</sup> fastslog EU-Domstolen, at udvælgelsesfasen og tildelingsfasen godt kan finde sted samtidig, men at der dog gælder vidt forskellige regler for de to faser<sup>62</sup>. Formålet med opdelingen af reglerne for udvælgelse og tildeling, er at sikre gennemsigtighed. Udvælgelse omhandler tilbudsgivers generelle egnethed, mens tildeling omhandler tilbudsgivernes egnethed til at gennemføre den specifikke kontrakt, på baggrund af tildelingskriterierne; økonomiske mest fordelagtige bud og laveste pris. I Lianakis sagen<sup>63</sup>, som omhandler en græsk kommunes offentlige udbud af matrikelmåling, byplanlægning og gennemførelse heraf, blev tildelingskriterierne blandet sammen med udvælgelseskriterierne. EU-Domstolen henviste i Lianakis sagen til Beentjes sagen, og fastslog at kriterier, som ikke har til formål at bedømme det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ikke må anvendes ved tildeling af kontrakten, men i stedet under udvælgelse<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Caranta, Roberto og Trybus, Martin, (2010) "The law of green and social procurement in Europe", side 41.

<sup>58</sup> Virksomhedens egen dokumenterede strategi om miljøhensyn, som kan omfatte styring og mindskning af belastning på miljøet som følge af virksomhedens aktiviteter.

<sup>59</sup> Nielsen, Ruth, (2010), "Udbud af offentlige kontrakter", side 263.

<sup>60</sup> Nielsen, Ruth, (2010) "Udbud af offentlige kontrakter", side 266 jf. sag C-37/87 – Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat.

<sup>61</sup> Sag C-37/87 – Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat.

<sup>62</sup> Jf. Sag C-37/87 – Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, præmis 15 og 16.

<sup>63</sup> sag C-532/06 Lianakis AE m. fl. Mod Dimos Alexandroupolis.

<sup>64</sup> Jf. sag C-532/06 Lianakis AE m. fl. Mod Dimos Alexandroupolis, præmis 30.

Ordregiver har altså mulighed for at undersøge forskellige parametre, som kan indikere tilbudsgivers forhold til miljøhensyn. Udbudsdirektivet giver således ordregiver mulighed for, under udvælgelsen af tilbudsgiveren, at kontrollere visse områder hos tilbudsgiver, med henblik på opfyldelse af miljøkriterier. Selvom det således umiddelbart kan synes klart, at ordregiver har en vis mulighed for at undersøge hvorvidt tilbudsgivere kan leve op til miljøkriterier, er dette dog langt fra klart, idet det ikke er tydeligt angivet hvornår ordregiver må forlange dokumentation jf. art. 48, stk. 2, litra f samt art. 50.

Art. 48, stk. 2, litra f samt art. 50, må kun anvendes i ”relevante tilfælde” og direktivet giver ingen vejledning omkring, hvornår der er tale om relevante tilfælde. Når forarbejderne til direktivet undersøges, findes der desværre heller ikke hér nogen nærmere definition af, hvornår der er tale om relevante tilfælde. Dog beskriver forarbejderne at dokumentation vedr. miljøledelsessystemer, kun kan accepteres som et bevis for teknisk kapacitet, i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 48, stk. 2 litra f samt art. 50, hvis det pågældende miljøledelsessystem er relevant for genstandens kvalitet eller tilbudsgivers evne til at gennemføre en kontrakt som indeholder miljøkriterier<sup>65</sup>. Forarbejderne giver ikke nogen vejledning omkring, hvornår et miljøledelsessystem må anvendes som bevis og dermed benyttes af ordregiver ved udvælgelsen, da forarbejderne ikke definerer begreberne: ”genstandens kvalitet” og ”tilbudsgivers evne til at gennemføre en kontrakt”. Forarbejderne beskriver at de krav der stilles ved udvælgelsen, skal udspringe direkte af kontraktens genstand eller kontraktens udførelse<sup>66</sup> og dermed kan det konkluderes at art. 48 stk. 2, litra f, skal fortolkes snævert og denne artikel giver derfor ikke mulighed for at miljøhensyn jf. Europa 2020–Strategiens mål, anvendes som kriterier.

### 2.3.5 Tildeling art. 53

Jf. Udbudsdirektivet art. 53, stk. 1 litra a – b, må en offentlig udbudscontrakt kun tildeles ud fra et kriterium om det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller det laveste tilbud. Hvis kriteriet om det mest økonomisk mest fordelagtige tilbud anvendes, skal dette tilbud vælges, ud fra de kriterier som ordregiver har fastsat i udbudsmaterialet jf. art. 53, stk.2. Jf. forarbejderne til udbudsdirektivet, er formålet med det økonomiske mest fordelagtige tilbud, at hjælpe ordregiver med at få mest mulig værdi for pengene<sup>67</sup>. Forarbejderne angiver at tildelingskriterierne skal gøre det muligt for

---

<sup>65</sup> KOM (2001) 274 endelig, II, 2.2.2.

<sup>66</sup> KOM (2001) 274 endelig, II, 2.2.

<sup>67</sup> KOM (2001) 274 endelig, II, 3.

ordregiver, at vurdere hvilket tilbud som bedst opfylder ordregivers behov og der skal derfor være en tæt forbindelse til kontraktens genstand<sup>68</sup>.

Formålet med tildelingsfasen er ydermere tydeliggjort i Beentjes dommen samt Lianakis dommen<sup>69</sup>, hvor det blev fastslået, at tildeling kun må ske på baggrund af kriterier (økonomisk mest fordelagtigt eller laveste pris), som skal identificerer tilbudsgivers egnethed til at gennemføre den *omhandlede udbudskontrakt*.

Omkring miljøkriterier angiver forarbejderne, at miljøkriterier kun må inddrages, såfremt disse kan hjælpe med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og i kontrakter hvor miljøhensyn indebærer en økonomisk fordel<sup>70</sup>. Derudover angiver forarbejderne, at miljøkriterier skal være specifikke, produktrelaterede og økonomiskmålelige samt at miljømæssig forsvarlighed ikke er målbare eller nødvendigvis økonomisk fordelagtig for ordregiver. Miljøkriterier må derfor kun anvendes, hvis dette kriterium oversættes til et specifikt, produktrelateret og økonomisk målbart kriterium<sup>71</sup>.

Ved tildeling af en offentlig udbudskontrakt, er det først og fremmest afgørende, at ligebehandlingsprincippet overholdes i forhold til tildelingskriterierne<sup>72</sup>, samt at kriterierne har direkte relevans for kontraktens genstand og er målbare i forhold til det økonomiske mest fordelagtige for ordregiver<sup>73</sup>. Det er altså tvivlsomt om generelle miljøhensyn tilsvarende Europa 2020–Strategiens mål, kan anvendes i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 53 om tildelingskriterier.

Der er forskel på tildeling og udvælgelse idet disse to faser skal tilsikre to forskellige formål – hvor udvælgelse skal benyttes til at bedømme tilbudsgivers *generelle* egnethed til at deltage i offentlige udbud, skal tildeling benyttes til at bedømme tilbudsgivers evne til at opfylde den *omhandlede kontrakt*<sup>74</sup> ud fra kriterierne om økonomisk mest fordelagtige bud eller laveste bud. Der skal anvendes forskellige kriterier ved bedømmelsen af tilbudsgiverne ved udvælgelse og tildeling og dette skyldes hensynet til gennemsigtighed og ligebehandling. I Lianakis dommens præmis 30 beskriver EU–Domstolen, at formålet med tildeling er at identificere det økonomisk mest

---

<sup>68</sup> KOM (2001)274 endelig, II, 3.1.

<sup>69</sup> Jf. Sag C-37/87 – Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske stat og sag C-532/06 Lianakis AE m. fl. Mod Dimos Alexanderoupolis – se denne afhandlings afsnit 2.3.4 om udvælgelse.

<sup>70</sup> KOM (2001) 274 endelig II, 3.1.

<sup>71</sup> KOM (2001) 274 endelig II, 3.1.

<sup>72</sup> Arrowsmith, Sue, (2005) “*The Law of Public and Utilities Procurement*”, afsnit 4.8.2 side 190.

<sup>73</sup> Caranta, Roberto og Trybus, Martin, (2010) “The law of green and social procurement in Europe”, afsnit 5, side 45. KOM (2001) 274 endelig, II 3.1 samt KOM(2008) 400 endelig, 1.1., fodnote 4 – der skal tages hensyn til at grønne indkøb skal være det billigste i forhold til levetidsomkostninger, driftsomkostninger og slutomkostninger.

<sup>74</sup> Nielsen, Ruth, (2010) “*Udbud af offentlige kontrakter*”, side 263.

fordelagtige tilbud og alle andre kriterier, som ikke har dette formål, er en del af udvælgelsesprocessen. De forskellige faser skal give ordregiver forskellige redskaber til at kunne vurdere tilbudsgiver. Tilbudsgiverne sikres, ved de forskellige faser, ligebehandling samt at de har mulighed for at gennemskue hvilke kriterier, som der lægges vægt på og hvilke redskaber ordregiver benytter til at vurdere tilbudsgiverne.

EU-Domstolen udtalte i Lianakis dommen, at de i dommen opstillede kriterier for tildeling omhandlede tilbudsgivers erfaring, kvalifikationer og midler, som kunne sikre en tilfredsstillende gennemførelse af kontrakten og dermed vedrørte tilbudsgivernes evne til at gennemføre kontrakten. Disse kriterier kunne derfor ikke bruges som tildelingskriterier, men i stedet som udvælgelseskriterier<sup>75</sup>. Denne udtalelse giver en klar skillelinje imellem reglerne for udvælgelse - og tildelingskriterierne og uddybes nærmere i præmis 32, hvor det angives at vurdering af tilbudsgivers udstyr, personale og erfaring ikke må anvendes under tildelingen, men kun ved udvælgelsen. Opdelingen af udvælgelses- og tildelingsfaserne, samt de kriterier som kan stilles i faserne, skal sikre både gennemsigtighed og en effektiv konkurrence. EU-Domstolen bekræfter dette i Beentjes dommen i dommens præmis 15 – 17 samt 21.

Det kan konkluderes at hverken Udbudsdirektivets bestemmelser om tekniske specifikationer, udvælgelse eller tildeling, kan benyttes til at retfærdiggøre miljöhensyn tilsvarende Europa 2020-Strategien mål.

### 2.3.6 Short-listing ved begrænset udbud

Ved begrænset udbud, udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse samt konkurrencepræget dialog, har ordregiver mulighed for at begrænse antallet af tilbudsgivere som opfordres til at afgive tilbud, på baggrund af de tilbudsgivere, som har ansøgt om deltagelse i udbuddet<sup>76</sup>. Denne fase kommer imellem udvælgelse og tildeling og kaldes prækvalifikation. Selve opstillingen af kriterier for prækvalifikationen kaldes short-listing. Ordregiver har ved brug af short-listing, mulighed for at begrænse antallet af tilbudsgivere yderligere, efter udvælgelsen af de tilbudsgivere, som ud fra en generel vurdering har tilstrækkelige ressourcer til at gennemføre kontrakten<sup>77</sup>. Ved denne ”udvælgelse i udvælgelsen”, skal der sikres en vis konkurrence<sup>78</sup>. Short-

<sup>75</sup> Sag C-532/06 Lianakis AE m.fl. Mod Dimos Alexandroupolis, præmis 31.

<sup>76</sup> Jf. Udbudsdirektivet 2004/18/EF, art. 44, stk. 3.

<sup>77</sup> Nielsen, Ruth, (2010) ”Udbud af offentlige kontrakter”, side 263.

<sup>78</sup> Nielsen, Ruth, (2010) ”Udbud af offentlige kontrakter”, side 287.

listing-kriterierne skal angives i udbudsbekendtgørelsen og være objektive samt tage hensyn til gennemsigtighedsprincippet<sup>79</sup>, men det er ikke nødvendigt at angive en vægtning af kriterierne<sup>80</sup>.

Udbudsdirektivet indeholder ikke nogen bestemmelser om hvilke kriterier, som må anvendes ved short-listing, og der er således f.eks. heller ikke noget krav, om at kriterierne skal være relevante for kontraktens genstand som ved tildelingskriterierne<sup>81</sup>. Det vil nu blive analyseret, hvorfor der ikke stilles sammen krav til short-listing kriterierne, som ved de øvrige faser i udbudsprocessen, samt hvilken betydning fortolkningen af ligebehandlingsprincippet har for short-listing.

Det er nødvendigt at anvende retspraksis, til at udlede hvilke kriterier, som kan anvendes under short-listing og hvordan kriterierne forholder sig til ligebehandlingsprincippet. I *Universale - Bau* sagen<sup>82</sup>, fastslog EU-Domstolen, at ordregiver har pligt til at angive udvælgelseskriterierne ved begrænset udbud i udbudsbekendtgørelsen<sup>83</sup>. EU-Domstolen fastslår også i denne dom, at ligebehandlingsprincippet ligger til grund for Udbudsdirektivet og at ligebehandlingsprincippet sammen med gennemsigtighedsprincippet, derfor skal overholdes i udbudsprocessen og følgelig derfor også ved udvælgelse<sup>84</sup>. EU-Domstolen fastsætter ikke nogle uddybende betingelser for hvilke udvælgelseskriterier, som må benyttes ved short-listing.

Formålet med udelukkelse-, udvælgelse- og tildelingsfaserne blev tidligere i denne afhandling fastlagt og de økonomiske aspekter ved udvælgelse og tildelingsbestemmelserne, er at der skal skabes en effektiv konkurrence, samtidig med at ordregiver sikres den bedste kvalitet for pengene, så der skabes der en efficient løsning af det offentlige udbud. Formålet med short-listing skal udledes ved hjælp af formålet med de øvrige faser. Der findes ikke nogen udtalelser fra EU-Domstolen omkring short-listing, i retspraksis. Idet formålet med både udelukkelse og tildeling, er at sikre gennemsigtighed og efficiens, samt at ordregiver kan bedømme tilbudsgiverne i forhold til opfyldelse af kontrakten og det økonomisk mest fordelagtige tilbud, må det nu undersøges om disse elementer også er en del af formålet med short – listing.

Til at begynde med, er det oplagt at se på Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, og overveje fordelene og ulemperne ved bestemmelsen om short-listing. Fordelene ved short-listing er at udvælgelsen af kvalificerede tilbudsgivere, gøres mere overskuelig, idet kredsen af tilbudsgivere indsnævres.

<sup>79</sup> Nielsen, Ruth, (2010) "*Udbud af offentlige kontrakter*", side 143.

<sup>80</sup> Jf. præambelen til 2004/18/EF betragtning 39, 40 og 41.

<sup>81</sup> Jf. udbudsdirektivets 2004/18 EF, art. 53. Se afhandlingens afsnit 2.3.5.

<sup>82</sup> Sag C- 470/99 – *Universale – Bau AG* mfl. mod *Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*.

<sup>83</sup> Jf. Sag C- 470/99 – *Universale – Bau AG* mfl. mod *Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, præmis 100.

<sup>84</sup> Jf. Sag C- 470/99 – *Universale – Bau AG* mfl. Mod *Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, præmis 91 – 93.

Ydermere er det sandsynligt at potentielle tilbudsgivere, får et større incitament til at afgive tilbud på udbudskontrakter, hvor konkurrencefeltet ikke er for bredt. Klare og præcise angivelser af kriterierne ved short-listing i udbudsmaterialet, sikrer at tilbudsgiver kan målrette sin ansøgning og sikrer samtidig at ordregiver, nemt kan redegøre for sit valg af prækvalifikation overfor ikke-prækvalificerede tilbudsgivere. Ulemperne ved at anvende short-listing, er at ordregiver skal bruge tid og ressourcer på at udvælge de minimum fem tilbudsgivere<sup>85</sup>, som opfordres til at afgive tilbud.

Det fremgår af præambelen til Udbudsdirektivet, at udvælgelsen under short-listing, skal ske i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet<sup>86</sup>. Det er derfor tydeligt, at en del af formålet med bestemmelsen, er at sikre gennemsigtighed og ligebehandling ved begrænset udbud.

Der findes ingen fortolkning af formålet med short-listing i EU's retspraksis og derfor kan retspraksis ikke benyttes som fortolkningsbidrag til formålet med short-listing. I stedet kan der indhentes fortolkningsbidrag i afgørelser fra det danske Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet for Udbud har i flere kendelser, lagt vægt på at anvendelsen af short-listing, kun er i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, såfremt kriterierne ved short-listing fremstår klare for tilbudsgiverne. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. november 2010, ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune, udtalte Klagenævnet, at Skive Kommunes kriterium om bedste referencer i udbudsmaterialet, var tilstrækkelig klart og dermed opfyldte Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3<sup>87</sup>. I Klagenævnets kendelse af 15. januar 2013, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune, udtalte Klagenævnet at kriterier om referencer og egenkapitalens størrelse, er i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, idet disse kriterier er objektive, ikke – diskriminerende samt klare<sup>88</sup>.

EU- Domstolen vil højst sandsynligt ikke være enig med Klagenævnet for Udbuds afgørelse i sagen Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune. I denne sag blev der stillet krav til omsætningens størrelse. Der var ikke blot et krav om en positiv egenkapital, men der blev stillet mindstekrav om specifikke beløb<sup>89</sup> og ydermere blev der givet højest point til tilbudsgivere med højst egenkapital. Det er lovligt jf. Udbudsdirektivets art. 44, stk.3, at opstille mindstekrav ved short-listing. Mindstekrav kan sikre den mest optimale tilbudsgivning i forhold til ordregivers

---

<sup>85</sup> Nielsen, Ruth, (2010) ”Udbud af offentlige kontrakter”, side 143.

<sup>86</sup> 2004/18EF, betragtning 39, 40 og 41.

<sup>87</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. november 2010, ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune, Klagenævnet ad påstand 1 - 2.

<sup>88</sup> Klagenævnet for Udbud, kendelse af 15. januar 2013, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune, Klagenævnet ad påstand 1 - 2.

<sup>89</sup> Krav om en omsætning på minimum 2 mio. pr. delaftale der ansøges om.



ønsker, hvilket sikrer en effektiv og målrettet udbudsproces. Mindstekrav er dog underlagt et proportionalitetsprincip, således at disse krav, skal stå i et rimeligt forhold til omfanget af den udbudte opgave. Anvendelsen af mindstekrav kan dog skade konkurrencen ved udbuddet, idet mindre virksomheder, der egentligt godt kunne varetage opgaven, udelukkes.

Formålet med short-listing er altså at opstille yderligere krav i udvælgelsesprocessen, for at minimere antallet af tilbudsgivere til et minimum af egnede tilbudsgivere, som stadig kan sikre konkurrence. Når der stilles krav til egenkapitalens størrelse, som i ovenstående sag fra Klagenævnet, risikerer man at udelukke små virksomheder og dette er i strid med Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip.

Short-listing kan være en fordel ved komplicerede opgaveområder. Anvendelsen af short-listing, kan ved komplicerede opgaver, anvendes til at sikre at kun egnede tilbudsgivere får mulighed for at afgive tilbud. Det kan også være en fordel at anvende short-listing, hvis der forventes mange tilbudsgivere til udbuddet, så der ikke skal bruges ressourcer på at undersøge alle tilbud. Short-listing bør foretages på baggrund af en samlet vurdering af ansøgernes økonomiske og tekniske/faglige kompetencer, idet short-listing er en del af udvælgelsesprocessen og derfor er underlagt samme princip angående kriterierne – altså en vurdering af ordregivers kompetencer.

I Nord-Pas-Calais sagen<sup>90</sup>, fastslog EU-Domstolen at det mindste antal tilbudsgivere, som jf. udbudsbekendtgørelsen vil blive opfordret til at afgive tilbud i et begrænset udbud, skal være fem, for at der sikres en reel konkurrence. I samme sag fastslog EU-Domstolen ligeledes, at dommens kriterier om at tilbudsgiverne skulle kunne bevise at de var medlem af en fransk sammenslutning af arkitekter, for at kunne deltage i det begrænsede udbud, var i strid med udbudsdirektivet<sup>91</sup>. Dette kriterium var i strid med udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip og Traktatens princip om fri udveksling af tjenesteydelser<sup>92</sup>. I Lianakis dommen diskuterer EU-Domstolen hvilke formål som kriterierne ved udvælgelse og tildeling, har. Forskellen mellem de to formål, kan siges at være det økonomiske element. Ved tildeling, er formålet at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud og ethvert kriterium som stilles i denne fase, skal være egnet til at kunne forfølge dette formål. Ved udvælgelse er det ikke formålet at vurdere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Formålet med udvælgelsen er at sikre, at konkurrencen om den udbudte opgave kommer til at foregå mellem tilbudsgivere, som kan løfte opgaven og er egnede til at deltage i udbuddet. Det er i denne

---

<sup>90</sup> Jf. sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 55, 57, 58 og 61.

<sup>91</sup> Jf. sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 85 og 86.

<sup>92</sup> Jf. sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 87.



sammenhæng vigtig at bemærke, at short-listing finder sted som en del af udvælgelsesfasen ved begrænset udbud og dette har afgørende betydning for, hvilke krav som kan stilles ved short-listing. Ved hjælp af sagen fra Klagenævnet for Udbud er det muligt at konstatere at formålet med short-listing, er at sikre at ordregiver har mulighed for at minimere antallet af tilbudsgivere, særligt ved komplicerede opgaver, for at sikre den mest effektive opfyldelse af opgaven, på baggrund af en vurdering af økonomiske og tekniske kompetencer. Short-listing er en del af udvælgelsesprocessen og derfor skal kriterierne fra short-listing, have relevans for tilbudsgivers egnethed og holdes adskilt fra tildelingsfasens kriterier. Idet der ved short-listing er mulighed for at sortere blandt tilbudsgiverne, i forhold til ordregivers ønsker til kontrakten, er der ved short-listing mulighed for, at opstille kriterier, som går videre end kriterier til generel egnethed og opstille kriterier i forhold til ordregivers præferencer. Således kan short-listingkriterierne gå videre end udvælgelseskriterierne.

Antallet af tilbudsgivere som minimum skal udvælges ved short-listing, er relevant for formålet med short-listing. Mindste antal deltagere ved begrænset udbud skal være på 5 jf. Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3. Mindstekravet er opstillet for at sikre en vis form for konkurrence. Det er tydeligt at konkurrenceelementet er afgørende for formålet med short-listing, da det er afgørende, at der er mulighed for reel konkurrence imellem tilbudsgiverne ved short-listing jf. minimumskriteriet for deltagere.

Short-listing er anderledes end både udelukkelse og tildeling, grundet sit formål. Dette kan have en indflydelse på hvordan ligebehandlingsprincippet fortolkes ved short-listing bestemmelsen. Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip er som nævnt, en del af Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, men selve fortolkningen af ligebehandlingsprincippet ved short-listing, er anderledes i forhold til fortolkningen af ligebehandlingsprincippet ved udvælgelse og tildeling. Short-listing bestemmelsens anderledes formål, åbner op for en videre mulighed for at benytte miljøhensyn ved offentlige indkøb. Ved short-listing er der intet krav om at kriterierne, skal have en relevans i forhold til kontraktens genstand – som det er tilfældet ved tildeling. Ved short-listing er der heller intet krav om, at kriterierne skal kunne benyttes til at vurdere tilbudsgivers generelle egnethed, som ved udvælgelse<sup>93</sup>. Derimod er der mulighed for at stille kriterier for at sikre opfyldelse af ordregivers præferencer til kontrakten. Da formålet med short-listing blandt andet er, at mindske antallet af deltagere i udbuddet, er det nødvendigt at opstille specifikke kriterier, for at

---

<sup>93</sup> Det bemærkes at short-listing er en del af udvælgelsen og dermed er underlagt samme princip om kriterierne, dog er det ved short-listing muligt at opstille videre kriterier end. Ved udvælgelsen, idet ordregiver skal kunne minimere antallet af tilbudsgivere og idet short-listing bestemmelsen ikke indeholder en egentlig definition af hvilke kriterier som må stilles, eller krav om relevans for kontraktens genstand.

kunne være i stand til at vælge tilbudsgiverne som opfordres til at afgive tilbud – også set i lyset af at udvælgelsesfasen allerede er gennemført og en sortering dermed har fundet sted. Ved short-listing har ordregiver videre adgang til at opstille kriterier, end ved de øvrige faser, men dette betyder ikke at ligebehandlingsprincippet, ikke skal overholdes. Ligebehandlingsprincippet skal naturligvis overholdes, ligesom ved de øvrige faser i udbudsprocessen, da dette er et universelt princip ved udbud. Selve short-listing bestemmelsen opstiller ikke nogen kriterier for hvordan ligebehandlingsprincippet skal tilgodeses.

Ordregiver er altså mere frit stillet til at vælge kriterier ved short-listing, end ved de øvrige faser i udbudsprocessen. Dermed kan ordregiver vælge at opstille miljøkriterier ved short-listing og såfremt kriterierne er klart angivet i udbudsmaterialet, må disse fortolkes som i overensstemmelse med Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3.

Kun under short-listing ved begrænset udbud er det derfor muligt at anvende miljøkriterier. Det fremgår ikke eksplicit af Udbudsdirektivet, hvorledes miljøkriterier kan inddrages, hvilket Kommissionens meddelelse: GPP, også anfægter som et problem<sup>94</sup>. Det kan ydermere konkluderes at Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip er mere vidtgående end Traktatens ligebehandlingsprincip, men hvilken betydning dette har for muligheden for at inddrage miljøkriterier tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål, må nu afgøres via retspraksis, ligesom det ligeledes må udledes af retspraksis, hvordan EU-Domstolen har forholdt sig til miljøkriterier igennem tiden.

---

<sup>94</sup> GPP: ” Offentlige indkøb for et bedre miljø ” KOM (2008) 400, side 5.

## 2.4 Fortolkningen af ligebehandlingsprincippet betydning for anvendelsen af miljøkriterier

Af ovenstående afsnit kan det konkluderes, at de krav ordregiver opstiller i udbudsmaterialet, skal have en relevans for kontraktens genstand, før de er forenelige med ligebehandlingsprincippet og dermed lovligt kan anvendes jf. Udbudsdirektivet. Concordia Bus<sup>95</sup> omhandler udbud af bybus – kørsel i Helsingørskommune. I udbudsbekendtgørelsen var det fastsat, at kontrakten ville blive tildelt tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud og der blev i den forbindelse, opstillet tre kriterier for tildeling af kontrakten; den samlede tilbudte pris, bussernes kvalitet og tjenesteyders drift indenfor området for kvalitet og miljø<sup>96</sup>. Kvaliteten af busserne blev målt via bussernes udledning af nitrogenoxid og støjniveau. Tjenesteyders drift indenfor området for kvalitet og miljø, blev målt via kvalitative kriterier og på om tilbudsgiver havde et program for besvarelse af miljøet som skulle være dokumenteret ved certifikation<sup>97</sup>. Concordia klagede til den nationale domstol, med påstand om, at kommunen tildelte kontrakten på baggrund af hensyn til miljøfaktorer, som ikke havde nogen forbindelse til kontraktens genstand<sup>98</sup>. Den nationale domstol forelagde sagen for EU-Domstolen. EU-Domstolen fastlagde i denne sag, at miljøkriterier kan anvendes ved tildeling, såfremt de har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og er forbundet med kontraktens genstand. EU-Domstolen henviser blandt andet til Bentjees dommen<sup>99</sup>. I Concordia dommens præmis 64, gør EU-Domstolen det klart, at ligebehandlingsprincippet opsætter et forbud mod at anvende miljøkriterier ved tildeling, såfremt disse kriterier ikke er forbundet med kontraktens genstand og giver ordregiver et ubetinget frit valg blandt tilbudsgiverne. Domstolen fastslår i dommens præmis 69, at den finske kommunens kriterier om nitrogenoxidemission og støjniveau, er forbundet med kontraktens genstand og i øvrigt overholder ligebehandlingsprincippet. EU-Domstolen åbnede i denne sag op for en videre anvendelse af miljøkriterier ved tildeling af et udbud<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus.

<sup>96</sup> Jf. Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus, præmis 21.

<sup>97</sup> Jf. Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus, præmis 23 – 24.

<sup>98</sup> Jf. Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus, præmis 29.

<sup>99</sup> Jf. Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus, præmis 59 og 61.

<sup>100</sup> Caranta, Roberto og Trybus, Martin, (2010) ”The law of green and social procurement in Europe”, afsnit 1.1, side 23.

Nogle år efter Concordia bus sagen, afsagde EU-Domstolen igen dom indenfor en sag, som omhandlede miljøkriterier ved tildeling af udbud. I Wienstrom sagen<sup>101</sup> fastlagde EU-Domstolen grænser for i hvor høj grad det er muligt at inddrage miljøkriterier. I Wienstrom sagen, som omhandlede et udbud af levering af elektricitet fremsat af Østrig, skulle tildeling af udbuddet ske på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige, i henhold til et kriterium om ydelsernes indvirkning på miljøet i henhold til udbudsbetingelserne<sup>102</sup>. Tilbudsgiverne skulle desuden kunne forpligte sig til at levere elektricitet fra vedvarende energikilder<sup>103</sup>. EU-Domstolen refererede i denne sag til Concordia bus sagen og fandt at miljøkriterierne er lovlige jf. kriterierne om blandt andet relevans for kontraktens genstand, fra Concordia bus sagen<sup>104</sup>. EU-Domstolen fandt også i den sag, at en vægtning på 45 % af kriteriet om vedvarende energi, var foreneligt med Udbudsdirektivet, selvom dette kriterium ikke var økonomisk målbart, da kriteriet søgte at opfylde et mål om miljøbeskyttelse, som var foreneligt med fællesskabsretten<sup>105</sup>. EU-Domstolen fastlagde at tildelingskriteriet om måling af samlede mængde produceret energi og mængde, som oversteg det samlede årlige forbrug ift. ordregivers behov, ikke havde tilknytning til kontraktens genstand, da dette kriterium omhandler hvor meget energi der kan leveres til andre kunder end ordregiver<sup>106</sup>. Således blev det i Wienstrom sagen, igen fastlagt at miljøkriterier er forenelige med udbudsdirektivet og ligebehandlingsprincippet, såfremt disse kriterier har relevans for kontraktens genstand. Idet EU har som mål at beskytte miljøet<sup>107</sup>, er det endda foreneligt med fællesskabsretten, at sådanne miljøkriterier tillægges stor vægt ved tildelingen.

Disse domme fik betydning for udformningen af det nuværende Udbudsdirektiv<sup>108</sup>. Dette kan læses ud af direktivets 1. betragtning, som angiver at direktivet er baseret på retspraksis vedrørende tildelingskriterier, som klarlægger de ordregivendes myndigheders mulighed for, at opfylde relevante offentligheds behov, herunder på det miljømæssige område<sup>109</sup>. I Udbudsdirektivets betragtning 5 og 6 bliver miljøbeskyttelseskrav anerkendt som et krav der skal integreres i udformningen og gennemførelsen af fællesskabets politikker og aktioner, med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling. Det nævnes også i disse betragtninger, at de ordregivende myndigheder

---

<sup>101</sup> Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom.

<sup>102</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 15.

<sup>103</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 16.

<sup>104</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 33.

<sup>105</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 40 - 42.

<sup>106</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 67.

<sup>107</sup> Jf. Sag C- 448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, præmis 40.

<sup>108</sup> Direktiv 2004/18/EC.

<sup>109</sup> Se også Direktiv 2004/18/EC, betragtning 33 som indeholder en direkte reference til Beentjes dommens kriterium om beskæftigelse af langtidsledige.

skal bidrage til miljøbeskyttelse og at udbudsdirektivet ikke er til hinder for at der anvendes foranstaltninger, som skal sikre en beskyttelse af den bæredygtige udvikling. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at Udbudsdirektivet forsøger at gøre det legalt og nærmest opfordrer ordregivere, at anvende miljøhensyn.

En af de nyeste domme om miljøhensyn ved udbud er Max Havelaar sagen<sup>110</sup>. Kommissionen anlagde sag mod Nederlandene, med påstand om manglende overholdelse af Udbudsdirektivet, i et udbud om levering og drift af kaffeautomater, da mærkerne Max Havelaar og EKO blev anvendt i de tekniske specifikationer samt blev henvist til under tildelingskriterierne. I denne sag er det igen ligebehandlingsprincippet og miljøkriteriernes forbindelse til kontraktens genstand, som er afgørende i EU-Domstolens afgørelse af sagen. EU-Domstolen henviser til Wienstom sagen i forbindelse med sin afgørelse og angiver, at et tildelingskriterium gerne må opstille kriterier om fair-trade produkter<sup>111</sup> og fastslår at betingelsen om forbindelse til kontraktens genstand er opfyldt<sup>112</sup>. EU-Domstolen finder dog i denne sag, at Nederlandene ikke har overholdt Udbudsdirektivets bestemmelser, fordi Nederlandene i udbudsbetingelserne har angivet bestemte miljømærker, under de tekniske specifikationer samt under tildelingskriterierne, uden at angive at man accepterede anden dokumentation eller angivet de bagvedliggende kriterier for mærkerne og har derfor tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet<sup>113</sup>. Det interessante i denne sag, er at EU-Domstolen fastslår at der gerne må opstilles miljøkriterier til produktionsprocessen, men ikke henvises til specifikke mærker, uden at anden dokumentation også godtages. Desuden fandt Domstolen ligeledes at gennemsigtighedsprincippet ikke var overholdt idet der blev stillet krav om opfyldelse af kriterier for bæredygtige indkøb og medvirken til en, blandt andet, miljøteknisk forsvarlig produktion<sup>114</sup>. Det afgørende i denne sag, er at det afgøres at der gerne må stilles kriterier til produktionen<sup>115</sup>, men at disse kriterier skal forklares og uddybes, for at sikre forenelighed med gennemsigtighedsprincippet.

Af ovenstående retspraksis, kan det således konkluderes, at Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, ikke kan konkluderes at være en hindring for anvendelse af miljøkriterier. Princippet om at der skal være en forbindelse med miljøkriterier og kontraktens genstand, altså en

---

<sup>110</sup> Sag C – 368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar.

<sup>111</sup> Jf. Sag C – 368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar, præmis 91.

<sup>112</sup> Jf. Sag C – 368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar, præmis 92.

<sup>113</sup> Jf. Sag C – 368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar, præmis 112.

<sup>114</sup> Jf. Sag C – 368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar, præmis 112.

<sup>115</sup> Ved kriterierne om mærkningen og en miljøteknisk forsvarlig produktion, blev der stillet krav til produktionsprocessen, hvilket EU-Domstolen ikke fandt, var i strid med Udbudsdirektivet. Dog var disse kriterier ulovlige da de ikke var uddybet og dermed overholdte gennemsigtighedsprincippet.

relevans for kontraktens genstand, er dog en hindring for inddragelse visse miljøkriterier. Det har af retspraksis vist sig, at være muligt at inddrage miljøkriterier, som har et overordnet mål om bæredygtighed og miljøbeskyttelse. Miljøkriterier skal dog have en relevans i forhold til vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed have en relevans for ordregivers behov jf. kontraktens genstand. Det er således allerede under nuværende gældende ret muligt at inddrage miljøhensyn ved udbud. På trods af at udbudsrettens ligebehandlingsprincip er mere vidtgående end Traktatens ligebehandlingsprincip og kræver aktiv deltagelse fra ordregiver til at sikre at ligebehandlingsprincippet overholdes<sup>116</sup>, er fortolkningen af Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip ikke en hindring for at inddrage miljøkriterier. Dog er miljøkriterier som en del af udbudsmaterialet, endnu et meget nyt område indenfor udbudsretten og derfor er retspraksis og regulering på området ikke stor og det kan derfor være svært at fortolke Udbudsdirektivets bestemmelser i forhold til miljøhensyn. Da det ikke er klart i hvor høj grad og hvorledes miljøkriterier kan inddrages i offentlige udbud, kan dette begrænse anvendelsen af miljøkriterier i offentlige udbud og ligeledes begrænse anvendelsen af miljøkriterier tilsvarende Europa 2020-Strategien, da det er uklart hvor vidtgående miljøkriterierne må være.

I takt med mere inddragelse af miljøhensyn ved udbud, kan formålet med udbudsfaserne ændres. Formålet med short-listing er i denne forbindelse særligt interessant. I takt med at der sættes større og større fokus på miljøhensyn ved offentlige indkøb, og at miljøkriterier benyttes i udbudsmaterialet, må formålene med faserne bestemmelser i udbudsdirektivet tilsvarende tilpasse sig. Kravet om relevans for kontraktens genstand må derfor udvides, til at indbefatte at miljøhensyn også kan være relevant for kontraktens genstand. Som det ovenfor blev konkluderet er udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip ikke nogen hindring for inddragelsen af miljøhensyn, men derimod er kravet om relevans for kontraktens genstand en hindring.

Det er nu interessant at undersøge, om forslaget vil medføre nogle ændringer i forhold til gældende ret. Det er især interessant at undersøges dette i forbindelse med om forslaget vil medføre, at det i højere grad er muligt at opfylde Europa 2020-strategiens målsætninger via offentlige indkøb. Da det nuværende udbudsdirektiv jo allerede giver mulighed for at inddrage miljøhensyn, indenfor rammerne af ligebehandlingsprincippet, samt tilkendegiver at have til formål, at tilgodese

---

<sup>116</sup>Treumer, Steen, (2000) ”Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler”, side 69.

bæredygtighed og miljøkriterier,<sup>117</sup> er det interessant at undersøge om og hvordan forslaget, opstiller ændringer i muligheden for at inddrage miljøkriterier i forhold til gældende ret<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Jf. betingelse 5 og 6, direktiv 2004/18/EC.

<sup>118</sup> Denne undersøgelse finder sted i denne afhandlings afsnit 2.5.

#### 2.4.1 Historisk udvikling i anvendelsen af miljøkriterier

Nedenfor vises en oversigt over udviklingen i EU-Domstolens fortolkning af lovlige miljøkriterier jf. Udbudsdirektivet. Denne oversigt gives som illustration af udviklingen omkring miljøkriterier, som er afgørende, for at forstå hvilke overvejelser der ligger til grund for miljøkriteriers betydning i forslaget til det nye udbudsdirektiv.

Årstal for afsagt dom	Dom	Udvikling
2002	Sag C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus.	EU-Domstolen fastlagde i denne sag, at miljøkriterier kan anvendes ved tildeling, såfremt de har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og er forbundet med kontraktens genstand og ordregiver ikke får et ubetinget frit valg, jf. Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip. Domstolen fastslår at kriterier om nitrogenoxidemission og støjniveau er forbundet med kontraktens genstand og i øvrigt overholder ligebehandlingsprincippet. EU-Domstolen åbnede i denne sag op for, at det ikke kun er rent økonomiske kriterier som må anvendes ved tildeling af et udbud.
2003	Sag C-448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich-Wienstrom.	EU-Domstolen fandt at et tildelingskriterium om ydelsernes indvirkning på miljøet, var lovligt jf.



		<p>Udbudsdirektivet. EU-Domstolen refererer i denne sag til Concordia bus sagen. EU-Domstolen fandt også i den sag, at en vægtning på 45 % af kriteriet om vedvarende energi, er foreneligt med Udbudsdirektivet, selvom dette kriterium ikke er økonomisk målbart, da kriteriet søger at opfylde et mål om miljøbeskyttelse, som er foreneligt med fællesskabsretten.</p>
<b>2004</b>	Nyt Udbudsdirektiv, (2004/18/EF)	<p>Det nye udbudsdirektiv udvikles blandt andet på baggrund af ovenstående domme.</p>
<b>2012</b>	Sag C-368/10, Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar.	<p>EU-Domstolen henviser til Wienstom sagen i forbindelse med sin afgørelse af der gerne må opstilles kriterier om Fair Trade – mærkning samt en miljøteknisk forsvarlig produktion. Det afgørende i denne sag er at EU-Domstolen fastslår at der gerne må opstilles miljøkriterier til produktionsprocessen, men at kriterierne skal uddybes og anden dokumentation skal også accepteres.</p>

Af ovenstående oversigt fremgår det, at der er sket en ændring i EU-Domstolens fortolkning af miljøkriteriers forenelighed med Udbudsdirektivet. EU-Domstolen begyndte med at opstille et princip om at miljøkriterier skal være i overensstemmelse med kontraktens genstand, men udvikler sin holdning til at indbefatte at miljøkriterier er forenelige med udbudsdirektivet, såfremt de søger at opfylde et mål, som er foreneligt med fællesskabsretten. Senere fastslår EU-Domstolen at der gerne må stilles miljøkriterier til selve produktionsprocessen.

Ovenstående er et udtryk for at EU-Domstolen udvider anvendelsesområdet for miljøkriterier ved offentlige indkøb og i stigende grad godkender sådanne kriterier, så længe EU-Domstolen finder kriterierne i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet samt ikke-diskriminerende: f.eks. er det endnu ikke lovligt, at opstille kriterier om anvendelse af specifikke mærker, uden at godtage andre former for dokumentation for samme krav som mærket repræsenterer, jf. Max Havelaar dommen.

Forslaget til det udbudsdirektivs større fokus på miljøhensyn, kan altså være afledt af både et behov jf. Europa 2020-Strategien samt en mere anerkendende holdning til miljøhensyn hos EU-Domstolen. EU-Domstolen har allerede jf. ovenstående analyse, accepteret miljøhensyn, som værende i overensstemmelse med Udbudsdirektivet i en række sager, og dette kan tolkes som at EU-Domstolen er i en proces, hvor Domstolen indtager en mere og mere anerkendende og åben holdning til miljøhensyn ved offentlige indkøb.

## 2.5 Vil det nye udbudsdirektiv medføre en ændring i forhold til gældende ret?

I foregående afsnit blev det konkluderet at Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, ikke direkte giver mulighed for at inddrage miljøkriterier tilsvarende Europa 2020–Strategiens mål, men dog i praksis alligevel ikke opstiller nogen hindringer, for at inddrage miljøkriterier ved tildeling af en udbuds kontrakt, dog forudsat at disse kriterier har relevans for kontraktens genstand. Det er således allerede nu muligt at opstille miljøkriterier.

### 2.5.1 Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv

Traktaten sigter på at sikre miljøhensyn jf. TEUF art. 11 og i TEUF art. 191- 193, angives det at der i EU's politikker skal være fokus på miljøbeskyttelse og bekæmpelse af klimaændringer. Europa 2020–Strategiens målsætninger om bæredygtighed og vækst, finder således grundlag og hjemmel i ovenstående bestemmelser fra traktaten.

Når det skal undersøges, hvorledes forslaget til det nye udbudsdirektiv adskiller sig fra det nuværende udbudsdirektiv, vedrørende miljøhensyn, må begrundelsen for direktivforslaget først undersøges. Det er især begrundelse nr. 5, punkt 2, om strategisk brug af offentlige indkøb, som er relevant at undersøge i denne sammenhæng. Under dette punkt fremgår det blandt andet, at man som ordregiver, skal kunne inkludere eksterne miljøomkostninger, hvis de kan værdiansættes og verificeres. Det er ligeledes angivet i begrundelsen, at ordregiver skal have mulighed for, at inddrage faktorer, som er direkte tilknyttet til produktionsprocessen, ved brug af tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, herunder f.eks. anvendelse af særlige miljøvenlige metoder i produktionsprocessen. Dog må der ikke stilles krav som ikke er forbundet til kontraktens genstand eller produktionsprocessen. I betragtning 5 i forslaget, henvises der til TFEU art. 11 om inddragelse af miljøhensyn og det angives at det i forslaget, vil blive præciseret hvordan ordregiver kan bidrage til miljøbeskyttelse. I de indledende begrundelser og betragtninger, lægges der således op til, at det nye udbudsdirektiv i højere grad end det nuværende direktiv, vil have fokus på at ordregiver skal kunne inddrage miljøhensyn i udbudsbekendtgørelsen.

Art. 40 i forslaget regulerer tekniske specifikationer. Umiddelbart er bestemmelserne omkring tekniske specifikationer i forslaget, nøjagtig de samme som i det nuværende udbudsdirektiv. Begge direktiver indeholde de samme bestemmelser, omkring hvorledes miljøkriterier kan inddrages via tekniske specifikationer og indeholder endda de samme formuleringer.

Efter art. 40 om tekniske specifikationer, i forslaget, er art. 41 om mærker indsat, som er en helt ny tilføjelse, i forhold til det nuværende direktiv. Ifølge art. 41, må ordregiver i de tekniske specifikationer, under beskrivelsen af de funktionelle krav for kontraktens genstand, fastsætte miljøegenskaber og i den forbindelse kræve, at kontraktens genstand er forsynet med et bestemt mærke, såfremt betingelserne jf. art. 41, stk. 1, litra a – e, er opfyldt. Betingelserne for anvendelse af et bestemt mærke, er at ligebehandlingsprincippet skal overholdes og at der skal være en relevans for kontraktens genstand. Således er disse betingelser, de samme som der også lægges vægt på i nuværende gældende ret samt i retspraksis, ved anvendelse af miljøhensyn. Selvom forslaget opstiller denne nye bestemmelse om mærkning, er der dog ingen ændringer i forhold til nuværende udbudsdirektiv, som faktisk også giver mulighed for at inddrage mærkning, i samme grad som forslaget. Begge direktiver giver ordregiver mulighed for at henvise til specifikke mærker i de tekniske specifikationer, forudsat at der er en relevans til kontraktens genstand, at ordregiver accepterer andre mærker eller øvrig dokumentation for opfyldelse af de krav som ordregiver opstiller jf. henvisningen til mærkerne. Henvisning til mærkerne skal desuden være klar jf. gennemsigtighedsprincippet og mærkning skal efterfølges af bemærkningen ”eller tilsvarende”. Forslaget opstiller ikke anderledes eller videre grænser, i forhold til det nuværende direktiv, for hvornår og hvordan miljøhensyn må inddrages, ved tekniske specifikationer eller ved brug af krav om mærker.

Artikel 55 i forslaget, omhandler udelukkelse i udbudsprocessen. Jf. forslagets art. 55, stk. 3, litra a, kan ordregiver udelukke tilbudsgivere eller potentielle tilbudsgivere, som ikke overholder EU's miljølovgivning. Jf. bestemmelsen skal ordregiver vurdere udelukkelse, ud fra objektive målbare kriterier og skal overholde et krav om gennemsigtighed. Forslagets bestemmelser om udelukkelse, ser ikke ud til at gå videre end det nuværende udbudsdirektiv. Forskellen er dog, at det i forslaget, er skrevet direkte ind i bestemmelserne om udelukkelse, at manglende miljølovgivning er en udelukkelsesgrund, mens det i det nuværende Udbudsdirektiv, skal læses af de indledende betragtninger<sup>119</sup>, at manglende overholdelse af miljølovgivning, kan anvendes ved udelukkelse.

Angående udvælgelse, er Udbudsdirektivet og forslaget, ens angående miljøledelsesstandarder<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Jf. direktiv 2004/18 EF, betragtning nr. 43.

<sup>120</sup> Udbudsdirektivet; 2004/18/EF af 31. marts 2004 art. 50 og forslaget til det nye direktiv KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 61

I forslaget er det art. 64 og art. 65 som regulerer short-listing, men forslaget indeholder ikke nogen ændringer i forholdet til det nuværende Udbudsdirektiv, og dermed heller ingen nye ændringer i forhold til inddragelse af miljøkriterier under udvælgelse ved begrænset udbud.

I forslaget, er tildeling reguleret i art. 66 og ligesom det nuværende Udbudsdirektiv, angiver forslaget, at tildeling kun kan ske på baggrund af det økonomiske mest fordelagtige eller laveste pris. Dog er der i forslaget, sket en ændring således at ”pris” er erstattet med ”omkostninger” og ydermere kan ordregiver vælge at basere vurderingen på prisen eller på en udregning af omkostningseffektivitet; f.eks. via livscyklusomkostninger jf. art. 67, i forslaget. I forhold til kriterierne som kan anvendes ved vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er der også ændringer, da det i forslaget, er muligt at inddrage kriterier til produktionsprocessen<sup>121</sup>, hvortil eksterne miljøomkostninger kan inddrages<sup>122</sup>. Kriterierne til eksterne miljøomkostninger i produktionsprocessen, kan kun anvendes, såfremt den pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres f.eks. omkostninger forbundet med drivhusgasemissioner og andre omkostninger i forbindelse med afhjælpning af klimaændringer. I det nuværende Udbudsdirektivs art. 53, stk. 1 litra a, angives det at tildeling af udbudskontrakten, kun må ske ud fra kriterier stillet til kontraktens genstand og nævner dermed ikke eksplicit kriterier til produktionsmetoden<sup>123</sup>. I forslaget er det altså muligt både at stille krav til kontraktens genstand samt til produktionsmetoden i tildelingskriterierne. Jf. forslagets art. 66, stk. 2, litra d, skal det være muligt at anvende kriterier til fremstillingsprocessen og dermed vil det være muligt, at kunne stille krav om, at der tages visse miljøhensyn under produktionen af kontraktens genstand – så længe at konkurrencen sikres og at der kan føres kontrol med kriterierne jf. forslagets art. 66, stk. 4. Det er dog ikke eksplicit nævnt i forslaget, om miljøkriterier kan være en del af kravene til produktionsprocessen, men det må dog antages at kunne lade sig gøre, såfremt en effektiv konkurrence tilsikres og de øvrige krav til bestemmelsen overholdes.

Forslaget indeholder således ikke mange ændringer omkring muligheden for at inddrage miljø, i forhold til det nuværende udbudsdirektiv. Forslaget indeholder dog et par ændringer omkring miljøhensyn, herunder en særskilt bestemmelse om mærkning samt en ny bestemmelse omkring

---

<sup>121</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 66, stk. 2, litra d.

<sup>122</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 67, stk. 1, litra b.

<sup>123</sup> Det bemærkes at EU-Domstolen i Max Havelaar dommen fastslog at der gerne må stilles kriterier til produktionsmetoden, idet kriterier om mærkning vedr. produktionsmetoden og kriterier om miljøteknisk ansvarlighed ved produktionen blev godtaget af EU-Domstolen, som dog bemærkede at disse kriterier skal uddybes for at sikre gennemsigtighed.

kriterier for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som bestemmer, at eksterne miljøomkostninger kan inddrages ved kriterier til produktionsprocessen under tildeling.

Formålene med udbudsfaserne er de samme som i det nuværende direktiv og det er således stadig kun ved short-listing under prækvalifikation, at der er bedst mulighed for at inddrage miljøhensyn.

### 2.5.2 Miljøkriterier ved Kommissionens forslag til et nyt udbudsdirektiv

Det er nu interessant at danne overblik over hvilke konkrete ændringer, som forslaget vil medføre angående miljøhensyn, ved offentlige indkøb.

For at skabe overblik over hvilke ændringer som forslaget indeholder, i forhold til miljøkriterier, vil begrebet; ”miljøkriterier” nu blive delt op i forskellige niveauer og blive gennemgået:

**1) Krav der følger af den generelle miljølovgivning:** Jf. forslaget, skal krav til miljøhensyn, som følger af den generelle fælles EU – samt nationale miljølovgivning overholdes. Der er ingen ændringer på dette område i forhold til det nuværende gældende udbudsdirektiv.

**2) Kriterier der ikke følger af lovkrav, men som er i ordregivers økonomiske interesse:** Sådanne kriterier kan kun stilles såfremt kriteriet er i overensstemmelse med kravet om relevans for kontraktens genstand, som følger af forslagets bestemmelser om udvælgelse og tildeling. Forslagets bestemmelser om short-listing, har en langt videre adgang til at benytte miljøkriterier som er i ordregivers økonomiske interesse, end bestemmelserne for de øvrige faser (ligesom det nuværende udbudsdirektiv). Udvalgelses - og tildelingskriterierne, må kun stilles såfremt de er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

**3) Kriterier, der ikke kan begrundes i ordregivers egen økonomiske interesse, men ikke desto mindre må anses for relevant i forhold til kontraktens genstand:** Disse kriterier kan altid retfærdiggøres grundet relevans for kontraktens genstand jf. forslaget bestemmelser om udvælgelse og tildeling. Der er ingen ændring omkring dette, i forhold til det nuværende udbudsdirektiv.

**4) Kriterier som ikke relaterer sig til genstanden, men til genstandens produktionsmåde:** Forslaget til det nye udbudsdirektiv, indeholder på dette område en ændringer i forhold til det nuværende Udbudsdirektiv. I forslagets bestemmelser om tildeling, er indskrevet at det er muligt at inddrage kriterier i forbindelse med produktionsprocessen<sup>124</sup> hvortil eksterne miljøomkostninger

---

<sup>124</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 66, stk. 2, litra d.

kan inddrages<sup>125</sup>. Kriterierne kan dog kun anvendes såfremt den pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres. I det nuværende Udbudsdirektiv, er det ikke eksplicit angivet, at der må anvendes kriterier som relaterer sig til produktionsmåden, men i Max Havelaar dommen<sup>126</sup> fastslog EU-Domstolen at der gerne måtte stilles krav til selve produktionsmåden, mens det er ulovligt, jf. gennemsigtighedsprincippet, at stille krav om specifikke mærker eller krav til produktionsmetoden uden at uddybe disse krav. Ligeledes kan der ved de tekniske specifikationer stilles krav til produktionsmetoden jf. både forslaget og nuværende Udbudsdirektiv.

**5) Kriterier, som muligvis har en gunstig effekt på miljøet, men som er uden relation til kontraktens genstand eller produktionsmåde – f.eks. sikre at der dyrkes skov i Afrika:**

Sådanne kriterier bevæger sig indenfor en gråzone, som ikke er eksplicit reguleret i selve lovgivningen og heller ikke i forslaget. Af retspraksis har det vist sig, at EU-Domstolen før har accepteret miljøhensyn benyttet i udbudsmaterialet, men dog kun såfremt dette havde en relation til kontraktens genstand og i øvrigt overholdte udbudsrettens ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip. Kriterier som ikke relaterer sig til kontraktens genstand eller produktionsmåde, vil umiddelbart ikke kunne retfærdiggøres via nogen bestemmelse i forslaget. Af retspraksis er det ikke før set, at sådanne kriterier er accepteret som lovlige af EU-Domstolen. Kriterier som ikke relaterer sig til kontraktens genstand eller til produktionsmetoden, kan i visse tilfælde være relevante at anvende, i henhold til at sikre miljøbeskyttelse i overensstemmelse med Europa 2020-Strategien. F.eks. kunne et krav om at tilbudsgiver støtter projekter som udligner den mængde CO<sub>2</sub> som virksomheden bruger på at producere kontraktens genstand, være i overensstemmelse med Europa 2020-Strategiens målsætninger. Sådanne kriterier er dog ikke i overensstemmelse med forslaget bestemmelser, med mindre kriteriet har en relevans for de eksterne miljøomkostninger i produktionsmetoden og er målbare og afgørende for vurderingen af de økonomisk mest fordelagtige tilbud, og dette skaber en barriere for at anvende sådanne kriterier. Hvorvidt EU-Domstolen vil godkende sådanne kriterier, afhænger først og fremmest af om kriterierne overholder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet

Der er desuden en grænse for hvilke kriterier ordregiver kan stille i udbudsmaterialet, idet ethvert kriterium til enhver tid skal overholde udbudsrettens ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincippet. Kriteriernes karakter er afgørende for om EU-Domstolen vil anerkende dem som i lovligt. EU-Domstolen har før accepteret miljøkriterier, som enten havde til

<sup>125</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 67, stk. 1, litra b.

<sup>126</sup> Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar -C-368/10.

formål at vurdere tilbudsgivers generelle egnethed eller evne til at opfylde en specifik udbudskontrakt. EU-Domstolen lægger i sine afgørelser af miljøkriterier, vægt på at kriterierne overholder ligebehandlingsprincippet, sikrer en vis konkurrence og ikke giver ordregiver et ubetinget frit valg. Disse parametre er derfor afgørende, når der skal vurderes hvilke kriterier som kan stilles i overensstemmelse med udbudsretten. Hvis et kriterium ikke har en relation til kontraktens genstand eller produktionsmetode, vil dette kriterium ikke blive accepteret af EU-Domstolen.

Bestemmelsen om short-listing indeholder dog ingen krav til hvilke kriterier, som må benyttes og denne bestemmelse, kunne derfor potentielt godt give ordregiver adgang til at benytte kriterier, som ikke har en relation til hverken kontraktens genstand eller produktionsmetode. Formålet med short-listing bestemmelsen, modsiger dog at sådanne kriterier benyttes, idet formålet er at finde egnede tilbudsgivere ved især komplicerede udbud. Ved short-listing har ordregiver mulighed for, at opstille miljøkriterier, såfremt ordregiver måtte finde disse relevant. Det må konkluderes at det er ”teknisk muligt” jf. bestemmelsen om short-listing at anvende miljøkriterier tilsvarende Europa 2020-Strategien.

### 2.5.3 Vil det nye udbudsdirektiv være en mulighed eller en forpligtelse?

Forslaget opstiller altså kun to nye tiltag omkring miljøhensyn (kriterier omkring eksterne miljøomkostninger ved produktionsmetoden samt mærkning) og det er nu interessant at undersøge om direktivet vil blive en mulighed eller en forpligtelse.

Når art. 41 om mærker i forslaget læses, så fremgår det af selve ordlyden, at det er frivilligt om ordregiver ønsker at henvise til mærker i udbudsmaterialet. Samme princip gør sig gældende i forslagens art. 66, om tildeling hvor det ligeledes er frivilligt om ordregiver inddrager miljøhensyn i form af f.eks. eksterne miljøomkostninger i tildelingskriterierne. Bestemmelserne må derfor tolkes som at de giver en mulighed, frem for at opstille en forpligtelse.

Selvom de nye bestemmelser omkring miljøhensyn i forslaget, ikke umiddelbart medfører en forpligtelse for ordregiver til at inddrage et øget miljøhensyn ved offentlige indkøb, så er det dog interessant at undersøge, om forslaget indeholder andre elementer, som gør at direktivet vil blive opfattet som en forpligtelse. I begrundelsen til forslaget, lægges der stor vægt på vigtigheden af at inddrage miljøhensyn i et nyt udbudsdirektiv. I begrundelse nr. 1, angives det at udbudsdirektivet er et vigtigt værktøj i forbindelse med opnåelse af Europa 2020-Strategiens mål. Direktivet skal blandt andet, sikre udbredelse af grønne indkøb og en mere ”ressourceeffektiv lavemissionsøkonomi”.



Begrundelse nr. 1 angiver, at forslaget har et mål om at give ordregiver bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb, til støtte for blandt andet miljøbeskyttelse, bedre ressource – og energieffektivitet samt bekæmpelse af klimaændringer. Under ”Generel baggrund” i begrundelse nr. 1, angives det at de foregående og det nuværende udbudsdirektiv, har nået sine mål, men at de berørte parter ved offentlige indkøb, har stillet krav om en gennemgang af direktiverne om offentlige indkøb, med henblik på at gøre direktiverne bedre egnede til at tage hensyn til den ændrede politiske, sociale og økonomiske situation, samt for at få bedre mulighed for at støtte fælles samfundsmæssige mål – herunder miljøbeskyttelse. I betragtning nr. 39, i forslaget, angives det at det er yderst vigtigt, at udnytte potentialet for offentlige indkøb fuldt ud, for at opnå målene i Europa 2020-Strategien. Dette potentiale vil blive støttet af muligheden for at anvende livscyklusomkostningerne ved vurdering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud, samt muligheden for at stille krav til fremstillingsprocessen ved tekniske specifikationer. Forslaget angiver således at det nye direktiv har et større fokus på miljøhensyn end det tidligere og det opfordres til at man udnytter udbud strategisk, til at opnå målsætningerne i Europa 2020–Strategien.

I Erhvervs – og Vækstministeriets samlenotat<sup>127</sup> forud for rådsmøde om konkurrenceevne den 20. februar 2012, kommenteres der på forslaget. I samlenotatet indgår der en høring i Specialudvalget for Konkurrenceevne, vækst og Forbrugerspørgsmål, som består af organisationer og virksomheder i det danske erhvervsliv<sup>128</sup>. Denne høring kan bidrage til analysen af om forslaget skal fortolkes som en forpligtelse eller en mulighed, og det giver et interessant billede af hvorledes mulige ordregivere og tilbudsgivere, opfatter forslaget. Det bemærkes at Specialudvalget støtter anvendelsen af udbudsdirektivet til at fremme samfundsmæssige mål, herunder miljøbeskyttelse. Specialudvalget stiller sig generelt positivt overfor direktivets bestemmelser om mærkning, udvælgelse og tildeling og muligheden for at inddrage miljøhensyn – blandt andet ved kriterier til produktionsprocessen ved tildeling. I høringen af Specialudvalgets medlemmer, er der ikke nogle tilkendegivelser af at forslaget anses for at være for restriktivt omkring miljøhensyn og dermed er der ingen indikatorer på, at Specialudvalget opfatter forslaget som en forpligtelse, til at overholde miljøhensyn tilsvarende Europa 2020–Strategiens mål.

Det kan således konkluderes at forslaget hverken indeholder mange eller væsentlige ændringer, omkring inddragelsen af miljøhensyn ved udbud. Det kan ligeledes konkluderes, at forslaget

---

<sup>127</sup> Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til Rådsmøde (Konkurrenceevne) den 20. februar 2012, Rådsmøde 3147 – Konkurrenceevne, Bilag 1.

<sup>128</sup> Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til Rådsmøde (Konkurrenceevne) den 20. februar 2012, Rådsmøde 3147 – Konkurrenceevne, Bilag 1, punkt 1; Direktiv om offentlige indkøb, punkt 10; høring.

indeholder samme hensyn til ligebehandlingsprincippet og princippet om relevans for kontraktens genstand, som det nuværende udbudsdirektiv samt at fortolkningen af ligebehandlingsprincippet i forslaget, må anses for at være den samme som nuværende fortolkning af ligebehandlingsprincippet jf. det gældende udbudsdirektiv. Der kan således ikke påpeges noget tiltag i forslaget, som bevirker at dette direktiv skal opfattes som en forpligtigelse for ordregiver, til at anvende miljøhensyn ved udbud.

Det er interessant at forslaget, i høj grad giver udtryk for at have til formål at være et direkte middel, til at opnå målene i Europa 2020–Strategien, herunder de miljømæssige mål<sup>129</sup>. Forslagets tilkendegivelse af at have til formål at støtte op om målene i Europa 2020–Strategien, bevirker at det kan argumenteres for, at forslaget med sine direkte angivelser af at have til formål at virke som et værktøj til at støtte op om Europa 2020–Strategien, alligevel medfører at direktivet skal opfattes som en forpligtigelse. Den mulige forpligtigelse, fremgår især tydeligt af betragtning 39, hvor det angives, at det er yderst vigtigt at udnytte potentialet for offentlige indkøb fuldt ud, til at opnå målene for Europa 2020–Strategien. Ordregiver forpligtes dog ikke til at anvende miljøhensyn, direkte gennem forslagets artikler. Dog findes der en interessant underliggende forpligtigelse og et vist pres fra EU, i forslagets indledende bemærkninger, om at opnåelse af Europa 2020–Strategiens mål, bør inddrages ved offentlige indkøb. Det må dermed konkluderes, at der findes en form for forpligtigelse for ordregiver, til at anvendes miljøhensyn ved udbud, som dog ikke finder hjemmel i selve forslagets bestemmelser og dermed er der ikke tale om en juridisk forpligtigelse og forslaget må derfor fortolkes som en mulighed. En øvrig betragtning ved forslaget, som indikerer at dette direktiv skal betragtes som en mulighed, er at innovation er en væsentlig og fremhævet effekt, af forslaget. Kommissionen fremhæver i sin grøn bog<sup>130</sup>, at et øget fokus på miljøhensyn ved offentlig indkøb, kan bevirke at der sker innovation af miljøvenlige produkter og ydelser. I betragtning nr. 17 til forslaget<sup>131</sup>, fremhæves det yderligere at innovation *er blandt de vigtigste drivkræfter for fremtidig vækst*, og desuden er centrum i Europa 2020–Strategien. Dette indikerer hvordan det tydeligt fremgår som et formål med forslaget, at dette skal skabe muligheder, som dernæst medfører innovation<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> Jf. KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forsalg til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlig indkøb, begrundelse 5 samt betragtning 5 og 39.

<sup>130</sup> 'Grøn bog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb' – af 27. januar 2011, fra side 38.

<sup>131</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb.

<sup>132</sup> Hansen Risvig, Carina og Tvarnø D. Christina, og Ølykke Skovgaard, Grith (2012), "EU Procurement Directives – modernisation, growth & innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives", side 279.

## 2.6 Delkonklusion

Retspraksis<sup>133</sup> viser at Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, ikke er en hindring for, at der opstilles miljøkriterier for udvælgelse samt tildeling, så længe disse kriterier ikke bevirker direkte eller indirekte diskrimination af tilbudsgivere fra øvrige medlemslande. Det kan konkluderes, at hverken bestemmelserne om tekniske specifikationer, udvælgelse eller tildeling, kan retfærdiggøre miljøhensyn tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål. Under short-listing jf. Udbudsdirektivets art. 44, stk. 3, er der dog videre mulig for at opstille miljøkriterier. Udbudsdirektivet indeholder ikke nogen bestemmelser, som kan sikre direkte opfyldelse af Europa 2020-Strategiens mål. Det er allerede under nuværende gældende udbudsdirektiv, muligt at inddrage miljøhensyn ved udbud jf. retspraksis. Forslaget til det nye udbudsdirektiv, indeholder kun enkelte tilføjelser omkring miljøhensyn, herunder en særskilt bestemmelse om mærkning<sup>134</sup> samt en ny bestemmelse om at eksterne miljøomkostninger kan inddrages ved kriterier til produktionsprocessen, under tildeling<sup>135</sup>. Der findes, i forslaget, en underliggende forpligtigelse for ordregiver, til at anvendes miljøhensyn ved udbud, som dog ikke finder hjemmel i selve direktivets bestemmelser, og forslaget er derfor primært en mulighed, frem for forpligtelse til at anvende miljøhensyn.

---

<sup>133</sup> Kommissionen mod Danmark - Storebælt-sagen - Sag C-243/89, Beentjes – sag C-31/87, Kommissionen mod Frankrig - sag C-16/98 samt Bent Moustén Vestergaard - sag C-59/00 og Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus- C-513/99, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich-Wienstrom - C-448/01 samt Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar -C-368/10

<sup>134</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 41.

<sup>135</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 67, stk. 1, litra b.

## Kapitel 3: Økonomiske konsekvenser ved forslaget til det nye udbudsdirektiv

### 3.1 Økonomiske betragtninger bag reguleringen af offentlige indkøb

Udgangspunktet for efficiens på et marked er at de økonomiske aktører er rationelle og handler under kontraktfrihed<sup>136</sup>. Netop kontraktfrihedens rationale vil skabe effektivitet. Udbudsdirektivet, som kontrollerer offentlige indkøb, indtager umiddelbart form af en barriere for kontraktfrihed og efficiens, fordi Udbudsdirektivet forhindrer at markedsaktørerne frit kan handle. Det er afgørende at finde den økonomiske forklaring bag Udbudsdirektivet, før direktivet og forslaget til det nye udbudsdirektiv kan analyseres nærmere. De økonomiske interesser og det økonomiske incitament bag udbudsdirektivet, vil derfor nu blive undersøgt og klarlagt.

Formålet med udbudsdirektivet, er at sikre at de offentlige midler udnyttes bedst muligt og at der sikres så meget og perfekt konkurrence<sup>137</sup> som muligt, ved offentlige indkøb. En høj konkurrenceintensitet, er samtidig også et middel til at sikre en optimal udnyttelse af de offentlige ressourcer. Umiddelbart bør et marked med kontraktfrihed, sikre en optimal udnyttelse af ressourcerne, og dermed efficiens. Efficiens opstår kun på et marked, hvor efficiens ikke forhindres af externaliteter<sup>138</sup>, og derfor må externaliteter kunne forklare rationalet bag udbudsreglerne. Udbudsdirektivet opstiller et reguleringsrationale om hvordan offentlige midler skal anvendes. Årsagen til at der findes et udbudsdirektiv må være et udgangspunkt om, at udbudsreglerne øger konkurrencen og dermed er direktivet rationelt.

Ved offentlige indkøb er der forskellige interesser involveret: ordregiver har interesse i, at få løst opgaven på den mest optimale og billigste måde. Skatteyderne er interesseret i, at deres penge benyttes fornuftigt. Medlemslandene har interesse i, at deres egne virksomheder tjener penge så landets økonomi forbedres. EU har interesse i, at der skabes konkurrence og ikke-diskrimination på det indre marked. Tilbudsgiverne er interesseret i at tjene penge og profitmaksimere og ordregiver er interesseret i at få løst deres udbud på den billigste og mest effektive måde. Der er således mange interesser der skal tages hensyn til og det er grundet disse forskelligartede hensyn, at der opstår externaliteter, fordi markedet er i ubalance hvis ikke alle interesser opfyldes. Såfremt Udbudsdirektivet ikke regulerede de offentlige indkøb, ville ordregiver tilgodese nationale

<sup>136</sup> Jf. Adams Smiths model: "The Invisible Hand", Frank, Robert H., (2010) "*Microeconomics and behavior*", side 16.

<sup>137</sup> Faktorer der kendetegner fuldkommen konkurrence: Standardiseret produkter, virksomhederne er pris-tagere, der er fri adgang til markedet og fuldkommen information. Frank, Robert H. (2010), "*Microeconomics and behavior*", side 337.

<sup>138</sup> Frank, Robert H., (2010) "*Microeconomics and behavior*", side 536.

tilbudsgivere og blot vælge en tilbudsgiver uden at der var konkurrence om udbuddet. Dette ville skade konkurrencen og handlen på det indre marked. Udbudsdirektivet sikrer konkurrence på det indre marked, samt at udbudskontrakten bliver tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed er alle parter interesser imødekommet.

I tilfældet med offentlige indkøb, er det altså ikke rationelt med kontraktfrihed, da dette vil modvirke konkurrencen, da ordregiver under kontraktfrihed, vil vælge en tilbudsgiver uden at sikre at alle tilbudsgivere har lige vilkår for at afgive tilbud på opgaven. Medlemsstaterne vil benytte nationale tilbudsgivere, for at tilgodese landet egen økonomi.

Udbudsdirektivet kræver at offentlige udbud afholdes i fuld offentlighed, med lige information og vilkår til alle tilbudsgivere, og derved øges konkurrencen på det indre marked. Såfremt medlemslandene ikke overholder udbudsdirektivet, kan dette betyde at der lægges sag an mod medlemslandet, som kan risikere at skulle betale en bøde til EU. Der er således en konsekvens, som i visse tilfælde<sup>139</sup>, er stor nok til at give medlemslandene et incitament til at overholde Udbudsdirektivet<sup>140</sup>.

Det er nu interessant at undersøge, hvilken effekt, forslaget til det nye udbudsdirektiv vil få, og om det er rationelt at regulere miljøhensyn igennem Udbudsdirektivet.

---

<sup>139</sup> Det fremgår af dommene som omhandler brud af Udbudsdirektivets regler at medlemslandene i nogle tilfælde har anset det for værende optimalt at bryde med direktivets regler.

<sup>140</sup> Det er nødvendigt med en konsekvens som er stor nok til at parterne afholder sig fra at skabe de externaliteter som en aftale forsøger at bekæmpe. Frank, Robert H., (2010) "*Microeconomics and behavior*", side 543.

### 3.2 Ordregivers og tilbudsgivers adfærd overfor miljøhensyn jf. forslaget til det nye udbudsdirektiv

Jf. ovenstående juridiske analyse, kan det konkluderes, at forslaget ikke indeholder mange ændringer til miljøhensyn. Forslaget er dog skabt på baggrund af en øget opmærksomhed på miljøhensyn, grundet klimaforandringer, og en del af de nye tiltag bag forslaget, tager udgangspunkt i Europa 2020–Strategiens målsætninger om et bedre miljø. Miljøhensyn kan inddrages i forskellige stadier af udbudsprocessen: I beskrivelsen af kontraktens genstand, i de tekniske specifikationer, i udvælgelsen eller i tildelingen. Forslaget indeholder ingen bestemmelser om, at miljøhensyn skal inddrages eller decideret retningslinjer for hvorledes miljøhensyn kan inddrages. Ved en økonomisk analyse af forslaget er det interessant at undersøge, hvad medlemsstaterne kan gøre for at sikre at målene med forslaget, jf. Europa 2020–Strategien, nås. Det er ydermere relevant at analysere, om det overhovedet er realistisk og rationelt, at anvende udbudsdirektivet som et værktøj, til at opnå målene i Europa 2020–Strategien.

Ved miljøøkonomi tages der udgangspunkt i, at markedet besidder fuldkommen konkurrence med en bestemt efterspørgsel samt udbud, og ydermere findes der en bestemt nytte og profitmaksimering, ved den udbudte vare. Det er således udgangspunktet, at der skal være en given efterspørgsel efter produkter som skal i udbud, samt en vis efterspørgsel efter visse miljøhensyn omkring disse produkter. Før der kan være en efterspørgsel efter miljøhensyn, skal der være en gevinst ved disse miljøhensyn. Såfremt der ikke findes nogen egentlig gevinst ved miljøvenlige udbud, er det ikke rationelt at afholde disse udbud og dermed vil det ikke være effektivt at anvende udbud, som et strategisk middel til at opnå målene i Europa 2020–Strategien. Det kan vise sig at offentlige indkøb, ikke er et effektivt værktøj til at opnå Europa 2020–Strategiens målsætninger, idet målsætningerne muligvis slet ikke kan opnås ved hjælp af udbud – f.eks. grundet få afholdte udbud, mangel på efterspørgsel af miljøvenlige indkøb eller mangel på tilbudsgivere, som kan opfylde miljøkriterierne eller interessekonflikter mellem såvel ordregiver og tilbudsgiver som medlemslandene og EU. Såfremt det kan konkluderes, at udbud ikke er egnet til at opfylde Europa 2020–Strategiens mål, må det konkluderes at forslaget ikke er effektivt eller rationelt.

Når det skal vurderes om der findes en egentlig efterspørgsel efter miljøvenlige produkter, opstår der et værdiparadoks. Værdiparadokset opstår, idet det kan være svært at værdiansætte miljøet og miljøhensyn<sup>141</sup>. Det er ikke kun kompliceret at værdiansætte miljøhensyn, det er ligeledes

---

<sup>141</sup> Jespersen, Jesper, (1998), "Miljøøkonomi", side 47.

komplikeret at fastsætte omkostningerne ved at opfylde miljøkriterier<sup>142</sup> og dette er problematisk i forhold til de virksomheder, som skal overveje, om de ønsker at afgive tilbud. Det kan være meget kompliceret for tilbudsgiver, at estimere hvilke omkostninger, som er forbundet med at producere produkter, som lever op til visse miljøkriterier og derfor kan det være svært for dem at afgøre om de ønsker at deltage i udbuddet. Ved miljøkriterier, er der forskellige parametre inkluderet ved udregningen af gevinst, værdi og profitten ved miljøvenlige produkter<sup>143</sup>. Komplikationerne ved at estimere gevinst og omkostninger ved miljøkriterier kan illustreres således: En af målsætningerne i Europa 2020–Strategien er, at der frem mod år 2020 skal ske en 20 % reduktion af drivhusgasudledningen<sup>144</sup>. Gevinsten ved mindre drivhusgas udledning er færre klimaforandringer, færre problemer afledt af klimaforandringer f.eks. ændret vejrforhold, mindre stigning af havene, bedre forhold for landbruget, mindre udryddelse af truede dyrearter og planter. Omkostningerne ved at sænke niveauet af drivhusgas–udledning er højere pris ved varer og serviceydelser grundet højere omkostninger hos virksomhederne i forbindelse med at omlægge produktionsmetoder til mere miljøvenlige metoder - herunder omkostninger til installation, drift og vedligeholdelse af nyt udstyr, som sikre en mere miljøvenlig produktion. Der kan ydermere være omkostninger forbundet med at skulle kontrollere om miljøkriterierne bliver overholdt – f.eks. offentlige kontrolforanstaltninger som ved kontrol af økologiske landmænd.

Ved miljøkriterier skal man desuden både kalkulere med langsigtede og kortsigtede omkostninger og gevinster, da nogle gevinster og omkostninger ang. miljøet først kan måles på lang sigt.

Den politik, som bliver ført på miljøområdet, er afgørende for om markedet fungerer optimalt. For at miljøpolitikken medfører et efficient resultat, skal de marginale omkostninger ved produktionen af miljøvenlige varer, ikke overstige de marginale skader, som miljøkriterierne skal rette op på<sup>145</sup>; f.eks. må de marginale omkostninger ved at producere produkter, som udleder lidt eller slet ingen drivhusgasser, ikke overstige de marginale skader som udledningen af drivhusgasser medfører. Forslaget skal altså dække et behov samt skabe en gevinst, før forslaget kan betegnes som efficient og relevant.

---

<sup>142</sup> Jespersen, Jesper, (1998), "*Miljøøkonomi*", side 48.

<sup>143</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009), "*Environmental & Natural Resource Economics*", side 29.

<sup>144</sup> 20 % mindre i forhold til niveauet i 1990 jf. Kommissionens meddelelse om Europa 2020: EUROPA 2020 - En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. KOM(2010) 2020 endelig.

<sup>145</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) "*Environmental & Natural Resource Economics*", side 363.

I miljøøkonomi spiller begreberne markedsfejl og externaliteter en vigtig rolle<sup>146</sup>. Markedsfejl kan opstå, såfremt forslaget medfører mindre konkurrence på markedet. Externaliteter kan opstå i form af at virksomhederne mister profit og incitament til at deltage i udbud eller at dele af miljøet beskadiges, i forsøg på at forbedre visse øvrige dele af miljøet. I miljøpolitik er politik-fejl ligeledes interessant og omfatter at politik som egentlig anses for at skulle have en positiv indflydelse på forbedringen miljøet, i virkeligheden er en hindring<sup>147</sup>. Det er derfor vigtigt at være opmærksom på, om forslaget vil medføre markedsfejl og externaliteter, for at kunne bedømme om forslaget kan siges at være en politik-fejl.

---

<sup>146</sup> Bojö, Jan og Mäler Karl-Göran samt Unemo, Lena, (1992) ”*Environment and Development: An Economic Approach*”, side 24 – 25.

<sup>147</sup> Bojö, Jan og Mäler Karl-Göran samt Unemo, Lena, (1992) ”*Environment and Development: An Economic Approach*”, side 24.



### 3.3 Ordregivers og tilbudsgivers adfærd overfor miljøkriterier

Ved undersøgelsen af ordregivers og tilbudsgivers adfærd overfor miljøhensyn, som en del af udbudsmaterialet jf. forslaget, er det først og fremmest relevant at analysere, hvilken kompetence ordregiver, har til at inddrage miljøhensyn. Ordregivers kompetence til at inddrage miljøhensyn er relevant, fordi dette giver et estimat, af i hvor høj grad miljøhensyn vil blive anvendt ved offentlige udbud, og dermed i hvor høj grad tilbudsgiver skal forberede sig på, at kunne opfylde miljøhensyn. Således er det muligt at få et retvisende billede af hvorledes, forslaget påvirker ordregivers og tilbudsgivers adfærd.

I forslaget har ordregiver mulighed for at stille krav om miljøhensyn ved mærkning<sup>148</sup> og ved vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ved at tage højde for eksterne miljøomkostninger i produktionsprocessen<sup>149</sup>. På disse områder, gives der direkte kompetence til ordregiver, til at anvende miljøhensyn. Det blev tidligere i denne afhandling fastslået, at det er muligt for ordregiver at anvende miljøhensyn i udbudsbekendtgørelsen, ved både udvælgelse og tildeling jf. retspraksis. Det kan dermed hurtigt konkluderes, at ordregiver faktisk har en klar kompetence til at anvende miljøhensyn ved udbud.

Såfremt ordregiver skal anvende miljøhensyn ved udbud, skal ordregiver have et incitament til dette. Ved offentlige udbud hvor ordregiver kun må tildele udbudskontrakten jf. et kriterier om laveste bud eller økonomisk mest fordelagtige bud, er det i høj grad omkostningerne, som har betydning for, om det er den mest miljøvenlige løsning, som får tildelt udbudskontrakten. Det er altså den økonomisk konsekvens ved at anvende miljøkriterier, som er det afgørende incitament for om miljøkriterier vil blive anvendt.

Med et øget fokus på miljøhensyn i offentlige indkøb, skal tilbudsgiverne evaluere risiko og derefter justere deres markedsstrategi og produktionsprocesser. En justering af strategi og processer kan kræve nye teknologi og innovation. Tilbudsgiverne kan vælge at følge miljøhensyn ved at følge lovgivningen eller gøre mere end dette, ved at tage egne initiativer til at tage miljøhensyn. Tilbudsgiverne kan dog også vælge at snyde – ved brug af ”window dressing” og ”green washing”<sup>150</sup>. Virksomhedernes valg af markedsstrategier kan være kompliceret at træffe, men samtidig er det af stor betydning, at den optimale markedsstrategi anlægges. At anlægge en god markedsstrategi kræver, at der holdes fokus på følgende: hvordan produktionsprocessen er

<sup>148</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 41.

<sup>149</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 67, stk. 1, litra b.

<sup>150</sup> Strategier hvor virksomheder forsøger at fremstå mere klimavenlige end de egentlig er.

sammensat og fungerer, hvilke kompetencer virksomheden besidder, teknologi samt viden om markedet og konkurrencen<sup>151</sup>. Ordregiver har jf. forslaget, mulighed for at inddrage miljøhensyn i alle dele af udbudsprocessen og kan desuden vælge at inddrage livscyklusomkostningerne ved beregningen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I livscyklusomkostningerne kan eksterne miljøomkostninger i produktionsprocessen indgå<sup>152</sup>. Idet ordregiver kan benytte livscyklusomkostningerne ved udregningen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudsgiver ligeledes mulighed for at tage højde for dette i sit tilbud, ved at anlægge en markedsstrategi og produktionsproces, som kan sænke disse omkostninger for både tilbudsgiver og ordregiver. Tilbudsgiver er drevet af en interesse i profitmaksimering og kun såfremt tilbudsgiver kan profitmaksimere, ved at leve op til ordregivers kriterier, vil tilbudsgiver gøre dette.

Man kan sige at klimaforandringer, og det deraf afledte behov for miljøhensyn, er kommet for at blive og derfor kræver opmærksomhed. Virksomheder bliver nødt til at forholde sig til den forholdsvist nye tendens, med miljøhensyn. Virksomheder skal forholde sig til både obligatoriske og valgfrie muligheder indenfor de øgede fokus på klima og miljø. Virksomhederne skal dermed forholde sig til lovgivningen om miljøhensyn og forbrugerpræferencer som tvinger virksomheden til at signalere ”miljø-venlighed”: begge elementer som kan tvinge virksomheden til at ændre produktionsprocesser, opnå en miljøcertificering eller inkorporere miljøhensyn i virksomhedens strategi. I forrige afsnit blev det konkluderet, at forslaget<sup>153</sup>, teknisk set ikke vil medføre at ordregiver har større mulighed for at inddrage miljøhensyn, når der laves et udbud, end ordregiver allerede har ved det nuværende udbudsdirektiv. Dog kan det argumenteres for, at der med forslaget sættes et større fokus på miljøhensyn i udbud og dermed følger der, med forslaget, en form for forpligtelse for ordregiver, til at inddrage miljøhensyn ved offentlige indkøb, samt en form for ny norm om at miljøhensyn skal inddrages ved offentlige udbud, da offentlige indkøb skal være et værktøj til at sikre miljøforbedringer jf. Europa 2020-Strategien<sup>154</sup>.

Ved offentlige indkøb er ordregiver en offentlig myndighed, som skal opfylde almenhedens behov og ikke behov af økonomisk kommerciel interesse<sup>155</sup> og er underlagt udbudsdirektivets

---

<sup>151</sup> Milgrom, Paul og Roberts, John, (1992) *“Economics, Organisation and Management”*, side 106.

<sup>152</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011 art. 66, stk. 2, litra d og art. 67, stk. 1 litra b. se ydermere denne afhandlings side 27.

<sup>153</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb.

<sup>154</sup> Kommissionens meddelelse om Europa 2020: EUROPE 2020: *A Strategy for smart, sustainable and inclusive growth*. KOM(2010) 2020 final.

<sup>155</sup> Jf. Udbudsdirektivet, 2004/18/EF, art. 1, stk. 9: Ordregivere ved offentlige udbud omfatter ethvert organ som er oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, er en juridisk person og som hvis drift er underlagt offentligretlige organer eller disses kontrol.

bestemmelser, som skal sikre, at ordregiver kun tildeler en udbudskontrakt til tilbudsgiveren hvis bud er det laveste eller økonomisk mest fordelagtige. Jf. udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip, er det vigtigt at ordregiver ikke har frit valg ved tildeling af en udbudskontrakt, men at direktivets bestemmelser omkring tildeling er overholdt<sup>156</sup>. Ordregiver har således ikke frit valg omkring indholdet af et udbud, da det er almenhedens interesse, som skal tilgodeses og desuden er både driften og økonomien underlagt et offentligretligt organ eller dennes kontrol. Tilbudsgiver derimod, er en økonomisk aktør, som ønsker at byde ind på et udbud og tilbudsgiver er således ikke underlagt nogen offentligretlig kontrol<sup>157</sup>. Ordregiver og tilbudsgiver vil således have forskellig adfærd overfor miljøhensyn. Tilbudsgiver er underlagt en selvstændig drift og økonomi, som bevirker at denne er afhængig af indtjening og er altså underlagt andre vilkår end ordregiver. Både ordregiver og tilbudsgiver har dog samme interesse i effektivitet og profitmaksimering.

Klimaforandringerne og det øgede fokus på miljøhensyn, medfører forskellige effekter, som de økonomiske aktører på markedet skal forholde sig til; ny regulering, ny konkurrence og udfordringer på markedet, nye forbrugerpræferencer samt nye muligheder<sup>158</sup>. Det øgede fokus på miljøhensyn, bibringer også ny teknologi og nye muligheder på markedet<sup>159</sup>. Det kan være nødvendigt for virksomhederne at ændre deres produktionsmetoder, for at udnytte ressourcerne bedre, f.eks. bruge mindre brændstof og udlede mindre CO<sub>2</sub>, hvilken kan have en positiv spill-over effekt på hele virksomhedens produktion og økonomi. Virksomhederne bliver nødt til at udvikle ny teknologi, for at sikre at ressourcerne udnyttes bedre og dette kan betyde at andre dele af produktionen også optimeres og generelt forbedrer økonomien og virksomhedens profit, ved en bedre udnyttelse af ressourcer og effektivisering af produktionen<sup>160</sup>.

En ressource-baseret betragtning kan anvendes til at forstå økonomiske aktørers adfærd overfor miljøhensyn<sup>161</sup>. Jf. denne teori, er det vigtigt, at virksomheder fokuserer på deres organisatoriske og

---

<sup>156</sup> Jf. Udbudsdirektivet, 2004/18/EF, art. 2 og art. 53.

<sup>157</sup> Jf. Udbudsdirektivet, 2004/18/EF, art. 1, stk. 8.

<sup>158</sup> Llewellyn, John, (Lehman Brothers), (2007) "*The Business of Climate Change*", side 49.

<sup>159</sup> Llewellyn, John, (Lehman Brothers), (2007) "*The Business of Climate Change*", side 56.

<sup>160</sup> Llewellyn, John, (Lehman Brothers), (2007) "*The Business of Climate Change*", side 56.

<sup>161</sup> Younsung, K., (2008) "*Corporate Responses to Climate Change: The Resource-Based View*", side 5. Den ressource – baseret betragtning – teori gør op med Michael E. Porters virksomheds teori om konkurrencens påvirkning af en virksomheds struktur med den antagelse at strukturen påvirkes af trusler og muligheder i virksomhedens ydre rammer herunder forbrugere, nye aktører på markedet, leverandører og substitutter (Porters five forces). Den ressource baseret betragtning, som oprindeligt er fremført af J.B. Barney i 1991, fokuserer ikke på de ydre omstændigheders indflydelse på konkurrencen og virksomhedens struktur men i stedet fokuserer denne teori på virksomhedernes egne ressourcer og disses påvirkning på virksomhedernes konkurrencefordele og position. Teorien fokuserer på de forskellige ressourcer som en virksomhed består af og mener at virksomheder agerer forskelligt og har forskellige konkurrencefordele, grundet forskellige ressourcer samt mener at det er vigtigt at virksomhederne kortlægger deres egne ressourcer og sørger for at benytte disse til at opnå konkurrencefordele.

teknologiske ressourcer når de forholder sig til miljøhensyn<sup>162</sup>. Det er vigtigt at virksomhederne forstår at omstille sig til at kunne opfylde miljøhensyn, såfremt dette giver virksomheden en konkurrencefordel og dermed kan øge dennes profit. Der kan være forskellige årsager, til at virksomheder er interesseret i at opfylde miljøhensyn i deres produktion af varer - herunder lovgivningsmæssige krav samt konkurrencefordele grundet forbrugerpræferencer<sup>163</sup>. Miljøhensyn afleder forskellig adfærd hos økonomiske aktører, og de økonomiske aktører kan vælge at benytte det øgede fokus på opfyldelse af miljøhensyn strategisk, til at opnå konkurrencefordele, udvikle ny teknologi samt bedre og effektiv udnyttelse af virksomhedens ressourcer, som alle kan sikre profitmaksimering.

### 3.2.1 Håndtering og anvendelse af miljøkriterier

Hvis der fokuseres på at inddrage miljøkriterier ved udbud, bliver interesserede tilbudsgivere nødt til at reagere på dette, ved at leve op til disse miljøkriterier samt efterspørgslen efter varer produceret med omtanke for miljøet. Når tilbudsgiverne har fokus på efterspørgslen efter miljøvenlige varer, vil dette resultere i innovation på markedet<sup>164</sup> og også under selve kontraktudførelsen, kan ordregiver via miljøkriterier i udbudsmaterialet, opfordre til at der sker innovation af produkterne<sup>165</sup>. Kommissionen opfordrer ligeledes til denne innovation i meddelelsen *GPP, "Offentlige indkøb for et bedre miljø"*<sup>166</sup>. Miljøhensyn som en del af kriterierne i udbudsmaterialet i udbud, kan således være et effektivt middel, til at sikre innovation og dette kan tilbudsgiverne drage nytte af. Som tidligere nævnt<sup>167</sup> indeholder forslaget, en mulighed for ordregiver til at opstille miljøkriterierne i udbudsmaterialet, som kan medføre at der skabes innovation på markedet for miljøvenlige produkter, hvilket netop er en del af formålet med forslaget<sup>168</sup>. Det er højst sandsynligt, at mulighederne for at benytte miljøkriterier ved udbud, jf. forslaget, vil skabe en positiv spill-over effekt som medfører innovation, hvilket netop gør denne form for lovgivning nødvendig for at sikre innovation<sup>169</sup>.

<sup>162</sup> Younsung, K., (2008) "*Corporate Responses to Climate Change: The Resource-Based View*", side 6.

<sup>163</sup> Younsung, K., (2008) "*Corporate Responses to Climate Change: The Resource-Based View*", side 11.

<sup>164</sup> 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb' – af 27. januar 2011, side 38.

<sup>165</sup> 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb' – af 27. januar 2011, side 39.

<sup>166</sup> GPP, "*Offentlige indkøb for et bedre miljø*", KOM (2008) 400 side 5.

<sup>167</sup> Se denne afhandlings afsnit 2.5.2.

<sup>168</sup> Hansen Risvig, Carina og Tvarnø D. Christina, og Ølykke Skovgaard, Grith (2012) "*EU Procurement Directives – modernisation, growth & innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*", side 279, samt betragtning 17 i KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb.

<sup>169</sup> Hansen Risvig, Carina og Tvarnø D. Christina, og Ølykke Skovgaard, Grith (2012), "*EU Procurement Directives – modernisation, growth & innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*", side 279

Når det vurderes om ordregiver ønsker at anvende miljøhensyn i et udbud, er det nødvendigt at foretage en cost-benefit analyse af miljøhensynet. Ved denne cost-benefit analyse skal omkostningerne ved at afholde et udbud, hvori der er opstillet miljøkriterier, undersøges i forhold til gevinsten ved ikke at anvende miljøkriterier. For at finde ud af om forslaget er effektivt, i forhold til en forbedring af miljøet, er det nødvendigt at finde ud af hvor meget det koster de relevante parter at undgå at skade miljøet<sup>170</sup>.

En cost-benefit analyse af selve Europa 2020-Strategien, vil vise at omkostningerne ved at imødekomme målsætningerne i strategien, er ukendte da der er tale om langsigtede gevinster og forbedringer på miljøet. Omkostningerne er dog højst sandsynligt negative i forhold til de positive effekter ved strategien, da en forbedring af miljøet, sikrer en løsning af økonomiske og sociale problemer afledt af skaderne på miljøet jf. Europa 2020-Strategien. Opnåelse af målene i Europa 2020-Strategien, kan dog også få den effekt, at velfærden og den økonomiske vækst falder i takt med at priserne på energi stiger fordi energi skal udledes at nye kilder, og dermed vise at målsætningerne i strategien bør opnås ved andre metoder end strategiens forslag<sup>171</sup>.

Når der arbejdes med miljøkriterier, arbejdes der med et, på nogle områder, usikkert område idet der endnu pågår en del innovation indenfor dette felt, da efterspørgslen efter miljøvenlige produkter er relativt ny. De økonomiske aktører, kan derfor have svært ved at beregne økonomien i produkter som overholder miljøkriterier, da der er en del usikkerhed omkring dette. Ydermere er det svært at prisfastsætte miljøhensyn<sup>172</sup>, da målene er langsigtede og dermed svære at måle. Hverken ordregiver eller tilbudsgiver kan derfor estimere alle de økonomiske faktorer ved miljøhensyn. Det er usikkert for virksomhederne at investere i innovation og ny teknologi, da de ikke kan forudsige hvilken indtjening de kan opnå, grundet den store usikkerhed på dette område<sup>173</sup>. Det kan argumenteres for, at der skal politiske tiltag til, for at sikre at der sker innovation indenfor markedet for produkter som kan opfylde miljømæssige kriterier, som kan sikre at virksomhederne bruger ressourcer på at innovere<sup>174</sup>. Forslaget kan være et værktøj til at sikre at virksomhederne sørger for at innovere, således at der skabes nye produkter som kan være med til at opfylde målene i Europa 2020-Strategien. Tilbudsgiverne skal have et incitament til at innovere<sup>175</sup>, dette kunne også alene

---

<sup>170</sup> Frank, Robert H. (2010), *Microeconomics and behavior*, side 543.

<sup>171</sup> Tol, S.J. (2012), *"A cost-benefit analysis of the EU 20/20/2020 package"*, Energy Policy 49 (2012) 288–295.

<sup>172</sup> Keohane, Robert O., og Victor, David G., (2011), *"The regime complex for climate changes"*, Perspectives on Politics, vol. 9 side 7- 23.

<sup>173</sup> Victor, David G., (2011) *"Global warming gridlock"*, Cambridge University Press, side 15.

<sup>174</sup> Victor, David G., (2011) *"Global warming gridlock"*, Cambridge University Press, side 17.

<sup>175</sup> Victor, David G., (2011) *"Global warming gridlock"*, Cambridge University Press, side 229.

være, at såfremt tilbudsgiver ikke innoverer, kan denne ikke deltage i offentlige udbud, da der deri stilles et krav om ny teknologi som kan leve op til visse miljøstandarder.

#### 3.2.4 Snyd

Ved miljøhensyn kan der opstå et moral - hazard – problem, hvor den ene part har størst interesse i at opfylde sin egen interesse, uagtet om dette sker på andres bekostning<sup>176</sup>. Moral - hazard problemet er et informationsproblem<sup>177</sup>. Imellem ordregiver og tilbudsgiver, kan der opstå usikkerhed omkring hvordan udbudskontrakten opfyldes og om begge parter interesser bliver tilgodeset og om alle aftaler overholdes. Det kan være svært at holde øje med om alle dele af en kontrakt opfyldes, idet parterne ikke altid har mulighed for at overvåge hinanden. Når sådanne usikre situationer opstår, kan den ene part vælge ikke at opfylde aftalen, såfremt dette er mest efficient for parten selv. Når ordregiver har tildelt en udbuds kontrakt til en tilbudsgiver, på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvori miljøkriterier har spillet en væsentlig rolle, så er det altså en del af kontrakten at tilbudsgiver kan leve op til disse miljøkriterier; det være sig i form af visse miljøcertifikater, miljøledelsesstandarder, krav visse materialer eller krav til produktionsprocessen. Såfremt tilbudsgiveren efter kontraktindgåelsen vælger ikke at overholde et eller flere af de miljøhensyn, som er en del af udbudsmaterialet, grundet egen interesse i ikke at overholde disse miljøhensyn, er det opstået en moral – hazard situation og derudover er der ligeledes opstået en principal – agent konflikt<sup>178</sup>. Principal – agent konflikten opstår idet tilbudsgiver skal udføre et stykke arbejde for ordregiver, hvor tilbudsgiver skal sørge for at handle i ordregivers interesse om at overholde visse miljøhensyn, men hvor ordregiver ikke kan kontrollere om tilbudsgiver overholder de aftalte miljøhensyn. F.eks. kan det være kompliceret for ordregiver at kontrollere om tilbudsgiver lever op til et evt. miljøcertifikat eller hvilke materialer der bliver benyttet, og derfor må ordregiver i nogle tilfælde blot stole på tilbudsgiver. Principal-agent konflikten og moral-hazard problemer, opstår idet der er interessekonflikter og informationsasymmetri imellem ordregiver og tilbudsgiver.

Tilbudsgiver skal have incitament til at overholde miljøkriterierne, ellers kan tilbudsgiver have interesse i at snyde ordregiver, såfremt dette måtte være økonomisk mest efficient for tilbudsgiver. Det kan dog diskuteres om snyd ved offentlige udbud overhovedet er relevant, da der stilles en betingelse om at kriterierne skal være målbare jf. Udbudsdirektivet. Derfor kan det, i et vist omfang,

---

<sup>176</sup> Milgrom, Paul og Roberts, John, (1992) “*Economics, Organisation and Management*”, side 167.

<sup>177</sup> Milgrom, Paul og Roberts, John, (1992) “*Economics, Organisation and Management*”, side 168.

<sup>178</sup> Milgrom, Paul og Roberts, John, (1992) “*Economics, Organisation and Management*”, side 170.

kontrolleres om tilbudsgiver rent faktisk lever op til miljøkriterierne og snyd bliver i den sammenhæng irrelevant, da det vil være meget svært for tilbudsgiver at snyde med kriterier, som skal være målbare og kunne verificeres.

### 3.4 Ændringer og økonomisk effekt ved forslaget til det nye udbudsdirektiv

Det er tidligere konkluderet, at forslaget ikke indeholder afgørende ændringer, i forhold til det nuværende udbudsdirektiv. Det nye udbudsdirektiv vil derfor ikke medføre mange nye muligheder for ordregiver. Idet ordregiver må antages for at have en rationel adfærd, vil ordregiver ikke benytte sig af miljøhensyn efter indførelsen af det nye udbudsdirektiv, hvis han ikke allerede gjorde det i forvejen.

I forhold til det nuværende udbudsdirektiv, indeholder forslaget kun ændringer angående eksterne miljøhensyn ved produktionsprocessen<sup>179</sup>. De nye muligheder angående eksterne miljøhensyn vil kun få en effekt såfremt ordregiver er interesseret i at benytte sig af muligheden, for at anvende eksterne miljøhensyn. Såfremt det nye udbudsdirektiv ikke medfører en effekt, så er det ligegyldigt at indføre det nye udbudsdirektiv, som dermed bør erstattes af andre tiltag. Det kunne f.eks. være mere effektivt at anvende andre midler til at sikre miljøhensyn: herunder en anden og mere generel lovgivning på området, som ikke begrænser sig til visse dele af den offentlige sektors indkøb.

Den samfundsmæssige cost-benefit beregning ved det nye udbudsdirektiv, er et afgørende estimat af den økonomiske effekt, som det nye udbudsdirektiv vil medføre. I den samfundsmæssige cost-benefit analyse, må omkostningerne ved at miljøhensyn ikke inddrages, vurderes i forhold til de positive medfølger af forslaget.

Det er sandsynligt at andre og anderledes midler til at opnå større miljøhensyn, er mere effektive end at indføre et fokus på miljøhensyn ved den offentlige sektors indkøb. Direkte midler kan vise sig at være mere effektive. Hvis forslaget ikke medfører den tilsigtede effekt om et større miljøhensyn ved offentlige indkøb, kan direktivet klassificeres som en politik-fejl. Direktivforslaget er dermed spild af EU's ressourcer.

---

<sup>179</sup> Livscyklusomkostninger ved beregning af omkostningerne og kriterier til produktionsprocessen.



### 3.5 Interessekonflikter

Det er langt fra indlysende at EU, medlemslandene, ordregiver og tilbudsgiver måtte have samme interesse i hvordan udbudsreglerne bør være udformet, og interesser i forslaget. For at EU kan få opfyldt sine målsætninger med det nye udbudsdirektiv, kræver det at der er et fælles interessegrundlag blandt de relevante parter.

Der kan let opstå interessekonflikter mellem parterne i offentlige udbud. Der kan desuden uarbejdes forskellige cost-benefit analyser for de forskellige parter: Tilbudsgiver har fokus på hvad det koster at opfylde miljøhensyn vs. hvad der kan tjenes. Ordregiver har fokus på hvad det koster at integrere miljøhensyn ved udbud vs. hvilken gevinst miljøhensyn medfører. EU har fokus på hvilke omkostninger der forbundet med ikke at løse miljøproblemer vs. hvad der kan tjenes ved at løse miljøproblemer. Medlemslandene har fokus på det samme som EU, men har dog kun interesse i omkostningerne og gevinsten for deres eget land. Alle parterne har interesse i det samme: nemlig omkostninger og gevinst, men dog har de forskellige opfattelser af hvad der er optimalt.

De forskellige parter har ydermere forskellige forudsætninger. De offentlige har anderledes forudsætninger end private virksomheder. Den offentlige og den private sektor, har en fælles interesse i profitmaksimering, men der er forskel på, hvor stor en økonomiske målsætning som det offentlige må have. Ved offentlige indkøb, skal der i kriterierne tages hensyn til kontraktens genstand og samtidig er det offentlig underlagt større politiske mål. Der må derfor ikke udelukkende fokuseres på indtjening.

Det er uklart om EU's mål, som opstillet i Europa 2020-Strategien, kan nås. Dette kræver samme interesser og incitament. Ordregiver får ikke større incitament til at inddrage miljøhensyn ved udbud, efter indførelse af det nye udbudsdirektiv, da forslaget ikke opstiller nogle forpligtigelse eller klare gevinster for ordregiver. Det nye udbudsdirektiv vil således ikke medføre hverken ændrede vaner eller en økonomisk effekt.

Det økonomiske rationale bagved forslaget skal være efficient. Det betyder at omkostningerne ved at benytte udbudsdirektivet til at kontrollere miljøhensyn, skal svare til omkostningerne ved de miljøskader som forslaget vil bekæmpe<sup>180</sup>. Det kan være svært at udregne omkostningerne ved miljøskader, da det er svært at sætte et konkret beløb på fx CO<sub>2</sub> udledningens medfølger i form af forhøjede temperaturer og forøget vandstand. Ydermere er der ved miljøskader ofte tale om

---

<sup>180</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) "Environmental & Natural Resource Economics", side 363.

medfølger, som først får egentlig effekt mange år ud i fremtiden, og det er derfor svært at afgøre hvad disse effekter koster samfundet. Det er dog muligt at fastsætte et estimat af omkostningerne for samfundet og det er dette estimat som må benyttes, når det afgøres hvorledes lovgivningen bør udformes, for at sikre at omkostningerne ved regulering, ikke er for store i forhold til omkostningerne ved miljøskaderne. Dette estimat må udarbejdes i forhold til hvilke omkostninger som er forbundet med at implementere lovgivningen, og de medfølgende kontrolforanstaltninger, samt hvilke sociale og økonomiske gevinster som kan opnås ved lovgivningen<sup>181</sup>.

Det afgørende spørgsmål til forslaget, er om målene overhovedet kan nås. Parternes interesser er for forskellige til at de kan forenes i at opnå målsætningerne for forslaget. De modstridende interesser indebærer at ordregiver ikke har interesse i at anvende miljøhensyn blot fordi de nye direktiv opfordrer til det og dermed kan man ikke sikre, at der kommer mere fokus på miljøhensyn ved udbud. EU har interesse i at Europa 2020-Strategiens mål opnås, men disse mål vil ikke blive opfyldt, med mindre medlemslandene samarbejder. Forslaget indeholder kun en mulighed, som kan klassificeres som en form for opfordring til at medlemslandene sørger for at anvende miljøhensyn ved udbud. Forslaget indeholder ikke nogen sanktioner såfremt miljøhensyn ikke inddrages ved udbud og derfor oplever medlemslandene ikke nogle konsekvenser ved ikke at følge EU's opfordring, hvilket ikke giver dem yderligere incitament til at benytte miljøhensyn. Europa 2020-Strategiens mål er overordnede og har underliggende landespecifikke mål og til disse landespecifikke mål, findes der allerede både nationale og internationale strategier, som skal forsøge at opfylde målsætningerne. Dermed har medlemslandene forskellige forudsætninger for at anvende udbudsdirektivet til at bekæmpe miljøproblemer. For mange medlemslande vil direktivet virke overflødigt, idet der allerede findes andre former for initiativer på miljøområdet og dermed mister de interessen for at anvende miljøkriterier i udbud.

Interessekonflikten må derfor konstateres at være en klar barriere for en effektiv virkning af forslaget.

#### **3.5.4 Er forslaget til det nye udbudsdirektiv rationelt og kan målene nås?**

Rationalet om at omkostningerne ved at benytte udbudsdirektivet til at kontrollere miljøhensyn, skal svare til gevinsten ved de bekæmpelsen af miljøskaderne, kan overføres til andre midler hvorpå miljøhensynene kan kontrolleres. F.eks. kunne man fastsætte en lovreguleret kvote for, hvor meget

---

<sup>181</sup> F.eks. en forøget omsætning hos landmændene, hvis afgrøder beskadiges af miljøproblemer, som kan forbedre landet eksport og økonomi.

CO<sub>2</sub> hver virksomhed må udlede<sup>182</sup>. Hvis kvoterne fastsættes således, at niveauet for udledning svarer til det niveau hvor omkostningerne ved at kontrollere, svarer til omkostningerne ved den skadelige CO<sub>2</sub> udledning, vil lovgivningen være efficient<sup>183</sup>. Alternativt kunne man fastsætte en skat eller et fast beløb, som skal betales for hver enhed udledt CO<sub>2</sub>.

Ovenstående er eksempler på alternativer til miljøregulering, som ikke er begrænset til området omkring offentlige indkøb og som sandsynligvis vil have mere effekt på miljøet, end forslaget.

Når forslaget ikke vil medføre nogen effekt på miljøbeskyttelse, synes det irrationelt at indføre det nye direktiv. Det må derfor overvejes hvilke andre medfølgere, som forslaget vil have, for at vurdere rationalet bag. Det nye udbudsdirektiv skal måske ses som et led i en politisk proces om at skabe opmærksomhed på miljøhensyn. Det er muligt at EU er klar over, at forslaget ikke vil få nogen umiddelbar effekt, men at det på lang sigt er en del af en taktik om, at i talesætte miljøhensyn og skabe mere fokus på, at miljøbeskyttelse skal tænkes ind i enhver mulig sammenhæng, for at bekæmpe skaderne på miljøet. Med forslaget sigtes der således ikke på en effekt nu og her, men derimod på en effekt på længere sigt.

Det kan konkluderes at, forslaget ikke vil medføre en økonomisk effekt, i form af at de økonomiske aktører vil ændre adfærd og begynde at tilgodese flere miljøhensyn ved udbud. Forslaget indeholder ikke mange ændringer i forhold til det nuværende direktiv. Forslagets få ændringer indebærer valgfrihed for de økonomiske aktører. Da de økonomiske aktører må anses for at være rationelle, vil de ikke benytte sig af muligheden for at anvende miljøhensyn efter indførelsen af det nye direktiv, såfremt de ikke allerede benytter miljøhensyn.

Forslagets potentiale for at kunne medføre en effekt på længere sigt, er muligvis den effekt som kan retfærdiggøre et rationalt bagved forslaget. Det er derfor interessant at undersøge om forslaget vil medføre en effektiv effekt, som kan retfærdiggøre forslaget og sikre at forslagens målsætninger vil blive opfyldt. Denne undersøgelse vil blive foretaget nedenfor i kapitel 4.

---

<sup>182</sup> Et sådan system findes allerede i EU's Kvotehandlingssystem, som er en del af EU's kvotepolitik og som regulerer hvor meget CO<sub>2</sub> de store klima – og miljøbelastende virksomheder i EU må udlede. Dette kvotesystem kunne bredes ud til at omfatte alle virksomheder i stedet for kun de mest miljøbelastende.

<sup>183</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) "Environmental & Natural Resource Economics", side 363.

### 3.4 Delkonklusion

Det økonomiske rationale bagved udbudsdirektivet, er at bekæmpe externaliteter ved offentlige indkøb og sikre en høj konkurrenceintensitet på det indre marked. De nye muligheder angående eksterne miljøhensyn, vil kun få en effekt såfremt ordregiver er interesseret i at benytte sig af muligheden for at anvende eksterne miljøhensyn. De økonomiske aktører ønsker kun at inddrage miljøhensyn, såfremt de opnår en gevinst ved dette.

EU og medlemslandene har modstridende interesser omkring forslaget. EU ønsker at udbudsdirektivet anvendes til at indarbejde miljøhensyn i offentlige udbud, således at Europa2020-Strategiens målsætninger opnås. De økonomiske aktører er rationelle og såfremt ordregiverne ikke allerede anvender miljøhensyn, vil de heller ikke anvende miljøhensyn efter indførelsen af det nye udbudsdirektiv. De modstridende interesser er en barriere for en effekt af det nye udbudsdirektiv.

Selvom forslaget ikke vil medføre nogen direkte effekt, som kan sikre at målene nås, så er det sandsynligt at EU har et andet mål med forslaget. Forslaget kan ses som en del af en taktik, hvor EU forsøger at skabe opmærksomhed omkring miljøbeskyttelse. Målet med forslaget er dermed at skabe en effekt på længere sigt, ved at der kommer mere og mere opmærksomhed på miljøhensyn.

## Kapitel 4: Er forslaget til det nye udbudsdirektiv egnet til at opfylde Europa 2020-Strategiens mål?

Såfremt de miljø – og klimapolitiske målsætninger skal kunne opnås, er det vigtigt med tiltag, politisk, økonomiske såvel som juridisk, som virker effektivt<sup>184</sup>. De klimamæssige udfordringer som hele verden står overfor og som EU blandt andet forsøger at løse ved forskellige tiltag, herunder Europa 2020–Strategien, skal tages alvorligt, for at sikre at forsøget på at løse disse udfordringer ikke blot går i stå og ender uløst<sup>185</sup>. Forslaget er blot ét tiltag, blandt EU's forsøg på at løse de mange klimaudfordringer og dette forslag bør være en del af en effektiv løsning.

Bag ved forslaget ligger der et politisk rationale, som kan forklare årsagen til det nye forslag. Til at begynde med, er det relevant at undersøge hvilke klimaændringer og udfordringer som EU står overfor. Kommissionen erkender at der ligger en stor udfordring i klimaforandringerne, for EU og anerkender klimaforandringerne som en trussel som, blandt andet, EU har en ansvar for at løse<sup>186</sup>. Klimaforandringerne har forårsaget at temperaturen i Europa er steget med gennemsnitligt 1°C og har medført forhøjet vandstande, tørke, storme og oversvømmelser<sup>187</sup>. Klimaforandringerne medfører sociale og økonomiske konsekvenser. EU anser det for nødvendigt, at bekæmpe klimaforandringernes skadelige medfølger, ved at reducere drivhusgasudledningen samt holde den gennemsnitlige temperaturstigning under 2°C<sup>188</sup>. Disse tiltag skal sikres gennem EU's klimapolitik – herunder Europa 2020-Strategien<sup>189</sup>. Seneste tiltag i rækken er Kommissionen grøn bog af marts 2013<sup>190</sup>, som indeholder EU's klimamålsætninger frem til 2013 og politiske instrumenter til at opfylde disse.

Det er altså tydeligt at EU har uarbejdet en del materiale og politikker på klimaområdet. Klimaforandringerne fylder en del på den EU-politiske dagsorden, i form af bekymringer om trusler på klimaet og miljøet, men dog også i form af visioner om nye muligheder, så som et mere konkurrencedygtigt indre energimarked<sup>191</sup>, til gavn for økonomien i EU.

<sup>184</sup> Victor, David G., (2011), "Global warming gridlock", Cambridge University Press, intro.

<sup>185</sup> Victor, David G., (2011), "Global warming gridlock", Cambridge University Press, side 3.

<sup>186</sup> [http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus\\_pa/klimaendringer/index\\_da.htm](http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus_pa/klimaendringer/index_da.htm)

<sup>187</sup> [http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus\\_pa/klimaendringer/index\\_da.htm](http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus_pa/klimaendringer/index_da.htm)

<sup>188</sup> [http://ec.europa.eu/dgs/clima/mission/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/clima/mission/index_en.htm)

<sup>189</sup> <http://www.euo.dk/emner/energi/klima/>

<sup>190</sup> KOM(2013) 169 endelig af den 27.03.2013, Grønbog: *En ramme for klima- og energipolitikkerne frem til 2030*.

<sup>191</sup> Jf. KOM(2013) 169 endelig af den 27.03.2013, Grønbog: *En ramme for klima- og energipolitikkerne frem til 2030*.

EU's årlige budget for 2013 er ca. 1.126 mia. kroner<sup>192</sup>. I EU's budget for 2007 - 2013 er der især fokus på bæredygtig vækst samt forvaltning og beskyttelse af naturressourcer og en del af budgettet for 2013, vil derfor blive anvendt på disse områder<sup>193</sup>. Der er altid stor opmærksomhed omkring EU's budget, som består af utrolig mange penge, som skal forvaltes fornuftigt og effektivt, for at sikre effektive resultater og tilfredshed iblandt medlemslandene. Når budgettet for 2013 blandt andet har fokus på bæredygtig vækst og naturressourcer, er der selvfølgelig opmærksomhed på og en forventning om, at de finansielle ressourcer som bliver anvendt på disse områder, anvendes effektivt. Derfor er der en vis økonomisk interesse hos EU og blandt medlemslandene, i at de klimapolitiske tiltag lykkedes, herunder Europa 2020-Strategien og forslaget til det nye udbudsdirektiv. Desuden lægger en voksende EU-skepsis<sup>194</sup> blandt EU's medlemslande, yderligere pres på EU for at træffe de rigtige beslutninger og forvalte ressourcerne fornuftigt.

Det politiske rationale bag forslaget, er både præget af de reelle klimaudfordringer som EU er bevidst om at Europa står overfor, samt det økonomiske rationale bag klimaforandringerne: blandt andet potentialet i et indre energimarked samt den økonomiske interesse i, at EU's klimapolitik får et effektivt resultat. Rationalet bag forslaget, er derfor præget af EU's behov for at vise handlekraft på det klimapolitiske område, samt drevet af et økonomiske rationale.

EU's egne intentioner og incitament bag forslaget, er således at virke handlekraftig på det klimapolitiske område, samt at udnytte potentialet i klimaudfordringerne og skabe et konkurrencedygtigt indre energimarked, som kan styrke EU's økonomi. Desuden ligger der en bevidsthed bag EU's klimapolitik, om at klimapolitiske tiltag kan forbedre klimaændringernes afledte problemer, hvilket i sig selv kan forbedre økonomien i EU. Der findes altså klare og stærke økonomiske rationale bag forslaget.

---

<sup>192</sup> [http://www.euo.dk/emner/EUs\\_budget/](http://www.euo.dk/emner/EUs_budget/)

<sup>193</sup> [http://www.euo.dk/emner/EUs\\_budget/](http://www.euo.dk/emner/EUs_budget/)

<sup>194</sup> En undersøgelse foretaget af Eurostat (uarbejder statistikker for EU), offentliggjort i The Guardian den 24. april 2013, viser at der er en stigning i borgere fra de seks største medlemslandes EU-Skepsis, fra 2007 til 2012: <http://www.guardian.co.uk/world/2013/apr/24/trust-eu-falls-record-low>

## 4.1 Er forslaget til det nye udbudsdirektiv egnet?

Når det skal vurderes om forslaget, vil være egnet til at opfylde sit formål, og de bagvedliggende klimapolitiske målsætninger, er det afgørende at vurderer forslagets indhold i forhold til målet. Som det tidligere i denne afhandling blev konstateret, indeholder forslaget, ikke mange ændringer i forhold til det nuværende udbudsdirektiv. Måske er det i virkeligheden i langt højere grad udviklingen i EU-Domstolens fortolkning af miljøhensyn i offentlige udbudsbekendtgørelser, samt EU's miljøpolitiske holdning, som er relevant, end selve indholdet i forslaget.

### 4.1.1 Indholdet i forslaget til det nye udbudsdirektiv

Selve indholdet i forslaget, er ikke meget anderledes end det nuværende udbudsdirektiv og som det tidligere i denne afhandling blev fastslået, har forslaget mest potentiale til at få effekt på længere sigt, som en del af en strategi om at gøre opmærksom på klimaforandringernes udfordringer og miljøhensyns positive effekt i denne sammenhæng. Forslaget åbner op for, at der bliver benyttet miljøhensyn i flere sammenhænge end det er muligt ved det nuværende Udbudsdirektiv. I forslaget er produktionsmetoden inddraget som et område, hvortil det må stilles miljøkriterier<sup>195</sup>. Disse ændringer har naturligvis teknisk set potentiale, til at være egnet til at medvirke til opfyldelse af målene med forslaget. Ændringerne er egnede idet de betyder at ordregiver kan anvende miljøkriterier i udbudsmaterialet og dermed er der flere miljøhensyn som tilgodeses, hvilket har en positiv effekt på miljøet og dermed resultatet af målsætningen bag forslaget. Dog er det kun få ændringer som forslaget indeholder og det er uvist om ordregiver har interesse og incitament til at anvende disse miljøhensyn, og derved er der ikke en egentlig garanteret effekt af forslaget, som kan kvalificere forslaget som egnet, til at opfylde miljømålsætningerne bag forslaget.

### 4.1.2 Holdningsændringen til miljøhensyn

EU's mulige holdningsændring til miljøhensyn, kan være mere interessant og afgørende, end selve indholdet i forslaget. Det kan således være holdningsændringen, som er det egentlige instrument til at opnå Europa-2020 strategiens mål. En holdningsændring i EU, som afspejles i en agenda fra EU, om at sætte større fokus på miljøhensyn ved offentlige udbud, kan blive afgørende for resultaterne af EU's miljømålsætninger.

Holdningsændringen kan spores ved EU-Domstolens fortolkning af hvilke miljøhensyn, som er lovlige at anvende jf. Udbudsdirektivet. EU-Domstolen åbner, med sin udvikling af fortolkningen af

---

<sup>195</sup> Det bemærkes at dette, jf. Max Havelaar dommen (Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar -C-368/10), også er muligt under det nuværende udbudsdirektiv, men dette er dog ikke indskrevet i selve Udbudsdirektivet, se afsnit 2.4 i denne afhandling.

miljøhensyn<sup>196</sup> jf. Udbudsdirektivets bestemmelser, mere og mere op for at miljøkriterier i højere grad kan anvendes i udbudsmaterialet. Holdningsændringen til miljøhensyn kan også spores hos EU's øvrige institutioner, herunder Kommissionen, som fremsætter nye direktivforslag hvori målet er at inkludere miljøhensyn mere end ved tidligere direktiver, som det fx ses ved forslaget til det nye udbudsdirektiv. EU fremfører og vedtager flere og flere strategier og retsakter på det miljø – og klimapolitiske område, hvilket netop er en tilkendegivelse af, at EU anerkender et behov, for et større fokus og en større indsats, på det miljømæssige område. EU's holdningsændringer overfor miljøhensyn, betyder konkret at der igennem EU's retsakter og øvrige strategier, pålægges medlemslandene et ansvar for at handle miljømæssigt korrekt, i overensstemmelse med de formål som er fremført i EU's retsakter og strategier, herunder Europa 2020-Strategien. På den måde forpligter EU, medlemslandene til at acceptere en miljøvenlig agenda.

Juridisk får EU's holdningsændring den betydning, at nye retsakter med en miljøvenlig målsætning, gennemføres. Som i tilfældet med forslaget, kan dette betyde at formål og fortolkninger af gældende principper ændres. Hvis forslaget bliver indført i sin nuværende form, vil dette betyde at det, i højere grad, bliver muligt at inddrage eksterne miljøhensyn. Miljøbeskyttelse bliver en del af selve formålet med direktivet. Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, bliver nødt til at følge med udviklingen og dermed blive mere fleksible i forhold til miljøkriterier.

Økonomisk betyder holdningsændringen, at der vil blive brugt flere ressourcer på miljøhensyn. Dette indebærer ved offentlige udbud, at ordregiver indarbejder miljøkriterier i udbudsmaterialet og at tilbudsgiverne dermed er tvunget til at kunne opfylde disse miljøkriterier, hvilket bevirker at der udbredes en større efterspørgsel og dermed et større udbud, af miljøvenlige produkter og løsninger af udbudscontrakter. Denne effekt vil dog højst sandsynligt først kunne observeres på længere sigt. Idet forslaget ikke indeholder nogen bestemmelser om at miljøkriterier skal anvendes, er det afgørende at ordregiver får incitament til at anvende miljøkriterier, før direktivet får en miljømæssig effekt. Ordregiver kan få incitament til at anvende miljøkriterier, såfremt ordregiver føler en form for pres og forpligtigelse, til at anvende miljøkriterier. Dette pres kan komme fra EU og kan opstå på baggrund af EU's holdningsændring og voksende interesse i miljøbeskyttelse.

Samlet set medfører EU's holdningsændring således flere retsakter med et indarbejdet fokus på miljøbeskyttelse, som en led i en større EU-miljø-strategi, hvilket kan medføre en ændring i fortolkningen af EU's principper. Dette er de kortsigtede medfølger. Ydermere medfører EU's

---

<sup>196</sup> EU-Domstolens holdningsændring til miljøkriterier, udledt af retspraksis, jf. denne afhandlings afsnit 2.4.1.



holdningsændring langsigtede følger, i form af at der vil blive anvendt flere miljøkriterier i offentlige indkøb, såfremt det lykkedes EU at pålægge ordregiverne en følelse af forpligtelse til at anvende miljøkriterier. Det er dog afgørende for vurderingen af effektiviteten af forslaget, at direktivet vil medføre en effekt på kort sigt, som modsvarer målene med direktiv. Manglen på kortsigtet effekt kan være et tegn på at forslaget ikke indeholder de nødvendige ændringer og instrumenter. I det følgende afsnit, vil der derfor blive fremstillet nogle løsningsforslag, til hvorledes forslaget kan få større effekt, som sikrer opfyldelse af målene med forslaget og dermed målet med Europa 2020-Strategien.

## 4.2 Forslag til indholdet af det nye udbudsdirektiv

Er forslaget tilstrækkeligt effektivt, til at kunne imødekomme målet med forslaget og målet med Europa 2020-Strategien, når det egentlig mest afspejler en holdningsændring og fungerer som et forsøg på at påvirke medlemslandene til at være mere opmærksomme på miljøproblemerne i EU?

”Nej”, er det umiddelbare svar til ovenstående. Hvis forslaget skal have potentiale til at kunne sikre opfyldelse af målene med forslaget, bør forslaget indeholde flere ændringer, i forhold til det nuværende direktiv. Ændringerne bør omfatte flere klare bestemmelser, som både opfordrer og tvinger ordregiver til at anvende miljøkriterier.

Forslaget indeholder ingen bestemmelser som eksplicit tvinger ordregiver til at anvende miljøkriterier og der er ligeledes heller ingen bestemmelser angående sanktionsmuligheder, ved manglende overholdelse af miljøkriterier. Netop sådanne bestemmelser bør indarbejdes i forslaget, for at sikre effektivitet. At påvirke fremtidig lovgivning i retning af, at der skal i højere grad skal inddrages miljøhensyn, kan være en god investering i en fremtidig løsning af miljøproblemerne<sup>197</sup>. Uddannelse og information omkring hvordan miljøproblemer bør håndteres, kan være et mere effektivt og langsigtet middel, end at producere maskiner eller miljøvenlige produkter her og nu, som kun har en kortsigtet løsning<sup>198</sup>. Dermed må krav om miljøbeskyttelse via lovgivningen, ligeledes fungere som en langsigtet og effektiv løsning, på linje med uddannelse. Løsninger som har en kort-sigtet effekt, kan dog også være effektive for miljøet samt have en langsigtet effekt: herunder bestemmelser i lovgivningen, som sikrer mindre CO<sub>2</sub> udledning, som bevirker at der her og nu bliver udledt mindre CO<sub>2</sub>, hvilket betyder et bedre fremtidigt miljø<sup>199</sup>. Det kan derfor konkluderes at det vil være effektivt at indskrive bestemmelser, som påkræver anvendelse af miljøkriterier, i forslaget.

Jf. begrundelsen for Kommissionens forslag<sup>200</sup>, er det nødvendigt at ændre Udbudsdirektivet til i højere grad at imødekomme Europa 2020-Strategiens målsætning, om at offentlige indkøb skal være et redskab til flere grønne offentlige indkøb og en overgang til en ”ressourceeffektiv

---

<sup>197</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) ”*Environmental & Natural Resource Economics*”, side 579.

<sup>198</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) ”*Environmental & Natural Resource Economics*”, side 579.

<sup>199</sup> Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) ”*Environmental & Natural Resource Economics*”, side 579.

<sup>200</sup> KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb. baggrunden for forslaget.

lavemissionsøkonomi". Målet med forslaget er blandt andet, at sikre at ordregiver får større adgang til at støtte miljøbeskyttelse og bekæmpe klimaændringer m.m.<sup>201</sup>.

Det er tydeligt at forslaget, i sin indledning, lægger op til større ændringer på bestemmelserne om indholdet i udbudsbekendtgørelsen, end forslaget egentlig indeholder. Som tidligere fastslået i denne afhandling, har ordregiver allerede mulighed for at inddrage miljøkriterier og dermed er det usandsynligt at ordregiver vil benytte flere miljøkriterier efter indførelsen af det nye direktiv, hvis ordregiver ikke allerede gjorde dette. Incitamentet til at anvende miljøkriterier ændres ikke med forslaget. Såfremt målet om større miljøbeskyttelse samt opfyldelse af Europa 2020-Stratgeiens mål om flere grønne offentlige indkøb skal opfyldes, må bestemmelserne for udvælgelse, short-listing samt tildeling ændres, i retning af at miljøkriterier bliver en større og vigtigere del af disse faser.

Bestemmelserne for udvælgelse, short-listing samt tildeling bør indeholder supplerende bestemmelser om at det i disse faser, skal tilsikres at miljøkriterier benyttes. I disse bestemmelser bør det fremgå tydeligt, at ordregiver skal fremme grønne indkøb og dertil anvende miljøkriterier som er egnede til at sikre den mest effektive løsning af opgaven, i henhold til et hensyn om miljøbeskyttelse jf. EU's miljømålsætninger – herunder Europa 2020-Strategiens mål om blandt andet en reducere af CO<sub>2</sub> udledningen.

Såfremt der ikke er nogen konsekvens ved ikke at anvende miljøkriterier, som forskrevet eller ikke overholde miljøkriterierne i kontrakten, kan der opstå et moral-hazard problem og dette skal løses ved den rette mængde kontrol og konsekvens<sup>202</sup>. Derfor bør forslaget indeholde et afsnit om sanktionsmuligheder i tilfælde af at ordregiver ikke tilgodeser direktivets mål om miljøbeskyttelse og såfremt tilbudsgiver ikke overholder miljøkriterierne.

---

<sup>201</sup> Jf. baggrunden for forslaget, KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb.

<sup>202</sup> Perloff, Jeffrey M., (2012) "*Microeconomics*", side 689.

### 4.3 Delkonklusion

Indholdet i forslaget kan ikke anses for at være egnet til at opfylde Europa 2020-Strategiens mål. Forslaget indeholder ikke tilstrækkelige ændringer, som kan sikre større anvendelsen af miljøkriterier. EU's holdningsændring til miljøbeskyttelse, er det mest interessante og relevante element ved forslaget og det er denne holdningsændring, som vil kunne sikre at der laves flere grønne udbud i overensstemmelse med Europa 2020-Strategiens mål om miljøbeskyttelse. Holdningsændringen vil få denne effekt, såfremt EU lægger større pres på medlemslandene ang. miljøbeskyttelse ved offentlige indkøb.

Begrundelsen for forslaget, er at offentlige udbud i højere grad bør støtte Europa 2020-Strategiens mål, om at offentlige udbud skal være et instrument til effektiv miljøbeskyttelse. Netop grundet forslaget formål, er forslaget ikke effektivt nok og bør derfor indeholde supplerende bestemmelser som angiver at ordregiver skal anvende offentlige udbud til at fremme grønne indkøb og dermed sikre miljøbeskyttelse jf. Europa 2020-Strategiens mål. Der bør ydermere indarbejdes sanktionsbestemmelser, for at sikre at ordregiver har incitament til at lave grønne udbud samt at tilbudsgiver overholder miljøkriterierne i kontrakten.

## Kapitel 5: Samlet konklusion

Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip er ikke en hindring for at inddrage miljøkriterier ved offentlige indkøbskontrakter. Ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at miljøkriterier kan anvendes såfremt der ikke sker en forskelsbehandling af ansøgere fra andre medlemslande, at konkurrencen ikke hindres samt at der anvendes kriterier, som er knyttet til kontraktens genstand og ordregiver ikke gives et ubetinget frit valg, imellem tilbudsgiverne. Der er sket en udvikling i EU-Domstolens holdning til anvendelsen af miljøkriterier, hvilket har betydet at det, ud fra flere dommes afgørelser, er muligt at påvise en udvidelse af hvilke kriterier som kan anvendes under udbudsprocessen. Det er således blevet nemmere at anvende miljøkriterier. Miljøkriterier kan både anvendes under udelukkelse, udvælgelse, tildeling samt ved short-listing ved begrænset udbud.

Forslaget indeholder ændringer, som bevirker at et produkts livscyklusomkostninger (herunder også miljømæssige omkostninger) kan inddrages under vurderingen af de økonomisk mest fordelagtige tilbud. Desuden indeholder forslaget en bestemmelse om mærkning. Ændringerne er dog få og skal fortolkes som en mulighed, frem for en forpligtigelse, hvilke bevirker at ændringerne ikke må anses for at betyde at der kan anvendes miljøkriterier tilsvarende Europa 2020-Strategiens mål.

Det økonomiske rationale bag Udbudsdirektivet er at sikre konkurrence på det indre marked, ved udbud. Forslaget vil kun medføre en effekt på miljøet, såfremt ordregiver har incitament til at benytte miljøkriterier ved udbud. Da forslaget ikke indeholder en forpligtigelse til at anvende miljøkriterier, vil ordregiver ikke anvende disse kriterier, med mindre ordregiver allerede gør dette før indførelsen af det nye udbudsdirektiv. Betingelserne for ordregiver og tilbudsgiver ændres således ikke med forslaget. Der er forskellige interesser forbundet med udbudsdirektivet, men det overordnede mål for alle involverede parter, er effektivitet og en efficient udnyttelse af de økonomiske ressourcer. Forslaget er ikke egnet til at opfylde Europa 2020-Strategiens mål, fordi forslaget ikke indeholder effektive bestemmelser omkring miljøkriterier og desuden kun giver ordregiver en mulighed for at anvende miljøkriterier, frem for en forpligtigelse, som ville være mere egnet. Forslaget, må anses for at være et led i en EU-strategi, om at sætte fokus på miljøhensyn i alle former for lovgivning, for at opnå Europa 2020-Strategiens mål. Denne strategi kan få positive følger for klimaet og miljøet på længere sigt.

## Litteraturliste

### Bøger

Arrowsmith, Sue, (2005) "*The Law of Public and Utilities Procurement*", Sweet & Maxwell, 2. udgave.

Arrowsmith, Sue og Kunzlik, Peter, (2009) "*Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directive and New Directions*", Cambridge University Press.

Bojö, Jan og Mäler Karl-Göran samt Unemo, Lena, (1992) "*Environment and Development: An Economic Approach*", Kluwer Academic Publishers, 2. udgave.

Bruce, Neil, (2001) "*Public Finance*", University of Washington – Addison Wesley, 2. udgave.

Caranta, Roberto og Trybus, Martin, (2010) "*The law of green and social procurement in Europe*", DJØF Forlag, 1. udgave.

Eide, Erling og Stavang, Endre, (2003) "*Rettsøkonomi*", Cappelen Akademisk Forlag, 1. udgave, 2. oplag.

Fabricius, Jesper og Offersen, René, (2011) "*EU's Udbudsregler i Praksis*", Forlaget Thomson, 2. udgave.

Frank, Robert H., (2010) "*Microeconomics and behavior*", McGraw – Hill / Irwin, 8. udgave.

Fukuyama, Francis (2010) artikel, "*Globalisation, the Nation-State and the Public Sector*" bidrag til bogen "*The Nation-State in Transformation*", Aarhus Universitetsforlag, 1. udgave.

Hansen Risvig, Carina og Tvarnø D. Christina og Ølykke Skovgaard, Grith, (2012), "*EU Procurement Directives – modernisation, growth & innovation – Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directives*", DJØF Forlag, 1. udgave.

Hartley, T.C., (2010), "*The foundations of European Union law*", Oxford University press, 7. udgave.

Evers Hjelmberg, Simon og Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels, (2012) "*Public Procurement Law*", DJØF Forlag, 2. udgave.

Hoorspool, Margot og Humphreys, Matthew, (2008), "*European Union law*", Oxford University Press, 6. udgave.

Jespersen, Jesper, (1998), "*Miljøøkonomi*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave.

Knudsen, Christian (1994) "*Økonomisk metodologi – bind 1*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.

Knudsen, Christian, (1997) ”Økonomisk metodologi – bind 2”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave.

Lewis, Lynne og Tietenberg, Tom, (2009) ”*Environmental & Natural Resource Economics*”, Pearson Education International, 8. udgave.

Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, (2012) ”*European Legal Method – In a Multi-Level EU Legal Order*”, Jurist og Økonomforbundets forlag, 1. udgave.

Nielsen, Ruth, (2010) ”*Udbud af offentlige kontrakter*”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave.

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D., (2011) ”*Retskilder og Retsteorier*”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. Reviderede udgave.

Nielsen, Ruth og Treumer, Steen, (2005), ”*The New EU Public Procurement Directives*”, DJØF Forlag.

Milgrom, Paul og Roberts, John, (1992), ”*Economics, Organisation and Management*”, Pearson Education International, 1. udgave.

Perloff, Jeffrey M., (2012), ”*Microeconomics*”, Pearson Education International, 6. udgave.

Pindyck, Robert S. Og Rubinfeld, Daniel L., (2009) ”*Microeconomics*”, Pearson Education International, 7. udgave.

Ross, Alf, (1971) ”*Om ret og retfærdighed*”, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 3. Oplag.

Steinicke, Michael, (2001), ”*Varernes frie bevægelighed og offentlige indkøb*”, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave.

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

Viscusi, Kip W. og Harrington, Joseph E. og Vernon, John M., (2005) ”*Economics of Regulation and Antitrust*”, The MIT Press, 4. udgave.

#### Artikler

Clausen, Christian, (2013) ”*Ændringer og nyskabelser i det seneste forslag til et nyt EU-udbudsdirektiv*”, Kammeradvokaten, 11. februar 2013, <http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Andringer-og-nyskabelser-i-det-seneste-forslag-til-nyt-EU-udbudsdirektiv/>

Energimidt.dk, (2011) ”*Kunderne efterspørger klimahensyn*”, med undersøgelse fra Dansk Erhverv og Epinion om virksomhedernes opmærksomhed på miljøhensyn og forbrugerpræferencer, <http://www.energimidt.dk/Erhverv/Om-energimidt/Nyheder/Sider/Kunderne-efterspørger-klimahensyn.aspx>

Hoffman, A.J., (2006) “*Getting Ahead of the Curve: Corporate Strategies That Address Climate Change*”, Paper for the PEW Center on Global Climate Change,  
[http://www.c2es.org/docUploads/PEW\\_CorpStrategies.pdf](http://www.c2es.org/docUploads/PEW_CorpStrategies.pdf)

Lefevre Olsen, Jeppe, (2009) “CSR – hensyn i offentlige og udbudspligtige kontrakter”, Udbudsportalen.

Llewellyn, John, (Lehman Brothers), (2007) “*The Business of Climate Change*”,  
[http://www.lehman.com/press/pdf\\_2007/TheBusinessOfClimateChange.pdf](http://www.lehman.com/press/pdf_2007/TheBusinessOfClimateChange.pdf)

Keohane, Robert O., (1982) “*The demand for international regimes*”, International Organization, vol. 36, no. 2 side 225 – 355.

Keohane, Robert O. og Victor, David G., (2011) “*The regime complex for climate changes*”, Perspectives on Politics, vol. 9 side 7- 23.

Kirton J.J., og Trebilcock, M.J., (2004) “*Hard choices, soft law, Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*”, side. 3 – 33, 189 – 203, 213 – 228, 323 – 329.

Nidumoulu, R. C. K. Prahalad og R. M. Rangaswami (2009) “*Why Sustainability is now the key driver of Innovation*”, Harvard Business Review,  
<https://www.acteonline.org/uploadedFiles/Why%20Sustainability%20Is%20Now%20the%20Key%20Driver%20of%20Innovation%20Harvard%20Review.pdf>

Tiedemann, Niels, (2012) “*Når kaffen skal være bæredygtig – om ikke – økonomiske hensyn i EU - udbud*”, Udbudsportalen, DELACOUR DANIA. Den 14. september 2011,  
<http://www.udbudsportalen.dk/Ret-og-regler/Juridiske-artikler/Nar-kaffen-skal-vare-baredygtig--om-ikke-okonomiske-hensyn-i-EU-udbud/>

Tol, S.J, (2012) “*A cost–benefit analysis of the EU 20/20/2020 package*”, Energy Policy 49 (2012) 288–295

Victor, David G., (2011) “*Global warming gridlock*”, Cambridge University Press.

Yoonsung, K., (2008) “*Corporate Responses to Climate Change: The Resource-Based View*”. Work in Progress paper,  
[http://www.oikos-international.org/fileadmin/oikos-international/international/oikos\\_PhD\\_summer\\_academy/Papers\\_2008/Kim\\_Paper.pdf](http://www.oikos-international.org/fileadmin/oikos-international/international/oikos_PhD_summer_academy/Papers_2008/Kim_Paper.pdf)

#### **Kommissionens dokumenter**

GPP: ” *Offentlige indkøb for et bedre miljø*” KOM (2008) 400

Kommissionens meddelelse om Europa 2020: EUROPA 2020 - *En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst*, KOM(2010) 2020 endelig

KOM(2011) 896 endelig af den 20. december 2011, Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Direktiv om Offentlige indkøb

Meddelelse ’*Akten for Det Indre Marked: Tolv løftestænger til at skabe vækst og øget tillid*’ af den 13. april 2011



'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – *Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*' – af 27. januar 2011

KOM (2001) 274 endelig af den 04. juli 2001, *Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter*

KOM (2000) 275 endelig/2 af den 30. august 2000, *Forslag til Europa – Parlamenters og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter*

KOM(2013) 169 endelig af den 27.03.2013, Grønbog: *En ramme for klima- og energipolitikkerne frem til 2030*

### Lovgivning

Lissabontraktaten

Udbudsdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Cirkulære om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver: CIR 2 af 13/10/2010

### Øvrigt materiale

Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens manual om grønne indkøb: *Offentlige grønne indkøb – en vejledning i mulighederne for at varetage miljøhensyn i forbindelse med afholdelse af et udbud*, 2002

Erhvervs- og Vækstministeriets samlenotat til Rådsmøde (Konkurrenceevne) den 20. februar 2012, Rådsmøde 3147 – Konkurrenceevne, Bilag 1.

Klimaændringer i EU:

[http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus\\_pa/klimaendringer/index\\_da.htm](http://ec.europa.eu/danmark/eu-politik/fokus_pa/klimaendringer/index_da.htm)

EU's klimapolitik:

[http://ec.europa.eu/dgs/clima/mission/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/clima/mission/index_en.htm)

<http://www.euo.dk/emner/energiklima/>

[http://ec.europa.eu/dgs/clima/acquis/index\\_en.htm#EU\\_ETS](http://ec.europa.eu/dgs/clima/acquis/index_en.htm#EU_ETS)

EU's budget:

[http://www.euo.dk/emner/EUs\\_budget/](http://www.euo.dk/emner/EUs_budget/)

Stigende EU-Skepsis – artikel fra *The Guardian*, af 24. april 2013:

<http://www.guardian.co.uk/world/2013/apr/24/trust-eu-falls-record-low>

## Domme

Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, sag C-59/00

Cassis de Dijon, sag C-120/78

Concordia Bus Finland Oy Ab, tidligere Stagecoach Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og

HKL-Bussiliikenne- Concordia Bus, sag C-513/99

Costa mod ENEL, sag C- 6/64

EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich- Wienstrom, sag C-448/01

Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat, sag C-31/87

Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plannungs GmbH (HI) mod Stadt Wien, sag C-92/00

Kommissionen mod Belgien - Wallonske Busser, sag C-87/94

Kommissionen mod Danmark – Dansk retursystem, sag C-302/86

Kommissionen mod Danmark - Storebælt-sagen, sag C-243/89

Kommissionen mod Frankrig, sag C-16/98

Kommissionen mod Frankrig, Nord-Pas-Calais sagen, sag C-225/98

Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene - Max Havelaar, sag C-368/10

Lianakis AE m. fl. Mod Dimos Alexandroupolis – Lianakis, sag C-532/06

Parking Brixen GmbH mod Brixen Kommune og Stadtwerke Brixen AG, sag C- 458/03

Peter Überschär mod Bundesversicherungsamt für Angestellet, sag C- 810/79

Telaustria Verlags GMBH og Telefonadress GMBH mod Telekom Austria AG, sag C-324/98

Unitron Scandinavia og 3-S, sag C-275/98

Universale – Bau AG mfl. mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, sag C- 470/99

### **Klagenævnet for Udbud**

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 19. november 2010, ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune

Klagenævnet for Udbud, kendelse af 15. januar 2013, Kongsvang Rengøringservice A/S mod Vejen Kommune

## Bilag

### Bilag 1: Illustration over udbudsprocessen

Udbudsprocessen, jf. Udbudsdirektivets art. 44, er nedenfor illustreret i en boks, med overblik over fasernes rækkefølge i udbudsprocessen, samt tilhørende hjemmel til faserne. Det bemærkes at der blot gives en kort illustration og gennemgang, for at skabe overblik over faserne.

1	2	3	4	5
Offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen	Udelukkelse	Udvælgelse	Short-listing under prækvalifikation	Tildeling
Direktiv 2004/18EF art. 36. Heri angives evt. miljøkriterier og disse kan indgå under kriterierne for udelukkelse, udvælgelse, prækvalifikation eller tildeling.	Direktiv 2004/18EF art. 45 og art. 46	Direktiv 2004/18EF art. 47 – 52. Kaldes også ”egnhedsundersøgelsen”. Formålet er her at udvælge de tilbudsgivere som er generelt egnet til at deltage i udbud	Direktiv 2004/18EF art. 44, stk. 3. Begrænsning af antal deltagere som opfordres til at afgive udbud, efter tilbudsgivernes ansøgning om at deltage i udbuddet er blevet vurderet jf. udvælgelsesprocessen: ”short-listing”. <i>Finder kun sted ved begrænset udbud</i>	Direktiv 2004/18EF art. 53. Formålet er her at udvælge tilbudsgiveren som er bedst egnet til at opfylde den specifikke kontrakt